

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Journal of The
Faculty of Law of
Gazi University**

**Haziran-Aralık 2008 Cilt. XII, Sayı 1-2
June-December 2008 Vol. XII, No. 1-2**

**Prof. Dr. Attila ÖZER'e
Armağan**

2010

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Gazi Üniversitesi Journal of The Faculty of Law of
Hukuk Fakültesi Dergisi Gazi University**

Sahibi : Owner :

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

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Chief Editor

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

Editörler: Editors :

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

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

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

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN

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 iki defa yayınlanır This Journal is published two times a year

ISSN-1302-0013

**Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren
yılda 2 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.**

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi 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. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

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

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
10. Cadde No: 51 06510-Emek/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 20 00 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>



Prof. Dr. Attila ÖZER
(1941 -)

BOŞ

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri

1. 1996 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli dergi olarak yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) halinde yayınlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. İster Türkçe ister yabancı dilde (İngilizce, Almanca, Fransızca) yazılmış olsun, yazıların Türkçe ve Yabancı dilde (İngilizce, Almanca, Fransızca) başlıkları ile 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve Yabancı dilde (İngilizce, Almanca, Fransızca) yazılmış özetlerinin ve kaynakçasının yazının sonuna eklenerek yazıma hazır şekilde gönderilmesi,
Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünün, 1,5 satır aralığı ile "Times New Roman" karakterinin kullanılması ve ayrıca dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
4. 30 sayfayı geçmeyecek şekilde Microsoft Word formatında hazırlanan yazıların e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
5. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazının disketteki veya e-posta ile gönderilen biçimiyle "basıla" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Dergimiz editörlerince ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Yazardan düzeltme istenmesi durumunda düzeltmenin en geç 20 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Yazarın Hakem Raporuna itiraz etmesi durumunda, yazı yeni bir hakeme gönderilecektir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler yazarların soyadlarına göre alfabetik sırayla yayımlanır.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 10 adet tıpkıbasımı ve 2 adet dergi yazara ücretsiz gönderilecektir.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10. Cadde, No: 51 Emek 06510 Çankaya/ANKARA

Tel: (312) 216 20 00 Faks: (312) 2150169

<http://www.hukuk.gazi.edu.tr> e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr

BOŞ

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

Prof. Dr. Attila ÖZER'in Özgeçmişi.....	XIII
--	------

TAKDİM YAZILARI

Rıza AYHAN	XXI
İhsan ERDOĞAN	XXV
Hasan TUNÇ	XXIX

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri Aziz Serkan ASLAN	3-38
Avukatın Özen Borcu Veysel BAŞPINAR	39-62
Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar Mustafa ÇEKER	63-76
Menkul Kıymet Borsalarında Alım Satım Aracılık Faaliyeti Kapsamında Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği Nusret ÇETİN H. Ebru TÖREMİŞ	77-102
Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı Fikret EREN	103-126

Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması Rauf KARASU	127-148
Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları Sefer OĞUZ	149-184
Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası) Mustafa TOPALOĞLU	185-222
Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı Mehmet ÜNAL	223-236
XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları Esra YAKUT	237-266

KAMU HUKUKU

Tek Başına Seçim Kazanmak: Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI	269-304
Koşullu Salıverilme Ahmet Hulusi AKKAŞ	305-336
Rusya'da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı Ali İbrahim AKKUTAY	337-372
Uluslararası Örgütlerin Kurucu Andlaşmalarının Yorumu Berat Lale AKKUTAY	373-388
Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması Sevgi Gül AKYILMAZ	389-420
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı Ömer ANAYURT	421-460

Güvenlik Tedbirleri Mehmet Emin ARTUK	461-492
Capital Sentencing Under American Criminal Law M. Yasin ASLAN	493-502
Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki Ender Ethem ATAY	503-550
Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler Faruk BİLİR	551-564
Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması Sorunu Üzerine Ramazan ÇAĞLAYAN Beşir Fatih DOĞAN	565-584
Vergi Kalkanı : Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR	585-600
Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu? Ali Rıza ÇOBAN	601-640
1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi Fatih DEMİRCİ	641-662
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu Ayhan DÖNER İsmail KÖKÜSARI	663-686
Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü Hüseyin ERTUĞRUL	687-700
İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi Çınar Can EVREN	701-724

Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü Cengiz GÜL	725-738
Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği Ahmet M. GÜNEŞ	739-772
Hırsızlık Zeki HAFIZOĞULLARI Muharrem ÖZEN	773-796
Günümüz Türkiye’inde Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması Meselesi ve Millî Devlet (Ulus-Devlet) Anlayışı İle İlgisi Celal İŞIKLAR	797-822
TBMM İçtüzüğü’ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları Begüm İSBİR	823-850
The Ongoing Debate About The European Union’s Democratic Deficit Cemil KAYA	851-864
Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı Kasım KARAGÖZ	865-906
İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ahmet KILINÇ	907-948
Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi Doğan KILINÇ	949-982
Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci Hasan MOR	983-1026
İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması İlhami ÖZTÜRK	1027-1044

Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gerekçeli Kararı Üzerine Bir İnceleme Engin SAYGIN	1045-1072
Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi'nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi Hakan TAŞDEMİR Fatma AKKAN GÜNGÖR	1073-1090
27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku Ahmet Hamdi TOPAL	1091-1112
Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı Hasan TUNÇ	1113-1132
1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi Murat YANIK	1133-1162
Koruma Bölge Kurulları ile Koruma, Uygulama ve Denetim Büroları (KUDEB) Arasında Kanundan Kaynaklanan Yetki Çatışması var mı? Hasan Nuri YAŞAR	1163-1172
2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları Bülent YAVUZ	1173-1214
Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri Dilşat YILMAZ	1215-1234

ÇEVİRİLER

Teyit Mektubu Hayrettin ÇAĞLAR	1237-1254
--	-----------

KARAR İNCELEMELERİ / DEĞERLENDİRMELER

Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri
Anlayışında ATAD ve AİHM'nin Oynadığı
Rol ve İçtihatlardaki Son Gelişmeler

Füsun ARSAVA.....1257-1284

La criminalité urbaine, la criminalité à la
province et la criminalité à la campagne

Doğan SOYASLAN.....1285-1294

Vekilin; Müvekkil Adına veya Hesabına Bizzat
Kendisi ile İşlem Yapabilmesi (Kendisiyle
Sözleşme Yapması) ve Sözleşmenin İki Tarafını
Temsil Edebilmesi (Çifte Temsil) Sorunu

Nihat YAVUZ.....1295-1302

Ö Z G E Ç M İ Ş

ADI SOYADI : Attila ÖZER (Prof . Dr.)

ŞAHSİ BİLGİLER:1941’de Kahramanmaraş’ta doğdu. İlk ve Ortaokulu İskenderun’da, Liseyi Kahramanmaraş’ta tamamladı. A.Ü. Hukuk Fakültesi’ni bitirdikten sonra, bir süre Ankara’da Avukatlık yaptı. Sonradan, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Anayasa Hukuku Kürsüsüne, Asistan olarak girdi. Daha sonra, A.Ü.H.F.’sinde Anayasa Hukuku bilim dalında Doktora yaptı. Gazi Üniversite Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Hukuku bilim dalında Doç.Dr. ve Prof. Dr. olarak görev aldı ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı yaptı. 2008 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden emekli oldu. Evli olup, iki çocuk babasıdır. İngilizce bilmektedir.

EĞİTİMİ :

1. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
2. Londra Üniversitesi, (L.S.E.) Hukuk Fakültesi Doktora konusunda araştırma,
3. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora,
4. Londra Üniversitesi, (L.S.E.) Hukuk Fakültesi ve Asya ve Afrika Enstitüsünde doktora sonrası Mukayeseli Anayasa Hukuku Çalışması,
5. Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Yard.Doç.Dr.,
6. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doç. Dr.
7. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr.
8. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr.

YAPTIĞI GÖREVLER :

1. Pankobirlik'te Hukuk Danışmanı,
2. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdür Yardımcısı ve Yönetim Kurulu Üyesi,
3. Gazi Ü.İ.İ.B.F. Yönetim Kurulu Üyesi,
4. Gazi Ü.İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Anayasa
Hukuku Öğretim Üyesi,
5. Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu Yönetim
Kurulu Üyesi,
6. Dünya Bankası'nın desteklediği Türkiye Tarım Kredi
Kooperatiflerini yeniden organize projesinde, Hukuk
Danışmanı
7. TODAI Mukayeseli Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi,
8. T.C. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdür Yardımcısı
9. Dünya Bankası'nın desteklediği Türkiye'de teknolojinin
gelişmesi ile ilgili projede Hukuk Danışmanı,
10. Polis Ens. ve Akademisinde Anayasa Hukuku Öğretim
Üyesi
11. Kültür Bakanlığı'nda Bakan Danışmanı,
12. Gazi Ü.Hukuk Fakültesinde Kamu Hukuku Bölüm
Başkanlığı
13. Yüksek Öğrenim Kurulu Üyesi,
14. Şekerbank T.A.Ş. Hukuk Baş Müşaviri,
15. ICC'de 1995'den bu yana Hakem,
16. ICC'de 1995'den bu yana Hakem, Türkiye'de 1993'den
bu yana çeşitli hukuki ihtilaflarda hakem
17. 1973' den bu yana Serbest Avukat

ESERLERİNİN LİSTESİ

A-KİTAPLARI :

- **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye’de Hükümetin Kuruluş Yöntemleri**, (Doktora Tezi) Ankara 1981
- **İş Hukuku** (İşçiler ve Sendikacılar için), Ankara, 1978
- **Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası**, Ankara 1984 (Derleme) 2.Baskı Ankara, 1996)
- **Türkiye’de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları** (Anayasa Hukuku Açısından), Ankara 1994 (Doçentlik Tezi)
- **Zaruret Hali Teorisinin Anayasa Hukuku Bakımından Uygulanması**, Ankara 1995
- **Türk Devletlerinin Anayasaları** (Türkiye Cumhuriyeti, Kuzey Kıbrıs Cumhuriyeti, Azerbaycan Cumhuriyeti, Özbekistan Cumhuriyeti, Kırgızistan Cumhuriyeti, Türkmenistan Cumhuriyeti, Kazakistan Cumhuriyeti), Ankara 1999 (Derleme: Av.Alper GÜRER’ le Birlikte)
- **Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Birinci Baskı Ankara 1997, İkinci Baskı Ankara 1998
- **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Ankara, 2002,
- **Anayasa Hukuku** (Genel Esaslar) 1. Baskı Ankara 2004, 2. Baskı Ankara 2006 , 3. Baskı Ankara 2009
- **Bankacılık Kanunu, Gazi Yorumu ve İlgili Yönetmelikler**, Ankara 2007

- **Türk Cumhuriyetlerinin Hukuki Yapısı** Ankara 2008
- **Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemenin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı**, Turhan Kitabevi Ankara 2009

B-MAKALELER VE TEBLİĞLER :

a)Türkçe

- **Türk Devletlerinin Anayasa Anlayışı**, Milli Kültür ve Gençlik Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Yayınları, Yayın No: 86, Ankara
- **Parlamentar Rejim ve Türkiye’de Devlet Başkanının Seçimi**, Yeni Forum, Cilt 1, Sayı 24, Eylül 1980
- **Tarım Kredi Kooperatiflerinin Hukukî Yapısı, Kooperatifçilik Eğitimi Tarım Girdilerinin ve Ürünlerinin Pazarlanması Semineri**, Ankara 1987
- **1982 Anayasasının Sosyal Devlet Anlayışı İçinde Konut Problemi**, “Dünya’da Mekan Konut
- **Kooperatifleri Semineri**, 14 Kasım 1985, Türk Kooperatifçilik Kurumu Yayınları No:64
- **1876 Anayasasında Padişahın Durumu**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Prof. Dr. Orhan M.KÜRKÇÜER’e Armağan, Cilt 7, Sayı 1-2, Ankara 1975
- **Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlık Kurumu ve Başkanın Siyasal Liderliği**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1-2, Ankara 1978
- **1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı’nın İdari Fonksiyonları**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-2, Ankara 1974

- **Anayasa, Plan ve Sendikalar**, Türk-İş ICFTU (Sendikaların Ekonomik Kalkınmadaki Rolü), Haziran 1979
- **Atatürk'ün Egemenlik Hükümet ve Devlet Anlayışı**, 100.Yıl Atatürk Konferansları, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Ankara
- **Genç İşçilerin Sosyal ve Demokratik Hayattaki Yerleri**, Türk-İş ICFTU (Genç İşçilerin Sorunları), Nisan 1980
- **Türk Devletlerinin Anayasa Anlayışı**, Gazi Üniversitesi Milli Kültür ve Gençlik Sempozyumu, Kasım 1985 Ankara
- **Yeni Vakıflar ve Uygulamaları**, Türk Lions Vakfı 1988 Vakıf Sempozyumu, İstanbul Aralık 1988
- **Anayasa'daki Gençlik**, Devlet Bakanlığı ve Erciyes Üniversitesi Türk Toplum ve Gençlik Sempozyumu, Nisan 1989 Kayseri
- **Baskı Gruplarının Gelişimi Sınıflandırılması ve Faaliyetleri**, Ankara Barosu Dergisi, sayı 1996/4
- **Kuvvetler Ayrılığı Sistemini Benimsemiş Anayasalarda, Kuvvetler Arası Dengelerin Korunması ve Bu Konudaki Mevcut Mekanizmalar**, 28-30 Haziran 1993, Bişkek-Kırgızistan-Türkiye Hukuk Haftası
- **Çevre Hakkı ve 1982 Anayasası**, Ankara Barosu Dergisi, 1998/1 Ankara
- **Anayasa Mahkemelerinin Yapısı ve Türkiye'deki Durum** Kırgızistan-Bişkek Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nda konferans olarak 23.9.1997 tarihinde verildi.
- **Demokratik Rejim ve Anayasa Mahkemesi** Kırgızistan-Bişkek Hukuk Fakültesi'nde 26.09.1997 tarihinde konferans olarak verildi.

- **Türk Devletlerinde Devlet Başkanının Seçimi**, Prof. Dr. Fikret Eren' e Armağan ,Yetkin ,Ankara 2006
- **Anayasamız Açısından Ülkemizde Özelleştirme** TBMM. Anayasa Hukuku. Uluslararası Sempozyumu, TBMM. Basımevi – Ankara
- **Türk Demokratik Rejiminde Milli Güvenlik Kurulunun Durumu**, TBMM. Ankara Hukuku. Uluslararası Sempozyumu , TBMM , Basımevi - Ankara
- **Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında Durumu**, Anayasa Yargısı , 25-26 Nisan 2003 , Ankara
- **Vergi Usul Kanunu' nun 359. maddesinin Anayasa Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**, Yaklaşım 110 Şubat 2002 , Ankara
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin Hukuki Yapısı Karşısında Düşünce ve Kanaat Hürriyeti , Türk Hukuk Ens. (T.H.E.) Ocak 2007 sayı 118
- **Demokratik Rejim ve Gelişmesi**, İst. Aydın Üniversitesi, Demokratik Rejim Paneli Mayıs 2009 İst (Baskıda)

b) İncelemeler

- Adalet Raporu, Birlik Vakfı-1985

c)Yabancı Dil

- Agricultural Credit Cooperative Organizations Legal Structure, Cooperation in Turkey, Turkish Cooperative Association, April 1987 Ankara Number 6
- The Concept of Cooperation in the Turkis Constitution, TKK, October 1984 Ankara Number 1
- Housing Problem Within The Social State Concept of The 1982 Constitution, T.C.A. April 1986 Ankara Number

- Election Systems and Fair Representation, International Scientific and Practical Conference, Development of Election System , August 25-26-2004 Almaty / Kazakistan ve Gazi Üni. H. F. Dergisi Haziran-Aralık- 2004, C. VIII. S. 1-2

d) Uluslararası Bibliyografya

- Research Register of studies on Co-operatives in Developing Countries and Selected Bibliography Warsaw Geneva Budapest 1987.

SOSYAL AKTİVİTELERİ :

- A.Ü. Hukuk Fakültesi Talebe Derneği Başkanı,
- Maraş Yüksek Öğrenim Gençliği Derneği Başkanı,
- Türk Ocağı Genel Merkezi Gençlik Kolları Başkanı,
- Ankara Aydınlar Ocağı Başkan Yardımcısı,
- A. Ü. Hukuk Fakültesi Ülkü Ocağı Derneği Başkanı,
- Milli Türk Talebe Birliği (MTTB) II. Başkanı
- Türk Pazarlama Vakfı Genel Sekreteri,
- Uluslar Arası İlişkiler Vakfı Yönetim Kurulu üyesi,
- Türk Hukuk Enstitüsü Başkan yardımcısı,
- 52 adet Onur ve Şükran belgesini çeşitli Vakıf, Dernek ve Fakültelerden almıştır,
- **(AGİK)** Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Temsilcisi olarak çeşitli ülkelerde seçimlerin denetiminde gözlemci olarak bulundu,

BOŞ

AĞABEYİMİZ ATTILA ÖZER BEYEFENDİ

Üniversite öğretim elemanlarının, “üniversite nedir?”, “biz ne tür bir müessesede görev yapıyoruz?”, “amacımız nedir?” sorularını sıkça sormaları; çağdaş bir üniversite için onu oluşturan değerleri ön plana çıkarmaları gerekir.

Onu yakından tanıyanlar bilir ki, Attila Özer ağabeyimiz bu değerlerden biri; Gazi Üniversitesinin kuruluşuna büyük katkı sağlayan ve Gazi Üniversitesine kurumsal kimlik kazandıran bir bilim insanıdır.

Attila ağabeyimle tanıştığımızda henüz Gazi Üniversitesi bu isimle kurulmamış; daha sonra Gazi Üniversitesini oluşturmak üzere Kanunla bir araya getirilecek olan eğitim öğretim kuruluşları ya Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ya da kendine has özellikleri haiz “Akademi” ler şeklinde faaliyetlerini sürdürüyordu. Gazi Üniversitesinin nüvesini teşkil eden bu yükseköğretim kuruluşları kendi alanlarında Türkiye’nin en iyi okulları idi. Gazi Eğitim Enstitüsü (Gazi Eğitim Fakültesi), Erkek Teknik Yüksek Öğretmen Okulu (Teknoloji Fakültesi), Kız Teknik Yüksek Öğretmen Okulu (Sanat ve Tasarım Fakültesi), Ankara Devlet Mühendislik Mimarlık Akademisi (Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi); ancak bu eğitim kuruluşlarından biri olan Ankara İktisadi Ticari ve İlimler Akademisinin (İktisadi İdari Bilimler Fakültesi) ayrıca zikredilmesi gerekir.

Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisinin bünyesinde, Diş Hekimliği, Eczacılık ve Tıp Fakültesinin yanında Basın Yayın Yüksek Okulu, Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu ve Mali Bilimler ve Muhasebe Yüksek Okulu eğitim ve öğretim yapıyordu. Bir diğer ifadeyle Ankara İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi adı henüz konulmamış bir üniversite yapısı arz ediyordu.

Bu adı konulmamış üniversiteye 1976 yılında intisabım, hayatımın dönüm noktalarından birisi oldu. Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisinin yapısından ve o yapıyı oluşturan hocalardan uzak, Mali Bilimler Muhasebe Yüksek Okuluna Ticaret Hukuku merhum hocamız Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’nun himayesinde Ticaret Hukuku “asistan”ı olarak göreve başladığımda üniversiteye “hoca” olmanın heyecanı içindeydim. Kendi kendime “Üniversite nedir?”, “Üniversitede öğretim elemanı ne yapar veya ne yapmalıdır?”, “iyi bir öğretim üyesi olabilmek için ne yapmalıyım?”, sorularını soruyordum.

O tarihlerde “soru sorma”, “sorarak öğrenme” kültürü henüz yeterince yerleşmediği için, sorularımızın cevabını, çevremizdeki “kıdemli” arkadaşlarımızın sohbetlerinden istifade ederek ve onları gözlemleyerek öğrenmeye çalışıyorduk. Ancak görev yaptığımız Mali Bilimler Muhasebe Yüksek Okulunda benden başka hukukçu yoktu; iktisatçılar, muhasebeciler, işletmeciler ağırlıktaydı ve “hukuk” servis dersi olarak algılanıyor, diğer arkadaşlarla da doktora dersleri sebebiyle pek sık görüşemiyorduk.

Ders yükü altında ezilen kürsü hocalarımızın haricinde, ilmine ve şahsiyetine güveneceğimiz bir “ağabey” e, onun yol göstermesine ihtiyacımız vardı. O günlerde birlikte görev yaptığımız iktisat bölümü asistanı Sayın Devlet Bahçeli’ nin büyük desteklerini gördüm. Moral ve motivasyonumuzu artırıcı sohbetler yapıyorduk; ama benim örnek alabileceğim meslektaşım bir “hukukçu” ağabeye ayrıca gereksinimim vardı. Devlet bey, Akademide çok değerli hocalarımızın olduğunu, başaracağımızı, çalışmamız gerektiğini ifade ederken, sıkça “Attila ağabeyimiz şu anda İngiltere’ de; Şubat’ ta (1977) gelecek. O geldiği vakit sana tavsiyelerde bulunur” diyordu.

Attila hocayı işitmiştim; ancak henüz tanımamıştım. Attila ağabeyin Şubat 1977 tarihinde gelişini sabırsızlıkla bekledim. Daha ayağının tozu ile henüz kitaplarını ve notlarını düzenleme imkânı vermeden kendisini ziyarete gittim. Akademideki odasına ilk girdiğimde, sohbetimizin ilk dakikalarından itibaren ne yapmam gerektiğini artık idrak etmeye başlamıştım. Akademisyen kaynakları sorgulamalıydı, merak etmeliydi, bizlere intikal ettirilen bilgilerin sıhhatinden şüphe duymalıydı, çok çalışmalı, çok okumalı ve bilhassa ana kaynaklara ulaşmalıydı. Öğretim üyesi öğretene; her yönüyle örnek alımda bir abide şahsiyet olmalıydı.

Çok şey öğrendik kendisinden: nezaketi, hoşgörüyü, saygıyı, sevgiyi, üretbilmenin ne tür bir fazilet olduğunu, öğretim üyesi saygınlığını... Bunları çevresine yaşayarak örnek olarak öğretti. Attila ağabeyimiz dersini bir ibadet duygusuyla yapar; derse girmesi bir ön hazırlık gerektirirdi. Öğrencinin karşısına çıkarken kıyafetlerini özenle seçerdi, her daim “şık” dı, güzel giyinir, güzel konuşurdu. Fikirlerini çekinmeden söyler; cehalet karşısında hiddetlenir; ancak kin tutmaz, insanları severdi.

Attila ağabeyimiz mükrimdir; paylaşmayı ve dostları ile birlikte olmayı, memleket meselelerini konuşmayı sever. Türk dünyası tutkudur; bu tutku sözde kalan bir tutku değildir. Bu tutku sonucudur ki, Türk dünyası coğrafya-

sına büyük katkılarda bulunmuş; Türk dünyasına birçok öğrenci yetiştirmiş, bu konuda eserler vücuda getirmiştir.

Hukukçudur; Anayasa hukuku yorumlarını dinlemek bir zevktir. Hoş sohbet bir cemiyet insanı, iyi bir bilim adamıdır. Ağabey'dir. Kendisinden çok şey öğrendik; öğreneceğiz. Sağlıklı ve mutlu günler diler, saygılar sunarım.

İyiki varsın Attila Ağabey...

Prof. Dr. Rıza AYHAN
Gazi Üniversitesi Rektörü

BOŞ

ÇİFT “T” İLE YAZIN YA DA SAKLANAMAYAN GÖZYAŞI SIRRI

“Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” nin bu sayısını mutluluk verici bir vesileyle, Prof. Dr. Attila ÖZER’ in fakültemizden emekliye ayrılması sebebiyle, onun adına adayarak “Prof. Dr. Attila ÖZER’e Armağan” olarak çıkarıyoruz. Bu armağana “Prof. Dr. Attila ÖZER’e 67 Yaş Armağanı” da diyebilirdik. Çünkü hocamız bizden emekliye ayrılmadı; kanun gereği emekliye ayrıldı, bizdeki hocalığı ve irşat görevi devam ediyor.

Prof. Dr. Attila ÖZER, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Anayasa Hukuku profesörü ve Kamu Hukuku Bölüm Başkanı iken emekliye ayrıldı. Emeklilik birçokları için dinlenme dönemidir. Hocamız kendini dinlenme periyoduna almadı, iyi ki almadı. Şu anda Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ilmin ışığını yaymaya devam ediyor, Fakültemizdeki derslerine devam ederek bizi de mahzun bırakmıyor.

Attila hoca temel ilgi alanı olan Anayasa Hukuku alanında Türkiye’nin ender âlimleri arasındadır. Anayasa Hukuku disiplini aktif siyasete çok çabuk karışabilen ve siyasiler tarafından da siyasi alana çekilen bir daldır. Anayasa Hukukunda bilimsel faaliyet gösteren hukukçulara düşen görev ise Anayasa Hukuku bilimini siyasete alet etmeden bağımsız, tarafsız bilimsel fikir ve görüş oluşturmaktır. Bu duruşu sergileyen değerli bilim adamlarından biridir Prof. Dr. ÖZER. Ancak bilimi siyasete alet etmeme duruşu ile siyasetle ilgilenme birbirinden farklıdır. Attila ÖZER bilim adamlığından hiç taviz vermeden siyasetle de ilgilendi. Milletvekili seçimlerine aday olarak katıldı. O kendisine düşeni yapmakla beraber o günün siyasi şartları onun kanun koyucu olarak Türkiye’ye hizmet etmesini engelledi.

Hukuk biliminde bütünlük fikrine en uygun davrananlardan biridir hocamız. Zira kendisi akademik kariyerini Anayasa Hukuku dalında yapmış olmasına rağmen uzun yıllar Şekerbank baş hukuk müşavirliği yapmıştır. Şekerbank kendisinden ticaret hukukunun bütün branşları ve banka hukuku alanında istifade etmiştir. Attila hocanın iş tecrübesi üniversite öğretim üyeliğinin yanında kamu bürokrasisinde de olmuştur. Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısı olarak çalışmıştır. Bu yönüyle de hem vakıf hukuku hem de idare hukuku alanında hem tecrübesini zenginleştirmiş

hem de çalıştığı kuruma engin katkıda bulunmuştur. Çalışmış olduğu bu kamu ve özel kurumlarında hiç bırakmadığı daima tercih ettiği kurum ise üniversite olmuştur. Attila ÖZER için üniversite hocalığının anlamı çok farklı olmuş, bütün iş ve mesleklerin üzerinde tutulmuştur.

Attila hocamız bir Türk sevdalıdır. Bu sevdayı bilimsel çalışmalarına da konu etmiştir. “Türk Devletleri” sözünden birlikte kıvanç duyardık. O Türk Devletlerinin Anayasaları’nı bir araya toplayarak kitaplaştırdı. Lisansüstü derslerinde karşılaştırmalı Türk Anayasalarını okuttu. Sevdasını bilimi ile mezcetti.

Buraya kadar Prof. Dr. Attila ÖZER’i takdim etmeye çalıştım. Ondan Prof. Dr. Attila ÖZER olarak bahsettim, hocamız dedim, Attila hoca dedim, şimdi sıra Attila ağabeye geldi. Bir kere dikkat etmişsinizdir, birçok Atilla’lardan farklı olarak o çift “tt” li Attila’dır. Bir başka özelliği ise “bizim Maraş”lı oluşudur. Bütün konuşmalarında mutlaka bir “bizim Maraş” geçer. Belki “bizim Maraş” biraz Kahraman Maraşlıları kızdırabilir.

Evlat sevgisi eğer öğrenmeyle kazanılacak bir haslet ise mutlaka baba Attila ÖZER’den öğrenilmelidir. Arkadaşlık dostluk, vefa kavramları için yıllardır hiç değişmeyen fizyonomisi gibi Attila ağabey gözümün önünde durur.

Attila ağabeye benim gibi kendisinin de derin hürmet beslediği Fikret hocamız bazen “Karaoğlan”, bazen de “kel beylerin Attila” der. Kel beyler aileden gelen bir lakap imiş. Fikret hocamız zannederim Karaoğlan yakıştırmasını esmer ve sırim gibi oluşundan dolayı söyler. Ben de affa sığınarak o “kara kuru” adamdan, ama gözyaşından bahsedeceğim. Bir gün 30 sene kadar önceydi, odasında kitaplarına göz atıyordum. Ağabeyimizin büyükçe olan odasının duvarları zeminden tavana kadar kitap rafı ile kaplı ve rafları tıkkış tıkkış kitapla doluydu. Kitaplar aranan türden aranmayan türden ne ararsan...

Rengi solmuş kitaplardan birini aldım; o da bir Maraşlının kitabıydı; kitabı ortadan açtım ve okumaya başladım:

“Sokaktayım, kimsesiz bir sokak ortasında;
Yürüyorum, arkama bakmadan yürüyorum
Yolumun karanlığa sapanan noktasında
Beni bekleyen bir hayal görüyorum.

...

Uzanıverse gövdem, taşlara boydan boya
Alsa buz gibi taşlar alnımdan bu ateşi.
Dalıp sokaklar kadar esrarlı bir uykuya,
Ölse, kaldırımların kara sevdalı eşi”

Usluca kitabı yerine koydum ve odadan çıktım. Attila ağabey gözlerinden siyim siyim akan yaşla, sessizce ağlıyordu. Ağlamak kadar insani bir hal var mı, ağlamanın saklanacak nesi var ki! Ağabey onun için saklamadım.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Hukuk Fakültesi Dekan

BOŞ

SAYIN HOCAM, SAYGIDEĞER AĞABEYİM
Prof. Dr. ATTİLA ÖZER

Attila hocamı ilk defa Gazi üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Müdür yardımcılığı görevini sürdürmekte iken tanıdım. O yıllarda Anayasa Hukukunda yeni asistan olmam nedeniyle, Sayın Hocamı ziyaret ederek tanışmak üzere kapısını çalmıştım. Büyük bir hoşgörüyü beni karşılayan Attila hocamı, o günden itibaren bir ağabey gibi görmeye başladım. Zaman zaman kapısını çaldığımda, Attila hocam hiçbir zaman yardım ve desteğini benden esirgememiştir. O dönemlerde farklı üniversitelerde olmamıza rağmen Sayın Hocamın o ağabey tavırlarını asla unutamam.

Yıllar sonra, 1999 yılı itibariyle, ben Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde göreve başladım, bir yıl kadar sonrasında tekrar Attila hocamla aynı fakültede, aynı kürsüde buluştuk. Saygıdeğer Hocamla yakın mesai arkadaşlığının bana katkılarını satırlara sığdıramam. Şahsıma olduğu kadar tüm kürsü hatta Başkanlığını yaptığı Kamu Hukuku Bölümündeki arkadaşların tamamının ağabeyi olan Attila hocam, sevgi ve yardımlarını hiç birimizden esirgememiştir. Özellikle, hadi arkadaşlar yemeğe gidelim davetleriyle sık sık bizleri biraraya toplaması, aramızdaki dostluk ve muhabbete büyük katkılar sağlamıştır. Bu davetlere çoğu zaman Fakültedeki tüm öğretim elemanlarının katılmakta olduğunu da belirtmem gerektiği kanaatindeyim.

Attila ağabeyimiz, her yönüyle bizlere örnek olan ve zaman zaman yaşadığımız sorunlarda iyiniyetli yaklaşımlarıyla her arkadaşımıza yardımcı olmaya çabalayan bir insandır. Bu özelliği ile her arkadaşımızın gönlüne taht kurmuştur.

Mesai arkadaşları kadar öğrencilerine de her zaman yardımcı olan hocamız, özellikle Türk Cumhuriyetleri ve Akraba Topluluklardan gelen öğrencilerine bir başka yakınlık gösterirdi. Bu öğrencilerin, Ülkemiz açısından iyiniyet elçileri olacağını asla unutmamamız gerektiğini vurgulardı. Bu arkadaşların özel sorunlarına dahi ilgisiz kalmaz ve bize de aynı yönde davranmamızı tavsiye ederdi.

Fakültede akademik teamüllerin yerleşmesi konusunda olağanüstü çaba gösteren Attila hocamız, bu konularda asla taviz vermezdi. Bölümde ders dağılımı dahil her konuda, gerektiğinde ilgili arkadaşlarla bire bir görüşerek,

kimseyi kırmadan sorunları çözmeye özen gösterirdi. Bizler yaşadığımız her sorunu çekinmeden kendisine ilettiğimizde, sabırla dinler ve hep itidal tavsiye ederek çözmeye çalışırdı.

Evet Attila ağabeyimiz hukuki zorunluluk nedeniyle emeklilik denilen süreci gerçekleştirmek zorunda kaldı. Tabi ki, her zaman olduğu gibi bizlere destekleri devam etmektedir ve edecektir. Biz Ağabeyimizle birlikte olmaktan her zaman gurur ve mutluluk duymuşuzdur. Ağabey olmak kolay olmasa gerektir, sayın Ağabeyimizin de her zaman olduğu gibi bizi kendinden mahrum etmeyeceğini biliyoruz.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Attila ağabeyini unutması söz konusu bile olamaz. Hele biz kürsüdaşları Attila hocalarını, ağabeylerini hep başlarında o koruyucu haşmetiyle görmek istemektedirler.

Attila ağabeyimize en derin saygı ve şükranlarımla...

Prof. Dr. Hasan TUNÇ
G.Ü. Huk. Fak. Anayasa Hukuku ABD. Bşk.

XXX

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

BOŞ

TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİNİN REKABET KANUNU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ VE MUAFİYETE AYKIRI TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK USUL HÜKÜMLERİ

Aziz Serkan ARSLAN*

ÖZET:

Tek satıcılık sözleşmeleri, borçlar hukukunda düzenlenen, isimsiz sözleşme türleri arasında yer alan, özellikle ticari hayatta ve bu nedenle de rekabet hukukunda sıkça karşılaşılan sözleşme türlerindedir. Bu sözleşme ile yapımçı, ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya gönderme yükümlülüğünü, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir.

Rekabeti kısıtlayıcı özelliğine rağmen, tek satıcılık sözleşmelerinin ekonomi, kalite ve tüketici açısından bazı yararları vardır. Bu yararlar nedeniyle kanun koyucu bu sözleşmelere belli muafiyetler tanıyarak hukuki anlamda geçerlilik hakkı sağlamıştır. Ancak bu sözleşmelerin geçerlilik koşullarına, mevzuat ile kanun koyucu tarafından sıkı şartlar getirilmiştir. Bu şartlara uygunluğu denetlemek, aykırı durumları tespit etmek ve bunu önleyip gerekirse cezalandırmak üzere Rekabet Kuruluna yetki verilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Tek satıcılık sözleşmesi, muafiyet, kartel, bayi, ihlâl

EVALUATING OF EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP CONTRACTS IN THE AMBIT OF COMPETITION LAW AND APPLICABLE PROCEDURE JUDGEMENTS TO EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP CONTRACTS CONTRARY TO EXEMPTION

ABSTRACT

Exclusive distributorship agreement located within special debt relations and characterized as an unnamed contract in doctrine because of its own unique structure is

* Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim dalı Araştırma Görevlisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (E-mail: azizserkanarslan@mynet.com)

Arş. Gör. Aziz Serkan ASLAN

a type of contracts which is encountered in commercial life and therefore in competition law.

Exclusive distributorship agreement is a framework and perdurable contract regulating the legal affairs between producer and exclusive distributor. By this contract, producer assumes the obligation of sending whole or a part of products to an exclusive distributor on condition that selling in a certain geographical region as monopolistic. Exclusive distributor also assumes the obligation to be engaged in an activity in order to increase sale of contract products b.y selling on her/his behalf and for own account. This contract, with respect to its qualifications as stated in its definition, is contrary to the principles of competition law.

Despite their competition restraining feature, exclusive distributorship agreements have some advantages in terms of consumer, economy and quality. By reason of these advantages, law-makers provide the right of validity juristically as granting these contracts exemption. However, they bring strict requirements to the validity conditions to these contracts b.y regulations. Commissions are authorized in order to screen out conditions, to ascertain the contrary status, to prevent and if necessary to punish.

KEY WORDS

Exclusive distributorship agreement, exemption, vender, infringement, cartel

Giriş

Borçlar hukukunda özel borç ilişkileri içerisinde yer alan, doktrinde kendisine özgü yapısı nedeniyle isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilen tek satıcılık sözleşmeleri özellikle ticari hayatta, bu nedenle de rekabet hukukunda sıkça karşılaşılan bir sözleşme türüdür. Tek satıcılık sözleşmesi yapımca ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile yapımca, ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermek buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir. Bu sözleşme tanımında da belirtilen nitelikleri itibarı ile rekabet hukuku ilkelerine aykırı bir sözleşmedir.

Rekabeti kısıtlayıcı özelliğine rağmen tek satıcılık sözleşmelerinin tüketici açısından, ekonomi açısından, kalite açısından bazı yararları vardır. Bu yararlar nedeniyle kanun koyucular bu sözleşmelere belli muafiyetler tanıyarak hukuki anlamda geçerlilik hakkı sağlamışlardır. Ancak bu sözleşmelerin geçerlilik kazanmasına mevzuat ile bazı şartlar getirmişlerdir. Bu şartlara uygunluğu denetlemek, aykırı durumları tespit etmek ve bunu önleyip gerekirse cezalandırmak üzere kurullara yetki verilmiştir.

Bu çalışmada öncelikle tek satıcılık sözleşmesi kavramı açıklanacak, daha sonra bu sözleşmelerin rekabet hukuku açısından olumlu ve olumsuz yönleri üzerinde durulacak, rekabet hukuku açısından esasen rekabeti ihlal eden sözleşmeler arasında yer alan tek satıcılık sözleşmelerinin olumlu yönleri göz önünde bulundurularak, kanun tarafından bu sözleşmelere, belli sınırlara göre tanınan muafiyet durumu ele alınacak, son olarak da tanınmış muafiyete aykırı tek satıcılık sözleşmelerine uygulanacak usul işlemleri hakkında bilgi verilecektir.

1-GENEL OLARAK TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİ

Doktrinde; kendisine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilen tek satıcılık sözleşmesi; yapımca ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde ve sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımca ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcıda sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstle-

nir¹. Buradaki ürün veya mal kapsamının içerisine tüketiciye sunulabilecek hizmetler de girer.

Tek satıcılık sözleşmelerinin tarafları genellikle sözleşme konusu olan ürün ya da ürünlerin yapımcısı ile bu ürünlerin belli bir bölgede satışını yapacak olan firmadır. İstisnai olarak yapımcı yerine ürünün ana dağıtıcısının da tek satıcılık sözleşmesi yapıldığı görülmektedir. Bu tür sözleşmelerde diğer taraf; belirlenen bölge içinde toptan satışları ya da dağıtıcılığı yürütmeyi taahhüt eden firmadır².

Tek satıcılık sözleşmelerinin kendisine özgü bir yapısı vardır. Tek satıcının hukuki bakımdan bağımsız olarak kendi adına ve hesabına hareket etmesi, ancak ekonomik bakımdan yapımcının satış organizasyonuna bağlı olması, satılacak mal miktarının başlangıçta kesin olarak saptanamaması ve yapımcının mallarının sürümünü artırma yükümlülüğünün tek satıcı üzerinde olması gibi hususlar, tek satıcılık sözleşmesinin kendisine özgü yapısının başlıca göstergeleridir³. Tek satıcının sözleşme konusu ürünleri yapımcıdan kesin olarak satın alıp kendi adına ve hesabına satması onu benzer ticari kurumlardan ayırır. Tek satıcının kendi adına davranması sözleşmeyi acente sözleşmesinden⁴, kendi hesabına davranması ise komisyonculuk sözleşmesinden ayırt eder⁵.

1.1. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Unsurları

Tek satıcılık sözleşmesinde yapımcının tek satıcıya belli bir bölgede satış tekeli tanınması, tek satış hakkı vermesi gerekir. Satış tekeli hakkının zaman, yer ve konusu olan mallar bakımlarından sınırlanması gerekir. Tek satıcılık sözleşmesinin süre, bölge, mal çeşidi ve miktarı bakımlarından yeterli derecede sınırlanmaması, ancak sözleşme şartlarının taraflardan birinin ekonomik

¹ İŞGÜZAR, H. (1989), Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, s. 14; TANDOĞAN, H. (1982), Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batıder, C. XI Sayı. 4, s. 1, GÖKYAYLA, C.D. (2005), Milletlerarası Özel Hukukta Tek satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri) Ankara, s.3.

² BADUR, E. (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Ankara, s.112.

³ YAVUZ, C.(1997): Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5.B, İstanbul, s.29.

⁴ Federal mahkemenin bir kararında tek satıcılık sözleşmesini acentelik sözleşmesinden ayırt etmek için şu kriter getirilmektedir: 'Münhasır temsilcilik sözleşmesi diye adlandırılan ilişkide, temsilci işletmesini dilediği gibi yöneten ve diğer tarafın sattığı nesnelere kendi hesabına satın alan bağımsız bir tacirdir. Acentenin hizmeti ise vekâlet verenin işlerine aracılık etmek ya da onun adına ve hesabına sözleşme yapmaktır. Münhasır temsilcilik bu yönden acenteden ayrılır'.(BGE 88 II 169), çev.: KANETİ,S. (1968), İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, 1955-1964, C.2, Ankara, s.3-4; YAVUZ (1997), s.30-31 .

⁵ İNAN, N.(1993), Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batıder C.XVII. Sayı.2, s.57-58.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

özgürlüğünü felce uğratması, onu mengene gibi bağlayarak karşı tarafın eline teslim etmesi hallerinde ahlaka aykırı bir nitelik taşıyabilir⁶.

Tek satıcılık sözleşmesinde sürekli olan bir çerçeve ilişki içinde taraflar arasında belirli mal tutarları için birel (münferit) satım sözleşmeleri yapılır. Tek satıcılık sözleşmesinin bu özelliğinden, bu sözleşmeden doğan sözleşme ilişkisinin sürekliliğini, bu sözleşmenin unsuru olarak kabul etmek gerekir. Üretici tarafından tek bir seferlik mal gönderimi, satıcı tarafından bu ürünün ya da hizmetin bir kereye mahsus pazarlanması ile tek satıcılık sözleşmesi doğmaz. Sözleşmenin amacını oluşturan mallarla ilgili pazarlama çalışmaları ve sözleşme konusu malların sürümünün artırılması faaliyetleri yalnızca yapımcı ile tek satıcı arasında sürekli bir sözleşme ilişkisinin var olması halinde gerçekleştirilebilir⁷. Tek satıcılık sözleşmesinin altı ay bir yıl gibi belirli süreli yapılması bu durumu değiştirmez⁸.

Üretici ile tek satıcılık sözleşmesi yapan satıcı, üçüncü kişilerle yaptığı muameleleri kendi adına yapar. Bu durum yapımcıya, üreticiye herhangi bir yük altına girmeksizin mallarını pazarlama ve tüketiciye ulaştırma imkânı tanıır. Bunun sonucu olarak da tek satıcı üreticiyi temsil etmez, yapımcı karşısında hukuki bağımsızlığı vardır. Ancak uygulamada genellikle tek satıcılar piyasaya yapımcının markası ile girdiklerinden, müşteri çevresi tarafından, kısmen yapımcının temsilcisi olarak bilinmekte ve satış faaliyetlerini yapımcı adına yürüttüğü sanılmaktadır⁹. Hatta bu nedenle bu sözleşmenin münhasır (ya da tek) temsilcilik sözleşmesi olarak isimlendirildiği de görülmektedir¹⁰.

Tek satıcı, üreticiden aldığı ürünleri pazarlamakla birlikte, bunların satış ve sürümünü artırma faaliyetinde de bulunmalıdır. Burada üreticinin de ilan, reklâm yolu ile desteğini alabilir.

⁶ YAVUZ, C.(1997), s.29 Karşı görüşte İŞGÜZAR, H.(1989), s.119-120.

⁷ Federal Mahkemenin bir kararına göre tek satıcılık sözleşmesinde, sözleşmeden öncesine etkili sonuçlar yaratan (ex tunc) OR. Art.107 Abs.2 (BK.m 106 f.2) gereğince sözleşmeden dönülmesi, ameli açıdan söz konusu değildir; çünkü bu sözleşme sürekli borç ilişkisi doğurur. Çev. KANETİ, S.(1968), s.4.

⁸ İŞGÜZAR, H.(1989), s.15; YAVUZ, C.(1997), s.30.

⁹ İŞGÜZAR, H.(1989), s.16; YAVUZ, C.(1997), s.30.

¹⁰ AKINCI, A.(2001), Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması Ankara, s.90; AKYOL, Ş.(1992), Medeni Hukuk Uygulama Örnekleri, Borçlar Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, s.18 ve.dn.22, YAVUZ,C.(1997),s.30.

1.2. Tek Satıcının Borçları

Üretici; tek satıcıya mallarıyla ilgili bir nevi tekel hakkı tanırken, tek satıcı da buna karşılık üreticiden mümkün olduğu kadar çok miktarda ürün sipariş etmelidir. Hatta bu husus sözleşmede asgari miktarda alım borcu kararlaştırılarak somutlaştırılabilir. Mesela alıcının her ay belli miktarda alım yapması ya da, satış bölgesinde belli bir kotaya ulaşması şartı sözleşme ile getirilebilir. Sözleşmede böyle bir şart yoksa satıcı basiretli bir tacir gibi davranarak gereken ticari faaliyeti göstermelidir¹¹. Eğer satıcı yeterince ticari faaliyet göstermiyorsa ve bu durumun sonucu olarak ürünler kararlaştırılan miktarda sürüme ulaşmamışsa yapımcı sözleşmeyi derhal fesih hakkına sahiptir. Yapımcı bu durumda bir ifa davası açmak suretiyle zarara uğradığını ispatlamaya gerek kalmadan sözleşmede kararlaştırılmış bulunan asgari miktardaki malın alınmasını ve bedelinin ödenmesini talep edebilir¹².

Satıcı yapımcıdan (üreticiden) aldığı malları satış amacıyla almalıdır. Bu malları yeniden üretim amacıyla ya da tamamen kendi kullanımı amacı ile satın alamaz. Satıcı üreticiden aldığı malı işleyerek başka ürün haline getirip satıyorsa veya başka hammaddelerle birleştirip yeni ürünler elde ediyorsa ve bu yeni malı satıyorsa; bu üreticiden ürünü satım amacıyla aldığını göstermez ve tek satıcılık sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Satıcının amacı aldığı ürünleri tek satıcı konumunda olduğu bölgedeki tüketiciyle buluşturmaktır. Ancak tüketiciye sunmadan önce üründen beklenen faydayı veya üründen beklenen amacı azaltmayacak, aksine kullanıma ve satışa faydalı olabilecek basit değişiklikler yapabilir. Mesela satılan arabalara paspas eklemek, metalleri paslanmaz cila ile korumak, satılan gıdaları koruma amaçlı paketlemek faydalı basit değişikliklerdendir¹³.

Satıcı bununla da yetinmeyip yapımcının mallarının çabucak ve daha fazla satılmasını sağlayacak faaliyetlerde bulunmalıdır. Mesela bu faaliyetler, yeterli büyüklükte bir satış yeri kurmak, nitelikli ve yeter sayıda eleman çalıştırmak, reklâm faaliyetlerinde bulunmak, fuarlara ve sergilere katılmak olabilir¹⁴.

Tek satıcı, satmış olduğu ürünlerin müşteri hizmetlerini de yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük tek satıcı ile müşteri arasındaki

¹¹ İŞGÜZAR, H.(1989), s.72; YAVUZ, C.(1997), s.31.

¹² İŞGÜZAR, H.(1989), s.71.

¹³ ASLAN, İ.Y.(1992), Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, s.153 .

¹⁴ TANDOĞAN, H.(1982), s.2; İŞGÜZAR, H.(1989) s.72-73; YAVUZ, C.(1997), s.31.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

münferit satış sözleşmeleriyle doğmaz; aksine bu yükümlülük, yapımıcı ile akdedilen çerçeve niteliğindeki tek satıcılık sözleşmesinden doğar ve yapımıcıya karşı üstlenilmiş olan bir yükümlülüktür. Satıcı müşteri hizmetlerini gereği gibi yerine getirmese, üretici satıcıdan hizmetin ifasını talep edebileceği gibi tazminat da talep edebilir. Bu yükümlülük sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek derecede ihlal edilecek olursa sözleşmenin feshi yoluna gidilebilir¹⁵.

Üretici ile tek satıcı, sözleşme serbestisi gereği sözleşmeye başka yükümlülükler de koyabilirler. Buna göre tek satıcı, sözleşmede belirlenen koşullara uygun bir satış sonrası servis kurmayı ve burada tamir, bakım için gerekli aletlerle yedek parça bulundurmaya üstlenebilir. Yapacağı reklâm ve tanıtım faaliyetlerinin kapsamı ve nitelikleri bir yükümlülük olarak sözleşmeye koyulabilir. Belirli aralıklarla yapımıcıya rapor, bilgi vermeye üstlenebilir. Tek satıcı genellikle yapımıcının mallarından başka bir mal satmamayı ve tekel bölgesi dışından müşteri aramamayı da yüklenir¹⁶.

1.3. Yapımıcının (Üreticinin) Borçları

Sözleşmede açıkça öngörüldüğü durumlarda veya sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa bile, sözleşmenin niteliğinden doğan bir ana yükümlülük veya tek satıcının sadakat borcundan doğan bir yan yükümlülük olarak, yapımıcının tek satıcıya karşı düzenli biçimde mal teslimi yükümlülüğü vardır¹⁷. Bu yükümlülüğün yapımıcı (üretici) tarafından yerine getirilmemesi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi sonucunu doğurur. Siparişlerin zamanında yerine getirilmemesi veya hiç yerine getirilmemesi yapımıcının kusurlu sayılabilecek bir davranışından ileri geliyorsa, tek satıcı, teslim yükümlülüğünün ihlalinden dolayı sözleşmeyi derhal fesih hakkına sahiptir¹⁸.

Tek satıcılık sözleşmesiyle yapımıcı, tek satıcının bölgesine kendisi doğrudan satış yapmamayı ve yine aynı bölgede üçüncü kişilere de doğrudan satış yapmamayı üstlenir. Bu taahhütlerle tek satıcıya basit satış tekeli tanınmış olur. Eğer yapımıcı başka bölgelerdeki diğer tek satıcıların birbirlerinin bölgesinde satış yapmamalarını da taahhüt ederse kuvvetlendirilmiş satış tekeli yaratır. Son olarak yapımıcı (üretici) üçüncü kişilerin de tek satıcının bölgesin-

¹⁵ İŞGÜZAR, H.(1989), s.76-79.

¹⁶ BADUR, E.(2001), s.113.

¹⁷ YAVUZ, C.(1997), s.32 Bu konudaki tartışmalar için bkz. İŞGÜZAR, H.(1989), s.85 vd.

¹⁸ İŞGÜZAR, H.(1989), s.88-89.

de satış yapmalarını önleyici tedbirler almayı da üstlenirse mutlak satış tekeli söz konusu olur¹⁹.

Taraflar arasındaki sözleşmeye göre ya da sözleşmede olmasa bile taraflar arasındaki güven ilişkisi gereği, üretici tek satıcıya satacağı mal ile ilgili gerekli bilgi ve belgeleri vermelidir²⁰. Yapımcı, sözleşme ile, satıcının satışlarının artması ve kaliteli hizmet sunması için, tek satıcıya reklam ve tanıtım malzemesi göndermeyi, tek satıcının elemanlarını ücretli ya da ücretsiz eğitmeyi, onları bilgilendirmeyi de kabul edebilir²¹.

1.4. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi

Belirli süreli tek satıcılık sözleşmesinde sözleşme, sürenin dolması ile sona erer. Sözleşme belirsiz süreli ise, olağan fesih bildirimini ile veya haklı bir nedenin ortaya çıkması ile sona erdirilebilir²². Mesela üreticinin, satıcıya sebepsiz olarak mal göndermemesi, onun bölgesinde başka satıcıya da mal göndermesi satıcı taraf için haklı nedenle tek satıcılık sözleşmesinin feshi nedenidir. Bunun gibi satıcı tarafın üreticiye belirlenen süre veya sayıda mal siparişi vermemiş olması sattığı mallarla ilgili müşteri hizmetlerini yerine getirmemesi üreticiye sözleşmeyi fesih hakkı verir.

Üretici (yapımcı) ile satıcı arasındaki tek satıcılık sözleşmesi hangi nedenle sona ermiş olursa olsun sona erme tarihine kadar satıcı ile tüketici arasında yapılan münferit satım sözleşmeleri bu sona ermeden etkilenmez.

Sözleşmede aksi belirtilmemişse tarafların, yani yapımcının ya da tek satıcının ölümü, iflası veya fiil ehliyetini kaybetmesi tek satıcılık sözleşmesini sona erdirir²³.

2- REKABET HUKUKUNUN AMACI VE İLKELERİ AÇISINDAN TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

Günümüzde küreselleşen dünya ekonomisinde ülkelerin ekonomik refahının artması, siyasi ve sosyal hayatın sağlıklı gelişmesi için, ülkedeki ticari

¹⁹ İNAN, N.(1993),s.58; TANDOĞAN, H.(1982) s.4; YAVUZ, C.(1997) s.33; BADUR, E.(2001), s.112.

²⁰ İŞGÜZAR,H.(1989), s.90 vd.; YAVUZ,C.(1997), s.33.

²¹ BADUR, E.(2001)s.113.

²² Federal mahkeme iş ilişkilerinin süresini göz önünde tutarak, tek satıcılık sözleşmesini yalnız bozma şekil ve sebepleri bakımından acentelik sözleşmesine benzetmiştir. (BGE 78 II 36/37) KANETİ, S.(1968), s.167.

²³ YAVUZ, C.(1997), s.33.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

faaliyetlerin gerek iç gerekse dış piyasalarda kısıtlanmadan serbestçe gerçekleşmesine bağlıdır. Bu nedenle günümüz refah devletlerinde kapalı ekonomilerin yerini liberal, serbest piyasa ekonomileri almıştır. Ancak ticari hayatın tamamen serbest ve kuralsız olması, İngiltere örneğinde olduğu gibi ‘bırakınız yapınlar bırakınız geçsinler’ yaklaşımı, günümüz ticari hayatında kabul edilebilir değildir. Serbest piyasayı doğuran bu ekonomik yaklaşım bir süre sonra serbest piyasayı yok etmiştir. Bu yaklaşım, güçlü ticari işletmelerin güçsüzlere yaşam imkânı tanımadığı, tekelleşmenin arttığı, rekabetin kaybolduğu bir düzene yol açar. Rekabetin olmadığı bir piyasada ise kaynaklar etkin kullanılamaz, verimlilik ve bunun sonucunda refah olmaz, kalite düşerken fiyatlar artar, teknolojik ilerleme yavaşlar. Bu sebeplerle ülkeler serbest piyasanın korunmasını ve rekabetin sürmesini hukuk kuralları ile teminat altına almışlardır. Bu manada ülkemizde rekabet kurallarını düzenleyen ilk ve tek yasa 1994 yılında milli mevzuatımıza eklenen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanundur²⁴. Bu kanundan önce rekabetin korunması ile ilgili meseleler Türk Ticaret Kanunu hükümlerine dayanılarak hallolunmakta idi.

Rekabet çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bazı ekonomistlere göre ve basit kapitalist ekonomi tanımı ile ticari rekabet; satıcı ve alıcıların aynı pazarda, serbest koşullarda fiyat ve üretimi belirlemeleridir²⁵. Hukukçulara göre ise ticari rekabet, bir tarafını müşterilerin teşkil ettiği farazi alım satım akdinin, diğer tarafını oluşturmak için tacirlerin sarf ettiği çaba ve gayret olarak görülür²⁶. Diğer bir tanıma göre ise rekabet, belirli bir piyasada çalışan girişimcilerin kendi girişimleriyle ilgili ekonomik konularda serbestçe karar verebilme hakkıdır²⁷. RKHK'nın tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde ise rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış olarak tarif edilmiştir.

Rekabet hukukunun temel amacı tariflerde de belirtildiği gibi rekabet düzeninin korunmasıdır. Bu durum RKHK'nın amaç başlıklı 1. maddesinde ‘Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için ge-

²⁴ Çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan RKHK kısaltmasıyla bahsedeceğiz.

²⁵ BADUR, E.(2001), s.4.

²⁶ HIRSCH, E.(1948), Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, s.164; ÖRS, H.F.(1958), Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara, s.3, ŞENER, E. (2001), Hukuk Sözlüğü, Ankara, s.663.

²⁷ İNAN, N. (1995),RKHK ve AB Rekabet Politikasına Uyum, AB El Kitabı, Ankara, s.248.

rekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır' şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda ticari hayatta rekabetin korunması için kanun kapsamına giren haller RKHK'nın 2. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer' şeklinde düzenlenerek nerdeyse ilk madde tekrar edilmiştir²⁸.

RKHK'nın ikinci kısmının 4. maddesinde, ticari hayatta rekabeti engelleyebilecek anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasaklandıktan sonra altı bent halinde bu anlaşmaların özellikleri sayılmıştır. Kanun koyucu bu sayede anlaşmaları adlarıyla saymak yerine doğurdıkları etkileri belirtmek suretiyle her türlü anlaşmanın bu yasak kapsamına girebileceğini ifade etmiştir²⁹. Buna göre yasaklanmış anlaşma türleri içerisinde, niteliği itibarı ile baştan itibaren rekabeti sınırlayıcı olan ve uygulamada da sıklıkla karşılaşılan tek (münhasır) satıcılık (temsilcilik) sözleşmeleri de yer almaktadır³⁰.

Yukarıdaki bölümlerde tarifini yaptığımız tek satıcılık sözleşmeleri içerikleri itibarı ile bölgesel tekel sağlamak amacına yönelik olduklarından, en azından marka içi rekabetten kaçınmak amacını taşırlar. Bu nedenle tek satıcılık sözleşmeleri ile rekabet hukuku ilkeleri arasında sürekli bir çelişki vardır³¹. Buna göre ilk olarak,

—Rekabet hukuku, ister bölge ister piyasa olsun aynı ürün çeşidinin birden fazla satıcı tarafından üretimini ve satışını teşvik eder. Böylece tekelleşmenin ve yüksek fiyatın önüne geçilir, tüketiciye sözleşme serbestisi tanınmış olur. Buna karşılık tek satıcılık sözleşmelerinde yapımçı (üretici) aynı bölgede

²⁸ Bu şekilde madde tekrarı ile kapsam belirlenmesi doktrinde eleştirilmiştir. Kapsam maddesinde bu kanunun süjesinin gösterilmesi gerekir. ASLAN, İ.Y., (1992), s.35. 'Aslında bu madde (2.madde) yapılması lazım gelen kanunun uygulama alanının tespit edilmesidir.' BUDAK, A.C., (1993), Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul, s.136.

²⁹ BADUR, E.(2001), s.109.

³⁰ Farklı isimler için bkz dn.10.

³¹ BADUR, E.(2001), s.111.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

başka satıcılara mal vermeyerek hatta kendisi de doğrudan satış yapmayarak satıcıya tekel durumu yaratır. Bunun yanında üreticinin başka bölgelerdeki tek satıcılarının o bölgede satış yapmaması, rakip olmaması yolu ile de ulusal piyasa paylaşılmış olur ki, bu durum rekabet hukukunca yasaklanan kartel sözleşmesini doğurur. Piyasanın rakip teşebbüsler arasında paylaşımı yolu ile kontrol altına alınması anlaşmalarına kartel sözleşmesi denir ve kartel sözleşmelerinin rekabet hukukunca amaçlanan ticari hayata katkı prensibine hiçbir olumlu etkisi yoktur³². Tek satıcılık sözleşmeleri ile bu manada kartel sözleşmeleri arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Kartel anlaşmalarındaki temel amaç, piyasadaki az sayıdaki işletme arasında sınırlı da olsa, mevcut rekabeti kaldırıp, monopol kurulması ve aşırı yüksek fiyatlarla tüketicinin sömürülmesidir³³. Bu nedenle, piyasalarda tam rekabetin kurulması ve işlemini hedefleyen 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile AT uygulamasında olduğu gibi kartel anlaşmalarına sınırlama getirilmiş olmaktadır³⁴. Aynı şekilde tek satıcılık sözleşmeleri de kural olarak rekabet hukuku ilkelerinden tam rekabetçi serbest piyasa oluşması ilkesine ters düşmektedir.

—İkinci olarak, tek satıcılık sözleşmesi ile satıcıya belli bir bölgede tekel hakkı yaratılarak tüketicinin almak istediği ürün için sadece tek bir satıcı ile sözleşme yapma zorunluluğu getirilmektedir. Bu yüzden tek satıcılık sözleşmesi tüketicinin alacağı malın cinsi ve fiyatı konusundaki seçim şansını sınırlamaktadır. Bu durum rekabet hukuku ilkeleri arasında yer alan tüketicinin dilediği ile sözleşme yapma serbestisini ortadan kaldırmaktadır.

—Üçüncü olarak, tek satıcılık sözleşmelerine konulabilecek en alt ve en üst satış fiyatı sınırları ile satıcının maksimum kâr elde etmesi veya gerektiğinde zararına mal satarak müşteri lehine durum yaratması da uygulamada önlenebilmektedir. Bu durum rekabet hukuku ilkelerinden piyasa koşullarına göre fiyat belirleme serbestisini satıcı bakımından engeller.

³² Karteller, benzer malları üreten az sayıdaki büyük firmanın fiyatları belirlemek, üretim veya ihracat hacmini sınırlandırmak, piyasaları bölüştürmek, kısacası piyasada monopolcu duruma gelmek için aralarında yapmış oldukları gizli veya açık anlaşmalardır. Kavram için bkz. SEYİDOĞLU, H.(1992), Ekonomik Terimler Sözlüğü, Ankara, s.456, Diğer bir tanım için bkz. ŞENER, E.(2001), s.428.

³³ Bu konuda geniş bilgi için bkz KEKEVİ, H.G.(2008), ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele Ankara, s.7.

³⁴ 34 TEKİNALP, Ü.(1980), "A.E.T. Antlaşmasının 85 ve 86.maddeleri Anlamında İşletme Kavramı (I)", İktisat ve Maliye Dergisi, C.26, S.11, s.453; ÖZSUNAY, E.(1981), AET'de Karteller ve Rekabeti Sınırlayıcı Diğer Uygulamalar, İkt.Mal. C.27 S.2, s.63 vd.

—Son olarak, üretici açısından önemli olan, malının kendisine en fazla kar ettirecek şekilde ve miktarda piyasaya sunuluyor olmasıdır. Uygulamada üreticiler genellikle bunu tek satıcılık sözleşmesi imzaladığı toptancı veya perakendeci vasıtası ile gerçekleştirir. Aslında tek satıcılık sözleşmesi ile kazançlı çıkan taraf genellikle üretici değil tek satıcılık sözleşmesindeki satıcı taraftır. Kârını artırmayı hedefleyen rasyonel bir üreticinin, münhasır satış sözleşmeleri ile piyasanın belirli bölgelerini kendi alıcısı durumundaki aracı firmalara tahsis etmesinde menfaati yoktur. Satıcı taraf tek satıcılık sözleşmesi ile aldığı malı kendi tekelinde ve genelde kendi belirlediği (tam rekabet piyasasının çok üzerinde) bir fiyat ile rakipsiz olarak belli bölgede satma imkânına kavuşur³⁵. Üretici taraf ise malının tüketiciye ulaşması, satılması için bu sözleşmeyi imzalamak zorunda kalır. Bu durum sonucunda üretici, istese bile o bölgede başka satıcılara, toptancılara ürettiği malını veremez. Böylece rekabet hukukunun yukarıda belirttiğimiz sözleşme serbestisi ilkesi üretici aleyhine de kısıtlanmış olur.

Saydığımız çelişkilere rağmen tek satıcılık sözleşmesi ile ürünlerin kolayca dağıtılabilmesi, malın pazara kolayca girişinin sağlanması, satış sonrası hizmet verilmesi açısından tüketici (alıcı) lehine durumlar da yaratılabilmektedir. Bu bakımdan da, tek satıcılık sözleşmesi rekabet hukukunun temel amaçlarından olan kaliteli mal ve hizmetin sunulmasına faydalı olabilmektedir.

3-TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNİN REKABET KANUNU İHLAL EDEN ÖZELLİKLERİ

RKHK'nın 4/1 maddesi, rekabet düzenini ihlal eden teşebbüsler arası işbirliği faaliyetlerine ilişkin genel bir yasak koymaktadır. Tek satıcılık sözleşmeleri nitelikleri gereği RKHK'nın 4. maddesinde belirtilen rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar içerisinde yer alır³⁶. RKHK'nın 4. maddesinde genel bir yasak konulduktan sonra örnek kabilinden özel olarak birtakım rekabeti kısıtlayıcı somut hallere işaret edilmiştir. RKHK m.4/2 de 6 bent halinde sayılan başlıca rekabeti sınırlayıcı davranışlar tahdidi değildir³⁷. RKHK' da rekabeti sınırladığı için yasaklanan bu davranışlar şunlardır:

a-Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

³⁵ AKINCI, A.(2001), s.96.

³⁶ TOPÇUOĞLU, M.(2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları Ankara- s.216; BADUR, E.(2001) s.111; ASLAN, İ.Y.(1992), s.150.

³⁷ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.215.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

b-Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c-Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d-Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e-Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f-Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesidir.

Tek satıcılık sözleşmelerini kanunda sayılan bu sınırlamalar açısından sırasıyla değerlendirecek olursak:

3.1. Mal veya Hizmetlerin Alım ya da Satım Fiyatının, Fiyatı Oluşturan Maliyet, Kâr gibi Unsurlar ile Her Türlü Alım Yahut Satım Şartlarının Tespit Edilmesi

Tek satıcılık sözleşmelerinin çoğunda üretici ile satıcı arasında satılan malın en alt ve en üst satış fiyatı veya kâr, ıskonto oranı konusunda hükümlere yer verilmektedir³⁸. Yapımcı firma RKHK tarafından yasaklanan bu uygulamayı açıkça tüketici satış fiyatı sirküleri ile yapabileceği gibi, bu sirkülerin başına tavsiye ibaresi getirerek de uygulayabilmektedir. Üreticilerin tek satıcılarının piyasa fiyatını serbestçe belirlemesine müdahalesinin diğer yolları ise, tek satıcının sattığı ürün fiyatlarının ve faturalarının periyodik olarak kontrol edilmesi, yasaya aykırı olarak açıkça veya zımnen belirlenen fiyat tarifelerine uyulmadığı takdirde, fiyat tarifesine uyulması konusunda yetkili satıcının uyarılması, belirli bir yüzdesel oran olarak tespit edilen bayi kâr marjının azaltılması, satış temsilcisi ve yetkili satıcı priminin kesilmesi ve cezai yaptırıma bağlanması şeklinde gerçekleşmektedir. Bilindiği gibi fiyat rekabeti

³⁸ ASLAN, İ.Y.(1992), s.214.

rekabetin tek yolu olmasa bile hayli önemli ve en sık rastlanan görünüm şekillerinden biridir³⁹. Tüketicinin çıkarı, malı üreticiden alan toptancıların ve perakendeci satıcıların marka içi rekabet sonucunda kâr oranlarını düşürmeleri, minimum karla mal satmalarındadır⁴⁰. İşte satıcının minimum kârla mal satmasını hatta ekonomik zorunluluklar veya reklam amacı ile zararına mal satmasını engelleyen, bu nedenle de marka içi rekabeti kaldıran fiyat tespiti anlaşmaları RKHK m.4/2-a bendini ihlal eder⁴¹. Diğer hukuklarda da mahkemeler, üretici firmanın sözleşme ile en düşük toptan satış bedelini belirlemesinin, toptancılar arasındaki rekabetin kısıtlanması olduğuna ve alt seviyede faaliyet gösteren satıcı firmanın satış sözleşmesini dilediği fiyattan ve dilediği kişi ile yapma özgürlüğünün kısıtlanamayacağına dair ülkemizdeki gibi örnek kararlar vermektedir⁴². Tek satıcılar, tek satıcılık sözleşmesi gereği üreticiden aldığı malları taksitle, değişik promosyonlarla veya piyasa şartlarından daha düşük faizle satabilir. Bu serbest rekabet piyasasının gereğidir ve tüketicinin yararınadır. Üreticinin tek satıcılık sözleşmesi ile malın tüketiciye satım şartlarını belirlemesi RKHK'nın 4.maddesinin 2-a bendinin ihlali anlamına gelir.

3.2. Mal veya Hizmet Piyasalarının Bölüşülmesi ile Her Türlü Piyasa Kaynaklarının veya Unsurlarının Paylaşılması ya da Kontrolü

Piyasanın üretici ile tek satıcılar arasında yapılan münhasır satıcılık sözleşmeleri ile bölüşülmesi de sık rastlanan durumlardandır. Uygulamada, üretici ile tek satıcı, aralarındaki sözleşme ile satıcının faaliyet bölgelerini belirlemekte, üretici bu bölgedeki başka satıcılara mal vermemektedir. Yine üretici ve satıcı sözleşmeye koydukları hükümle başka bölgelerdeki tek satıcıların birbirinin bölgesinden gelen müşterilere aktif mal satışını yasakladıkları gibi diğer bölgelerde tanıtım, ilan yasağı getirerek pasif mal satışını da yasaklayabilmektedirler. Hatta üretici kendisi bile, sözleşmede varsa bu bölgede perakende satım yapmamaktadır⁴³. Uygulamada görülen bir başka durum ise

³⁹ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.216.

⁴⁰ AKINCI, A.(2001), s.96.

⁴¹ “V. marka araçlarda kullanılan yedek parça ve aksesuarlar olarak belirlenen ilgili pazarda, D. Otomotiv Servis ve Tic. A.Ş. ve G. Otomotiv Tic. A.Ş.’nin bayilerin yeniden satış fiyatı ve koşullarını belirledikleri tespit edildiğinden, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin (a) bendinde tanımlanan eylemleri gerçekleştirmek suretiyle anılan maddeyi ihlal ettiklerine.”, 01-47/483-120 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴² BECKER-PERRY-RHEINSTEIN, (1950) Resale Price Maintenance and the anti Trust Laws 18 The University of Chicago Law Review-370.

⁴³ “Otomobil ve hafif ticari araç pazarı olarak belirlenen ilgili pazarda, D. Otomotiv Servis ve Ticaret A.Ş. ile D. Otomotiv Holding A.Ş.’nin; bayilerin bölge dışı pasif satışlarını kısıtladıkları tespit edildiğinden, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Rekabeti

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

üretici firmanın, satıcıların kendi bölgesi içerisinde yaptıkları satışlara prim vermesi, buna karşın bölge dışında yapılan aktif ve pasif satışları primden muaf tutmasıdır⁴⁴. Böylece satıcı firmaya aynı bölgede, aynı markayı satan başka rakipler çıkmasını engellemektedir. Bu durum firmanın belirlenen bölgede tekel olmasına sebep olmaktadır. Hatta bu nedenle tek satıcılık sözleşmesinin kartel sözleşmelerinden farklı olmadığı doktrinde ileri sürülmüştür⁴⁵. Böylece satıcılar mal veya hizmetleri kendilerine ait bölgede rekabet şartlarını bertaraf ederek, istedikleri fiyat ve şartlarla, tüketicilere arz edebilmektedirler⁴⁶. Üreticinin ve satıcının aralarındaki sözleşmeye belli bölgeler içerisinde mal satımını kısıtlayacak hükümler koymaları ve anlaşmada yer alan bölge dışında alternatif temin kaynaklarının bulunmaması halinde (teb.1997/3, m.4/c) piyasa coğrafi olarak paylaşılmış olur. Bu tür faaliyetlerde, bir satıcının gelen müşterilerin ikametgâhına bakmaksızın mevcut ürün durumunu göz önüne alarak satış yapması esastır; ancak gelen müşterinin, alacağı malı diğer satıcının bölgesinde kullanacak olması, yapılacak satışın sağlayıcı tarafından yasaklanmasını, engellenmesini ya da denetim altında tutulmasını gerektirmez. Bu yönde bir davranış 4054 sayılı RKHK m.4-2/b' nin ihlali anlamına gelir.

Piyasa bölüşmelerinde paylaşılan piyasanın veya pazarın ülke çapında olması gerekli değildir. Bir bölgenin ya da şehirlerin belli bölgelere ayrılarak paylaşmaya konu olması piyasanın coğrafi olarak bölüşülmesidir⁴⁷. Yine tek satıcılık sözleşmesine belli miktarın üzerindeki mal satımlarının yalnızca üretici tarafından yapılacağı, ihracatın tek satıcılara yasaklanması, kamu ihalelerine sadece belirlenmiş tek satıcıların katılabileceği gibi kayıtlar koyulması müşteri paylaşmak anlamına gelir. Bu da piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü anlamına gelir⁴⁸. Konulan bu gibi rekabeti sınırlayıcı kayıtlar da RKHK m.4-2/b' nin ihlali sebebidir.

Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar başlıklı 4.maddesinin (b) bendinde tanımlanan eylemleri gerçekleştirmek suretiyle anılan maddeyi ihlal ettikleri.”, 01-47/483-120 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴⁴ “Bir teşebbüsün mallarını daha fazla satabilmesi için reklâm, tanıtım, tutundurma gibi satış artırıcı hususlara önem vermesi ve bunu teşvik etmesi doğaldır. Bu faaliyetlerden beklenen satışların artırılmasının sağlanmasıdır. Bayinin sadece bölgesi içine yaptığı satışlara bu şekilde bir prim verilmesi, malın bölge dışına satılmamasına hizmet eder ve yukarıda ifade edildiği gibi bölge dışına yapılacak pasif satışları dahi fiilen imkânsız hale getirir. Bu nedenle böyle bir primin, pasif satışları zorlaştırmayacak veya fiilen imkânsız hale getirmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.” 03-23/278-126 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

⁴⁵ AKINCI, A.(2001), s.95.

⁴⁶ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.228.

⁴⁷ BADUR, E.(2001), s.95.

⁴⁸ AKINCI, A.(2001), s.94.

3.3. Mal veya Hizmetin Arz ya da Talep Miktarının Kontrolü veya Bunların Piyasa Dışında Belirlenmesi

Tek satıcılık sözleşmesinin üretici (yapımcı) tarafı, dağıtıcılarına (satıcılarına) serbest piyasadaki fiyat oluşumunu kendi lehine etkilemek için ürettiğinden daha az sayıda ürün göndererek kârını artırmak isteyebilir. Ya da satıcı taraf bölgedeki tek satıcı olmasına güvenerek üreticiden gereğinden az sayıda mal sipariş ederek kâr miktarını artırabilir. Bunlar rekabetçi piyasadan çok tekelci piyasanın arz talep özelliklerindedir. Tarafların tek satıcılık sözleşmesinin kendilerine sağladığı bu avantajı kullanarak kar amacıyla arz ve talep miktarlarını kontrol altına almaya çalışmaları bunun neticesinde serbest rekabet piyasasında oluşan fiyatları yükseltmeye çalışmaları RKHK m.4-2/c'nin ihlalidir. Aslında bu şekilde üreticinin mal göndermeyi kısması veya satıcının siparişi azaltması sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa bile taraflar arasındaki sadakat yükümlülüğünün de ihlalidir. Bu durum tarafların kusurlu sayılabilecek bir davranışından ileri geliyorsa (ki RKHK m.4-2/c nin ihlali bir kusurdur) taraflar üreticiye yüklenen teslim yükümlülüğünün ihlalinden dolayı ya da satıcıya yüklenen sürümü artırma yükümlülüğünün ihlalinden dolayı derhal sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir⁴⁹. Bu durumlarda Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde görevli ve yetkili adli mahkemeden sözleşmenin feshine karar vermesi talep edilebilir⁵⁰.

3.4. Rakip Teşebbüslerin Faaliyetlerinin Zorlaştırılması, Kısıtlanması veya Piyasada Faaliyet Gösteren Teşebbüslerin Boykot ya da Diğer Davranışlarla Piyasa Dışına Çıkartılması yahut Piyasaya Yeni Gireceklerin Engellenmesi

Tek satıcılık sözleşmeleri ile üretici ve satıcı, belirlenen bölgede rakip teşebbüs faaliyetlerinin kısıtlanmasını, boykot edilmesini kararlaştırabilecekleri gibi piyasaya başka satıcıların girmesini de engelleyebilirler. Buradaki rakip teşebbüsten kasıt üretici ile tek satıcılık sözleşmesi imzalamış başka bölgedeki satıcı da olabilir. Bu satıcının başka tek satıcıların bölgesinde mal satması engellenerek marka içi rekabet önlenmiş olur. Tek satıcının hâkim olduğu piyasadaki bir başka teşebbüsün de aynı piyasada aynı malı satmak aynı hizmeti

⁴⁹ YAVUZ, C.(1997), s.32; İŞGÜZAR, H.(1989), s.88-89.

⁵⁰ “Sağlayıcının, yeniden satıcıya araç vermemesi ile ilgili ihtilafın, halen adli mercilerde davasının sürmekte olması dikkate alınarak, adli merciler tarafından sözleşmenin feshini haklı gösterecek bir karar verilmedikçe, feshi ihbar süresinin iki yıl olarak uygulanmasına ve bu süre boyunca sözleşme hükümlerinin geçerli kalmasına..” 99-51/553-346 sayılı Rekabet Kurulu Kararı .

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

vermek istemesine rağmen üretici tarafından bu teşebbüse mal verilmemesi boykot durumuna örnek oluşturur. Böylece önceden tek satıcılık sözleşmesi imzalamamış olan teşebbüsler piyasa dışına itilmiş olacaktır. Önceden beri var olan teşebbüslere boykot uygulanarak tek satıcıya rakip olması engellenebileceği gibi piyasaya yeni girecek teşebbüslere mal verilmeyerek ya da fazla fiyatla mal verilerek, yeni teşebbüsün piyasaya girişi engellenebilir ve bu durum önceden o bölgeye mal satan tek satıcı ile üretici arasındaki sözleşmede teminat altına alınabilir⁵¹. Fırsatlardan eşit şekilde yararlanmanın engellenmesi eşitlik ilkesini etkilediği kadar verimlilik ilkesini de etkiler. Piyasadaki bazı firmaların, diğerlerinin eşit koşullarda faaliyet göstermesine engel olmaları RKHK m.4-2/d maddesine aykırıdır.

3.5. Münhasır Bayilik Hariç Olmak Üzere, Eşit Hak, Yükümlülük ve Edimler İçin Eşit Durumdaki Kişilere Farklı Şartların Uygulanması

Kural olarak teşebbüslerin ticari muamelede bulunacakları kimseleri istedikleri gibi seçebilme yetkileri, özel teşebbüs hürriyeti ve sözleşme serbestisi prensibinin doğal bir sonucudur. Özel teşebbüs ve sözleşme hürriyetinin sınırları genel ilkeler dışında, RKHK m.4/2-e ile belirlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda üreticilerin münhasır bayilik sözleşmesi ile belirlediği satıcılara diğerlerinden farklı hak ve yükümlülükler uygulaması rekabet hukuku açısından kabul edilebilir sayılmıştır. Ancak üreticinin münhasır bayilik verdiği satıcı haricindeki diğer satıcılara farklı hak ve yükümlülükler getirmesi rekabet hukukunca yasaklanmıştır. Mesela üç farklı işletmeye mal gönderen üreticinin, ikisine aynı fiyattan birine ise daha yüksek fiyattan mal göndermesi kanunun 'e' bendinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Burada eşit satıcılara farklı muamele şartları uygulanmasının yasak kapsamına alınması için farklı şartlara tabi tutulan kişilerin birbirlerine rakip olmaları ve söz konusu ayrımcı uygulamanın bir sonucu olarak rakiplerden birinin diğerine karşı dezavantajlı duruma düşmesi lazımdır⁵².

⁵¹ ASLAN, İ.Y.(1992), s.75; TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.232.

⁵² BUDAK, A.C.(1993), s.141.

3.6. Anlaşmanın Niteliği veya Ticari Teamüllere Aykırı Olarak, Bir Mal veya Hizmet ile Birlikte Diğer Mal veya Hizmetin Satın Alınmasının Zorunlu Kılınması veya Aracı Teşebbüs Durumundaki Alıcıların Talep Ettiği Bir Malın ya da Hizmetin Diğer Bir Mal veya Hizmetin de Alıcı Tarafından Teşhiri Şartına Bağlanması ya da Arz Edilen Bir Mal veya Hizmetin Tekrar Arzına İlişkin Şartların İleri Sürülmesi

RKHK'nın 4/2-f bendinde düzenlenen bu kural ile üreticilerin ve yapımcıların, malını satarken perakende satıcıya ek yükümlülükler getiremeyeceği belirtilmiştir. Mesela üretici, son günlerde satışları düştüğü için elinde fazla olan ve beğenilmeyen ütüleri elinden çıkarmak için, bayilerini, ütü almaları koşuluyla televizyon göndereceğini söyleyerek ütü almaya zorlayamaz. Yine tek satıcı da bölgesindeki televizyon almak isteyen müşterilere ütü alımını zorunlu kılamaz⁵³. Bunun gibi tek satıcı kendisinin sattığı bir malın tamirini, servisini, montajını ancak kendisinin yapabileceğini, aksi halde mal satmayacağını ileri sürerek, tüketicinin başka yerden de hizmet almasını engelleyemez. Bu durumlar yasanın 'f' bendine aykırıdır. Ancak rekabeti engelleyici bu durumlar, taraflar arasındaki sözleşmelerde açıkça belirtilmişse ve bu konuda yerleşmiş ticari teamüller mevcutsa, yasaya uygun hale gelebilir.

4- TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNİN REKABET AÇISINDAN OLUMLU YÖNLERİ

Tek satıcılık sözleşmeleri genel olarak rekabeti sınırlayıcı sözleşmelerdir. Ancak bununla birlikte tek satıcılık sözleşmelerinin bazı yararları da vardır. Çünkü bu sözleşmeye güvenen tek satıcı, satış faaliyetleri üzerinde yoğunlaşabilir. Yapımcı ise pek çok satıcı ile ticari ilişkiler kurmak zorunda kalmayacağından tamamıyla üretime yönelebilir ve böylece özellikle uluslararası ticarete dil, yabancı yasalar ve diğer farklılıklardan kaynaklanan dağıtım güçlükleriyle uğraşmak zorunda kalmaz. Münhasır dağıtım sözleşmeleri ürün satışının artırılmasına yardımcı olur ve yoğun pazarlama ile arzın devamlılığını sağlar, böylece dağıtım rasyonelize eder. Farklı üreticilerin ürünleri arasında rekabeti artırır ve pazara girişleri kolaylaştırır. Bu sözleşmelerin tüketiciler açısından da olumlu etkileri bulunmaktadır. Tüketici, münhasır dağıtım sözleşmesiyle dağıtımda iyileşme olacağından ürünleri daha kolay ve çabuk elde edebilecektir. Ayrıca ürünlerle ilgili çıkacak sorunları çözmek için kendisine daha yakın muhatap bulabilecektir⁵⁴.

⁵³ BADUR, E.(2001), s.108.

⁵⁴ ASLAN, İ.Y.(1992), s.210; BADUR, E.(2001), s.113.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

Amerikan hukukunda tek satıcılık sözleşmesiyle ilgili bir davada, davalılar savunmalarında münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyasanın paylaşılmasının rekabeti kısıtlamaktan çok rekabet artırıcı olduğunu iddia etmişlerdir. Davalılara göre münhasır satıcılık sözleşmeleri ile her bir satıcının faaliyet bölgelerinin belirlenmiş olması, satıcıları belirli bölgelerde korumaya yöneliktir. Belirli bir bölgede sadece kendisinin satış yetkisine sahip olduğunu bilen satıcı, malların tanıtım, sergileme ve satış sonrası hizmet faaliyetlerini artıracaktır. Bütün bu faaliyetler belirli bir gider gerektirir. Piyasanın münhasır satım sözleşmeleri ile bölgelere ayrılması, bu masraflar nedeni ile maliyeti artan satıcıların, sergileme giderlerinden kaçınan satıcılara karşı korunmasını temin içindir. Aksi takdirde tüketiciler, yetkili satıcıların sergiledikleri mallar arasından seçtikleri malları bu harcamalardan kaçınan başka bir satıcıdan alarak rekabet ortamını bozacaklardır. Bu nedenle münhasır satım sözleşmeleri ile belli satıcılara ayrıcalık tanınmasının gerekli olduğunu savunmuşlardır. Davalılar her ne kadar bu davayı kaybetseler de mahkeme sonradan bu görüşe yakın kararlar vermiştir⁵⁵.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku 67/67 sayılı tüzüğün gerekçe bölümünde, münhasır satıcılık yetkisinin kabulü ile malların pazarlanması ve dağıtımında, verimliliğin daha da çoğalacağı ve firmalar arasında arzulan rekabetin artacağı, satış sonrası hizmetlerde gelişmelerin kaydedileceği bildirilmektedir⁵⁶. Komisyona göre münhasır satıcılık sözleşmeleri küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin piyasada rekabet edebilmelerinin tek yoludur. Küçük ve orta büyüklükteki şirketlerin rekabet gücünün artırılması ve yeni mamullerin tanıtılması için, satıcıların tanıtım faaliyetlerine yapacakları harcamaların belirli oranda güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Buradaki küçük ve orta boy işletme kriterlerinde komisyon, şirketin cirosunu göz önünde bulundurmaktadır⁵⁷. Avrupa Komisyonunca belirlenen ciro kriterine göre ayrımcılık Türk doktrininde eleştirilmiştir⁵⁸. Ciro kriteri yerine mahkemeler, her olayda piyasa koşullarını ve anlaşmanın rekabete etkisini araştırmakla yükümlü olmalı, sadece yıllık ciroyla yetinmemelidirler. Çün-

⁵⁵ White Motor Co. v. United States 372 US 252,83 S.Ct 696 (1967) AKINCI, A.(2001), s.91.

⁵⁶ Komisyon'un bu yetkiye dayanarak çıkardığı, dikey anlaşmalara ilişkin ilk grup muafiyeti 67/67 sayılı Tüzüktür. Bunun yürürlükten kalkmasıyla birlikte, Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 1983/83 sayılı ve Tek Elden Satın alma Anlaşmalarına İlişkin 1984/83 sayılı Tüzükler yürürlüğe girmiştir. Bu tüzükte, 2000 yılında yürürlüğe giren 2790/1999 sayılı dikey anlaşmalara ilişkin Tüzük ile birlikte ortadan kalkmıştır.

⁵⁷ Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku 1984/ 83 sayılı tüzüğün 3.maddesi gereğince yıllık ciro-su 100 milyon Euro'yu aşan şirketler tüzüğün getirdiği ayrıcalıktan yararlanamazlar.

⁵⁸ AKINCI, A.(2001), s.93.

kü ciro kriterini karşılamamakla beraber amacı sadece rekabeti engellemek olan anlaşmalar da bu ayrıcalıktan yararlanabilecektir. Buna göre mahkemeler münhasır satıcılık sözleşmeleri ile rekabetin kısıtlanmasına rağmen bu sözleşmelere izin verirken ciro yerine;

—Bağımsız münhasır satıcılık sözleşmeleri ile piyasanın kontrol altına alınan kısmının genel piyasa içindeki önemini,

—Münhasır satıcılık sözleşmeleri ile faaliyet bölgeleri belirlenenler, tanıtım ve satış sonrası hizmet faaliyetlerini üstlenip üstlenmediğini ve bunu fiilen yerine getirip getirmediğini,

—Münhasır satıcılık sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra, üretim ya da piyasaya arz edilen mal miktarında artış olup olmadığını, araştırarak bu üç husustan birine olumsuz yanıt verilmesi durumunda piyasada rekabetin münhasır satım sözleşmesi ile kısıtlanmasının amaçlandığı sonucuna varmalıdır⁵⁹.

Burada belirtilen üç kriter ve başka diğer ayrımcılık (muafiyet) kriterleri RKHK hazırlanırken göz önünde bulundurulmuştur. Bununla birlikte piyasadaki tek satıcılık sözleşmelerinde bu şartlara uyulup uyulmadığını belirlemek, uyulmuş ise bu sözleşmelere muafiyet tanımak ve bu sözleşmelerin sonradan denetlemek görevi, özerk bir kuruluş olan Rekabet Kurumuna verilmiştir.

5- TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİNE TANINAN MUAFİYETLER VE MUAFİYETLERİN ÖZELLİKLERİ

Rekabeti sınırlayıcı yönleri nedeniyle kanunların yasaklama alanına giren tek satıcılık anlaşmaları yukarıda belirttiğimiz yararları nedeniyle belli şartları taşımaları halinde, grup muafiyetleri çıkarılmak suretiyle bu yasak çerçevesinden kurtarılmaktadırlar⁶⁰. Hukuk sistemlerinde anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının yasak kapsamından çıkarılması bakımından en yaygın yöntem bu anlaşmalara, kararlara idari bir kararla muafiyet tanınmasıdır⁶¹. RKHK'ya göre bu muafiyet bireysel, yani münferit anlaşma ve kararların hukuka uygun sayılması şeklinde olabileceği gibi, grup şeklinde yani belirli bir konudaki bütün anlaşmaları hukuka uygun sayacak şekilde de olabilir.

⁵⁹ AKINCI, A.(2001), s.94

⁶⁰ BADUR, E.(2001), s.113

⁶¹ SAYHAN, İ.(2005), Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması, AÜEHF Dergisi, Cilt.9 sayı.1-2, s.575

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

RKHK'nın 5. maddesine göre Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir. Buna göre tek satıcılık sözleşmelerine muafiyet tanınması ve böylece geçerli olabilmeleri için gereken genel şartlar şunlardır;

- a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) Rekabetin, (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olanlardan fazla sınırlanmamasıdır.

Ülkemizde belirli anlaşmalara bu şartlara uyduğu için Rekabet Kurumunca grup muafiyetleri tanınmış ve bu anlaşmaların taşınması gereken diğer nitelikler tebliğ ile belirlenmiştir⁶². Nitekim inceleme konumuz olan tek elden dağıtım ve satım sözleşmelerine ilişkin de 1997 yılında grup muafiyeti tebliği hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Ancak Rekabet Kurulu 2002 yılında çıkardığı dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliği ile önceden değişik konulara ilişkin ayrı tebliğlerle düzenlenmiş olan grup tebliğlerini tek tebliğde toplamıştır⁶³. Şöyle ki tebliğin 10. maddesi ile tebliğin yürürlüğe girmesi ile birlikte 1997/3 sayılı tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin muafiyet tebliği, 1997/4 sayılı tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin muafiyet tebliği ve 1998/7 sayılı franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğinin yürürlükten kalkacağını öngörmüştür. Buna göre tek elden satım sözleşmelerinde de aranacak olan ve dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliğinde belirlenmiş şartlar şunlardır⁶⁴:

1) Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisi belirli hallerde engellenmemelidir. Ancak taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi

⁶² Rekabet Kurulu bugüne kadar grup muafiyetine ilişkin birçok tebliğ çıkarmıştır. Bunlardan başlıcaları tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin tebliğ, tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin tebliğ, motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarına ilişkin tebliğ, franchise anlaşmalarına ilişkin tebliğ ve araştırma geliştirme anlaşmalarına ilişkin tebliğdir.

⁶³ SAYHAN, İ.(2005), s.580

⁶⁴ 03.06.2009 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzda da bu şartlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. 09-26/567M

Arş. Gör. Aziz Serkan ASLAN

sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür.

2) Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmemelidir.

a) Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması,

b) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,

c) Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,

d) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların söz konusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması.

3) Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışları kısıtlanmamalıdır.

4) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmemelidir.

5) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanmamalıdır.

Görüldüğü üzere burada belirlenmiş nitelikler, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren tek elden satıcılık sözleşmelerinde bulunması gereken değil bulunmaması gereken niteliklerdir. Bu nitelikler esas itibarı ile RKHK'nın 4.maddesinde özünü bulan niteliklerdir. Bu sınırlamaları içeren tek satıcılık anlaşmaları tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz.

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

Üreticinin (yapımcının) ve tek satıcılık sözleşmesi imzalayan satıcının kural olarak rekabete aykırı olan bu sözleşmelerinin yukarıdaki tebliğle sağlanan muafiyetten yararlanması, bu sayede de hukuka uygun hale gelmesi için anlaşmalarını Rekabet Kurulu'na bildirmesi zorunlu değildir. Grup muafiyeti tebliğinde belirlenen şartları taşıyan anlaşmalar yapıldıkları andan itibaren muafiyet hükümlerinden yararlanabilir, bunun için bildirim gerekmez⁶⁵. Ancak muafiyet şartlarına aykırı bir sözleşmenin, ileride bu aykırılık nedeniyle teşebbüsün cezalandırılmasına neden olabileceği, bu yüzden bu tür sözleşmelerin kurula bildirimini zorunlu olmasını savunan görüşler de mevcuttur⁶⁶.

Zaten günümüzde uygulamada çoğu teşebbüs ileride sorun çıkmaması için tek satıcısı ile aralarında yaptıkları muafiyet kapsamındaki sözleşmeyi, Rekabet Kuruluna bildirmekte ve sözleşmenin tebliğ kriterlerine, RKHK'nın 4,6 ve 7. maddelerine uygun olup olmadığını gerekli bilgileri de sunarak tespit ettirmektedirler. Bu tespiti yapmak kurulun görevleri arasındadır⁶⁷.

RKHK m.5' e göre, tek satıcılık sözleşmesinin taraflarına tanınan muafiyet süresinin üst sınırı yoktur. Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

6-TEK SATICILIK SÖZLEŞMELERİNE TANINAN MUAFİYETE AYKIRI HALLER

Tek satıcılık sözleşmelerine sıkı rekabet hukuku kurallarına rağmen ticari hayatta geçerli olma hakkı tanıyan dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliği yürürlükte kaldığı sürece, bu tebliğe uyan tek satıcılık sözleşmeleri de geçerliliğini sürdürecektir. Tebliğe herhangi bir yürürlük süresi konulmamıştır. Bu nedenle süresizdir. Ancak anlaşmalara tebliğ ile tanınan muafiyet, anlaşma RKHK'nın 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmıyorsa, bu durumun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulunca, RKHK'nın 13. maddesine dayanılarak geri alınabilir. RKHK'nın 5. maddesinde belirtilen durumlar ve özellikleri şunlardır;

⁶⁵ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.260

⁶⁶ SAYHAN, İ.(2005), s.580

⁶⁷ İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4,6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir. (RKHK m.8)

6.1. Malların Üretim veya Dağıtım ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanmaması

Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için, öncelikle anlaşma konusu olan malın üretimi ve dağıtım ile ilgili olarak bir gelişme veya iyileşme olması ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir. Bir anlaşmanın muafiyetten yararlanması için bu anlaşmanın yararlı etkileri olmalıdır. Bu maddede belirtilen yarar bireysel yarardan ziyade toplumsal yarar⁶⁸.

Verimlilik veya ekonomik, teknolojik gelişmenin sağlanması şartının, yani toplum açısından yarar şartının objektif tespiti zordur. Bu durumun tespiti için yeni mal çeşitlerinin üretilmesi, yarı mamul mal tedarikinin güvence altına alınması, piyasada mevcut malların üretiminin rasyonelleşmesi, dağıtımın etkinleştirilmesi gibi veriler bu değerlendirmede esas alınabilecek objektif kriterlerdir.

Mesela bir sektördeki aşırı kapasitede üretim yapan teşebbüslerin kapasitelerini, normal seviyeye indirmeye yönelik anlaşmalar uzun dönemli iyileşmeye yol açan anlaşmalar olarak kabul edilebilir. Yine münhasır satıcılık anlaşmaları ile dağıtımın belli bir bölgede tek satıcıya bırakılması o bölgede malın dağıtımında daha iyi hizmet ve daha iyi satış sonrası hizmet sağlayabilir. Buna karşın ilgili bölgeye aktif satış yapabilen dağıtıcı sayısı iki veya daha fazla olduğu zaman, münhasırlıktan beklenen yararlar elde edilemeyecekse, dolayısıyla bu durumda dağıtıcılara aktif satış yasağı getirilmesi bu bentteki muafiyet amacını ihlal eder⁶⁹.

Tüketicinin kullanım imkânını artıran veya daha güvenli olan yahut daha faydalı olan ürün teknik ilerleme kapsamında düşünülür. Ekonomik gelişme kavramının çerçevesini tam olarak çizilebilir mümkün değildir. Ekonomik yarar şartının hangi durumlarda yerine getirildiği, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir husus olmakla birlikte, üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, malın arzının artırılması ve arzın devamlılığının sağlanması, yeni piyasalara girişlerin kolaylaştırılması, kalitenin artırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması, rekabeti artıran ekonomik alanlara yönelik yatırımları organize eden anlaşmalar, mali-

⁶⁸ SAYHAN, İ.(2005), s.582

⁶⁹ 03-23/278-126 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

yetlerin azaltılması, işsizliğin azaltılması, yeni bir sanayi kurulması fuar veya sergilerin rasyonel hale getirilmesi gibi hususlar ekonomik gelişme anlamında düşünülebilecek teşebbüsler arası işbirliği anlaşmalarını bu bendin içerdiği muafiyet kapsamına sokar⁷⁰.

Buna göre ekonomik fayda veya menfaatin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda objektif anlamda ekonomiye, ilgili ürün pazarına, rakiplere ve tüketicilere yönelik olarak yapılacak somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Yeknesak fiyat artışları veya indirimleri öngören, piyasa paylaşmayı hedefleyen ve üretim veya dağıtımın iyileştirilmesi iddiası içerisine gizlenen teşebbüsler arası anlaşmalar bu bent kapsamına girmeyen muafiyete aykırı durumlardır.

6.2. Tüketicinin Bundan Yarar Sağlamaması

RKHK'nın 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için aranan ikinci koşul, yukarıda ifade edilen ekonomik yararlardan, tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir başka deyişle, ekonomik açıdan yarar sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere yansıtmadığı sürece, muafiyetten faydalanamaz.

Tüketici teriminden kastedilen sadece nihai tüketiciler değil, nihai tüketiciler dışında kalan satıcı, dağıtıcı ve hatta üretici gibi tüm kullanıcılarıdır. Tüketicinin sağlayabileceği yararlar olarak fiyatlarda sağlanacak düşüşler, kalitenin artırılması, ürün çeşitliliğinin sağlanması, garanti kapsamının genişletilmesi, ekonomiye yeni malların kazandırılması, satış sonrası etkin hizmet ile malın arzında devamlılığın sağlanması gibi çeşitli ekonomik faydalar sayılabilir⁷¹.

Tek satıcılık anlaşmalarının tüketiciye fayda sağlayıp sağlamadığını belirlemek de her zaman kolay değildir. Mesela, tek satıcılık anlaşması ile bölgede ürün çeşitliliği ve hizmet kalitesi artmış, buna karşın ürünün fiyatı da artmışsa bu anlaşmanın yararlı mı zararlı mı olduğunu objektif olarak belirlemek güçtür. Bu gibi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tüketici açısından doğuracağı sonuç belirlenirken Rekabet Kurulu anlaşmanın tüketiciye sağlayacağı yarar

⁷⁰ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.253

⁷¹ Bu nedenle, yeni dağıtım sisteminin satış sonrası hizmetle ilgili olarak düz camda tüketici lehine herhangi bir katkı sağlamayacağı kanaatine varılmıştır. 03-23/278-126 sayılı Rekabet Kurulu Kararı

ile zararlarını tartacak, zararı ağır basan anlaşmaları muafiyet kapsamından çıkaracaktır⁷².

6.3. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkması

Bu koşulun temelinde, piyasada etkin rekabetin olmadığı durumlarda, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya en azından, yararlarının zararlarından fazla olmayacağı varsayımı bulunmaktadır. Teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların, en azından uzun vadede gerçekleşmemesine yol açacaktır. Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin piyasa payı ile, piyasadaki rekabetin etkilenmesi arasında, doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Teşebbüslerin piyasa payı ne kadar yüksekse, ilgili piyasanın anlaşmadan etkilenmesi de o nispette artmaktadır. Ayrıca, anlaşmadan etkilenecek diğer teşebbüslerin pazar payları ve pazarın yoğunluk oranı da dikkate alınmalıdır.

Tek satıcılık anlaşmalarına muafiyet kararı verilebilmesi için bu anlaşma ile her ne kadar rekabet sınırlanıyor ise de rekabet kısmen de olsa devam etmelidir. Anlaşma ile hem taraflar arasındaki rekabet hem de piyasadaki rekabet tamamen ortadan kalkıyorsa bu anlaşmalara muafiyet verilemez. AB uygulamasında piyasanın %80'inden fazlasını etkileyen anlaşmalar muafiyete aykırı sayılmıştır⁷³. Hatta piyasanın %50'sini kapsayan anlaşmalar bile ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırır diyen görüşler mevcuttur⁷⁴.

Ortak araştırma ve geliştirme, ortak satış ve reklâm, belirli ürünlerde karşılıklı olarak üretim kapasitesinin azaltılması ve uzmanlaşma gibi belirli alanlarla sınırlı taraflar arasında rekabeti ortadan kaldırmayan anlaşmaların muafiyet kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşın piyasa paylaşımını ve sabit fiyat uygulamalarını içeren anlaşmalar muafiyet kapsamında değerlendirilemez⁷⁵.

6.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olanlardan Fazla Sınırlanması

4054 sayılı kanun bazı anlaşmalara, sağladıkları faydalar nedeniyle muafiyet tanımıştır. Kanun rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin yararını göz

⁷² TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.255

⁷³ SAYHAN, İ.(2005), s.586

⁷⁴ AKINCI, A.(2001), s.250

⁷⁵ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.256, SAYHAN, İ.(2005), s.586

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

önünde tutarak izin vermişse de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması mümkün değildir. Kısaca “ölçülülük” ya da “denge” ilkesi olarak ifade edilebilecek olan bu prensibe göre, sınırlama, elde edilmek istenen olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli olmalıdır.

AB uygulamasında satış fiyatlarının tespiti, müşteri sınırlamaları mutlak bölgesel koruma sağlayan kayıtlar, zorunlu olmayan sınırlamalar olarak değerlendirilmektedir⁷⁶. Buna karşılık uzmanlaşma anlaşması ile her bir tarafın belirli bir ürünün üretiminden vazgeçmesi ve anlaşma konusu ürünlerin üretimi zorunluluğu, ortak girişim anlaşmasında ortak girişimle rekabet etmeme yükümlülüğü, münhasır dağıtım anlaşmasında üreticinin anlaşma bölgesinde kullanıcılara doğrudan satış yapmaması bu bente uygun, muafiyete tabi anlaşmalardır⁷⁷.

7- MUAFİYETE AYKIRI ANLAŞMALARA UYGULANACAK USUL HÜKÜMLERİ

Kural olarak bir faaliyetin yargı faaliyeti sayılması için bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gerekir⁷⁸. Bazı hallerde ise, idari teşkilat içinde yer alan kurumların, hukuk kurallarını somut olaylara uygulaması söz konusu olmaktadır ki, bu son halde, İngilizce konuşan devletlerin hukukunda “yargı benzeri” (quasi-judicial) diye anılan bir idari işlem grubu ile karşılaşılmaktadır.⁷⁹ Özellikle maddi olayların ortaya çıkartılmasına ilişkin bir tahkikat aşaması sonunda hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve ilgililerin hukuki durumunu etkileyen bir birel işlem yapılması ile sonuçlanan bu işlemler bu gruptadır⁸⁰.

Rekabet Kurulu’nun rekabet hukuku ihlallerine ilişkin inceleme, araştırma ve kararları, rekabet ihlali iddiaları veya şüphesi üzerine somut maddi olay-

⁷⁶ İNECİ, B.(1986), Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (*Joint Ventures*), YKV yayını No:56, İstanbul, s.25 vd.

⁷⁷ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.258

⁷⁸ KURU, B.(2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, 6. Bası, İstanbul, s. 2-3.

⁷⁹ Bkz. Black’s Law Dictionary, 7. Bası (St. Paul: West Group, 1999), “quasi-judicial” maddesi.

⁸⁰ BUDAK, A.C.(2003), Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I (Kayseri: Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu ortak yayını) s.3

ların soruşturulması sonucunda, ortaya çıkarılan somut olaya rekabet hukuku kurallarının (yaptırımlarının) uygulanmasına ilişkin bulunmaktadır. Rekabet hukuku ihlallerine ilişkin işlemler, bu özellikleri ile yargı benzeri işlemler arasında yer almaktadır.⁸¹ Bu nedenle, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin kararların sağlığı açısından Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uygulanan usul kurallarının yargılama hukuku güvenceleri ışığında yorumlanması ve uygulanması gereklidir.⁸²

Rekabeti kısıtlayan bir yasak faaliyetin varlığından Rekabet Kurulu, ilgili kimselerin (tarafların) bildirim (m.10), menfi tespit (m.8) ve muafiyet başvurusu, üçüncü kişilerin ihbarı, şikayeti veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığının talebi ya da Kurulun kendi yetkisine dayanarak yaptığı (re'sen) piyasa araştırması (m.27/a) sonucu haberdar olacaktır⁸³. Kurul, re'sen veya kendisine intikal eden ihbar veya şikâyet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verir. Bu durumu da ihbar edene ve ihbar olunana bildirir (m.40). Adalet Divanı'nın kararlarına göre, Komisyon, teşebbüslerden bilgi talep ederken, ilgili teşebbüsün savunma hakkını gereği gibi kullanmasına imkân vermek için, yapılan soruşturmanın konusu ve amacı hakkında yeterli bilgi vermelidir⁸⁴. Bu bilgi verildikten sonra ilgili teşebbüsün savunma hakkı doğar. Öneri ile başlayıp nihai kararlar sonucunda inceleme sürecinde, tarafların isterlerse değerlendirebilecekleri, şekli anlamda, dört savunma ya da cevap hakları vardır⁸⁵.

Rekabet ihlali konusundaki ispat yükü Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konu ile ilgili 59. maddesinde ve 4. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Burada yer alan hukuka aykırı teşebbüs anlaşmaları karinesine göre; rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya

⁸¹ YILMAZ, E.(1999); Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, s. 79-131, s. 112 (soru ve cevap bölümü); BUDAK, A.C.(2003),s.4

⁸² NEHL, H.P.(1999), Principles of Administrative Procedure in EC Law (Oxford: Hart Publishing.), s. 56-57; BUDAK, A.C.(2003),s.4

⁸³ TOPÇUOĞLU, M.(2001), s.275

⁸⁴ Hoechst AG v. Commission of the European Communities, Case 46/87-227/88, European Court Reports 1989, s. 2859 vd., kenar no. 29

⁸⁵ BUDAK, A.C.(2003), s.8

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder ve durumun bu şekilde olmadığını ispatlama yükünü tek satıcılık sözleşmesinin taraflarına geçirir.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir. RKHK m.47, f.5 sözlü savunmada ilgili tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü “delil ve ispat vasıtasından” yararlanabileceğini öngörmektedir. Buradaki delil, taraflar arasındaki hukuki işlemlere ilişkin yazılı belgeler, senetler şeklinde olabileceği gibi taraflar arasındaki hukuki fiilleri ispata yarayan, tanıklık gibi deliller de olabilir. Bu bakımdan bu anlaşma, karar ve uygulamaların ispatında HMUK’ taki yazılı delille ispat şartı sözkonusu değildir⁸⁶. Ancak HUMK’un İkinci Babının Sekizinci Faslında yer alan delillerden yemin delilinin rekabet soruşturmalarında uygulanması mümkün değildir; yemin edecek kişi için cezayı gerektirecek hususlarda yemine teklif edilemeyeceğine ilişkin HUMK m.352 hükmü ve yeminin ancak hakim tarafından icra ettirileceğini gösteren HUMK hükümleri (m.339–342, 360, 361, 527) buna engeldir⁸⁷. Rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili piyasa verilerinin değerlendirilmesi özel bir teknik bilgiyi gerektirdiği için, rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili özel hukuk davalarında mahkemelerin bilirkişiye başvurmaları gerekecektir. Doktrinde bu alanın uzmanlaşma gerektirmesi nedeniyle, rekabet ihlali tespitlerinde uzman resmi bilirkişilik uygulamasına geçilmesi önerilmektedir⁸⁸. Böyle bir resmi bilirkişilik hükmü, Rekabet Kurulu kararları ile hukuk mahkemesi kararları arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların yaratacağı sorunları ortadan kaldırması bakımından da yararlı olur.⁸⁹

Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya re’sen RKHK’nın 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya

⁸⁶ KURU, B.(1995), HUMK El Kitabı İstanbul, s.256; PEKCANITEZ, H./ ATALAY, O./ ÖZEKES, M. (2007), Medeni Usul Hukuku B.6 Ankara, s.353

⁸⁷ YILMAZ, E.(1999), s. 102. AT Komisyonu’nun da rekabet soruşturmalarında yemin deliline başvurma yetkisi yoktur: WHISH, R, (2001), Competition Law, 4. Bası (Londra: Butterworths), s. 219; BUDAK, A.C.(2003),s.8

⁸⁸ ASLAN, İ.Y.(1992), s. 391. Benzer resmi bilirkişilik halleri için bkz. Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1; Kamulaştırma Kanunu m. 15; KURU, B.(2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, 6. Bası, İstanbul, s. 22663 vd. BUDAK, A.C.(2003) s.21

⁸⁹ Rekabet hukuku ihlalleri konusundaki Rekabet Kurulu kararlarının hukuk mahkemelerini bağlayıp bağlamayacağı ve hukuk mahkemelerinin Rekabet Kurumu’ndaki soruşturmaları bekletici sorun yapmak zorunda olup olmadıkları hakkındaki tartışmalar için bkz. ODMAN (BOZTOSUN), A.(2002), Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, s. 299–302.

teşebbüs birliklerine kanunun dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir. Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici ihtiyati tedbir kararı alabilir.

Rekabete aykırı olan, muafiyet tanınmamış her türlü anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu geçersizliğin türü butlandır⁹⁰. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Muafiyete aykırı rekabeti engelleyici anlaşmalardan doğan sorumluluk, bu anlaşmanın aykırılığının Rekabet Kurulunca tespitinden itibaren değil, anlaşmanın yapıldığı andan itibaren doğar. Muafiyet verilmesi şartları sonradan değişir ve muafiyet kararı geri alınır, geri alınma kararına kadar yapılan anlaşma ve davranışlardan sorumluluk doğmaz. Ancak muafiyet kararının söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması halinde, bu yanlışlık veya eksiklik ilgili teşebbüsün hilesi veya kastıyla gerçekleşmişse muafiyet kararı hiç alınmamış sayılacaktır ve bu durum m.16 gereği ceza sebebidir.

RKHK m.57 ye göre ise, her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere taraflara tazminat yükümlülüğü de getirilmiştir.

Tazminata konu olan zararın nasıl hesaplanacağı RKHK m.58’de düzenlenmiştir. Buna göre ‘Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan

⁹⁰ SAYHAN, İ.(2005), s.586; Bu konuda daha fazla bilgi için bkz GÜRZUMAR, O.B. (2002), 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Kurumu Dergisi, S.12, Ankara, s.3

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir' denmiştir.

Bu tazminatın yanında Rekabet Kurulu, RKHK'nın 16,17 ve 18. maddeleri ile rekabeti kısıtlayan ve muafiyete tabi olmayan ya da muafiyeti ihlal eden anlaşmalara sadece idari para cezası da uygulayabilir. Buradaki ceza türü para cezası ve süreli para cezasıdır. Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır⁹¹.

Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun çerçevesinde kendisine verilen görevleri yerine getirirken yapmış olduğu işlemler ve almış olduğu kararlar, Anayasa'nın 125. maddesi gereğince yargısal denetime tabidir. 4054 sayılı Kanun Rekabet Kurulu'nun teknik kararlarına karşı Danıştay'ı ilk derece mahkemesi olarak görevlendirmiştir.

Taraflar, Rekabet Kurulu'nun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın kendilerine tebliğinden itibaren 60 gün içinde Danıştay'a başvurabilirler. Tarafların Rekabet Kurulu kararlarına karşı Danıştay'a başvurmaları kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz.

SONUÇ

Yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşme olan tek satıcılık sözleşmesi ile, yapımcı, ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenmektedir. Ancak bu sözleşmeler, temel amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olan ve 1994 yılında mevzuatımıza dâhil olan Reka-

⁹¹ Daha geniş bilgi için bkzn. SANLI, K.C.(2003), Türk Rekabet Hukukunda haksız fiil sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Kitabı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 211-277

Arş. Gör. Aziz Serkan ASLAN

betin Korunması Hakkındaki Kanun'a göre rekabeti engelleyici sözleşmeler arasında yer alır. Ülkemizde ve Avrupa'da bu sözleşmelere, münhasır satıcılık yetkisinin kabulü ile malların pazarlanması ve dağıtımında daha da iyileşme sağlanacağı ve firmalar arasında arzulan rekabetin daha da artacağı, satış sonrası hizmetlerde gelişmelerin kaydedileceği düşüncelerinden hareketle hukuki geçerlilik hakkı tanınmış ve bunlar rekabeti ihlal etme yasağından muaf tutulmuştur. Ancak bu muafiyet sıkı şartlara tabidir. Ülkemizde bu şartlar 'Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği' ile belirlenmiştir ve bu tebliğ yürürlükte kaldığı sürece, bu tebliğe uyan tek satıcılık sözleşmeleri de geçerliliğini sürdürecektir.

Bu tebliğ hükümlerine aykırı sözleşme ve davranışlardan doğacak durumlar için, sözleşme taraflarına uygulanacak olan, RKHK' da düzenlenen belli müeyyideler vardır. Ülkemizde bu tür sözleşmelere uygulanacak müeyyideye karar verecek olan merci Rekabet Kuruludur. Rekabet Kurulu, aykırılık hallerini RKHK' da belirtilen usullere ve delillere göre inceler ve karar verir. Bu kararlara karşı kanun yolu açıktır. Taraflar, Rekabet Kurulunun verdiği kararlara karşı Danıştay'a başvurarak kararın yürütmesinin durdurulmasını veya iptalini isteyebilirler.

KAYNAKÇA

- AKINCI, A.(2001), Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara
- AKYOL, Ş.(1992), Medeni Hukuk Uygulama Örnekleri, Borçlar Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul
- ASLAN, İ.Y.(1992) Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara
- BADUR, E. (2001) Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Ankara
- BECKER, PERRY, RHEINSTEIN, (1950), Resale Price Maintenance and the anti Trust Laws 18 The University of Chicago Law Review 370
- Black's Law Dictionary, (1999), 7. Bası (St. Paul: West Group,)
- BUDAK, A. C. ,(1993), Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslar arası Sempozyum, İstanbul
- BUDAK, A.C, (2003), Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – I (Kayseri: Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu ortak yayını)
- GÖKYAYLA, C.D.(2005), Milletlerarası Özel Hukukta Tek satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri) Ankara
- GÜRZUMAR, O.B. (2002), 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Kurumu Dergisi, S.12, Ankara
- HİRSCH, E. (1948), Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul
- İNAN, N. (1995), RKHK ve AB Rekabet Politikasına Uyum, AB El kitabı, Ankara
- İNAN, N. (1993), Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler Batıder C.XVII. Sayı.2, Ankara

Arş. Gör. Aziz Serkan ASLAN

İNECİ, B.(1986), Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kuralları Çerçevesinde Müşterek Teşebbüsler (Joint Ventures) YKV yayını No:56 İstanbul

İŞGÜZAR, H.(1989): Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara

KANETİ, S. (1968), İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları 1955–1964, c.2 Ankara

KEKEVİ, H.G., (2008), ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Ankara

KURU, B. (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, 6. Bası İstanbul

KURU, B. (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, 6. Bası İstanbul

KURU, B. (1995), HUMK El Kitabı, İstanbul

NEHL, H.P.,(1999), Principles of Administrative Procedure in EC Law (Oxford: Hart Publishing)

ODMAN (BOZTOSUN), A.,(2002), Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara

ÖRS, H.F.(1958), Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet Ankara

ÖZSUNAY, E. (1981), AET’de Karteller ve Rekabeti Sınırlayıcı Diğer Uygulamalar, İkt. Mal. C.27 S.2, Ankara

PEKCANITEZ, H.;ATALAY, O.; ÖZEKES, M.; (2007), Medeni Usul Hukuku, B.6, Ankara

SANLI, K.C.(2003), Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Kitabı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara

SAYHAN, İ.(2005), Rekabeti Kısıtlayan İşbirliği Uygulamalarının Yasak Kapsamının Dışında Bırakılması, AÜEHF Dergisi, Cilt.9 sayı.1–2, Erzincan

SEYİDOĞLU, H. (1992); Ekonomik Terimler Sözlüğü, Ankara

ŞENER, E.(2001); Hukuk Sözlüğü, Ankara

Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çevresinde Değerlendirilmesi

- TANDOĞAN, H. (1982), Tek Satıcılık Sözleşmesi, Batıder, C.XI Sayı.4, Ankara
- TEKİNALP, Ü. (1980), A.E.T. Antlaşmasının 85 ve 86. maddeleri Anlamında İşletme Kavramı (I)", İktisat ve Maliye Dergisi, C.26, S.11
- TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara
- WHISH, R. (2001), Competition Law, 4. Bası, Londra, Butterworths
- YAVUZ, C. (1997), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5.B, İstanbul
- YILMAZ, E. (1999), Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara

BOŞ

AVUKATIN ÖZEN BORCU

Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR*

ÖZET

Avukatın özen borcu, BK. m. 390 ve AK. m. 34’de düzenlenmiştir. Bu sebeple özen borcunu ihlâl eden avukat, BK. m. 98’e göre, borcunu gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Böyle bir hâlde Kanun’da borçlu (avukat) aleyhine bazı sonuçlar öngörülmüştür. Avukatın özen borcu objektif bir sorumluluktur. Hatta bir görüşe göre, avukatın özen borcu ağırlaştırılmış objektif sorumluluktur. Bu sebeple avukat, ancak illiyet bağıni kesen sebeplerin somut olayda mevcut olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

ANAHTAR KELİMELEK

Objektif özen, meslekî özen, özenle ifa, özensiz avukat, avukatlık mesleğinin kutsallığı, amaca en uygun yol.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts wurde in Art. 390 Obligationengesetz und Art. 34 Rechtsanwaltsgesetz geregelt. Der Rechtsanwalt, der die Sorgfaltspflicht entgegen handelt, wird gemäß Art. 98 Obligationengesetz als seine Schuld nicht erfüllt genannt. In diesem Fall es befinden sich gegen den Schuldner (Rechtsanwalt) einige Folgerungen. Die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts führt zu objektiver Haftung. Nach einer Meinung ist diese Sorgfaltspflicht sogar eine erschwerte Haftung. Deswegen kann der Rechtsanwalt nur dann von der Haftung befreit werden, falls er nachweisen kann, dass es sich in dem Fall die Gründe befinden, die den Kausalzusammenhang abbricht.

SCHLÜSSEL WÖRTER

Objektive Sorgfalt, Berufliche Sorgfalt, sorgfältige Erfüllung, Sorgfaltloser Rechtsanwalt, Heiligkeit des Berufs der Anwaltschaft, Zweckmäßigkeit Weg.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Giriş

Avukatın vekâlet (avukatlık) sözleşmesi¹ ile üstlendiği edimi gereği gibi ifa edebilmesi için, özen borcuna uygun hareket etmesi gerekir. Özen borcu, bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinin yapısından doğmaktadır. Bu sebeple avukat vekâletinin içinde ayrıca özenli davranmayı taahhüt etmese bile, bu borcu sözkonusudur². Çünkü, avukatın özen borcunun, diğer borçlarına göre, özel bir yeri ve önemi vardır. Gerçekten de, özen borcu, vekilin bütün diğer borçlarının ifasında da yer almaktadır³. Öyle ki, özen borcu, niteliği itibarıyla vekilin diğer borçlarını da belirleyici durumdadır. Gerçekten de, özen borcunu ihlâl eden vekilin, diğer borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmesi hiçbir anlam taşınmaz⁴. Çünkü, bu borç, asıl edimin ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yürütülmesine yöneliktir. Sözkonusu borcun ihlâli halinde, sözleşmeden doğan aslî edim yükümlerinin gereği gibi ifa edilmesi asla mümkün değildir. Görüldüğü gibi avukatı diğer borçlarının gereği gibi ifası için dahi, özen yükümlülüğüne uygun davranmak gerekir. O halde özen borcu avukatın diğer borçlarının ifasında da önemli rol oynar. Bu sebeple önemi dolayısıyla çalışmamızda avukatın özen borcu değişik açılardan ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

II. Özen Kavramı

Avukatın, avukatlık sözleşmesiyle üstlendiği işin görülmesinde veya hizmetin ifasında davranış şekli ile ilgili olarak kanunlarda, doktrinde veya uygulamada “*hüsnü suretle ifa*”, “*ihdimam ile ifa*”, “*özenle ifa*”, “*özenle hareket etme*”, “*özenli davranış yükümlülüğü*” veya benzeri kavram ve deyimler kullanılmaktadır. Sözkonusu kavram veya deyimlerin tamamının temelinde, vekilden (avukattan), belirli bir şekilde hareket etmesinin istenmesi vardır. Bu hareket tarzı ise, kısaca “*vekilin edimini özenle ifa etmesi*” ifadesi altında toplanabilir⁵.

¹ Avukatlık sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Günergök, Özcan; Avukatlık Sözleşmesi, İstanbul 2003, sh. 31 vd.

² Geniş bilgi için bkz. Başpınar, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, sh. 75.

³ Başpınar, sh. 143 vd.

⁴ Özen borcunun, vekilin diğer borçlarıyla ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 144 vd.

⁵ Başpınar, sh. 121 vd.

Özen kavramının Latineden gelen karşılığı olan “*diligence*” kelimesi, kavram olarak “*bir işi özene bezene yapma*”⁶, “*dikkat*”, “*basiret*”, “*ihitimam ve takayyüd*” faaliyet ve fiillerini ifade etmektedir.

Türkçe’de de özen, günlük kullanımda, birden fazla anlama gelen bir kelimedir. Gerçekten de, sözlüklerde, “*özen*” kavramı ile ilgili olarak, “*itina*”, “*fazla dikkat etme*”, “*ehemmiyetle çalışma*”⁷; “*dikkat*”, “*ihitimam*”, “*bir işi yaparken gösterilen hususî dikkat*”⁸; “*bir şeyi yapmada ve sürdürmede gösterilen titizlik*”⁹; “*bir işin elden geldiğince iyi olmasına dikkat etme*”, “*dikkatli ve özenli davranma*”¹⁰ gibi ifadeler yer almaktadır.

Kanunkoyucu, özenin tarifini yapmamış; fakat bu kavramı Borçlar Kanunu’nun değişik yerlerinde farklı tabirler ile ifade etmiştir. Meselâ, “*dikkat ve itina* (BK. m. 55/I, 56/I)”, “*ihitimam dairesinde* (BK. m. 256/I)”, “*takayyüd ve ihitimam* (BK. m. 297/I, 391/II)”, “*ihitimam ile* (BK. m. 321/I)”, “*bütün ihitimam ile* (BK. m. 357/I)” ve “*icap eden ihitimam* (BK. m. 413/II)” ifadeleri özeni anlatmak için kullanılmıştır¹¹. Görüldüğü gibi Kanunkoyucu özen müessesesini düzenlerken gerekli özeni göstermemiştir.

Kanunkoyucunun avukatın (vekilin) sorumluluğu ile ilgili düzenlemelerde, bu kavramın tanımını vermeden kullanmıştır. Bu sebeple, özen kavramının tanımı, unsurları, muhtevası ve kapsamı, yorum yapmak suretiyle belirlenmelidir¹². Söz konusu yorumu yapacak olan doktrin ve uygulamadır.

Özenli, dilbilgisi açısından sıfat niteliğindedir. Gerçekten de, sıfat olarak “*özenli*” sözcüğü, “*dikkatli*”, “*koruyan*”, “*sakınan*”, “*titiz, itimad edilir*” “*itinalı*”, “*ihitimamlı*” anlamlarına gelen bir kavramdır¹³. Bu sebeple, sözkö-

⁶ Saraç, Tahsin; Fransızca-Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara 1976, sh. 399; Ergül, Ergin; Fransızca-Türkçe Modern Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, sh. 92; Dayınlarlı, Kemal; Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1997, sh. 381; Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgati, 3. Baskı, Ankara 1991, sh. 441.

⁷ Bkz. Hayat Büyük Türk Sözlüğü, İstanbul (Basım yılı yok), sh. 617.

⁸ Doğan, Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara 1992, sh. 888.

⁹ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 17, İstanbul 1992, sh. 9075.

¹⁰ Milli Eğitim Bakanlığı, Örnekleriyle Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1996, sh. 1353, C. 3, Ankara 1996, sh. 2241.

¹¹ İsviçre hukukunda, yukarıdaki ifadelerin yer aldığı maddeler dışında ayrıca, OR Art. 447/I, 448/I, 495/I, 503/II’de özen kavramı yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 122.

¹² Fellmann, Walter; Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VIU, 2, 4 Der einfache Auftrag, Bern 1992, Art. 394, Nr. 250.

¹³ Derendinger, Peter; Die Nicht –und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Auf.

nusu kavram, cümle içerisinde bağımsız ve başlı başına kullanılmayıp, ancak yanına bir isim eklenmesiyle açıklayıcı bir değer kazanmaktadır. O halde, özen kavramı mutlaka, önünde yer aldığı başka bir kelimeyi nitelendirme görevini üstlenmiştir¹⁴. Meselâ, “özenle çalışma”, “özenle meydana getirilen eser”, “özenle görülen iş”, “özenli davranış”, “özenle seçilmiş sözler” ifadelerinin tamamında, görülen işin niteliği belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen niteliklerin yokluğu, borçlunun (vekilin) ifasını üstlendiği edim için gerekli özenin gösterilmemesi demektir. Bu açıdan özeni, “*asıl borcun (vekâletin) ifası için, zarurî dikkat, itina, fikrî ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı*” olarak tanımlamak mümkündür¹⁵.

Özen, kavram olarak, daima bir davranışı ifade eder. Ayrıca özen, özellikle bir insan davranışını ifade etmek için kullanılır. Çünkü özen, genellikle olumlu özellikleri bünyesinde bulunduran bir kavramdır. Bu sebeple özen, bir insan davranışının (belirli bir davranışın) özellikle beşerî bir fiilin ölçüsüdür. Sözkonusu ölçü, belirli bir neticeye ulaşmak için, akıl ve iradenin birlikte kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü, özenden bahsedebilmek için, sözkonusu unsurların bir arada bulunması şarttır¹⁶.

Özen kavramı, hangi alanda ve anlamda kullanılırsa kullanılsın, bu kelimenin bütün anlamlarında, bir işin yapılmasında, bir kimsenin normalden yani olağandan daha üstün bir dikkat ve çaba göstermesi gereği yatmaktadır. Böyle bir sonuç, üstlenilen işin görülmesinde veya hizmetin ifasında veya davranışın sergilenmesinde belirli bir dereceyi ifade etmektedir.

III. Özen Borcunun Konusu

Avukatlık sözleşmesinde özen borcunun konusu; avukatın vekilin, sözleşme ile üstlendiği sonuca ulaşılması için gerekli girişim ve davranışlarda bulunmasıdır. Özen borcu, geniş anlamda dürüstlük kuralının (TMK. m. 2/I) vekâlet veya daha geniş anlamıyla hizmet sözleşmeleri alanında uygulanmasıdır. Başka bir deyişle, özen borcu, dürüstlük kuralının iş görme sözleşmelerindeki görünümüdür. Gerçekten de, Kanunkoyucunun herkesten beklediği, dürüstlük kuralına göre hareket etmeleridir. Bu şekilde davranma mecburiyeti,

Freiburg/Schweiz, 1990, Nr. 251.

¹⁴ Başpınar, sh. 123.

¹⁵ Başpınar, sh. 124.

¹⁶ Başpınar, 124.

iş görme sözleşmelerinde özen borcu olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay da bir kararında aynı sonucu kabul etmiştir¹⁷.

Vekilin özen borcunun kapsamına, sonucun elde edilmesini engelleyecek davranışlardan kaçınması dâhildir. Bu konudaki ölçü, hayat deneylerine ve olayların normal akışına göre belirlenir¹⁸.

Avukatlık sözleşmesinde avukatın, aksine bir anlaşma olsa bile, sonucun elde edilememesinden sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁹. Gerçekten de, vekâlette önemli olan üstlenilen işin icrasında gösterilen özenin gösterilmesidir. Çünkü, özen gösterme borçlarının yer aldığı iş görme sözleşmelerinde, borçlunun alacaklıya garanti ettiği husus sonucun elde edilmesi için belirli bir yönde faaliyet gösterme, sonucun gerçekleşmesinin gerektirdiği şekilde özenli davranmadır. Bu sebeple, avukat taahhüd ettiği edimi yerine getirirken, müvekkilin sözkonusu ilişki sebebiyle amaçladığı sonucun gerçekleşmemesinden değil, onun bu sonuca kavuşmasını sağlayacak hareketlerin özenle yapılmasından sorumludur. Zira avukatlık sözleşmesinde, sonucun elde edilmesi yalnız avukatın inisiyatifinde değildir. Gerçekten de, vekâlette müvekkilin arzuladığı sonucun gerçekleşmesi, avukat dışında pek çok başka unsurlara, faktörlere ve olaylara bağlıdır. Meselâ, bir avukatın da, ne kadar özenle takip ederse etsin, üstlendiği davanın müvekkilinin aleyhine sonuçlanması daima mümkündür. Çünkü, bir davanın sonuçlanması avukat dışında olay, deliller, tarafların tutumu, hâkimin delilleri değerlendirmesi ve nihayet kanun yollarına gidilirse, Yargıtay veya Danıştay kararı gibi, pek çok dış faktöre de bağlıdır. Bu sebeple, sonucun elde edilmesinin vekilin dışında pek çok sebebe bağlı olduğu avukatlık mesleğinde, sonucun garanti edilmesi mümkün değildir²⁰.

Vekil, kendisine düşen özen ödevini gereği gibi yerine getirdiği takdirde, müvekkil, somut ilişkide hedeflediği sonucu elde edemeyebilir. Yargıtay da aynı sonucu kabûl etmektedir²¹.

¹⁷ HGK 5.5.1993, E. 1-79, K. 195 (Uygur, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, C. 7, Ankara 2003, sh. 8549-8550)

¹⁸ Donay, Süheyl; Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu, BATIDER, C. V, S. 4, sh. 736.

¹⁹ Gümüş, Mustafa Alper; Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, sh. 151.

²⁰ Geniş bilgi için bkz. Başpınar, sh. 92.

²¹ Misal için bkz. 13. HD. T. 5.2.1991, E. 7902, K. 1070 (Uygur, sh. 8553-8554).

Vekâlet sözleşmesinde sonucun gerçekleşmesi tesadüfidir. Gerçekten de, vekil özen borcuna uygun davranmаса bile, sonuç gerçekleşebilir veya gerçekleşmeyebilir. Burada önemli olan, vekilin özen borcuna uygun davranmasıdır²². Vekilin görevi, üstlendiği işin veya hizmetin başarılı bir şekilde sonuçlandırılması için azamî çabayı göstermesidir. Hatta Fransız hukukunda, vekilin bu durumunu anlatmak amacıyla “vekilin borcu bir vasıta borcu (*obligation de moyens*) olup, sonuç borcu (*obligation de résultat*) değildir” ifadesi kullanılmaktadır.²³ Gerçekten de, vekilin vekâlet sözleşmesindeki görevi üstlendiği iş ve işlemleri bitirebilmek için gereken her türlü özeni göstermekten ibaretir. Bu anlamda vekil, sonuç için değil, işin yürütülmesi için özen göstermek zorundadır²⁴. Çünkü, taraflar arasında imzalanmış olan vekâlet sözleşmesi ile vekil, somut olayda müvekkilinin haklarının ve menfaatlerinin korunması için gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüd etmiştir²⁵. Bu ise, her şeyden önce, vekilin somut olayda gerekli tedbir veya tedbirleri en hızlı şekilde almasını gerekli kılar. Gerçekten de özenli bir vekil, müvekkilinin vekâlet sözleşmesi imzalaması ile beklediği sonucun gerçekleşmesi için, en hızlı şekilde hareket etmeye hazır olan vekildir. Bunun için, vekil, müvekkili için zararlı olabilecek her türlü gecikmeden kaçınmak zorundadır²⁶.

Avukat, vekâlet sözleşmesiyle üstlendiği iş görmenin gereği gibi gerçekleşmesi için özenli davranmak zorundadır. Bunun için vekil, iş görme ile ilgili her faaliyetinde özen borcuna uygun hareket etmelidir. Çünkü, sonucun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi, başka unsurların yanında, vekilin özenli davranmasına bağlıdır. Bu sebeple vekil, sonucun gerçekleşmesi için, iki olumlu ve bir de olumsuz davranış yükümlülüğü altındadır. Bunlardan olumlu davranışlar; vekilin, sonucun gerçekleşmesine yönelik olarak, hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre, gerekli girişimde, faaliyette bulunması davranışı sergilemesidir. Buna karşılık, vekilin, sonucun gerçekleşmesini engelleyecek her türlü davranıştan ve girişimden kaçınması, onun olumsuz davranış yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Gerek olumlu davranış gerek olumsuz davranış yükümlülüğüne aykırı bütün hareketler, vekilin sorumluluğu sonucunu doğurur. Buradaki sorumluluk sebebi; vekâlet sözleşmesi ile taahhüd edilen özen borcuna aykırılık, yani özensizliktir. Buna karşılık vekil, üstlendiği edi-

²² Pétel, Philippe; Les obligations du mandataire, Paris 1988, sh. 85.

²³ Pétel, sh. 86.

²⁴ Pétel, sh. 86.

²⁵ Pétel, sh. 90.

²⁶ HGK., T. 27.10.199, E. 1999/1-886, K. 883 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası (KBİBB), 818/m. 386).

mi sadakat ve özenle ifa etmişse, sonuç gerçekleşmese bile sorumlu değildir²⁷. Çünkü, böyle bir halde vekil, sözleşme ile üstlendiği edimi, müvekkil ile karşılaştırdıkları gibi ve dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirmiştir.

Avukatın gerekli özeni göstermesine rağmen, sonucun elde edilememesi-ne müvekkil katlanır. Çünkü, daha önce de ifade edildiği gibi, avukatlık sözleşmesinde avukatın, “sonuç sorumluluğu” bulunmamaktadır. Yargıtay da, bir kararında aynı sonucu benzer kavramlarla ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme’nin kararına göre, vekil işi görürken sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatle ve özenle görülmüş ise, yönelinen sonuca erişilememiş olsa bile, vekil edimini gereği gibi ifa etmiştir. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilememesi rizikosu müvekkil üzerindedir²⁸.

Avukatlık mesleği bir kamu hizmetidir. Bu sebeple avukat, üstlendiği vekâleti, basiretli bir avukat gibi takip etmek zorundadır. Yargıtay bir kararında vekilin, özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumlu olduğunu, vekilin meslek alanı içinde olan hafif de olsa bütün kusurlarından sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, müvekkilinin zarar görmemesi için yalnız meslekî değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda olduğunu, bu sebeple hekim, avukat gibi mesleğini profesyonel olarak yürüten vekillerin, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduklarını çeşitli ihtimaller arasında seçim yaparken, olayın özelliklerini gözönünde tutmak, onu gereksiz risk altına sokmamak ve en emin yolu tercih etmek zorunda olduklarını belirtmiştir²⁹. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da, vekilin işin başarılı olması için genel hayat tecrübelerine ve işlerin olağan (normal) oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması, basiretli hareket etmesi özen borcunun konusunu teşkil eder. Bir avukatın dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip, ihtiyatsızca hareket ederek süreyi kaçırmaması, özen borcunun gereği gibi ifa edilmediği şeklinde yorumlanmıştır³⁰. Kararda ayrıca avukatın görevinin olayları mantıki şekilde değerlendirerek işin türü ve ağırlığına göre öngörülmesi gerekli bütün yönleri dikkate almak, davalının ihtiyatlı ve temkinli ha-

²⁷ Pétel, sh. 85.

²⁸ Bkz. 13. HD. T. 5.2.1991, E. 7902, K. 1070 (Uygur, sh. 8553-8554).

²⁹ 13. HD., T. 25.04.2002, E. 2002/2589, K. 2002/4560 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁰ 13. HD. T. 26.12.1995, E. 1995/10929, K. 1995/11812 (KBİBB., 818/m. 390).

rekret etmek meslekî bilgilerini de değerlendirmek zorunda olduğu, bu sebeple başkalarının sözüne güvenerek, araştırmaya başvurmaksızın ihtiyatsız bir şekilde vakit geçirmesi ve daha sonra sükütu hak süresini kaçırarak dava açması özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olarak nitelendirilmiştir. Özenli ve işini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukukî bilgilerle donanmış olmalıdır³¹. Bu sebeple avukat, üzerine aldığı işin uzmanı gibi davranmak, en güvenli ve amaca en uygun yolu seçmekle yükümlüdür. Gerçekten de avukat, söz konusu olan birçok önlemden, kural olarak muhtemel sakıncaları mümkün mertebe en iyi şekilde önleyen tedbirleri almakla yükümlüdür; eğer elde edilmeye çalışılan sonucu gerçekleştirmeye yönelik birden çok yol mümkünse, en güvenilir ve en tehlikesiz yolu seçmekle yükümlüdür³². Bunun için alınması gereken bütün önlemleri almak mecburiyetindedir³³.

Avukatın fazlaya ilişkin hakları saklı tutmadan dava açması ve bilirkişi raporu ile zararın, talep edilenden çok daha yüksek hesaplanması halinde, kalan kısmın, ikinci bir dava açılarak talep etmesine engel olmaktadır. Yargıtay bir kararında avukatın, müvekkilinin gerçek zararını ve talep edebileceği tazminatı bir uzmana hesaplattırıp ona göre dava açması gerektiği, aksine davranışın özen borcuna aykırı olduğu açıkça vurgulanmıştır. Kararda davalı avukatın öncelikle idareye başvurması gerektiği halde bunu yapmadığı, manevî tazminat istemediği, maddî tazminat miktarını tespit ettirmediği, konu ile ilgili mevzuatı araştırmadığı, zamanaşımı sürelerine dikkat etmediği, ek davayı belli bir tarihe kadar açmadığı, sonuçta görevini yerine getirmekte özensiz davrandığı, böylelikle kendi kusuruyla davacının zarara uğramasına sebep olduğu kabul edilmiştir³⁴.

Avukat, müvekkilinin talimatına aykırı hareket edemez (BK. m. 389/I). Yargıtay bir kararında vekilin, iş görürken kasten, ihmal veya dikkatsizlikle müvekkiline verdiği zarardan kusursuzluğunu ispat etmediği sürece, özen borcunu yerine getirmiş sayılamayacağını ve meydana gelen zararı tazminle yükümlü olduğunu açıkça kabul etmiştir³⁵.

Yargıtay avukatın vekâlet sözleşmesi gereği kendisine düşen dava açma görevi çerçevesinde öncelikle idareye başvurması gereken hallerde idareye

³¹ Geniş bilgi için bkz. Güner, Semih; Avukatlık Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, 316.

³² Güner, sh. 325.

³³ Güner, sh. 325-326.

³⁴ HGK., T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁵ 13. HD., T. 14.5.2002, E. 2002/4738, K. 2002/5566 (KBİBB., 818/m. 390).

başvurmaması, sonuçta talebin zamanaşımına uğramasına sebep olmasını özensiz davranış olarak kabul etmektedir³⁶. Bir avukatın cirantalar arasında yer almayan bir kimseye icra takibi göndermesi ağır kusur olarak nitelendirilmekte ve özen borcuna aykırı davranış olarak kabul edilmektedir³⁷. Yargıtay'ın başka bir kararında da, müvekkilin ölümünden sonra davayı yürütebilmek amacı ile mirasçılardan vekâletname almayan, bu konuda gayret sarfetmeyen ve mirasçıların davayı takip etmeme arzularına karşı davanın müracaata bırakılmasını sağlamak yerine, davanın reddine sebep olan talepte bulunmaları red kararını temyiz etmemeleri; özen yükümlüğüne aykırı ağır bir davranış olarak nitelendirilmiştir³⁸.

Yargıtay, avukatın zamanından önce dava açmasını müvekkilin güvenini sarsacak davranışlar arasında kabul etmektedir. Böyle bir davranış karşısında müvekkilin avukatı azletmesi haklı sebep olarak nitelendirilmekte ve avukatın tazminat talebi reddedilmektedir. Karara göre, avukat tüm mevzuatı bilmek mecburiyetinde olup, zamansız dava açmış olması, müvekkilin güvenini sarsacak hareketlerdendir³⁹. Diğer taraftan Yüksek Mahkeme, avukatın dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olup olmadığını kestiremeyip, ihtiyatsızca hareket etmesi suretiyle süreyi kaçırması özen borcunun gereği gibi ifa edilmediğini gösterir sonucunu kabul etmektedir⁴⁰.

IV. Özen Ölçüsünü Belirleyen Hükümler ve Faktörler

Özen borcunun konusu ve kapsamında, öncelikle vekilin nasıl davranması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de, vekilin sözkonusu borcunda temel mesele, özen sözcüğünde toplanmaktadır. Kanunda ve doktrinde buna “*özen yükümlülüğü*” adı verilmektedir. Bu sebeple, vekilin özen borcunun belirlenebilmesi için, önce özen kavramının incelenmesi gerekmektedir.

Vekilin özen borcunun belirlenmesinde, somut vekâlet sözleşmesinin muhtevasının büyük önemi vardır. Çünkü taraflar, vekâlet sözleşmesini, sözleşme serbestisi çerçevesinde imzalamışlardır. Bu bakımdan vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, vekâlet (avukatlık) sözleşmesinin muhtevasının önemi büyüktür. Gerçekten de sözleşme, vekilin özen

³⁶ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 389).

³⁷ 13. HD. T. 5.7.2005, E. 2005/7154, K. 2005/11567 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁸ 13. HD. T. 27.4.1992, E. 1992/3412, K. 1992/3899 (KBİBB., 818/m. 390).

³⁹ HGK. T. 14.2.2007, E. 2007/13-43, K. 2007/73 (KBİBB., 818/m. 390/1).

⁴⁰ 13. HD. T. 26.12.1995, E. 1995/10929, K. 1995/11812 “ (KBİBB., 818/m. 390).

ölçüsü açısından temel alınan ilk metindir. Çünkü, vekilin göstereceği özenin derecesi, sözleşme ile artırılmış veya azaltılmış olabilir. Meselâ taraflar, sözleşme ile somut olayda vekilin özen ölçüsünü artırarak, onun kusursuz imkânsızlıktan dahî sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Sözleşmede özen konusunda kanundaki ölçüden daha yüksek bir ölçü öngörülmüş ise, buna göre hareket etmek gerekir. Yargıtay da bir kararında, vekilin edimini özenle ifa borcunun sınırının sözleşme ile belirlenebileceğini kabûl etmektedir. Karara göre, taraflar arasındaki sözleşmede ölçü olarak normalin altında veya üstünde bir özen kararlaştırmak mümkündür. Sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer aldığı takdirde, hâkim, sözkonusu hüküm ile bağlıdır⁴¹.

Yukarıda ifade edildiği gibi, vekilin özen borcunun derecesi, taraflarca somut sözleşmede tayin edilmiş olabilir. Çünkü BK. m. 388/I’de, “*vekâletin kapsamı sözleşme ile açıkça belirlenmemişse, taallûk ettiği işin mahiyetine göre tayin edilir*” hükmü yer aldığından, özenin ölçüsünün belirlenmesinde; vekilin üstlendiği işin niteliğinin önemi büyüktür. Bu sebeple, özenin ölçüsünün tesbitinde önce sözleşmeye bakmak gerekir. Gerçekten de, vekâletin kapsamı, onun gereği gibi ifa edilip edilmediğinin tespitinde büyük önem taşır. Bununla birlikte, vekâletin kapsamı belirlenirken, sözleşmedeki kayıtlar tek başlarına ele alınmamalı, sözleşmenin tamamı göz önünde bulundurularak, yorumlanacak kaydın diğer hükümler ile ilişkisi ve bağlantısı da dikkate alınmalıdır. Buna göre, bir ihtilâfın çözümünde doğru bir sonuca varabilmek için, olaya uygulanması gereken hükmün yorumu ile ilgili kurallara da bakmak gerekir. Çünkü, bir hukukî işlemin yorumlanmasında her şeyden önce yorum kurallarına uygun davranmak gerekir. Gerçekten de, bir hukukî işlem yorumlanırken, onun sadece bir hükmü veya cümlesi tek başına ele alınıp yorumlanmaz. Tam aksine, işlem bir bütün olarak ele alınır, hükümler arasındaki irtibata ve söz konusu işlemin tüm olarak amacı dikkate alınarak bir yorum yapılır. Buna doktrinde “*tümsel yorum kuralı*” adı verilir⁴².

Yargıtay’ın bir kararına göre, avukatın özen borcu, alelâde vekilin özen borcundan çok daha farklıdır⁴³. Bu karara göre, avukat, normal bir vekilin gösterdiği özene uygun hareket ederek sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme’ye göre, mesleğini profesyonelce icra eden vekiller, meselâ

⁴¹ Bkz Güner, sh. 569.

⁴² Bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, sh. 429; Kaplan, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Ankara 2007, sh. 71 vd. Aynı sonuç için bkz. 3. HD. T. 18.12.2003, E. 14004, K. 14485 (YKD. C. 30, S. 2, sh. 188-190).

⁴³ 13. HD. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555).

avukatlar, genellikle bilinen ve kabûl edilen kural ve usûlleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Buna göre“...*Avukatın görevi, olayları mantıkî şekilde değerlendiren, bütün öngörülmesi gereken şeyleri dikkate almaktır...*”⁴⁴. Aynı şekilde Yüksek Mahkemenin başka kararlarında :“...*Avukatın özen borcu, alâde vekilin özen borcundan çok daha farklıdır...*”⁴⁵, “...*avukat, mesleğinin gerektirdiği uzmanlığının bütün gereklerini kullanmalıdır... Avukatın görevi, olayları mantıkî şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gereken şeyleri dikkate almaktır... avukatlar genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar...*”⁴⁶ ifadeleri yer almaktadır. Meselâ, kazaya uğrayan müvekkilinin işgöremez raporunu önceden bilen avukat, sadece karşı tarafın kusurlu olduğuna dair raporu mahkemeye sunarak sorumluluktan kurtulamaz. Aynı zamanda müvekkilinin uzuv zaafı olduğunda, bu yönden de dava açması gerekir. Bu sebeple avukat, sadece tedavi giderlerini talep edip, uzuv zaafından dolayı maddî ve manevî tazminat davası açmamak suretiyle, bu konudaki taleplerin zamanaşımına uğramasına sebep olduğu takdirde sorumlu olur. Çünkü, böyle bir halde vekil (avukat), gerekli özen görevini yerine getirmemiş ve sonuçta müvekkilinin zarara uğramasına sebep olmuştur⁴⁷.

V. BK. m. 390 ve AK. m. 34 Anlamında Özen Kavramı

Vekil; üstlendiği iş veya işlemi ifa için, kanun ve sözleşme ile kendisine yüklenen yükümlülükler uymak, gerekli her türlü dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Bu yönü dikkate alan bir görüşe göre, vekilin özen borcu, TTK m. 20/II’de tacir için öngörülen “*basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü*” ile aynı niteliktedir⁴⁸.

A. BK. m. 390 Anlamında Özen Kavramı

Özen kavramının günlük kullanım dışında, bir de gerçek ve teknik anlamı vardır. Bu anlamda özen kavramı ve dolayısıyla özen borcu deyimi; “*vekilin üstlendiği borcun ifası için zorunlu olan ve kendisinden beklenen dikkat, basi-*

⁴⁴ 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052 K. 825: (Uygur, sh. 8555-8556).

⁴⁵ 13. HD. T. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555).

⁴⁶ 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052, K. 825 (Uygur, sh. 8555-8556).

⁴⁷ Karar için bkz. Uygur, sh. 8555-8556.

⁴⁸ Bununla birlikte, TTK m. 20/II ve 320’de, BK m. 390 ile aynı kavramlar kullanılmamış olsa da, sözkonusu yerlerde de, genel olarak “dikkat ve basiret” deyimlerine yer verilmiştir. Hernekadar Kanun-koyucu, özen borcu ile ilgili metinlerde, bu kurumu ifade için kavram seçiminde dikkatli (özenli) davranmamış ise de, ilgili yerlerde anlatılmak istenenler aynı şey, yani özen borcudur.

ret, itina, fikrî ve bedenî beceriler toplamı”dır⁴⁹. Bu tanıma göre vekil, vekâlet sözleşmesi ile üstlendiği edimi iyi bir surette ifa etmek zorundadır.

Doktrinde, BK. m. 390/II’de yeralan “iyi bir surette ifa” ifadesinin, OR Art. 398/II’de yeralan “sadakat ve özenle ifa” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple vekil, BK. m. 390/II’ye göre, üstlendiği işin ifası için, gerekli olan fikrî ve bedenî kabiliyete sahip değil ise, sorumluluğu sözkonusu olur. Çünkü böyle bir halde, vekilin üstlendiği işin ifası konusunda müvekkilini hataya düşürdüğü kabul edilmektedir. Meselâ avukatın, mevzuatını hiç bilmediği bir ülkenin hukukuna göre görülecek bir davada, bir kimsenin savunmasını üstlenmesinde durum böyledir. Gerçekten de bahsedilen halde avukat müvekkiline karşı dürüst davranmamış; onun, kendisinden beklediği vasıflar ile ilgili olarak hataya düşmesine sebep olmuştur. Böyle bir davranış, özen borcuna aykırı olduğu gibi, aynı zamanda TMK. m. 2’de yeralan dürüstlük kuralına da aykırı olup, şartları var ise, avukatın güven sorumluluğuna sebep olabilir⁵⁰. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir⁵¹. Türkiye Barolar Birliği de disiplin kurulu kararlarında avukatın özen borcunu aynen benimsemiş bulunmaktadır⁵².

B. AK. m. 34 Anlamında Özen Kavramı

1) Avukatın özen borcunun hukukî niteliği

Özen borcu kavramı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 4667 sayılı Kanunla⁵³ değişik 34/I maddesinde bulunmaktadır. Gerçekten de, sözkonusu maddede şu hüküm yeralmaktadır: “*Avukatlar yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek⁵⁴ ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır⁵⁵ bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler*”.

Avukatlar için AK. m. 34’de öngörülen özen borcu, BK. m. 390’da vekilin özen borcuna göre, özel bir hüküm, yani özel düzenleme niteliğindedir. Bu

⁴⁹ Tanım için bkz. Başpınar, sh. 127-128.

⁵⁰ HGK T. 5.5.1993, E. 1-179, K. 195 (Uygur, sh. 8549-8550).

⁵¹ 1. HD. T. 18.10.1991, E. 2317, K. 11703 (Uygur, sh. 426-428).

⁵² TBBDK. T. 7.11.2003, E. 320, K. 433 (ABD. 2004, sh. 183-184)

⁵³ Bkz. RG T. 07.04.1969, S. 13168.

⁵⁴ TBBDK T. 16.12.2000, E. 2000/156, K. 2000/197: (ABD 2001, S. 3, sh. 185-187).

⁵⁵ TBBDK T. 16.12.2000, E. 2000/183, K. 2000/209: (ABD 2001, S. 3, sh. 188-189).

sebeple sözkonusu hüküm, avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde, sorumluluğu bakımından öncelikle uygulama imkânına sahiptir⁵⁶.

Doktrinde avukatın özen borcunda özen ölçüsünün tespitinde, subjektif kriterler kabûl edilmemektedir. Özellikle avukat (vekil) ile müvekkil arasındaki hukukî ilişki dikkate alındığında, vekilin, işveren-işçi ilişkisinde işçiye göre, özen ve dolayısıyla sorumluluk ölçüsünün daha ağır olması kabûl edilmektedir. Çünkü, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği özen, vekil olarak üstlendiği işlem veya faaliyetin ifasında her zaman yeterli ölçü değildir⁵⁷. Yargıtay da daha önce bahsedilen kararlarında avukatın özen borcunun ölçüsünün, işçinin özen borcu ile aynı derecede olamayacağını, avukatın özen borcunun işçinin özen borcundan daha ağır olması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, avukatın özen borcunun objektifleştirilmiş olduğu sonucuna, Avukatlık Kanunu'nda yer alan bazı kavramlardan hareket ederek de varmak mümkündür. Gerçekten de, AK. m. 34'de "*mesleğin kutsallığı, doğruluk, onur, saygı*"⁵⁹ gibi kavram, deyim ve ifadeler, avukatın özen borcu açısından subjektif ölçünün kullanılamayacağını göstermektedir. Çünkü, yüksek özen borcunun sözkonusu olduğu bazı hizmetlerden birisi de avukatlık hizmetidir. Gerçekten de bu meslekler, Devlet garantisinin bulunduğu, yani Devlet garantili hizmetler olarak kabûl edilmektedir. Böyle bir garanti sebebiyle, vekâletin meslek olarak bir ücret karşılığında icra edildiği, mühendislik, mimarlık, avukatlık, noterlik gibi iş görme sözleşmelerinde, özen ölçüsü olarak, subjektif özenin kabûlü mümkün değildir⁶⁰. Çünkü, avukatlık mesleği, savunma hizmetinin vazgeçilmez ve tek unsurudur⁶¹.

Yargıtay bir kararında, "*...Avukat herkesin isteğine göre üzerine aldığı işten sonuç almaya çalışan bir kişi olmaktan önce, hukukî bilgi ve denemelerini adalet yararına kullanma zorunluluğunda olan kişidir...*"⁶² ifadesi ile, bu hususu vurgulamıştır. Danıştay da bir istişarî kararında, avukatlık hizmetinin

⁵⁶ Başpınar, sh. 129.

⁵⁷ Müderrisoğlu, sh. 54.

⁵⁸ 13. HD. T. 1.3.1991, E. 8301, K. 2325 (Uygur, sh. 8554-8555); 13. HD. T. 4.2.1993, E. 8052, K. 825 (Uygur, sh. 8555-8556).

⁵⁹ TBBDK., T. 7.11.2003, E. 320, K. 433: (ABD., 2004, S. 1, sh. 183-184).

⁶⁰ İyimaya, Ahmet; Avukatlık Yasası Tasarısında Öngörülen Avukatlık İlişkisi Modeli Yada Avukatlık Sözleşmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C. II, Ankara 1995, sh. 408 vd.

⁶¹ İyimaya, sh. 407.

⁶² 4. HD. T. 23.11.1970, E. 2497, K. 8629 (Müderrisoğlu, sh. 322)

kamu hizmetinden sayıldığını kabul etmiştir⁶³. Görüldüğü gibi, içtihatlar da, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olduğu yönündedir⁶⁴.

Avukatlık Kanunu'nda özen borcuna aykırılık, hukukî sorumluluğa ve disiplin sorumluluğuna bağlanmıştır. Söz konusu hükümler dikkate alındığında görülmektedir ki; özen borcu avukatlar için sadece objektif hale getirilmekle kalmamış, bunun yanında, avukatın özen borcu ağırlaştırılmış özen borcu haline dönüştürülmüştür⁶⁵.

2) Avukatın özen borcunun çeşitli görünüşleri

Avukatlık Kanunu'na göre avukatın, özen borcunun çeşitli alt görünüşleri bulunmaktadır. Bunlardan birisi, avukatın mesleği ile ilgili mevzuatı bilmesi, bu konudaki değişiklikleri takip etmesi, üstlendiği dava ile ilgili işlemleri zamanında yapmasıdır. Gerçekten de, avukatın danışma ve temsil faaliyetini gereği gibi yerine getirebilmesi, her şeyden önce iyi bir meslekî bilgiyi ve bu konudaki değişiklikleri sürekli takip etmeyi gerekli kılmaktadır. Çünkü avukat, ancak bu sayede sürekli gelişen meslekî bilgisini yenileyebilir ve değişen mevzuatı takip edebilir.

Avukat, kanunları bilmek zorundadır. Ancak, avukatın bilmesi gereken mevzuat sadece kanunlar değildir. O, kanunlar yanında tüzükleri, yönetmelikleri ve diğer yazılı hukuk normlarını bilmek zorundadır. Hatta, avukat, bunları yalnız bilmekle yetinemez; aynı zamanda, mevzuattaki değişiklikleri sürekli olarak takip etmek zorundadır⁶⁶. Bununla birlikte avukat, savunmasını üstlendiği olayda müvekkilinin arzu ettiği amaçta uygulanması mümkün olmayan bir kanunu bilmemesi sebebiyle sorumlu tutulmaz⁶⁷. Çünkü, üstlendiği dava ile ilgisi olmayan bir kanunu bilmemek, avukat için bir sorumluluk sebebi değildir.

Avukat, bilmediği veya bilgisinin çok az olduğu bir alan ile ilgili davayı üstlenmemelidir. Avukat, üstlendiği davanın takibi, yabancı bir hukukun bilinmesini gerekli kıldığı takdirde, sözkonusu ülke hukuk sistemi hakkında

⁶³ D. 1. Daire E. 1987/236, K. 1987/250, (Karar için bkz. Güner, sh. 69).

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, sh. 69 vd.; TBMMTD. Bi. 94, 1.5.2001, sh. 140.

⁶⁵ Tandoğan, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 50, 419; Aynı yazar, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, sh. 411; Güner, sh. 211.

⁶⁶ Sungurtekin, Meral; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1995, sh. 235 vd.; Graf, Anwaltshaftung Wien 1991, sh. 46 vd.

⁶⁷ Geniş bilgi için bkz. Arık, Kemal, F.; Avukatın Müvekkiline Karşı Mesuliyeti (Avukat Yeni İctihatları Takip Etmekten Mesul müdür), AD 1944, sh. 570.

önce bilgi sahibi olmalı, gerekirse bu konuda yabancı ülkedeki meslektaşısı ile irtibat kurarak davayı birlikte yürütmelidir. Hatta, Alman içtihatları, avukatın yabancı ülkedeki meslektaşının ön araştırması ile yetinmemesini, bu konuda gerekli bilgiyi bir uzmandan alması gerektiğini, aksi halde doğacak zarardan sorumlu olacağını vurgulamaktadırlar. Fransız hukukunda da, vekilin dava konusu olaya uygulanacak olan yabancı hukuk sistemi hakkında uzman bir hukukçuya başvurması gerektiği kabul edilmektedir. Bu ilkeye aykırı hareket, her şeyden önce meslek kurallarının ihlâlidir. Gerçekten de, Meslek Kuralları m. 38/II'de, “*avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmeyeceği*” hükmü yer almaktadır⁶⁸. Bu sebeple avukat, tavsiye niteliğinde de olsa, sözkonusu kurala uymalı ve bilgi sahibi olmadığı bir konudaki davanın takibi talebini kabul etmemelidir.

Müvekkil, avukatın yabancı hukuk alanındaki bilgisizliğinden haberdar olduğu halde, yine de savunmasını yapmasını ondan talep etmiş ise, davanın kaybedilmesi halinde vekilin sorumluluğu sözkonusu olmaz. Böyle bir sonuca, davanın zamanaşımı sebebiyle kaybedilmesi de dâhildir. Çünkü, böyle bir olayda taraflar, vekilin özen borcunun ölçüsünü kanunî ölçüden daha hafif olmasını kabul etmiş olmaktadır.

Avukat, dava açmadan önce yapılması gereken usûlî işlemleri (satılan mal ayıplı ise ayıp ihbarı, borçlunun temerrüdünde ihtar gibi) tamamlamalıdır. Ayrıca usûlî işlemlerden sonra kanunda öngörülen süre içerisinde dava açılmalıdır. Bu sebeple, babalık davasını açma süresini kaçıran avukatın somut olayda özenli davrandığını ileri sürmek mümkün değildir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda pek çok kararı bulunmaktadır⁶⁹. Avukat, davanın başarıyla sonuçlandırılabilmesi için önceden olayı ve dosyayı çok iyi incelemeli, bu incelemeyi sonra savunmayı kabul etmeli veya reddetmelidir. Keza yukarıda da ifade edildiği gibi, avukat, kısmî dava açarken, fazlaya ilişkin hakları dava dilekçesinde saklı tutmalıdır. Bu tür işlemler de, özen borcunun bir sonucudur. Diğer taraftan, avukat, sahip olduğu hukukî bilgisini somut olayın özelliklerine uygun bir şekilde kullanmalıdır.

Avukatın özen borcuna aykırı hareket etmemesi için, mevzuatın yanında, aynı zamanda meslekî içtihat dergilerinde çıkan yargı kararlarını da bilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda avukatların, resmî veya meslekî dergilerde yayınlanan içtihadları, birkaç hafta veya en çok birkaç ay gibi, kısa bir süre

⁶⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Güner, sh. 270.

⁶⁹ Misal olarak bkz. BGE 87 II 364; 63 II 422; 106 II 235.

içerisinde öğrenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bir içtihadında, dava konusu olay ile ilgili yargı kararının bir ay içinde öğrenilmemesini avukatın kusuru olarak değerlendiren talepteki bir aylık süreyi fazla kısa olarak nitelendirmiştir⁷⁰. Bununla birlikte, her meslek dergisinde çıkan içtihadı bulmak ve incelemek, avukatın hem çok fazla zamanını alır ve hem de onun sathî (yüzeysel) kalmasına sebep olabilir. Çünkü, avukatın yargı kararları yanında, aynı zamanda yeni meslek kitaplarını ve doktrindeki gelişmeleri takip etmek mecburiyeti de bulunmaktadır. Diğer taraftan, ülkemizdeki mahkemelerin kararlarının tamamı yayınlanmamaktadır. Hatta, yayınlanan kararların tamamını takip etmek bile, bir avukat için son derece güçtür. Bu konuda bilgisayardan yararlanmak, avukatın işini epeyce kolaylaştırmış olsa bile⁷¹, mahkeme kararlarının okunup değerlendirilmesi, yine avukata kalmaktadır. Bu durumda, orta bir yol olan şu sonuca varmak gerekir. Avukat, sadece üst mahkemelerin kararlarını sürekli ve zaman geçirmeden takip etmeli, kararlardaki değişiklikleri vakit geçirmeden zamanında öğrenmeli ve bunlara savunmalarında yervermelidir.

Günümüzde gelinen sosyal işbölümü karşısında avukatların da uzmanlık alanlarını belirlemeleri ve ona göre dava üstlenip yürütmeleri tavsiye edilmektedir. Gerçekten de günümüzde, bütün hukukî meseleleri ve bunların çözümünü bilmek mümkün değildir. Bu sebeple, malî piyasalar, mühendislik, tıp ve benzeri alanlarda olduğu gibi, avukatların da kendilerine bir alan seçip burada uzmanlaşarak hizmet vermeleri en sağlıklı yoldur⁷².

Avukatın özen borcunun kapsamında müvekkilini aydınlatma yükümlülüğü de yer almaktadır. Gerçekten de avukat, üstlendiği dava ile ilgili olarak müvekkilinin menfaatini mümkün olduğu kadar, en emin ve en risksiz hukukî yoldan⁷³ gerçekleştirmeye çalışmalıdır⁷⁴. Özellikle, davanın zamanında açılmamak suretiyle zamanaşımına uğratılması⁷⁵, gereksiz yere dilekçe vererek müvekkilinin fazla veya cezalı vergi ödemesine sebep olunması, bir tek dilekçe ile dava açmak mümkün olan olayda, ayrı ayrı otuzbir adet dava açılması,

⁷⁰ NJW 1958, sh. 825.

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnancı, Haluk; 2000'li Yıllara Girerken Avukatlık Mesleği ve Geleceği, İBD. 2000, S. 1, sh. 91 vd.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur, Ahmet; Günümüz Avukatlarının Niteliği Nasıl Olmalıdır, İBD 2000, sh. 811 vd.; Güner, Semih; Avukatlık Meslek Etiği, ABD 2002, S. 2, sh. 19 vd.

⁷³ Avukatın, üstlendiği davanın risklerini açık bir şekilde müvekkiline açıklaması da gerekir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. BGH NJW 2003, H. 5, sh. 350.

⁷⁴ Graf, sh. 53.

⁷⁵ 13. HD. T. 22.9.1992, E. 6154, K. 6883: (Uygur, sh. 8563-8564).

dava dilekçesinde karşı tarafın açık olmayan veya tereddüde meydan verecek şekilde belirtmesi⁷⁶, temyiz süresinin kaçırılması veya müvekkilinin bu konuda herhangi bir talimatı olmaksızın temyiz yoluna başvurulmaması⁷⁷, iş kazasından doğan zararın Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ödenen tazminatla karşılanması mümkün iken, bu durum araştırılmadan önce maddî tazminat, daha sonra da manevî tazminat davasının açılması, duruşma gününün kaçırılması gibi davranışlar, vekilin (avukatın) özen borcuna aykırı davranışlardır. Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir⁷⁸.

Daha önce de ifade edildiği gibi, avukatın özen borcuna aykırı hareket etmemesi için, mevzuatın yanında, aynı zamanda meslekî içtihat dergilerinde çıkan yargı kararlarını da bilmesi gerekmektedir⁷⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında aynı sonucu kabul etmiştir⁸⁰.

Sonuç olarak avukat, kanunları bilmeli, üst mahkemelerin yayınlanmış kararlarını, mesleği ile veya üstlendiği dava ile ilgili yayınları sürekli takip etmelidir. Bunların yanında, ondan, takip ettiği dava için özenli bir çalışma da beklenir. Bu çalışmadaki özen, gerçekçi ve objektif bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Bunun için avukat, mesleğinde uzmanlaşmalı, enerjisini özellikle takip etmek istediği alanlara hasretmelidir. Davanın yürütülmesindeki taktik hataları, dosya içeriğinin iyi bilinmemesinden veya dosyadaki hususlara dikkat etmemekten kaynaklandığı takdirde, avukatın sorumluluğu sözkonusu olur⁸¹. Ayrıca, avukatın müvekkili ile, ağır kusuru halinde sorumlu olmayacağı konusunda yapacağı anlaşma özen borcuna aykırı olup, bătıldır. Bu sebeple bir protokolde yer alan "*Avukat ... istediği zaman davadan çekilebilir. Duruşmalara girmeyebilir. Hükmü temyiz etmeyebilir. Temyiz sonucu verilen karar üzerine Tashihi Karar yoluna gitmeyebilir. Cezaevine ziyarete gitmeyebilir. Dava duruşmasında istediği şekilde beyanda bulunabilir ve gösterilen bir delilden vazgeçebilir...*" ifadeleri geçersizdir.

Uygulamada, borçlunun kasd veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağı şeklinde sorumsuzluk anlaşmaları genellikle yapılmamakta; bunun yerine,

⁷⁶ BGE 38 II 148 Karar için bkz. Arık, sh. 571.

⁷⁷ 4. HD. T. 9.10.1973 E. 9028, K. 8680 (Uygur, sh. 8564-8565).

⁷⁸ 3. HD., T. 22.9.1992, E. 6154, K. 6883 (Uygur, 8563-8564).

⁷⁹ Bkz. Arık, sh. 573; Şenocak, Zarife; Avukatın Akdî Sorumluluğunun Şartları, ABD. 1998, S. 2, sh. 22.

⁸⁰ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

⁸¹ Geniş bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar, sh. 412-413; Sungurtekin, sh. 243.

sözleşmede, borçlunun hiçbir kusurundan/her türlü kusurundan sorumlu olmayacağı şeklindeki kayıtlara yer verilmektedir. Böyle bir hâlde, sözleşme esas itibarıyla geçerli olup, sözkonusu kayıt, ancak vekilin hafif kusurundan sorumluluğunun kaldırılması bakımından geçerlidir; kasd veya ağır kusurundan sorumluluğunun bertaraf edilmesini kapsamaz. Aynı netice, genel işlem şartları ile sorumluluk sınırlamaları hakkında da geçerlidir. Aksinin kabûlü, yine BK. m. 99/I hükmünün kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilmesi anlamına gelir. Aynı şekilde kasd veya ağır ihmalden doğan tazmin sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar da, BK. m. 99/I hükmüne aykırı olup, bâttir. Çünkü, hernekadar sorumluluk ile ilgili kuralların bir kısmı düzenleyici nitelikte ise de, BK. m. 99/I’de emredici bir hüküm yer almaktadır⁸². Vekilin sorumluluğunun sınırlandırılması veya kaldırılmasında, bu hükmün dikkate alınması gerekir. Bu sebeple, vekâletin meslek olarak icra edildiği hâllerde, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ağır kusurundan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar bâttir⁸³.

Sorumsuzluk anlaşmaları, BK. m. 99/II’de yeralan imtiyazlı bir san’atta veya meslekte yapılmakta ise, hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir⁸⁴.

Kanaatimizce, borçlunun kendisinin ve organlarının hafif kusurundan, yardımcılarının ise her çeşit kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin şartların geçerliliğini tanıyan BK. m. 99/II ve m. 100/II’nin, vekâlet sözleşmelerinde özellikle bir meslekî faaliyeti gerektiren ücretli vekâlet sözleşmelerinde uygulanmasının yerinde olmayacağı yolundaki görüşe katılmak gerekir. Böyle bir netice, özellikle vekâletin tekel niteliğinde icra edildiği meslekler bakımından geçerlidir. Meselâ avukatlık mesleği bunlardan birisidir. Üstelik AK. m. 35/A ile getirilen tarafları uzlaştırma yetkisi, avukata bir tekel olarak tanınmıştır.

Vekâletteki güven unsuru ve vekilin kimliği büyük önem taşımaktadır. Bir izin veya ruhsata dayanarak, mesleğini icra edenlerin BK. m. 99/II ve 100/III hükmünden yararlanmamasının gerekçesi olarak, bunların topluma karşı elde ettikleri “*özel bir güven durumu*” gösterilmektedir⁸⁵. Çünkü, bu

⁸² Geniş bilgi için bkz. Başpınar, sh. 128.

⁸³ İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konudaki kararları için bkz. BGE 83 II 529, 74 II 86; 70 II 211, 109 II 119, 110 II 287, 112 II 455.

⁸⁴ HGK. T. 15.6.1994, E. 1994/11-178, K. 1994/398 (KBİBB., 818/m. 99/2).

⁸⁵ Erten, Ali; Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, sh. 244; Akman, Sermet Galip; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, sh. 65.

tür mesleklerle uğraşanlara karşı toplumda güven duyulması, sözkonusu kimselerin almış ve sahip oldukları iznin veya ruhsatın bir neticesidir. Meselâ, toplumda, bir avukatın, mahkeme huzuruna gerekli bilgilerle çıkacağı ve kendisine güvenerek vekâletini vermiş olan müvekkilinin menfaatlerini gerekli şekilde koruyacağı inancı yaygındır. Böyle bir halde, müvekkilin avukatı tercih etmesinin sebebi; diğerlerine göre sözleşmenin gereği gibi ifa edileceği konusundaki yüksek teminattır. Bu sebeple, toplumda diplomaya, izne veya ruhsata, sözkonusu güveni ortaya koyan belge gözüyle bakılmaktadır. Zira, belirli faaliyetlerin icrası için ruhsat veya izin alınması mecburiyeti, kamu güvenliği veya düzeni için tehlikeli durumları önleyici amil niteliği taşımaktadır. Netice olarak, toplumda kanunî hükümlere aykırı bir durumun olmadığına ilişkin bir hava ve güven meydana gelmektedir. Bu türden bir mesleği icra edenlerden avukat, sözkonusu belge ile, müvekkillerine karşı, güvenilirlikleri konusunda, bir çeşit hüviyeti dolayısıyla üstünlük elde etmiş olmaktadır⁸⁶.

Avukat, takdir ve yoruma bağlı sorunlardaki savunulabilir hukuki görüş tarzından, davanın yürütülmesindeki taktik ve psikolojik yanılgılarından, ayrıca dosyayı iyi bilmemek ve dosyadaki hususları göz önüne almamak gibi bir kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalıdır⁸⁷

Yukarıda özetle açıklanan gerekçelerle, İsviçre-Türk hukukunda avukat, noter, hekim gibi, özel bir resmî belgeye dayanarak mesleğini icra eden kişilerin de hafif kusurlarından sorumlu olduğunu kabûl etmek gerekir⁸⁸. Böyle bir hâlde vekilin BK. m. 20/II hükmüne dayanarak, sözleşmenin tam butlanını ileri sürmesi mümkün değildir. Bunun sebebi, bir taraftan dürüstlük kuralı iken, diğer taraftan müvekkilin korunması fikridir⁸⁹. Aksi hâlde, kasd veya ağır kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar sebebiyle borçlu, BK. m. 20/II hükmüne dayanarak, sözleşmenin tam butlanını ileri sürebilir. Böyle bir sonuç ise, her şeyden önce dürüstlük kuralına (TMK. m. 2) aykırı olur. Diğer taraftan, sorumsuzluk kayıtları yasakları, alacaklıyı korumak ve böylece sözleşmenin sorumsuzluk anlaşması dışında kalan kısımlarının muhafaza edilip, ayakta kalmasını sağlamak için kabûl edilmiştir. Aksine bir tutum, borçlunun sorumluluktan tamamen kurtulması demektir. Bu ise, alacaklının

⁸⁶ Başpınar, sh. 272.

⁸⁷ HGK. T. 11.4.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199 (KBİBB., 818/m. 390).

⁸⁸ Başpınar, sh. 273; BGE 71 II 239, 91 I 233.

⁸⁹ Bkz. Tekinay, S.S/Akman, G. S./Burcuoğlu, H./Altop, A.; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 885-886.

korunması maksadına hizmet etmekten uzak, borçluyu dolaylı olarak koruyan bir sonuçtur⁹⁰.

VI. Avukatın Özen Borcuna Aykırılığın Müeyyidesi

Avukatın özen borcuna aykırı davranmasının müeyyidesi, aynen ifa, tazminat, sözleşmeden dönme veya vekâletin geri alınması (vekâletten azil) söz konusu olabilir⁹¹.

Avukatın özen borcu, aslî edime bağlı bir yan yüküm olduğu için, bu borcun ihlâli, tek başına dava edilemez. Gerçekten de, özen borcuna aykırı davranan hekime karşı, özensizliğe dayanarak değil, ancak aslî edim yükümüm, hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle dava açılabilir.

Vekil, üstlendiği edimi kasden veya ağır ihmal ile imkânsız hâl'e getirdiği takdirde, önceden yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz⁹². Böyle bir hâlde, vekâlet sözleşmesinden doğan sorumluluğu devam eder.

İsviçre Federal Mahkemesi, borçlunun kendisinin veya yardımcılarının sorumluluklarını hafifleten şartların, ancak, bu konudaki emredici hükümlere veya sözleşmenin muhtevasına aykırılık teşkil etmedikleri nisbette geçerli olabileceklerini kabûl etmektedir. Bu sebeple, vekâletin meslek olarak icra edildiği hâllerde, vekilin kendisinin hafif, yardımcılarının ağır kusurundan sorumluluğunu ortadan kaldıran anlaşmalar bâtıldır⁹³.

Avukatın özen borcuna aykırı davranışının müeyyidesi aynen ifa olamaz. Çünkü - meselâ- davası gereği gibi takip edilmeyerek özen borcuna aykırı davranılmış olan müvekkilin, mevcut davasının bundan sonra daha iyi takip edileceği veya yeni davasının daha ciddî takip edileceği iddiası yerinde değildir. Çünkü güven unsuru kaybolduktan sonra, vekile zorla ifa ettirilen bir edimde, özen borcuna ne kadar riayet edileceği ve bu ifanın müvekkilin menfaatine uygun olup olmadığı ve onu tatmin edip etmeyeceği, her zaman

⁹⁰ Akman, sh. 109 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 885-886; Başpınar, sh. 273.

⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, sh. 245 vd; Akıncı, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, sh. 54 vd; Güner, sh. 477 vd; Sarı, Suat; Vekâlet Sözleşmesinin Tek taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, sh. 65 vd. Şenocak, sh. 5 vd.

⁹² BGE 102 II 256: "Ağır kusur hâlinde sorumluluk ne sınırlandırılabilir ne de kaldırılabilir. Sözleşmede böyle bir kayıt öngörülüşse, bu kayıt bâtıldır...".

⁹³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki kararları için bkz. BGE 83 II 529, 74 II 86; 70 II 211, 109 II 119, 110 II 287, 112 II 455.

bir mes'ele olarak ortada durmaktadır. Bu sebeple, vekâlet sözleşmesinin temeli olan güven unsurunun sarsılmasına sebep olan avukattan gecikmiş de olsa, edimini ifa etmesini beklemek mümkün olmamalıdır. Çünkü avukat bu davranışı ile müvekkilinin güveninin kaybolmasına sebep olan bir tavır içerisine girmiştir. Bu takdirde, avukatın ifa borcu, tazmin borcuna dönüşür. Bunun sonucu olarak, avukat vekâlet (avukatlık) sözleşmesi gereğince taahhüt ettiği edimini ifa etmemiş veya gereği gibi ifa etmemiş⁹⁴ olmak durumu ile karşı karşıya kalır⁹⁵. Çünkü özen borcunun ihlâli, esas sözleşmenin ihlâli kabul edilmektedir. Yargıtay da, mesleğini belirli bir diploma ve ruhsat ile icra eden vekilin, özen borcunu ihlâli hâlinde, müvekkilin onunla sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceğini, böyle bir hâlde sözleşmenin haklı sebepten dolayı feshinin kabulü gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁶.

Avukatın özen borcuna aykırı davranması halinde vekâletten azli mümkündür. Özellikle avukatın özen borcuna aykırı davranışı ağır kusur teşkil ettiği hallerde, azil haklı hale gelir. Böyle bir halde avukatın ücret talebi de mümkün değildir. Yukarıdaki kararlarda da belirtildiği gibi Yargıtay da aynı sonucu kabul etmektedir.

VII. Avukatın Sorumluluğunda İsbat Külfeti ve Zamaşımı

A. Avukatın Sorumluluğunda İsbat Külfeti

Vekâlet sözleşmesinde vekilin aslî borcunu, özen borcuna aykırı davrandığı için ihlâl ettiğini, yani yerine getirmediğini ispat külfeti müvekkil'e aittir. Yargıtay da aynı görüştedir⁹⁷. Müvekkil, özen borcunun yerine getirilmemesinden dolayı hedeflenen neticenin ortaya çıkmadığını ispat edecek; vekil de, borcun yerine getirilmemesinde bir kusuru olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁹⁸.

Daha önce de ifade edildiği özen borcuna aykırılık, tek başına dava edilebilen bir borç olmadığından, müvekkil, zarara uğradığında vekilin, özen borcuna aykırı davranması sebebiyle tazmin talebinde bulunmak zorundadır. Müvekkil zarara uğramamışsa, vekil özen borcuna aykırı hareket etmiş olsa

⁹⁴ 13. HD. T. 7.2.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728: "... gerekli özeni göstermeyen vekil, BK. m. 394/1 hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır..." (KBİBB., 818/m. 394).

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fellmann, Art. 398, Nr. 328 vd; BGE 129 II 359, BGE 4C.345/203;

⁹⁶ 3. HD. T. 4.6.1998, E. 1857, K. 6257 (YKD 1998, S. 8, sh. 1142-1145).

⁹⁷ HGK. T. 19.12.1970, E. 1969/4-1575, K. 1970/686 (KBİB 818/m. 388).

⁹⁸ İsbat külfeti ile ilgili etraflı bilgi için bkz. Gümüş sh. 374 vd.

bile, tazmin ile mükellef tutulamaz. Yargıtay da aynı görüştedir. Yüksek Mahkeme, bir kararında, müvekkilin tazmin talebinden vekilin sorumlu tutulabilmesi için, özen borcuna aykırı davranıştan bir zararın doğmasının gerektiği neticesine varmıştır. Karara göre, vekilin mücerred müvekkili aleyhine verilen hükmün temyiz süresini geçirmiş olması, tazminat sorumluluğuna yolaçmaz. Süre geçirilmemiş olsa idi, hükmün müvekkil lehine bozulacağı netice ve kanaatine varıldığı takdirde, vekil sözleşmeye dayanan (akdî) tazminattan sorumlu tutulabilir⁹⁹. Yüksek Mahkeme, başka bir kararında, vekilin pul parası eksikliğini gidermemesi sebebiyle, dosyanın işlemde kaldırılmasının, vekâlet sözleşmesine aykırılık teşkil etse bile, bunun doğrudan bir zarara sebep olup olmadığının araştırılmasını gerekli görmektedir. Karara göre, böyle bir konuda tazminatın sözkonusu olabilmesi için, davanın avukat tarafından özenle takip edilmesi hâlinde kazanılacağı mümkün olduğunun isbat edilmesi gerekir¹⁰⁰. Ancak, müvekkilin isbat yükü konusunda fazla katı davranılmamalıdır. Çünkü genellikle müvekkilin hukuk bilgisi avukata göre çok azdır. Bu sebeple, müvekkilin somut olay bakımından normal hayat tecrübelerine göre olumsuz bir durumun varlığını ortaya koyduğu hâllerde, avukatın özen borcuna aykırı davrandığını ispat etmiş kabul edilmelidir.

Yargıtay'a göre, müvekkil, özen borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle hedeflenen neticeye ulaşamadığını isbat ile mükelleftir¹⁰¹. Avukat, özen borcunun yerine getirilmemesinde herhangi bir kusurunun olmadığını ispat yükü altındadır. Bununla birlikte vekâletin ücretsiz olarak üstlenildiği ve sorumluluğun ancak hakkaniyete dayanan bir sorumluluk olacağı da dikkate alınarak, olayda BK. m. 98/II ve 43'ün uygulanması gerekir.

B. Avukatın Sorumluluğunda Zamanaşımı

BK. m. 126/IV hükmüne göre, vekâlet sözleşmesinden doğan davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir. Gerçekten de, Türk hukukunda, BK. m. 126/IV'de 6763 sayılı Kanunun 41. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Buna göre, vekâlet sözleşmesinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Çünkü, sözkonusu düzenlemede "...vekâlet akdinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımına tâbidir" hükmü yer almaktadır. Yargıtay da kararlarında aynı neticeyi kabûl etmiştir. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme kararlarında,

⁹⁹ 4. HD. 22.2.1974, E. 1973/3098, K. 1974/865 (Müderrişoğlu, sh. 303-307).

¹⁰⁰ Bkz. 13. HD. T. 9.5.1999, E. 3956, K. 4329 (KBİB 818/m. 386, 1136/m. 163).

¹⁰¹ 13. HD. 5.2.1991, E. 1990/7902, K. 1991/1070 (Özkaya, sh. 434-436).

aynen “avukatlık ücreti alacağı 5 yıllık zamanaşımına bağlıdır”¹⁰², “vekillik sözleşmesinden doğan bütün davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır”¹⁰³, “vekâlet sözleşmesinden doğan bütün davalar temerrüt tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımına bağlıdır”¹⁰⁴ ifadesine yer verilerek aynı husus açıkça vurgulanmıştır.

4667 sayılı Kanun’un 27. maddesi ile AK. m. 40’da yapılan değişiklik ile, “iş sahibi tarafından sözleşmeye dayanılarak avukata karşı ileri sürülen tazminat talepleri bu hakkın doğumunun öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhâlde zararı doğuran olaydan itibaren 5 yıl geçmekle düşer” hükmü getirilmiştir. Bu süreler geçtikten sonra müvekkilin avukata karşı bir tazmin talebi sözkonusu olmayacaktır¹⁰⁵.

Avukatlık Kanunu’nda açıkça, avukatın sözleşmeye dayalı tazmin sorumluluğu bakımından zamanaşımı düzenlenmiştir. Bu sebeple, avukatın sözleşme dışı sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu, genel hükümlere tâbidir. Yine, avukatın ücret talebi 5 yıllık zamanaşımına tâbidir. Çünkü, AK. m. 40’da bu husus yer almamaktadır¹⁰⁶.

BK. m. 128’e göre zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Yargıtay da aynı görüştedir¹⁰⁷. Buna karşılık, alacağın muaccel olması için ihbarın yapılmasının gerektiği hâllerde zamanaşımı, ihbarın yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar (BK. m. 128/II). Görüldüğü gibi, Kanunkoyucu, burada haberin verildiği tarihi değil de, verilebileceği tarihi zamanaşımına başlangıç kabûl etmiştir. Bu sebeple, zamanaşımının başlayabilmesi için, fiilen ihbarın yapılması şart olmayıp, ihbar yapılabilecek zamanın tespiti yeterlidir¹⁰⁸.

Doktrinde hakim görüş, vekilin, haksız fiilden sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbi olup, burada bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin sözkonusu olduğunu kabûl etmektedir¹⁰⁹.

¹⁰² 4. HD. T. 15.01.1971, E. 1970/11331, K. 384 (Müderrişoğlu, sh. 552-553).

¹⁰³ 13. HD. T. 4.10.1984, E. 4314, K. 5939 (Özkaya, sh. 191-192).

¹⁰⁴ 4. HD. T. 14.6.1971, E. 4048, K. 5864 (Özkaya, sh. 243-244).

¹⁰⁵ Günergök, sh. 186.

¹⁰⁶ Güner, sh. 327; Akıncı, sh. 72.

¹⁰⁷ 13. HD. T. 23.6.1986, E. 2600, K. 3657 (KBİBB., 818/m. 126).

¹⁰⁸ 13. HD. T. 21.12.2001, E. 9800, K. 11883 (KBİBB., 818/m. 126/4).

¹⁰⁹ Günergök, sh. 187; Güner, sh. 572.

Gerek HUMK. m. 68 ve gerek AK. m. 41 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Kanunkoyucu'nun, vekilin vekâleti geri alma yoluyla sona erdirmesi konusunda, vekâlete ilişkin genel hükümlerden ayrıldığı görülür. Buna göre, geri alma yoluyla vekâleti sona erdiren vekilin sorumluluğu, bu durumun müvekkile tebliği veya müvekkilin, hasmına karşı dava tutanağına yazdırmaktan veya tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam edeceğini kabûl etmiştir. Buradaki tebliğ şartı, doktrinde geçerlik şartı olarak kabûl edilmektedir¹¹⁰. Şüphesiz, böyle bir düzenlemenin maksadı, BK. m. 390/II'de yeralan uygun olmayan zamanda geri almanın mahzurlarını ortadan kaldırmaktır¹¹¹. Avukatın sözkonusu süre içerisindeki görevi, duruşma dışında kalan iş ve işlemleri kapsar. Böyle bir görüşe, Meslek Kuralları m. 38'den hareket edilerek de varılabilir. Gerçekten de, sözkonusu maddede, "*Avukat... çekinme hakkını müvekkiline zarar vermeyecek biçimde kullanmağa dikkat edecektir*" hükmü yer almaktadır¹¹². Kanunkoyucu'nun bu konudaki tutumunun temelinde, dürüstlük kurallarına aykırı davranışlara karşı müvekkilin haklarının korunması, özellikle sürelerin korunmasının teminat altına alınması yatmaktadır. Bu sebeple, sözkonusu sürenin kabûl edilmesinde, sadece avukatın sorumluluğunun geri almadan sonra ne kadar devam edeceğini belirlemeden öte bir mânâ taşıdığına şüphe yoktur¹¹³.

SONUÇ

Özen borcunu ihlâl eden avukat, BK. m. 98'e göre, kendisine düşen bu borcu gereği gibi yerine getirmemiş sayılır. Böyle bir hâlde Kanun'da borçlu (avukat) aleyhine bazı sonuçlar öngörülmüştür. Yukarıdaki açıklamalarda görüldüğü gibi avukatın özen borcu objektif, hatta bir görüşe göre ağırlaştırılmış objektif özen borcudur. Bu sebeple avukat, ancak illiyet bağıını kesen sebeplerin somut olayda mevcut olduğunu isbat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Müvekkil tarafından avukatın özen borcuna aykırı davrandığı isbat edildiği takdirde, kendisi isbat yükünden kurtulur. Böyle bir halde avukat özen borcuna aykırı davranmadığını isbat etmek mecburiyetindedir.

¹¹⁰ Özkaya, sh. 664; Akıncı, sh. 84.

¹¹¹ Müderrisoğlu, sh. 138; Güner, sh. 330,

¹¹² Etraflı bilgi için bkz. Güner, Mevzuat, sh. 473 vd.

¹¹³ Yargıtay da aynı görüştedir. Bu konuda bkz. 13. HD. T. 29.4.1993, E. 3419, K. 3651 (YKD. 1994, S. 2, sh. 237 vd.).

BANKA HUKUKU AÇISINDAN HAVALE İŞLEMİ VE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Doç. Dr. Mustafa ÇEKER*

ÖZET

Borçlar Kanunu'nun 457 vd. maddelerinde düzenlenen havale, daha çok bankacılıkla ilgili bir kavramdır. Havale işlemiyle, bir kişi, banka nezdindeki mevduat hesabından başka bir hesaba para aktarılması veya başka bir kişiye ödeme yapılması hususunda bankaya talimat ve yetki vermektedir. Bu çalışmada, havale işleminin Banka Hukuku açısından incelenmesi ve uygulamada karşılaşılan çeşitli sorunlara çözümler getirilmesi amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Banka Hukuku, Havale, İnternet Bankacılığı.

ABSTRACT

The bank assignment subject, which is regulated by the Code of Debts, article number 457 and others, refers to as a banking concept. By this assignment transaction, a person authorizes the bank to transfer money from his/her account to someone's name or account. In this study, the assignment concept is investigated from a Banking Law perspective, and also it is aimed to solve problems that are confronted in practice.

KEY WORDS

Banking Law, Bank Assignment, Internet Banking.

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana, mceker@cu.edu.tr

I. GENEL OLARAK

Havale, bankaların faaliyet konuları arasında yer alan işlemlerden biridir¹. Uygulamada büyük önem taşımaya rağmen, Bankacılık Kanunu'nda havale işlemleriyle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Genel olarak havale işlemi ise, Borçlar Kanunu'nun 457-462. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, "havale göndericisi", havale işlemi ile bir miktar paranın "havale alıcısı" olarak belirlendiği bir kişiye ödenmesi hususunda (havale ödeyicisi) bankayı yetkilendirmiş olmaktadır.

Havale işlemleri çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda, havale işlemlerinden farklı şekillerde ücret ve komisyon alınması, havale edilen tutarın alıcıya geç ödenmesi veya alıcının bulunamaması nedeniyle ödenmemesi, yanlış kişiye ödeme yapılması, internet bankacılığı aracılığıyla hesap sahibi müşterinin bilgisi olmaksızın mevduat hesabının boşaltılması (başka hesaplara para aktarılması), alıcının havaleyi kabul etmemesi ya da havale gönderenin daha sonradan bu işlemden cayması gibi birçok sorun akla gelmektedir². Bu çalışmada, Banka Hukuku açısından havale işlemi incelenerek karşılaşılan sorunlara çözümler getirilmesi amaçlanmaktadır.

II. HAVALE KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Havale, bir gerçek veya tüzel kişinin (amir, havale göndericisi), diğer bir gerçek veya tüzel kişiye (lehtar, havale alıcısı) bir miktar para, kıymetli evrak ya da misli şeyler vermeye üçüncü bir kişiyi yetkili kılmasıdır. Havale göndericisi, başka bir banka veya aynı bankanın başka şubelerindeki kendi hesaplarına da para gönderebilir. Havale talebe bağlı olarak nakit teslimat veya hesaptan, bilgisayar, telefon, teleks veya elektronik fon transferi (EFT) yoluyla yapılır. Buna göre havale, mevduat hesabından para aktarma şekillerinden biridir. Buna göre, hesap sahibi, bankaya vereceği bir talimatla hesabından başka birinin hesabına veya adına para gönderilmesini talep eder. Banka da, talimat verilen hesaptan belirtilen tutarı alıp, havale alıcısının varsa hesabına, yoksa adına ödenmek üzere emre amade şekilde hazır bulundurur. Havale alıcısı tarafından bu tutarın bankadan hesaba veya nakden tahsilıyla işlem tamamlanır.

BK.m.457'de havalenin bir sözleşme olduğu ifade edilmekle birlikte, doktrin ve Yargıtay kararlarında ittifakla kabul edildiği üzere, havale, çifte yetki-

¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.4/d.

² Reisoğlu, S.; Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I, Ankara 2007, s.143.

Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar

lendirmeyi içeren tek taraflı ve varması gerekli bir hukukî işlemdir³. Hesap sahibi, bankaya verdiği havale talimatı sonucunda, bankayı kendi hesabından belirli bir miktarda para çekip havale alıcısına ödemeye yetkili kılmaktadır. Bunun yanında, havale işleminin özelliği gereği, havale talimatı sayesinde, havale alıcısı da, havale edilen tutarı kendi adına tahsil etme yetkisine kavuşmuş olur.

Havale işlemi, çifte yetkilendirmeyi içeren tek taraflı bir hukukî işlem niteliği taşıdığından, banka, havale talimatını kabul etmek ve yerine getirmek zorunda olmadığı gibi, havale alıcısı da, adına gönderilen havaleyi almakla yükümlü değildir⁴.

III. HAVALE İŞLEMİNİN YAPILMASI

Havale işleminin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için, bazı hususların tespit edilmesi gerekmektedir.

A. Havale Alıcısının Belirlenmesi

Hesap sahibi, havale talimatıyla hesabındaki belirli bir miktar paranın banka aracılığıyla üçüncü bir kişiye ödenmesini talep etmektedir. Bu bakımdan, ilk olarak havale alıcısının doğru şekilde tespiti gerekir. Havale alıcısı kişinin kimlik bilgilerinin ve varsa hesap numarasının doğru alınması, havalenin amacına uygun şekilde işlem yapılmasının ilk şartıdır. Gerçekten yanlış kişiye havale çıkarılması ya da havale alıcısı yerine başka birinin hesabına para aktarılması, banka ile havale gönderen hesap sahibi ve yanlışlıkla hesabına para yatırılan kişi arasında uyuşmazlık çıkmasına neden olur.

Havale işleminin amaca uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi bakımından, hem havale göndericisine (hesap sahibine) hem de bankaya bazı yükümlülükler düşmektedir⁵. Buna göre, hesap sahibi, havale göndermek istediği kişiye ilişkin bilgileri doğru bir şekilde bankaya bildirmekle yükümlüdür. Yanlış isim veya hesap numarası bildirilmesinden dolayı bankanın sorumlu tutulması mümkün değildir. Ancak, banka da müşterinin talebini özenli bir şekilde almalı ve eksik veya hata varsa uyarıda bulunmalıdır⁶. Buna göre, hesap sa-

³ Bu konudaki görüşler için bkz. **Kocaman**, A.B.; Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001, s.15-16; Y. 11. HD. Tarih: 16.02.1988, E.8306 K.809 (**Reisoğlu**, s.144).

⁴ **Reisoğlu**, s.143.

⁵ **Battal**, A.; Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, s.277.

⁶ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, "Inro Consetry Ltd." adına açılan hesaba "firma

hibinin verdiği hesap numarasıyla havale alıcısı olarak gösterdiği kişiye ait bilgiler tutmuyorsa, işlemi yapmadan önce müşterinin uyarılması gerekmektedir. Bu uyarıya rağmen işlemin yapılmak istenmesi halinde, banka talimat doğrultusunda havale işlemi gerçekleştirir ve sorumluluktan kurtulur. Havale işleminin ATM cihazından veya internetten yapıldığı hallerde ise, bütün sorumluluk hesap sahibine kalır. Zira, bu yollarla yapılan işlemlerde, sistem tarafından müşteri uyarılmakta ve buna rağmen işlemin yapılması yönünde onay verilirse, para aktarma işlemi tamamlanmaktadır. Buna karşılık, hesap sahibi tarafından doğru bilgi verildiği halde bankanın yanlış hesaba para aktarması veya yanlış kişiye ödeme yapmasından dolayı hesap sahibini sorumlu tutması mümkün değildir.

Havale alıcısıyla ilgili olarak uygulamada karşılaşılan bir sorun da, 18 yaşından küçükler adına havale gönderilmesidir. Bu sorun, özellikle havale tutarının alıcıya ödenmesi aşamasında ortaya çıkar. Çünkü, banka, talimat (havalenin gönderilme) aşamasında alıcının 18 yaşından küçük olduğunu bilemeyeceği için işlemi yapmak durumundadır. 18 yaşından küçüklerin ana ve babanın velayeti altında olmaları nedeniyle, havale tutarını bizzat çekemeyeceği işlem için velisinin onayının gerektiği söylenebilir. Ancak, TMK.m.357/I uyarınca, çocuk lehine yapılan kazandırmalar üzerinde ana ve babanın onayı olmaksızın da işlem yapılabilmesi mümkündür. Böylece, banka, havale alıcısının 18 yaşından küçük olduğu gerekçesiyle ödemededen kaçınamayacaktır.

B. Havale Emrinin Verilmesi

Havale emri, tek taraflı bir hukukî işlem niteliği taşıdığından, hesap sahibi veya onun yetki verdiği kişilerce gerçekleştirilebilir⁷. Bu konuda yetki verilmediği takdirde, üçüncü kişilerin hesaptan havale talimatı vermesi mümkün değildir. Banka personelinin, talimat almadan başka kişilerin hesabına para aktarması, mevduat hesabından usulsüz şekilde para çekilmesi anlamına gelir ve hesap sahibine karşı bankanın sorumluluğuna yol açar.

Havale talimatına yönelik irade beyanının özelliği gereği bankaya ulaşması gereklidir. Bu talimatın şekli hususunda kanunda herhangi bir düzenleme

Inro” rumuzuyla gönderilen havalenin, “Inro GmbH” adlı bir firmanın hesabına kaydedilmesinden dolayı, bankanın sorumlu olacağına karar vermiştir. Federal Mahkeme’ye göre, gönderenin beyanı yeterli açıklıkta değil veya karışıklığa neden olacak nitelikte ise, bankanın basiretli bir tacir olarak tedbirli davranması ve gerekli teyidi almadan işlem yapmaması gerekir. (BGE 89 II 239).

⁷ Hüffer, U.; Die Haftung gegenüber dem ersten Auftraggeber im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, ZHR 151 (1987), s.93 vd.

Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar

yoktur. Uygulamada havale emri adı verilen yazılı bir formun doldurulması ve imzalanması suretiyle talimat verilmektedir. Ancak, banka kartını kullanarak ATM cihazlarından, internet ve telefon bankacılığı yoluyla şube dışı yollardan sadece şifre girerek elektronik ortamda havale emri verilmesi de mümkündür. Şubeden yapılan işlemlerde ise, yazılı şekilde bir talimat (havale emri) alınması veya hiç olmazsa işlem makbuzuna hesap sahibinin imzasının alınması, daha sonradan uyuşmazlıkları önlemek ve ispat açısından yerinde olacaktır.

C. Havale Tutarının Alıcıya Ödenmesi

Havale tutarı, hesap sahibinin hesabından alınarak ya alıcının hesabına aktarılmakta veya alıcıya ödenmek üzere şube nezdindeki bir geçici hesaba tutulmaktadır. Alıcının hesabına kayıt işlemi, banka tarafından ödemenin yapılması sonucunu doğurur. Ancak, alıcının hesabı bulunamazsa veya hesap kapalı olursa ne olacaktır? Hemen belirtelim ki, mevcut teknolojik imkanlarda banka henüz havalenin kabulü aşamasında bu durumları tespit edebilmektedir. Buna bağlı olarak havale göndermek isteyen müşteriye gerekli uyarı yapılarak onun talimatı doğrultusunda işlem yapılması en doğru yol olacaktır. Alıcıya ve hesabına ulaşamadığının daha sonradan fark edilmesi halinde ise, banka, işlemi iptal ederek havale tutarını hesap sahibinin hesabına geri aktarmalı ve bu işlemde hesap sahibini haberdar etmelidir (TTK.m.20). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.04.1998 tarihli kararına⁸ konu olayda olduğu gibi, banka, alıcı hesabının kapalı olması nedeniyle havale tutarını gönderenin hesabına iade etmiş, ancak her nasılsa alıcıya da ödeme yapmışsa, havale gönderen hesap sahibi, havale tutarı kadar sebepsiz zenginleşmiş olur ve banka, mükerrer ödediği tutarı gönderenden isteyebilir.

Havalenin nakden ödenmesi halinde, banka açısından kimlik tespiti büyük önem taşır. Havalenin ödenmesi sırasında yapılması gereken kimlik tespiti, hesap sahibinin gönderdiği havalenin ödenmesini istediği kişi ile bankaya söz konusu havaleyi almak için başvuran kişinin aynı kişiler olup olmadığını araştırılmasını amaçlar. Gerçek kişinin kimlik tespiti fotoğraflı, soğuk damgalı, mührü okunaklı, tahrifatsız, geçerli ve kabul edilen belgeler üzerinden

⁸ “Davacı bankanın Levent şubesinde davalı tarafından dava dışı Turgay'ın hesabının bulunduğu Kadıköy Şubesine gönderilen Havale Tutarı hesap kapalı olduğu gerekçesiyle davalıya iade edildiği gibi, yine kapalı hesaptan Turgay'a da sehven ödeme yapılmıştır. Bu konuda taraflar arasında uyuşmazlık olmadığına göre, davalı bankanın sehven Turgay'a yaptığı ödeme kadar davalı borcundan kurtulmuş olmasına rağmen, kendisine iade edilen Havale Tutarı kadar da nedensiz zenginleşmiştir. Bu durumda davacı banka Havale Tutarı kadar davalıdan talep hakkına sahiptir” Y. HGK. Tarih: 29.04.1998, E. 1998/11-294 K. 1998/304.

yapılır. Bu belgeler; nüfus hüviyet cüzdanı, pasaport ve sürücü belgesidir. Yabancı uyruklu kişiler için kendi ülke pasaportu veya yabancılar için düzenlenen ikametgâh tezkeresi aranır.

IV. HAVALE İŞLEMİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

A. Havale İşlemlerinden Ücret Alınması

Havale işlemiyle banka hesap sahibi (gönderen) adına bir iş görmektedir. Bu nedenle, banka, sunduğu hizmet karşılığında uygulamada “havale komisyonu” olarak anılan bir ücret talep edebilir⁹. Havale işlemlerinde bankalarca tahsil olunacak ücret, komisyon ve masraflar, verilen hizmetlerin bedelleri olduğundan, piyasa mekanizması sonucu oluşan serbest rekabet ortamı ve farklı maliyetler nedeniyle bankadan bankaya farklılıklar gösterebilir. Bu kapsamda havale işleminin banka şubesinde imzalanan bir “havale emri” ile gerçekleştirilmesi, banka kartı kullanılarak otomatik para çekme makinesinden herhangi bir belge olmadan ya da internet bankacılığı kullanılarak online olarak yapılması gibi hallerde farklı ücret uygulaması gündeme gelebilir¹⁰.

Havale komisyonunun muhatabı, havale göndericisi olabileceği gibi, havale alıcısı da olabilir. Diğer bir deyişle, banka, hem havale göndericisi hem de havale alıcısından komisyon talep edebilir. Bununla birlikte, bankanın sadece havale göndericisinden veya sadece havale alıcısından komisyon talep etmesi de mümkündür¹¹.

Havale ücretinin miktarı hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Banka, havale ücreti alıp almamakta serbesttir. Havale ücretinin miktarı hususunda hesap sahibinin uyarılması ve kabul ettiği takdirde işlemin yapılması gerekir. Ancak, banka, işlemi gerçekleştirdikten sonra havale ücreti isteyemez.

B. Havale Tutarının Yanlış Kişiye Ödenmesi

Yanlış kişiye ödeme yapılması halinde, banka, hem havaleyi gönderen hesap sahibine, hem de gerçek havale alıcısına karşı sorumluluk taşır. Zira, banka, hesap sahibinin talimatıyla onun hesabında para çekip istediği kişiye ödeme yapma görevini üzerine almış, ancak hesap sahibinin bildirdiği kişi

⁹ Y. HGK. Tarih: 23.09.1998, E.1998/11-583 K.1998/590.

¹⁰ **Nobbe**, G.; Zulaessigkeit von Bankentgelten, WM 2008, H.5, s.190; **Krüger**, T.; Zulaessigkeit von “Bankgebühren” bei irregulären Geschaefsvorfaellen, WM 2000, H.41, s.2021 vd.

¹¹ Y. HGK. Tarih: 07.10.1992, E. 1992/11-414 K. 1992/555.

Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar

yerine başka bir kişiye ödeme yapmıştır. Aynı şekilde, banka, havaleyi kabul etmek suretiyle alıcıya ödeme yapmayı kabul etmiş ve alıcı da bankadan kendisine ödeme yapılmasını talep hakkını elde etmiş olmaktadır. Yanlış kişiye ödeme yapan veya gerçek alıcı yerine başkasının hesabına para aktaran banka ise, adına havale gönderilmediği halde bu parayı kullanan kişiye karşı talepte bulunabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.10.1992 tarihli kararında¹² da vurgulandığı üzere, mevduat hesabına havale gelmediği halde sehven kaydedilen tutarı çekerek kullanan hesap sahibi, bankadan kredi kullanmış sayılır¹³.

C. Havale Tutarının Geç Ödenmesi

Banka, havale edilen tutarı alıcının hesabına geç kaydedecek olursa, gecikme nedeniyle uğranılan zararı da karşılamak zorunda kalacaktır¹⁴. Gerçek-

¹² “Davacı hesabına gerçekte bir havale gelmediği halde banka tarafından hataen havale gelmiş gibi bir miktar para dahil edilmiş ve davacı kendisine ait olmayan bu parayı çekerek kullanmıştır. Yerleşmiş içtihatlarla göre bu gibi durumlarda bankanın hesap sahibine kredi açmış olduğu kabul edilerek, faiz tahakkukuna cevaz verildiğinden faiz tahakkuk ettirilmesi doğrudur... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçeleri nedenlere ve özellikle davacının, davalı bankada bulunan ticari mevduat hesabından ve 26. gün süre ile bankaya ait 10 milyon lirayı kredi olarak kullandığı tartışmasızdır. Böylece taraflar arasında açık kredi ilişkisi doğmuştur. Kredi açma sözleşmesi hiçbir şekle bağlı değildir. Tacir sıfatı aşıkâr bulunan bankanın işletmesiyle ilgili olarak başkası yararına yaptığı hizmet ve ödemeler için faiz isteme hakkı da TTK.nun 22. maddesi hükmü gereği olduğuna göre Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”. Y. HGK. Tarih: 07.10.1992, E. 1992/11-414 K. 1992/555.

¹³ **Kayar** ise, kendisine yanlışlıkla ödeme yapılan kişinin iyiniyetli olup olmamasına göre bir ayırım yapılması ve buna göre, iade edilecek tutarın belirlenmesi gerektiği görüşündedir. **Kayar**, İ.; Bankaların Yaptığı Fazla Ödemelerin Hukuki Niteliği ve İadesi Sorunu, Batider, C.XIX (1997), S.1, s.73 vd.

¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında, yanlış adrese ihbarname göndererek havale tutarının alıcının eline geçmesini engelleyen bankanın alıcı adına vadesiz mevduat hesabı açması ve faiz tahakkuk ettirmesine rağmen, BK.m.105 kapsamında faizle karşılanamayan münzam zarardan dolayı sorumlu olacağı yönünde hüküm tesis etmiştir: “Davalı banka, davacı adına gönderilen Almanya'daki kıdem tazminatına ilişkin havaleyi yanlış adrese ihbarname çıkarmak suretiyle, paranın davacının eline geç geçmesine sebebiyet vermiş olmasından dolayı, dairesinin 21.9.1981 gün ve 81/3810-3898 sayılı bozma ilamında da belirtildiği gibi kusurludur. Bankaca her ne kadar davacı adına vadesiz mevduat hesabı açılarak faiz tahakkuk ettirilmiş ise de, davacının parayı zamanında alamamış olmasından dolayı faizi aşan bir zararı tahakkuk ettiği takdirde BK. nun 105. maddesine göre bunun da tazminini isteyebileceğinin kabulü gerekir. Burada davacının zararının neden ibaret olduğunun tespitinde, mahkemece objektif ölçüler içerisinde bir araştırma yapılmasına ihtiyaç bulunduğu gözden irak tutulmamalıdır. Bu itibarla memleketimizin içinde bulunduğu ekonomik koşullar, enflasyon hızı, fiyat endeksleri, paranın satın alma gücündeki değişiklikler, iskonto hadlerinde meydana gelen fark ve sair faktörler göz önünde tutularak havalenin zamanında ödenmeyip iki seneyi aşkın bir zaman sonra ödenmesi yüzünden davacının uğradığı zararın ne olabileceği konusunda

ten, havalenin hesaba kaydı için gerekli olan mutad süre¹⁵ dışındaki gecikmelerden dolayı banka sorumlu olacaktır. Buna göre, alıcıya bildirim geç yapılması veya mevduat hesabına kayıt işleminin geciktirilmesi hallerinde bankanın tazmin yükümü ortaya çıkar.

D. Havale Tutarının Alıcıya Ödenememesi

Hesap sahibi tarafından üçüncü bir kişiye ödenmek üzere gönderilen havale tutarının çeşitli nedenlerle alıcıya ödenememesi söz konusu olabilir. Örneğin alıcı ölmüş, adreste bulunamamış veya hesabı kapatılmış olabilir. Adına havale gönderilen alıcı, havalenin bankaca ihbarından önce vefat etmiş bulunuyorsa, adresine ihbarname gönderilmez ve durum, havaleyi gönderen hesap sahibine hemen bilgi verilmesi için, havale emrini veren banka şubesine bildirilir ve buradan gelecek talimata göre hareket edilir. Havale, alıcının vefatından önce kendisine ihbar edilmiş bulunuyorsa, havale tutarı, artık alıcının mirasçılara ait olur ve havale miktarı, veraset ilamı hükümlerine göre mirasçılara ödenir. Alıcının bulunamaması veya hesabının kapalı olması halinde, bankaya şahsen müracaat edilebileceği için, havale tutarı şubedeki bir geçici hesapta bekletilir. 10-15 gün gibi bir süre geçtiği halde çekilmeyen havale tutarları, gönderene iade edilmelidir.

Öte yandan, özellikle yurt dışına yapılan havalelerde karşılaşılan sorunlardan biri de, havale işlemine aracılık eden muhabir bankanın ülkesi ile alıcının ülkesi arasındaki ambargo vb. diplomatik sorunlardan dolayı havale edilen tutarın bloke edilmesidir. Örneğin, ABD'nin Libya, Sudan gibi ülkelere uyguladığı ambargodan dolayı Türkiye'den Sudan'daki bir alıcıya gönderilmek istenen paralara muhabir bankanın ABD meşeli olduğu durumlarda bloke konulabilmektedir. Bu durumda, havale talimatını alan bankanın bloke tehlikesini dikkate alarak muhabir bankayı özenle seçmesi gerekmektedir. Aksi halde banka kusurlu davranışla havalenin alıcıya ödenememesine sebebiyet vermiş olur ve meydana gelen zararları tazmin etmek zorunda kalır¹⁶.

bu işlerden anlar yetenekli bilirkişi veya bilirkişiler aracılığıyla inceleme yaptırılarak hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar vermek gerekirken, davacının mücerret altın satın alacağı yolundaki beyanına dayanılarak yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir” Y. 11. HD. Tarih: 20.01.1983, E. 1982/5774 K. 1983/128.

¹⁵ Hemen belirtelim ki, işlemlerin online yapıldığı hallerde, herhangi bir ulaştırma süresinden söz edilemez.

¹⁶ Y. 19. HD. Tarih: 09.04.2002, E.2001/5441, K.2002/2709; Y. 19. HD. Tarih: 08.11.1999, E.1999/3948, K.1999/6603.

E. Havaleden Cayma

Havale işlemi, alıcının hesabına alacak kaydedildiği anda gerçekleşmiş olur¹⁷. Alacak kaydı yapılmadığı sürece alıcının bankadan herhangi bir talepte bulunabilmesi mümkün değildir. Havale tutarının gönderenin hesabından alınıp alıcının hesabına alacak kaydı ile işlem tamamlanır ve alıcının bankadan ödemeyi talep hakkı doğar.

Bankaya mevduat hesabından başka bir hesaba para gönderilmesi yönünde talimat veren hesap sahibi, havaleden cayma hakkına sahip midir? BK.m.461/I uyarınca, “*havale gönderen, her zaman havaleden rücu hakkını haizdir*”¹⁸. Uygulamada, banka şubelerine gelen ve nakden ödenecek olan havaleler, alıcıya bu konuda bir ihbarname tebliğinden (gönderilmesinden) önce, alıcının hesabına alacak yazılmak suretiyle mahsuben ödenecek havaleler ise hesaba alacak yazılmadan¹⁹ önce, havaleyi gönderen şube aracılığı ile havale gönderenin isteği üzerine iptal edilebilmektedir²⁰. Havalenin hesaba alacak kaydından veya ihbarname tebliğinden sonra ise artık cayma hakkı kullanılmaz²¹. Zira bu işlemler sonucunda banka, alıcıya havaleyi kabul ettiğini bildirmiş olmakta ve alıcının bankadan bir alacak hakkı (havale tutarının kendisine ödenmesini talep hakkı) doğmaktadır. Herhangi bir şekilde alıcıya bildirilen ya da hesaba alacak kaydedilen havalelere ilişkin iptal istemleri, ancak havale alıcısının yazılı muvafakati ile gerçekleştirilir. Havale, alıcının bir alacağının ödenmesi amacıyla gönderilmiş ise, havaleden dönülemez (BK.m.461/I).

Hesap sahibi, Havale tutarının alıcının hesabına geçmesinden sonra hatalı bir işlem yaptığını fark edecek olursa, örneğin yanlış kişiye havale çıkarılmış veya miktar fazla gösterilmişse ne olacaktır? Bu durumda, bankaya başvurarak işlemi iptal ettirmek mümkün değildir²². Zira banka Havale tutarını alıcının hesabına kaydetmiş veya ona ödemedede bulunmuştur. Kanaatimizce,

¹⁷ **Yüksel**, A.S.; Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 7.Bası, İstanbul 1992, s.169.

¹⁸ **Ülgen**, H.; Havalenin Geri Alınması, İHFM, C.XXXII (1967), S.2-4, s.934 vd.; **Kocaman**, s.69 vd.; **Reisoğlu**, s.143.

¹⁹ Günümüz teknolojisi içinde, banka işlemlerinin elektronik ortamda yapılması sonucunda, havale işlemi, yapıldığı anda alıcının hesabına alacak olarak kaydedilmektedir. Bu nedenle, elektronik ortamda yapılan işlem sonrasında cayma hakkı kullanılamaz.

²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 15.10.1990 tarihli kararında (E.5955/K.6509), havale işleminin alıcıya ihbar edilmeden önce iptal edilmesinin geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. **Reisoğlu**, s.143.

²¹ **Yüksel**, s.170; **Kocaman**, s.72.

²² **Möschel**, W.; Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS (1972), s.297 vd.

hatalı havale işlemi nedeniyle, havale gönderenin, BK.m.24 vd. hükümleri doğrultusunda alıcıya yönelmesi ve dava yoluyla haksız olarak ona ödediği tutarı talep etmesi gerekir.

Havale gönderenin iflası halinde, henüz alıcıya intikal ettirilmemiş olan havale işlemleri geçersiz hale gelir (BK.m.461/III). Buna karşılık, havale tutarını alıcının hesabına kaydedildikten sonra, gönderenin iflasının işleme herhangi bir etkisi yoktur.

F. İnternet Usulsüzlüğü Yoluyla Başka Hesaba Havale Çıkarılması

İnternet bankacılığı işlemlerinde, bankanın müşteriyi teşhisinde, kişiye özel bir müşteri numarası ile şifre kullanılır. Güvenlik amacıyla işlem sırasında ya da alana girişte, doğum yeri ve tarihi gibi kişisel bilgilere de cevap verilmesi istenebilmektedir. Şifre bilgilerinin üçüncü kişilerce ele geçirilmesini önlemek için “sanal klavye” de kullanılmaktadır. Hesap sahibine ait bu bilgileri ele geçiren herkesin, sadece müşteriye tahsis edilmiş olan internet bankacılığı alanına müdahale etmesi ve başka hesaplara para çıkarması mümkündür²³.

İnternet bankacılığı işlemlerinde, bir tarafta kendisini hesap sahibi olarak tanıtan (bu kişiye ait bilgi ve şifreyi, varsa elektronik imzayı kullanan) bir kişi, diğer tarafta bankanın otomatik olarak işlem yapmak üzere programlanmış bilgisayarı vardır. Bu açıdan, kimlik tespiti ve teşhis, elektronik ortamda sorulan sorulara cevap yazılması suretiyle yapılır. Bilgisayar programından sorulan soruları cevaplayan herkes, tıpkı hesap sahibi gibi, kabul edilir ve işlem yapmasına izin verilir.

İnternet bankacılığı işlemleri bakımından uygulamada ortaya çıkan en önemli sorun, banka hesaplarındaki paraların, müşterilere ait şifre bilgileri kullanılarak üçüncü kişilerce başka hesaplara aktarılmasıdır. Bu usulsüzlük, çoğunlukla müşterinin bilgisayarına internet ortamında yerleşen casus programlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Durumun farkına varan mevduat sahipleri ile bankalar karşı karşıya gelmekte, çoğu kez bankalar, sözleşmedeki sorumsuzluk kayıtlarına dayalı olarak bu işlemlerden dolayı sorumlu olmadıklarını iddia etmektedirler. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.06.2006 tarihli kararı²⁴ çıkmış ve bu kararla internet ortamının-

²³ Bkz. LG Köln, 05.12.2007, WM 2008, H.8, s.354 vd.; Erfurth, R.; Haftung für Missbrauch von Legitimationsdaten durch Dritte beim Online-Banking, WM 2006, H.47, s.2198 vd.

²⁴ Y. 11. HD. Tarih: 22.06.2006, E.2005/4748, K.2006/7341 Karar metni ve değerlendirmesi

Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar

da gerçekleştirilen usulsüzlüklerden bankanın da sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır.

İnternet ortamında yapılan usulsüz mevduat işlemlerinden sorumlu olacak kişileri belirlerken, işlemin yapılma şekli ve kusur durumuna bakarak bir sonuca varmak gerekir. Bu noktada hemen belirtelim ki, bankaların müşterilerine imzalattıkları sözleşmelerde yer alan sorumsuzluk kayıtları BK.m.99 ve 100/III hükümleri gereğince geçersiz olup, bankanın sorumluluktan kurtulmasına imkan vermez²⁵. Bu noktada genel bir kural benimsemek gerekirse, hesap sahibinin işlem alanındaki usulsüzlüklerden öncelikle sorumlu olan kişi hesap sahibi olurken, bankanın işlem alanındaki usulsüzlüklerden ise öncelikle banka sorumlu olmalıdır²⁶. Bu görüşün dayanağını, Alman Hukuku'ndaki "herkesin kendi alanındaki rizikolardan doğan sonuçlara kendisinin katlanması ilkesi" oluşturur²⁷.

a) Hesap Sahibinin Sorumlu Olduğu Haller

Hesaba ilişkin işlem alanına üçüncü kişilerce girilip işlem yapıldığı iddia edildiğinde, çoğunlukla bu durumu tespit etmeye olanak yoktur. İşlemi yapan kişi, bizzat hesap sahibi olabileceği gibi, bu kişiye ait bilgi ve şifreleri ele geçirerek kullanan üçüncü bir kişi de olabilir²⁸. İşlemin üçüncü kişilerce yapıldığı tespit edilemediği sürece, usulsüz olduğu iddia edilen işlemin hesap sahibi tarafından gerçekleştirildiği kabul edilir ve sorumluluk hesap sahibine ait olur. Aşağıdaki hallerde, işlem üçüncü kişi tarafından yapılmış olsa bile hesap sahibinin kusura dayanan sorumluluğu mevcuttur.

için bkz. **Çeker**, M.; İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluluğu, Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.247 vd.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çeker**, M.; Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004, s.281-283.

²⁶ **Çeker**, Banka Mevduatı, s.222.

²⁷ Bkz. **Reiser**, C.; Rechtliche Aspekte der Zahlungsverkehrsnetze, WM 40 (1986), s.1402; **Bieber**, D.; Rechtsprobleme des EC-Geldautomatensystems, WM 41 (1987), Sonderbeilage Nr.6/87, s.13.

²⁸ Uygulamada "olta atma" (Phishing) olarak adlandırılan bir yöntemle, banka müşterilerine sanki banka tarafından isteniyormuş gibi bir e-posta gönderilmekte, bildirilen alana mevduat hesabına ait şifre vs. bilgilerinin girilmesi istenmektedir. ABD'de yapılan bir araştırmaya göre Temmuz 2004-Mayıs 2005 aylarını kapsayan yaklaşık bir yıllık dönemde bu yöntemde verilen zarar tutarı, bir milyar dolardır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Borges**, G.; Rechtsfragen des Phishing – Ein Überblick, NJW 2005, H.46, s. 3313 vd.; **Bender**, J.; Aktuelle Entwicklung der Haftung bei Phishing, WM 2008, H.44, s.2049 vd.

aa) Şifre Bilgilerinin Saklanmaması

İnternet bankacılığı alanında yapılan işlemlerde güvenliği sağlayabilmek için hesap sahibine, sadece bu tür işlemlerde kullanılmak üzere kimlik tespitinde kullanılan şifreler²⁹ verilmektedir. Hesap sahibinin bu şifreleri, banka kartında olduğu gibi, üçüncü kişilerden özenle saklama yükümlülüğü mevcuttur. Bu kapsamda, herhangi bir şekilde şifre bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçtiğinin fark edilmesi halinde, hesap sahibinin bankaya bildirimde bulunması da zorunludur. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, üçüncü kişilerin internet bankacılığı alanında işlem yapmasının önünde hiçbir engel kalmaz. Hesap sahibi kendi kusurundan (ihmalinden) kaynaklanan bu durumun sorumluluğuna bizzat katlanmak zorunda kalır³⁰.

Buna karşılık, hesap sahibi tarafından bildirimde bulunulmasına rağmen, gerekli yasaklamayı yapmayarak üçüncü kişilerin işlem yapmasına neden olan bankanın da sorumluluğu gündeme gelebilir. Buna göre, banka şubesi veya çağrı merkezine hesap sahibi tarafından bu yönde bir bildirim yapıldığında, banka, hesaba ilişkin internet bankacılığı alanını her türlü işleme kapatmalıdır. Bu yasaklamamanın yapılabilmesi için, herhangi bir süreye ihtiyaç yoktur, gerek şube görevlileri gerekse çağrı merkezindeki görevlilerin, derhal işlem yapması gerekir. Aksi halde, bildirim anından sonraki işlemlerin sorumluluğu ağır kusurlu olarak zararın doğmasına neden olan bankaya ait olacaktır. Bu ihtimalde, şifre bilgilerini özenli bir şekilde saklamadığı için hesap sahibinin müterafık kusurlu sayılması ve bankanın ödemesi gereken tazminattan kusur oranında indirim yapılması söz konusu olamaz. Zira, BK.m.44/I çerçevesinde bir indirimden bahsedebilmek için, hesap sahibinin kusurlu hareketinin zararın doğmasına veya artmasına sebep olması gerekir. Burada ise, zarar, sadece banka personelinin ağır ihmalinden dolayı meydana gelmektedir.

bb) Üçüncü Kişilere Sisteme Giriş Olanığı Sağlanması

Mevduat işlemleri için ayrılan internet bankacılığı alanı, hesap sahibinin işlem yapması amacıyla hazırlanmış olup, üçüncü kişilerin bu alandan işlem

²⁹ Burada kullanılan şifre deyimi, banka kartındaki şifre kavramından daha geniştir. Gerçekten, banka kartı işlemlerinde 4 haneli bir rakamdan oluşan tek şifre kullanıldığı halde, internet bankacılığı alanında, 6 haneli bir rakamdan oluşan şifre dışında, hesap sahibine ait müşteri numarası, doğum tarihi, yeri, ana baba adı, telefon ve faks bilgileri de şifre gibi kullanılmakta ve bu bilgilerden herhangi birinin eksik veya farklı girilmesi halinde işlem yapılmasına izin verilmemektedir. Ayrıca, ATM cihazlarındaki üç kez hatalı giriş halinde kartın alıkonulması yöntemine benzer şekilde, burada da internet bankacılığı şifresinin bloke edilmesi yoluna gidilmektedir.

³⁰ Erfurth, s.2202.

Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar

yapmasına izin verilmemesi gereklidir. Ancak, hesap sahibi, şifre bilgilerini üçüncü kişilere vermese bile, internet bankacılığı alanına kendisi giriş yaptıktan sonra işlem sonunda çıkış yapmayarak üçüncü kişilerin bu alandan işlem yapmasına neden olabilir. Örneğin, hesap bakiyesini öğrenmek için bir internet cafeden bankanın web sayfasına bağlanan müşteri daha sonradan çıkış yapmayı unutarak bu yerden ayrılacak olursa, kendisinden sonra gelen kötü niyetli kişilerin işlem yapmasına olanak sağlamış olur. Bu tür unutmalar nedeniyle işlem alanının açık bırakılmasını önlemek için, bankalar tarafından, belirli bir süre hareket görmeyen sistemin kendiliğinden kapanması yönünde programlama yapılmaktadır. Böylece, müşteri işyerindeki ofis bilgisayarından yaptığı bağlantıyı açık unutsa bile, kendisinden hemen sonra başka biri bu bilgisayarı kullanmadığı sürece, işlem alanı kendiliğinden kapanacaktır. Ancak, internet cafe örneğinde olduğu gibi, başkalarının da kullanımına açık araçlardan internet bankacılığı alanına yapılacak girişlerde daha dikkatli olunması gerekir. Aksi halde, yapılan işlemlerin tamamı bizzat hesap sahibi tarafından yapılmış sayılır ve meydana gelen zararlara bu kişi bizzat katlanır³¹.

b) Bankanın Sorumlu Olduğu Haller

Hesap sahibine ait internet bankacılığı alanında kötü niyetli üçüncü kişilerin işlem yapması, bankadan kaynaklanan nedenlerle gerçekleşecek olursa, bu işlemlerin sorumluluğu da bankanın olacaktır. Mevduat işlemlerinin internet ortamında yapılabilmesi için, banka tarafından bu amaca dönük bir sistem kurulması gerekir. Banka, bu sistemin güvenli bir şekilde işlemlerini sağlamalı ve üçüncü kişilerin müdahalesine engel olmalıdır. Sistem güvenliğinin aşılmasından kaynaklanan zararların sorumluluğu, bankaya ait olur³².

aa) Bankanın Merkez Bilgisayarına Girilmesi

Bankanın bilgisayarına girilerek müşterilerin mevduat hesaplarındaki paraların başka bir hesaba aktarılması, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle, banka personelinin bilgisayar kayıtlarına müdahale ederek mevduat hesabından işlem yapması söz konusu olabilir³³. İkinci olarak, banka bilgisayar

³¹ Köhler, H.; Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), s.137; Erfurth, s.2200.

³² Y. 11. HD. Tarih: 22.06.2006, E.2005/4748, K.2006/7341.

³³ Y. 11. CD. Tarih: 02.12.1997, E. 1997/5052 K. 1997/6536. Karara konu olayda, bankada hizmetli olarak çalışan bir kişi, bankanın bilgisayarına girerek müşterilere ait mevduat hesabından para aktarmış, bu hesaptan banka kartı talebinde bulunarak kendisi lehine işlemler yapmıştır.

kayıtları üzerinde değişiklik yapma yetkisine sahip olan personelin usulsüz şekilde işlem yapması da mümkündür. Bu tür usulsüz işlemler sınırlı zararlara yol açtığı halde, internet ortamında bankanın bilgisayarına giren kişiler çok daha büyük zararlara neden olabilirler³⁴. Bu yoldan yapılan işlemler, ister banka kasasındaki paranın aktarılması, isterse mevduat sahiplerinin hesaplarından işlem yapılması şeklinde gerçekleşsin, bankanın işlem alanına girer ve sadece bankanın sorumluluğu altında hukukî sonuç doğurur.

bb) Sistem Güvenliğinin Sağlanmaması

Bankanın, diğer alanlarda olduğu gibi, internet ortamında yapılacak işlemlerde de sistem güvenliğini sağlama yükümlülüğü mevcuttur. Bu çerçevede, banka, mevduat sahiplerinin güvenli bir şekilde işlem yapabilmesi için gerekli güvenlik altyapısını hazırlamak zorundadır. Bu kapsamda, bankanın, internet bankacılığı işlemleri sırasında şifre bilgilerinin üçüncü kişilerce ele geçirilmesini önleyecek bir güvenlik mekanizması kurması, kendi web sayfasından başka yerlere yönlendirmelere engel olması ve herhangi bir usulsüz işlemle karşılaştığında gerekli önlemleri almanın yanı sıra, hesap sahiplerini de bilgilendirmesi gereklidir³⁵. Sistem güvenliğinin sağlanmamasından kaynaklanan zararların sorumluluğu bankaya ait olacaktır³⁶. Buna göre, müşterilerin bilgisi dışında şifrelerin banka kayıtlarından elde edilmesi, para aktarma işlemlerine müdahale edilerek başka yerlere para aktarılması, web sayfasının taklidi suretiyle müşterilerin kandırılması gibi yollardan gerçekleştirilen usulsüz işlemler bankanın sorumluluk alanına girmektedir.

³⁴ Bkz. LG Köln, 05.12.2007, WM 2008, H.8, s.354 vd.

³⁵ **Borges**, s.3314-3315.

³⁶ **Köhler**, s.138. Hiç kuşkusuz bankanın bu riski güvence altına almak amacıyla sigorta yaptırması da mümkündür. **Kubilay**, H.; İnternet Sorumluluk Sigortası, Türkiye’de İnternet Konferansları, İstanbul 2002, s.1 vd.

**MENKUL KIYMET BORSALARINDA ALIM SATIMA
ARACILIK FAALİYETİ KAPSAMINDA ARACI KURUMLARLA
YATIRIMCILAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ***

Dr. Nusret ÇETİN**

H. Ebru TÖREMİŞ***

ÖZET

Menkul kıymet borsalarında alım satım işlemi yapmak isteyen yatırımcıların, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca kurulan ve Borsa üyelik belgesini haiz bir aracı kurum ile alım satım aracılık çerçevesinde sözleşmesi imzalaması gerekmektedir. Anılan sözleşme dairesinde aracı kurum, yatırımcının temsilcisi sıfatıyla, yatırımcı emirlerini Borsa'ya iletmektedir. Yatırımcı ile aracı kurum arasındaki ilişkinin hukuki niteliği, aracılığın aracı kurum tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına gerçekleştirilmesine göre değişiklik göstermektedir. Bu çerçevede, anılan ilişkinin vekalet, komisyon veya satış sözleşmesinin unsurlarını içermesi mümkündür. Yatırımcı ve aracı kurumun söz konusu ilişkiden kaynaklanan değişik hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Yatırımcı, aracı kuruluş, finansal aracılık, menkul kıymet borsası, menkul kıymet alım satımı, vekâlet ve komisyon sözleşmesi.

ABSTRACT

Investors who wish to make a purchase and sale transaction in the securities exchange have to sign a purchase and sale framework contract with an intermediary institution which is established in accordance with Capital Markets Law and, has an exchange membership certificate. Within the context of this contract, the intermediary institution, as an agent of investor, transmits the investor's orders to the securities exchange. The legal aspect of the relationship between intermediary institution and investor differs in connection with the intermediation carried out by intermediary ins-

* Bu makalede yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleri olup, hiçbir şekilde mensup oldukları kurumu bağlamaz.

** Başuzman Hukukçu, SPK.

***Uzman Hukukçu, SPK.

Nusret ÇETİN / H. Ebru TÖREMİŞ

titution in its own name and for its own account, in the name and for the account of another, and in its own name for the account of another. With this respect, this relationship may comprise the elements of power of attorney, commission or sale contracts. There are various rights and obligations arising from this relationship for investor and intermediary institution.

KEYWORDS

Investor, intermediary institution, financial intermediation, securities exchange, securities trading, power of attorney and commission contract.

I. GİRİŞ

Teşkilatlanmış piyasaların bir türü olan menkul kıymet borsalarında, yatırımcıların borsada doğrudan alım satım işlemi yapmasına izin verilmemekte, borsa işlemlerinin borsa üyelik belgesine sahip ve borsada alım satım işlemi yapılmasına izin verilmiş yetkili kurumlar tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu tür piyasalarda, yatırımcıların alım satım işlemlerine zorunlu olarak aracı kuruluşların da taraf olması sağlanmakta ve işlemler aracı kuruluşların yürüttüğü aracılık faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu bağlamda, borsada gerçekleştirilen alım satım işlemi sürecine baktığımızda, öncelikle aracı kurum ile yatırımcı arasında alım satım işlemine aracılık edilmesine yönelik bir sözleşme kurulmakta, daha sonra alım satım faaliyetlerinin yerine getirilmesi için yatırımcı tarafından aracı kuruma verilen emirler aracı kurum tarafından borsaya iletilmekte ve nihayetinde eşleşen emirler alım satım sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktadır.

Konuya Türk hukuku açısından baktığımızda, menkul kıymet borsası olan İstanbul Menkul Kıymet Borsası'nda (İMKB), menkul kıymet alım satımına aracılık etme yetkisi münhasıran, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn/Kanun) çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK/Kurul) tarafından yetkilendirilmiş aracı kuruluşlara tanınmıştır. Bu kapsamda, İMKB'de işlem gerçekleştirmek isteyen yatırımcılar öncelikle aracı kuruluşlar ile alım satım aracılığı sözleşmesi imzalamaktadır. Daha sonra, yatırımcılar tarafından İMKB'de gerçekleştirilmek istenen işlemlere ilişkin süreç bu sözleşme kapsamında aracı kuruluşlar tarafından yürütülmektedir.

Alım satım aracılığı sözleşmesi, yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasındaki hukuki ilişkinin temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, temel olarak tarafların hak ve yükümlülüklerinin bu sözleşme kapsamında tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak, alım satım aracılığı sözleşmesi ile taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin genel hukuktaki görünümü, tarafların sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerinin tespitinde önem taşımaktadır. Zira taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan ilişkilerin hukuki niteliğinin tespit edilmesi, sözleşmeye uygulanacak mevzuat hükümlerinin belirlenmesi olanağını da sağlayacaktır.

Bu makalenin amacı, aracı kuruluşlar ile yatırımcılar arasında, menkul kıymet borsalarındaki alım satım aracılığı faaliyeti kapsamında ortaya çıkan ilişkinin hukuki niteliğinin tespit edilmesidir. Bu bağlamda çalışma kapsamın-

da, aracı kuruluş ve aracılık faaliyeti kavramları tanıtıldıktan sonra, yatırımcılar ile aracı kuruluşlar arasında imzalanan alım satım aracılık sözleşmenin şekli ve hukuki niteliği öğretide yer alan görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir. Nihayetinde, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği de dikkate alınmak suretiyle, alım satım aracılık sözleşmesi kapsamında yatırımcı ve aracı kuruluşun hak ve yükümlülükleri de çalışma kapsamında değerlendirilecektir.

II. ARACI KURULUŞ VE ARACILIK FAALİYETİ KAVRAMLARI

A. Aracı Kuruluş

Türk hukuk sisteminde tasarruf sahiplerinin İMKB’de doğrudan menkul kıymet alım satımı yapmaları mümkün olmayıp, söz konusu işlemi yapma yetkisi, SPKn çerçevesinde SPK’dan yetki belgesi almış aracı kuruluşlara tanınmıştır.

Sermaye piyasalarında aracılık işlemlerini yerine getirmek amacıyla faaliyet gösteren aracı kuruluşlara ilişkin bir tanım mevzuatta yer almamaktadır. SPKn’nun “Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinin (i) bendinde aracı kuruluşların aracı kurumları ve bankaları ifade edeceği düzenlenmiştir. Öte yandan, İMKB Yönetmeliği’nin 6’ncı maddesinde, SPK’dan alım satım aracılık yetki belgesi almış olan aracı kurumlar ile Bankacılık Kanunu’na göre Türkiye’de faaliyette bulunan ve SPK’dan yetki belgesi almış olan bankalar Borsa üyeleri kavramı altında değerlendirilmiştir. Ana faaliyet alanları sermaye piyasası araçlarının kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alınıp satılması olan aracı kuruluşların faaliyet esasları, SPK’nın Seri: V, No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’i (Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ) ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanunda ve aracı kuruluşların faaliyet esaslarına ilişkin Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’de aracı kuruluşlara ilişkin bir tanım yer almamaktadır.¹

¹ Öğretide, Kanunda aracı kuruluşlara ilişkin bir tanımın yer almayışı eleştirilmektedir. Bkz; ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara, 1997, s. 59; Öğretideki bir tanıma göre, aracı kurumlar; menkul kıymetlerin, menkul kıymetler dışında kalan kıymetli evrakın, mali değerleri temsil eden veya ihraç edenin mali yükümlülüklerini içeren her türlü evrakın, başkası nam ve hesabına veya başkası hesabına, kendi namına yahut kendi nam ve hesabına, aracılık amacı ile alım satımı ile uğraşan, yatırımlar konusunda müşterilerine danışmanlık hizmeti sunan, piyasa araştırmaları ve aracılıkla bağdaşan işleri yapan, sermaye piyasasının anonim ortaklık biçiminde kurulmuş yardımcı kuruluşlardır. Bkz. MANAVGAT, Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara, 1991, s. 20; Bir başka tanıma göre, aracı kurumlar, menkul kıymetlerin arzını

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Sermaye piyasası mevzuatında, aracı kuruluşları oluşturan bankalar ile aracı kurumlar arasında yapabilecekleri faaliyetler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 4'üncü maddesinde aracı kurumların, aracılık faaliyetleri kapsamında her bir faaliyet için SPK'dan yetki belgesi almak kaydıyla; sermaye piyasası araçlarının ihracına veya halka arz yoluyla satışına, daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının alım satımına, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil türev araçların dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı veya bütün olarak türev araçların alım satımına aracılık edebileceği hüküm altına alındıktan sonra, aracı kurumların ayrıca; sermaye piyasası araçlarının geri alım veya satım taahhüdüyle alım satımı (repo-ters repo), yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği faaliyetlerini, her bir faaliyet için Tebliğ'deki genel şartlar ve ilgili tebliğlerde belirlenen esaslar çerçevesinde SPK'dan yetki belgesi almak suretiyle yürütebileceği esası benimsenmiştir.

Aracı kurumlar, Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 4'üncü maddesinde sayılan bu faaliyetlerin yanı sıra, SPK'nın uygun görüşünü almak suretiyle diğer finansal ürün ve hizmetleri de sunabilmektedir. Söz konusu finansal hizmet ve ürünlerin sunumunun kendi özel mevzuatında özel bir izne veya yetkiye bağlanmış olması durumunda, bu kapsamda hizmet veya ürünün sunumuna başlanmadan önce aracı kurumlar tarafından gerekli izinlerin alınması zorunlu olup, SPK her aşamada, bu tür hizmet ve ürünlerin sunumunu, tüm aracı kurumlar veya münferit aracı kurum bazında geçici veya sürekli olarak durdurmaya yetkilidir.²

Öte yandan, bankaların yürütebilecekleri sermaye piyasası faaliyetleri ise, Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 5'inci maddesinde, daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının, borsa dışında ve hisse senedi işlemleri hariç olmak üzere Borsa'da alım satımına aracılık, repo-ters repo ve ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil türev araçların dayandığı kategoriler itibarıyla ayrı ayrı ya da bütün olarak türev araçların alım satımına aracılık ile sınırlandırılmıştır. Anılan madde uyarınca, mevduat

ve talebini karşılaştırarak piyasanın oluşmasına imkân veren, sermaye piyasası yardımcı kuruluşlarından biridir. Tanım ve ayrıntılı açıklama için bkz. GÜNAL, Vural, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara, 1986, s. 56.

² Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ md. 4/A.

kabul etmeyen bankalar³, sayılan bu faaliyetlerin yanı sıra sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık, portföy yöneticiliği ve yatırım danışmanlığı faaliyetlerini de SPK'dan yetki belgesi almak suretiyle yürütebilmektedir.

SPK'nın 15.8.1996 tarihli İlke Kararı ile, Borsa üyesi bankaların 2.1.1997 tarihinden itibaren Hisse Senetleri Piyasası'nda işlem yapamayacakları hükme bağlanmış olmakla birlikte, anılan Kurul kararı Danıştay 10. Dairesi'nin 3/11/1998 tarih ve E.1996/9498, K.1998/5507 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. ⁴ Söz konusu iptal kararına rağmen, uygulamada bankalar, İMKB Hisse Senetleri Piyasası'ndaki işlemlerine bir aracı kurum kurmak ve mevcut yetki belgelerini bu aracı kuruma devretmek veya mevcut aracı kurumlardan birini satın almak suretiyle devam etmektedir.⁵

B. Aracılık Faaliyeti

Sözlük anlamıyla aracılık etmek, bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek, tavassut etmektir.⁶ Sermaye piyasası mevzuatında ise aracılık kavramına özel bir anlam yüklenmiş ve faaliyet SPKn'da ve Kurul Tebliğlerinde tanımlanmıştır. SPKn'nun 30³uncu maddesinin ikinci fıkrasında sermaye piyasalarında aracılık kavramı "*Aracılık, sermaye piyasası araçlarının 31. madde çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına alım satımıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki tanıma benzer bir tanım Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 3³üncü maddesinde de aracılık faaliyetinin tanımı başlığı altında kullanılmış, Tebliğdeki tanımda SPKn'daki tanıma ek olarak, alım satımların "*ticari amaçla*" yapılacağı ifade edilmiştir. Tebliğdeki ticari amaç ifadesi, alım satımın aracılık amacıyla yapıp yapılmadığını belirlemede önemli role

³ Tebliğ'de mevduat kabul etmeyen bankalar ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı 3³üncü maddesinde, Banka ifadesinin mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını kapsadığı düzenlenmiş olup, kalkınma ve yatırım bankası ise, bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini ifade etmek üzere tanımlanmıştır.

⁴ Bkz. Sermaye Piyasası Mevzuatı, IX. Bölüm Sermaye Piyasası Kurulu İlke Kararları ve Duyuruları (www.spk.gov.tr, erişim tarihi: 01.03.2010).

⁵ Bu çalışma kapsamında aşağıda aracı kuruluş ve aracı kurum kavramları, menkul kıymetlerin Borsa'da alım satımına aracılık faaliyetini yerine getiren kuruluş olarak aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

⁶ Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul> (Erişim Tarihi: 01.03.2010).

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

sahiptir. Bu yüzden ticari amacı belirlerken “mesleki fonksiyon” ile bağlantı kurmak yerinde olacaktır. Bu çerçevede, sermaye piyasası araçlarının alım satımını ve buna bağlı yan işleri meslek edinmiş kuruluşun mesleki fonksiyonunu yerine getirmek amacı ile alım satım yapması, ticari amaçlı sayılabilecektir.⁷

SPK’da ve Tebliğ’de verilen tanım eleştiriye açıktır. Zira sermaye piyasası araçlarının aracı kurumlar tarafından kendi nam ve hesaplarına alım satımı kar elde etmeye yönelik bir ticari faaliyet olup, bu durumda aracı kurum kendi uhdesindeki bir sermaye piyasası aracını sattığı veya kendi nam ve hesabına sermaye piyasası aracı satın aldığı için bu faaliyeti aracılık faaliyeti olarak nitelendirmek mümkün değildir.⁸

Sermaye piyasasında aracılık faaliyeti birincil ve ikincil piyasa olmak üzere iki ayrı zeminde gerçekleştirilmektedir. Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’in 3’üncü maddesinin ikinci fıkrasında sermaye piyasasında aracılık faaliyetlerinin, halka arza aracılık, alım satıma aracılık ve türev araçların alım satımına aracılıktan oluştuğu hüküm altına alınmıştır. Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’in 38’inci maddesinde Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışına aracılık yapılması faaliyeti olarak tanımlanan halka arza aracılık faaliyeti ve aynı Tebliğ’in 53’üncü maddesinde Kanunun 30’uncu maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövize dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların aracı sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımı olarak tanımlanan türev araçların alım satımına aracılık faaliyeti, çalışma konumuzun kapsamı dışında bırakılmış olup, aşağıda yapılacak açıklamalarda alım satıma aracılık faaliyeti kapsamında değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

Alım satıma aracılık faaliyeti, Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’in 45’inci maddesinde, ilgili mevzuata uygun olarak daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımı olarak tanımlanmıştır. İkincil piyasaları ilgilendiren bu tür aracılıkta aracı kurumlar, yatırımcı emirlerine uygun olarak Borsa’da veya Borsa dışında sermaye pi-

⁷ MANAVGAT, s. 64; Önal’a göre ticari amaçla alım satımdan kastedilen husus, aracı kurumların bu faaliyetleri para kazanmak amacı ile yapıyor olmalarıdır. ÖNAL, Recep, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Türkiye’de Sermaye Piyasası, Seminer Tebliğleri-Tartışmalar-Panel, İstanbul, 1984, s. 195.

⁸ Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 27.

yasası araçlarının alım satımına aracılık faaliyetinde bulunmaktadır.⁹ Aracı kurumların, alım satım aracılık faaliyetini yerine getirebilmeleri için öncelikle yatırımcılarla alım satım aracılık sözleşmesi imzalamaları gerekmektedir. Aracı kurumlar yatırımcıların sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirlerini ancak bu sözleşmeyi akdettikten sonra kabul edebilmektedir. Öte yandan, Borsa'da işlem yapmayı gerektiren emirler, ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde alınacak ve yerine getirilecektir.¹⁰

III. ALIM SATIMA ARACILIK SÖZLEŞMESİ

A. Bir Çerçeve Sözleşme Olarak Alım Satım Aracılık Sözleşmesi

1. Çerçeve sözleşme imzalama zorunluluğu

SPK'nun Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'inin 13'üncü maddesi uyarınca, aracı kurumlar, yatırımcılarla alım satım aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, türev araçların alım satımına aracılık, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi yapmaya başlamadan önce, yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Borsa'da menkul kıymet alım satım işlemlerine aracılık etmek isteyen aracı kurum ile yatırımcı arasında akdedilen alım satım aracılık sözleşmesinde yer verilmesi gereken asgari hususlar SPK tarafından belirlenmektedir. Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 13'üncü maddesine göre, bu sözleşme, aracı kurumla yatırımcı arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenlemek üzere, başlangıçta bir kez akdedilmekte ve münferit işlemlerin¹¹ esasını oluşturmaktadır.

Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 13'üncü maddesinin dördüncü fıkrası ve SPK'nın 28.9.2001 tarih ve 45/1280 sayılı kararı uyarınca, sermaye piyasası faaliyetleri çerçevesinde yatırımcılarla yapılacak tüm çerçeve sözleşmelerde, sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile yatırımcıların haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluşlar lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve emirlerin ispatının yatırımcıya yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilmez. Sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.

⁹ BERZEK, Ayşe Nur, "Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti", Prof. Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 56.

¹⁰ Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ md. 45.

¹¹ Münferit işlemler ile kastedilen, aracı kurumun ilgili mevzuattaki esaslar çerçevesinde müşterilerinden gelen alım satım emirlerini kabul etmesidir.

2. Çerçeve sözleşme kavramının tanımı ve hukuki sonuçları

a) Öğretideki görüşler

Aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında imzalanan alım satım aracılık çerçeve sözleşmesinin hukuki niteliğini tespit edebilmek için, öncelikle çerçeve sözleşme kavramı açıklığa kavuşturulmalıdır. Öğretide bu hususa ilişkin en belirleyici tanım Barlas tarafından yapılmış olup, yazara göre çerçeve sözleşme ile kastedilen, ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli bir takım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmalarıdır. Çerçeve sözleşme kavramının özünde, ileride yapılması muhtemel münferit sözleşmelerin önceden çerçeve sözleşme ile saptanmış bir içeriğe sahip olması, diğer deyişle, çerçeve sözleşmenin, gelecekteki sözleşmelerin içeriğinin önemli bir bölümünü teşkil etmesi yatmaktadır.¹²

Bu bağlamda, çerçeve sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nda (BK) düzenlenen, emtiaların değişimine ya da hizmetlerin ifasına yönelik sözleşmelerin aksine, sadece bağlayıcı nitelikte olmamak üzere taraflar arasında ileride kurulacak münferit sözleşmelerin şartlarını şimdiden düzenleyen sözleşme niteliğinde olduğu ve sözleşmenin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğurduğu ifade edilmektedir.¹³ Ancak, çerçeve sözleşmeye dayanarak bireysel sözleşmenin kurulmasını talep ve dava imkânının bulunmadığı, bireysel sözleşmeyi kurmaktan kaçınma durumunda, kaçınan tarafın sözleşmeyi kurmaya hukuken zorlanamayacağı ifade edilmektedir.¹⁴ Baskın görüş ise, çerçeve sözleşmenin, en azından taraflardan birine münferit sözleşmeleri yapma borcunu yükleyen bir kök yüküm içerdiğini, münferit sözleşmeleri yapmaktan kaçınmanın sözleşmenin müspet ihlali sayılacağını ve bunun yaptırımının tazminat ve çerçeve sözleşmeden dönme olduğunu ifade etmektedir.¹⁵

Öğretideki diğer bir görüş, aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında imzalanan alım satım aracılık sözleşmesi bakımından, hisse senedi alım satımına ilişkin çerçeve sözleşmenin imzalanmasının taraflara münferit sözleşmenin

¹² BARLAS, Nami, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 808 vd.

¹³ BARLAS, s. 815; KIRCA, İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara, 2000, s. 86 vd.; SÜMER, Ayşe, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul, 2002, s. 87.

¹⁴ BARLAS, s. 815 vd.; SÜMER, s. 87.

¹⁵ KIRCA, s. 87 vd. ve dipnot 9'da anılan yazarlar.

yapılması borcunu yüklediğinin genel olarak kabul edilebileceğini, bu kuralın yatırımcı bakımından kesin olduğunu, yani borsa üyesinin alım satım emri verme hususunda yatırımcıyı zorlayamayacağını ifade etmekte, ancak aynı durumun Borsa üyesi bakımından geçerli olmadığını, Borsa üyesinin çerçeve sözleşmeyi imzalamakla, belli bir davranışta bulunma borcu altına girdiğini, bu borcun yatırımcı emirlerini yerine getirme borcu olduğunu ve dolayısıyla Borsa üyesinin yatırımcı emrini geçerli bir sebep olmaksızın reddetmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır.¹⁶

b) Değerlendirme

Öğretide çerçeve sözleşme kavramı yukarıda yer verildiği şekilde tanımlanmış olmakla birlikte, çerçeve sözleşmenin tanımlanmaya ihtiyacı olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır. Çerçeve sözleşmenin, sözleşme serbestisi çerçevesinde taraf iradelerinin ürünü olduğu dikkate alındığında, bu kavramı tanımlamaya çalışmak sınırlarını daraltmak anlamına gelebilecektir. Öte yandan, tanımda yer alan ilerde aynı türden sözleşme yapma niyeti ifadesi de bu serbestiyi sınırlar niteliktedir. Çünkü çerçeve sözleşmenin çizdiği sınırlar, münferit bireysel sözleşmeler ile tamamlanabileceği gibi, çerçeveyi tek taraflı hukuki işlemler ile de tamamlamak mümkündür.¹⁷

Esasında aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında akdedilen alım satıma aracılık sözleşmesinin yukarıda verilen tanım çerçevesinde bir çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmesi hatalı olabilecektir. Aracı kurum ile yatırımcılar arasında imzalanan alım satıma aracılık sözleşmesi ile yatırımcı tarafından aracı kurumdaki, sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık ve bu araçlardan doğan hakların kullanılması, yönlendirici nitelikte olmayan yatırım tavsiyelerinin verilmesi ve sair hizmetleri içeren bir hizmet paketi alınmasına yönelik bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Öte yandan, bu sözleşmenin içeriğinin oluşumu da farklılık arz etmektedir. Söz konusu sözleşme şartlarına ilişkin birçok belirleyici hüküm sermaye piyasası mevzuatında yer almakta olup, sözleşmede bulunması gereken asgari unsurlar ve sözleşme koşullarının sınırları SPK tarafından İlke Kararı ile belirlenmiştir. Nihai olarak, yatırımcı tarafından kabul edilen sözleşmenin birçok hükmü sözleşmenin kurulmasından önce hazırlandığı için, sözleşmenin bu tip koşulları genel işlem şartı niteliği taşımaktadır.¹⁸

¹⁶ KIRCA, s. 87 vd.; İNCEOĞLU, s. 141.

¹⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 196.

¹⁸ Genel işlem şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlü-

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Sözleşme koşullarının bu şekilde tespit edilmesi, Alman hukukunda mevcut bir başka sözleşme tipini gündeme getirmektedir. Normlara bağlanmış içerikli sözleşme veya normlar sözleşmesi olarak ifade edilen sözleşme tipi ile tarafların içeriğini özgür iradelerine göre değil, kamu otoritelerinin norm koyma yetkilerine dayanarak çıkardıkları yasal düzenlemelerde öngörülen hükümlere göre belirlemek zorunda oldukları sözleşmeler ifade edilmektedir. Böylece sözleşme içeriği, kamu otoritesi tarafından konulan kurallara göre şekillendirilmektedir.¹⁹

Alım satıma aracılık sözleşmesinin belirli bir çerçeve belirlemeye yönelik olması, sözleşme koşullarının asgari standartlarının kamu otoritesi olan SPK tarafından yatırımcıyı koruma güdüsü ile belirlenmesi ve sözleşme koşullarının çoğunun genel işlem şartı teşkil etmesi ve taraflar arasında hiçbir şekilde borç doğurmayan bir sözleşme yapılmasının mantıksal bir izahı bulunmaması ve baskın görüşün belirttiği üzere çerçeve sözleşmelerin en azından taraflardan biri bakımından işlem yapma mecburiyeti getirdiğinin kabulü, alım satıma aracılık sözleşmesinin yukarıda yer verilen tanım anlamında tam olarak çerçeve sözleşme sayılmasını engellemektedir.²⁰

Alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinin imzalanmasının, taraflar bakımından işlem yapma mecburiyeti doğurup doğurmadığı da tartışmaya değer bir husustur. İMKB Yönetmeliğinin 28'inci maddesinin üçüncü fıkrasının değişiklikten önceki metninde, aracı kurumların yatırımcı emrini yerine getirmek zorunda olmadıkları ifade edilmekte, emrin yerine getirilmemesi halinde, aracı kurumun sebebini açıklamak zorunda olmaksızın bu durumu yatırımcıya veya temsilcisine bildirmesi zorunluluğu öngörülmekteydi.²¹ Ancak, 16.2.2010 tarih ve 27495 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 3'üncü maddesiyle anılan hüküm, "Üyeler, emir-

ğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001.

¹⁹ BARLAS, s. 826 vd ve dipnot 57'de belirtilen yazarlar.

²⁰ Bununla birlikte, genel olarak taraflara değişik ve fakat soyut edimler yüklemeye yönelik olan ve sözleşmelerle veya tek taraflı hukuksal işlemlerle bu edimleri somutlaştırma olanağı sağlayan sözleşmeler çerçeve sözleşme olarak kabul edildiğinden ve uygulamada alışılmış terim olarak aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında imzalanan alım satıma aracılık sözleşmesi, çerçeve sözleşme olarak adlandırıldığından, çalışmada bu sözleşmeyi ifade etmek üzere alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi ifadesi kullanılmaktadır.

²¹ Aracı kurumların çerçeve sözleşme imzalanmış olmasına rağmen, müşteri emirlerini kabul etmek zorunda olmadığına yönelik anılan Yönetmelik hükmü, öğretilde Kırca tarafından eleştirilmiş ve aracı kurumun sebep olmadan müşteri emrini reddedemeyeceğini ifade edilmiştir. Bkz. KIRCA, s. 88.

leri kısmen veya tamamen kabul etmeyebilirler. Ancak, gerekçesiyle birlikte durumu müşterilerine veya onların temsilcilerine hemen bildirmek zorundadırlar.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu çerçevede, emri yerine getirmemenin her halde bir sebebinin olması gerekmektedir. Bu sebebin haklı sebep olması gerekliliği dürüstlük kuralından doğan bir sonuçtur. Öte yandan, aracı kurumlar gibi bir işi yapmayı meslek edinen kuruluşların, bu mesleklerini ifa etmeye yönelik çerçeve sözleşme imzaladıktan sonra, sözleşmenin ifasına yanaşmalarını hakkın kötüye kullanımı teşkil edecektir. Kaldı ki, baskın görüş tarafından çerçeve sözleşmelerin en azından bir taraf bakımından işlem yapma borcu yükleyen bir kök yüküm içerdiği ifade edilmekte olup, alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinde bu kök yüküm aracı kurum bakımından doğmaktadır. Alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinden kaynaklanan bu kök yüküm uyarınca, aracı kurum yatırımcı emirlerini haklı sebep olmadan yerine getirmekten kaçınmayacak, ancak çerçeve sözleşmenin diğer tarafı olan yatırımcı, çerçeve sözleşmeye dayanılarak işlem yapmaya zorlanamayacaktır.

Bu çerçevede, aracı kurumların haklı bir sebep bulunmadığı takdirde yatırımcı emirlerini yerine getirmek zorunda oldukları söylenebilecektir. Haklı sebep kavramına örnek olarak, yatırımcı emirlerinin manipülasyon veya içerden öğrenenlerin ticareti amaçlı olması gösterilebilecektir. Haklı sebep olmaksızın, yatırımcı emirlerinin yerine getirilmemesi, aracı kurumun doğan zarardan sorumlu olmasına yol açabilecektir. Sorumluluğun kaynağı dürüstlük kuralından doğan güven teorisine dayanmaktadır. Sermaye piyasaları gibi gecikmenin önemli kayıplara yol açabileceği bir piyasada, haklı bir sebep olmaksızın, çerçeve sözleşme imzalamış olmasına rağmen, yatırımcı emrini yerine getirmeyen aracı kurumu doğan zarardan sorumlu tutmak hakkaniyet ve adalet ilkeleri gereğidir.

B. Alım Satıma Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Şekli

Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’de yer alan yazılı sözleşme imzalama zorunluluğu ve sözleşme imzalanmadan emir kabul edilememesine yönelik hükümler karşısında, çerçeve sözleşmenin yazılı olmasının geçerlik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu hususunda tereddütler ortaya çıkmaktadır.

Öğretide bir görüş, çerçeve sözleşmedeki yazılılık unsurunun geçerlik şartı olduğunu ve sözleşmenin mutlaka yazılı şekilde yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²² Bir başka görüş ise, yazılı şeklin geçerlik değil ispat şartı oldu-

²² ACAR, Faruk, “*Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Söz-*

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

ğunu, zira BK'nun komisyonculuğu düzenleyen 416 ve devamı hükümlerinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir şekil şartı öngörülmediği, bu nedenle aracı kurum ile yatırımcı arasında yazılı bir çerçeve sözleşme olmasa dahi, aracı kurumun yatırımcı emirlerini kabul etmesi ve Borsa'da işlem gerçekleştirmesi halinde, arada komisyon sözleşmesinin varlığının kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmektedir.²³

Farklı gerekçelerle, aracı kurum ile yatırımcı arasında imzalanacak çerçeve sözleşmenin yazılı olması kuralının geçerlik değil ispat şartı getirdiği kanaatindeyiz. BK'nun 11'inci maddesi uyarınca Kanunda aksine hüküm olmadığı sürece sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için şekil şartı aranmamaktadır. Bu kural uyarınca Türk hukukunda şekil serbestisi ilke olup, şekil mecburiyeti istisnai hallerde kabul edilmiştir. Şekil mecburiyeti, ancak kanunla veya taraf iradeleriyle öngörülebilir. Kanunun açıkça yetki tanımadığı hallerde, tüzük ve yönetmelik ile de şekil şartı getirilmesi mümkün değildir.²⁴ SPKn'da alım satıma aracılık sözleşmesinin yazılı yapılmasını öngören bir hüküm bulunmadığı gibi, SPK'ya bu konuda şekil mecburiyeti getirilmesine yönelik düzenleme yapma yetkisi de açıkça verilmemiştir. Bu sebeplerle, Tebliğ'deki yazılılık şartının geçerlilik şartı sayılması mümkün değildir. Bu durumda, aracı kurumlar tarafından yazılı sözleşme yapılmadan alım satıma aracılık yapılması halinde, sözleşme geçerli olarak kurulacak, fakat bu durum aracı kuruma SPK tarafından SPKn md. 47/A hükmü uyarınca idari para cezası uygulanmasına neden olabilecektir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 4.3.1999 tarih ve E.1998/6581, K.1999/1776 sayılı kararında da, alım satıma aracılık sözleşmesinin yazılı olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinde yazılı şekil zorunluluğu bulunmamakla birlikte, borsa işlemlerinin nicelik olarak büyüklüğü ve karmaşık nitelik arz etmesi, yazılı şeklin işlem güvenliğini sağlamak gibi önemli bir faydasının bulunması karşısında, yasa ile aracı kurumlarla yapılacak çerçeve sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu tutulması uygun olacaktır.

leşmesi", Prof. Dr. Vecdi ARAL'a Armağan, Kocaeli, 2001, s. 324; BERZEK, s. 61; YASAMAN, Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992, s. 113.

²³ GÖKYAYLA DEMİR, Cemile, "Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satıma Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları", Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan, İzmir, 2001, s. 176; KONURALP, Haluk, KONURALP, Aynur, "Borsa Uyuşmazlıkları", Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 592.

²⁴ EREN, s. 240; Sözleşmelerde şekil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 60 vd; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Konya, 2002, s. 135 vd.

IV. ALIM SATIMA ARACILIK ÇERÇEVE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Aracı kurum ile yatırımcılar arasında Borsa'da işlem gören menkul kıymetlerin alım satımına aracılık amacıyla çerçeve sözleşme imzalandıktan sonra, aracı kurumlar her bir münferit alım satımına aracılık işlemi için yeni bir sözleşme imzalamak zorunda olmaksızın, yatırımcı emirlerini Borsa'ya iletebilmekte, bu emirlerin gerçekleştirilmesine aracılık edebilmektedirler. Aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında, Borsa'da işlem gören menkul kıymetlerin alım satımına aracılık faaliyetine ilişkin olarak yapılan sözleşmenin hukuki niteliği ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda öğretide farklı görüşler dile getirilmektedir. Aşağıda öncelikle konuya ilişkin öğretideki görüşler özetlenecek, daha sonra şahsi görüş ve değerlendirmelerimize yer verilecektir.

A. Öğretideki Görüşler Kapsamında Alım Satım Aracılık Çerçeve Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Bir iş görme sözleşmesi olan aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği, aracılık faaliyetinin içinde barındırdığı işlemler kapsamında değerlendirilmelidir. SPKn'nun 30'uncu maddesi uyarınca aracı kurumlar, aracılık faaliyeti kapsamında, başkasının nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına veya kendi nam ve hesabına işlem gerçekleştirilebilmektedir.

Aracı kurumların, sermaye piyasası araçlarını ihraççılardan veya ikincil piyasadan kendi nam ve hesaplarına satın almaları ve müşterilerine kendi nam ve hesaplarına satmaları halinde, aracı kurum bir komisyondan ziyade alım satım arasındaki fiyat farkından yararlanmakta olduğundan, bu faaliyete menkul mal satışına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır.²⁵

Öte yandan, öğretide, başkası nam ve hesabına hareket edildiğinde iç ilişkide vekâlet sözleşmesi, dış ilişkide doğrudan temsil ilişkisinin; kendi namına başkası hesabına hareket edildiğinde ise dış ilişkide dolaylı temsil, iç ilişkide komisyon sözleşmesinin söz konusu olduğu savunulmaktadır.²⁶ İlk halde, vekâlet, aracı kurum ile ihraççı kurum arasındaki ilişkiyi; doğrudan temsil ise aracı kurum ile yatırımcı arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. İkinci halde komisyoncu olarak nitelenen aracı kurum kendi namına müvekkili hesabına menkul kıymet alım satımı yaptığından, BK'nın 416'ncı maddesinde tanımlanmış olan komisyon sözleşmesinin varlığından söz edilmektedir.

²⁵ ÜNAL, s. 77.

²⁶ YASAMAN, s. 114; BERZEK, s. 57; MANAVGAT, s. 84.

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Bununla birlikte, öğretilerde bazı yazarlar²⁷, aracılık işlemlerinde tellallığa ilişkin hükümlerin de uygulanmasının mümkün olabileceğini; zira tellallığın vekâletin bir alt çeşidi olduğunu, aracı kurumların ihraççı kurum ile yatırımcı arasında alım satım akdinin yapılmasına imkân hazırladığını, dolayısıyla bu ilişkide tellallık ile ilgili hükümlerin ve bunu tamamlamak üzere vekâletle ilgili hükümlerin bir arada uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşın diğer bir görüş ise, SPKn'nun 30'uncu maddesinde kullanılan aracılık terimi ile TTK'nun 100'üncü maddesinde kullanılan aracılık teriminin birbirinden farklı anlamlar içerdiği gerekçesiyle aracının başkası nam ve hesabına hareketinin tellallık olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır.²⁸

Bir başka görüş ise, alım satıma aracılık faaliyetinin ve sözleşmesinin hukuki niteliğini tespit ederken, çerçeve sözleşme ve buna dayanılarak yapılan bireysel sözleşmelerin hukuki niteliklerinin ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, çerçeve sözleşme bağımsız bir sözleşme tipini ifade etmemekte, karma bir sözleşme veya sui generis sözleşme niteliğinde olmaktadır. Aracı kurumlar alım satıma aracılık faaliyeti kapsamında, yatırımcıların alım satım faaliyetlerini yerine getirmek dışında, sermaye piyasası araçlarından doğan yönetsel ve mali hakların kullanımı, yatırımcı hesabındaki nakit bakiyenin değerlendirilmesi faaliyetinde ve yönlendirici nitelikte olmayan yatırım tavsiyelerinde bulunmaktadır. Çerçeve sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesinde bu hususlarında göz önünde tutulması zorunludur. Çerçeve sözleşmeden kaynaklanan söz konusu yükümlülükler vekâletin ifası niteliğindedirler. Aracı kurumların, alım satıma aracılıktan kaynaklanan asli borcu yatırımcıların alım satım emirlerini yerine getirmek ve bu konuda yatırımcılarla bireysel sözleşmeler yapmaktır. Bireysel sözleşmenin tarafları, çerçeve sözleşmenin tarafları ile aynıdır. Burada kastedilen bireysel sözleşme, yatırımcının çerçeve sözleşmeye dayanarak alım veya satım emrini vermesi ve aracı kurumun bu emri kabul etmesi ile kurulmaktadır. Bireysel sözleşme ile, alım veya satım emrinin yerine getirilmesi neticesinde yatırımcılar arasında veya aracı kurum ile aracı kurumun müşterisi olmayan yatırımcı arasında kurulan ve alım satım sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşme kastedilmemektedir. Bireysel sözleşmenin kurulmasında da vekalet sözleşmesinden kaynaklanan bir iş görme edimi mevcuttur. Bu çerçevede, alım satıma aracılık sözleşmesinden kaynaklanan bütün borçlar vekâlet sözleşmesinden doğan borç karakteri taşıdığı için çerçeve sözleşme vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Bireysel söz-

²⁷ YASAMAN, s. 114-115, BERZEK, s. 58.

²⁸ ÜNAL, s. 78.

leşmelerin hukuki niteliğine bakıldığında, aracı kurumların yatırımcı nam ve hesabına hareket etmesi halinde bireysel sözleşme vekâlet sözleşmesi, kendi namına yatırımcı hesabına hareket ettiği durumlarda ise bireysel sözleşme komisyon sözleşmesi niteliğini taşımaktadır.²⁹

B. Değerlendirme

Sermaye piyasası alanında akdedilen sözleşmeler ile borçlar hukuku alanındaki sözleşmeler arasında bir bağlantı kurulması uygulamada ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından fayda sağlayacaktır. Sermaye piyasası mevzuatında “aracılık sözleşmesi” ayrı bir sözleşme olarak tanımlanmamış olmakla birlikte, sermaye piyasası alanındaki aracılık faaliyetlerinin BK ve TTK bağlamında çeşitli hukuki işlemlere aracılığa ilişkin düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Bu noktada, BK’da düzenlenmiş olan temsilcilik, komisyonculuk, vekâlet ve tellallığa ilişkin hükümler ile TTK’da düzenlenmiş olan ticari işler tellallığına ilişkin hükümlerin alım satım aracılık sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından irdelenmesi gerekmektedir.

Bir başkası adına üçüncü bir kişiyle hukuki işlemler icra etme halinde temsil ilişkisi söz konusu olup, temsil müessesesi BK’nın 32 ila 40’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre; bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak başkası nam ve hesabına işlem yapması halinde doğrudan doğruya temsil, kendi adına fakat temsil olunan hesabına işlem yapması halinde ise dolaylı temsil söz konusu olur.³⁰ Temelini temsil ilişkisinden alan vekâlet sözleşmesi gereğince vekil, vekâlet verenin çıkarına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu yüklenmektedir. Vekâlet iç ilişkiye, temsil ise dış ilişkiye yönelik olup, vekâlet hukuki bir yükümlülük tesis eden eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken, temsil yetkisi tek taraflı bir hukuki işlemle bir hak vermektedir.³¹

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, aracılık faaliyetinin yatırımcı nam ve hesabına gerçekleştirilmesi halinde, aracı kurum ile yatırımcı arasında “alım satım sözleşmesi yapılması” işinin görülmesine yönelik bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu iddia edilebilecektir. Zira, aracı kurum yatırımcı adına alım satım sözleşmesi akdetmeyi yükümlenmekte, bu sonuca yönelmekte ve bunun için emek harcamaktadır.

²⁹ İNCEOĞLU, s. 142

³⁰ EREN, s. 386-388.

³¹ ZEVKİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, 2004, s. 359.

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Bu noktada konu, tellallığa ilişkin hükümler bakımından irdelenecek olursa, aracılık faaliyetinin yatırımcı nam ve hesabına gerçekleştirilmesi halinde tellalın iş sahibi adına sözleşme yapmaması, yalnızca sözleşmenin yapılması için tarafların bir araya getirilmesine aracılık etmesi nedeniyle, bu ilişkiye tellallığa ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı sonucuna varılacaktır. Zira adı işler tellalı bir ücret karşılığında bir akdin yapılmasına veya icrasına aracılık etmekle görevlendirilen kişi olup, iş sahibi adına sözleşme akdetmemekte, yalnızca sözleşmenin akdedilebilmesi için tarafları bir araya getirmektedir. Benzer düzenleme ticari işler tellallığı hakkında da yapılmış olup, TTK'nun 100'üncü maddesi hükmünde ticari işler tellalı, "taraflardan hiçbirine ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru, müstahdem veya acente gibi bir sıfatla daimi suretle bağlı olmaksızın, ücret karşılığında ticari işlere müteallik sözleşmelerin akdi hususunda taraflar arasında aracılık yapmayı meslek edinen kimse" olarak tanımlanmıştır. Oysa Borsa'da menkul kıymet alım satım işlemi, alım ve satıma yönelik emirlerin eşleşmesi ile gerçekleşmekte olduğundan, sözleşmenin taraflarını bir araya getirmekten öte, fiilen iş sahibi adına sözleşme akdedilmektedir.

Aracılık faaliyetinin aracı kurum tarafından kendi namına, yatırımcı hesabına gerçekleştirilmesi halinde komisyon sözleşmesinin gündeme geldiği düşünülebilir. BK'nun 416-430'uncu maddeleri arasında düzenlenmiş olan alım satım işleri komisyoncusu, ücret karşılığında kendi adına müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım satımını iş edinen kişidir. Ancak söz konusu hükümler uyarınca komisyoncu ile müvekkili arasında sürekli bir vekâlet ilişkisi bulunmayıp, bu hususun yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre, aracılık faaliyetinin aracı kurum tarafından kendi namına, yatırımcı hesabına gerçekleştirilmesi halinde gündeme gelen aracılık sözleşmesi, BK'da düzenlendiği şekliyle bir komisyon sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu durumda komisyon sözleşmesinin ücret karşılığında kendisi adına müvekkili hesabına alım satım işlemi gerçekleştirme unsuru ile vekâlet sözleşmesinin süreklilik unsurunun bir araya getirildiği bir akit gündeme gelmektedir.

Bilindiği üzere, sözleşmeler hukuku alanında, sözleşmelerin adlandırılmalarına yönelik iki yaklaşım söz konusudur. Buna göre, BK'nun özel borç ilişkileri bölümünde veya özel bir kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler isimli sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Öte yandan, sözleşme serbestisi ilkesi gereği, kişilerin kanunen önceden tayin edilmemiş tipte bir sözleşme akdedilebilmesi de mümkün olup, bu tür sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak

adlandırılmaktadır.³² İsimli sözleşmelerin de kendi içinde, tamamen atipik olan “kendine özgü sözleşmeler”, unsurlarının tamamı tipik akitlere özgü olan ve fakat bunların kanunda öngörülmeyle şekilde bir araya getirildiği “karışık muhtevalı akitler” ve her iki tür arasında kalan, “unsurlarının bir kısmını tipik, bir kısmını atipik sözleşmelerden almış olan akitler” olmak üzere üç başlık altında incelenmesi mümkündür.³³

Yatırımcılar ile aracı kurumlar arasında akdedilen standart çerçeve sözleşme metinlerinde, sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilmesine ve bu araçlardan kaynaklanan mali ve yönetsel hakların kullanılmasına, yatırımcı hesabındaki bakiye nakdin değerlendirilmesine ilişkin esaslara yer verilmektedir. Sözleşmede yer alan edimlerden bir kısmı vekâlet veya komisyon sözleşmesinde düzenlenen edimlerle aynı olmakla birlikte, esasında alım satım aracılık faaliyeti de bir iş görme faaliyeti olduğundan, çerçeve sözleşmeden kaynaklanan bazı edimlerin diğer iş görme sözleşmelerindeki edimlere benzemesi mümkündür. Alım satım aracılık sözleşmesinde, BK’nun özel borç ilişkilerinde düzenlenen sözleşme tiplerinin kanuni unsurları sermaye piyasası mevzuatında öngörülen bir şekilde bir araya getirilmiş ve alım satım aracılık sözleşmesi olarak adlandırılan yeni bir sözleşme tipi ortaya çıkarılmıştır. Bu sözleşme kanunda açıkça adlandırılmamış ve fakat mevzuatın değişik hükümlerinde adlandırılmış ve kapsamı belirlenmiştir. Bu çerçevede, alım satım aracılık çerçeve sözleşmesinin, aracılık faaliyetinin kapsamı dâhilinde, vekâlet ve komisyon gibi kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinin unsurlarını, kanunda öngörülenden farklılık arz edecek biçimde bünyesinde barındıran karışık muhtevalı bir akit olarak da değerlendirilmesi, dikkate alınması gereken bir görüştür.

Yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, alım satım aracılık sözleşmesine uygulanacak hükümlerin şu şekilde tespit edilmesi mümkündür. Öncelikle ifade edilmesi gereken husus, çerçeve sözleşmenin BK md. 19-20’de öngörülen sınırlamalara tabi olduğu ve sermaye piyasası mevzuatına aykırı olamayacağıdır. Bu sınırlamalar çerçevesinde hazırlanan sözleşmelerin eksiklikler içermesi halinde uygulanacak hükümlerin tespiti önem taşımaktadır. Böyle bir durumda, BK’nun genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Buna ilave olarak, alım satım aracılık sözleşmesinin unsurlarının benzeştiği, BK’nun vekalet ve komisyon sözleş-

³² KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971, s. 10.

³³ KUNTALP, s. 10-12.

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

mesine ilişkin hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği görüşündeyiz. Son olarak, aracı kurumların, sermaye piyasası araçlarını kendi nam ve hesaplarına satın almaları ve müşterilerine kendi nam ve hesaplarına satmaları halinde aracı kurumların alım satım arasındaki fiyat farkından yararlanmakta olduğu nazara alınarak, bu faaliyete menkul mal satışına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği açıktır.

V. ALIM SATIMA ARACILIK ÇERÇEVE SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR

Yatırımcı ile aracı kurum arasında çerçeve sözleşmenin imzalanmasından sonra sözleşmenin ifa safhasına geçilince, tarafların hak ve borçlarının neler olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Tarafların hak ve borçlarının neler olduğu esas olarak çerçeve sözleşmelerde belirlenmiş olmakla birlikte, bunların sistematik olarak sınıflandırılması gerekmektedir. Bu sınıflandırma yapılırken sözleşme hükümleri ile birlikte, alım satıma aracılık sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olduğu da dikkate alınarak, mahiyetine uygun olduğu ölçüde BK'nun özel hükümler kısmında düzenlenen vekâlet ve komisyon sözleşmelerinden de faydalanmak mümkündür. Aşağıda alım satıma aracılık sözleşmesinden doğan borçlar aracı kurum ve yatırımcı bakımından ele alınacaktır.³⁴

A. Aracı Kurumların Borçları

1. İşin müşteri menfaatine ve talimatlarına uygun olarak yapılması

Aracı kurumlar, yürütmekte oldukları aracılık faaliyetini müşteri talimat ve menfaatlerine uygun olarak icra etmek zorundadırlar. Nitekim Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ'in 11'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, aracı kuruluşların,

a) Faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında işin gerektirdiği mesleki dikkat ve özeni göstermeleri, bu doğrultuda gerekli önlemleri almaları,

b) İşlemlerini gerçekleştirirken müşterilerinin çıkarını ve piyasanın bütünlüğünü gözeterek dürüst davranmaları, bu amaç doğrultusunda müşterileriyle olan ilişkilerinde çıkar çatışmalarını önlemeye çalışmaları ve buna uygun bir

³⁴ Çalışmanın kapsamının sınırlandırılması bakımından, aracı kurumun standart çerçeve sözleşmelerde yer alan, sermaye piyasası araçlarından doğan hakların kullanımına yardımcı olması, yatırımcı hesabında bulunan bakiye nakdi değerlendirmesi gibi hususlardan kaynaklanan yükümlülüklerine değinilmeyecektir.

organizasyon oluşturmaları, doğrudan veya dolaylı olarak kendileri ile müşterileri arasında bir çıkar çatışması olduğunda, öncelikle müşterilerinin menfaatini gözetmeleri, müşterileri arasındaki çıkar çatışmalarının önlenememesi halinde müşterilerine adil davranmaları,

c) Faaliyetlerini sürdürmeleri için sahip oldukları kaynakları etkin bir biçimde kullanmaları,

d) Müşterileriyle olan ilişkilerinde müşteri ismine saklama uygulaması ve yatırımcıyı korumaya ilişkin diğer düzenlemeler ile müşteriye ilgilendiren tüm konularda yeterli bilgilendirme ve şeffaflığı sağlamaları

gerekmektedir.

Anılan madde ile aracı kurumların genel özen yükümlerinin sınırı çizildikten sonra, söz konusu Tebliğ'in 45'inci maddesinde de aracı kurumların ilgili çerçeve sözleşmeyi imzaladıktan sonra müşterilerinden sermaye piyasası araçlarının alım satımına ilişkin emirleri kabul edebileceği ve Borsa'da işlem yapmayı gerektiren emirlerin, ilgili mevzuatta belirlenen esaslar çerçevesinde alınıp yerine getirileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, aracı kurumlar sözleşme koşullarına ve müşterilerinden gelen talimatlara uygun olarak alım satım aracılık faaliyeti gerçekleştirme borcu altında olup, söz konusu borcu yerine getirirken, gerekli özeni göstermek ve müşteri menfaatini gözetmekle de yükümlüdürler.

2. Elde edilen varlıkların teslimi

Borsa'da menkul kıymetlerin alım satımına aracılık eden aracı kurum, sözleşmenin kurulmasının ardından sözleşmenin ifasına ilişkin hükümler çerçevesinde menkul kıymetleri ve/veya nakdi yatırımcıya teslim yükümü altındadır. Alım satım işlemi sonucunda fiziki teslimat talep edilmekte ise, aracı kurum ya bedeli ödeyerek takas merkezinden menkul kıymetleri teslim alır ya da menkul kıymetleri teslim ederek, bunların bedelini tahsil eder. İşte aracı kurumun temel iade yükümlülüğünün kapsamını bu menkul kıymetler ve/veya nakit teşkil etmektedir.³⁵

Ancak, aracı kurumun elde ettiği menkul kıymetleri teslim yükümlülüğünün sermaye piyasası mevzuatı ve özellikle SPKn'nun 10/A maddesi ile yasal çerçevesi çizilen kaydi sistemin esasları çerçevesinde değerlendirilmesi ge-

³⁵ İNCEOĞLU, s. 157

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

rekmetedir.³⁶ Bu bağlamda, örneğin fiziki basımı yapılmayan Borsa’da işlem gören hisse senetlerinin, aracı kurumlar tarafından yatırımcılara fiziki teslimi mümkün olmayacağından, buradaki teslim borcunun anılan kıymetleri yatırımcı hesabında tutmak veya yatırımcının istediği bir başka hesaba virmanlamak olarak anlaşılması gerekmektedir.

3. Bilgi verilmesi

Alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinin süreklilik arz eden bir borç ilişkisi doğurması ve tipik bir iş görme sözleşmesi olması karşısında, iş gören aracı kurumun, hesabına iş gördüğü yatırımcıyı dönemsel olarak bilgilendirmesi sözleşmenin mahiyeti gereğidir. Nitekim BK’da yer alan iş görme sözleşmelerinden vekalette (BK md. 392) ve komisyonda (BK md. 417) iş görenin, muhatabını bilgilendirmesi açıkça öngörülmüştür.³⁷ Kurulun Seri: V, No: 46 sayılı Tebliğ’inin 4’üncü maddesinin beşinci fıkrasında da, aracı kurumların, aylık dönemler itibarıyla ilgili dönemi izleyen yedi gün içinde yatırımcıların adreslerine taahhütlü olarak hesap ekstresi göndermek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.

Hesap özetinin, hesabın mevcut durumuna ilişkin olması karşısında, sözleşmenin devamı sırasında alım satım işlemleri yapılırken, aracı kurumun yatırımcıyı bilgilendirme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı hususlarının genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekmektedir. BK’nun 417’nci maddesinde, komisyoncunun yaptığı işlemlere ilişkin süreç hakkında ve işlemin gerçekleşmesine ilişkin olarak müvekkilini haberdar etmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, aracı kurumun yatırımcı talimatlarının

³⁶ SPK’nın 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen 10/A maddesi uyarınca, sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin hakların, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izleneceği; bu kuruluşun, SPK’nın gözetim ve denetimi altında olduğu; Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esaslarının Bakanlar Kurulu’na çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği esası benimsenmiş, SPK’nun 28.10.2005 tarih ve 43/1318 sayılı kararı ile İMKB’de işlem gören şirketlerin hisse senetleri bakımından 28.11.2005 tarihinde kaydi sisteme geçilmesine karar verilmiştir. Kaydi sistemin işleyişine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TURANBOY, Asuman, Varakasız Kıymetli Evrak, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1998; TURANBOY, Asuman, “2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi”, AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999; ERGİNCAN, Yakup, “Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi: Dünya ve Türkiye Uygulaması”, Geleneksel Finans Sempozyumu 2004, C. 2, İstanbul, 2005; MANAVGAT, Çağlar, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001; TEKİNALP, Ünal, “Nama Yazılı Kaydı Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşu Kayıtlarının Etkisi”, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.

³⁷ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara, 1987, s. 479.

durumu hakkında, yatırımcıyı bilgilendirmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, binlerce müşteri ve bunların yapmış olduğu çok sayıda işlem karşısında, aracı kurumun müşterilerini her işlem hakkında bilgilendirmesi mümkün olmayacaktır. Uygulamada, aracı kurumlar çerçeve sözleşmelerde, müşterilerin vermiş oldukları emirlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini kendilerinin araştıracağını hükme bağlamak suretiyle, bu tür bir bilgi verme yükümlülüğünden kurtulmaktadırlar.

B. Yatırımcıların Borçları

1. Ücret ve masrafların ödenmesi

İMKB Yönetmeliği'nin 40'ıncı maddesi uyarınca, Borsa üyeleri, aracı olarak müşterilerinden ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen esaslara göre "kurtaj" adı altında bir ücret almaktadır. Geçerli bir aracılık sözleşmesinin bulunması ve aracı kurumun faaliyetini gereği gibi ifa etmiş olması halinde, müşteri aracı kuruma ücret ödeme borcu altına girmektedir. Benzer şekilde, aracılık sözleşmesinde kararlaştırılan işin görülmesi sırasında aracı kurum tarafından yapılan masraflar da müşteri tarafından ödenmek zorundadır.³⁸

Bu noktada belirtmek gerekir ki; mevzuatta herhangi bir hüküm olmasa dahi, anonim ortaklık şeklinde kurulan aracı kurumlar, tacir sıfatını haiz olduklarından, yaptıkları masrafları talep edebilecekleri gibi, sözleşmede ücret kararlaştırılmamış olsa dahi, ücret almaya hak kazanacaklardır.³⁹

2. Menkul kıymetin ve/veya nakdin teslimi

Müşteri, aracı kuruma vermiş olduğu emrin gerçekleşmesi üzerine, en geç takas gününe kadar, alım emri vermiş olması halinde gereken tutarda nakdi, satım emri vermiş olması halinde satıma konu menkul kıymeti aracı kurumun emrine hazır olarak bulundurmakla yükümlüdür.⁴⁰

VI. SONUÇ

Türk hukukunda, yatırımcıların Borsa'da menkul kıymet alım satım işlemlerini doğrudan gerçekleştirmesi yerine, Borsa üyelik belgesine sahip aracı kuruluşlar vasıtasıyla ve Borsa tarafından belirlenen kurallar dâhilinde yapması esası benimsenmiştir. Bu çerçevede mevzuatla, yatırımcılar ile aracı

³⁸ MANAVGAT, s. 94.

³⁹ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2004, s. 134 vd.

⁴⁰ Bkz. Yukarıda dipnot 36.

Aracı Kurumlarla Yatırımcılar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

kuruluşlar arasında Borsa’da menkul kıymetlerin alım satımı amacıyla, yazılı alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesi imzalanması zorunluluğu getirilmiştir. Bir iş görme sözleşmesi olan alım satıma aracılık sözleşmesinin hukuki niteliği, aracılık faaliyetinin içinde barındırdığı işlemler kapsamında değerlendirilmelidir. SPKn’nun 30’uncu maddesi uyarınca, aracılık faaliyeti kapsamında aracı kurumlar tarafından, başkasının nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına veya kendi nam ve hesabına işlem gerçekleştirilebilmektedir.

Bu üçlü yapılanma kapsamında değerlendirildiğinde, alım satıma aracılık faaliyetinin yatırımcı nam ve hesabına gerçekleştirilmesi halinde, aracı kurum ile yatırımcı arasında “alım satım sözleşmesi yapılması” işinin görülmesine yönelik bir vekâlet sözleşmesinin bulunduğu iddia edilebilecektir. Aracılık faaliyetinin aracı kurum tarafından kendi namına, yatırımcı hesabına gerçekleştirilmesi halinde komisyon sözleşmesinin varlığı gündeme gelebilecek olmakla birlikte, esasında bu sözleşme BK’da düzenlendiği şekliyle bir komisyon sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu durumda komisyon sözleşmesinin ücret karşılığında kendisi adına müvekkili hesabına alım satım işlemi gerçekleştirme unsuru ile vekâlet sözleşmesinin süreklilik unsurunun bir araya getirildiği bir akit gündeme gelmektedir.

Yatırımcılar ile aracı kurumlar arasında akdedilen standart sözleşme metinlerinde, sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilmesine ve bu araçlardan kaynaklanan mali ve yönetsel hakların kullanılmasına, yatırımcı hesabındaki bakiye nakdin değerlendirilmesine ilişkin esaslara yer verilmektedir. Bu çerçevede, alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesinin, aracılık faaliyetinin kapsamı dâhilinde, vekâlet ve komisyon gibi kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinin unsurlarını, kanunda öngörülenden farklılık arz edecek biçimde bünyesinde barındıran karışık muhtevalı bir akit olarak değerlendirilmesi, dikkate alınması gereken bir görüştür.

Çalışma kapsamında yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, alım satıma aracılık sözleşmesine uygulanacak hükümlerin şu şekilde tespit edilmesi mümkündür. Öncelikle ifade edilmesi gereken husus, çerçeve sözleşmenin BK md. 19-20’de öngörülen sınırlamalara tabi olduğu ve sermaye piyasası mevzuatına aykırı olamayacağıdır. Bunun yanı sıra, BK’nun genel hükümlerinin uygulama alanı bulacağı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ayrıca, BK’nun vekâlet ve komisyon sözleşmesine ilişkin hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde alım satıma aracılık çerçeve sözleşmesine kıyasen uygulanması mümkündür. Son olarak, aracı kurumların, sermaye piyasası araç-

Nusret ÇETİN / H. Ebru TÖREMİŞ

larını kendi nam ve hesaplarına satın almaları ve müşterilerine kendi nam ve hesaplarına satmaları halinde bu faaliyete menkul mal satışına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Aracı kurumların alım satıma aracılık sözleşmesinden doğan borçları, işin müşteri menfaatine ve talimatlarına uygun olarak yapılması, elde edilen varlıkların teslimi ve bilgi verilmesi; müşterilerin alım satıma aracılık sözleşmesinden doğan borçları ise ücret ve masrafların ödenmesi ile menkul kıymet ve/veya nakdin teslimi olarak ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, “*Sermaye Piyasası Hukukunda Aracılık Faaliyeti ve Aracılık Yüklenim Sözleşmesi*”, Prof. Dr. Vecdi ARAL’a Armağan, Kocaeli, 2001
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2004
- ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Konya, 2002
- BARLAS, Nami, “*Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri*”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999
- BERZEK, Ayşe Nur, “*Sermaye Piyasasında Aracılık Faaliyeti*”, Prof. Dr. Reha POROY’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006
- ERGİNCAN, Yakup, “Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi: Dünya ve Türkiye Uygulaması”, Geleneksel Finans Sempozyumu 2004, C. 2, İstanbul, 2005
- GÖKYAYLA DEMİR, Cemile, “*Aracı Kuruluşların İkinci El Piyasalarındaki Alım-Satım Aracılık Faaliyetlerinden Doğan İspat Sorunları*”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan, İzmir, 2001
- GÜNAL, Vural, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara, 1986
- İNCEOĞLU, Mehmet Murat, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2004
- KIRCA, İsmail, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara, 2000
- KONURALP, Haluk, KONURALP, Aynur, “*Borsa Uyuşmazlıkları*”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998

- KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1971
- MANAVGAT, Çağlar, “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükümüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, AÜHFD, C. 50, S. 2, 2001
- MANAVGAT, Çağlar, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Ankara, 1991
- ÖNAL, Recep, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar, Türkiye’de Sermaye Piyasası (Araçlar ve Kuruluşlar), Seminer Tebliğleri-Tartışmalar-Panel, İstanbul, 1984
- REİSOĞLU, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000
- SÜMER, Ayşe, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul, 2002
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara, 1987
- TEKİNALP, Ünal, “Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşu Kayıtlarının Etkisi”, Prof. Dr. Tahir ÇAĞA’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
- TURANBOY, Asuman, “2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi”, AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999
- TURANBOY, Asuman, Varakasız Kıymetli Evrak, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 1998
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, Aracı Kurumlar: Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Aracı Kurumlar, Ankara, 1997
- YASAMAN, Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992
- ZEVKİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 8. Baskı, Ankara, 2004

TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE YASAL ÖNALIM HAKKI

Prof. Dr. Fikret EREN*

ÖZET

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz mal üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren, eşyaya bağlı, kanundan doğan, yenilik doğurucu (inşai) bir dava ile kullanılan bir haktır.

TMK. m 732’de düzenlenen yasal önalım hakkı, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan özel hukuk nitelikli bir kısıtlamasıdır. Bu itibarla, önalım hakkından doğan bu kısıtlama ancak bir paydaşın payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaş veya paydaşların bu hakkı dava yoluyla kullanmaları halinde ortaya çıkar.

Yeni Medeni Kanuna göre önalım hakkı, eski Medenî Kanunda olduğu gibi, özel yenilik doğuran bir hakka dayalı irade beyanıyla değil, yenilik doğuran bir dava ile kullanılabilir. Ancak, kanun koyucunun bu hakkın kullanılmasını, yenilik doğuran dava bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır.

Yasal önalım hakkı, isteğe bağlı, ivazlı ve cüz’i halefiyete dayanan sözleşmelerde kullanılabilir. Bu anlamda yasal önalım olgusunu doğuran en tipik sözleşme, satım sözleşmesidir. İsteğe bağlı açık artırma yoluyla yapılan satışlarda, ifa yerine geçen edimde ve Yargıtay’a göre bir üst hakkı payının satılması halinde de yasal önalım hakkı kullanılabilir. Bağışlama ve benzeri sözleşmelerde bu hak kullanılamaz.

Yasal önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Görülüyor ki, kanun koyucu bu süreleri hak düşürücü süreler olarak düzenlemiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet, yenilik doğuran hak, kanundan doğan hak, eşyaya bağlı borç (Realobligation), hak düşürücü süre.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Prof. Dr. Fikret EREN

THE LEGAL RIGHT OF PREEMPTION UNDER THE TURKISH CIVIL CODE

ABSTRACT

The legal right of preemption provides the other shareholders an option to buy the share of real property subject to joint ownership at the same terms agreed between the seller and a third party buyer when one of the shareholders sells his/her share to a third party entirely or partially. Such a right has arisen from the law and it should be exercised by commencing an action for the modification of rights.

The legal right of preemption regulated under Turkish Civil Code, Art. 732 may be considered as a limitation of the real property. This private law natured limitation is derived from the law. When both one of the shareholders sells his/her share to a third party and any or all of the other shareholders exercises this right by bringing an action, than this kind of limitation exists.

Opposite to the former Turkish Civil Code, according to the new Turkish Civil Code the preemption right should not be exercised by unilateral declaration based on a right to influence a legal relationship, on the contrary by an action for the modification of rights. However, this amendment made by the legislator is inaccurate and only leads to the increase of judicial bureaucracy.

The legal right of preemption may only be exercised, in the case of the contracts based upon genuine assent (intention), partial subrogation and terminated with consideration. A sales contract is the typic one causing of the legal fact of preemption. The afore-mentioned right may be also exercised, in the case of a voluntarily sale by auction, a prestation in lieu of the promised performance and also according to Yargıtay (court of cassation) a sale of the share of the right to build over another's property. On the other hand, such a right can not be exercised in the case of the contract of donation and the similar contracts.

The legal right of preemption forecloses within three months after the notification of the sale to the owner/s of the right; on the other hand this right should be exercised within two years after the conclusion of the sales contract. As it is seen, the legislator has regulated period of time as strict time limit.

KEY WORDS

The legal preemptive right, joint ownership, a right to influence a legal relationship, rights derived from the law, realobligation, strict time limit.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

Önalım hakkı, yasal önalım hakkı, sözleşmeden doğan önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda yalnız yasal önalım hakkı incelenecektir.

I-YASAL ÖNALIM HAKKININ TANIMI, NİTELİĞİ, DOĞUMU, KULLANILMASI

1) Genel bilgi:

TMK. m. 732, üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmazın paydaşları arasında yasal bir önalım hakkı düzenlemiştir. Yasal önalım hakkı, “devir hakkının kısıtlamaları” başlığını taşıyan TMK. m. 732’de hükme bağlanmıştır. Buna göre “Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler”.

Yasal önalım hakkı ile getirilen kısıtlama, kanundan doğan bir kısıtlamadır. Ancak, bu kısıtlama, özel hukuka dayanan bir kısıtlamadır. Bunun, kamu yararıyla bir ilgisi olmadığı için, kamu hukuku nitelikli kısıtlamalarla da bir ilgisi yoktur¹. Bu itibarla, yasal önalım hakkı, bir paydaşın üzerinde paylı mülkiyet bulunan bir taşınmazdaki payını üçüncü bir kişiye satması ve diğer paydaş veya paydaşların bu haklarını dava yoluyla kullanmaları halinde söz konusu olur². Buna karşılık, paydaş veya paydaşlar, önalım hakkını kullanmadığı takdirde, yapılan satış geçerli olarak varlığını sürdürür.

Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanununun 732. maddesinin kenar başlığının “Devir hakkının kısıtlamaları” adını taşımasına rağmen, gerçekte paydaşın, önalım hakkına konu olan taşınmazdaki paylı mülkiyet hakkının

¹ Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Bern 1975, Art. 682, N. 34; Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s.615.

² Bkz. Rey-BSK ZGB, Basler Kommentar zum Schwei. Privatrecht, Schweizerisches ZGB II, Basel/Frankfurt am Main, 2. Auflage, Art.682, N.1; Steinauer, Paul-Henri, Les Droit réels. t. I, 4. é., Berne 2007, N.1208 vd.; Schmid-Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. A., Zürich-Basel-Genf 2003, N.769-770; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, s. 449-450; Akipek/Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.553 vd.; Tekinay, S. S., Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1 (Takytler), İstanbul 1988, s. 38; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 614; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2006, N.1793; Esener/Güven, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, s.245; Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2005, s.3 vd. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244: “Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete konu bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktr. Payın tamamının veya bir kısmının satılması arasında bir fark yoktur. Önalım hakkı kullanılınca paydaş payını yasal önalım hakkını kullanan diğer paydaşa devretme yükümlülüğü altına girmektedir.”(KHYK-J).

Prof. Dr. Fikret EREN

devri serbestisini doğrudan doğruya³ kısıtlamamaktadır. Gerçekten de, önalım hakkı kullanılmadığı müddetçe mülkiyet hakkının kısıtlanması söz konusu değildir. Bu nedenle, kısıtlama ancak önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar⁴.

2) Yasal önalım hakkının tanımı ve hukuki niteliği:

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda payın üçüncü kişiye satılması halinde, diğer paydaş veya paydaşlara açacakları yenilik doğuran bir dava sonunda hâkimin vereceği kararla o payı öncelikle satın alma yetkisi veren eşyaya bağlı bir haktır. Başka bir deyişle, yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın, taşınmaz maldaki payını tamamen veya kısmen üçüncü bir kişiye satması halinde, açacakları dava üzerine verilen kararla diğer paydaş veya paydaşlara aynı şartlarla bu payı öncelikle satın alma ve mülkiyetini kazanma imkanı veren, kanundan doğan, eşyaya bağlı, yenilik

³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.35.; YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “... önalım hakkı taşınmaz mülkiyetinin dolaylı sınırlama biçimlerinden birisidir.”(KHYK-J).

⁴ Meier-Hayoz, Art,682, N.36; Gürsoy/Eren/Cansel, s.615. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244: “ Bu hak kullanılmadığı sürece ortada bir kısıtlama olmayıp, (kısıtlama ancak) önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkar.” (KHYK-J., 4721/m. 732).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

doğuran (inşai) bir dava ile kullanılan⁵ bir haktır^{6, 7}. İsviçre Medeni Kanunu ile eski Medeni Kanunun aksine, TMK. m. 734/I'e göre yasal önalım hakkı, alıcıya karşı artık yenilik doğuran özel bir irade beyanıyla değil, açılacak yenilik doğuran (inşai) bir dava ile kullanılacaktır.

⁵ YHGK., T., 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirim ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.” (KHYK-J., 4721/m. 732). Akipek/Akıntürk, s. 555; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451, 453;

⁶ Bu konuda geniş bilgi için bak. Feyzioğlu, Feyzi N.: Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959, s. 5; Şipka, Şükran Taman; Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı, İstanbul 1994, s. 2 vd.; Haab, Zürcher Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 2. A, Zürich 1929-1937, Art.681-682; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich-Basel-Genf 2002, s. 880 vd.; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 32-34; Rey-BSK ZGB, Art.682, N.4-5; Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 2. A., Bern 2000, N.1215 vd., Schmid-Hürlimann-Kaup, N.767 vd.;935 vd.; Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I, Basel 1994, s. 349 vd.; Akipek/Akıntürk, 553; Gürsoy/Eren/Cansel, s.614 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 449 vd.; Oğuzman, Kemal: Medeni Kanunun Boşluklarının Yargıtay Kararları ile Doldurulduğu Bir Müessesese: Şuf'a, Medeni Kanunun 50. Yılı, Hukuk Fakültesi, Ankara (Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976) Ankara 1977, s. 14-15. Tekinay, S. S., Eşya Hukuku, İstanbul 1970-1971, s. 436; Esener/Güven, s. 245; Karahasan, M. R.; Eşya Hukuku Cilt I, II, Ankara 1977, C. I, s. 810 vd. Yargıtay'ın çeşitli İçtihatı Birleştirme Kararlarına göre de yasal önalım hakkı, mahiyeti itibariyle inşai bir haktır. İBK. 26.12.1951 T. 1 / 6 sayılı K. (Eranıl, s. 143); Bilge, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 2. Baskı, Ankara 1971, s. 103; Ayiter, N., Eşya Hukuku, Ankara 1977, s. 136. Esmer, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri, Ankara 1967, 1969, 1976. s. 760-761. Erel, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s. 213; Çiğdem, Kırcı; Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler, Ömer Teoman'a Armağan, İstanbul 2002, s. 1179 vd. ; Ayan, Mehmet; Kanuni Şuf'a Hakkı, Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, s. 335 vd.; Tunaboş, Müslim; Açıklamalı-İçtihatlı Şuf'a, Vefa-İştira Davaları, Ankara 1996, s. 29 vd.; Yıldız, Ekrem, Önalım Davaları, İstanbul 2005, s. 3 vd.; Özenli, Soysal, Uygulamada Önalım Davaları, İstanbul 1984.

⁷ İsviçre'de 1963 yılında Kat Mülkiyeti Kanunuyla İMK. m. 682'ye ikinci bir fıkra eklenerek yeni bir yasal önalım hakkı daha ihdas edilmiştir. Bu yeni fıkraya göre, bağımsız ve sürekli üst hakkıyla takyit edilen taşınmaz malikine, bu hak üzerinde; üst hakkı sahibine ise, taşınmaz üzerinde üçüncü kişi müktesiplere karşı yasal bir önalım hakkı tanınmıştır. Bizde de 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun ile (m. 10) konut, sanayi, eğitim, sağlık ve turizm yatırımları ve kamu tesisleri için planlamayı öngördüğü ve tahdidini yaparak ilgili tapu idarelerine bildirmiş bulunan sahalardaki arsa ve arazinin satışlarında ofise şuf'a hakkı tanınmış bulunmaktadır. Bugün için bu yetki Toplu Konut İdaresi Başkanlığına geçmiştir bulunmaktadır. Zira 1164 sayılı Kanunda 8/12/2004 tarihli ve 5273 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değişik 1/II. Maddesine göre, “Bu Kanunda yazılı görevler Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yürütülür. Bu Kanunda, diğer kanunlarda ve ilgili mevzuatta Arsa Ofisi Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yapılmış sayılır.” Aynı yetki iptal edilen 1757 sayılı Kanunun 123. maddesi kiracı ve ortakçıya da tanınmıştı. Ayrıca, TMK. m. 708/II ve 4074 sayılı Kanunun 3, 5 ve 8. maddelerine de bakınız.

3) Yasal önalım hakkının doğumu ve kullanılması:

Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin kurulmasıyla devir hakkının yasal bir kısıtlaması olarak aynı anda, kendiliğinden kanundan doğar. Bu itibarla, paylı mülkiyette geçerli olan bu hakkın, payın satıldığı anda doğduğunu düşünmek doğru değildir. Hemen belirtelim ki, hakkın doğması değil, sadece kullanılması satışı yapılmasına bağlıdır⁸. Yasal önalım hakkının doğması ve kullanılması için, tapu siciline şerh edilmesi gerekli olmadığı gibi caiz de değildir. Yasal önalım hakkının varlığı, kanuna dayandığı için bunun herkes tarafından bilindiği varsayılmaktadır⁹. Bu nedenle de, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda bir pay satın alan kimse, hak sahibi bir paydaşın önalım hakkını kullanarak bu payı kendisinden alma hak ve ihtimalinin bulunduğunu daima göz önünde tutmak, bunu bilmek zorundadır¹⁰.

TMK. m. 734/I'e göre yasal önalım hakkı, artık eskiden olduğu gibi, yenilik doğuran bir irade beyanı ile değil, açılacak yenilik doğuran bir dava ile kullanılmalıdır. Bu sebeple, söz konusu hakkın dava dışında, eski Medeni Kanun zamanında olduğu gibi, yenilik doğuran bir irade beyanı veya herhangi bir şekilde kullanılması mümkün değildir¹¹. Kanun koyucunun hakkın kullanılmasını, özel yenilik doğuran hak yerine yenilik doğuran davaya bağlaması isabetli olmamış, sadece yargısal bürokrasinin artmasına yol açmıştır.

II-YASAL ÖNALIM HAKKININ ŞARTLARI:

1) Yasal önalım hakkı, yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda söz konusu olur:

Yasal önalım hakkı, sadece paylı mülkiyette söz konusu olur, diğer mülkiyet çeşitlerinde, özellikle elbirliği mülkiyeti ile kat mülkiyetinde uygulanmaz¹². Buna karşılık, "Kat Mülkiyeti Kanununun 8. maddesine göre kat

⁸ Meier-Hayoz, Art. 682, N.36; Y6HD. T. 13.10.2003, E. 2003/7166, K. 2003/7123 "Bu hak, paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda vücut bulur. Payın satılması ile de kullanılabilir hale gelir." ((KHYK-J, 4721/m. 734); Aynı şekilde, Y6HD., 21.03.2005, E.2005/955, K.2005/2510: "Bu hak paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda doğar ve payın üçüncü kişiye satılması ile kullanılabilir hale gelir." (KHYK-J).

⁹ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 37; Liver, s. 212; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 436; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 615; Esener/Güven, s. 245.

¹⁰ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 37;

¹¹ Kanunun gerekçesinde, uygulamada dava dışı beyanla istenilen sonucun elde edilebilmesinin sonuçta bir dava açılmasını gerektirdiği, bu sebeple hakkın dava yoluyla kullanılmasının kanun hükmü haline getirildiği belirtilmiştir. Bkz. TMK. m. 734 Gerekçesi (s. 544-545).

¹² Gürsoy/eren/Cansel, s. 614; Tunaboylu, s. 563; Y6HD., T. 20.6.2005, E. 4981, K. 6358

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

mülkiyeti ve kat irtifakı kurulan bağımsız bölümlerde paydaşlardan birinin kendi payını üçüncü şahıslara satması halinde diğer paydaşın şuf'a hakkını kullanması mümkündür.¹³

Yasal önalım hakkı yalnız paylı mülkiyete tabi taşınmaz mallardaki paylarda söz konusu olur, taşınır mallarda bahse konu olmaz. Bununla birlikte, paydaşlar dilerlerse, aralarında yapacakları hukukî işlem ile taşınır mallarda da önalım hakkını kurabilirler¹⁴.

Yasal önalım hakkı, paya bağlı bir haktır. Bu hak, pay dolayısıyla elde edildiğinden, pay kimin mülkiyetine geçerse, onun tarafından kullanılabilir. Bu nedenle de, yasal önalım hakkı, aynî nitelikte bir hak değildir¹⁵. Diğer taraftan, paya bağlı bir hak olan önalım hakkının paydan ayrı ve bağımsız olarak başkasına devredilmesi veya miras yoluyla geçmesi mümkün de değildir¹⁶. Çünkü, bu hak, kanun icabı doğrudan doğruya ve münhasıran sahibinin, yani paydaşın şahsında doğmaktadır. Nitekim, bu düşünceden hareketle İsviçre kanun koyucusu Medeni Kanunun 681/III ncü maddesinde önalım hakkının başkasına devredilemeyeceği gibi, miras yoluyla da geçemeyeceğini düzenlemiş bulunmaktadır¹⁷.

Kanun koyucunun, önalım hakkını düzenlerken takip ettiği amaç, paydaşlar arasına yabancı (üçüncü) kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir¹⁸.

¹³ “Dava konusu edilen önalım konu payın bulunduğu taşınmaz tapuda Kat Mülkiyet Hükümlerine tabi 6/24 arsa paylı bağımsız bölüm olarak kayıtlıdır. Bağımsız bölümün Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince paydaşlar arasında fiilen paylaşılıp kullanılması mümkün olmadığı gibi böyle bir paylaşım Kat Mülkiyeti Kanununun ruhuna da aykırıdır.” (KHYK-J., 4721/m. 734); Y6HD., 02.11.2004; E. 2004/5776, K.2004/7578 : “Kat irtifakı kurulan yerde bağımsız bölümler söz konusu olduğundan 634 sayılı Yasanın 8. madde hükmü uyarınca önalım hakkının kullanılmasına olanak yoktur.” (KHYK-J); Esener/Güven, s.245.

¹⁴ Y6HD., T. 8.2.1983, E.181, K.762 (Tunaboşlu, s.565-566).

¹⁵ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 40; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438; Ertaş, N. 1794.

¹⁶ Haab, Art. 681-682, N. 51; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 32; Akipek/Akıntürk, s. 553; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 450-451; Gürsoy/Eren/Cansel, s.615; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 436. Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme Kararında, bu hakkı, aynî hak olarak nitelendirmektedir: YİBK., 20.6.1951 T. 13/5 K. (Eranlı, sh. 141).

¹⁷ Y6HD., 14.4.1984, 1984-892/4785 K: “Önalım hakkı mülkiyet hakkı ile iç içe olduğundan şayi paydan ayrı olarak devir ve temlik düşünülemez” (Tekinay, Takyitler, s.39, N.1a).

¹⁸ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.880; Steinauer I, N. 1208; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.12; Schmid-Hürlimann-Kaup, N.772; BGE 115 II 335, E. 2c.

¹⁹ Meier-Hayoz, Art.682, N.11; Liver, s.62; Steinauer I, N.1210; Rey- BSK ZGB, Art.682, N.1; Simonius/Sutter, s.475; Gürsoy/Eren/Cansel,s. 614; Akipek/Akıntürk, s. 553; Oğuz-

Paydaş, payını ilke olarak satma hakkına sahiptir. Ancak, bu payı dile-
diği üçüncü bir kişiye satamaz. Çünkü, üçüncü kişiye bir satış yapması ve
diğer paydaş veya paydaşların bu kişiye karşı dava açarak önalım hakkını
kullanmaları halinde, üçüncü kişi ile hak sahibi paydaş veya paydaşlar ara-
sında sadece ilk satıştaki şartlarla bir satım sözleşmesi meydana gelmemekte,
aynı zamanda satılan malın mülkiyeti de kendilerine geçmektedir. Bu nedenle,
payını üçüncü bir kişiye satacak paydaşın diğer paydaş veya paydaşların öna-
lım hakkını kullanmalarının doğuracağı sonuçları göz önünde tutarak buna
göre davranması gerekir. Hatta bazı yazarlara göre, paydaş, mülkiyetin devri
borcunu doğuran satış sözleşmesini yapmak, bunun içeriğini belirlemek öz-
gürlüğüne sahip olmakla birlikte, hak sahibinin önalım davası açarak hakkını
kullanması halinde, satılan payın mülkiyeti davacıya geçeceği için, nihai aş-
mada bu borcunu ifa edemeyecektir¹⁹.

**2) Yasal önalım hakkı taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının tamamen
veya kısmen satılması halinde söz konusu olur (Önalım olgusu):**

Önalım hakkının kullanılmasına imkan veren duruma “Önalım olgusu =
Vorkaufsfall” denir²⁰. Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağ-
lı); ivazlı ve cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemleriyle, özellikle de
satım sözleşmesiyle gerçekleşir²¹. Gerçekten de, satım sözleşmesi hem iradi
(isteğe bağlı), hem ivazlı hem de cüz’i halefiyet yoluyla gerçekleşen bir devir
işlemidir. Buna karşılık, cebri artırma, kamulaştırma gibi cebri; bağışlama gibi
ivazsız ve mirasın geçmesi veya mirası paylaşma gibi külli halefiyet yoluyla
gerçekleşen devirlerde önalım hakkı söz konusu olmadığı için kullanılamaz.

Önalım hakkı, yalnız payın satılması halinde kullanılacağı için üzerinde
paylı mülkiyet bulunan taşınmazın tamamının veya bir kısmının satılması
halinde kullanılmaz²². Çünkü, taşınmazın tamamı veya bir kısmı paydaşların
tümü tarafından satıldığı takdirde, paydaşlar aynı zamanda paylı mülkiyet
ilişkisini de oybirliğiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırmış olmakta-
dırlar.

Yukarıda söylenenlerin ışığı altında,

man/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.451; Ertaş, N. 1794. YİBK., T. 27.3.1957, 12/2 K. (RG. T.
21.8.1957, sayı. 9687).

¹⁹ Meier-Hayoz, Art, 682, N. 35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 450-451.

²⁰ Meier-Hayoz, Art,682, N. 58 ; Rey- BSK ZGB, Art. 681, N.2; Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya
Hukuku, İstanbul 1991, s. 609; Şıpka, s. 42 vd.

²¹ Rey- BSK ZGB, Art.681, N.5 vd.; BGE 115 II 178.

²² Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882;

a) Önalım olgusunu gerçekleştiren, başka bir deyişle, önalım hakkının kullanılmasına imkan veren haller şunlardır:

-Satım sözleşmesi:

Yasal önalım hakkı, TMK. m. 732'ye göre, üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmazdaki payın satışı halinde kullanılır. Satım sözleşmesinde, iradilik, ivazlılık ve cüz'i halefiyet gibi, önalım olgusunun her üç şartı da mevcuttur. Payın tamamı satılabileceği gibi, bunun bir kısmı da satılabilir (TMK. m. 732). Payın bir kısmının satılması halinde yalnız o kısım için önalım hakkı kullanılır.

Satışın önalım hakkına meydan verebilmesi için, her şeyden önce bunun, kanundaki şartlara uygun olarak kurulmuş, geçerli bir satış sözleşmesi olması gerekir²³. Bu sebeple, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşamamışlarsa, sözleşme kurulmamış olduğundan yok hükmündedir. Önalım hakkı yalnız geçerli satımlarda kullanılacağı için yok hükmündeki satım sözleşmeleri ile geçersiz satım sözleşmelerinde önalım hakkı kullanılamaz. Özellikle resmi şekle aykırı, muvazaalı ya da ehliyetsiz bir kimse tarafından yapılan veya içeriği hukuka, ahlaka aykırı ya da imkansız olan satım sözleşmeleri, geçerli bir satışa meydan vermediği için, bu gibi hallerde önalım hakkı kullanılamaz. Muvazaalı satışlardan bilhassa görünürdeki bağışlama arkasında yapılan gizli satış şeklindeki nispi muvazaalı işlemlerle hak sahibinin dava açmasını engellemek amacıyla yüksek bedelle yapılan (bedelde) muvazaalı satışları zikretmek gerekir²⁴. İlk halde, sözleşmenin niteliğinde muvazaalıdır. Bu tür muvazaada görünürdeki işlem (olayımızda bağışlama) muvazaalı olduğu için BK. m. 18'e göre geçersizdir. Gizli işlem niteliğindeki satış ise, gerekli şekilde yapılmadığı, özellikle taraflar, satış iradelerini resmi şekilde beyan etmedikleri için şekil noksanlığı nedeniyle geçersizdir. Bu tür muvazaada her iki işlem de geçersiz olduğu için önalım olgusu gerçekleşmez, dolayısıyla da, önalım davası açılmaz.

²³ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Karahasan, II, s. 830, 839; Şıpka, s. 54 vd.

²⁴ Y6HD 21.03.2005 E.2005/955 - K.2005/2510: "Olayımızda; davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL.'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaalı iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaalı iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif, bedelde muvazaalı iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir....": (KHYK-J).

Davacı, muvazaa iddiasında bulunmuşsa, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Davacı, payın satımına ilişkin sözleşmenin tarafı olmadığı, üçüncü kişi durumunda bulunduğu için muvazaa iddiasını her türlü delille²⁵, bu arada tanıkla da ispat edilebilir. Buna karşılık, paya ilişkin satım sözleşmesinin tarafı olan davalı muvazaa iddiasını, mesela satış bedelinin tapuda gösterilenden daha fazla olduğunu ancak yazılı delille ispat edebilir²⁶. Yargıtay'a göre, keşif ve bilirkişi beyanı tek başına muvazaayı kanıtlamak için yeterli değildir²⁷. Taraflar, uygulamada az vergi veya harç ödemek için tapuda yaptıkları satım sözleşmesinde satış bedelini eksik göstermektedirler. Ancak, Vergi Usul Kanununun 371. maddesi taraflara satıştan sonra bedelde düzeltme yapmalarına izin vermektedir. Acaba, noter bildirim yapılmış olup da henüz daha dava açılmadan önce taraflar düzeltme haklarını kullanıp bedeli yükseltirlerse, davacı önalım hakkını bu düzeltilen bedelden mi, yoksa tapudaki ilk bedel üzerinden mi yatırmak zorunda kalacaktır. Satım sözleşmesinin tarafları önalım hakkının kullanılmasını engellemek, dolayısıyla bedelde muvazaa yapmak için böyle bir yükseltme yapmışlarsa, Yargıtay, düzeltme yoluyla yapılan bu tür bedel artırımlarını, önalım hakkı yönünden muvazaalı saymaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme bu görüşünü şu kararda açıkça dile getirmiştir:

“Davanın açılmasından sonra davalının vergi dairesine müracaatla evvelce vaki bedel hakkındaki beyanı hilafı hakikat olduğundan bahisle satış karşılığı 1 milyar 700 milyon üzerinden harç ödemiş olması açılan şuf'a davasına etkili değildir. Şuf'alı payların bedeli tapuda 50.000- lira olarak yazılıdır. Davalı satım sözleşmesinde taraflardan biri olduğuna göre tapuda gösterilen bedelde, muvazaa bulunduğunu iddia edemeyeceği gibi, o iddiaya uyularak sonradan vergi ödenmesinin, davanın değerinin yükseltilmesinin ve ona göre harç ödenmesinin de sonuca etkisi olamaz. Bu nedenle satım sözleşmesinde gösterilen bedel üzerinden şuf'a hakkının tanınmasına karar verilmesi gere-

²⁵ Y6HD, T. 27. 3. 1996, E.2843, K.3033 (Tunaboşlu, s. 364).

²⁶ Tunaboşlu, s. 358; Y6HD., T. 30.11.1995, E. 11509/11696 K. : “Davalı satış aktindeki bedelin daha yüksek olduğunu, yani muvazaalı bulunduğu yolundaki savunmasını yazılı delille ispat zorundadır”. (Tunaboşlu, s. 367).

²⁷ Y6HD., T. 21.03.2005, E. 2005/955, K.2005/2510:”Davacı önalıma konu payın davalıya gerçekte 480.000.000.-TL.'ye satıldığı halde önalım hakkının engellenmesi için tapuda bedelin fazla gösterildiğini bildirerek bedelde muvazaa iddiasında bulunmuştur. Davacı bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Muvazaa iddiası tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanabilir. Mahkemece keşif yapılarak keşifte belirlenen bedel üzerinden önalım hakkının tanınmasına karar verilmiş ise de keşif bedelde muvazaa iddiasının varlığına tek başına yeterli delil teşkil etmez. Yargıtay'ın yerleşen içtihatları da bu yöndedir. Bu nedenle bedelde muvazaaya ilişkin davacının gösterdiği tanıkların dinlenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir....” (KHYK-J).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

kir...."²⁸. Bu görüşe mutlak olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü, Vergi Usul Kanununun 371. maddesi, alıcıya (davalıya), hatta satıcı ve alıcıya, yani satım sözleşmesinin taraflarına düzeltme ve pişmanlık hakkı tanımak suretiyle tapuda bedel yükseltmelerine, bu suretle de bedelde muvazaalı sözleşmeyi düzeltme yetkisi vermiştir. Bir hukuk düzeninde bizzat yasa hükmü sözleşmede yapılan bedelde muvazaayı ek harç ve vergi ödemek suretiyle düzeltiyorsa, yargı organının öyle bir sözleşmeyi artık muvazaalı sayması mümkün değildir. Esasen bedelde muvazaaya yönünden İsviçre hukukuyla Türk hukuku arasındaki en önemli fark da budur.

Satış sözleşmesinden önceki hazırlık ve görüşme hallerinde de satış sözleşmesi yapılmadığı için önalım hakkı kullanılamaz. Diğer taraftan, önalım hakkının kullanılması, paydaşla üçüncü kişi arasındaki borçlandırıcı işlemin (satış sözleşmesinin) yapılmasına bağlı olup, bunun ifası, yani tescil işleminin yapılması şart değildir²⁹. Bu itibarla da satış sözleşmesi geçerli, fakat tescil işlemi geçersiz olsa bile, önalım hakkı kullanılabilir.

-İsteğe bağlı (ihtiyari) artırma yoluyla yapılan satışlar:

İsteğe bağlı (ihtiyari) artırma, isteğe bağlı özel artırma şeklinde yapılabileceği gibi, isteğe bağlı açık artırma yoluyla da yapılabilir. Her iki halde de önalım hakkı kullanılabilir³⁰.

-Hâkim görüşüne göre, taşınmaz satış vaadi ile alım hakkının kullanılmasında önalım hakkı söz konusu olmaz³¹. Ancak, biz MEIER-HAYOZ'a uyararak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, önalım hakkını kullanmaya yol açacağı görüşündeyiz³². Üstelik, Türk Hukukunda satış vaadi borçlusunun borcunu yerine getirmemesi üzerine açılan dâvada hâkim, tescile dahi karar vermektedir.

²⁸ Y6HD., T. 21.9.1995, E.8642, K.8543. (Tunaboğlu, s. 372)

²⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 616: Şıpka, s.54

³⁰ YİBK 9.3.1955 T., 27/3 E.K., RG, sayı: 9009; Esener/Güven, s. 247; Şıpka, s.81-82.

³¹ Haab, Art. 681-682, N. 33; BGE 54 II, 326; 80 II 371 -, 85 II 572, 578; BGE 89 II 446; Esmer, s. 764-765; YHGK, 06.07.1977, E. 1977/6-535, K.1977/701." Önalım davasında, davalı, satış vaadi senedine dayanarak davacının payı konusunda cebri tescil davası açtığını bildirmiş ve uyuşmazlığın çözümü bu davanın sonucuna bağlı bulunmuş olmasına göre, bekletici sorun kabulü gerekirken önalım davasının hükme bağlanması yolsuzdur. Çünkü satış vaadi senedi geçerlidir ve davacı yönünden mülkiyeti geçirme yükümlülüğü doğurur." (KHYK-J). Krş. Rey- BSK ZGB, Art.681, N.8.

³² Meier - Hayoz, Art. 681, N. 178 vd., Art. 682, N. 59; Liver, s. 207; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 656; Tekinay, Takyitler, s. 23. Ayrıca bkz. Karş. Rey- BSK ZGB, Art.681, N.8; Şıpka, s. 61.

Prof. Dr. Fikret EREN

-Tapuya şerh edilmiş alım sözleşmesinde alım hakkının kullanılması sonunda meydana gelen satış, önalım olgusu olup, önalım hakkının doğması sonucunu doğurur. Yenilik doğurucu bir hak olan alım hakkı, sahibinin tek taraflı irade beyanının karşı tarafın hakimiyet alanına ulaşmasıyla alım hakkı sahibiyle muhatap (karşı taraf) arasında kendiliğinden bir satım sözleşmesi meydana getirir. Dolayısıyla, bu satışa dayanarak hak sahibi, önalım davasını açılabilir³³. Tapuya şerh edilmiş geri alımda da, geri almak amacıyla yapılan satım, normal bir satım gibi sonuç doğurduğundan, hak sahibi önalım davasını açabilir³⁴.

-İfa yerine geçen edim de satım olgusunu teşkil edebilir³⁵.

- Yargıtay'a göre, bağımsız ve sürekli haklardan üst hakkının satılmasında da bu hak kullanılabilir³⁶.

b) Buna karşılık aşağıdaki hallerde önalım hakkı kullanılamaz:

-Taşınırlarda esasen yasal önalım hakkı yoktur,

-Elbirliği mülkiyeti ise kat mülkiyetinde de (Kat Mül. K. m. 8) durum aynıdır,

-Mülkiyetin devri borcunu doğuran bağışlama veya trampa hallerinde önalım hakkı kullanılamaz³⁷.

³³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.59, Art. 681, N.180 vd.; Şıpka, s.84.

³⁴ Şıpka, s. 85.

³⁵ Meier-Hayoz, Art, 681, 157, Art. 682, N.59; Rey-BSK ZGB, Art.681, N.8; Rey, Sachenrecht, N.1256

³⁶ Y6HD., T. 21.01.2008, E.2007/13277, K.2008/323 (KHYK-J): "TMK'nın 826. maddesi hükmü uyarınca tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen bağımsız ve sürekli nitelikte bulunan üst hakkındaki payın üçüncü bir kimseye satılması halinde önalım hakkına konu teşkil eder."

³⁷ Meier-Hayoz, Art. 681, N. 171; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; Esener/Güven, s. 247; Şıpka, s.87-88; 90 vd.; BGE 115 II 179; Y6HD. T. 21.6.2004, E. 2004/5133, K. 2004/5076 "Satış dışındaki temliklerde önalım hakkının kullanılması söz konusu olmaz." (KHYK-J, 4721/m. 734); Y6HD. T. 26.4.2004, E. 2004/2905, K. 2004/3060 "Önalım davasına konu edilen payın intikali tapuda hibe olarak gözükmektedir. Yapılan temlikin satış olduğu davacı tarafça yasal delillerle ispat edilmiş değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekir." (KHYK-J, 4721/m. 734); Y6HD., T. 16.3.2004, E. 2004/1094, K. 2004/1756 "Satım niteliğinde olmayan temliklerde önalım hakkı cereyan etmez. Davacı tapudaki işlemin tarafı olmadığından o işlemde muvazaa yapıldığını, önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla trampa olarak gösterildiğini ileri sürüp, bu iddiasını tanık dahil ikame edeceği her türlü delille kanıtlayabilir" (KHYK-J, 4721/m. 734).

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

- Kamulaştırma ve arazi toplulaştırması hallerinde de durum böyledir³⁸.
- Artırma yoluyla yapılan satışlardan cebri artırmayla satışlarda (TMK. m. 733/I)³⁹.
- Önalım hakkına konu olan payın mülkiyetinin bir hâkim kararıyla başka bir kişiye geçirildiği hallerde,
- Satım karakterinin üstün bulunmayıp bağışlama karakterinin ağır bastığı karma sözleşmelerde⁴⁰,
- Üçüncü kişi tarafından üstlenilen karşı edimin, önalım hakkı sahibi tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmadığı hayat boyunca irat, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri ile önalım hakkı konusunun (payın) bir şirkete sermaye olarak konulduğu hallerde⁴¹.
- İki şirketin birleşmesi halinde⁴²,
- Paylı mülkiyete konu olan taşınmazın bir bütün olarak veya bunun belirli bir kısmının devredildiği hallerde de, devre bütün paydaşlar oybirliğiyle karar verdikleri takdirde, önalım hakkı ileri sürülemez⁴³.
- Vakıf kurma işleminde⁴⁴,
- Mirasın geçmesi ve paylaşımında, mirastan feragat vs. gibi miras hukukuna ilişkin amaç ve saiklerin ağır bastığı durumlarla⁴⁵,

³⁸ Meier-Hayoz, Art. 682, N.682, N.63, Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6 .

³⁹ Bazı yazarlar cebri icra yoluyla satışlarda önalım hakkının kullanılabileceği görüşündedir. Meier-Hayoz, Art. 682, N. 60-61.

⁴⁰ Feyzioğlu, s. 258; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Akipek/Akıntürk, s.554; Karahasan, II, s. 834; BGE 115 II 179, 102 II 250 E.4; 101 II 59. Buna karşılık, satım karakterinin üstün, bağışlama niteliğinin ise, salt bir yan edim yükümünden ibaret olan karma bağışlamalar ile yasayı dolanma (kanuna karşı hile) amacıyla yapılan karma bağışlamalarda durum farklıdır. Bkz. Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11; Meier-Hayoz, Art, 681, N.172.

⁴¹ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 872-873; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; BGE 115 II 179.

⁴² Meier-Hayoz, Art,681, N. 167; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6.

⁴³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 882;

⁴⁴ Meier-Hayoz, Art, 681, N.167.

⁴⁵ Meier-Hayoz, Art,681, N.167; BGE 115 II 179.

Prof. Dr. Fikret EREN

-Paydaşın payını, çocuklarına, karı veya kocasına ya da bir hısımına devretmesi halinde şeklen bir satış sözleşmesi bulunsa bile, gerçekte satıştan başka miras hukukuna ilişkin amaçlar veya bağışlama bulunan hallerde⁴⁶,

-Paylı mülkiyete konu taşınmazın paydaşlar arasında fiilen taksim edilip de kullanılan bir kısmının verilmiş olduğu paydaş tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde de önalım davası açılmaz⁴⁷.

-Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda önalım hakkı kullanılmaz⁴⁸.

-İntifa hakkı tesisi⁴⁹ ile konut hakkı tesisinde,

-ve nihayet eşyayı kullanma borcu doğuran adi kira, ürün kirası gibi ilişkilerde de satım söz konusu olmadığı için önalım hakkı kullanılmaz⁵⁰.

⁴⁶ Liver, s. 207; Meier-Hayoz, Art. 682, N. 63; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.872; Rey, Sachenrecht, N.1260 vd.; Rey- BSK ZGB, Art.681, N.6; Akipek/Akıntürk, s. 554; YİBK 27.3.1957 T. 12 / 2 K.,RG 9687; (Eranıl, sh. 214-216); Karahasan, II, s. 832 vd.;

⁴⁷ Yargıtay'ın bu yöndeki kökleşmiş kararlarına örnek olarak bkz. YHGK 24.05.2006 E.2006/6-288 - K.2006/304 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz, paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken, bunlardan birisinin kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü kişiye satması durumunda, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen paydaşın tapuda yapılan satış sebebiyle önalım hakkını kullanması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de resen dikkate alınmalıdır. Bu gibi hallerde savunmanın genişletilmesi sözkonusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir".(KHYK-J); Y6HD. T. 12.9.2005, E. 6765, K. 8017 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması T.M.K.nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir." (KHYK-J., 4721/m. 732).

⁴⁸ Şıpka, s.96; Y6HD., 04.12.2003 E.2003/8425, K.2003/8730: " Önalım davalarına konu olabilecek taşınmazlar tapu siciline yazılı olanlardır. Önalım hakkı tapulu taşınmazlarda geçerli bir satışla doğan ve mülkiyet hakkı serbestisine karşı getirilmiş mülkiyet hakkı daraltılar arasında yer almış bir haktır." (KHYK-J).

⁴⁹ Meier-Hayoz, Art, 681, N.173; Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11.

⁵⁰ Meier-Hayoz, Art, 681, N.173; Rey- BSK ZGB, Art.681, N. 11.

3) Yasal önalım hakkı üçüncü kişilere yapılan pay satışlarında söz konusu olur:

Yasal önalım hakkı, payı satın alan üçüncü kişilere karşı kullanılır. Payı, paydaş veya paydaşlar satın almışlarsa, bunlar aleyhine önalım davası açılmaz. Zira paydaşın paydaş aleyhine önalım davası açma hakkı yoktur. Nitekim bu husus, TMK. m. 732’de, “Paylı mülkiyette bir paydaşın payını..... üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlanmıştır⁵¹.

4) Yasal önalım hakkı, hak sahibi paydaşın üçüncü kişi aleyhine açacağı önalım davasıyla kullanılır:

TMK. m. 734/I’e göre, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır.” Yenilik doğurucu nitelikteki bu dava aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

III- ÖNALIM DAVASI:

İsviçre Medeni Kanunu ile eski Medeni Kanunda önalım hakkı özel yenilik doğuran bir hakla kullanılırken, TMK. m. 734/I’e göre artık, “Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılır”⁵².

1) Önalım davasının tanım ve niteliği:

Hak sahibinin alıcıya karşı önalım hakkını kullanmak için açtığı ve sonunda hâkimin davacı adına payın satımına ve mülkiyetinin tesciline karar verdiği yenilik doğuran davaya önalım davası denir. Önalım davası, bir tespit veya eda davası olmayıp, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir davadır⁵³. Yeni bir hukuki durum yaratan veya mevcut hukuki durumu değiştiren ya da ortadan kaldıran davalara, yenilik doğuran (inşai) davalar denir. Yenilik doğuran

⁵¹ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470: Yasal önalım hakkının kullanılması, ancak paydaş olmayan birisine yapılan satışta söz konusu olur. (KHYK-J); Esener/Güven, s. 245.

⁵² Y6HD.,T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K. 2007/4098: “Medeni Kanun’un 734/1. maddesi hükmü gereği, önalım hakkı dava dışı irade bildirim ile değil, ancak dava yolu ile kullanılabilirdiğinden ve yapılan her pay satışı ile önalım hakkı yeniden doğacağından, önalım davasının 29.12.2004 tarihinde 15.000 YTL bedelle davalıya yapılan pay satışına yönelik olarak açıldığının kabulü gerekir.”(KHYK-J); Yıldız, s. 69.

⁵³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 453, 440; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.208; YHGK., T. 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470 :“Önalım hakkı eskisi gibi irade bildirim ile değil ancak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir, Bu hakkın dava dışında kullanılması olanaklı değildir. Önalım davası yenilik doğuran bir dava, kararı da yenilik doğuran bir karardır.” (KHYK-J).

davanın mutlaka yenilik doğuran bir hakka dayanması gerekir. Yenilik doğuran hak, ancak dava açmak suretiyle kullanılabiliriyorsa, yenilik doğuran (inşai) dava söz konusu olur. “Davacı, inşai dava ile bir inşai hakkını kullanır ve bu inşai hakkına dayanarak mahkemeden , bir hukuki durumun değiştirilmesine veya kaldırılmasına veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasına karar verilmesini ister”⁵⁴. Önalım davasının kazanılması halinde mevcut hukuki durumda bir değişiklik meydana geleceği için önalım davası değiştirici yenilik doğuran bir davadır. Gerçekten, bu davanın kabulü sonunda verilecek inşai hüküm (karar) ile satıcı ile alıcı arasında kurulmuş bulunan satım ve mülkiyet ilişkisini kaldırıp, alıcı ile davacı (önalım hakkı sahibi) arasında kurmak suretiyle değiştirmektedir.

“Önalım davalarında görevli mahkemenin belirlenmesinde, dava konusu edilen payın tapuda gösterilen satış bedeli ve bu satış sebebiyle alıcıya düşen tapu giderleri toplamının esas alınması gerekir. Kamu düzeni ile ilgili olan görev hususu mahkemece resen dikkate alınmalıdır.”⁵⁵

2) Önalım davasının tarafları:

a) Davacı:

Önalım davasının davacısı, paylı mülkiyete konu taşınmazda payını üçüncü kişiye satan paydaşın, paydaş veya paydaşlarıdır. Payını üçüncü kişiye satan paydaş dışında bir veya daha çok paydaşın bulunması halinde bunların her biri bu davayı açabileceği gibi, yalnız bazılarının ya da birinin de açması mümkündür. Paydaşların tamamının birlikte bu davayı açma zorunlulukları yoktur. Kanımızca, birden çok paydaş mevcut olup da payları aynı ise, eşit, farklı ise farklı nispette dava açabilirler.

Davacı sıfatı yalnız paydaşa, özellikle de payın satıldığı anda bu sığata sahip paydaşa aittir. Bu nedenle, bir satış sözleşmesine dayanarak devredene karşı payın devri hususunda sadece şahsi bir talep hakkına sahip olan kimse davacı sıfatına sahip olamaz⁵⁶. Aynı şekilde elbirliği mülkiyetinde önalım hakkı söz konusu olmadığı için ortaklar bu davayı açamazlar. Kat mülkiyetine tabi bir taşınmazda da bir bağımsız bölüm malikinin üçüncü kişiye yaptığı

⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 17. Bası, Ankara 2006, s. 325.

⁵⁵ Y6HD.,T. 10.04.2007, E. 2007/2134, K.2007/4098 (KHYK-J); Tunaboşlu, s. 711-712; Yıldız, s. 62 vd.

⁵⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882; Schmid-Hürlimann-Kaup, N.771; BGE 115 II 331 vd., 334 vd., E.2b.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

satış aleyhine öbür bağımsız kat maliki önalım davası açamaz. Buna karşılık, taşınmaz üzerindeki paylardan biri, bir miras ortaklığına ait bulunuyor ve diğer bir paydaş da kendi payını üçüncü bir kişiye satmış ise, önalım hakkının mirasçılarının tamamı tarafından kullanılması gerekir⁵⁷.

Yargıtay'a göre bağımsız ve sürekli haklardan tapu kütüğünde müstakil bir sayfaya kaydedilmiş olan üst hakkı, bir nevi mülkiyet hakkıdır. Bu nedenle, üst hakkının paylı mülkiyet konusu olması da mümkündür. Bu takdirde paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması haline diğer paydaş veya paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

Paylı mülkiyet sahibi olmayan intifa ve oturma hakkı sahipleri ile şahsi hak sahipleri de bu davayı açamazlar. Kira, ürün kirası, alım, geri alım sahipleri bu sonunculara örnek gösterilebilir.

Birden çok paydaş dava açarak önalım hakkını kullanırsa, acaba her paydaş payı oranında mı, yoksa eşit olarak mı yararlanacaktır? Bir görüşe göre, birden çok paydaş önalım hakkını kullanıp açtıkları davayı kazanırlarsa, paylı mülkiyetteki pay oranlarına bakılmaksızın satılan pay üzerinde eşit oran hak sahibi olurlar. Buna karşılık, paydaşlardan yalnız bir kısmı önalım hakkını kullanıp, diğerleri kullanmazsa, sadece bu hakkı kullanan paydaş veya paydaşların payları çoğalır, diğerleri önalım hakkından yararlanamazlar. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır⁵⁸. Bize göre davacı her paydaş satılan pay üzerinde payı oranında hak sahibi olmalıdır⁵⁹. Kanımızca, böyle bir görüş paylı mülkiyet ilişkisine daha çok uygundur.

b) Davalı:

Önalım davasının davalısı, önalım hakkına konu taşınmazda satılmış olan payın alıcısı, yani yeni malikidir. Yasal önalım hakkından doğan borç, kanun icabı eşyaya bağlı bir borç (yükümlülük) oluşturduğu için satış yoluyla devre-

⁵⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s.882; BGE 115 II 336.

⁵⁸ YİBK. 11.6.1947 T. 5/ 18 K. "Kanunda şufa hakkının, ne paydaşlar arasında eşit, ne de payları oranında ortak olacağına dair bir açıklık yoktur. Yalnız metinden paydaşlar çok olduğunda, bu hakkın aralarında ortak olduğu anlaşılmaktadır. Bu haktan paydaşlar sayılarına göre eşit olarak yararlanırlar." (KHYK-J., 743/m. 623); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 455; Akipek/Akıntürk, s.555; Esener/Güven, s. 245. Karşı görüş için bak: Feyzioğlu, s. 165; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438;

⁵⁹ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 620, N. 81. İsviçre doktrininde bu halde, eşit değil, her paydaşın payı oranında hak sahibi olacağı görüşü hâkim bulunmaktadır: Meier-Hayoz, Art. 682, N. 79; Liver, s. 212; Rey- BSK ZGB, Art.682, N.18;

dilen pay üzerindeki mülkiyet hakkını kim kazanmışsa, davalı da o olur⁶⁰. Bu bakımdan, önalım davasının davalısı, satım sözleşmesinden sonra pay üzerindeki mülkiyet hakkını kuracak tescilin yapılmış olup olmamasına göre değişir. Bu hak, tapuya tescil yapılmadan önce, mülkiyet henüz kendi üzerinde olduğu için satıcı paydaşa, tescilden sonra ise alıcıya, yani yeni malike yönetilir⁶¹. Ancak, Türk hukuk sistem ve uygulamasına göre tapu memuru tarafından yapılan satış sözleşmesini takiben hemen tescil yapıldığı için, alıcı, mülkiyeti kazanmış bulunmaktadır. Bu nedenle de, önalım davasının davalısı, pay üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmış olan alıcıdır.

Yasal önalım davası, paydaşlar arasında kullanılamaz. Bu hak sadece üçüncü kişilere karşı kullanılabilir. Bu itibarla meselâ, A, B, C'den B, paylı mülkiyete sahip oldukları bir taşınmazdaki payını A'ya satmış olsa, C, A'ya karşı önalım hakkını kullanamaz, önalım davası açamaz. Bu durum, önalım hakkını paydaşlar arasına üçüncü (yabancı) kişilerin girmemesi, mülkiyetin mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaşa toplanması amacına da uygundur⁶².

3) Önalım davasının tabi olduğu süreler (hak düşürücü süreler):

Önalım davası hak düşürücü nitelikteki belirli süreler içinde açılmalıdır. Aksi halde, yani bu süreler içinde açılmadığı takdirde hak düşer. Gerçekten, TMK. m. 733/III'e göre önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Buradaki üç aylık ve iki yıllık süreler, hukuki nitelikleri itibariyle zamanaşımı süreleri değil, hak düşürücü sürelerdir⁶³. 3 aylık süreye, "nispi hak düşürücü süre", 2 yıllık süreye ise "mutlak hak düşürücü süre" denilmektedir⁶⁴. Dava, alıcıya karşı bu süreler içinde açılmadığı takdirde, artık ona karşı önalım hakkı kesin olarak düşer, dolayısıyla bu dava açılmaz.

⁶⁰ Meier-Hayoz, Art. 682, N. 57; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 438; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451-452.

⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451-452; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 617; Akipek/Akıntürk, s. 554.

⁶² Meier-Hayoz, Art. 682, N. 64; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451; Akipek/Akıntürk, s. 553; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 437. YİBK. 27.3.1957 T. 12/2 K. (Eranıl, s. 215).

⁶³ YHGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 : "... öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez" (KHYK-J. 4721/m.734); Y6HD 21.03.2005 E.2005/955, K.2005/2510: "Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir": (KHYK-J); Hatemi/Serozan/Arpacı, s.609-610; Yıldız, s. 84.

⁶⁴ Rey- BSK ZGB, Art.681a, N.4.

Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı

Bu süreler hak düşürücü süreler oldukları için zamanaşımı sürelerinde olduğu gibi, bunların durması veya kesilmesi de söz konusu olmaz. Ayrıca, hâkim yargılamanın her safhasında bu süreleri re'sen göz önünde tutmak zorunda olduğu gibi, taraflar da bunu itiraz olarak ileri sürebilirler.

a) Üç aylık süre

Üç aylık nispi sürenin işlemeye başlaması, dolayısıyla davacının (hak sahibinin) önalım davasını açabilmesi için alıcının veya satıcının, satışı, tüm paydaşlara bildirmesi gerekir. Kanun, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara yapılacak bu satış bildiriminin noter kanalıyla olmasını öngörmektedir (TMK. m. 735/III)⁶⁵.

Kanun, 3 aylık sürenin işlemeye başlamasını, alıcı veya satıcının yapacağı noter bildirimine bağlamaktadır. Noter bildirim dışında satışın yapıldığının başka yollardan öğrenilmesi, üç aylık sürenin başlaması için yeterli değildir. Nitekim, Yargıtay, bir Hukuk Genel Kurulu kararında “herhangi bir şekilde öğrenmeden” değil, “noter bildirim”nden söz etmektedir⁶⁶. Yüksek Mahkemenin şu kararı bu konuda örnek teşkil etmektedir:

“Şu durumda; 4721 sayılı Kanunla yasal önalım hakkı için getirilen yeni sistem daha sıkı kurallar ortaya koymakta; bu tür taleplerin belli sürelerde, belli şekil ve koşullarda kullanılması gerektiğini önemli bir yenilik olarak getirmektedir. Kısacası, yasal önalım hakkının kullanılması için gerekli sürenin başlaması konusunda bu yasal değişiklikten sonra geçerli olan kural; “öğrenme” olgusu değil “bildirim” olgusunun söz konusu olmasıdır. Bu bildirim de herhangi bir bildirim değil, noter vasıtasıyla yapılacak bildirimdir. Madde metninde “bildirilir” şeklinde kullanılan ifade kesinlik taşıdığı gibi, sürenin “bildirimden” başlayacağı da devamı fıkrada açıkça ve kesin olarak ifade edilmiştir. Bu açık

⁶⁵ İsviçre’de de satıcı, bilgilendirmek amacıyla satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini hak sahibine bildirmek zorundadır. Bu bildirim ya noter ya da tapu memuru kanalıyla yapılır. Ancak, tapu memurunun böyle bir bildirim yapabilmesi için, önce tapu kütüğünden, satıcı ile önalım hakkı sahibi arasında paylı mülkiyet ilişkisini, sonra da hak sahibinin adresini tespit etmesi gerekir. Steinauer, II, N. 1787 vd.;

⁶⁶ YHGK. T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244 “Onalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Noter bildirisinin paydaşa tebliğ tarihini izleyen günden itibaren üç aylık hak düşürücü süre işleyecektir. İki yıllık süre ise, yapılan pay satışı tarihini izleyen günden başlar. Somut olayda yasal önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcı ve satıcıya gönderilen ihtarname ile satışı öğrendiğini ve ön alım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir.” (KHYK-J); Esener/Güven, s. 245.

Prof. Dr. Fikret EREN

*düzenleme karşısında süre mutlaka bildirimden itibaren başlayacağından bildirim yapılmamışsa hak sahibinin satışı öğrendiği ileri sürülerek hak düşürücü sürenin başlatılması ve hak düşümü sonucunu doğurması olanaklı değildir. Eş söyleyişle; yasal önalım hakkının kullanılması için öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, satışın, önalım hakkı sahibine alıcı veya satıcı tarafından noter aracılığıyla bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Önalım hakkı sahibinin satış keskin olarak başka bir şekilde öğrenmiş olması sürenin işleme yolaçmaz. Somut olaya gelince; Yasal Önalım hakkı sahibi davacının bizzat kendisi tarafından alıcılara gönderilen ihtarname ile "Satışı öğrendiğini ve önalım hakkını kullanacağını bildirmiş olması; açıklanan hükümler karşısında yasanın aradığı anlamda ve sürenin başlamasına yol açacak nitelikte bir bildirim değildir. Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez."*⁶⁷

Bu durum karşısında, Yargıtay'a göre, herhangi bir şekilde öğrenme değil de, "noter bildirim" esas alındığından, tapu memurunun TMK. m. 1019 uyarınca tapu sicilinden tespit ettiği yasal önalım hakkını doğuran bir satış hak sahiplerine bildirmesi de 3 aylık sürenin başlaması için yeterli olmayacaktır.

Yasal önalım hakkı sahibi, kendisine alıcı veya satıcı tarafından yapılacak noter bildiriminden itibaren 3 aylık süre içinde, hakkını dava yoluyla kullanmazsa, sadece, o payı kazanan kişiye karşı önalım hakkını kaybetmiş olur. Buna karşılık, payın mülkiyetini kazanmış olan alıcı (yeni malik, yeni paydaş), bu payı üçüncü bir kişiye tekrar satarsa, davacı paydaş veya paydaşlar, yeni alıcıya karşı önalım hakkını kullanabilirler. Şu halde her satış, öncekinden bağımsız olarak paydaşlara yeni bir önalım hakkı kullanma, dolayısıyla önalım davası açma imkânı sağlamaktadır⁶⁸.

Paylı mülkiyette birden çok paydaşın mevcut olması halinde bunların hepsinin münferiden önalım hakkını kullanması mümkündür. Bu takdirde üç aylık süre, her paydaş için diğerinden bağımsız olarak işlemeğe başlar. Sürenin her paydaş hakkında başlangıç tarihi satışın kendisine noter aracılığı ile bildirildiği tarihtir.

⁶⁷ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470 (KHYK-J)

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 451 vd., 454; Gürsoy/Eren/Cansel, s.619-620; Kırca, s. 1195. YHGK., T. 13.4.2005, E. 2005/6-230, K. 2005/244, "Süresinde ön alım hakkını kullanmayan paydaşın sadece o pay satışı için ön alım hakkı düşer, başka pay satışları için ön alım hakkı ise sona ermez."(KHYK-J).

b) İki yıllık süre

Alıcı veya satıcı, satışı hak sahibine noter kanalıyla bildirmediği takdirde, 3 aylık süre işlemeye başlamaz. Bu takdirde, hak sahibi önalım davasını satışın yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde açabilir⁶⁹. İki yıllık hak düşürücü sürenin işlemesi noter bildirim yapılmasına bağlı değildir. Çünkü burada süre bildirimden değil, satışın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

Alıcı veya satıcının satışı hak sahibine noter kanalıyla bildirmemeleri bir kusur oluşturur. Bunun sonunda da hak sahibi bu davayı ikinci yılın son günlerinde açsa bile, davalının (alıcının) satış üzerinden iki yıl geçtiğini, dolayısıyla taşınmaz ve payın değerinin arttığını, bu artışın keşif ve bilirkişi kanalıyla tespit ettirilerek önalım bedelinin buna göre yükseltip ödenmesi gerektiğini ileri süremez^{70, 71}.

4) Davacının önalım bedelini yatırması:

Davanın karara bağlanabilmesi için, davacının (önalım hakkı sahibinin) önalım bedelini hâkimin göstereceği yere, yine hâkimin belirleyeceği süre içinde yatırması gerekir. Önalım bedeli, satış bedeli ve alıcıya düşen tapu giderlerinden oluşur⁷². Kanun önalım bedelinin nakden yatırılmasını öngörmektedir. Bu durumda, bu bedelin teminat mektubu şeklinde yatırılmaması gerekir. Ancak, Yargıtay bir kararında davalının itiraz etmemesi halinde, önalım bedelinin teminat mektubu ile yatırılabilirliğine hükmetmiştir. Bu karar aynen şöyledir:

⁶⁹ YHGK 21.09.2005, E. 2005/8-358, K.2005/470: “Dolayısıyla öğrenme ile hak düşürücü süre başlamayacağından hak düşürücü sürenin geçtiğinden de söz edilemez. Davacının kendisine yapılan bir bildirim olmadığından, satıştan itibaren iki yıl içinde açtığı dava süresindedir ve davacı dava yoluyla önalım hakkını kullanmıştır.” (KHYK-J).

⁷⁰ Y6HD., T. 28.11.2005, E.2005/9362, K.2005/10825 : “Önalım hakkına konu edilen pay 29.09.2003 tarihinde tapuda 300.-YTL bedelle satılmıştır. Davalı, pay satışını noter aracılığı ile önalım hakkını kullanan davacıya bildirmediğinden, satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemiyle sebebiyet verdiği göre 27.07.2005 tarihinde açılan dava nedeniyle aradan uzunca zaman geçtiğini savunarak gerçek bedelin belirlenmesini isteyemez.” (KHYK-J).

⁷¹ Y6HD., T. 16.04.2007, E. 2007/2017, K.2007/4445 : “Davalı alıcı, satışı noter aracılığı ile davacıya bildirmediğine göre, satış tarihi ile dava tarihi arasındaki sürenin geçmesine kendi eylemiyle sebebiyet verdiği onalım bedelinin keşfen belirlenmesini isteyemez. Önalım hakkının, tapudaki satış bedeli ile bu pay satışı nedeniyle alıcı tarafından yapılan tapu, harç ve masraflar tutarı üzerinden tanınması gerekir.” (KHYK-J).

⁷² YHGK., T. 17.06.2009, Esas : 2009/6-221, Karar : 2009/265: “Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir. Önalım hakkı sahibi, önalım bedelini belirlenen süre içinde, hakimin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür.” (KHYK-J).

Prof. Dr. Fikret EREN

“‘‘Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşmede, nalım hakkı sahibine satış bedeli ile alıcıya den tapu giderlerini hakimın belirleyeceği yere nakden yatırma yükümlüğü getiren söz konusu hükmün emredici nitelikte olup, olmadığı tartıılmı; yapılan değerlendirme sonucunda ağırlıklı görüş, anılan hükmün emredici nitelikte olmadığı, bir nalım davasında davalı tarafın açıkça muvafakat etmesi halinde, bu yükümlülüğün teminat mektubu sunulmak suretiyle de yerine getirilmesinin mümkün bulunduğu yönünde oluşmuştur.’’,, ,..... Davada, davalı taraf, davacının satış bedelini ve tapu giderlerini karşılayan teminat mektubu sunmasına itiraz etmemiş, ancak, bu konuda açık bir muvafakatte de bulunmamıştır. Davalı vekili, teminat mektubunun sunulmasından sonraki 02.05.2006 günlü dilekçesinde, teminat mektubunun kararla birlikte nakde çevrilerek nemalandırılmasını istemi ise de, bu dilekçede davacı tarafın teminat mektubu sunmasına muvafakat edildiği yönünde herhangi bir beyan bulunmadığı gibi, dilekçenin sonuç bölümünde de davanın reddi istenilmiştir. Bu içerikteki bir dilekçeye dayanılarak, teminat mektubu sunulmasına davalı tarafın açıkça muvafakat etmiş olduğunun kabulüne olanak yoktur’’⁷³.

5) nalım kararının hüküm ve sonuçları:

Karar, nalım davasına uygun olarak yenilik doğuran (inşai) karar niteliğindedir. Önalım davası sonunda hâkimin vereceği karar ile nalım hakkı sahibi paydala alıcı üçüncü kişi arasında kendiliğinden iki tür ilişki doğar. Kararın (hükmün) bu inşai niteliğine, inşai etki veya yenilik doğurma etkisi denir⁷⁴. İlk ilişki davacı ile davalı arasında kurulan satış ilikisidir⁷⁵. Bu ilişki, ilk satıtaki şartların aynını taşıyan bir ilişkidir. Taraflar arasında kurulan ikinci ilişki, mülkiyeti geçiren ilişkidir. Gerçekten de, bu dva üzerine hâkimin vereceği karar, mlkiyeti⁷⁶, alıcı üçüncü kişiden nalım hakkı sahibine geçirmektedir.

⁷³ YHGK., T. 17.06.2009, Esas : 2009/6-221, Karar : 2009/265. (KHYK-J).

⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.327.

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir, s. 453; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 439; Karahasan, II, s. 865. Yargıtay bir kararında. ‘‘nalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur.’’ demiştir. Bu görüş kısmen isabetli, kısmen isabetli değildir. Doğrusu, ‘‘nalım hakkının kullanılmasıyla’’ değil de, lehde verilen ‘‘mahkeme kararının kesinlemesiyle’’ dir. Zira TMK. m. 734’e göre, nalım hakkı artık özel inşai hak olmadığı için, hakkın, sahibinin irade beyanıyla kullanılması halinde değil, açılacak dava sonunda mahkemece verilecek olumlu kararın Yargıtayca onanıp kesinlemesiyle inşai sonuçlarını doğuracak, dolayısıyla davacıyla davalı arasında ilk satıtaki şartlarla bir satım sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

⁷⁶ Akipek/Akıntürk, s. 555; Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir, s. 453; Tekinay, Eşya Hukuku, s. 439; Karahasan, II, s. 866; Ayiter, s. 137; Esmer, s. 768-769.

Önalım hakkı sahibi, bu karar uyarınca tapu memurundan tescilin yapılmasını talep edebilir. Bu talep, bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı değildir. Mülkiyet, daha önce hakimın vermiş olduğu kararla geçmiş olduğundan, tescil, kurucu nitelikte olmayıp, sadece açıklayıcı, bildirici niteliktedir. Ancak, kararın bu sonucu doğurabilmesi için kesinleşmiş olması gerekir.

IV-ÖNALIM HAKKININ ORTADAN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ

1)Genel olarak:

Önalım hakkını düzenleyen hükümler emredici nitelikte olmayıp, düzenleyici niteliktedirler. Kanun koyucu, TMK. m. 733/II’de önalım hakkından feragata izin vermek suretiyle bu hususu açık olarak hükme bağlamıştır. Ancak, önalım hakkının ortadan kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmalarına bağlıdır. Sözleşmeye resmîlik verecek makam, tapu müdürlükleridir. Bu tür sözleşmelerin geçerli olmaları ayrıca tapu kütüğüne de şerh edilmelerine bağlıdır (TMK. m. 733/II).

2) Önalım hakkından feragat ve bu hakkın sona ermesi:

a) Önalım hakkından feragat:

Yasal önalım hakkı, sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuktan doğan bir haktır. Bu nedenle, yasal önalım hakkından feragat mümkündür. Zira tekrar edelim ki, bu hakla paydaşların mülkiyet hakkına getirilen sınırlama (ödev), özel hukuk nitelikli, kanundan doğan bir sınırlama, bir ödevdir. Feragatin geçerliği, resmî şekilde yapılmasına ve tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır (TMK. m. 733/II). Resmi şekil geçerlik şartı olup, tapu sicil müdürlüğü tarafından yapılmalıdır.

Feragatta, feragat eden paydaş tüm satışlar hakkında önalım hakkını kullanmaktan vazgeçer. Feragatin muhatabı, diğer paydaş veya paydaşlar, konusu ise üçüncü kişilerle yapılacak satışlardır. Hak sahibi, yasal önalım hakkından bütün paydaşlar lehine feragat edebilir. Buna, “mutlak feragat” denir. Mutlak feragatta, “hakkın kendisinden vazgeçme” söz konusudur⁷⁷. Keza, yalnız bir veya birkaç paydaş lehine feragat etmek de mümkündür. Buna da “kısmi feragat” adı verilmektedir. Burada hakkın kendisinden değil, kullanılmasından

⁷⁷ Şıpka, s. 162.

Prof. Dr. Fikret EREN

vazgeçilmektedir⁷⁸. Paydaş, ileride yapılacak bütün satışlar hakkında önalım hakkının kullanılmasından feragat edebilir. Bu takdirde, gerçek anlamda hak-tan feragat veya hakkın ortadan kaldırılması söz konusu olur⁷⁹.

Buna karşılık, tüm satışlarda değil de, yalnız belirli bir satışta önalım hakkını kullanma yetkisinden vazgeçmek de mümkündür. Bu takdirde, vazgeçen paydaş, diğer satışlar için önalım hakkına sahiptir. Belirli bir satışta önalım hakkını kullanmaktan vazgeçme, yazılı şekle tabidir ve satıştan önce veya sonra yapılabilir (TMK. m. 733/II). Bu ikinci hâlde öngörülen yazılı şekil şartı, ispat değil, geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir⁸⁰. Bu tür feragatin tapu kütüğüne şerh verilmesi şart değildir.

Yasal önalım hakkı paylı mülkiyet ilişkisi kurulduğu anda kanundan ötürü kendiliğinden doğduğundan, üçüncü kişilere etkili olmak için tapuya şerh gerekmez. Şerh sadece sözleşmeden doğan önalım hakkı için söz konusu olur.

b) Önalım hakkının sona ermesi:

Yasal önalım hakkı, her şeyden önce, paylı mülkiyete konu olan taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Ayrıca bu hak, paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesiyle, yani taşınmazın, paylı mülkiyetten tek kişi mülkiyetine⁸¹ veya elbirliği mülkiyetine dönüşmesiyle de ortadan kalkar⁸². Çünkü, bu tür mülkiyet türlerinde esasen önalım hakkı söz konusu olmaz.

Paydaşın, ileride yapılacak tüm satışlar hakkında önalım hakkının kullanılmasından feragat etmesi de önalım hakkını sona erdiren bir sebeptir⁸³.

⁷⁸ Meier - Hayoz, Art. 682, N. 82; Şıpka, s. 163.

⁷⁹ Rey- BSK ZGB, Art.681 b , N.2; Meier-Hayoz, Art.682, N.83.

⁸⁰ Bkz. TMK. m. 733 gerekçesi (s. 543-544)

⁸¹ Meier-Hayoz, Art, 682, N. 80. Yargıtay fiilî taksim halinde de önalım hakkının kullanılmasının yerine göre TMK. m. 2'de yer alan hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceğini kabul etmektedir. Y6HD. T. 12.9.2005, E. 6765, K. 8017 "Önalım davasına konu payın ilişkin bulunduğu taşınmaz paydaşlarca özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış nedeniyle önalım hakkını kullanması T.M.K.nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Kötüniyet iddiası 14.02.1951 gün ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Bu gibi halde savunmanın genişletilmesi söz konusu değildir. Eylemli paylaşmanın varlığı halinde davanın reddi gerekir." (KHYK-J., 4721/m. 732).

⁸² Meier - Hayoz, Art. 682, N. 80.

⁸³ Meier-Hayoz, Art, 682, N.81 vd.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINA GÖRE NAMA YAZILI PAYLARIN DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Rauf KARASU*

ÖZET

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. TTK Tasarısı, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir. TTK Tasarısı'nın 490 ila 492. maddelerinde nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili temel ilkeler belirlendikten sonra, 493 ila 498. maddelerinde hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre konu iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken, TTK Tasarısı'nda esas sözleşmede sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşılmış ise kayıttan imtina edebilir. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ise ancak belli sebeplere dayanılarak red edilebilir.

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların irade dışı iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ise, şirket devredilen payları gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.

ANAHTAR KELİMELELER

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, nama yazılı paylar, nama yazılı hisse senetleri, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması

* Kırıkkale Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

Yrd. Doç. Dr. Rauf KARASU

**LIMITATION OF THE TRANSFER OF REGISTERED SHARES
ACCORDING TO THE DRAFT TURKISH TRADE LAW**

ABSTRACT

One of the most important changes the Draft Turkish Trade Law will make concerns limitation of the transfer of shares. The Draft Law constitutes almost a totally new system of transfer of shares. Articles 490-492 determine the basic principles regarding the limitation of the transfer of registered shares. Articles 493-498 reglement the details for the shares whether quoted on the stock exchange or not. While the actual Turkish Trade Law Number 6762 permits the public companies to refuse the transfer of the registered shares without any ground provided that this issue has been regulated by the basic contract, the Draft Turkish Trade Law does not admit anymore the possibility of refusing the transfer without any ground solely by the provision of the basic contract. The company can refuse the transfer of the quoted shares but on an objective ground such as in the case that the acquirer exceeds the proportional limit admitted for the shareholders by the basic contract. The company can refuse the transfer of non quoted shares only on certain grounds as well.

The Draft Turkish Trade Law in its Article 495/3 does not admit the refusal of the acquisition in case of non voluntary acquisition of quoted shares. The company however has the right to refuse the transfer of non quoted shares provided that it has offered to purchase the shares on real value.

KEY WORDS

Draft Turkish Trade Law, registered shares, registered stocks, limitation of the transfer registered shares

I. GİRİŞ

TTK Tasarısı, birçok alanda olduğu gibi anonim şirketler alanında da çok köklü yenilikler içermektedir. Getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. TTK Tasarısı'nın 490 ila 492. maddelerinde nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili temel ilkeler belirlendikten sonra, 493 ila 498. maddelerinde hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre konu iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken¹, TTK Tasarısı'nda sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ancak belli sebeplere dayanılarak red edilebilir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda ise şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşılmış ise kayıttan imtina edebilir.

Bu çalışmada TTK Tasarısının pay devir kısıtlamaları konusunda getirdiği yenilikler incelenecektir.

II. PAY DEVİR KISITLAMALARININ AMACI

Nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması bir taraftan pay senetlerinin elden çıkarılmasını zorlaştırdığı ve ekonomik değerini düşürdüğünden, pay sahibinin zararına bir sonuç doğururken; diğer taraftan istenilmeyen kişilerin pay sahibi olmasını veya şirkette çoğunluğu elde etmesini önlemek suretiyle şirketin korunmasına hizmet etmektedir. Bağlam sistemi aracılığıyla pay sahibinin payını serbestçe devredilebilmesindeki menfaati ile şirketin pay devirlerinin sınırlandırılmasındaki menfaati arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.

Anonim şirkette, pay sahiplerinin kural olarak şirketten çıkmasının ve çıkarılmasının mümkün olmaması ve pay sahiplerinin kişiliğinin önem taşıması nedeniyle, payların serbestçe devredilebilmesi ilkesi öngörülmüştür².

¹ Bu hüküm ile nama yazılı pay devirlerinde şirkete geniş bir hareket serbestisi tanınmıştır. Bu durum bir taraftan, bölünme kuramına egemenlik tanırken, diğer taraftan da red edilen pay sahibini ve devredeni, "malik fakat şirkete karşı pay sahibi değil/şirkete karşı pay sahibi fakat malik değil" anormal konumuna sokmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı, Hasan;** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 134 vd.

² Bkz. TTK Tasarısı m. 490/I.

Özellikle hamiline yazılı pay senedi sahipleri bu senetleri kayıtsız ve şartsız olarak serbestçe devredebilme konusunda mutlak bir kazanılmış hakka sahip olduklarından, bu senetlerin hiçbir şekilde bağlam hükümlerine konu olması mümkün değildir³.

Anonim şirketlerde geçerli olan devir serbestliği ilkesi, borsaya kayıtlı anonim şirketler için uygun bir hüküm olmakla birlikte, borsaya kayıtlı olmayan şirketler, özellikle aile tipi şirketler için uygun değildir⁴. Aile tipi anonim şirketlerin en önemli özelliği, aile pay sahiplerinin şirketin aile şirketi özelliğini koruma arzusudur. Şirketin iç ve dış ilişkilerini kontrol etme arzusunda olan aile pay sahipleri, şirketin yabancıların eline geçmesini önlemek veya pay sahiplerinin şirket içinde sahip oldukları güç dengesini korumak isterler. Devir serbestliğinin, özellikle aile tipi anonim şirketlerde istenmeyen etkiler doğurabileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucular, devrin sınırlandırılmasına da imkân sağlamıştır. Pay devir kısıtlamaları ile, ekonomik durumu zayıf olan kişilerin, rakiplerin ve yabancıların şirkete pay sahibi olarak katılmasının önlenmesi, şirketin ailesel, kişisel, endüstriyel, bölgesel gibi çeşitli özelliklerden oluşan özgün yapısının korunması amaçlanır⁵. Uygulamada özellikle aile tipi anonim şirket esas sözleşmelerinde, payların şirkete katılımı arzu edilmeyen diğer kişilerin eline geçmesini önlemek veya şirket içinde sahip olunan güç dengesini korumak amacıyla payın devredilebilirliğini kısıtlayıcı, mevcut pay sahiplerine payı öncelikle elde etme imkânı tanıyıcı hükümlere yer verilmektedir⁶. Bu tür düzenlemeler, aile tipi anonim şirketlerin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen önemli bir araçtır⁷.

³ Bkz. Bkz. **Pulaşlı**, s. 123; **Bahtiyar, Mehmet**; Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 255; **Karasu, Rauf**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 118 vd.

⁴ **Lutter, Marcus**, Zur Umgehung der Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der mBH, AG 1989, s. 109; **Pulaşlı**, s. 117 vd. **Karasu**, s. 119.

⁵ Bkz. **Herren, K. W.**, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien als Übertragungsbeschränkungen, SAG 1975, s. 42; **Karayalçın, Yaşar**, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, Ankara 1983, s. 96 vd.; **Pulaşlı**, s. 115; **Nilsson, Gül Okutan**; Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 77; **Tekinalp, Ünal(Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin)**: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, N.1182; **Yıldız, Şükrü/Özbay, İbrahim**, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 12

⁶ Örnekler için bkz. **Bahtiyar**, s. 241 dnp. 51.

⁷ Türkiye'de, Alman ve İsviçre'nin aksine halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde bile önalım hakkının tanındığı görülmektedir. Halka açık anonim şirketlerin nitelikleri ile bağdaşmayan bu durum, yaygın bir alışkanlığın bilinçsizce sürdürülmesi biçiminde yorum-

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Bazı anonim şirketlerde pay sahiplerinin belirli kişisel özellikleri haiz olması istenilebilir. Örneğin bir anonim şirket belli bir mesleğe mensup kişiler tarafından kurulmuş ise ve bu yapının değişmesi istenmiyorsa, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle nama yazılı pay senetlerinin bu meslek mensupları dışındaki kişilere devri yasaklanabilir⁸. Bağlam, kartel veya benzer özellik gösteren bir yapının kurulması ve işlenmesini de sağlayabilir⁹.

III. PAY DEVİR KISITLAMALARINA İLİŞKİN TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI HÜKÜMLERİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK Tasarısı, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir¹⁰. Anonim şirketin hamiline yazılı hisse senetlerinin devrinde hiçbir kontrolü bulunmamaktadır. Nama yazılı pay senetleri de kural olarak serbestçe devredilebilmektedir¹¹. Ancak söz konusu senetlerin devri istisnaî olarak TTK Tasarısı'nın 491. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bazı sınırlamalara tâbi olduğu gibi, TTK Tasarısı m. 493/I uyarınca esas sözleşme de bu tür senetlerin ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir.

1. Kanunî Sınırlama

Kanunî sınırlama TTK Tasarısı'nın 491. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleşsin. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir".

Bu hükümle ödeme gücü olmayan kişilerin pay sahibi olması engellenmek suretiyle şirket sermayesinin korunması amaçlanmıştır¹². Bu nedenle şirketin

lamak ya da belirli bir grup pay sahibinin kendilerini şirketin gerçek sahibi veya zamanla bu konuma gelmeyi tasarladığı şeklinde açıklanabilir. Bkz. **Tekinalp**, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 154; **Bahtiyar**, s. 241 vd.

⁸ Bkz. **Pulaşlı**, s. 118 vd.

⁹ Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, 2003, s. 655.

¹⁰ Nama yazılı payların devrini, red sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek, Türk Ticaret Kanununun 492 ilâ 498 inci maddelerine uyarlamak zorundadır; aksi hâlde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, m. 30/VI.

¹¹ TTK Tasarısı m. 490, f. 1.

¹² Bkz. TTK Tasarısı'nın 491. maddesinin gerekçesi.

onay talebini reddetme hakkı, devir konusu payların bedellerinin ödenmemiş olması ve ödeme yeterliliği şüpheli olan devralanın şirketçe istenen teminatı¹³ vermemesi hâli ile sınırlı tutulmuştur. Devralanın ödeme gücüne sahip olmasına ve dürüst olmasına rağmen şirketin devir işlemine onay vermemesi, dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz¹⁴.

Payların irade dışı kazanımında¹⁵, devralanın ve devredenin iradesi söz konusu olmadığından, anonim şirketin, pay devirlerini iradi kazanımlarda olduğu gibi reddedip pay defterine kayıttan kaçınması haksızlıklara yol açacaktır. Bu nedenle TTK Tasarısı, payların, miras, mirasın paylaşımı¹⁶, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereği iktisap edilmeleri halinde, şirkete kural olarak onay verme zorunluluğu getirmiştir. Ancak şirket söz konusu pay senetlerini gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir. 6762 sayılı TTK'nın aksine¹⁷ TTK Tasarısı, pay devrine onay verme veya payı gerçek değerden satın alma hakkını, sadece anonim şirkete tanımıştır. Bu hak esas sözleşme ile başka bir organa, pay sahiplerine veya üçüncü bir kişiye tanınmaz. Bu hak şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulu tarafından kullanılır. Gerçek değerden satın alma hakkının muhatabı, gerçekleşen hukuki sebebin türüne göre, bağlı nama yazılı payları miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra yoluyla iktisap eden kişilerdir.

Şirket, irade dışı kazanım olaylarını herhangi bir şekilde öğrenince gerçek değerden satın alma hakkını kullanabilir. Dolayısıyla irade dışı kazanım olayını öğrenen şirket, payları irade dışı kazananların pay defterine yazım taleplerini beklemeden de hakkını kullanma yetkisine sahiptir¹⁸.

¹³ TTK Tasarısı'nda, 6762 sayılı TTK da olduğu gibi, teminatın türü konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle gösterilen teminat aynı veya şahsi olabilir, yeter ki, bakiye esas sermaye borcunu karşılayacak ve gerçekleştirecek nitelikte olsun. Bkz. **Pulaşlı**, s. 122.

¹⁴ Bkz. **Karasu**, s. 121.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s. 201 vd.

¹⁶ 6762 sayılı TTK'da mirasın paylaşımı hakkın doğum nedenleri arasında sayılmamıştır.

¹⁷ Bkz. m. 418 f. 4: Söz konusu hükme göre, hisse senetleri, miras, karı koca mallarının idaresine ait hükümler veya cibrî icra yoluyla iktisap edilmiş ise, *yönetim kurulu üyeleri veya ortaklar* bu hisseleri borsa rayıcı, bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki hakiki değeri üzerinden almaya talip oldukları takdirde kayıttan imtina edebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldız/Özbay**, s. 7 vd.

¹⁸ Bkz. **Yıldız/Özbay**, s. 15.

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı'nın 491 ve 493. maddelerinde bağlı nama yazılı payların irade dışı kazanımları sayma yoluyla belirlenmiştir. İrade dışı kazanım hallerinin bu şekilde sınırlı sayıda gösterilmesi nedeniyle, söz konusu hüküm benzer durumlarda uygulanamaz. Tasarı'da sayılan irade dışı kazanım çeşitleri kapsamına benzer nitelikteki kazanımları da yorum yoluyla dahil etmek, istisnaların ancak öngörüldükleri alanla sınırlı olarak uygulanacakları hakkındaki hukuk ilkesi ile bağdaşmaz¹⁹. Kanaatimizce söz konusu Tasarı hükmünde sayılan irade dışı kazanım çeşitlerinin sonuna "gibi" ibaresi eklenmesi uygun olurdu²⁰. Bu şekilde söz konusu hüküm, sayılanlara benzer nitelikteki kazanımlara da uygulanabilirdi. Örneğin, bir anonim şirketin tasfiyesiz infisah yollarından biriyle ortadan kalkması, bir işletmenin bütün aktif ve pasifi ile devredilmesi veya iki işletmenin birleşmesi, hükmün kapsamına alınmış olurdu²¹.

Aynı nama yazılı paylar için birden fazla hukuki sebebin gerçekleşmesi halinde, gerçek değerden satın alma hakkının birisi için kullanılması, diğer sebepten doğan hakkı sona erdirecektir. Zira söz konusu sebeplerin hepsi aynı amaca hizmet etmekte ve kullanılmaları halinde aynı hukuki sonucu doğurmaktadır²².

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez.

2. Esas Sözleşme İle Sınırlama

a) Pay Devri Kısıtlamalarında Geçerli Olan İlke

TTK Tasarısı'nın 492. maddesi, borsaya kote edilmiş olsun olmasın, tüm nama yazılı payların devrinde esas sözleşme ile getirilebilecek sınırlamalara ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca, TTK Tasarısı m. 491'de öngörülen kanunî sınırlama dışında, bir nama yazılı payın devri, ancak esas sözleşme ile ve devrin şirketin onayına bağlanması suretiyle yapılabilir. Dolayısıyla, nama yazılı payların esas sözleşme dışında başka bir işlemle, örneğin, genel kurul kararıyla sınırlandırılması geçerli olmadığı gibi, devrin şirket dışında başka bir kişi veya organın onayına bağlanması da

¹⁹ Yıldız/Özbay, s. 17.

²⁰ Aynı yönde bkz. Yıldız/Özbay, s. 17; Karasu, s. 121.

²¹ Karasu, s. 121.

²² Yıldız/Özbay, s. 17.

mümkün değildir. Ayrıca 6762 sayılı TTK'nın aksine, TTK Tasarısı'na göre, esas sözleşmede herhangi bir neden göstermeksizin pay devirlerinin sınırlandırılması da mümkün değildir²³. Şirket, ancak esas sözleşmede öngörülmuş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.

TTK Tasarısı'nın 492. maddesinin 2. fıkrasında, nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamaların intifa hakkı kurulurken de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla şirket, hangi nedenlerle payın mülkiyetinin bir başkasına geçmesini reddedebiliyorsa, aynı nedenlere dayanarak payın üzerinde intifa hakkı kurulmasını da reddedebilir. Şirket bu yolla pay sahibi olmasını istemediği kimselerin intifa hakkı aracılığıyla şirket kararlarına etki etmesini önlemiş olmaktadır.

Pay devrine ilişkin sınırlamalar tasfiye hâlinde olan bir şirket için geçerli değildir²⁴. Zira pay devir sınırlamaları, şirketin ticari faaliyetinin aktif olarak devam ettiği süre içinde, şirketin amacının gerçekleşmesini engelleyebilecek veya menfaatlerine zarar verebilecek unsurlardan korunmayı sağladığından, tasfiyeye giren bir şirkette, serbestçe devir ilkesinin sınırlandırılmasını haklı gösteren sebepler ortadan kalkmaktadır²⁵.

Nama yazılı pay senetleri gibi senede bağlanmamış paylar için de bağlam öngörülebilir. Nitekim TTK Tasarısı'nın 491. vd. maddelerinde genellikle "pay senedi" yerine "pay" terimi kullanılmıştır. Zira payları borsada işlem görmeyen şirketlerde nama yazılı pay senetlerin bastırılıp sahiplerine dağıtılma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁶. Aynı şekilde borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için de pay senedi terimi, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sistemine geçilmesinden sonra kullanılmamaktadır. Türk hukukunda SerPK'nın 10/A maddesinin 5. fıkrasının kabulü ile sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sistemine geçilmiştir. Bu bağlamda özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezî Kayıt Kuruluşu (MKK)²⁷ kurulmuştur. Sermaye

²³ 6762 sayılı TTK'nın 418. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Sebep gösterilmeksizin dahi kayıttan imtina olunabileceği şartının esas mukaveleye konması caizdir."

²⁴ TTK Tasarısı m. 491/III.

²⁵ Bkz. TTK Tasarısı'nın 491/III. maddesinin gerekçesi; **Pulaşlı**, s. 234.

²⁶ Ancak azlığın talep etmesi hâlinde, şirket nama yazılı pay senedi bastırıp sahiplerine dağıtmak zorundadır. Bkz. TTK Tasarısı m. 486/III.

²⁷ Sicil, özel hukuk kişiliğine sahip bir kuruluşça tutulduğundan, sicilin yanlış tutulmasından doğacak zararlardan, kayıtları tutan merkez kayıt kuruluşu, ihraççı ve aracı kurumlar kusur-

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

piyasa araçlarının kaydileştirilmesi sürecinin yer aldığı kaydi sistem; sermaye piyasası araçları ve bu araçlara ilişkin hakların Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulduğu ve bu araçlar üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde MKK'ya yapılan bildirim tarihinin esas alındığı bir sistemdir. Bu sistemde MKK tarafından tutulan kayıtlara göre belirlenen kişi, pay defterine kaydedilmemiş olsa bile, devir hususunda meşru malik sayılmaktadır²⁸.

b) Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı, nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili yukarıda açıkladığımız temel ilkeleri belirledikten sonra, konuyu hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir²⁹.

TTK Tasarısı'nın 493/1. maddesi, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile nasıl sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, bir anonim şirket borsaya kote edilmemiş bulunan payların devrine onay vermeyi iki hâlde reddedebilir. Bunlardan biri, esas sözleşmede öngörülmuş bir haklı sebebi ileri sürme, diğeri ise, devreden pay sahibine, paylarını başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğere pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermedir.

TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. maddesinde yer alan "haklı sebep" kavramı borçlar hukuku ile şahıs şirketleri hukukunda geçerli olan, ilişkiyi çekilmez hâle getiren haklı sebepten farklı olarak şirket açısından önemli sayılan bir sebebi ifade eder³⁰. Hangi sebeplerin önemli sebep olduğu tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Buna göre, pay sahipleri çevresinin bileşimine (pay sahiplerinin kompozisyonu) ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini hak-

ları oranında sorumlu olurlar. Bu sorumluluk sözleşme ile ortadan kaldırılamaz. Bkz. **Ünal, Oğuz Kürşat**; Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, GÜHFD, Haziran, Aralık 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 19; **Turanboy, Asuman**; 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4478 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 48.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Turanboy**, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 39 vd.; **Ünal**, GÜHFD, 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 1 vd.; Ayrıca bkz. <http://www.mkk.com.tr>.

²⁹ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493 ila 498 maddeleri.

³⁰ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493/II. maddesinin gerekçesi.

lı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur. Örneğin, şirketle rekabet eden kişilere yapılan pay devirlerini şirketin onayına bağlayan bir esas sözleşme hükmü, şirketin amaç ve konusu bakımından önemli sayılır³¹. Yine esas sözleşmede payların sadece kurucu aile pay sahiplerine veya belli bir meslekten olan kişilere devredilebileceği öngörülebilir³².

Red sebepleri arasında sayılan işletmenin ekonomik bağımsızlığı, TTK Tasarısı'nda tanımlanmamıştır. İsviçre doktrininde, işletmenin bir başka işletmenin veya bireysel bir alıcının fiili veya hukukî olarak kontrolüne girmesi sonucunu doğuracak pay devirlerinin ekonomik bağımsızlık gerekçesiyle reddedilebileceği kabul edilmektedir³³. İşletmenin ekonomik bağımsızlığının red sebepleri arasında sayılması ile işletmenin iç ve dış yabancılaşmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Ret sebeplerinin esas sözleşmede çok açık ve somut bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Devralan ve devreden, öngörülen sebeplerden devrin red edilip edilemeyeceği konusunda bir kanaat sahibi olabilmelidir. Ayrıca belirtilen sebepler şirketin işletme amacı veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle red sebebi konusunda sadece TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmış olması ya da sadece "*önemli nedenler*" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir³⁴.

Bir payın devri, şirket kuruluş sözleşmesi ile sınırlandırılmış ise, pay sahiplerinin korunması açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bütün kurucular oybirliği ile böyle bir kısıtlamayı kabul etmiştir. Buna karşılık daha önceden serbestçe devredilebilen bir pay için sonradan bağlam öngörülmesi, söz konusu paylara sahip olan pay sahiplerinin haklarını etkileyecektir. Bu nedenle sonradan öngörülecek bağlam objektif olmalıdır. Ayrıca eşit işlem ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmamalıdır³⁵.

Anonim şirket, TTK Tasarısı m. 493/I uyarınca haklı sebepler yanında, devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri³⁶ üzerinden devralma öneri-

³¹ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6 Nr. 254, 268; **Karasu**, s. 123.

³² Ancak söz konusu pay devir sınırlandırmalarının geçerli olması için, şirketin amaç veya konusunda kurucu aile ortakları veya belli meslek mensuplarının menfaatlerinin korunacağına ilişkin bir hükme yer verilmiş olması gerekir. Bkz. **Oertle/Pasquies**, Basler Komm, OR, Art. 685b, N. 4.

³³ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 268 vd.; **Oertle/Pasquies**, Basler Komm, OR, Art. 685b, N. 4. Aksi görüş için bkz. **Kläy**, s. 168 vd.

³⁴ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 247; **Kläy**, s. 143; **Karasu**, s. 124.

³⁵ Bkz. **Kläy**, s. 164, 340; **Pulaşlı**, s. 155; **Karasu**, s. 124.

³⁶ "Gerçek değer"den ne anlaşılması gerektiği konusunda TTK Tasarısı'nda herhangi bir hü-

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

sinde bulunmak suretiyle de uygun görmediği devirlere engel olabilmektedir. 6762 sayılı TTK'da iradi devirler için öngörülmeleyen bu araç, uluslararası uygulamada ve öğretide escape clause (kaçış, kurtuluş klozu) diye anılmaktadır. Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şart olmadığı gibi, haklı bir neden gösterilmesi de gerekmemektedir³⁷.

Devralan, şirket tarafından kendisine yapılan devralma önerisini prensip olarak red edemez. Ancak devralan şirketin önerdiği fiyatı kabul etmek zorunda değildir. Devralan, TTK Tasarısı m. 493/V uyarınca payların gerçek değerinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından belirlenmesini talep etme hakkını sahiptir. Değerleme giderlerini şirketin karşılaması gerekmektedir. Mahkeme, şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas almalıdır. Söz konusu hüküm, değer ihtilaflarını ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüştür. Ancak devralan, şirketin önerdiği fiyat yerine gerçekçi olmayan bir fiyat talep etmek suretiyle bu hakkını kötüye kullanmamalıdır. Örneğin, tarafların gerçek değer konusunda anlaşamamaları, devralanın şirketin gerçek değer olarak teklif ettiği fiyatın üç katını talep etmesinden kaynaklanmış ve mahkemece şirketin teklifine yakın bir değer gerçek değer olarak belirlenmiş ise, devralanın hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılabilir. Bu durumda mahkeme masrafları, devralana yükletilmelidir³⁸.

Tasarı ile, pay devirlerinde şirkete kanunî alım hakkı verilmek suretiyle şirket, şirkete payı devralandan gerçek değerden alma yükümlülüğü³⁹ yükletildiği için de, payını devreden pay sahipleri korunmuştur. Gerçek değer tespit metodunun esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme Kanun hükmünden sapmamakta, bilakis onu tamamlamaktadır. Ancak objektif esaslara dayanmayan bir metot benimsenemez⁴⁰.

Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren şirketin devralma önerisini bir ay içinde reddetmezse, öneriyi kabul etmiş sayılır⁴¹. Şirket bir aylık süre içinde teklifiyle bağlıdır.

küm bulunmamaktadır. Tekinalp'e göre gerçek değer, aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak belirlenen bilanço değeridir. Good-will de bu değere dahildir. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, Nr. 1185.

³⁷ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493/I. maddesinin gerekçesi.

³⁸ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6 N. 236; **Karasu**, s. 124. d. 36.

³⁹ **Lutz**, s. 295; **Karasu**, s. 125.

⁴⁰ TTK Tasarısı m. 493, f. 6.

⁴¹ **Karasu**, s. 125.

Esas sözleşme, devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılmaz. Devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılan veya devri tamamen yasaklayan esas sözleşme hükümleri, TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 7. fıkrasına ve anonim şirketlerin temel yapısı ve payların serbestçe devredilebilme ilkesine aykırı olur⁴². Özellikle onay isteminin reddedilebileceği hâller sınırlı sayıda belirtildiği için, esas sözleşmede bu sayılanlar dışında başka red nedeni öngörülemez⁴³. Yine esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım haklarının maddi/gerçek etki doğuracak şekilde, tanınması mümkün değildir⁴⁴. Dolayısıyla bu tür hakları tanıyan esas sözleşme hükümleri sicile tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi, şirketi bağlamaz ve üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce ileri sürülemezler. Zira TTK Tasarısı'nın 490. maddesinde Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı payların, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebileceği ifade edildiğinden ve 493. maddede de bu ilkenin istisnası açık bir şekilde düzenlendiğinden, bu maddede belirtilenler dışında başka bir yolla veya nedenle devrin sınırlandırılmasının, dolayısıyla esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım hakkının gerçek/maddi etki doğuracak şekilde tanınmasının mümkün olamayacağı sonucuna varılabilir. Esas sözleşmede öngörülen, öncelik ve önalım hakları, düzenleme biçimine göre pay sahibinin payını devretme hakkı üzerinde TTK Tasarısı'nda düzenlenen bağlam sisteminden daha ağır bir kısıtlama içerebilmektedir. Öncelik ve önalım hakları payın istenmeyen üçüncü kişinin eline geçmesini engellemekten öte, istenen üçüncü kişilerin eline geçmesini sağlamaktadır⁴⁵. Yine bu tür haklarda hakka riayet edilmeden payını üçüncü bir kişiye devreden pay sahibi, hak sahibine tazminat ödemek zorunda kalmaktadır⁴⁶.

⁴² Karasu, s. 125; İsviçre hukuku için bkz. Kläy, s. 149.

⁴³ Tekinalp, Ortaklık Payının Haklara Konu Olması, s. 352 vd. Böckli, ZBJV 1993, s. 491 vd.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 6 N. 296 vd.; Sprockhoff, Tilman, Vorkaufsrechte an Aktien, Frankfurt am Main 2004, s. 28.; Forstmoser, Peter, Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungsverträge? in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz -Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, 1998, s. 89 vd. Aksi görüş için bkz. Meier-Schatz, C. J., Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, SZW 1992, s. 224 vd. Bu yazarlar gerçek bedelin ödenmesini sağlamak koşuluyla, bağlam kurumu kapsamında önalım haklarının esas sözleşme ile tanınabileceğini savunmaktadırlar.

⁴⁴ Bkz. Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 296; Karasu, s. 125.

⁴⁵ Yargıtay, mevcut mevzuat çerçevesinde de, esas sözleşmede öngörülen önalım hakkını TTK Tasarısı'nın 418. maddesi anlamında bir bağlam olarak kabul etmiş ve bu bağlam hükümlerine aykırı pay devirlerinin şirkete karşı hüküm ifade etmediğini belirtmiştir. Bkz. Yrg. 11. HD, T. 07.11.2000, E. 6279, K. 8691 (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁴⁶ Bkz. Tekinalp, Ortaklık Payının Haklara Konu Olması, s. 352; Kläy, s. 470 vd.; Frey, s. 86; Karasu, s. 126.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım hakkının korporatif etki doğuracak şekilde tanınması mümkün olmadığından, bu tür haklar şirketsel değil, yalnızca borçlar hukuku anlamında sözleşmesel bir nitelik taşır⁴⁷.

TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 3. fıkrasında, 2. fıkrada sayılan haklı sebeplerin dolandırılmasını önlemek amacıyla şirkete, devreden kişiden devralanın bir beyanını kendisine sunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Devralan, payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir. Beyanın doğru olmadığına daha sonra anlaşılması hâlinde, pay defterine yapılan kayıt, ilgililerin görüşleri de alınarak bir mahkeme kararına gerek olmaksızın şirket tarafından silinebilir. Bu hüküm sayesinde bağlam nedeniyle pay sahibi olamayan kişilerin üçüncü şahıslar (saman adam) aracılığıyla pay sahibi olması engellenmiş olacaktır⁴⁸.

TTK Tasarısı'nın 494. maddesinin 1. fıkrasında, borsaya kote edilmemiş pay senetlerinin devrinde hakların geçişi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, devir için gerekli olan onay verilene kadar veya onayın verilmemesi hâlinde, pay senetlerinin mülkiyeti ve pay senetlerine bağlı idarî ve malî tüm haklar devredende kalır. Bu durumda yapılan devir sözleşmesi sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurabilir. Dolayısıyla 6762 sayılı Kanun'dan farklı olarak bölünme teorisi⁴⁹ yerine birlik teorisi tercih edilmiştir. Ancak pay senetleri/paylar, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra gereği iktisap edilmişlerse, bu durumda birlik teorisi değil bölünme teorisi kabul edilmiştir. Belirtilen durumlarda şirketin onay vermeme yetkisi çok sınırlı olduğundan bölünme teorisinin tercih edilmiş olması kanaatimizce yerinde olmuştur. Bölünme teorisine göre⁵⁰, hisse senetlerinin/payların mülkiyeti ve malvarlığı hakları (kâr payı ve tasfiye payı gibi) devir sözleşmesi ile birlikte derhal, yönetim hakları (genel kurula katılma, oy kullanma, iptal davası açma) ise, ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçmektedir. Şirket bu onayı vermediği sürece söz konusu haklar eski malikte kalır⁵¹.

TTK Tasarısı'nın 494. maddesinin 3. fıkrası, şirkete haklı sebeplerini devralana bildirmek için üç aylık bir süre tanımıştır. Buna göre, şirket, onaylama-

⁴⁷ Karasu, s. 126.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 173 vd.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lutz, s. 42 vd.; Pulaşlı, s. 179 vd.

⁵⁰ TTK Tasarısı m. 494, f. 2.

⁵¹ Bkz. yuk. II.

ya ilişkin talebi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde esas sözleşmede öngörülen bir sebebi ileri sürerek reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

c) Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Payları borsada işlem gören şirketler, kural olarak pay devir kısıtlamalarına ihtiyaç duymazlar. Bu tür sınırlamalar daha çok aile tipi anonim şirket esas sözleşmelerinde, şirketin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önlemek amacıyla öngörülür⁵². Ancak istisnai de olsa payları borsada işlem gören bazı şirketlerde de, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulabilir. Özellikle yabancı uyruklu kişilerin ve sıcak para kullanan fonların şirkete hakim duruma gelmesini önlemek için, pay devrinin sınırlandırılması yoluna gidilebilir.

TTK Tasarısı, 6762 sayılı TTK'nın aksine borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı payların devrinin onaylanmama nedenlerini büyük ölçüde sınırlandırmıştır. TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, nama yazılı payları borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirket esas sözleşmelerinde, payları iktisap edenin, pay sahibi olarak tanınmayacağına ilişkin bir hüküm kural olarak konulamaz. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşıldığı takdirde kayıttan imtina edebilir. Örneğin şirket sermayesinin %2'sini aşan iktisapların pay defterine yazılmayacağı kararlaştırılabilir. Söz konusu hüküm bir yandan pay sahiplerinin kompozisyonunu korumayı amaçlarken, diğer yandan da hukuki güvenliğin sağlanmasına da katkı sağlamaktadır. Zira bu hüküm sayesinde şirketin hangi şartlarda pay devirlerine onay vereceği önceden öğrenilebilmektedir⁵³.

TTK Tasarısı'nın 495/I hükmü, nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde ve sadece pay senetlerinin borsadan alınması halinde uygulama alanı bulur⁵⁴. Payların borsa dışından iktisap edilmesi halinde, devralan, payın mülkiyetini hemen kazanırken, malvarlıksal haklarını ancak şirkete başvurması ve devrin Kanun'da aranan kriterlere uygun şekilde gerçekleştiğini ispatladıktan sonra kazanabilir.

⁵² **Gehrer, Carole Lea**; Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Zürich 2003, s. 106.

⁵³ Bkz. TTK m. 495 Gereğesi

⁵⁴ Bkz. TTK m. 495/II Gereğesi.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 2. fıkrasına göre, şirket tarafından talep edilmesine rağmen, devralan, payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, şirket, payların pay defterine kaydını reddedebilir. Bu hüküm 1. fıkranın dolanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Aksi takdirde borsa da başkası adına veya hesabına yapılan alımlarla birinci fıkra tamamen etkisiz hâle getirilebilir⁵⁵. Söz konusu red sebebi, esas sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunmasa da ileri sürülebilir. Esas sözleşmede basit bir bağlam (blosse Vinkulierung) kuralının olması yeterlidir⁵⁶.

Borsaya kote edilmiş pay senetleri hukukî bir işlemle değil de, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla iktisap edilmişlerse, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez⁵⁷. Bu durumlarda yüzdesel ve diğer sınırlamalar geçerli değildir.

TTK Tasarısı'nın 496. maddesi ile borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşuna, SPK'nın yapacağı düzenlemeye uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirme ve şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirim ile şirket, nama yazılı pay senetlerini kimin aldığını bilmeseydi bile pay defterinde kayıtlı kişinin artık mezkûr hisse senetlerinin ve hakların sahibi olmadığını öğrenmiş olacaktır. Bu uygulama hem pay defterinin gerçek durumunu yansıtması açısından, hem de paya bağlı hakların kullanımı açısından büyük bir önem arz etmektedir. Zira TTK Tasarısı'nın 497/III. maddesi uyarınca borsaya kote edilmiş pay senetleri borsada satılınca, oy hakkı ile ona bağlı haklar hariç, paya bağlı haklar derhal devralana geçmektedir⁵⁸. Dolayısıyla şirketin pay devri konusunda karar vermesi anına kadarki askı döneminde, devralan pay defterine oy hakkından yoksun pay sahibi olarak kaydedilmektedir. Aynı durum pay devrinin, şirket tarafından reddedilmesi halinde de geçerlidir⁵⁹. Borsaya kote edilmemiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde birlik teorisi (Einheitstheorie) kabul edilirken, borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde ise bölünme teorisi (Spaltungstheorie) kabul etmiştir. Kanaatimizce böyle bir sistem farklı-

⁵⁵ Bkz **Gehrer**, s. 104.

⁵⁶ Bkz. TTK m. 495/III.

⁵⁷ Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer. Bkz. TTK m. 497/I.

⁵⁸ Bkz. TTK m. 497/III.

⁵⁹ Bkz. TTK m. 497/I. Gerekçesi.

lığının kabulü yerinde olmuştur. Borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde de birlik teorisi kabul edilmiş olsaydı, yatırımcıların borsaya olan güveni sarsılır, hatta ortadan kalkabilirdi⁶⁰.

TTK'nın 498. maddesinde şirket için bir red süresi öngörülmüştür. Buna göre, devralanın şirkete yönelttiği pay sahibi olarak tanınma talebi, bu talebin alındığı tarihten itibaren şirket tarafından yirmi gün içinde olumlu veya olumsuz bir karara bağlanmak zorundadır. Aksi takdirde şirket devralanı pay sahibi olarak kabul etmiş sayılır. Söz konusu talebin belli bir şekilde yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak talebin yazılı olarak yapılması ispat yönünden gereklidir.

Şirketin, devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddetmesi halinde, devralan şirkete karşı şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde dava açabilir. Reddin mahkemece hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi halinde, şirket, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanımak zorundadır. Söz konusu dava hakkı ile şirketin, keyfi, haksız, art niyetli red kararları ile devralanın oy hakkı ve oy hakkına bağlı haklarını devamlı olarak askıda tutmasına engel olunmuştur⁶¹. Ayrıca şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın red nedeniyle uğradığı zararı da gidermekle yükümlüdür⁶².

3. Pay Devir Kısıtlamalarına İlişkin Emredici Hükümlerin Dolanılması

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, TTK Tasarısı'nın 340. maddesinde öngörülen "emredici hükümler ilkesi"dir⁶³. Söz konusu hükme göre, "Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar." 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK Tasarısı'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin

⁶⁰ Bkz TTK m. 497/IV. Gerekçesi

⁶¹ Bkz. TTK m. 497/IV.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu**, s. 43 vd.

⁶³ **Karasu**, s. 43.

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, TTK Tasarısı'na göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, "emredici hükümler ilkesi"nin geçerli olduğu söylenebilir⁶⁴.

Pay devir kısıtlamalarına ilişkin TTK Tasarısı hükümleri emredici olarak düzenlendiğinden, anonim şirketlerde pay devir kısıtlamalarını dolanmak amacıyla yapılan sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir. Aksi takdirde pay devirlerinin şirketin onayına bağlanmasından beklenen sonuç gerçekleşemez. Pay devir kısıtlamalarını dolanmak amacıyla yapılan sözleşmeler değerlendirilirken, tarafların bu konudaki subjektif iradeleri, dolayısıyla tarafların dolanma kast ve niyetinin olup olmadığı dikkate alınmamalıdır. Söz konusu anlaşmaya ilişkin olayların objektif olarak değerlendirilmesinden, anlaşmanın devir sonucunu doğurduğu kanaatine varılması hâlinde dolanmadan bahsedilmelidir⁶⁵.

Pay devir sınırlamalarına ilişkin hükümlerin dolanılması amacıyla yapılan işlemlerin başında oy sözleşmeleri gelmektedir. Kural olarak her pay sahibi genel kurulda oyunu istediği şekilde kullanma hakkına sahiptir. Ancak aile şirketlerinde aile pay sahipleri, oyların aynı yönde kullanılmasını arzu ederler. Özellikle hisselerini halka arz etmeyi düşünen aile şirketleri, aile dışındaki pay sahiplerine karşı daha etkin olmak amacıyla oy sözleşmeleri yapma ihtiyacı duyarlar⁶⁶. Oy sözleşmeleri bu tip şirketlerde şirket içi ilişkiler ile şirket yönetiminin, esas sözleşmenin elvermediği ölçüde kişiselleştirilmesine imkân verir⁶⁷. Ancak bazı oy sözleşmeleri aile tipi şirketlerin istenmeyen kişilerin etkisi altına girme tehlikesine de maruz bırakabilir. Örneğin, onay şartını dolanmak amacıyla yapılan bir oy sözleşmesi uyarınca, pay sahibi, oyunu, payını devredemeyeceği bir üçüncü kişinin talimatlarına göre kullanma yükümlülüğü altına girmişse, üçüncü kişi, şirketin onayı olmadan oy kullanma hakkını elde edip şirketi kontrol etme imkânına kavuşacağından, onay şartı ile güdülen amaç gerçekleşemez⁶⁸. Zira, aile tipi anonim şirketlerde pay devirlerinin

⁶⁴ Lutter, Marcus/Barbara, Grunewald, Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der GmbH, AG 1989, s. 110; Karasu, s. 128.

⁶⁵ Bkz. Hoffmann-Becking, Michael; Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994, s. 443.

⁶⁶ Moroğlu, s. 11; Karasu, s. 179 vd.

⁶⁷ Bkz. Lutter/Grunewald, AG 1989, s. 111 vd.; Moroğlu, s. 59; BGE 114 II 64; Forstmoser, Peter, Aktionärsbindungsverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, s. 378 vd.; Pulaşlı, s. 223.

⁶⁸ Karasu, s. 127.

şirketin onayına tâbi tutulmasının en önemli amacı, üçüncü kişilerin şirket üzerindeki etkisini önlemektir⁶⁹.

Oy hakkının kullanılmasına ilişkin verilen temsil yetkisi⁷⁰ de bazı durumlarda bağlam hükümlerine karşı bir dolanma olarak ortaya çıkabilir. Özellikle oy kullanma konusunda verilen süresiz ve geri alınması yasaklanan temsil yetkileri, pay devir kısıtlamalarını dolanma olarak değerlendirilmelidir. Zira böyle bir temsil yetkisi devir sonucunu büyük ölçüde doğurmaktadır⁷¹. Belli bir süre için verilen temsil yetkileri de bazı durumlarda bağlam hükümlerine karşı bir dolanma olarak görülebilir. Temsil yetkisinin verildiği kişi bağlam hükümleriyle amaçlanan hususlara aykırı düşen biri ise, verilen temsil yetkisi bağlam hükümlerinin dolanılması olarak kabul edilebilir. Örneğin nama yazılı pay senedini devralan kişinin pay defterine kaydedilmemesi üzerine, devreden devralana bir temsil yetkisi verirse, bağlam hükümleri dolanılmış olur[□].

IV. SONUÇ

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken, TTK Tasarısı'nda esas sözleşmede sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Ret sebeplerinin esas sözleşmede çok açık ve somut bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Ayrıca belirtilen sebepler şirketin işletme amacı veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle red sebebi konusunda sadece TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmış olması ya da sadece "önemli nedenler" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir.

Nama yazılı payları borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirket esas sözleşmelerinde, payları iktisap edenin, pay sahibi olarak tanınmayacağına ilişkin bir hüküm kural olarak konulamaz. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır.

⁶⁹ TTK Tasarısı'nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Bkz. **Karasu**, s. 151.

⁷⁰ **Friedewald**, s. 48; **Lutter/Grünwald**, AG 1989, s. 113; **Karasu**, s. 128.

⁷¹ **Pulaşlı**, s. 220, 222.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı, borsaya kote edilmemiş pay senetlerinin devrinde hakların geçişi konusunda 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak bölünme teorisi yerine birlik teorisi tercih etmiştir.

TTK Tasarısı, payların irade dışı kazanımı konusunda da önemli değişiklikler öngörmektedir. TTK Tasarısı'nın 491 ve 493. maddelerinde bağlı nama yazılı payların irade dışı kazanımları sayma yoluyla belirlenmiştir. İrade dışı kazanım hallerinin bu şekilde sınırlı sayıda gösterilmesi nedeniyle, söz konusu hüküm benzer durumlarda uygulanamaz. Tasarı'da sayılan irade dışı kazanım çeşitleri kapsamına benzer nitelikteki kazanımları da yorum yoluyla dahil etmek, istisnaların ancak öngörüldükleri alanla sınırlı olarak uygulanacakları hakkındaki hukuk ilkesi ile bağdaşmaz.

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, irade dışı iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ise, şirket devredilen payları gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001
- Basler Kommentar:** Obligationenrecht II, 3. Aufl., Zürich 2008 (Yazar, Basler Komm, madde numarası)
- Böckli, Peter:** Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (Böckli, Schweizer Aktienrecht)
- Burgard, Ulrich:** Die Offenlegung von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft, AG 1992, s. 41 vd.
- Forstmoser, Peter:** Aktionärsbindungsverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, s. 359 vd.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- Forstmoser, Peter:** Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungsverträge? in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz -Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, 1998, s. 89 vd. (Vinkulierung).
- Frey, Martin:** Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1979
- Friedewald, Rolf:** Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990
- Gehrer, Carole Lea:** Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Zürich 2003
- Hoffmann-Becking, Michael:** Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994
- Karasu, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009
- Karayalçın, Yaşar:** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, Ankara 1983 (Meseleler ve Görüşler)
- Kläy, Hanspeter:** Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuem Aktienrecht, Helbig&Lichtenbahn, Basel 1997

T.T.K. Tasarıma Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

- Lutter, Marcus/Barbara, Grunewald:** Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der mbH, AG 1989, s. 109 vd.
- Lutz, Peter:** Vinkulierte Namenaktien insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft, Zürich 1987
- Meier-Schatz, C. J.;** Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, SZW 1992, s. 224 vd.
- Moroğlu, Erdoğan:** Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara 2002 (Oy Sözleşmeleri)
- Nilsson, Gül Okutan:** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2006
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005
- Pulaşlı, Hasan:** Bağlı Nama Yazılı Pay senetleri, Ankara 1992
- Sprockhoff, Tilman:** Vorkaufsrechte an Aktien, Frankfurt am Main 2004
- Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 345 vd.
- Tekinalp, Ünal:** Halka Açık Anonim Şirketler Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiri, Kubilay'a Armağan, İstanbul 1975, s. 469 vd. (Kubilay'a Armağan)
- Turanboy, Asuman:** 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4478 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 39 vd.
- Ünal, Oğuz Kürşat:** Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, GÜHFD, Haziran, Aralık 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 1 vd.
- Yıldız, Şükrü/Özbay, İbrahim:** Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 5 vd.

BOŞ

TELİF HAKKI İHLALLERİNDEN İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN SORUMLULUKLARI

Sefer OĞUZ*

ÖZET

Elektronik teknolojisindeki gelişmeler ve internetin geniş kitleler tarafından kullanılması yeni iletişim ve ticaret yöntemleriyle birlikte, bilgisayar programları ve elektronik (data base) veri tabanları gibi yeni eser tiplerinin ortaya çıkardı. Bu yöndeki gelişme eserlere yeni ihlal yöntemlerini de gündeme getirdi. Bununla birlikte, bir eserin içerik olarak kullanılmasının ötesinde, bir eserin internet ortamında yayınlanması teknik işbirliğini zorunlu kılar. Böyle bir içerik yayını, içeriğin sağlanması, içeriğe yer sağlanarak barındırılması ve erişim sağlanması gibi farklı teknik safhaların bütünleşmesiyle mümkün olabilir. İçeriğin sağlanması fiili dışında, İnternet Servis Sağlayıcılar yer sağlama ve erişim sağlama nedeniyle üçüncü kişilerin fiillerinden potansiyel olarak sorumluluk tehdidi altındadır. Başta ABD ve AB olmak üzere üçüncü kişilerin telif hakkı ihlallerinden doğan haksız fiileri ve hukuki sonuçlarını kanuni düzenlemeye kavuşturmuştur. Ancak ülkemizde 5651 sayılı kanunla yapılan düzenlemede mesele sadece ceza hukuku boyutuyla ele alınıp, özellikle telif hakkı ihlallerinden doğan İnternet Servis Sağlayıcıların sorumlulukları ve sorumsuzlukları konusu ihmal edilmiştir. Bu yöndeki ihtiyacı gidermek ve AB müktesebatına uyum çerçevesinde AB ynergisinin iktibası olumlu bir gelişme olurdu.

ANAHTAR KELİMELELER

İnternette telif hakkı ihlali, içerik sağlayıcının ve internet servis sağlayıcıların yer sağlamaktan ve barındırmaktan sorumluluğu.

SUMMARY

Developments in electronic technology and using internet by mass people introduced new types of works such as computer programmes and electronic data bases together with new communication and trade methods. This progress brought new infringement of the works. Nevertheless; beyond using the work as content, on line publishing in internet obliges technological corporation. This publishing can be possible by the integration of technical stages like; providing the content, hosting the content, access the content. Beyond the providing the content, on line service providers are under legal action threat by reason of hosting and accessing the contents which are

* Şekerbank T.A.Ş Hukuk İ. Müşaviri.

Sefer OĞUZ

provided by third parties copyright infringements. Leading of USA and EU, the torts which are occurred by third parties copyright infringements on conclusion of law were enacted. However, the legal subject was exclusively handled by criminal law and subject matter of the liability and nonliability of internet service providers that are because of third parties copyright infringements were neglected by law no: 5651 in our country. To supply this need and to comply with Acquis Communautaire, implement of Electronic Commerce Directive by law 2002 no: 2013 would be favourable progress.

KEY WORDS

content provider, on line service provider, liability of intermediaries, copyright infringement

I-GİRİŞ

İnternet'in teknik alt yapısını çeşitli tip ve büyüklükteki bilgisayarlar ile bunların arasında veri alış verişini sağlayan fiber optik kablolar, uydu bağlantıları ve telefon hatları meydana getirir. Bu bilgisayarlar: İnternet ortamında¹ barındırma hizmeti veren bilgisayarlar, bilgi talep eden kullanıcı bilgisayarları ile bilgi akışını yönlendiren bilgisayarlardır (*router*). İnternette içerik yayınlama ve veri iletimi işbirliği gerektiren bir süreç olduğundan iletişim araçlarıyla işlenebilen haksız fiillerde sorumluluk sadece içerik sağlayan ile sınırlı tutulamaz². Bundan dolayı içeriği yayınlayanlar ve yayınlanmasına yardım edenler de belirli şartlarda sorumlu tutulabilir³.

İnternette servis sağlayanlar:(İSS) İSS şirketler, arama motoru programı işleten şirketleri, tartışma ve haber grupları sağlayan kişiler, web sitesi⁴ sahipleri ile internet alt yapısı sunan telekomünikasyon şirketlerdir⁵.

¹ İnternet Ortamı için Siberuzay, Bilgi Süperotoyolu ve Sanal Ortam gibi adlarda kullanılmaktadır.

Ancak İnternet Ortamı terimi daha kapsamlı bir terim olması sebebiyle bu terim kullanılacaktır.

² **Fried Neil**, Dodging the Communications Decency Act When Analyzing Libel Liability of On-line Services, The Columbia Science And Technology Law Review, Vol.1 1999-2000, s. 3.

³ Bkz. İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, ticari veya ekonomik amaçlı içerik, yer ve erişim sağlayıcılara kendilerine ait tanıtım bilgilerini ve erişim bilgilerini web sayfasında bulundurma zorunluluğu getirilmiştir.

⁴ Web siteleri hakkında bkz. **Oğuz, Sefer**, Veri Tabanı Hakkı ve *Sui Generis* Veri Tabanı Hakkının Sınırları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 741 vd.

⁵ Bu konuda bkz. **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, 2004, s. 330. İnternet alt yapısını Dünyada Telekom şirketleri kurmaktadır. Bizim ülkemizde de Türk Telekom A.Ş bu alt yapıyı kurup İSS şirketler ile yaptığı sözleşme ile 822 li hatların kullanımını bir yıllık sözleşme süreleri ile kullanıma sunmaktadır. Telekom alt yapısı "Telekomünikasyon üzerinden veya aracılığı ile gerçekleştirilmesini sağlayan anahtarlamalı ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini ifade eder (406 s K m.1, T.H.Y m.4/8) .Türk Telekom a ait olan alt yapı kurma tekeli 27.1.2000 tarih ve 4502/2 sayılı kanunla 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanununun 2. maddesinde yapılan değişiklikle şartlı olarak kaldırılmıştır. Buna göre; Türk Telekom'un bir işletmeci veya kişisel telekomünikasyon tesisi sahibinin, alt yapısından yararlanma talebini karşılayamaması durumunda ilgili işletmeci veya kişisel telekomünikasyon tesisi sahibi gerekli alt yapı tesisini ilgili imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon hükümleri dairesinde kendi imkanları ile kurabilir veya Ulaştırma Bakanlığı bu alt yapının kurulması hususunda imtiyaz veya telekomünikasyon ruhsatı verebilir(406 s K m2, T.H.Y m.26). İSS'lar kendi alt yapılarını belirli şartlarda kurma izni verilebilir.Bu yasal düzenlemeler ile Türkiye de internet alt yapısını kurma tekeli Türk Telekom'dan almıştır. Bu zorunlu alt yapıyı özel sektörün kurmaması halinde, telekom kurmak zorundadır.

Sefer OĞUZ

Türk Hukukunda internet ortamında veri iletiminden doğan sorumlulukları “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Hakkındaki Kanunda (İYDHK)⁶ ” düzenlenmiştir. Bu kanunla Türk Kanun Koyucusu da bir içeriğin internette yayınlanması sürecindeki temel fonksiyonları dikkate alarak, karşılaştırmalı hukukta yapılan düzenlemelerle aynı prensipleri benimsemiştir. İçerik sağlayıcıların, yer sağlayıcıların ve erişim sağlayıcıların sorumlulukları anılan kanunda fonksiyonlara uygun şekilde düzenlenmiştir.

İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi ve veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır (İYDHK m. 2/f).

Yer sağlayıcı: Hizmet ve içeriklerini barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır (İYDHK m. 2/m). Günümüzde şirketlerden bireylere, kamu kurumlarından derneklere kadar gerçek ve tüzel kişiler web sitesi sahibi olarak sanal dünyada yerlerini almaktadır. İnternet ortamında web sitesi sahibi olmak için bir alan adı tahsis ettirilmesi gerekir. Buna ek olarak, web sitesine barındırma (*hosting*) hizmeti verecek bir sabit disk alanına ihtiyaç vardır. Bilgisayarda dizayn edilen web sitesininin internete bağlı olan bir sunucuya yüklenmesi⁷ ve de web sitesinin çağrılmaya hazır halde tutulması ile yayınlanmaya başlanır.

Erişim sağlayıcı ise; kullanıcılara internet ortamında erişim sağlama olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişilerdir (İYDHK m. 2/e). Kullanıcılar internet erişim şirketleri ile yapacakları sözleşmeyle, alacakları kullanıcı adı, şifre ve telekom hatlarını kullanarak bu içeriğe erişebilirler. İnternet süjelerinin sorumluluklarını web içeriğinin hazırlanması, internet servis sunucu şirketin sunucu bilgisayarına yüklenmesi ve içeriğin kullanıcılar tarafından ziyaret edilmesi ile suç oluşur veya hukuki sorumluluklar doğar.

Çoğunlukla, İSS’lar internette erişim sağlamanın yanında başka kullanıcıların erişebildiği web sunucularına materyallerin yerde sağlamaktadır. Birçok

⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınları Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun, Resmi Gazete, 23 Mayıs 2007, S. 26530.

⁷ Web sitesinin sunucu bilgisayara yüklenmesi için bkz; **Hasan Çebi Bal**, Bilgisayar ve İnternet, Akademi Yayın evi, Mart 2000, s. 402; **Yaung, Margaret-Muder-Kay**, İnternet Temel Kullanım Kılavuzu, İstanbul, 2000, s. 630

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

İSS haberlerin yüklenebileceği ve okunabileceği *usenet*⁸ işletirler. Bazıları ise, posta listeleri kurarak belirli ücret karşılığında kullanıcıların faydalanmasını sağlarlar.

İSS'ların sorumlulukları içerik sağlama, içeriğe yer sağlayarak barındırma ve erişim sağlama fonksiyonlarına bakılarak tespit edilebilir. Bir İSS birden fazla rol içinde bulunabilir. Örneğin; İSS'lar aynı zamanda içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcı gibi hizmetler sunabilir. Bu temel fonksiyonları ifa edenler veya edilmesine yardım edenler belirli şartlarda sorumlulukla karşılaşabilirler. İçerik yüklemek suretiyle hakaret, sövme gibi yazılı basında işlenebilen haksız fiiller ile gizli yaşam alanına tecavüz ya da ticari marka, telif haklarına yapılan kanuna aykırı kullanımlardır⁹.

Fikri mülkiyete konu hakların, dijital forma dönüştürülerek internet ortamına aktarılması ile bu haklara dijital ortamında yapılan tecavüzlerden İSS'ların üçüncü kişilerin eylemlerinden ne kadar sorumlu oldukları konusunda ateşli bir tartışma başlamıştır. İSS, Bulletin Board System (BBS) ve web sitesi sahip ve yöneticileri üçüncü şahıslara ait içeriklere yer sağlayıcı olarak barındırma hizmeti vermektedirler. Üçüncü şahıslara ait bu içeriklerin internet ortamında izinsiz yayınlanması eser sahibinin kamuya sunma, yayınlama veya dijital iletme haklarına tecavüz oluşturabilir. Bu sebeple, İSS'ların üçüncü şahısların fikri haklara tecavüz oluşturan içeriklerinden doğan potansiyel sorumlulukları sınırlandırılmasında tedbirli olunmalıdır¹⁰. İnternet; yazar, eğitimci, araştırmacı ve yayıncılara kendi pazarlarını bulma ve bu pazarda yer alma konusunda yardım eder. Aynı teknoloji internet ortamında fikri hakların bulunduğu materyallerin kopyalanmasını ve dağıtılmasını mümkün kılar. Tecavüzleri yapanların tespiti zor olduğundan bu eylemler yaptırımsız kalabilmektedir¹¹. Kopyalama, internet ortamındaki bir esere yapılabilecek en kolay tecavüz şeklidir. İzinsiz kopyalama işini yıldırım için bir şeyler yapılmasını isteyen telif hakkı sahipleri için bu durum ciddi bir endişe kaynağı olmuştur.

⁸ *Usenet* (User Network) Konularına göre sıralanmış birçok ağ haberleri grubunun bulunduğu, haber okuyanların, haber gönderen ve haber alan kişilerin oluşturduğu sistem bkz. İnan, Aslan, İnternet El Kitabı, 5. Bası, 2000, s. 567.

⁹ **D. Combell**, Law of the Online Auliness, Tronto, 1995, s. 34.

¹⁰ **Jonathan Freedman and Francis M. Buono**, Using The Digital Millennium Copyright Act To Limit Potential Copyright Liability Online, , The Ricmount Journal of Law and Techonology, Vol..VI, İssue-4 Winter 1999-2000, s. 2.

¹¹ **V. K. Unni**, İnternet Service Provider's Liability for Copyrigt Infringement- How to Clear the Misty Indian Perspective, The Ricmount Journal of Law and Techonology, Vol. VIII, İssue. 2 Fall 2001, s. 2

Fikri hak sahipleri internet ortamında kopyalama kolaylığından dolayı milyonlarca dolar zarara uğradıklarından yakınmaktadırlar¹². Tecavüz edildiği iddia edilen eserin tecavüz edenini bulmak kolay değildir ancak barındıran ISS tespit etmek oldukça kolay bir iştir. İçerik sağlayarak tecavüzü yapan kişi yakalansa bile zararı ödeme gücüne sahip olduğu garantisizdir de yoktur. Diğer taraftan, İSS korsan kullanımdan elde ettikleri faydadan bu zararı ödemek durumunda kalacaklardır¹³. Bu durum İSS'ları ilk müracaat edilen davalılar olarak karşımıza çıkarmaktadır.

II-İnternet Ortamına İçerik Sunanların (*Content Provider*) Sorumluluğu

A- Genel Olarak İçerik ve İçerik Sağlayanlar

Web sitelerinde bulunan içerikler birçok şekilde bulunabilir. Web sayfaları HTML dilinde hazırlanırken metin, grafik, ses, bilgisayar programları ve resimler web sayfaları içeriğine yerleştirilir. İçerik sağlayıcı, görülen veya dinlenen materyalleri web sitesine veya diğer internet ortamında koyan kişidir. İçerik sağlayıcıların kapsamına hem internet hizmeti sağlayan on-line kuruluşlar ve daha özel hizmetlere özgülenmiş BBS'ler ve benzerleri hem de web sayfalarının sahipleri girer. Hizmet kuruluşları diğer hizmetler yanında içeriği depolayıp sisteme aktardıkları, web sayfaları bulunanlar da bu sayfalara kendilerinin veya başkalarının içeriklerini koyduklarından dolayı bu sayfalara girenler yönünden "içerik sağlayıcı" sıfatını alabilir¹⁴.

Kullanıcı web sitesine eriştikten sonra görme, işitme veya kendi bilgisayarına kopyalama (*down load*) yaparak bu içeriği kullanabilir. İçerikler kullanım açısından, eş zamanlı kullanılabilen içerikler ve kopyalanabilen (*down load*) içerikler olarak ikiye ayrılır. Eş zamanlı içeriği sadece internete bağlı iken görebilir veya duyabilir. Buna en güzel örnek metin dosyalarıdır. Kopyalanabilir dosyalarda ise internete bağlı iken sadece bir metin görünür; (*click*) tıklamadan sonra dosya kullanıcı bilgisayarına yüklenmeye başlar ve kopyalama işlemi bittiğinde bilgisayarda bulunan dosyayı internete bağlı olmasa da kullanabilir¹⁵.

¹² Unni, s. 2.

¹³ Unni, s. 3.

¹⁴ Tekinalp, s. 331.

¹⁵ Graham JH. Simit, İnternet Law and Regulation, ,second edition, London 1999, s. .5.

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

AB Komisyonu yasadışı ve zararlı içerikle mücadele etmek için bir eylem planı hazırlattı. Bu planın amacı yasadışı ve zararlı içerikle mücadele etmek için yargı otoriteleriyle polis arasındaki işbirliğinin gelişmesine yardım etmektir. Plana göre yasadışı içerikle zararlı içerik arasındaki temel fark; yasadışı içerik ulusal hukuklara aykırılık olarak kabul edilirken, zararlı içeriğin tek başına yasadışı olarak kabul edilmemesidir. Özetle, ifade özgürlüğü nedeniyle zararlı içeriklerin basımı zararlı olmamakla beraber, dağıtımını sınırlandırılmış veya bu içeriğe erişmek için belli şartlara sahip olmak gereği aranmıştır. 18 yaşından küçük bir çocuğun bu yasal şartları taşımayan muzır sitelere erişmesine izin verilmesi suç oluşturur¹⁶. Bu plan yasadışı içerik ve zararlı içeriği sekiz ana başlıkta toplamıştır.

- a) Ulusal Güvenlik: Terörist faaliyetler, bomba yapımını öğreten, yasadışı ilaçların (*drugs*) nasıl üretilceğini tanımlayan veya terörizmle ilgili içeriklerin bulunduğu siteler.
- b) Küçüklerin Korunması: İnternet ortamında muzır içeriklerin, gençleri hedef alan gereksiz şiddet ve ahlaka aykırı içeriklerin barındırılması.
- c) İnsan Onurunun Korunması: Belli bir ırk aleyhine propaganda veya ırk ayrımını savunan içeriklerin barındırılması. Bu plan özellikle Yahudi karşıtı eylemleri tanımlamıştır.
- d) Ekonomik Güvenlik: Banka hesaplarına izinsiz girilerek değişiklik yapıp hesapların boşaltılması, kredi kartları bilgileri ile yapılan dolandırıcılık.
- e) Gizliliğin Korunması: Erişim noktalarına karşı yapılan zararlı eylemler (*Hacking*).İnternette iletilen verileri izinsiz olarak ele geçirme olarak tanımlanabilir.
- f) Kişiliğin(*Reputation*) Korunması: Kişileri hedef alan hakaret veya diğer kişiliğine zarar veren içerikler.
- g) Fikri Hakların Korunması: Fikri Haklar Kanunlarına göre korunan eserlerin izinsiz olarak dağıtılması ve çoğaltılma amacı ile barındırılması.

¹⁶ Chris Pounder, *Computers & Security*, Vol. 17, 1998, s. 393.

B- Karşılaştırmalı Hukukta İçerik Sağlayaların (Content Provider)

Sorumluluğu.

İçerik sağlayıcı web sitesi içeriğinde hukuka aykırı unsurlar bulunması halinde, bundan genel hükümlerine göre sorumludur. Burada konu olan web sitesi, sahibinden başka kimsenin içerik koyamadığı siteler şeklinde anlaşılmalıdır. Tartışma odaları ve benzeri katılımcıların kimliğinin belli olmadığı sitelerin sahip ve yöneticilerinin sorumluluğu ancak kasıtlarının veya ihmallerinin kanıtlanmasından sonra doğar.

Belçika’da, bir gazetecinin makalesini izinsiz olarak internet ortamında yayınlanmasından dolayı çoğaltma hakkının ihlali olarak kabul edilerek, yayının durdurulması kararı ile birlikte davacıya tazminat ödenmesine karar verilmiştir¹⁷. ABD’de yaşanan örnekte; başkasına ait bilgisayar programını bilgisayar ortamına FTP ile yükleyerek herkesin kullanımına sunan MaxButlere karşı Bilgisayar yazılımcılar derneğinin açtığı tazminat davası lehine sonuçlanmıştır¹⁸.

C- Türk Hukukunda İçerik Sağlayanların Sorumluluğu

İçerik sağlayıcı, kural olarak internet ortamına bizzat kendi sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Ancak, başkasına ait içeriğin sunulmuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise, içerik sağlamasa da genel hükümlere göre sorumlu olacaktır (İYDHK m.6). Bu konuda 15.05 2002 tarihinde kabul edilen 4756 sayılı kanunun 26 maddesi ile 5680 sayılı basın kanununa ek-9 maddesi eklenerek, internet ortamında yayınlanan hakaret, yalan haber gibi eylemlerin bulunduğu her türlü resim ve işaretin doğurduğu maddi ve manevi zararlardan dolayı 5680 Sayılı Basın Kanununun uygulanacağını belirtmiştir. Bu hükme göre; İnternet ortamında elektronik bülten, elektronik gazete ve diğer şekilde açılan sayfalara yazı, resim veya sesli ya da sesiz görüntüler ile içerik sağlayan kişi bunların neden olduğu maddi veya manevi zararlardan sorumlu olacaktır (BaK m.16/I,17). İnternet ortamında başkasına ait kişilik haklarına tecavüz teşkil eden içeriğin sahibi MK m. 24, 25 ve BK m. 41, 49 göre tazminat ile sorumludur.

¹⁷ Lesley Ellen Harris, Digital Property Of the 21st Century, Canada, s. 167.

¹⁸ Harris, s. 165

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

İnternet ortamında kişilere karşı işlenen hakaret veya tehdit gibi suçların yanında, suç olmayan ancak kişilik haklarına tecavüz eden eylemler de meydana gelebilir. Bunlar; bir şirketin mali durumunu,¹⁹ mallarını olumsuz etkileyecek haberler olabileceği gibi (TK m.56 vd), kişinin özel hayatına ilişkin mahrem bilgilerin yayımlanması şeklinde de olabilir. Bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olan ya da bu hususta asılsız haberler yayanlar için bu suçu internet veya benzeri bilgi iletişim teknolojileri ile yapmaları halinde hapis ve para cezasına mahkûm olacaklardır (Bankacılık Kanunu m. 73.).

İnternet ortamında eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarına kasten ve yetkisiz olarak ihlal edenler hakkında FSEK 72/2 maddesi uygulanacaktır (FSEK m. Ek-4²⁰)

Fikri ürünlerde, internet ortamına yüklenerek, eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüz edilebilir. FSEK 25. madde belirtilen “*Bir eseri her nevi işaret, ses ve görüntü iletimine yarayan araçlar ile*” FSEK nun 71. maddesinde sayılan eylemlerin birinin işlenmesi halinde manevi haklara tecavüz edilmiş sayılır. Bu durumda eser sahibi manevi tazminat davası açabilir (FSEK m.70/1). Aynı eylemleri yapmasında kusuru varsa bu durumda, Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilir (FSEK m70/2).

İçerik FSEK’te sayılan eserlerden biri olabileceği gibi televizyon yayınları veya sahne sanatları da olabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Mali Haklara Tecavüz başlığını taşıyan 72/4 maddesinde; Bir eseri, “... *dijital iletimde dahil olmak üzere her nevi işaret ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlar ile yayan..*” denilerek, geniş bir tanımla internet ortamına izinsiz olarak aktaranlara uygulanacak ceza hükmü düzenlenmiştir. Mali ve manevi haklara tecavüz halinde bunları işleyenlere dört yıldan altı yıla kadar hapis cezaları ile ağır para cezaları verileceği düzenlenmiştir (FSEK m. 71-72).

Yukarıdaki bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye deva eden içerik sağlayıcılar hakkında FSEK 72/2 maddesinin hükümleri uygulanır (FSEK m. Ek-4/II).

¹⁹ Bu konuda bkz, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m 47/A-3; Ticaret Kanunu m.60; 4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunun, m 16,17.

²⁰ 5101 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 23 Mart 2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

III- İSS'ların Hizmet Sağlamaktan Doğan Sorumluluğu

A- Genel Olarak İSS'ların Hizmet Sağlaması

Hizmet bilgisayarı adından da anlaşılacağı gibi, belirli bir kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya programdır. Hizmet bilgisayarı aynı zamanda, dijital bilgilerin saklandığı (*depo edildiği*) manyetik bir ortamdır. Hizmet bilgisayarı başka bilgisayarlara ve ortamlara hizmet/destek sağlama fonksiyonunu ifade eder²¹. Hizmet bilgisayarı bir ana bilgisayara bağlı olarak internet ortamına ulaşır ve internetin bir parçası olur. Ana bilgisayar ise bilgilerin depo edildiği internete bağlı bir bilgisayarı ifade eder. Ana ve hizmet bilgisayarları örneklerinde görüldüğü gibi, bünyesinde belli bilgileri saklayan ve çağırılmaya hazır halde tutan bilgisayarlara sahip olan şirketler İSS şirketleri olarak tanımlanabilir. Bu şirketler aynı zamanda internete erişim sağlama işlemi de yapabilirler.

İSS'nın web aboneliği, e-posta adresi, haber gurupları ve sohbet odaları hizmetlerini barındırması katma değerli hizmet olarak tanımlanır. Bu hizmetleri üniversiteler, kamu kurum ve kuruluşları ile İSS şirketleri sağlayabilir²². Bu şirketler barındırma hizmeti yapmalarından dolayı barındıran (*host*) olarak adlandırılabilir. Bu durumda internete bağlı bilgisayarı bulunan ve web sitesi, e-posta adresi, reklam barındıran şirketlerin hepsi barındıran (*host*) olarak anılmaktadır²³.

İSS'lar anabilgisayar (*host*) ve sunucularında (*server*), üçüncü kişilere ait kontrol edemeyecekleri kadar çok web sitesi içeriğini barındırma hizmeti verirler. Barındırılan bu HTML sayfalarından başka serverler de bulunan içeriklere hiperbağlar verebilirler. İSS'ların barındırdıkları içeriklerde hukuka aykırı materyal bulunabilir. İSS'lar kullanıcıların ve site sahiplerini ve suç işleyenleri tespit etmede büyük önemleri vardır²⁴. İSS'nın içerikleri kontrol etmesi ve bunlardan haberdar olması çok güçtür.

²¹ Güran, Sait-Akünel-Bayraktar-Yurtcan-Kendigelen-Beller-Sezer, İnternet ve Hukuk, İstanbul, 2000, s. 20.

²² Katma değerli hizmetin tanımı 406 sayılı Telgraf ve telefon kanunu ile Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin yapılmıştır.

²³ Güran ve Diğerleri, s. 21

²⁴ İSS'ler internet ortamına gönderilen suç unsuru taşıyan içeriklerin gönderildikleri E-posta hesaplarının kime ait olduğunu tespit etmede ve BBC'ler de yazılan içerikleri yazarların takma adların faillerini tespit etmede önemlidirler.

B- İSS'ların Üçüncü Kişilerin İçeriklerine Yer Sağlamaktan (Barındırmaktan) Doğan Sorumlulukları

1- Genel Olarak İçeriğe Yer Sağlanarak Barındırılması

İçeriklere barındırma hizmeti en büyük çapta İSS'lar tarafından verilir. Tartışma ve haber gruplarıyla web sitelerine İSS'lar barındırma hizmeti verir. Tartışma ve haber grupları ile web siteleri üçüncü kişilere ait içerikleri barındırabilir. Ancak, temel barındırma hizmetini veren İSS lardır. Tartışma ve haber gruplarıyla web sitelerinin varlığı İSS'ların varlığına bağlıdır. İSS'lar tarafından işletilen veya kontrol edilen ağlar veya sistemler üzerinde üçüncü kişilere ait materyallerin depolanmasına barındırma denir. Bu tip barındırma veya yer sağlamaya örnek, kullanıcılara web sitesi veya sohbet odaları için yardımcı bilgisayarlarında sağladıkları manyetik boşluk sayılabilir. ABD Mahkemeleri İSS'ların DMCA'dan önce yasadışı veya hukuka aykırı içeriğin barındırılmasından dolayı Anglo-Sakson hukukunun genel sorumluluk hükümlerine göre ihtilaf çözülmekte idi²⁵.

²⁵ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde sorumluluk üç şekilde düzenlenmiştir.

- a) Doğrudan Sorumluluk (*Direct Liability*). Bu sorumlulukta haksız fiili işleyen kişi tam olarak sorumludur.
- b) Katılım Sorumluluğu (*Contributory Liability*): Haksız fiili direk olarak işleyene, eylemin haksız fiil olduğunu bilerek yardım eden ve bundan mali menfaat sağlayan kişinin sorumluluğudur.
- c) Başkasının Fiilinden Sorumluluk (*Vicarious Liability*): Haksız fiili işleyen kişiyi denetleme hak ve yetkisi bulunan kişinin, çalıştırdığı veya başka şekildeki denetleme hak ve yetkisinden dolayı objektif sorumluluktur. Denetleme hak yetkisinde olan kişinin sorumlu olabilmesi için öncelikle çalıştırdığı kişinin doğrudan sorumluluğuna karar verilmelidir.

2- Karşılaştırmalı Hukukta İSS'ların Üçüncü Kişilerin İçeriklerine Yer Sağlamaktan Doğan Sorumlulukları

Başta ABD²⁶ olmak üzere Avustralya²⁷, İngiltere²⁸ ve Singapur²⁹ telif hakları dışında konusu haksız fiil veya suç oluşturan internet eylemleri için özel yasal düzenlemeleri de yapmıştır.

Bu arada, internetin ortaya çıktığı ülke olan ABD mahkemelerinin, İSS sorumluluklarını belirlerken dikkate aldıkları kriterlere değinmek gerekir. ABD mahkemeleri *Cubby Inc* ile *Cumpuserve Inc*³⁰ ile *Stratton Oakmont v.*

²⁶ ABD'de İletişim Ahlak Kanunu (*Communication Decency Act/CDA*) yapılmadan önce İSS'ların sorumlulukları ile ilgili iki mahkeme kararı önemlidir. Common law'a göre suç oluşturan bir sözü söyleyenle, yazan veya tekrarlayanın cezai ve hukuki sorumluluğu aynıdır. Bu ülkede, İSS'ların sorumlulukları tespit edilirken, içerikle ilişkilerine bakılarak, şu şekilde sınıflandırılmıştır; editoryal kontrol görevi varsa yayıncı, editoryal kontrol görevi olmayıp sadece bilmesi yada bilmek zorunda olması durumunda sorumlu olan dağıtıcı ve son olarak sadece taşıyıcıdır. (**Jonathan A. Friedman- Francis M. Buono**, Limiting Tort Liability for Online Third-party Content Under Section 230 of the Communications Act, Federal Communications Law Journal, Vol. 52, no. 3, s. 650; **Neil Fried**, Dodging the Communications Decency Act When Analyzing Libel Liability of On-line Services: The Columbia Science and Technology Law Review, vol.1 1999-2000,s.14;McDonald; s. 3). CDA, 1996 yılında A.B.D pornografik sitelerin artması sonucunda bu yasa kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir. Bu yasaya karşı Amerikan Yüksek Mahkemesinde görülen iptal davasında suçu tanımlayan unsurların mutlak olması ve ayrıca iletişim özgürlüğünü garanti altına alan Amerikan Anayasasının First Amendment aykırı olduğu tespit edilerek 223(a)(1)(B),223(d)(1)(A) ve 223(d)(1)(B) hükümleri 20 Şubat 1997 tarihinde bir kısmı iptal edilmiş savunmaya ilişkin getirilen hükümler kalmıştır.

²⁷ Avustralya, *Electronic Commerce Act* ile İSS'ların ceza ve hukuki sorumluluktan kurtulmalarına ilişkin hükümler getirmiştir. İSS'ların barındırdıkları üçüncü kişilere ait içeriklerden dolayı hukuk ve ceza sorumluluğundan kurtulmaları için bu hukuka aykırı içeriklerden haberlerinin olmadığı veya oluşturulmasına katılmadıkları, kazanç elde etmediklerini göstermek zorundadırlar(m.5).14 June 2000, Republic act no, 8792. Bu yasada ABD DMCA örnek alınarak düzenlenmiştir.

²⁸ İngiltere'de 1998 yılında değişiklik yapılan 1996 tarihli İftira Yasasına göre; Masum dağıtıcı savunması internet ortamına uyarlanmıştır. İSS'lar, sorumluluktan kurtulmak için, hakaret kabulünden içeriğin yayıncısı, editörü veya yazarı olmadığını, bu tür yayınları önlemek için makul tedbirler aldığını, yayınlamaya bilerek veya bilmiş sayılacak şekilde katkıda bulunmadığını ispatlamak zorundadır. İngiltere'de Demon adlı İSS şirketin tartışma grubuna kimliği belirsiz bir kişinin Godfrey hakkında pis ve müstehcen içerikten sonra davacı bu içeriğin kaldırılmasını istemiş ve hemen Demon tarafından yerine getirilmiştir. Davacı Demon'a dava açmış mahkeme, İSS'ya içeriği bilmesine rağmen kaldırmadığı ve önlemek için gerekli önlemleri almadığından sorumlu bulunmuştur.

²⁹ Singapur'da *Electronic Transmission Act(ETA)* ile İSS'lara üçüncü kişilerin içeriklerinden ceza ve medeni hukuka göre sorumlu olmayacakları yasal olarak teminat altına alınmıştır (m.10). Ancak, aynı yasanın başka bir hükmünde suç içeriği bulunan içeriklerin yayınlanmasına bilerek veya bilmeyerek yardım edenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Literatürde, bu hükmün İSS'lara uygulanma tehdidi olduğu belirtilmektedir.

³⁰ *Cubby Inc* ile *Cumpuserve Inc* davasında; davalı Cumpuserve'nin barındırdığı ve adı Skutt-

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

*Progdıy*³¹ davalarında hukuka aykırı içeriği bilmek ve bilecek durumda olma kriterine göre karar oluşturmuştur.

ABD yasalaşan DMCA ile Avrupa Birliğinin Elektronik Ticaret Yönergesi internette hizmet sunucuların sorumluluklarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. İnternet ortamında, fikri hak konusu materyallere yapılan tecavüzlerin önlenmesi için *Digital Milenyum Copyright Act* (DMCA) ABD 1998 tarihinde kanunlaşmıştır. Bu yasaya paralel Singapur da Telif Hakları yasasında yapılan değişiklikle³² 17 ağustos 1999, Avustralya da Telif Hakları Yasasında *Digital*

lebutl olan forumda davacı Cubby hakkında yanlış ve hakaret kabilinden içerikler barındırmaktadır. Cubby açtığı dava sonucu yapılan yargılamada; Cumpuserve'nin içerikleri bilgisayara yüklemeye önce kontrol etme imkânı olmadığından, dağıtıcı olarak nitelendirilmiştir. Dağıtıcı olarak sorumlu olması için, bu içeriği bilmesi zorunludur. Cumpuserve basit bir bilgi depolayıcısıdır. Mahkeme Cumpuserveyi, kar amacı olan dijital bir kütüphane olarak nitelendirilmiştir. İçeriği bilmediğinden sorumlu olmadığına karar verilmiştir. Bu karar temyiz edilmiş temyiz mahkemesi aynı kararı onaylamıştır (Marc L. Caden- Stephanie- E. Lucas, Accidents On Information SüperHigway: Online Liability And Regulation, Richmount Journal of law & Techonology, no, 3, 1996, s. 4 ; Barry J Waldman, A Unified Approach to Cyber- Libel ; Defamation on İnternet a Sugeggest Approach, Richmount Journal of law & Techonology, no,9, fall 1999, s. 9; Gerald R Ferrera- Stephan D.Lichtenstein- Margo E. K.Redder-Ray August- William T. Schiano; Cyberlaw Text and Cases; U.S.A 2001, s.255; Fried , s. 12).

³¹ *Stratton Oakmont v. Progdıy* davasında Servis Company tartışma gurubu (BBS) sahibi ve yöneticisidir. Tartışma gurubu hizmeti vermeye başladığı 1990 yılında, gelen e-posta içeriklerini izleyeceklerini ve kontrol edeceklerini açıklamıştır. Bu durum ile Progdıy şirketi rakiplerinden farklı olduklarını ortaya koyduğunu ilan etmiştir. Tartışma gurubuna gelen içerikleri kontrol edip yönetmesi içinde bir kişiyi işe almıştır. Tartıma gurubuna, adını vermeyen bir kullanıcı bir bankanın başkanı ve banka için kötüleyen yazılar göndermiştir. Mahkeme Prodigy içerikleri kontrol etme imkanı olduğu ve içeriği yayınlamama imkanı olduğu halde, makaleyi yayınlamasından dolayı gazeteler gibi yayıncı olarak sorumlu olduğunu belirtmiştir. Prodigy'nin sorumlu bulunmasından sonra; İSS'ların üçüncü kişiler tarafından sağlanan içeriklerde bu içeriklerin sözcüsü veya yayıncısı olarak kabul edilmeyecektir (CDA section 230(c)(1)). ABD'inde İletişim Ahlakı Kanunu (*Communication Decency Act*) olarak düzenlenmiştir. CDA ile bir İSS için, üçüncü kişilerin içeriklerinden dolayı bir sorumsuzluk kuralı getirmiştir. ABD mahkemeleri, bu yasayı çok geniş anlam vererek uygulamışlardır (Ferrera and Others, s. 256; Waldman, s. 10; Caden Lucas, 5; Friedman and Buono, s. 655; Fried, s. 3).

³² Singapur Telif Hakları Yasasında yapılan değişiklik DMCA ile paralellik göstermektedir. Ancak, tecavüzün yapıldığını bildirecek birim kurulması hakkındaki hüküm yoktur. Bu yasaya göre, İSS 'lar internet ortamında telif hakkı bulunan materyallere erişim için kopyalanmasını yaparlarken meydana gelen tecavüzlerden;

a) Kopyalama erişim anında yapılıyorsa,

b)Bağlantının sağlanması, yönlendirme ve depolanma internet kullanıcıları tarafından yapılıyorsa,

c) İSS'lar, içeriklerde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın kopyalama depo edilme yönlendirme veya iletme yapılıyorsa, sayılan şartların oluşması halinde sorumlu olmayacaklardır.

Telif hakkı sahibinin beyanı, esere tecavüzün iddialarını açık bir şekilde ortaya koymalıdır. İSS'lar o zaman, internet'teki hukuka aykırı materyallere erişimi engellenme veya ma-

Sefer OĞUZ

*Agenda*³³ ile 2000 tarihinde ve Hindistan- da Temmuz 2000 yapılan değişiklikler³⁴ ile internet ortamında telif haklarına yapılan tecavüzlerle ilgili hükümler getirmişlerdir³⁵.

DMCA, İSS'nin sorumlu tutulduğu "*Religious Technology Center v. Net-Com On-Line Communication Services, Inc* davasında; Davacı kendisine ait fikri hak konusu olan materyalleri, Dennis Elrich izinsiz olarak, barındırma hizmeti veren Net-com Online şirketine ait bilgisayarlarda barındırılan BBC de yayınlandığını, ISS olan Net-Com ve BBC operatörüne ihtar etmiştir. Ancak, Net-com Online basit tedbirler alarak davacının zararını önleme imkânı olduğu halde, gerekli önlemleri almayıp, talebi red edip tecavüzün tarafı olmuştur. BBC ile birlikte Net-Com Online birlikte sorumlu tutulmuştur³⁶. DMCA, Net-Com RTC davasında ortaya konan prensipleri yasalaştırarak, bu konuda pasif otomatik internetteki eylemlerin telif haklarının tecavüzde sorumluluk sebebi oluşturmayacağını etkili bir şekilde ortaya koymuştur. Bu davaya bakan mahkeme dokümanları kabul eden, açan ve ileten karışık bilgisayar sistemini dikkatlice incelemiştir. Buna göre; mahkeme internet ortamında kopyalama işleminin teknik bir süreç olarak yapılmasına rağmen, İSS'lar kopyalama işlemini başlatmamaktadır. Üçüncü şahısların içeriklerinden dolayı yaptıkları tek işlem, internet ile bu işlemin yapıldığı bilgisayar sistemini bütünleştirmeleridir. İnternetin işlevi için zorunlu olan, tecavüzdeki rolleri, sistemi kurmak ve işletmekten başka bir şey olmayan sayısız tarafın sorumluluğuna yol

teriyali geri çekmemekten sorumlu olacaktır. Bu işlem makul bir süre içinde yapılmalıdır (Unni, s. 10).

³³ Avustralya da Telsra davası sebebiyle Telif Hakları Yasasında Digital Agenda olarak bilinen bir değişiklik yapmıştır. Bu değişiklik ile internet ortamında eserlere erişilme ve iletilme haberleşme olarak tanımlandı. Bu değişiklik ile Avustralya da İSS'ların sorumlulukları sınırlandırıldı. İSS'ların üçüncü kişilerin hukuka aykırı içeriklerinden sorumlu tutulabilmeleri için;
a) İSS'nin tecavüzü önlemek için imkânı bulunup bulunma,
b) Tecavüz eden kişiyle İSS arasındaki ilişkinin yapısına,
c) İSS'nin tecavüzü önlemek için uygun bir adım atıp atmadığına bakılarak karar verilmektedir (Unni, s.10).

³⁴ Hindistan'da internet ortamında telif haklarıyla ilgili yasal düzenlemeler daha net ve açık şekilde yapılmıştır. İSS'ların herhangi bir tecavüzden sorumlu tutulabilmeleri için tecavüz hakkındaki bilgileri açık ve kesin olmalıdır. Hindistan da İSS'ların sorumluluktan kurtulabilmeleri için tecavüzü önlemekte gerekli gayreti ortaya koymalıdır. Bu gerekli gayret dar olarak yorumlanmalıdır. Eğer İSS'nin ortaya koyduğu gayret makulse, internet ortamındaki hiçbir eylemden sorumlu tutulmayacaktır. Bu hükümler internet'te meydana gelen bütün eylemlerin İSS'lar tarafından izlenemeyeceğini ortaya koymaktadır. Sadece Avustralya da bulunan İSS ile tecavüz eden arasındaki ilişki ve yapı Hindistan'da da düzenlenmiştir (Unni, s. 11).

³⁵ Unni, s. 7.

³⁶ Ferrera and Others, s. 77; Unni, s. 4

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

açacak yasal düzenlemeler yapmanın bir anlamı yoktur³⁷. Üçüncü kişilerin hukuka aykırı içeriklerinden, İSS'lerin potansiyel sorumluluklarını sınırlandırılmasına imkân tanımak, internetin büyümesinin devamı için zorunludur. DMCA'nın ikinci bölümünde İSS ve web sitesi sahip ve operatörlerine üç ayrı sorumluluktan kurtulma şartlarını düzenleyen hükümlerle hukuka aykırı materyalin geri çekilmesi usulü düzenlenmiştir³⁸. Ayrıca bu yasa, telif hakkı sahibi tarafından esere erişimi sınırlamak için kullanılan teknolojik koruma önlemlerine karşı ve etkisiz hale getiren hileleri yasaklamıştır (m.1201,2). Bu maddeyle bu eylemi yapanlar para cezası, tazminat ve dava masraflarına mahkûm olacaktır³⁹. Bu konuda *Üniversal City Studios. İnc v.Reimerdes* davası örnek olarak gösterilebilir⁴⁰.

ABD'de CDA'dan önce hukuka aykırı içerik den zarar gören davacılar içeriğin bulunduğu web sitelerinin sahipleri ile İSS'lara birlikte dava açmaktaydılar. Bu davalardan Prodigy davası hariç diğerlerinde İSS'lar aleyhine mahkûmiyet kararı verilmemiştir. İçerik sağlayıcılar ise üçüncü kişilere hukuka aykırı içeriklerden dolayı mahkûm olmuşlardır.

ABD'de web sitesi sahiplerinin üçüncü kişilerin suç unsuru taşıyan içeriklerinden editoryal kontrol yetkisi varsa yayıncı gibi sorumludur. Buna örnek dava AOL ile *Sidney Blumental* arasında meydana gelmiştir. *Mat Drudge'nin* sahip ve yöneticisi olduğu elektronik olarak yayınlanan dergide, Blumental ve eşi arasında yaşandığı iddia edilen şiddetli olayı anlatan bir haber yayınlanmıştır. Druge Raporu olarak bilinen dergiyi, AOL ile arasında yaptığı lisans anlaşmasıyla bu şirketin abonelerine ücretsiz olarak erişim hakkı vermektedir. Bu olayın öğrenilmesinden sonra Blumental Avukatı aracılığı ile Drudge ve AOL 'a ihtar çekmiş bunun üzerine içerik kaldırılmıştır⁴¹.

Zeran davası ise, ihtarla rağmen yayınlanmaya devam eden içerikten dola-

³⁷ Unni, s. 4.

³⁸ Friedman and Buono, s. 2.

³⁹ Benjamin Wright and Jane K.Win, The Law Of Electronic Commerce,3rd edition Aspen Law&Bussniss, 2000, s. 16-15.

⁴⁰ Davalı internet üzerinden DVD'ler için kopyalamayı önleyen sistemleri ve şifreleme temelli erişim kontrolünü kullanıcılar için kırmaya yarayan bir yazılım dağıtmaktadır. Bu davada davacı kendisinin internet hizmeti sunduğunu belirterek DMCA da düzenlenen sorumluluktan kurtulma şartlarını yerine getirdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise davacının hileli ürünler ve teknoloji sattığını belirterek ABD fikri haklar yasasının 1201(a) tanımlanan eylemi yaptığından bu eylemin telif haklarına tecavüz olmadığını, hileli ürünler satmak olduğuna kara verilmiştir(Perlman Slow, s.19).

⁴¹ Ferrera and Others, s. 261.

Sefer OĞUZ

yı tartışma ve haber grubu yöneticisinin mahkûmiyetine örnek olarak gösterilebilir. Bununla ilgili ABD mahkemelerinde haber grubu yöneticilerinin sorumluluklarına yol açan Playboy⁴², Sega⁴³ ve David Lamacchia davaları örnek olarak gösterilebilir.

Playboy Enterprise Inc. v. Frena, davasında BBC yöneticisi ücretli olarak sitesine ve bilgi tabanına erişmeye izin vermektedir. Playboy E.İnc site yöneticisine karşı, fikri hukuka göre korunan resimleri yayınlamasından dolayı dava açılmıştır. Davalı savunmasında bu resimleri kendisinin yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme, içeriğin fikri hukuka göre korunduğunu bilmesine gerek olmadığını belirterek, sistemde bulunan materyalleri geri çekmesi için makul süre geçtiği halde, bir önlem almadığını belirterek BBC yöneticisini kamuya sunma hakkına tecavüze iştirak etmekten sorumlu tutmuştur⁴⁴.

Sega Enterprises v. Maphia davasında Northern District California mahkemesi BBC yöneticisini İSS olan Netcom'a göre tecavüze daha fazla katkı yaptığını kabul ederek onu sorumlu tutmaya meyletmiştir. Davacı BBC yöneticisinin bizzat oyunları yüklediğini veya indirdiğini veya yapılmasına yardım ettiğini ispat edememiştir. Gösterebildiği tek kanıt siteyi yönettiğidir. Davalı tecavüz olayının meydana geldiğini bildiğini ve yüklemeyi teşvik ettiğini, bu sebeple mahkeme BBC yöneticisini tecavüze iştirak etmekten sorumlu tutmuştur⁴⁵.

David Lamacchia davasında ise, öğrenci olan davalının yönettiği BBC sitesinde ücretsiz olarak bilgisayar yazılımlarının takas edilmesine izin vermekte ve bunu teşvik etmektedir. Bu takas işlemlerinden de bir ücret alamamaktadır. Bu işlem davacıların yaklaşık 1milyon \$ kayıplarına yola açmıştır. Davacı hakkında bilgisayar suçları ve dolandırıcılığında soruşturma açılmıştır. Ancak davalının eylemini mahkeme dikkatsizlik sorumsuzluğu olarak niteleyerek davanın düşmesine karar vermiştir⁴⁶. Davacı, site yöneticisi hakkında açtığı davada, editöryal kontrol sorumluluğu bulunduğundan, üçüncü kişiye ait web içeriğinden site yöneticisini sorumlu bulunmuştur⁴⁷.

⁴² Ferrera and Others, s. 87.

⁴³ Graham J.H Smith, Internet Law and Regulation, second edition, Sweet&Maxwell, London,1999,s. 29; Ferrera and Others, s. 77.

⁴⁴ Hance, s. 221.

⁴⁵ Smith, s. 30.

⁴⁶ Smith, s. 30.

⁴⁷ İnternet ortamında yayınlanan içerikler hakkında dava açmada yetkili yer konusunda A.B.D ve Kanada mahkemeleri zararın en fazla meydana geldiği yer ve davacının hakareti okuduğu

3-Türk Hukukunda İSS'ların Üçüncü Kişilerin İçeriklerine Yer Sağlamaktan Doğan Sorumlulukları

Öncelikle, Karşılaştırmalı Hukuk'ta kabul edilen, yer sağlayıcının barındırdığı içerikleri kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma zorunluluğu bulunmadığı prensibi bizim hukukumuzda da kabul edilmiştir. Yer sağlayıcının barındırdığı içerikten sorumluluğu, haberdar edilmesinden sonra başlar ve teknik imkânlar kapsamında hukuka aykırı içeriği kaldırmakla yükümlüdür(İYDHK m. 5).

Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 3.3.2004 tarihinde 5101 kanun numarası ile kabul edildi⁴⁸. Bu kanunun 25. maddesi ile FSEK'na eklenen Ek-4 maddesi internet ortamında eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının koruma altına alınması amaçlanmıştır.

Bu madde metninde “Dijital iletimde dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar” denilerek interneti de kapsayan geniş bir tanım yapılmıştır. İSS'lar ile içerik sağlayıcılar tarafından eser ve bağlantılı hak sahiplerinin hakları ihlal ediliyorsa, hak sahiplerinin müracatı üzerine tecavüze konu eser içerikten çıkarılacaktır. Bunu sağlamak için, hakları ihlal edilen gerçek veya tüzel kişi, öncelikle içerik sağlayıcıya başvurarak ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde, bu defa Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içerisinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden içerik sağlayıcıya verilen barındırma hizmetinin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde, içerik sağlayıcıya yeniden hizmet sağlanır(FSEK m.Ek-4/I).

veya bilgisayarına yüklediği yer bası yeri olarak kabul edilmektedir (Nicholson, s. 1, 2, 3).

⁴⁸ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanuna göre, Servis sağlayıcılar bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü, Kültür ve Turizm Bakanlığına bildirir. İSS'lar ile içerik sağlayıcılar bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdürler.

C- İSS'ların Üçüncü Kişilere Erişim Sağlamaktan Doğan Sorumlulukları

1- Genel Olarak İSS'ların Erişim Sağlaması

İSS'ların ara servis sunmalarını; içeriğin barındırılması amacıyla iletilmesine başlanmasından sonraki aşamayla, barındırılan içeriğin kullanıcının bilgisayarına yüklenmesi sürecinde geçen, iletme, erişim sağlama ve kısa süreli iletme amaçlı kopyalama (*caching*) işlemleri olarak tanımlanabilir.

Karşılaştırmalı Hukuk'ta İSS'ların bu eylemlerden doğan sorumlulukları konusunda hayata geçirilen iki düzenleme önemlidir. Bunlardan, *Digital Millennium Copyright Act(DMCA)* ilk olması nedeniyle, ikincisi ise Avrupa Birliği Müktesebatı olması nedeniyle Elektronik Ticaret Yönergesidir(EUECD)⁴⁹. Bu iki hukuki metinde İSS'ların barındırdıkları veya erişim sağladıkları hukuka aykırı üçüncü şahıslara ait içeriklerden doğan sorumluluktan kurtulma usulleri düzenlenmiştir.

DMCA ve EUECD göre, İSS'ların barındırdıkları üçüncü kişilere ait yasadışı içeriklerden dolayı haklarında sorumluluk karinesi oluşur. Bu düzenlemeler İSS'ların sorumluluktan kurtulmaları için üç adet kurtuluş beyyinesi⁵⁰ düzenlemişlerdir. DMCA'ya göre Hizmet Sunucu yasadışı veya hukuka aykırı materyalin bizzat farkına varması halinde derhal geri çekmelidir. Bununla beraber, hukuka aykırı materyal barındırdığını ihtar edilerek öğrenmesi durumunda DMCA ihtar ve geri çekme usulüne uygun olarak geri çekmelidir.

⁴⁹ Bkz Yönerge Konusunda **Gülören Tekinalp ve Ünal Tekinalp**; Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 58 vd; Yönerge Avrupa Birliği Hukukunun ikincil kaynaklarındandır. Avrupa Birliğini Kuran Anlaşmalara birincil kaynaklar olarak tanımlanmıştır. İkincil hukuk Avrupa Topluluğu organları tarafından konulan hukuku ifade eder. İkincil hukuk yani hukuki tasarruflar organların görevlerini yerine getirebilmeleri ve konulan hedeflere ulaşabilmeleri için anlaşmaların kendilerine verdiği yetkiler dâhilinde koydukları çeşitli etkiyi haiz kurallardır. Avrupa Topluluğu Anlaşmasınının 189. maddesine göre ikincil hukuk diye adlandırılan hukuki tasarruflar; (1) Topluluk Tüzükleri (2) Yönergeler (3) (Bireysel) Kararlar (4) Tavsiye ve görüşlerdir. Yönerge, Konsey tarafından veya birlikte olmak suretiyle ortak karar almak konsey ile parlamento veya komisyon tarafından çıkarılır. Doğrudan uygulanmaz üye ülke tarafından iç hukuka alınması gerekir.

⁵⁰ Bu konuda bkz: **Black's Law Dictionary**, s. 1336 Safe Harbour; Ceza ve sorumluluktan kurtulmayı sağlayacak yasa ve diğer yasal düzenlemeler.

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

AB yönergesinde geri çekme usulüne ilişkin bir hüküm yoktur⁵¹. AB yönergesi genel olarak bütün yasadışı ve hukuka aykırı faaliyet ve içeriklere uygulanır ve ceza hükümleri içermez. DMCA ise sadece fikri haklara yapılan tecavüzlerde uygulanır. ABD mahkemeleri içeriklerde marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda DMCA ilişkin hükümleri uygulamaktadır⁵².

Alman hukukuna göre; İSS'lar teknik ve makul olarak üçüncü kişiye ait yasa dışı içeriğe erişmeyi bilgisi olmaksızın imkân sağlamasından dolayı sorumlu olmaz (TDG m. 5/2). İSS'lar yasadışı içeriklerden haberdarsa ve bu içeriğe erişmeye imkân veriyorsa bu içerikten sorumludur. Ancak, İSS'ler teknik ve makul hükümlere göre bu içeriğe erişmeyi engellemekle yükümlüdürler. Makul şartlar altında bu içeriğe erişmeyi engellemezlerse üçüncü kişiye ait hukuka aykırı içerikten sorumlu olacaklardır (TDG m.5/4)⁵³.

İSS'ların erişim sağlamaları, arama motorlarının web sitelerinde bulunan anahtar kelime (*key words*) bilgi tabanları, web sitelerinde bulunan hiperbağlar, dizinler veya bu işlevi gören programları içeriğe erişirme fonksiyonu görürler. Almanya'da bazı yazarlar arama motoru sağlayıcılarının, sadece üçüncü kişilerin belirli içeriklerine ulaşmayı sağlamaları, belirli olan bu içeriğe erişim olarak kabul edilemeyeceğinden, linkleri engelleme görevleri olmadığını ileri sürerler⁵⁴.

Alman hükümeti, hiperbağların (*hyperlink*) internet ortamında karışık bir kullanım şekli olduğundan bu konunun düzenlemesinin uygun olmayacağını; her bir olaya özel ve esnek kuralların mahkemelerin takdiri uygulamalarına bırakılması görüşündedir⁵⁵. Almanya'da bazı yazarlar, İSS'lar barındırdıkları HTML sayfalarında bulunan hiperbağlar ve benzeri araçlar ile suç unsuru bulunan içeriklere erişmeyi sağladıklarından dolayı bu gibi durumlarda İSS gibi sorumlu olacakları belirtilmiştir⁵⁶.

⁵¹ **Heidi Pearlman Salow**, Liability Immunity For Internet Service Providers– How is it Working? Journal Of Law and Policy, Vol. 6, No.1 2000. s. 13

⁵² **Gregory C Walsh**, Internet Service Provider Liability for Contributory Trademark İnfringement After Gucci, Duke Law& Journal Technology, 2002, s. 2

⁵³ **Cristian Koennig, Ernst Röder and Sasha Loetz**, A Proposal For Regulation Based On The Rules Concerning Access Providers In Germany, International Journal Of Communications Law and Policy, Issue. 3, s.6

⁵⁴ **Koening and Others**, s.9

⁵⁵ **Ulrich Wuermelig**, E-Commerce- Germany Implementation Of E-Commerce– Drective In Germany, Computer Law & Security Report, Vol 17, No.3, 2001, s. 2.

⁵⁶ **Koening and Others**, s. 9.

DMCA'da içeriğe erişirme araçlarında yasa dışı materyale erişim sağlayan hizmet sunucunun sorumluluktan kurtulması için ihtar ve bloke etme usulüne uymalıdır. İnternet hizmet sunucunun bu zorunlu kurallara uyması için telif hakkı sahibi tecavüz edilen materyale erişim sağlayan hiperbağı, arama motorunu veya diğer erişim sağlayan araçları iyi tanımlamalıdır⁵⁷. Böylece ihtar alan hizmet sunucu kolayca erişim aracını tespit ederek erişimi engelleyebilir.

2- Karşılaştırmalı Hukukta İSS'ların Erişim Sağlamaktan Doğan Sorumlulukları

İSS'lar internet ortamına eriştirdikleri içerikleri barındırıyorsa veya başkalarına ait yardımcı bilgisayardaki içerikleri kontrol edebiliyorsa, yasa dışı içeriklere yer veya erişim sağlamaktan doğan sorumluluktan kurtulmaları için aşağıdaki şartları yerine getirmelidir⁵⁸. Buna göre internet hizmeti sunanlar;

- a) İSS'ların tecavüz eylemini ortaya çıkmasında şartların ve gerçekleşmesinin ortaya çıkmasının farkına varamamaları, tecavüz edilen materyallerden yapısından bizzat bilgi eksikliği olmalıdır.
- b) İSS'ların kontrol etme hak ve yetkileri olduğu eylemlerde, tecavüz edilmiş materyallerden mali bir kazanç elde etmemelidir.
- c) İSS 'lar tecavüz olayının farkına varması veya ihtar almasıyla birlikte derhal içeriği geri çekmeli veya erişimi engellemelidir.
- d) Web sitesine içerik olarak konulan fikri hakkın barındırıldığı alanlara erişimin engellenmesi veya materyalin geri çekilmesinde DMCA'da belirtilen usule uymalıdır⁵⁹.

DMCA'nın uygulanmasına yönelik olarak, telif hakkı bulunan eserin ve marka hakkına tecavüz oluşturan içeriklerden dolayı verilmiş iki örnek mahkeme kararına değineceğiz. Son örnek dava ise içeriğe erişirme aracının kullanımına izin vermekten doğan *Napster*⁶⁰ davasıdır.

Birinci örnek *ALS Scan v. RemarQ Communities* davasıdır. *RemarQ Communities* barındırdığı tartışma ve haber gruplarından ALS Scan adını taşıyan

⁵⁷ Pearlman Salow, s. 14.

⁵⁸ Pearlman Salow, s. 13.

⁵⁹ Friedman and Buono, s. 2.

⁶⁰ Memiş, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, 2002, s. 9.

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

bolümde telif hakkı ALS Scan ait resimleri barındırmaktadır. ALS Scan bir ihtar çekerek ve web sitesinin adını belirterek bu içeriklerin kaldırılmasını ister. Ancak *RemarQ Communities* ihtarda tecavüz iddiasının yerini tam olarak tanımlanmadığından, bu isteği geri çevirir. Mahkeme hukuka aykırı içeriğin barındırıldığı web sitesinin adının verilmesini yeterli bularak *RemarQ Communities* 'i mahkûm etmiştir⁶¹.

ABD Newyork Bölge Mahkemesi, *Gucci* davasında DMCA ile fikri haklara sağlanan özel koruma hükümlerini geniş yorumlayarak, marka hakkına tecavüz eden içeriklere de uygulamıştır. Davacı Gucci, bu işareti marka ve ticaret ünvanı olarak kullanmaktadır. Bu marka altında mücevher ve giysi satmaktadır. Davalı ise www.goldhause.com sitesinden Gucci markasına tecavüz eden reklamlar yaparak davacının marka hakkına tecavüz etmekte aynı zamanda ona karşı haksız rekabet fiilini işlemektedir. Davacı bu durumu davalının sitesine barındırma hizmeti veren Midspring adlı İSS şirketine iki kez e-posta göndererek, ihtar etmiştir. Ancak İSS şirket içerikten haberdar olmasına rağmen geri çekmemiştir. Mahkeme yargılama sonunda, İSS yasa dışı faaliyeti bilmesine rağmen gerekli önlemleri almadığından, katılım yoluyla sorumlu olduğuna karar vermiştir⁶².

Napster davası, DMCA'nın uygulandığı örnek davalardan birisidir. Napster abonelerine sağladığı bir yazılımla kendi oluşturduğu dizinlerin yardımıyla ücretsiz olarak MP3 formatındaki müzik dosyalarının kopyalanmasına imkân sağlıyordu. Napster hiçbir MP3 dosyasını barındırmamaktadır. Kopyalama işlemi tamamen Napster'in dışında meydana gelmektedir. Napster içeriklere erişim sağlayan araçları abonelerine sağlamaktadır. İlk derece mahkemesi Napsteri geniş bir tanımla İSS olduğuna karar vermiş ve DMCA'da belirtilen sorumsuzluk şartlarından yararlanmasına karar vermiştir. Bununla birlikte, tecavüz olayını bildiği halde mükerer tecavüz eden abonelerinin üyeliğini iptal etmediğinden sorumlu tecavüzden sorumlu bulmuştur. Sonuç olarak, mahkeme Napster'in kapatılmasına karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi ise sorumsuzluk koşulundan yaralanamayacağını karar vererek dosyayı bozup geri göndermiştir⁶³.

⁶¹ **Pearlman Salow**, s. 21.

⁶² **Walsh**, s. 2. Bu davada İSS şirket kendisine CDA ya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca ABD anayasasının ifade özgürlüğü hükümlerinden yaralanması gerektiğini ileri sürmüştür.

⁶³ **Jayne A.Pemberton**, RIAA v. Diamond Multimedia Systems Napster And MP3.com, Richmond Journal of law & Techonology, no,6, fall 2000, s. 9; **Pearlman Salow**, s. 19; **Memiş**, s.57 vd.

EUECD ise, İSS'ların yer ve erişim sağlamaktan doğan sorumluluktan kurtulmayı daha basit şekilde düzenlemiştir. Hizmet sunucu, yasadışı faaliyet ve içerikten bilgi sahibi değilse, tazminat talepleri açısından, yasa dışı bilgi ve faaliyetin anlaşılabilirliği maddi vakıa ve şartlardan haberi bulunmuyorsa veya sunucu bu bilgiyi edinmesi veya farkına varması üzerine bilgiyi kaldırır veya erişimi engellemekte özenli biçimde hareket ederse sorumlu tutulamaz (m.14).

3- Türk Hukukunda İSS'ların Erişim Sağlamaktan Doğan Sorumluluğu

Öncelikle, erişim sağlayıcılar kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluk gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir. Erişim sağlayıcı herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, haberdar edilmesinden sonra erişimi teknik engelleme imkânı bulunmasına rağmen engellememesi halinde sorumluluğu söz konusu olabilir (İYDHK m. 6).

Yurt dışında barındırılan içeriğe erişim sağlayan İSS Basın Kanunu'na göre dağıtıcı işlevini görür. Bu durumda hukuka aykırı içeriği barındıran İSS'ya ve içerik sağlayıcıya Türk mahkemelerinde dava açılmayacağı için, dağıtıcıya fonksiyonu ifa eden erişim sağlayıcıya karşı dava açılabilir (BaK m.16/4). Ancak erişim sağlayıcının hukuka aykırı içeriğe erişimi engellemesi zordur. Bu sebeple teknik imkânlar ile mümkün olmayan bloke etmekten dağıtıcıyı işlevini gören İSS'yı sorumlu tutmak mümkün değildir.

Ulusal hukukun mülkiyet prensibinden dolayı, Türk Mahkemelerinden verilen bir kararın, içeriğin barındırıldığı ülke ile karşılıklı anlaşma yoksa infaz edilmesi mümkün değildir. Karşılıklı bir anlaşma olsa bile bu pahalı bir iş olacaktır. Bununla birlikte yayınlanan web sitesinin adresinden içeriğin barındırıldığı ülkenin alan adı idaresinin tuttuğu veri tabanından site sahibi tespit edilebilir. Bu kişi Türk vatandaşı ise, Türkiye'de açılan bir dava ile tazminat elde etmek mümkün olabilir.

Ülkemizde yaşanan örnekte; internet ortamında yapılan yayından dolayı kişilik hakları tecavüze uğrayan kişi tazminat ile birlikte yayının durdurulmasını mahkemeden talep etmiş, yerel mahkeme tazminatı kısmen kabul etmekle birlikte, yayının durdurulmasına karar vermiştir. Yargıtay da yapılan temyiz incelemesi sonucunda; yayının durdurulmasına ilişkin kararın etkisiz kalarak

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

tartışılabilir hale geleceği gerekçe gösterilerek bu istemin reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁴.

D-Karşılaştırmalı Hukukta İSS'ların Basit Veri İletiminden Doğan Sorumluluğu

İki nokta arasında gönderilen veya alınan materyallerin içeriğini değiştirmeden, internet haberleşmesi için bağlantı sağlama, yönlendirme ve haberleşme imkânı sunan bir kurum olarak tanımlanmalıdır.

Pasif taşıyıcı (*Passive Conduit*) işlevinde, üçüncü kişilere ait hukuka aykırı içerikten doğan sorumluluktan kurtulma şartlarını EUECD ve DMCA da benzer şekilde düzenlenmiştir. İSS'lar kendilerinin önleyebilme imkânı olduğu elektronik ortamlarda üçüncü kişilerin iletme başlatarak yönlendirdikleri hukuka aykırı materyallerden doğan sorumluluktan kurtulmaları için uymaları gereken şartlar konulmuştur.

Pasif taşıyıcı sorumluluğundan kurtulmak için DMCA'da ve yönergede belirtilen şartlar yerine getiriliyorsa, İSS içerikleri değiştirmediği sürece, sistemdeki iletme süresi içinde meydana gelen değişikliklerden sorumlu tutulamaz. Örnek: gönderilen E-postanın alındığında hatasız ancak italik olması gibi⁶⁵.

İSS hukuka aykırılık bulunan materyalin alıcısını kesinlikle seçmemiş olmalıdır. Bununla birlikte, materyal otomatik ve teknik bir süreçte iletilmelidir. İSS'lar iletim sürecinde eser veya materyalin ara kopyalarını sistemlerinde iletimi için gerekli olan süreden daha uzun tutmamalıdır⁶⁶.

DMCA Basit iletmenden dolayı İSS'nın sorumluluktan kurtulması için iletmeye aşğıdaki şartları karşılaması gerekir.

- a) Materyalin iletimi İSS'dan başka bir kişi tarafından başlatılmalıdır.
- b) Materyalin depolanması yönlendirilmesi ve iletimi İSS tarafından materyaller seçilmeksizin otomatik ve teknik bir süreçte yapılmalıdır.

⁶⁴ 4. H.D nin 08.02.2001 tarih ve E:2001/755, K:2001/1157, YKD, C. 27, S.7. Temmuz 2001 Bu kararın eleştirisi için bkz. **Doğan, Murat**, İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1- 2, (Haziran 2003).

⁶⁵ **Pearlman Salow**, s. 12

⁶⁶ **Pearlman Salow**, s. 13.

- c) İSS materyalin alıcısına veya kabul edenine karar vermemelidir.
- d) İSS istekli alıcıdan başka, materyallerin erişiminde herhangi bir kopya yapmamalıdır. İSS bağlanma, yönlendirme ve iletme için makul olandan daha fazla süre kopyalama ve geçici depolama yapmamalıdır.
- e) İSS içeriği değiştirmeden iletmelidir⁶⁷. EUECD ise hizmet sunucunun basit iletimden sorumluluğu benzer bir şekilde düzenlenmiştir (m.12).

E- İSS'ların Erişim Sağlayıcının Ara-Geçici Kopyalamasından (Caching) Sorumluluğu

1- Karşılaştırmalı Hukukta İSS'ların Ara-Geçici Kopyalamadan Doğan Sorumluluğu

İnternet ortamında bulunan ve çok ziyaret edilen bir web sitesi, kullanıcılardan çok uzakta bir ana bilgisayarda barındırılıyor olabilir. Kullanıcılar bu siteye erişmeye çalışırken trafik yoğunluğundan dolayı zaman kaybedeceklerdir. Bununla birlikte gereksiz bir yoğunluk olacaktır. Bundan dolayı İSS'lar ilk kullanıcının eriştiği içeriği, sonraki kullanıcılar kolay erişmesi amacıyla otomatik ara-geçici süreli kopyalama yaparlar. Bu işlem, içeriği sonra isteyen kullanıcıya daha kısa bir sürede kaynağına gitmeyi beklemeden erişme imkânı sağlar. İSS'ların sonraki kullanıcıların kolay ve hızlı erişmesi amacıyla otomatik olarak yapılan bu işleme ara-geçici kopyalama denir.

İSS'lar sistemlerinde yapılan geçici kopyalama için sorumluluktan muaf tutulma şartları DMCA ve EUECD düzenlenmiştir. İSS'lar üçüncü kişiye ait içeriği kendi doanımlarında geçici olarak depolayıp bir sonraki kullanıcıya erişmek istediği web sitesinin kaynağına erişmeden içeriği görmelerini sağlar⁶⁸. İSS'lar yasadışı içerikleri kazayla veya kısa süreli depolamalarından sorumlu değildirler. DMCA' da belirtilen link sağlayarak tecavüzün meydana gelmesi İSS sorumluluğunu gerektirir.

DMCA, ara kopyalama sistemi için İSS'ların sorumluluklarını sınırlamakta belirli şartlar düzenlemiştir. Ara kopyalama bir süreci belirtir, bununla İSS'lar kullanıcılar tarafından popüler içerikleri geçici olarak kopyalayıp daha sonra içeriği çağırarak kullanıcıya hızlı ve etkin şekilde iletir. İSS'lar aşağıdaki şartlarda sorumluluktan kurtulurlar.

⁶⁷ Fredman and Buono, s. 3.

⁶⁸ Wright and Winn, s. 16-17

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

- a) İSS'ların geçici olarak depoladığı materyal, bir sonraki kullanıcıya kolay erişim sağlamak amacıyla otomatik ve teknik bir süreçte yapılmalıdır.
- b) İSS'lar geçici olarak depoladıkları materyalleri sonraki kullanıcıya, materyallerde hiçbir değişiklik yapmadan iletmelidir.
- c) İSS'lar genel olarak endüstride kabul edilen standart bilgi iletişim protokollerine uygun, materyalleri on line olarak yapan kişi tarafından beklenen, materyallerin geçici olarak güncellemesi hakkındaki kurallara uymalıdır.
- d) İSS kişilerin postaladığı ziyaret (*hit*) materyallerin dönüşüm teknolojisi ve böyle bir teknolojinin gerekli ihtiyaçları karşılamalıdır.
- e) İSS materyalleri postalayan kişi tarafından konulmuş şartlara uygun şekilde materyallere erişimi sınırlandırmalıdır.
- f) İSS telif hakkı sahibinin izni olmadan postalanmış olan bir materyali, İSS aldığı ihtarından hemen sonra geri çekmeli veya bu içeriğin bulunduğu siteye erişimi engellemelidir.
- g) İSS yukarıda sayılan işlemleri yaparken DMCA da belirtilen kurallara uymalıdır⁶⁹.

Sonuç olarak İSS, içeriğin orijinal kaynağında geri alındığını veya bloke edildiğini belirten bir ihtar almışsa, hukuka aykırı materyali geri çekmeli veya erişimi engellemelidir. Bu şartta geçici süre kopyalama işleminde hukuka aykırı materyalin geri çekilmesi konusu önemsizdir. Zira materyale orijinal kaynağından tekrar erişilebilir⁷⁰.

EUECD'da ara kopyalama caching başlığı altında (m.13) ve DMCA benzer bir şekilde düzenlenmiştir. İSS, erişim sağlarken bilgiyi değiştiriyor yahut seçiyorsa, bilginin alıcısını seçiyor veya iletimi başlatıyorsa, erişim sağladığı bilgilerden sorumludur. İSS'lar ara geçici kopyalama işleminden ise; çağrılan içeriği ara kopyalama süresince değiştirmiyorsa sorumluktan kurtulurlar⁷¹.

⁶⁹ Friedman and Buono, s. 3.

⁷⁰ Pearlman Salow, s. 13.

⁷¹ Wuermelig, s. 2.

2- İSS'ların FSEK'na Göre Ara- Geçici Kopyalamadan Doğan Sorumlulukları

FSEK'da tanımlar gelecekteki teknolojik gelişmeler dikkate alınarak yapılmıştır. Buna göre; dijital iletim hakkı (FSEK m.24) ve çoğaltma hakkı (FSEK m.22) tanımları internet ortamındaki kullanımı kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştır. Yayma hakkı ise “.....ve diğer yollarla dağıtmak” ibaresinden eseri internet ortamında erişmeye hazır halde bulundurmak yayınlamak olarak kabul edilmelidir (FSEK m. 23).

Kullanıcı tarafından iletimi başlatılan bir eseri İSS haberi olamadan iletmeye devam edebilir. Aynı şekilde kullanıcı veya web sitesi sahibi tarafından içeriğin bir sunucuya yüklenmesi durumunda İSS bu süreçten haberi yoksa sorumlu tutulması mümkün değildir.

İSS kendi veya çalışanlarından biri işi gereği bir eserin iletimini başlatıyorsa, eser sahibinin dijital iletim hakkını ihlal eder (FSEK m.24). Eser sahibinin haklarına tecavüz eden bir kullanımı, İSS ihtar edilmesine rağmen makul sürede eser veya hukuka aykırı içeriği kaldırmıyorsa içerik sahibi ile birlikte yayma hakkına (FSEK m.23) tecavüzden sorumlu olması gerekir. Bununla birlikte İSS kullanıcı tarafından çağrılan eseri gereğinden fazla süre ara kopyalama (*caching*) yapıyorsa eser sahibinin çoğaltma hakkına tecavüz oluşturabilir (FSEK m.ek-8/1a).

IV- İnternet Ortamında Hukuka Aykırı Faaliyetlere Getirilen Çözümler

A. Hukuka Aykırı İçeriklerin Geri Çekilmesi Usulü

1. Karşılıklı Hukukta Hukuka Aykırı İçeriklerin Geri Çekilmesi Usulü

ABD'de DMCA ile Avustralya ise *Broadcasting Services Amendment (Online Services) Act 1999* ile ihtar ve geri çekme usulünü düzenlemiştir. DMCA tecavüzün önlenmesi için kurulacak birimin yerleşim yeri adresi, e-posta adresi ve şartlarını düzenlemiştir⁷². Bununla birlikte ihtarın neleri ihtiva

⁷² DMCA'ya göre İSS'ların İhbar Alma Bürosu Kurmaları.

Birinci adım; İSS'lar öncelikle tecavüz iddiası olan içeriklerin ihtarlarını alacak temsilcilerini belirlemelidir.

Bunun için;

a) Oluşturulan birimin adı ve adresi.

b) Telif hakları ofisine 20 dolar ödeme.

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

etmesi gerektiği de düzenlenmiştir.

İSS'ya telif hakkı sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından gönderilen tecavüz ihtarında DMCA'da sayılan unsurlara tamamen uyulmalıdır.

- a) Telif hakkı sahibi veya telif hakkı sahibi yararına hareket eden yetkili kişinin fiziki veya elektronik imzasını içermelidir.
- b) Telif hakkı bulunan eserin kopyasını veya eserin barındırıldığı yeri işaret eden URL gibi elektronik tanımlayıcının ve tecavüz edildiği iddia edilen telif hakkı bulunan eserin tanımını içermelidir.
- c) Tecavüz edildiği iddia edilen materyalin, web adresi ve diğer adresi tanımlanmalıdır.
- d) İhtar eden tarafın e-posta adresi, telefon numarası ve adresi bulunmalıdır.
- e) Yemin edenin ihtardaki bilginin kesin ve doğru olduğunu, ayrıca ihtar edenin telif hakkı sahibi veya yetkili temsilcisi olduğunun ifadesini içermelidir.

DMCA'da tecavüz oluşturan materyalleri geri çekme işleminde İSS'ların sorumluluğu sınırlandırılmıştır; Bunlardan ilki, İSS'lar tecavüze konu edilen materyalin farkına vardıklarında geri çekebilirler. İkincisi ise tecavüz edilen telif hakkının ihtarını aldıklarında hemen tecavüz unsuru bulunduğu iddia edilen bu materyale erişime kapatırlar veya materyali geri çekerler. DMCA'a göre, İSS'lar tecavüz iddiası bulunan materyali iyi niyetle erişimini engellemek veya geri çekmek işinden İSS'lar sorumluluk yüklenemez.⁷³

İSS yukarıda belirtilen, sistemde barındırılan materyali erişimini engelledikten veya materyali geri çektikten sonra aşağıda belirtilen ek işleri hemen yapmalıdır. İlk önce İSS'nın temsilcisi tecavüz iddiasıyla ihtar gönderen kullanıcıya, bu materyale erişimin engellendiğini veya geri çekilerek makul bir önlemin alındığını hemen bildirmelidir.

Kullanıcı İSS'nın temsilcisine bir karşı ihtar göndererek, geri çekmenin veya engellenmenin yanlışlığın sonucu ya da materyalin yanlış tanımlanması

c) Adın gösterilmesi ve diğer on line hizmetler için oluşturulan birimin diğer irtibat bilgilerinden oluşacaktır.

⁷³ Friedman and Buono, s. 4.

Sefer OĞUZ

olduğunu belirtebilir. Karşı ihtar belirli şekillere uymalı ve resmi şekilde olmalıdır.

Eğer karşı ihtar yasal şartlara uyuyorsa, İSS'nin geri alma veya erişime kapatmada sorumluluktan muaf tutulması için;

a) Orijinal tecavüz ihtarını gönderen telif hakkı sahibi veya yetkili temsilcisine karşı ihtarın kopyasını hemen sağlamalıdır.

b) İSS'nin karşı ihtarı aldığı kişiye, on veya on dört gün içinde materyali geri çekeceğini veya eski haline getireceğini bildirmelidir.

Son olarak telif hakkı sahibi veya yetkili temsilcisi İSS'yi ihtar etmeden önce tecavüz iddiasını engellemek için dava açarsa, İSS karşı ihtarı aldığından itibaren on gün veya on dört gün materyali yerine koymalı veya erişime imkân sağlamalıdır.

İSS'lar tecavüz edilen içeriklerin bulunduğu materyallerin ihtarını aldıktan sonra bu süreci adım adım takip ederlerse, ilk üç sorumsuzluk şartları yerine gelmiş olacaktır. Bu şekilde, internet ortamında üçüncü kişilerin başlattıkları tecavüz eylemlerinden doğan büyük potansiyel sorumluluktan kurtulmuş olacaklardır⁷⁴.

2- Türk Hukukunda Hukuka Aykırı İçeriklerin Geri Çekilmesi Usulü

Türk Hukukunda, hukuka aykırı veya zararlı içerik ayırımı yapılmadan zararlı içeriklerde dâhil olmak üzere, tümü için hukuka aykırı içerik terimi kullanılmaktadır. İçerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına buna ulaşamaması halinde, yer sağlayıcısı olan barındırma hizmeti veren İSS'ya başvurarak kendisine ilgili içeriğin yayından çıkartılmasını isteyebilir. Buna ek olarak, Basın Kanunda olduğu gibi aynı yerde yayından çıkartılan içeriğin kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcısı ihtarın kendilerine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde bu talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmemiş ise talep red edilmiş sayılır.

Hukuka aykırı olarak menfaatinin zedelendiğini iddia eden kişi, red tarihinden itibaren on beş gün içinde yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine müracaat ederek, hukuka aykırı içeriğin kaldırılmasını ve içeriğin kapsamın-

⁷⁴ Friedman-Buono, s. 5.

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

dan fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını talep edebilir. Mahkeme hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilir (İYDHK m.9).

B- Ülke Dışında Yer Sağlanan Hukuka Aykırı İçeriğin Bloke Edilmesi

1- Karşılaştırmalı Hukukta Hukuka Aykırı İçeriğin Bloke Edilmesi

İnternetin küresel bir iletişim aracı olması, kullanıcılara dünyanın her yerinde bulunan içeriklere kolayca erişme imkânını ucuz bir şekilde sunmaktadır. Yurtdışında barındırılan hukuka aykırı içeriklere Türkiye'den kolay bir şekilde erişilebilir. Bu faaliyet bizim yasalarımıza göre suç olabileceği gibi maddi ve manevi zararlar da doğurabilir. Yurt dışında bulunan ve Türkiye'den erişilebilen bu tür içeriklere karşı nasıl bir önlem alınabilir?

Yurt dışında barındırılan hukuka aykırı içeriklere alınabilecek önlemler konusunda Avustralya'da *Broadcasting Services Amendment (Online Services) Act 1999* ve Fransa da Paris Yüksek Mahkemesinin kararları vardır⁷⁵.

Bu yasa ile bir Avustralya Yayın Kurumu'na internet ortamındaki içerikleri araştırma, izleme ve bu konuda karar verme yetki verilmiştir. İSS'lara ise yurt dışında bulunan hukuka aykırı içeriklere erişimin engellenmesi için gerekli olan tüm önlemlerin alınması yükümlülüğünü düzenlemiştir⁷⁶.

Fransa'da Yahudi Öğrenci birliğinin açtığı davada, Yahoo (US) ait web sitesinde satılan Nazi ve Yahudi karşıtı materyallerin satıldığı bir sayfayı barındırmaktadır ve Yahoo(Fr) ise bu siteye hiperbağ vermektedir. Davacı öğrenci birliği nazizm ve yahudi karşıtı propagandanın Fransız Ceza Yasasının m 6.645-7 göre suç ve Medeni Usul Hukukunun m .808,809 ihlal ettiğini ileri sürerek bu içeriğe Fransa dan erişimin engellemesini istemişlerdir. Mahkeme Amerika'da bulunan bu içeriğe erişimin nasıl engelleneceğinin tespiti konusunda bir teknik heyet oluşturdu. Teknik heyet filtre tekniği ve Fransa da bulunan ve kullanılan IP numaraları ile coğrafi olarak erişimin engellenebileceğini belirtmişlerdir. Mahkeme ise, filtre tekniğini kullanmanın daha uygun olacağına karar verdi. Filtre tekniğinde anahtar kelimelerde geçen bütün materyallere erişim engellenmesi mümkündür. Ancak, anahtar kelimelerde geçen

⁷⁵ Carolyn Penfold, Nazis, Porn and Asserting Control Over İnternet Content, Journal of Information, Law and Technology (JILT), 2 July 2001, www.elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/pendfold.html, s. 1.

⁷⁶ Penfold, s. 2.

Nazi, Yahudi ve katliam kelimesi geçen tarihle ilgili bilimsel makaleleri de engellemektedir. Paris Mahkemesi, İSS'ların bu içeriğe üç ay içinde erişimini engellenmesi için bütün önlemleri alması yönünde karar verdi⁷⁷. Yahoo (Fr) kendisini hukuka aykırı içeriği barındırmadığı ve reklamını yapmadığı ve satmadığını belirterek savunmuştur. Mahkeme Yahoo(Fr)'ya bu siteye bağlantıların tümünü yok etmesine karar vermiştir⁷⁸. Mahkeme Yahoo'nun verilen süre içinde mahkeme kararını yerine getirmemesi halinde her gün için 13.000 \$ para cezasına karar verdi. Davalı Yahoo ise Fransa Mahkemesinin kararlarının California Mahkemeleri tarafından infaz edilmesine dair karar verilmeden ödemeyi ret etti. Buna rağmen "yahoo.com" sahibi şirket web sitesinde bulunan dava konusu suç materyallerini geri çekti⁷⁹.

Avustralya'nın bu yasası ve Fransa Mahkemesinin kararı birçok yönden eleştirildi⁸⁰. Fransa Mahkemesinin kararının ülke dışında uygulanmasının bazı şartlara bağlıdır⁸¹.

2-Türk Hukukunda Hukuka Aykırı İçeriğin Bloke Edilmesi

İnternet ortamında yapılan yayınlara hâkim kararıyla erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Hatta 8. maddede yedi bent halinde sayılan suçlarda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısıda erişimin engellenmesine karar verebilir. Ancak, cumhuriyet savcısının yirmi dört saat içinde kararını hâkimin onayına sunması gerekir (İYDHK m.8/2).

Mahkeme veya cumhuriyet savcısı tarafından verilen iletişimin engellenmesi kararının birer örneği İletişim Kurumu Başkanlığına gönderilir. Bu karar derhal en geç yirmidört saat içinde yerine getirilir (İYDHK m.8/3).

⁷⁷ Penfold, s. 9.

⁷⁸ Penfold, s. 4.

⁷⁹ Nigel Miller, Computer Fraud & Security, Vol. 2001, Issue.10, october.2001, s. 12

⁸⁰ Avustralya Hükümetinin İnternet'i anlamadığı, internetin gelişmesini öldürmeyeceğini ancak yavaşlatacağı belirtmişlerdir. Bu yasanın küresel olarak uygulamasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

⁸¹ Hukuka aykırı materyalin barındırıldığı ülke ABD'de Nazi propagandası suç sayılmadığı gibi engellemekte Anayasasında bulunan ifade özgürlüğüne aykırıdır. Fransa Mahkemesinin bu kararının ABD'de infaz edilebilmesi için her iki ülkede suç sayılan bir eylem olmalıdır. Dolayısıyla bu içerik kaynağı itibariyle yasaldır.

SONUÇ

5651 sayılı Kanun ile internetteki yayın faaliyetlerinde bulunma sürecindeki temel fonksiyonlar dikkate alınarak içerik sağlayıcının, yer sağlayıcının veya erişim sağlayıcının sorumluluklarını telif hakları ve tazminat gerektiren haksız fiiller konusu eksik bir şekilde belirlenmiştir. Yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıya, aracılık ettikleri içerikleri kontrol etme sorumluluğu hiçbir şekilde yüklenmemiştir. Ancak, açık bir şekilde hukuka aykırı içeriklerin doğrudan yayından kaldırılması konusunda yetki ve sorumluluk sınırlaması da getirilmemiştir. Buna ek olarak, yer ve erişim sağlayıcının sorumluluğu, hukuka aykırı içerikten uygun bir şekilde haberdar edilmelerinden sonra başlamaktadır.

Anılan Kanun da, esas itibariyle internet ortamında işlenen suçlarla mücadele amacıyla düzenlenmiştir (m.1). Oysa internet ortamında yapılan yayınların konusu suç oluşturmamasına rağmen, tazminat sorumluluğu gerektiren içeriklerin de yayımlanması da muhtemeldir. Ayrıca, anılan kanunda ABD’de olduğu gibi fikri hakların ihlali halinde uygulanacak hükümlerde düzenlenmesi büyük bir eksikliktir. Bu nedenle, anılan kanun kapsamında bu konuların da düzenlenmesinin daha isabetli olacağı kanısındayız.

BİBLİYOGRAFYA

- Bal, Hasan Çebi** ; Bilgisayar ve İnternet, 2000.
- Chris Pounder** ; Computers & Security, Vol. 17 (1998).
- Carolyn Penfold** ;Nazis,Porn and Asserting Control Over İnternet Content, Journal of İnformation, Law and Technology (JİLT), 2 july 2001, www.elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/pendfold.html
- D. Combell** ; Law of the Online Auliness, Tronto,1995.
- Doğan, Murat** ; İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1- 2, (Haziran 2003).
- Garner, A. Brayn**(edit); Black’s Law Dictionary, Minn,1999.
- Graham JH Simith** ; İnternet Law and Regulation, ,second edition, London 1999.
- Gerald R Ferrera- Stephan D.Lichtenstein- Margo E. K.Redder-Ray August- William T. Schiano**; Cyberlaw Text and Cases; U.S.A 2001.
- Güran, Sait- Akünal-Bayraktar-Yurtcan-Kendigelen-Beller-Sezer**, ;İnternet ve Hukuk, İstanbul, 2000.
- Gregory C Walsh** ;İnternet Service Provider Liability for Contributory Trademark Infringement After Gucci, Duke Law& Journal Technology, 2002
- Hance, Oliver** ; Bussness Law on the İnternet, Best Of Editions, 1996
- Harris, Lesley Ellen**; Digital Property Of the 21st Century, Canada.
- Heidi Pearlman Salow**; Liability İmmunity For İnternet Service Providers– How is it Working? Journal Of Law and Policy, Vol. 6 no.1 2000.
- Neil Fried,** ; Dodging the Communications Decency Act When Analyzing Libel Liability of On-line Services: The Columbia Science and Technology Law Rewiew, vol.1, 1999-2000.
- Nigel Miller** ;Computer Fraud & Security, Vol. 2001, Issue.10, october.2001

Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları

- Memiş, Tekin** ;Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, 2002
- Pemberton, Jayne A** ; RIAA v. Diamond Multimedia Systems Napster And MP3.com, Richmond Journal of law & Technology, no,6, fall 2000
- Penfold, Carolyn** ; Nazis, Porn and Asserting Control Over İnternet Content, Journal of Information, Law and Technology(JİLT), 2 july 2001, www.elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/pendfold.html
- Salow, Heidi Pearlman;** Liability Immunity For İnternet Service Providers –How is it Working? Journal Of Law and Policy, Vol.16, no.1 2000
- Sınar, Hasan** ; İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul, 2001
- Simith, JH Graham** ; İnternet Law and Regulation, London,1999
- İnan, Aslan** ; İnternet El Kitabı, İstanbul, 2000
- Jonathan Freedman and Francis M. Buono;** Using The Digital Millennium Copyright Act To Limit Potential Copyright Liability On-line, , The Richmond Journal of Law and Technology, Vol. VI, Issue-4 Winter 1999-2000.
- Oğuz, Sefer** ;Veri Tabanı Hakkı ve *Sui Generis* Veri Tabanı Hakkının Sınırları, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006.
- Unni, VK** ; İnternet Service Provider's Liability For Copyright İnfri-gement- How To Clear The Misty Indian Perspective, Richmond Journal of Law And Technology, Vol. VI, issue,2, Fall 2001 Vol. 8, No. 2, 2000.
- Tekinalp, Ünal** ; Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, 2004.
- Volkmer, Christopher J.;** HyperLinks to and from Commercial Websites, Computer Law Review and Technology Journal, vol.VII, 2002
- Walsh, Gregory C;**İnternet Service Provider Liability for Contributory Trademark İnfri-gement After Gucci, Duke Law& Journal Technology, 2002

Sefer OĞUZ

Wright, Benjamin–Winn Kim; The Law Of Electronic Commerce, 3rd edition Aspen Law&Bussniss, 2000

Wuermelig, Ulrich ;E-Commerce- Germany İmplementation Of E-Commerce –Drective İn Germany, Computer Law& Security Report, vol 17,no.3, 2001

Yaung, Margaret-Muder-Kay; İnternet Temel Kullanım Kılavuzu, İstanbul, 2000.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AOL	: America On Line
BBC	: British Broadcasting Corporation
BBS	: Bulletin Board System
BK	: Borçlar Kanunu
CDA	: Communications Decency Act
DMCA	: Dijital Millennium Copyright Act
ETA	: Electronic Transmission Act
EUECD	: European Union Electronic Commerce Drection
TDG	: Teleservisler Yasası- Teledienstegesetz
FSEK	: Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu
FTP	: File Transport Protocol
HTML	: Hyper Text Markup Language
İSS	: İnternet Servis Sağlayanlar
İYDUK	: İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Hakkındaki Kanun
m	: madde
MK	: Medeni Kanun

BOŞ

MORTGAGE KREDİLERİNDE ERKEN ÖDEME ÜCRETİ (CEZASI)

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu'nun 80. Maddesinde öngörülen genel kural, belirli vadeye bağlanmış borçların erken ödenemeyeceği şeklindedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ise, mortgage kredilerinde tüketici erken ödeme hakkına sahiptir (m.10/b). Buna göre tüketici bir veya daha fazla taksiti erken ödemede bulunabilir. Böyle bir durumda, alacaklı finansman kuruluşu işlememiş faiz oranında indirim yapmak zorundadır. Sabit faizli mortgage kredilerinde sözleşmenin tarafları, erken ödeme miktarının %2'sine kadar erken ödeme ücreti ödeneceğini kararlaştırabilirler. Türk sisteminde erken ödeme ücretinin hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu söylenebilir. Alacaklı erken ödeme nedeniyle erken ödeme cezasından daha az zarara uğramışsa, dava yoluyla zararı aşan kısmı geri alabilir. Erken ödeme ücreti alınabileceğine ilişkin yasal hükümler, Anayasanın eşitlik ve tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerine aykırıdır.

ANAHTAR KELİMELER

Mortgage, Erken Ödeme Ücreti, Erken Ödeme Cezası

SUMMARY

Under Turkish Obligation Code art.80 fixed term loan can't be paid prematurely. But Consumer Protection Act grants the early repayment right to mortgagor (Art 10/B). According to this, mortgagor can be made prepayment one or more installment. At this situation, the mortgage lender should reduce the interest which didn't run from the all loan. In the fixed interest mortgages, parties to the loan agreement may determine the prepayment penalty up to 2% of sum of early repayment. Legal nature of the prepayment fee in the Turkish system is a lump compensation. If because of early repayment a mortgage lender suffers a loss lesser than the prepayment fee, the mortgagor may get the surplus by the means of civil case. The provisions which regulated prepayment penalty are against the provisions of Constitution concerning equality and consumer protection.

KEY WORDS

Prepayment Penalty, Early Repayment

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Kamuooyunda Mortgage¹ Kanunu olarak adlandırılan 5582 sayılı “Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 06.03.2007 tarih ve 26454 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. “Kira öder gibi ev sahibi olunacak” şeklinde lanse edilen bu kanunun yürürlüğe girmesine rağmen konut kredisi faizlerinde bir düşme gözlemlenmemiştir. Aslında başlangıçta ve halen bu gün de gerçek anlamda mortgage uygulaması gelişmemiştir. Zira mortgage sisteminin ayırt edici özelliği, ipotek teminatlı tüketici kredilerinden oluşan havuzlara dayalı olarak ihraç edilecek ipoteye dayalı menkul kıymetlerin sermaye piyasasında satılarak mortgage parası da denilen ucuz fon temin edilmesidir. Temin edilen bu fonu bankaların tekrar konut finansmanında kullanmaları sonucu kaynak maliyeti ucuzlayacağı için tüketicinin ödeyeceği konut kredisi faizi nispeten daha da düşecektir. Sermaye Piyasası Kurulu, bu amaçla İpoteye Dayalı Menkul Kıymet (Mortgage Backed Securities) ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymet (Mortgage Bonds) adlı ihdas edilen menkul kıymete ilişkin iki yeni tebliğ yayınlamıştır. Bu tebliğlere rağmen Türkiye’de henüz söz konusu menkul kıymetler ihraç edilmediğinden mortgage’e dayalı sermaye piyasası hiç oluşmamıştır. Dolayısıyla Türkiye’de adı mortgage olan fakat aslında tüketici kredisi niteliğinde konut kredisi olan eski uygulama devam etmektedir.

Bu arada dünyadaki finans bolluğundan sonra 2007 yılında ABD’de subprime mortgage denilen ve kredi yeterliği olmayanlara verilen mortgage’lerin tetiklediği dünya ekonomik krizi ortaya çıkmıştır. Belki de Türkiye’ye krizin teğet geçmesine neden olan, mortgage’e dayalı ikincil piyasanın oluşmamasıdır. Bütün dünyada ve Türkiye’de ekonomiden sorumlu kamusal organlar krize karşı birtakım önlem paketlerini yürürlüğe koymuşlardır. Bu önlemlerden birisi de Merkez Bankalarının faiz politikalarını gözden geçirerek faiz indirimine gitmeleridir. Buna Türkiye’nin yabancı yatırımcılar için güvenli liman olarak görülmesi şeklinde olumlu hava da eklenince Türk bankaları

¹ Mortgage kelimesinin kaynağı faiz almanın çok büyük bir günah sayıldığı Ortaçağ İngiltere’sidir. Alacaklılar faiz alamadıkları için verdikleri borç karşılığı borçlunun taşınmazının zilyetliğini de teslim alıyorlardı. Alacak ödendiğinde söz konusu taşınmaz borçluya tekrar iade edilirken taşınmazın kullanım nedeniyle borçtan herhangi bir tenkisat yapılmıyordu. Böylece dolaylı olarak faiz alınmaktaydı. Borçlunun taşınmazı alacaklının elinde olduğu dönemde ölü bir yatırım olduğu için bu uygulamaya “ölü rehin” anlamına gelen “mort-gage” denilmiştir. H.D. HAZALTINE, *The Gage of Land in Medieval England*, HARVARD LAW REVIEW, Vol.XVII, 1903-1904, s.555; M.TOPALOĞLU, *ABD Mortgage Uygulaması ve İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi*, Prof.Dr.FİKRET EREN’E ARMAĞAN, Ankara 2006, s.845.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

daha kolay ve elverişli şartlarda konut kredisinde kullanmak üzere dışarıdan sendikasyon kredileri temin edebilmişlerdir. Bunun sonucu olarak mortgage ya da konut kredisi faiz oranları aylık %1'in altına inmiştir. Mortgage faizinin düşüşüne paralel olarak konut kredilerinin yeniden finansman yoluyla kapatılması gündeme gelmiştir. Bu sefer de tüketiciler Mortgage'in olumsuz yanı olarak gösterilen erken ödeme ücreti ya da cezasını ödemeye karşı karşıya kalmışlardır.

Çalışmamızda erken ödeme ücretinin mortgage sisteminin doğduğu ve geliştiği ABD'deki hukuki uygulaması ve ekonomik değerlendirilmesi ortaya koyulacaktır. Ülkemizin yer aldığı Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerdeki erken ödemeye ilgili hukuki ve fiili durumla, uyumlaştırma çabalarının devam ettiği AB organlarının bu konu ile yaklaşımı irdelenecektir. Daha sonra erken ödeme ücreti Türk Hukuku açısından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

I- MORTGAGE KREDİLERİNDE ERKEN ÖDEMeye İLİŞKİN ABD UYGULAMASI

Mortgage, aslında İngiltere'de doğmasına rağmen bütün kurumlarıyla aynı zamanda finansal bir kurum olarak ABD'de gelişmiştir. ABD hukukunda erken ödeme cezası oldukça fazla sayıda mahkeme kararına konu olmuş ve birçok makale ve monografide ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Aynı zamanda Türkiye'ye mortgage sistemini getiren 5582 sayılı Kanun bir ölçüde ABD sisteminden etkilendiği için bu ülke uygulaması incelenmiştir.

A-MORTGAGE KREDİLERİNİ ERKEN ÖDEMENİN TARİHSEL SÜRECİ

Amerikan hukukunda, 1800'lü yıllarda, mortgage sözleşmesinde borçluya yetki veren özel düzenleme yoksa, alacaklının borçlunun erken ödemesini kabul etmek zorunda olmadığı varsayıyordu². Common law kuralı haline gelen bu kural, 1845 tarihli *Brown v.Cale* davasına dayanmaktaydı³. Sözleşmesinde hüküm bulunmayan mortgageelerde erken ödeme hakkı tanınmaması

² M.T.McNELLIS, Prepayment Penalties and Due-on-Sale Clauses in Commercial Mortgages:What Next? INDIANA LAW REVIEW, C.XX, 1987, s.746; D.A.WHITMAN, Mortgage Prepayment Clauses: An Economic and Legal Legal Analysis, U.C.L.A. LAW REVIEW, Vol.XV, 1993, s.858.

³ F.S.ALEXANDER, Mortgage Prepayment: The Trial of Common Sense, CORNELL LAW REVIEW, Vol.VXXII, 1986-1987, s.289 – 290.

genel beklentiye ters düştüğünden, mahkemeler daha sonra bu common law kuralı ile bağlı kalmak istemediler⁴.

Modern zamanlarda mahkemeler söz konusu common law kuralını değiştirerek sözleşmede yasaklayıcı hüküm mevcut değilse borçlunun erken ödeme hakkı olduğuna karar verdiler⁵. Aynı zamanda mortgage ile ilgili olarak 1997 yılında yayınlanan üçüncü Restatement'te⁶, vadeden önce ödemeyi yasaklayan veya sınırlayan özel bir anlaşma olmadıkça mortgage borçlusunun vadeden önce tamamen veya kısmi ifada bulunma hakkı olduğu ifade edilerek, geleneksel kural reddedilmiştir⁷.

Erken ödeme, borçluların genel beklentisi olmasına rağmen yatırım planlarını bozduğu için mortgage alacaklıları tarafından pek de arzu edilen bir durum değildir. Buna karşılık mortgage alacaklıları sözleşmeye erken ödemeyi yasaklayan hükümler koyma yoluna gitmemişlerdir⁸.

ABD'de 1940'lardan sonra çoğu mortgage alacaklısı erken ödeme ücreti veya cezası⁹ kararlaştırarak borçluya erken ödeme imtiyazı (*privilege*) tanımıştır. Alacaklı, kredi sözleşmesinde erken ödeme cezası ile ilgili hüküm konulmayan mortgage'yi vadesinden önce ödemek isteyen borçluya common law'dan kaynaklanan erken ödemeyi reddetme hakkından vazgeçmenin karşılığı olarak belirli bir ücret yükleyebilmekteydi¹⁰. Bazı eyaletlerde mahkemeler sözleşmede özel hüküm bulunmayan hallerde alacaklının kendiliğinden bu şekilde erken ödeme cezası tahsil etmeye hakkı bulunmadığına karar vermişlerdir¹¹. Son uygulamalarda mortgage sözleşmesi veya ödeme bonolarında er-

⁴ McNELLIS, s.747; NELSON/WHITMAN, Real Estate Finance Law, 4th Ed. Hornbook Series, St.Paul, MINN., 2001, s.455-456.

⁵ *Mahoney v.Furches*, 503 Pa.60, 468 A.2d.458 (1983); *Citicorp Mortgage, Inc. v. Morrisville Hampton Village Realty Ltd.Partnership*, 443 Pa.Super.595,662 A.2d 1120 (1995).

⁶ Restatement; Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institute) ve hukuk uzmanlarının mülkiyet, sözleşme, gibi temel hukuk alanlarında emsal mahkeme kararlarını da yansıtan açıklamalarını ciltler halinde toplayan ve bağlayıcı olmayan hukuk eseridir, Merriam-Webster's Dictionary of Law, Springfield, MA 1996, s.431, restatement maddesi.

⁷ NELSON/WHITMAN, s.456-457; R.J.WERNER, Real Estate Law, 11th Ed., Chicago, IL 2002, s.280.

⁸ NELSON/WHITMAN, s.457.

⁹ Erken ödeme için alınan bedele "erken ödeme ücreti", "erken ödeme cezası", "erken ödeme primi" veya "erken ödeme faizi" gibi kavramlar kullanılmaktaysa da bu kavramlardan ilk ikisi yaygınlaşmıştır.

¹⁰ *Feldman v. Kings Highway Savings Bank*, 278 App.Div. 589, 102 N.Y.S.2d. 306 (1951).

¹¹ *Beth-June, Inc. v. Wil-Avon Merchandise Mart, Inc*, 211 Pa.Super. 5 233 A.2d 620 (1967); *Burks v.Verschuur*, 35 Colo.App. 121, 532 p.2d. 757 (1974).

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

ken ödemeye açıkça izin veren ibareler¹² yer almakta ancak çok sınırlı olarak erken ödeme cezasına yer verilmektedir¹³.

ABD’de kamusal mortgage kuruluşları olan FNMA (Federal National Mortgage Association) ve FHMLC (Federal Home Mortgage Loan Corporation) standart sözleşmelerinde ise borçluya mortgage bedelini herhangi bir ek ücret ödemedi vadesinden önce ödeme hakkı tanıyan hükümler bulunmaktadır. Yine kamusal mortgage sigorta kurumları olan VA ve FHA tarafından garanti verilen kredilerde borçluların erken ödeme ücreti yüklenmeksizin istedikleri an mortgage borçlarını ödeme imkanları mevcuttur¹⁴.

Pennsylvania Eyaleti konut mortgagelerinde açıkça erken ödeme ücreti alınmasını yasaklayan kanun çıkarmıştır. Alaska, Iowa Louisiana, Minnesota, New Hampshire, New Jersey New Mexico, Kuzey Carolina, Güney Carolina benzer kanunlara sahiptirler. Illinois Eyaleti de konut mortgage faizlerinin yıllık %8,5’un üzerinde olması halinde borçlunun erken ödemesinin sözleşmeyle yasaklanamayacağı konusunda yasal düzenlemeye sahiptir¹⁵. Yine 11 eyalette uygulamaya giren The Uniform Consumer Credit Code (UCCC) kural olarak konut ve şahsi kullanım amaçlı gayrimenkullerle zirai gayrimenkullere ilişkin mortgage kredi sözleşmelerinde erken ödeme ücreti kararlaştırılmasını yasaklamıştır¹⁶.

B- ERKEN ÖDEME CEZASI TÜRLERİ

ABD mahkeme kararlarında ve kullanılan standart mortgage sözleşmelerinde çeşitli tiplerde erken ödeme ücreti kararlaştırıldığı görülmüştür.

1- Erken Ödeme Cezasının Açık Olarak Belirlenip Belirlenmemesine Göre

a) Açık Erken Ödeme Cezası (Explicit Prepayment Penalty)

Erken ödeme cezası alınmasına izin veren hukuk sistemlerinde borçlunun faiz oranlarının düştüğü dönemlerde yeniden finansman yoluna başvurarak

¹² “If not sooner paid” veya “on or before” gibi.

¹³ NELSON/WHITMAN, s.457; WERNER, s.280.

¹⁴ R.K.BALDWIN, NOTES- Prepayment Penalties: A Survey and Suggestion, VANDERBILT LAW REVIEW, Vol.40, (1987) , s.436; FELD/MARKS, Legal Differences Without Economic Distinctions: Points, Penalties and the Market for Mortgages, BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol.77, (1997), s.407-408.

¹⁵ NELSON/WHITMAN, s.474.

¹⁶ NELSON/WHITMAN, s.477.

borcunu kapatmasını önlemek isteyen alacaklılar, mortgage sözleşmesine açıkça erken ödeme cezası koymaktadırlar. Alınacak erken düşmektedir. Borçlu mortgage faizleri düştüğünde, faiz düşüşünden sağladığı tasarrufla erken ödeme cezasını karşılamaktadır. Faiz düşüşünü erken ödeme cezasından daha ekonomik bulan borçlu erken ödeme cezasını ödeyerek yeniden finansman yoluyla düşük faizle tekrar borçlanmaktadır¹⁷.

Aşağıda Tablo 1’de erken ödeme cezası içermeyen bir geri ödeme planı ve Tablo 2’de “açık erken ödeme” kararlaştırılan bir geri ödeme planı yer almaktadır:

TABLO 1

Kredi A: \$97,000, faiz oranı %10, süre:5 yıl, kesintisiz

Yıl	Yıllık Ödeme	Faiz Kısmı	Anapara kısmı	Bakiye
0				97000.00
1	25588.36	9700.00	15888.36	15888.36
2	25588.36	8111.16	17477.20	63634.44
3	25588.36	6363.44	19224.92	44409.52
4	25588.36	4440.95	21147.41	23262.11
5	25588.36	2326.21	23262.11	0.00

TABLO 2

Kredi B: \$97,000, faiz oranı %10, süre:5 yıl, kesintisiz, erken ödeme cezalı

Yıl	Yıllık Ödeme	Faiz Kısmı	Anapara Kısmı	Anapara Bakiye	Ceza Miktarı	Erken Ödeme Bakiyesi
0				97000.00		
1	25588.36	9700.00	15888.36	81111.64	2118.60	83230.24
2	25588.36	8111.16	17477.20	63634.44	1347.18	64981.62
3	25588.36	6363.44	19224.92	44409.52	714.21	45123.73
4	25588.36	4440.95	21147.41	23262.11	252.54	23514.65
5	25588.36	2326.21	23262.1	0.00	0.00	0.00

b) Örtülü Erken Ödeme Cezası (Implicit Prepayment Penalty)

Örtülü veya zımni erken ödeme cezasında, mortgage sözleşmesinde açıkça erken ödeme cezası belirlenmediği gibi, ödeme anında da erken ödeme

¹⁷ FELDMARKS, s.410-411.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

ücreti adı altında bir ücret alınmamaktadır. Erken ödeme ücreti aylık taksitlere eklenmek suretiyle bütün kredi süresine yayılmaktadır. Örtülü erken ödeme ücreti alınması yoluna erken ödeme cezasının yasaklandığı durumlarda başvurulmaktadır. Bazen müşteriler örtülü erken ödeme cezasının alındığının farkına varamamaktadırlar. Burada başlangıçta bir kesinti yapılmakta ve kesinti yapılan bu miktar düşüldükten sonra kalan kısma faiz uygulanmaktadır¹⁸.

TABLO 3

Kredi C: \$97,000, faiz oranı %10, süre:5 yıl, %3 kesintili.

Yıl	Yıllık Ödeme	Faiz & Kesinti	Anapara kısmı	Anapara Bakiyesi
0		3000.00		100000.00
1	25588.36	8818.60	16769.76	83230.24
2	25588.36	7339.74	18248.62	64981.62
3	25588.36	5730.47	19857.89	45123.73
4	25588.36	3979.28	21609.08	23514.65
5	25588.36	2073.66	23514.65	0.00

Yukarıdaki Tablo 3'te 3.000.000.-\$ örtülü erken ödeme ücreti olarak alınmakta ve tüm kredi süresine yayılmaktadır.

2- Erken Ödeme Cezasının Hesaplanma Şekline Göre

a) Maktu veya Nispi Erken Ödeme Ücreti (Type I)

Bu türde mortgage sözleşmelerine Dolar olarak maktu bir bedel veya bakiye kredi borcunun belirli bir yüzdesi erken ödeme cezası olarak kararlaştırılmaktadır. FNMA ve FHMLC'nin 1971 yılında hazırladıkları prototip mortgage sözleşmelerinde bu tür erken ödeme cezası klozu bulunmaktadır. Bu klotda borçlu, herhangi bir 24 aylık devrede anaparanın %20'sini aşmayan tutarda erken ödemeyi herhangi bir ceza ödemedi yapabilir¹⁹. Söz konusu %20'yi aşan erken ödemelerde de altı aylık faiz ücreti erken ödeme ücreti olarak alınabilir²⁰. Bu tipte alacaklı ana paranın %20'sini aşmayan erken ödemeleri herhangi bir ek ücret almaksızın kabul etmek zorundadır²¹.

¹⁸ FELDMARKS, s.412-413.

¹⁹ Bu şekilde belli bir orana kadar yapılan ödemelerden erken ödeme cezası alınmamasına yumuşak erken ödeme cezası (*soft prepayment penalty*); yapılan ödemenin oranına bakılmaksızın erken ödeme cezası alınmasına da sert erken ödeme cezası (*hard prepayment penalty*) denilmektedir. Bkz. D.REED, Mortgage 101 – Quick Answers to 250 Critical Questions About Your Home Loan, New York, NY 2004, s.

²⁰ WHITMAN, s.870.

²¹ NELSON/WHITMAN, s.458; *Lazzareschi Investment Co. v. San Fransisco Federal Sa-*

b) Kilitli Dönemli ve Azalan Oranlı Erken Ödeme Ücreti (Type II)

Ticari mortgageelerde çok fazla yaygın olan ve 1970'li yıllarda daha çok fazla kullanım alanı bulan erken ödeme türü, bu ikinci tiptir. Genellikle sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren ilk 10 yıl veya benzer bir süre erken ödemenin hiç yapılamayacağı kilitli bir dönem (*lock-in period*) olarak kararlaştırılmaktadır. Söz konusu kilitli dönem aşıldıktan sonra azalan oranlı erken ödeme ücreti karşılığında erken ödeme mümkün olabilmektedir. Örneğin 11.yıl sonunda yapılan erken ödemeye %5, 12.yılıda erken ödeme ücreti %4, 13.yılıda erken ödeme ücreti %3, 14.yılıda %2, 15.yıl veya daha sonra yapılacak erken ödemelerde ise %1 oranında erken ödeme ücreti alınabilmektedir²². Bu türde erken ödeme ücreti hiçbir zaman sıfıra düşmemektedir²³. Kilitli dönem aşıldıktan sonra birinci tür ile ikinci tür klozlar arasında fark kalmamaktadır²⁴.

c) Bakiye Geliri Karşılıyan Erken Ödeme Ücreti (Type III)

ABD'de konut dışındaki gayrimenkullere ilişkin mortgage kredilerinde 1980'li yıllardan sonra uygulamaya konulan bu tür, halen geniş uygulama alanı bulmaktadır²⁵. Bu türde belirli bir yüzde veya maktu bir erken ödeme cezası belirlemek yerine alacaklının erken ödeme nedeniyle uğramış olduğu zararını belirlenmesi konusunda bir parametre öngörülmektedir. Bazı durumlarda erken ödemesiz kilitli bir dönem kararlaştırıldığı gibi aksi de mevcut olabilir²⁶. Alacaklının mortgage kredisi vadesinde ödenseydi elde edeceği gelirin (*yield maintenance*) erken ödeme nedeniyle azalması önlenmeye çalışılmaktadır. Bunun için çeşitli yöntemler kullanılmaktaysa da en yaygın olanı vadeye yakın tarihli ABD hazine bonosunun faiz getirisinin hesaplanarak erken ödeme cezası olarak borçludan alınmasıdır²⁷.

vings and Loan Association, 22 Cal.App.3d 303, 305, 99 Cal.Rptr. 417, 419 (1971).

²² WHITMAN, s.870.

²³ NELSON/WHITMAN, s.459.

²⁴ WHITMAN, s.871.

²⁵ NELSON/WHITMAN, s.460.

²⁶ NELSON/WHITMAN, s.460..

²⁷ WHITMAN, s.871; R.BOYLE, The Enforcement Prepayment Penalty, DE PAUL BUSINESS & COMMERCIAL LAW JOURNAL, Vol.6, 2007-2008, s.593.

C- ERKEN ÖDEME CEZASI ALINMASININ EKONOMİK NEDENLERİ

Erken ödeme cezası, çeşitli ekonomik nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenler aynı zamanda erken ödeme cezasının alınmasını savunanların argümanlarını oluşturmaktadır.

Birinci neden, mortgage kredileri verilirken kıymet takdiri, kredi onaylanması ve dosya masrafları gibi çeşitli masraflar yapılmaktadır. Alacaklı toplam kredi süresine yaydığı bu masrafları, erken ödeme halinde geri tahsil edemez. Ancak idare masrafları (*administrative costs*) denilen bu masrafların, kredilendirme sürecinin başında, peşin olarak tahsil edilmesi, erken ödeme cezası alınmasının haklı bir nedenini oluşturamaz²⁸.

Erken ödeme cezasını savunanların ikinci ekonomik gerekçesi, alacaklıları faizlerin düştüğü dönemlerde borçluların yeniden finansman yoluna gitmelerinden oluşacak zararı karşılamaktır. Erken ödeme cezası öngörülmekle yaratacağı finansal yük nedeniyle erken ödeme cazip olmaktan çıkarılmaktadır. Bir bakıma erken ödemenin yapılamayacağı kilitli bir kredi periyodu oluşturulmaktadır. Böylece alacaklı karlı bir alacak portföyüne sahip olmaktadır²⁹. Piyasada faizler düştüğünde borçlu vadeden önce ödeme yapmak isterse, alacaklı, bağlanan yüksek faiz oranıyla tekrar mortgage kredisi veremeyeceği için gelir kaybına uğrar. Hatta ABD’de yapılan bir araştırmada erken ödeme cezasının faiz ve ana para ödemesi dışında mortgage bankerleri için üçüncü büyük gelir kalemini oluşturduğu tespit edilmiştir³⁰.

ABD’de son 20 yıldır mortgage’ e dayalı menkul kıymetler piyasası büyük bir gelişme göstermiştir. Özellikle ticari mortgage’ e dayalı menkul kıymetlerle erken ödeme kavramı çok yakından ilgilidir. Mortgage’ e dayalı menkul kıymetler, yatırımcılara kararlaştırılan vadede belirlenen gelirin ödenmesinin fon havuzunda toplanan mortgage ödemelerinin düzenli bir şekilde yapılacağı esasına dayanır³¹. Eğer havuzda toplanan mortgageler belirlenen tarihten önce ödenirse, aynı havuzdan ihraç edilen ileriki tarihli mortgage’ e dayalı menkul kıymetlere ödeme yapılamaz. Bu soruna gayrimenkul finansmanında

²⁸ BALDWIN, s.414 - 415.

²⁹ BALDWIN, s.418 - 419.

³⁰ BALDWIN, s.419.

³¹ M.TOPALOĞLU, İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Adana 2007, s.25.

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU

vade uyumsuzluğu (*mismatch*) denilmektedir³². ABD’de bu sorun mortgage sözleşmesine konulacak bir hükümlerle nakit yerine mortgage’in ABD Hazine Bonosu ile değiştirilmesine olanak sağlayan “*defeasence*” klozuyla aşılmaya çalışılmaktadır³³.

Erken ödeme cezası alınmasına gösterilen sonuncu neden ise alacaklının vergi sorumluluğuna olumsuz etki yapmasıdır. Alacaklı veya satıcı vergilerini tahsil ettiği taksitlerden ödemektedir. Gelecek yıllara ait ödemeler aynı yıl içinde yapılırken alacaklının vergi planlaması bozulmaktadır. Alacaklı erken ödeme nedeniyle ekonomik olarak daha erken vergi ödemekte ve uygulanacak vergi oranı yükselmektedir³⁴.

D- ERKEN ÖDEME ŞARTININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANABİLİRLİĞİ

ABD’de erken ödeme şartının geçerli ve uygulanabilir olup olmadığı oldukça fazla sayıda mahkeme kararına konu olmuştur. Çok çeşitli hukuki nitelermeler yapılmışsa da bu konuda bir görüş birliği sağlanamamıştır.

Bir görüş, erken ödeme cezasını sigortaya benzetmektedir. Buna göre, erken ödeme ücreti sigorta primini oluştururken, mortgage borçlusunu sigortalıya benzetmekte ve kredi veren alacaklı da sigortacı fonksiyonu üstlenmektedir. Buradaki sigortanın geleneksel sigortadan farkı sigorta priminin ödeme zamanı ve şekline kaynaklanmaktadır. Normalde sigorta primi sigorta sözleşmesi akdedildikten sonra aylık olarak ödenirken erken ödeme sigortası ise riskin gerçekleştiği an olan erken ödeme sırasında ödenmektedir³⁵.

Mahkemeler tarafından kabul görmeyen diğer bir görüş erken ödeme cezasını faiz olarak nitelermeye çalışmıştır. Burada erken ödeme cezasının aşırı faiz (*usury*) oluşturduğu bu nedenle uygulanabilir nitelikte olmadığı gerekçesi ileri sürülmüştür. Bütün ABD mahkemeleri erken ödeme cezasının aşırı faiz olduğu görüşünü oybirliği ile reddetmişlerdir³⁶. Texas mahkemesinin isabetle belirttiği gibi, faiz paradan vazgeçmenin karşılığıdır. Mortgage borçlusunu kre-

³² ÖNAL/TOPALOĞLU, Gayrimenkul Finansmanı ve Hukuku – Mortgage (Tutsat), Adana 2007, s.153.

³³ NELSON/WHITMAN, s.467.

³⁴ WHITMAN, s.862; BALDWIN, s. 419.

³⁵ J.B.COOPERSMITH, Refocusing Liquidated Damage Law for Real Estate Contracts: Returning the Historical Roots of the Penalty Doctrine, EMORY LAW JOURNAL, Vol.39, (1990), s.284; WHITMAN, s.871.

³⁶ NELSON/WHITMAN, s.462.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

di şartlarına uyduğu sürece erken ödeme cezası ile karşılaşmaz. Bu nedenle erken ödeme ayrıcalığının karşılığı olarak ödenen bedel kesinlikle faiz niteliğinde değildir³⁷.

Ünlü Lazzareschi davasında erken ödeme cezasının haksız cezai şart diyebileceğimiz *unlawful penalty* oluşturup oluşturamayacağı tartışılmıştır³⁸. Mortgage borçlusu davacı taraf, davalı alacaklının zararını likit olarak belirleyen erken ödeme cezasının makul olmadığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme erken ödeme cezasının davalı alacaklının zararı ile ilgisi bulunmadığını hatta davalı alacaklının daha elverişli şartlarda söz konusu bedeli kredi olarak verme imkanı bulursa bile borçludan tahsil edilebileceğine karar vermiştir³⁹. Lazzareschi kararı ve onu takip eden mahkeme kararları erken ödemeyi sözleşmenin ihlalinden doğan zararı maktu olarak belirleyen bir yöntem olarak değil sadece borçluya tanınan alternatif bir ödeme yolu olarak görmüşlerdir⁴⁰. Ancak ABD doktrininde mahkemelerin bu görüşü sonuç olarak doğru görülümüşse de, erken ödeme cezasının konulmasına neden olan ekonomik gerekçeleri göz ardı etmesi bakımından eleştirilmiştir. Zira erken ödeme cezasının öngörülmesinin asıl sebebi borçluyu erken ödeme düşüncesinden caydırmaktır. Asıl edim olan anapara zaten ödendiği için seçimlik yetki olarak da değerlendirilemez⁴¹. Whitman'a göre erken ödeme cezası, aslında, borçlunun kredi sözleşmesinde belirlenen vadeden önce borcu ifa ederek sözleşmeyi ihlal etmesi nedeniyle alacaklının uğrayacağı zararı maktu olarak belirleyen bir cezai şarttır⁴².

E- ERKEN ÖDEME CEZASIYLA İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

ABD'de, erken ödeme cezasının özellikle muacceliyet şartıyla birlikte uygulanıp uygulanamayacağı çok uzun tartışmalara konu olmuştur. Diğer tartışmalı bir konu da, borçlunun iradesi dışında (*involuntary*) ödemenin yapılmasına neden olan sigorta veya kamulaştırma durumlarında erken ödeme ücretinin alınıp alınamayacağı hususudur.

³⁷ *Boyd v. Life Insurance Co. of Southwest*, 546, S.W.2d. 132 (Tex.Civ. 1977).

³⁸ *Lazzareschi Investment Co. v. Federal Savings & Loan Association*, 22 Cal. App.3d 303, 99 Cal.Rptr.417 (1974).

³⁹ NELSON/WHITMAN, s.463-464.

⁴⁰ WHITMAN, s.888; ABD mahkemelerinin bu yaklaşımı daha çok BK 83/II'de öngörülen borçlunun sahip olduğu seçimlik yetkiye benzemektedir.

⁴¹ WHITMAN, s. 888-889, dipnot: 93.

⁴² WHITMAN; s.888-889; NELSON/WHITMAN, s.463-464.

1) Temerrüt Nedeniyle Muacceliyet Halinde (*Acceleration on Default*)

Mortgage sözleşmelerine genellikle temerrüt halinde tüm anapara borcunun muaccel olacağına dair hükümler konulmaktadır. Bu şart muacceliyet şartı (*acceleration clause*) olarak adlandırılmaktadır⁴³.

Muacceliyet şartları otomatik ve seçimlik olarak iki türdür. Otomatik muacceliyet şartında, temerrüt veya şart olarak konulan olay gerçekleştiğinde kendiliğinden ileriki tarihli taksitler muaccel olmaktadır. Bunun için alacaklının iradesi veya bir davranışta bulunması gerekli değildir. Seçimlik şartta ise, alacaklıya vadesi gelmeyen taksitleri de talep edebilmek bakımından seçimlik bir yetki verilmektedir⁴⁴. Seçimlik şart kazaen veya önemsiz miktarlardaki ödememe hallerinden kaynaklanan sorunları çözmesi bakımından daha tercih edilmektedir⁴⁵.

ABD’de borçlu mortgage kredilerini ödemede temerrüde düşerse muacceliyet şartları devreye girmekte ve ihale (*foreclosure*) süreci başlamaktadır. Borçlu isterse geri alma hakkını (*redemption*)⁴⁶ kullanmakta isterse gayrimenkul ihalesinden borcu aşan paranın (*surplus*) kendisine iadesini beklemektedir.

Acaba sözleşmenin muaccel kılınmasından dolayı ihale yoluyla veya geri ödeme yoluyla alacaklıya ödeme yapılması durumunda geri ödeme cezası da tahsil edilebilecek midir? Aslında burada da sözleşmede kararlaştırılan vadeden önce borcun ödenmesinden dolayı erken ödemedeki ekonomik riskler söz konusudur. ABD mahkemeleri muacceliyet şartının gerçekleşmesi nedeniyle yapılan ifanın erken ödeme niteliğinde değil de vadede yapılan tam ifa olduğunu belirterek erken ödeme cezası tahsil edilemeyeceğine karar vermişlerdir⁴⁷.

Alacaklılar son zamanlarda mortgage sözleşmelerine muacceliyet şartı uygulanmak suretiyle yapılacak tahsilatlarda bile erken ödeme cezasının

⁴³ R.KRATOVIL, Mortgage Law Today, THE JOHN MARSHAL LAW REVIEW, Vol.13, 1979-1980, s.252.

⁴⁴ KRATOVIL, s.252.

⁴⁵ WERNER, s.274.

⁴⁶ **Redemption**; borçlunun, sonraki (*junior*) mortgage alacaklısının veya kiracının satış gerçekleşinceye kadar borcu ödeyip ihale sürecini durdurmasına yönelik bir haktır. Bu hak, hakkaniyetten kaynaklanan geri alma hakkının (*equitable right of redemption*) özel bir uygulaması niteliğindedir. Hak sahiplerine gayrimenkul ihalesinden sonra bile geri alma hakkını kullanarak gayrimenkulü tekrar ele geçirme hakkı tanınmıştır, Bkz.TOPALOĞLU, ABD Mortgage Uygulaması, s.846-847.

⁴⁷ *Ferriara v.Yared* 32 Mass.App.Ct. 328, 588 N.E.2d.1370 (1992).

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

alınabileceğine dair klozlar koydurmaktadırlar. Söz konusu klozların geçerli olup olmadığı tartışılmışsa da, ABD mahkemeleri sözleşmede açık hüküm bulunması halinde muacceliyet sürecinden sonra yapılan ödemelerin erken ödeme hükmünde sayılabileceğine karar vermişlerdir ⁴⁸.

Borçlu kötü niyetli olarak kanuna ve sözleşmeye karşı hile oluşturacak şekilde erken ödeme cezası ödememek için mortgage kredilerini vadesinde ödemeyerek muacceliyet şartını uygulamaya sokmak isteyebilir. Böyle bir durumda irade dışı paraya çevirme sürecinden dolayı mortgage bedelinin tamamı ödense bile, borçlunun kötü niyetine prim verilmemekte ve alacaklının erken ödeme cezasının tahsil etmeye hakkı olduğu kabul edilmektedir ⁴⁹.

2) Sigorta Bedeli Ödenmesi Halinde (Casualty Insurance Proceeds)

Genel olarak Mortgage kredilerinin %25'inin sigortalandığı ABD'de, çeşitli sigorta ürünleri kullanılmaktadır. Bu ürünlerden konut sahiplerinin sigortası ya da kısaca konut sigortası (*Homowner's Insurance*) ile esas itibariyle yangın, patlama, kar yığılması, yıkılma gibi binaya gelebilecek birtakım riskleri teminat altına alınmaktadır⁵⁰. Diğer bir sigorta türü olan Mortgage Koruma Sigortası (*Mortgage Protection Insurance- MPI*) ise önceleri hayat sigortası şeklinde başlamış olup, zaman içinde bu sigortanın kapsamında genişleme olmuştur ⁵¹.

Bu sigortaların teminat sağladığı risklerden biri gerçekleşirse, örneğin, mortgage konusu sigortalı bina yanarsa, ödenecek sigorta bedeli aslında borçlunun iradesi dışında bir erken ödeme oluşturacaktır. Kredi alıcısı için bu durumda faiz piyasasındaki dalgalanmalardan kaynaklanan, borçlunun iradi erken ödemesindeki sakıncalar bu durumda da söz konusudur. Mortgage sözleşmesinde sigorta bedeli ödendiğinde erken ödeme ücreti tahsil edilebileceği öngörülmüşse, alacaklının bu ücreti tahsile yetkili olduğunda kuşku yoktur ⁵².

Mahkemeler, mortgage sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunmayan hallerde sigorta sürecinden elde edilen bedelle borcun kapatılmasının erken

⁴⁸ NELSON/WHITMAN, s.470.

⁴⁹ NELSON/WHITMAN, s.470.471.

⁵⁰ TOPALOĞLU/ÖNAL, Konut Finansman Sisteminde Mortgage Sigortası, BATİDER, C.XXIV, Sa.1, Haziran 2007, s.121.

⁵¹ TOPALOĞLU/ÖNAL, Mortgage Sigortası, s.118.

⁵² NELSON/WHITMAN, s.471.

ödeme ücreti tahsiline hak bahşetmeyeceği yönünde kararlar vermişlerdir⁵³. Pennsylvania Yüksek Mahkemesine göre, böyle bir durumda gayrimenkulünü kaybeden borçlunun uğradığı zarar, alacaklının uğraması muhtemel olan zarara göre daha ağırdır. Ancak alacaklılar son zamanlarda mortgage sözleşmelerine sigorta tazminatı da dahil tüm irade dışı erken ödemelerde erken ödeme ücretinin tahsil edilebileceğine ilişkin hükümler koydurma çabası içindedirler⁵⁴.

3) Kamulaştırma Bedeli Alınması Halinde (*Eminent Domain Award*)

Mortgage kredisinin teminatını oluşturan gayrimenkulün kamulaştırılması sonucunda elde edilen bedelle borcun kapatılması halinde alacaklının erken ödeme cezası ödenmesini isteyip isteyemeyeceği genel problemlerden birisini oluşturmaktadır. Burada da, irade dışı ödeme hallerinde bile erken ödeme cezası alınacağı sözleşmede açıkça yazılı olmadıkça alacaklı erken ödeme ücretini tahsile hakkı olmadığı kabul edilmektedir⁵⁵. ABD mahkemeleri, mortgage sözleşmesinde yer alan kamulaştırma bedeli tahsil edildiğinde erken ödeme ücretinin ödeneceğine ilişkin hükmü geçerli ve uygulanabilir saymaktadırlar⁵⁶.

Mortgage konusu gayrimenkule kamulaştırma yoluyla el koyulursa, alacaklının teminatı tamamen veya kısmen azalma ortaya çıkacaktır. Bu nedenle ticari mortgage sözleşmeleri ve common law kuralları alınan kamulaştırma bedelinin alacaklıyı tatmin etmek için kullanılacağını öngörmektedir⁵⁷. Eğer gayrimenkulün tamamı kamulaştırılmışsa, kamulaştırma bedeli doğrudan alacaklıyı tatmin etmeye yönelecektir. Kısmi kamulaştırmada ise kamulaştırılan kısım, gayrimenkulün toplam değerine göre önemli bir miktar tutmuyor ve gayrimenkulün alacağı temin etme oranında bir değişiklik yaratmıyorsa borçlu kamulaştırma bedelini alacaklıya ödemeyerek kendinde tutabilir⁵⁸.

⁵³ *Chesnut Corp. v. Bankers Bond & Mortgage Co.* 360 Pa. 153, 149 A.2d.48 (1959).

⁵⁴ NELSON/WHITMAN, s.472.

⁵⁵ WHITMAN, s.910.

⁵⁶ *Melin v. TCF Financial Corp.*, 1995 WL 265064 (Minn.App.1995).

⁵⁷ WHITMAN, s.913.

⁵⁸ WHITMAN, s.913.

II- AVRUPA BİRLİĞİ MORTGAGE PİYASASINDA ERKEN ÖDEME

AB Komisyonu özellikle ABD’de kredi yeterliliği olmayanlara verilen mortgage kredilerinin (*subprime mortgage*)⁵⁹ yarattığı tehlikeden etkilenerek soruna dikkat çekmek amacıyla 18 Aralık 2007’de AB Mortgage Piyasasının Uyumu Hakkında Beyaz Kağıt yayınlamıştır⁶⁰. Söz konusu belgenin amaçlarından birisi de, mortgage kredilerinde erken ödeme ile ilgili sorunları çözüme kavuşturmadır.

AB Komisyonu, tüketicilerin mortgage kredilerini kapatma veya yeniden finansmanın maliyetinin yüksek olmasının rekabeti etkileyici bir unsur olarak görmüştür. Gerçekten de AB’de mortgage kredilerini ödeme rejimi, ülkeden ülkeye çok büyük farklılıklar göstermektedir. Yasal düzenlemeler borçluya mortgage kredilerini istenildiği zaman erken ödemesine izin vermesi ve tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde erken ödemenin şartlarını serbestçe kararlaştırmalarına izin vermesi bakımından benzerlik göstermektedir. Ancak, asıl farklılık, üye ülke uygulamalarında erken ödeme zamanına göre borçluya yüklenen külfetler bakımından ortaya çıkmaktadır⁶¹. AB Komisyonuna göre, erken ödeme tazminatının tamamen yasaklayan veya belirli şartlara bağlayan yasal düzenlemeler yapılmalıdır⁶². Erken ödeme cezasıyla ilgili farklı uygulamalar, ürün çeşitlenmesini engellemekte ve tüketici taleplerini perdelemektedir. Sınırı aşan kredi işlemleriyle ilgili gereksiz bir kısıtlama oluşturan bu durum, hem kredi kurumları hem de tüketiciler bakımından hiç de arzu edilmemektedir⁶³. Bu nedenle AB Komisyonu, mortgage kredilerinde erken ödemeyle ilgili ortak bir düzenleme yapılmasını kararlaştırmıştır⁶⁴. Belki de son

⁵⁹ Subprime mortgage, genellikle kredi notu A’dan daha düşük, kredi istihbaratı kötü olan tüketicilere verilen ipotekli konut kredilerine denilmektedir. Bu kredilerin geri ödenmeme riskleri çok yüksektir. Genellikle yeniden finansman (refinancing) amacıyla alınmaktadır. “Prime loan” denilen normal mortgagelerden ortalama faiz oranları %3 daha yüksektir, D.J.WEINER, Assignee Liability in State Predatory Lending Laws: How Uncapped Punitive Damages Threaten the Secondary Mortgage Market, EMORY LAW.JOURNAL, Vol.55, (2006), s.539.

⁶⁰ White Paper on the Integration of EU Mortgage Markets, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= COM:2007:0807: FIN: EN: DOC](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0807:FIN:EN:DOC) (Son Ziyaret:30.11.2009)

⁶¹ K.J.GILLON, EU Mortgage Integration, www.mishcon.com/news/.../eu_mortgage_integration_02_2008, s.2.(Son ziyaret: 25.11.2009).

⁶² GILLON, s.2.

⁶³ GILLON, s.2.

⁶⁴ White Paper, madde:4.1.

yaşanan ekonomik krizin de etkisiyle AB Komisyonu'nun Mortgage kredileri hakkındaki direktifi henüz yayımlanamamıştır. Ancak aşağıda incelenecek tüketici kredileriyle ilgili AB 2008/48 sayılı Yönergesinin gerekçesinde, uzun dönemli mortgage kredileri için farklı bir erken ödeme rejimi uygulanabileceği belirtilmiştir.

AB üyesi ülkelerden Almanya ve Danimarka mortgage konusunda dikkati çeken iki ülke olması bakımından erken ödemeye ilgili uygulamalarına özel olarak bakmakta yarar vardır.

Alman hukukunda, sabit faizli mortgage kredisi kullanan borçlu ancak sabit faizli dönemin sonunda sözleşmeyi feshedebilir. Taraflar 10 yılı geçmeyecek şekilde sabit faizin geçerli olduğu bir dönem kararlaştırabilirler. Sabit faizli dönem boyunca alacaklının sözleşmenin ifasını bekleme hakkı vardır⁶⁵. BGB § 490 (2) hükmüne göre, borçlu, ancak haklı bir menfaati var ise söz konusu dönemde erken ödemede bulunabilir. Borçlunun mortgage konusu evi satması haklı bir menfaat sayılır⁶⁶. Böyle bir haklı menfaat söz konusu olsa bile borçlu alacaklının zararını yine de karşılamak zorundadır⁶⁷.

Alman mortgage uygulamasında erken ödeme ücreti, borçlunun sözleşmeyle üstlendiği bir borcun yerine getirilmesi anlamına gelmektedir.⁶⁸ Borçlu, tüm mortgage sözleşmesi boyunca alacaklıya ne kadar faiz ödeyecek idiyse, erken ödeme nedeniyle alacaklının uğramış olduğu faiz geliri kaybını tazmin etmelidir⁶⁹. Bu nedenle Almanya'da erken ödeme ücreti bir ceza veya maktu olarak kararlaştırılmış bir bedel olarak değil de, tazminat olarak nitelendirilmektedir⁷⁰. Hatta Alman mortgage erken ödeme modeli, herhangi bir sınır içermeyen tazminat modeli olarak da adlandırılmaktadır⁷¹.

⁶⁵ Deutsche Bank Resarch, Early Repayment of Fixed-Rate Mortgages- There is no Free Lunch, www.dbresearch.com/PROD/DBR.../PROD000000000200409.pdf, s.6, (Son ziyaret: 25.11.2009).

⁶⁶ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, German Law of Contract, Second Ed., Oxford and Portland,OR 2006, s.927.

⁶⁷ RUDOLF/SAUNDERS, Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be Learned from the Subprime Crisis, [http://www.pfandbrief.de/d/bcenter.nsf/0/80EDD6E8A1058168C125757B00479C88/\\$FILE/Schriftenreihe_Band_38.pdf](http://www.pfandbrief.de/d/bcenter.nsf/0/80EDD6E8A1058168C125757B00479C88/$FILE/Schriftenreihe_Band_38.pdf), s.19. (Son Ziyaret: 01.12.2009)

⁶⁸ Deutsche Bank Resarch, s.6.

⁶⁹ FRANSCINI/ SCHILLINGER, Mortgage Bond and MBS Market Development in Germany., <http://www.thefreelibrary.com/Mortgage+bond+and+MBS+market+development+in+Germany-a0137012476>, (Son Ziyaret:30.11.2009)

⁷⁰ Deutsche Bank Resarch, s.6.

⁷¹ H-J. DÜBEL, Fixed-rate Mortgages and Prepayment in Europe, <http://www.pfandbrief.de>.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

AB ekonomik alanında erken ödeme konusunda Danimarka uygulamasının dünyada başka bir örneği yoktur. Avrupa Komisyonu, Danimarka erken ödeme sistemini tüketici menfaatlerini ve ekonominin gereklerini bağdaştıran bir sistem olduğuna işaret etmiştir⁷².

Danimarka'da en küçük mortgage kredisi bile sermaye piyasasına teminatlandırılmış tahvil (*collateralised bond*) olarak plase edilmektedir. Mortgage kredisi ile teminatlandırılmış tahvilin yapısı, vadesi ve faiz oranı aynı olmaktadır. Erken ödenebilir ve erken ödemesiz olmak üzere iki tür tahvil kullanılmaktadır⁷³.

Erken ödemesiz olan birinci türde, aynı zamanda tahvil borçlusunu da olan mortgage borçlusunu, sermaye piyasasında söz konusu tahvili nominal fiyattan satın alabilir. Borçlu bunun için alacaklının tüm kredi boyunca elde edeceği geliri de erken ödeme riski olarak ödemek zorundadır⁷⁴. Danimarka erken ödeme modelinin bu türü ABD'de uygulanan "bakiye geliri karşılayan erken ödeme ücreti (*Type III*)"e benzemektedir.

İkinci durum erken ödeme seçeneğini de içermektedir. Borçlu, söz konusu tahvilleri istediği zaman piyasa fiyatı üzerinden satın alma hakkına sahiptir. Piyasa fiyatı, faizler düştüğü zaman nominal bedelden daha yüksek, faizler arttığı zaman nominal bedelden daha az olacaktır. Her iki durumda da erken ödemenin nihai sonucuna borçlu katlanacaktır⁷⁵. Doğal olarak, erken ödemeli türde borçlunun ödeyeceği bedel, diğer türe göre daha fazla olacaktır⁷⁶. Aslında Danimarka'da bu şekilde örtülü bir erken ödeme ücreti uygulaması söz konusu olmaktadır.

de/d/bcenter.nsf/0/0E19E0D1D7C8251DC125713E0045633C/\$FILE/Fixed-rate%20Mortgages%20and%20Prepayment%20in%20Europe.pdf, s.4. (Son Ziyaret: 01.12.2009)

⁷² REALKREDİTTAADED, The Danish Early Reapayment System, http://www.realkreditraadet.dk/Mortgage_financing/The_Danish_early_repayment_system.aspx (Son Ziyaret:30.11.2009)

⁷³ Deutche Bank Resarch, s.5; REALKREDİTTAADED, s.1.

⁷⁴ Deutche Bank Resarch, s.5; REALKREDİTTAADED, s.1.

⁷⁵ REALKREDİTTAADED, s.1.

⁷⁶ REALKREDİTTAADED, s.1.

Aşağıdaki tabloda AB üyesi gelişmiş ülkelerdeki erken ödemeye ilgili hukuki durum ve fiili uygulama gösterilmiştir⁷⁷.

TABLO 4

Ülke	Faiz Türü	Erken Ödemeye İlişkin Hukuki Durum
Belçika	Sabit	Erken ödeme ücreti üç aylık faiz tutarını geçemez.
Danimarka	Sabit	Mortgage tahvillerinin piyasa fiyatıyla satın alınması zorunlu olduğundan örtülü bir erken ödeme ücreti ödenir
Almanya	Sabit	Erken ödeme ücreti ilk 10 yıllık sabit faiz döneminde alınabilir. Kredi kuruluşu, tekrar fonlama veya operasyonel kayıplarını erken ödeme ücretinden karşılayabilir.
İspanya	Değişken	Merkez Bankası %4'lük bir tavan koymasına rağmen, gayri resmi piyasada %2,5'ten fazla erken ödeme ücreti alınmaması yönünde teamül oluşmuştur.
Fransa	Sabit	Erken ödeme ücretinin altı aylık faizden veya anaparanın %3'ünden fazla olmaması yönünde yasal sınır vardır. Ölüm, işsizlik veya iş nedeniyle şehir değiştirme gibi hallerde erken ödeme ücreti alınmaz
İtalya	Değişken	Bankacılık sektöründe %5'ten fazla erken ödeme ücreti alınmaması yönünde centilmen anlaşması vardır. Fakat uygulamada en fazla %1 veya 2 oranında erken ödeme ücreti alınmaktadır.
Hollanda	Sabit	Her yıl mortgage tutarının %10'na kadar olan bir bedel erken ödeme ücreti ödenmeksizin ödenebilir. Başka bir yere taşınma veya borçlunun sıkıntıya düştüğüne dair iyiniyet işareti varsa erken ödeme ücreti alınmaz.

⁷⁷ M.O. WYMAN, Study on Financial Integration on the European Mortgage Markets, 2003, <http://www.nykredit.com/investorcom/ressourcer/dokumenter/pdf/Wymanreport.pdf>, s.42. (Son Ziyaret:30.11.2009) ; DÜBEL, s.35.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

Finlandiya	Değişken	Alacaklı başlangıçtaki ve cari faiz oranı arasındaki farkı erken ödeme ücreti olarak talep edebilir. Tekil kredi sözleşmesinde erken ödemeye ilişkin özel düzenleme yapmak yaygındır.
İngiltere	Sabit	Erken ödemeye ilişkin belirli yasal sınırlama mevcut değildir. Her somut olaya özgü değerlendirme yapılmaktadır. Tüketici derneklerinin yoğun baskıları sonucu erken ödeme ücreti giderek azalmaktadır.

III-TÜRK KONUT FİNANSMANI SİSTEMİNDE ERKEN ÖDEME

A- TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK ERKEN ÖDEME

Borçlu kural olarak borçlanılan edimi muaccel olmadan da ifa edebilir. Borçlar Kanunu 80.maddesi, borçlunun vadesinden önce ifa yetkisini düzenlemiştir. Vaktinden Evvel İfa başlığını taşıyan BK m.80 hükmüne göre, “Akdin hükmünden veya mahiyetinden veya hal icabından iki tarafın hilafını kast ettikleri anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu vadesinden evvel ifa edebilir.” Bu madde hükmünden kanun koyucunun ifa zamanını genel olarak borçlu lehine düzenlediği anlaşılmaktadır. Borçlu kendisine tanınan bu yetkiden vazgeçip vaktinden evvel ifa talebinde bulunabilir. Vaktinden evvel ifa veya erken ödeme talebine muhatap alan alacaklı bu talebi kabul etmezse alacaklının temerrüdüne düşer⁷⁸. Faizli borçların erken ödenmesiyle borçlu faiz borcundan da kurtulur.

BK m.80 hükmüne göre, borçlu, kural olarak, erken ödemede bulunmasından dolayı alacaklıdan faiz indirimini isteyemez. Ancak, sözleşmede erken ödeme halinde faizden indirim yapılacağı kararlaştırılmışsa veya bu yönde bir adet varsa, borçtan bir miktar indirim yapılabilir⁷⁹.

BK m.80 hükmü, ödemenin vadesinde yapılması alacaklı lehine hükümler doğuruyorsa erken ödemeyi yasaklamıştır. Taraflar sözleşmeyi kesin vadeye bağlamışlarsa vadesinden önce ödeme yapılamaz⁸⁰. Faizli ödünç sözleşmelerinde alacaklı sözleşme süresince faiz geliri elde edeceğinden, sözleşmenin

⁷⁸ F. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, İstanbul 2003, s.912,

⁷⁹ EREN, s.913; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 2009, s.248.

⁸⁰ EREN, s.913

niteliği erken ödemeye engeldir. Böyle bir sözleşmede borçlunun erken ödemede bulunması alacaklının aleyhine olur ⁸¹.

B- TÜKETİCİ KREDİLERİNDE ERKEN ÖDEME

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 10.maddesinin 4.fıkrasında tüketici kredilerinde erken ödemeyi düzenlemiştir. Buna göre, *“Tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da kredi veren, ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür. Bakanlık ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indiriminin ne oranda yapılacağını usul ve esaslarını belirler.”*

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bu amaçla 01.08.2003 tarih ve 25156 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” i çıkarmıştır.

TKHK m.10 hükmü ile tüketici kredilerinde tüketiciye erken ödeme hakkı verilmiştir. Erken ödemenin dışında ayrıca gerekli faiz ve komisyon indirimini yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu suretle TKHK 10.maddesi borçluya erken ödeme nedeniyle borçtan indirim hakkı tanımayan; kesin vadeli ve faizli borçlarda erken ödemeyi yasaklayan BK m.80 hükmüne istisna getirmiş olmaktadır ⁸².

Tüketici Kredisi Yönetmeliğinin 5.maddesinde *“Tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Bu halde kredi veren tüketiciden her hangi bir isim adı altında, ek bir ödemede bulunmasını isteyemez.”* hükmü öngörülmüştür. Buna göre, tüketici kredilerinde alacaklı kredi kuruluşunun borçlu tüketiciden herhangi bir şekilde erken ödeme ücreti tahsil etmesi kesinlikle yasaklanmıştır.

4822 sayılı Kanunla Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/c maddesinde mal kavramı, “konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları” kapsayacak şekilde genişletilmiş olduğundan, mortgage veya konut finansmanı kapsamı dışında konut ve tatil amaçlı gayrimenkul edinmek için alınan

⁸¹ U. LEU, Basler Kommentar, Art 81, No.2.

⁸² İ.Y.ASLAN, Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2004, s.351.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

krediler de tüketici kredisi sayılmaktadır. Böyle bir tüketici kredisi için de KTHK'nin 10.maddesi uyarınca borçlunun erken ödeme hakkı olduğu gibi, faiz ve komisyon indirim talebinde bulunmaya da hakkı vardır. Yine, Tüketici Kredisi Yönetmeliğinin 5.maddesine göre de erken ödeme ücreti ödenmesi söz konusu olmayacaktır.

90/88 sayılı AB Yönergesi ile değişik 87/102 sayılı AB Yönergesinin 8.maddesinde, tüketicinin kredi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini sözleşmede belirlenen süreden önce yerine getirmeye hakkı olduğu, böyle bir durumda tüketicinin borçlanmış olduğu toplam krediden hakkaniyete uygun bir indirim yapılabileceği belirtilmektedir⁸³. KTHK m.10 hazırlanırken söz konusu Yönerge'nin 8.maddesi hükmüyle uyumlaştırılmaya dikkat edilmiştir.

Ne var ki, bu arada AB 2008/48 sayılı Tüketici Kredileri hakkında Yönerge ile 87/102 sayılı Yönergeyi yürürlükten kaldırılmıştır. AB 2008/48 sayılı Yönergesi mülga 87/102 sayılı Yönerge gibi mortgage ve gayrimenkul alımına ilişkin kredileri tüketici kredisi kapsamı dışında bırakmıştır.

Buna karşılık AB 2008/48 sayılı Yönerge tüketici kredilerinden erken ödeme ücreti alınması bakımından 87/102 sayılı Yönerge'nin tam tersi bir yaklaşım getirmiştir. Yeni Yönergenin 16/2.maddesine göre, kredi veren, sabit faizli tüketici kredisinin erken ödenmesi nedeniyle uğrayacağı muhtemel zararını gidermek için adil ve objektif bir erken ödeme tazminatı alabilir. Süresi bir yılı geçen tüketici kredilerinden alınacak erken ödeme tazminatı kredinin %1'ni geçemezken, verildiği tarihten itibaren henüz bir yılı doldurmamış tüketici kredilerinde alınacak tazminat miktarı %0,5'den fazla olamaz. Yönergenin 16/4(a) maddesinde erken ödeme tazminatın toplam miktarı bakımından 10.000 EURO'luk bir tavan öngörülmüştür. Sigorta bedeli alınması nedeniyle yapılacak ödemeler erken ödeme tazminatı kapsamı dışında bırakılmıştır (m.3/(a)).

Üye ülkelere 12 Mayıs 2010 tarihine kadar süre tanıyan 2008/48 sayılı Yönerge'ye uygun olarak Türk hukukunda henüz bir değişiklik yapma hazırlığı gözlenmemektedir.

C- MORTGAGE KREDİLERİNDE ERKEN ÖDEME

Erken ödeme ücreti ilk defa 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Türk pozitif

⁸³ ASLAN, s.728; T.İNAL, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 2.Bası, İstanbul 2005, s.304-305.

hukukuna girmiştir. Gerçekten de 5582 sayılı Kanun'un 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 10/B olarak yeni bir madde ekleyen 24.maddesinde erken ödeme ücretinin alınacağı açıkça öngörülmüştür. TKHK m.10/B hükmüne göre, *“Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilebilir. Erken ödeme ücreti gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilemez.”*

TKHK m.10/B madde gerekçesinde ise, mortgage kredisini kapatan tüketicinin mutlaka kar etmesi ihtimaline dayandırılmıştır⁸⁴. Gerekçeye göre, yeniden finansman yoluyla kredisini kapatan tüketici kâr edecektir. Tüketicinin bu kârı karşı taraftan konut finansman kuruluşunun zararını oluşturacağı gerekçesiyle erken ödeme ücreti öngörülmüştür. Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, Kanun Koyucu, erken ödeme alınmasının ekonomik nedenlerden sadece birisini dikkate almıştır.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, 31.05.2007 tarih ve 26358 sayılı Resmi Gazete'de “Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi Ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik” yayımlamıştır. Erken Ödeme Yönetmeliğinin 5/II maddesine göre, *“Sabit faizli konut finansmanı sözleşmelerinde ise, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda erken ödeme ücreti talep edilebilir. Erken ödeme ücreti, gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez.”*

⁸⁴ **Madde Gerekçesi:** Bu Kanunla getirilen önemli bir diğer değişiklik, sabit faiz oranı içeren kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinde sınırlı da olsa konut finansmanı kuruluşları tarafından tüketicilerden erken ödeme ücreti alınabilmesine imkan tanınmasıdır. Borcun erken ödenmesi durumunda, gerekli faiz ve komisyon indirilerek erken ödeme tarihinde ödenmesi gereken anapara tutarı hesaplanmakla birlikte konut finansmanı kuruluşları bu anapara tutarının yüzde ikisine kadar erken ödeme ücreti tahsil edebileceklerdir. Sabit faiz oranı içeren sözleşmelerde tüketiciler piyasadaki gelişmelere göre sözleşmelerini kapatıp yeni bir sözleşme yaparak kâr edebilmektedir. Erken ödemenin arkasında yatan bu kazanç konut finansmanı kuruluşu içinse bir kayıp ifade etmekte olup, sınırlı da olsa erken ödeme ücreti uygulaması kazanç ve kayıpları dengeleyici bir unsur olacaktır. Değişken faiz oranı içeren kredi ve finansal kiralama sözleşmelerinde ise erken ödeme ücreti uygulanması mümkün olmayacaktır.

1) Erken Ödeme Cezası Alınabilmesinin Şartları

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Erken Ödeme Yönetmeliğinde erken ödeme cezası alınabilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Öngörülen bu şartlar kümülatif nitelikte olup, hepsinin birden gerçekleşmesi gerekir.

a) Konut Finansman İşleminin Varlığı

Konut Finansmanı, esas itibariyle, tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullanılması işlemidir. Konut edinme dışında başka bir parasal ihtiyacını karşılamak amacıyla tüketicinin önceden var olan konutunu ipotek etmek suretiyle tüketici kredisi alması, konut finansmanı sayılmaktadır. Konutların finansal kiralama yoluyla kiralanması da konut finansmanı sayılan diğer bir işittir.

İpotekli konut finansmanı, tüketici hukuku dizgisine bağlanarak çözülmek istenmiştir. Böylece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre tüketici sayılanlar bu sistemden faydalanabileceklerdir. Ayrıca henüz ferdi mülkiyete geçmeden kooperatif üyeliği sıfatına sahip gerçek kişiler de tüketici sayılarak doğrudan yada kooperatif dolayısıyla mortgage sisteminden faydalanmaları sağlanmak istenmiştir (5582 s.k.m.24)

Konut finansman işlemi bir kredi işlemi olması itibariyle sözleşmenin tarafı olan ipotekli finans kurumları ile kredi kullanan tüketici arasında gerçekleşmektedir. 5582 sayılı Kanun'un 12.maddesine göre "*konut finansmanı kuruluşları*", konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ile finansman şirketleridir.

b) Konut Finansman Sözleşmesinde Sabit Faiz Uygulamasının Bulunması

Tüketici kredilerinden farklı olarak konut finansmanı ya da mortgage kredilerinde hem sabit faiz hem de değişken faiz kararlaştırılabilmektedir. Hatta hem sabit faiz hem de değişken faizin bir arada kararlaştırılması da mümkündür. Oranın sabit olarak belirlenmesi halinde başlangıçta belirlenen oran, her iki tarafın ortak rızası olmadan değiştirilemez.

TKHK m.10/B hükmünde sadece sabit faizli mortgage kredilerinde vadesinden önce ödeme halinde erken ödeme ücreti alınabileceği öngörülmüştür.

Aynı maddede faiz oranının değişken olarak belirlendiği mortgage kredilerinde ise erken ödeme ücreti alınması kesinlikle yasaklanmıştır. Kanun koyucunun düşüncesine göre, değişken faiz halinde tüketici düşen faizden yararlanmak için erken ödeme yoluna gitmeyeceğinden kredi kuruluşunun kredinin vadesinden önce ödenmesi riski söz konusu olmayacaktır. Halbuki, başta ABD olmak üzere İspanya, İtalya ve Finlandiya’da değişken faizli mortgage kredilerinde bile erken ödeme ücreti alınmaktadır.

Erken Ödeme Yönetmeliğinin 5.maddesinde, sabit ve değişken faizin bir arada bulunduğu mortgage kredilerinde bile erken ödeme ücreti istenemeyeceği kabul edilmiştir. Reisoğlu’na göre, bir süre sabit, daha sonra değişken faiz kararlaştırılması halinde, sabit faiz devam ederken, erken ödeme halinde, erken ödeme ücreti kararlaştırılabilir⁸⁵. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın 4077 sayılı Kanun’la ilgili Mart 2008 tarihli Değişiklik Taslağının 13.maddesinde, bu şekilde iki dönemli mortgage kredilerinde sabit faizli döneme ilişkin olarak erken ödeme ücreti alınmasına izin verilmiştir⁸⁶.

c) Sözleşmede Erken Ödeme Ücreti Alınacağına Kararlaştırılması

KTHK m.10/B hükmüne göre sabit faizli mortgage kredilerinden erken ödeme ücreti alınabilmesi sözleşmede bu yönde açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Erken ödeme ücreti, kanundan kaynaklanan bir medeni ceza değildir. Bu nedenle, mortgage sözleşmelerinde erken ödeme alınacağına ilişkin bir düzenleme yok ise kredi kuruluşu erken ödeme ücreti tahsil edemez. Ancak, kredi kuruluşları genel işlem şartı niteliğinde hazırladıkları sabit veya değişken faizli bütün mortgage sözleşmelerine erken ödeme ücreti alınacağı konusunda hüküm koymaktadırlar. Dolayısıyla sözleşmede yer verilme şartı hemen hemen bütün kredilerde gerçekleştirilmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, sözleşmede açıkça öngörülse bile, değişken faizli mortgage kredilerinde erken ödeme ücreti alınması mümkün değildir.

Uygulamada karşılaşılan diğer bir sorun, 5582 sayılı Mortgage Kanununun yürürlüğe girdiği tarih olan 06.03.2007 tarihinden önce alınan konut kredileriyle ilgilidir. Doğal olarak erken ödeme cezasının alınmasının kesin olarak yasaklayan tüketici kredileri mevzuatı nedeniyle bu tarihten önceki konut kredi sözleşmelerinde erken ödeme cezasına ilişkin bir hüküm konulması mümkün

⁸⁵ REİSOĞLU, s.83.

⁸⁶ M.AYDOĞDU, Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1, 2007, s.19.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

değildi. Ancak 5582 sayılı Kanun, tüketicilere yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde sözleşme yaptığı finansman kuruluşuna başvurarak söz konusu işlemin konut finansmanı işlemi kapsamı dışında bırakılması talebinde bulunma hakkı (opt-out) tanımıştır. Bu süre içinde talepte bulunmayan tüketicilerin Kanun'un yürürlük tarihinden önce düzenlenmiş bulunan söz konusu işlemleri, "konut finansman işlemi" sayılmış ve Kanun kapsamına dahil olmuştur. Ancak, 5582 sayılı Kanun'un Geçici 11.maddesiyle söz konusu seçenekten faydalanmayarak ipotekli konut finansmanı sistemine dahil olmuş önceki tarihli sözleşmelerin tarafı olan tüketicilere erken ödeme ile ilgili olarak önceki Tüketicinin Korunması Kanun'un 10.maddesindeki hakları kazanılmış hak olarak korunmuştur. Buna göre, söz konusu tüketiciler, toplam borcu bir defasında veya taksitleri vadesinden önce öderlerse, ilgili konut finansman kuruluşu faiz ve komisyon indirimi yapmak zorundadır. Doğal olarak bu durumda konut finansman sistemi ile getirilmiş olan "erken ödeme cezası"nın uygulanması söz konusu olamaz⁸⁷. Ayrıca, sözleşmede öngörülme şartı yerine gelmediği için de önceki krediler bakımından erken ödeme ücreti alınması mümkün değildir.

d) Bir veya Birden Çok Taksitin ya da Kredinin Tamamının Erken Ödenmesi

Borçlar Kanunu'nun 80.maddesinde öngörülen genel kural, kesin vadeye bağlanmış ve faizli borçların erken ödenmesinin mümkün olmadığıdır. TKHK m.10 ve 10/B'de tüketici kredileri ve mortgage kredileri bakımından bu ilkeye istisna getirilmiş ve her iki halde de tüketiciye erken ödeme hakkı getirilmiştir. Buna göre, "*Tüketici, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda bir ya da birden çok ödemeyi vadesinden önce yapabilir. Her iki durumda da konut finansmanı kuruluşu, vadesinden önce ödenen taksitler için gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür.*" Her ne kadar TKHK m.10/B'de "bir veya birden çok ödeme" denilmişse de, Erken Ödeme Yönetmeliğinin 5.maddesinde ödeme yerine taksit kavramı kullanılmıştır. Aynı Yönetmeliğin 4/i maddesinde "*Taksit: Ödeme planında konut finansmanının geri ödenmesi için belirlenen tarihlerin hizasında gösterilen anapara, faiz, kamusal yükümlülükler ve komisyon toplamından oluşan ödeme tutarı*" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, konut finansman kuruluşunun kabul edebileceği asgari bedel, anapara, faiz, kamusal yükümlülükler ve komisyonun toplamından oluşan taksittir. Erken ödeme is-

⁸⁷ ÖNAL/TOPALOĞLU, s.314.

tisna olduğuna göre, alacaklı konut finansman kuruluşu bir taksitten daha az tutarın erken ödemesini kabul etmek zorunda değildir.

Asgari ödeme, en az bir taksit olmasına karşılık üst ödeme bakımından bir limit getirilmemiştir. Tüketici borçlu, en az bir taksitin katları şeklinde olmak şartıyla birden çok taksiti ödeyebilir. Hatta kredinin tamamını bile ödeyip krediyi kapatma imkanı vardır.

Yine, Erken Ödeme Yönetmeliğinde erken ödemenin yapılacağı tarih bakımından da bir sınır getirilmemiştir. Mortgage kredisi sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren son taksitin ödeneceği tarihe kadar erken ödemede bulunulabilir. Tüketici erken ödeme ücreti ve diğer finansal sonuçlara katlanmak şartıyla sözleşme tarihinden bir gün sonra bile erken ödeme yapabilir.

Ne Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ne de Erken Ödeme Yönetmeliğinde tüketici borçlunun iradesi dışında (*involuntary prepayment*) gerçekleşen, temerrüt, sigorta ve kamulaştırma nedeniyle yapılan ödemelerin erken ödemeye hak kazandırıp kazandırmayacağı öngörülmemiştir. Amaçsal yorum yapıldığında, Kanun koyucu konut finansman kuruluşunu vadeden önce yapılacak ödemenin olası finansal yüklerinden korumak istemiştir. Bu nedenle her üç halde de konut finansman kuruluşunun iradesi dışında gerçekleşen erken ödeme nedeniyle zarara uğraması söz konusudur. Bu bakımdan sabit faizli mortgage sözleşmesinde alacaklının temerrüt nedeniyle sözleşmeyi feshetmesinden sonra, borçlunun kendisi tarafından veya icra marifetiyle gerçekleşecek ödemelerde, erken ödeme ücreti tahsil edilebilir.

Türkiye'de gayrimenkullere yaptırılan doğal afet sigortası, yangın ve diğer sigortalarla kredi hayat sigortasında örtü altına alınan risk gerçekleşirse sigorta bedeli ödenecektir. Her üç riskin gerçekleşmesi halinde ipotekli gayrimenkulün değerinin düşmesi ya da şahsi borçlu olan tüketicinin hayatını kaybetmesi nedeniyle konut finansman kuruluşunun aynı ya da şahsi teminatında azalma söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla konut finansman kuruluşunun sigorta bedelini kendisine ödenmesini istemeye ve yapılacak ödemelerden de erken ödeme ücreti kesmeye hakkı vardır. Mortgage sözleşmesinin konusunu oluşturan gayrimenkulün kamulaştırılması halinde de aynı şey söylenebilir.

Mortgage sözleşmesine temerrüt, sigorta, kamulaştırma ve benzeri nedenlerle gerçekleşen ödemeler halinde erken ödeme ücretinin alınabileceği şeklinde bir hüküm konulması hukuken geçerlidir. Zira kanun koyucu mortgage kredilerinde erken ödeme yapılması halinde tüketici yerine konut finansman

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

kuruluşunun menfaatine ağırlık vermiş ve erken ödeme ücreti konusunda sözleşme yapılmasına imkan sağlamıştır.

2) Erken Ödeme Ücretinin Hesaplanması

Erken ödeme ücretinin matrahı konusunda değişik uygulamalar söz konusudur. Bazı ülkelerde kalan borç miktarı üzerinden alınırken, bazı ülkelerde de sadece ana para üzerinden alınmaktadır.

KTHK 10/B maddesinde, “*Erken ödeme ücreti gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez.*” hükmü öngörülmektedir. Buna göre, erken ödeme ücreti, ödeme tarihine kadar işlemiş faiz ve kalan anaparadan oluşan toplam ödeme üzerinden alınacaktır. Maddede sözü geçen faiz indiriminin ne olduğu kesin olarak tanımlanmamıştır. Burada olsa olsa ödeme tarihinden sonra işleyecek olan faizin alınmaması söz konusu olabilir.

Erken Ödeme Yönetmeliğinin 6.maddesine göre, tüketici, henüz vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksiti erken ödemek istediğinde, erken ödenen taksit tutarı içinde yer alan anapara tutarı üzerinden akdi faiz oranı ile erken ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz, faiz üzerinden hesaplanacak kamusal yükümlülükler toplamı ve komisyon tutarı kadar indirim yapılır. Bu halde faiz indirimi için Erken Ödeme Yönetmeliği Ek 1’ de verilen formül kullanılacaktır⁸⁸. Taksitlerin kısmi ödenmek istenmesi halinde, indirilen miktar kadar kalan gelecek taksit daha az ödenmiş olmaktadır.

Kredinin tamamı, herhangi bir taksit tarihinde erken ödeniyorsa, vadesi gelen taksit ödemesi, geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir (Erken Ödeme Yönetmeliği m.7/1).

Erken Ödeme Yönetmeliği m.7/2 hükmüne göre ise, kredinin tamamının erken ödemesi iki taksit tarihi arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle, erken kapatma işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibariyle geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir. .

Görüldüğü gibi, Erken Ödeme Yönetmeliği, tam ödemede ödeme tarihine kadar işlemiş fakat ödenmemiş faiz ve kamusal yükümlülüklere ilaveten

⁸⁸ İndirim Tutarı=İlgili taksit tutarı içindeki anapara x erken ödenen gün sayısı x yıllık akdi faiz oranı/36000

ödeme tarihinde kalan anaparanın erken ödenen miktarı oluşturacağını öngörmektedir. Bu şekilde hesaplanarak ödenen bedel üzerinden erken ödeme ücreti ödenecektir. Dolayısıyla erken ödeme ücreti hesaplanmasında esas alınan bedel, ödeme tarihinde kalan ana para ve ödeme tarihine kadar işlemiş fakat ödenmemiş faiz ve kamusal yükümlülüklerden oluşmaktadır.

KTHK m.10/B hükmü erken ödeme ücreti için alınacak yasal üst sınır belirtmiştir. Buna göre erken ödeme ücreti yukarıda nasıl hesaplanacağı gösterilen bedelin %2'sini aşamaz. Kanun koyucu konut finansman kuruluşunu bu oranın altında erken ödeme ücreti alınmasına izin vermiştir. İspanya'da Merkez Bankası %4 oranına kadar erken ödeme ücreti alınabilmesine izin vermesine rağmen bankalar arasında %2,5'den fazla erken ödeme ücreti alınmaması şeklinde teamül oluşmuştur⁸⁹. TKHK m.10/B hükmü aynı zamanda konut finansman kuruluşuna erken ödeme ücreti alıp almama konusunda takdir hakkı tanımıştır.

Bununla birlikte bazı ülke uygulamalarında görülen belirli bir meblağı aşmayan erken ödemelerde erken ödeme ücreti alınmayacağı şeklinde tüketici lehine getirilen kolaylık, Türk mortgage sisteminde tanınmamıştır. Buna göre, tüketici en az bir taksit tutarı kadar ödeme yapabilir ve yaptığı bu asgari ödeme üzerinden de erken ödeme ücreti ödemek durumundadır.

3) Erken Ödemenin Hukuki Niteliği ve Hakimin Müdahalesi

Türk bankaları mortgage kredisi verirken dosya masrafı, komisyon, ve ekspertiz ücreti adı altında birtakım bedelleri peşin olarak tüketiciden tahsil etmektedirler. Yönetim masrafı olarak adlandırılan bu bedeller bankadan bankaya değişiklik göstermekte olup, karşılıklı pazarlıkla bile indirilebilmektedir. Hatta bu bedeller çoğu zaman anaparanın tamamı üzerinden hesaplanacak %2 oranındaki erken ödeme ücretinden bile fazla olabilmektedir. Ayrıca, Türk kredi uygulaması taksit geri ödemelerinde başlangıçta faize daha fazla kesinti yapılmaktadır. Giderek kredinin sonuna yaklaşıldığında neredeyse faizin tamamı tahsil edilmiş olmaktadır.

Faiz kesintisinin fazla olması ve yönetim masraflarının yüksekliği aslında Türk mortgage uygulamasında örtülü bir erken ödeme ücretinin bulunduğunu göstermektedir⁹⁰. Bankalar, idare masrafı adı altında yüksek bedeller olarak ve

⁸⁹ WYMAN, s.42 ; DÜBEL, s.35.

⁹⁰ Örtülü veya zımni erken ödeme cezasında (*Implicit Prepayment Penalty*); mortgage sözleşmesinde açıkça erken ödeme cezası belirlenmediği gibi, ödeme anında da erken ödeme ücreti

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

faiz kesintisini fazla tutarak erken ödemenin risklerinden kendilerini korumuş olmaktadırlar.

TKHK m.10/B hükmü, erken ödeme ücreti alınabilmesine izin veren ve bu ücretin tavanını belirleyen bir hükümdür. Erken ödeme ücreti alınabilmesi, tüketicisiyle konut finansman kuruluşu arasındaki kredi sözleşmesinde bu yönde hüküm bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla erken ödeme ücreti, yasal bir medeni ceza olmayıp, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan bir yan yükümlülüktür.

Erken ödeme ücretinin BK m.158/II'deki ifaya eklenen cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunu belirlemek güçlük arz etmektedir. Bu ayırımın yapılması, hakimin müdahale edip edemeyeceği ve erken ödeme hakkını saklı tutmasının zorunlu olup olmadığı bakımından önemlidir.

Erken ödeme ücretini öngören TKHK 10/B'nin madde gerekçesinde, faiz indiriminden yararlanarak kar eden tüketiciyle faiz geliri düşmek suretiyle gelir kaybına uğrayan kreditorün menfaatlerinin dengelenmeye çalışıldığı belirtilmektedir. Nihai olarak kredi veren konut finansman kuruluşunun zararının tazmin edilmesi amaçlanmaktadır. Alman hukukunda erken ödeme ücretinin açıkça tazminat niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁹¹. Erken ödeme ücreti bir bakıma Yargıtay uygulamasındaki inşaat sözleşmelerinde geç teslim halinde müteahhide yüklenen götürü tazminata benzemektedir⁹². Zira, mortgage kredisinin erken ödemesi TKHK 10/B maddesiyle kanuni bir hak olarak tüketiciye tanınmaktadır. Bu hakkını kullanan tüketiciye karşı erken ödeme nedeniyle konut finansman kuruluşuna muhtemel zararı maktu olarak belirleme hakkı verilmektedir. Bu açıdan erken ödeme ücreti götürü tazminattan başka bir şey değildir. Yine, cezai şartın asıl amacının zararı tazmin etmekten ziyade borçluyu sözleşmede kararlaştırılan edimi yerine getirmeye zorlamak olduğu düşünüldüğünde de; erken ödeme ücretinin götürü tazminat olduğu sonucu çıkmaktadır.

Konut finansman kuruluşu, erken ödeme ücretinin götürü tazminat niteliğinde olmasının sonucu olarak, zararının varlığını ve miktarını hesaplamak zorunda değildir⁹³. Bununla birlikte vadesinden önce ödeme nedeniyle her-

adı altında bir ücret alınmamaktadır. Erken ödeme ücreti aylık taksitlere eklenmek suretiyle bütün kredi süresine yayılmaktadır; FELDMARKS, s.412-413.

⁹¹ Deutche Bank Resarch, s.6; DÜBEL, s.4.

⁹² K.KOCAĞA, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003, s.54

⁹³ KOCAĞA, s.52-53.

hangi bir maddi kayıp olmadan tahsil edilen erken ödeme ücretinin iadesi istenebilir. Bu durum, ödenmiş olan cezai şartta hakimin müdahale edemeyeceği şeklindeki kuralın aksine olarak tüketicinin daha yararınadır.

4) Erken Ödeme Ücreti Alınmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Türk Hukukunda konut kredisi almak isteyen tüketicinin önünde iki seçenek söz konusudur. Birinci yol, konut ve tatil amaçlı gayrimenkul için TKHK m.10 hükmüne göre “tüketici kredisi” almaktır. Zira, Avrupa hukuk sistemlerinden farklı olarak Türk hukukunda “konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar” da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındadır. Tüketicinin ikinci seçeneği ise, TKHK m.10/B hükmüne göre çalışmamızın konusunu oluşturan “konut finansmanı (mortgage) kredisi” almaktır.

Birinci seçenek tercih edilip tüketici kredisi alındığında, TKHK’nin 10.maddesi uyarınca borçlunun erken ödeme hakkı olduğu gibi, faiz ve komisyon indirim talebinde bulunmaya da hakkı vardır. Tüketici kredileri kanun gereği mutlaka sabit faizli olmak durumundadır (TKHK m.10/II-c). Sabit faizli bu kredinin vadesinden önce ödenmesi halinde, Tüketici Kredisi Yönetmeliğinin 5.maddesine göre de erken ödeme ücreti tahsili söz konusu olmayacaktır.

Hemen hemen aynı vade ve miktarda sabit faizli konut finansmanı kredisi alındığında, TKHK m.10/B hükmü, gerekli faiz indirimi yapıp erken ödemede bulunulmasına izin vermektedir. Ancak tüketici bu kez aynı maddeye göre erken ödeme ücretiyle karşı karşıya kalacaktır.

Bu durum Anayasanın 10.maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Bu mutlak nitelikli düzenleme, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını engellediği gibi, ayrı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını gerektirir⁹⁴.

Aynı durumda olan tüketicilerden aynı süre ve miktarda konut amaçlı tüketici kredisi alanlardan vadesinden önce ödemede bulduklarında, erken

⁹⁴ E.E.ATAY, İdare Hukuku, 2.Bası, Ankara 2009, s.134-135.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

ödeme ücreti tahsil edilmesi yasaklanmışken; konut finansmanı kredisi kullananlardan erken ödeme ücreti alınmasını öngören TKHK m.10/B hükmü, yatay eşitliğe⁹⁵ ve dolayısıyla Anayasanın 10.maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Erken ödeme ücreti alınmasında, Dünyadaki uygulamalara bakıldığında, kredi alanı korumak için çeşitli uygulamalar geliştirilmiştir. Bu uygulamalardan bazıları, belirli bir orana kadar yapılan ödemeleri erken ödeme ücretinden muaf tutmak, ilk altı ayda yapılan ödemelerde daha az oranda erken ödeme ücreti almak, yıllar ilerledikçe erken ödeme ücreti oranını göreceli olarak azaltmak ve erken ödeme ücretine miktar olarak tavan koymaktır. Gerçekten de bu uygulamalar, kredi kullananın haksız olarak erken ödeme ücreti ödemesine engel olmayı amaçlamaktadır. Türk mortgage sistemi tüketici odaklı olarak oluşturulmuştur. Tüketiciler, mal ve hizmet sunanlar karşısında güçsüz olup bilgi, deneyim ve ekonomik bakımlardan bunlarla yarışamayacak durumdadır⁹⁶. Anayasanın 172.maddesinde doğrudan tüketicin korunmasına yönelik hükümler sevk edilmiştir. Buna göre, “Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” İşte Anayasanın bu amir hükmünün gereklerinden birisi olarak 8 Eylül 1995’te 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Ne var ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a konulan 10/B maddesine de kayıtsız şartsız olarak her halükarda %2 oranında erken ödeme ücreti alınabileceğine ilişkin hüküm konularak, Anayasanın amir hükmüne aykırı davranıldığı gibi; Kanun’un temel esprisiyle de açık çelişki yaratılmıştır.

SONUÇ

Konut finansmanı(mortgage) kredilerini erken ödeme hakkı tanıyan KTHK 10/B maddesi, kesin vadeli ve faizli borçların vadeden önce ödenebileceğini öngören BK 80.maddesine istisna getirmektedir. Buna göre, tüketici, konut finansmanından doğan borcunun tamamını veya en az bir taksitini ödeme planında belirlenen tarihten önce ödeyebilir. Bu durumda konut finansman kuruluşu, ödeme tarihinden sonra ödenen kısma işleyecek faizleri düşerek indirim yapmak durumundadır. Erken ödemede tahsil edilecek bedel, anapara ve bu şekilde indirim yapılarak hesaplanan faizden oluşmaktadır.

⁹⁵ Yatay eşitlik; aynı hukuksal veya özdeş durumda bulunanların aynı kurallara bağlı olmalarıdır.

TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s.63.

⁹⁶ ZEVKLİLER/AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004, s.40.

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU

Erken ödeme halinde, gelecekteki faiz gelirinden mahrum kalan konut finansman kuruluşu zarara uğrayabilir. Kanun koyucu konut finansman kuruluşunun muhtemel zararlarını telafi edebilmek için kredi sözleşmesine erken ödenen miktarının en fazla %2'si oranında erken ödeme ücreti alınabilmesine ilişkin hüküm konulmasına izin vermektedir.

İstenebilmesi sözleşmede açık hüküm bulunması şartına bağlı olan erken ödeme ücreti, kanundan kaynaklanan bir medeni ceza değildir. Erken ödeme ücreti, konut finansman kuruluşunun erken ödemedi kaynaklanacak muhtemel zararını karşılamaya yönelik götürü tazminat niteliğindedir. Dolayısıyla, tüketici, erken ödeme nedeniyle konut finansman kuruluşunun zarara uğramadığını ispat etmek suretiyle ödediği erken ödeme ücretini geri alabilir.

Dünyada kredi kullananın haksız olarak erken ödeme ücreti ödemesine engel olmayı amaçlayan bazı uygulamalar geliştirilmiştir. Bu uygulamalardan bazıları, belirli bir orana kadar yapılan ödemeleri erken ödeme ücretinden muaf tutmak, ilk altı ayda yapılan ödemelerde daha az oranda erken ödeme ücreti almak, yıllar ilerledikçe erken ödeme ücreti oranını göreceli olarak azaltmak ve erken ödeme ücretine miktar olarak tavan koymaktır. Bu şekilde kayıtsız şartsız erken ödeme ücreti alınacağına ilişkin yasal düzenleme, Devletin tüketiciyi koruyacağına ilişkin Anayasanın 172.maddesine aykırıdır.

Ayrıca, Türk hukukunda Avrupa hukuk sistemlerinden farklı olarak, konut finansmanı kapsamında olmadan tüketici kredisi niteliğinde konut kredisi almak mümkündür. Aynı durumda olan tüketicilerden aynı süre ve miktarda konut amaçlı tüketici kredisi alanlardan erken ödeme ücreti tahsil edilmesi yasaklanmışken, konut finansmanı kredisi kullananlardan erken ödeme ücreti alınması yatay eşitliğe ve dolayısıyla Anayasanın 10.maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Kanun koyucunun erken ödeme ücreti ile ilgili olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, başta ABD olmak üzere Dünyada tüketiciyi koruyan uygulamaları dikkate alan ve uyumlaştırma sürecinde olduğumuz AB'nin 2008/48 sayılı Yönergesindeki asgari şartları taşıyan özel düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

KAYNAKALAR

ALEXANDER, F.S., Mortgage Prepayment: The Trial of Common Sense, CORNELL LAW REVIEW, Vol.VXXII, 1986-1987.

ASLAN, İ.Y., Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2004.

ATAY, E.E., İdare Hukuku, 2.Bası, Ankara 2009.

AYDOĞDU, M., Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1, 2007.

BALDWIN, R.K., Notes- Prepayment Penalties: A Survey and Suggestion, VANDERBILT LAW REVIEW, Vol.40, (1987).

BOYLE, R., The Enforcement Prepayment Penalty, DE PAUL BUSINESS & COMMERCIAL LAW JOURNAL, Vol.6, 2007-2008.

COOPERSMITH, J.B., Refocusing Liquidated Damage Law for Real Estate Contracts: Returning the Historical Roots of the Penalty Doctrine, EMORY LAW JOURNAL, Vol.39, (1990).

Deutsche Bank Research, Early Repayment of Fixed-Rate Mortgages- There is no Free Lunch, www.dbresearch.com/PROD/DBR.../PROD000000000200409.pdf, .

DÜBEL, H.J., Fixed-rate Mortgages and Prepayment in Europe, [http://www.pfandbrief.de/d/bcenter.nsf/0/0E19E0D1D7C8251DC125713E0045633C/\\$FILE/Fixed-rate%20Mortgages%20and%20Prepayment%20in%20Europe.pdf](http://www.pfandbrief.de/d/bcenter.nsf/0/0E19E0D1D7C8251DC125713E0045633C/$FILE/Fixed-rate%20Mortgages%20and%20Prepayment%20in%20Europe.pdf), .

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, İstanbul 2003.

FELD/MARKS, Legal Differences Without Economic Distinctions: Points, Penalties and the Market for Mortgages, BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol.77, (1997).

FRANCINI/ SCHILLINGER, Mortgage Bond and MBS Market Development in Germany, <http://www.thefreelibrary.com/Mortgage+bond+and+MBS+market+development+in+Germany-a0137012476>.

GILLON, K.J., EU Mortgage Integration, www.mishcon.com/news/.../eu_

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU

mortgage_integration_02_2008.

HAZALTINE, H.D., The Gage of Land in Medievel England, HARVARD LAW REVIEW, Vol.XVII, 1903-1904.

İNAL,T., Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 2.Bası, İstanbul 2005.

KOCAAĞA, K., Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.

KRATOVIL, R., Mortgage Law Today, THE JOHN MARSHAL LAW REVIEW, Vol.13, 1979-1980.

LEU,U., Basler Kommentar, Art 81, No.2.

MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, German Law of Contract, Second Ed., Oxford and Portland,OR 2006.

McNELLIS, M.T., Prepayment Penalties and Due-on-Sale Clauses in Commercial Mortgages:What Next? INDIANA LAW REVIEW, C.XX, 1987.

NELSON/WHITMAN, Real Estate Finance Law, 4th Ed. Hornbook Series, St.Paul, MINN., 2001.

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 2009.

ÖNAL/TOPALOĞLU, Gayrimenkul Finansmanı ve Hukuku – Mortgage (Tutsat), Adana 2007.

REALKREDİTTAADED, The Danish Early Reapayment System, http://www.realkredittaaedet.dk/Mortgage_financing/The_Danish_early_repayment_system.aspx.

REED, R., Mortgage 101 – Quick Answers to 250 Critical Questions About Your Home Loan, New York, NY 2004.

REİSOĞLU, S., Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, BANKACILAR, Sa.61, Haziran 2007.

RUDOLF/SAUNDERS, Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be Learned from the

Subprime, <http://www.pfandbrief.de/d/bcenter.nsf/0/80EDD6E8A105816>

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

8C125757B00479C88/\$FILE/Schriftenreihe_Band_38.pdf.

TOPALOĞLU, M., ABD Mortgage Uygulaması ve İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Prof.Dr.FİKRET EREN'E ARMAĞAN, Ankara 2006.

TOPALOĞLU, M., İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Adana 2007.

TOPALOĞLU/ÖNAL, Konut Finansman Sisteminde Mortgage Sigortası, BATİDER, C.XXIV, Sa.1, Haziran 2007.

TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009.

WERNER, R.J., Real Estate Law, 11th Ed., Chicago, IL 2002.

WHITMAN, D.A., Mortgage Prepayment Clauses: An Economic and Legal Analysis, U.C.L.A. LAW REVIEW, Vol.XV, 1993.

White Paper on the Integration of EU Mortgage Markets, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0807:FIN:EN:DOC>.

WYMAN, M.O., Study on Financial Integration on the European Mortgage Markets, 2003, <http://www.nykredit.com/investorcom/ressourcer/dokumenter/pdf/Wymanreport.pdf>.

WEINER, D.J., Assignee Liability in State Predatory Lending Laws: How Uncapped Punitive Damages Threaten the Secondary Mortgage Market, EMORY LAW.JOURNAL, Vol.55, (2006).

ZEVKLİLER/AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004.

ALEXANDER, F.S., Mortgage Prepayment: The Trial of Common Sense, CORNELL LAW REVIEW, Vol.VXXII, 1986-1987.

BALDWIN, R.K., Notes- Prepayment Penalties: A Survey and Suggestion, VANDERBILT LAW REVIEW, Vol.40, (1987).

BOYLE, R., The Enforcement Prepayment Penalty, DE PAUL BUSINESS & COMMERCIAL LAW JOURNAL, Vol.6, 2007-2008.

COOPERSMITH, J.B., Refocusing Liquidated Damage Law for Real

Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU

Estate Contracts: Returning the Historical Roots of the Penalty Doctrine, EMORY LAW JOURNAL, Vol.39, (1990).

Deutsche Bank Resarch, Early Repayment of Fixed-Rate Mortgages- There is no Free Lunnch,

FELD/MARKS, Legal Differences Without Economic Distinctions: Points, Penalties and the Market for Mortgages, BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW, Vol.77, (1997).

GILLON, K.J. EU Mortgage Integration,

HAZALTINE, H.D., The Gage of Land in Medievel England, HARVARD LAW REVIEW, Vol.XVII, 1903-1904.

KRATOVIL, R., Mortgage Law Today, THE JOHN MARSHAL LAW REVIEW, Vol.13, 1979-1980.

McNELLIS, M.T., Prepayment Penalties and Due-on-Sale Clauses in Commercial Mortgages: What Next? INDIANA LAW REVIEW, C.XX, 1987.

NELSON/WHITMAN, Real Estate Finance Law, 4th Ed. Hornbook Series, St.Paul, MINN., 2001, s.455-456.

ÖNAL/TOPALOĞLU, Gayrimenkul Finansmanı ve Hukuku – Mortgage (Tutsat), Adana 2007.

REED, R., Mortgage 101 – Quick Answers to 250 Critical Questions About Your Home Loan, New York, NY 2004.

TOPALOĞLU, M., ABD Mortgage Uygulaması ve İpotekli Konut Finansmanına İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Prof.Dr.FİKRET EREN'E ARMAĞAN, Ankara 2006.

TOPALOĞLU, M., İpoteğe Dayalı ve İpotek Teminatlı Menkul Kıymetler, Adana 2007.

TOPALOĞLU/ÖNAL, Konut Finansman Sisteminde Mortgage Sigortası, BATİDER, C.XXIV, Sa.1, Haziran 2007.

AYDOĞDU, M., Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1, 2007.

Mortgage Kredilerinde Erken Ödeme Ücreti (Cezası)

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, İstanbul 2003.

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 2009.

LEU,U., Basler Kommentar, Art 81, No.2.

WYMAN, M.O., Study on Financial Integration on the European Mortgage Markets, 2003, WEINER, D.J., Assignee Liability in State Predatory Lending Laws: How Uncapped Punitive Damages Threaten the Secondary Mortgage Market, EMORY LAW.JOURNAL, Vol.55, (2006).

WERNER, R.J., Real Estate Law, 11th Ed., Chicago, IL 2002.

WHITMAN, D.A., Mortgage Prepayment Clauses: An Economic and Legal Analysis, U.C.L.A. LAW REVIEW, Vol.XV, 1993.

White Paper on the Integration of EU Mortgage Markets,

MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, German Law of Contract, Second Ed., Oxford and Portland,OR 2006, s.927.

RUDOLF/SAUNDERS, Refinancing Real Estate Loans – Lessons to be Learned from the

Subprime

FRANSCINI/ SCHILLINGER, Mortgage Bond and MBS Market Development in Germany.,

DÜBEL, H-J., Fixed-rate Mortgages and Prepayment in Europe,

REALKREDİTTTRADED, The Danish Early Reapayment System,

İNAL,T., Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, 2.Bası, İstanbul 2005.

ASLAN, İ.Y., Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2.Bası, İstanbul 2004.

KOCAAĞA, K., Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.

BOŞ

MALİK LEHİNE SINIRLI AYNÎ HAK KAVRAMI

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL*

ÖZET

Türk ve İsviçre-Türk hukukunda, malik lehine sınırlı aynî hak kurabilme imkânı vardır. Malik lehine sınırlı aynî hak sahibine bazı imkanlar sağlamaktadır. Bu imkânlar özellikle, malikin daha sonra elden çıkarmak istediği taşınmazı üzerinde, sırada bir öncelik hakkı elde etmesinde görülür. Ayrıca ipotekli borç ve irat senetleri de malik lehine rehin hakkı tesisi yoluyla ihraç edilir.

ANAHTAR KELİMELER

Malik lehine sınırlı aynî hak, malik lehine irtifak hakkı, malik lehine rehin hakkı, gerçek malik rehni, gerçek olmayan malik rehni

ZUSAMMENFASSUNG

Nach türkischem und Schweiz-türkischem Recht befindet es sich die Möglichkeit, ein dingliches Recht zugunsten vom Eigentümer zu schaffen. Ein dingliches Recht zugunsten vom Eigentümer führt zu manchen Möglichkeiten. Mit der Einordnung eines dinglichen Rechts für sich selbst bringt der Eigentümer eines Grundstücks einen Vorrang hervor. Falls er das Grundstück später verkauft, benutzt er dieses Recht. Außerdem können Schuldbriefe und Gülten durch Einrichtung dingliches Recht zugunsten vom Eigentümer ausgegeben werden.

SCHLÜSSELWÖRTER

Dingliches Recht zugunsten vom Eigentümer, Eigentümerdienstbarkeit, Eigentümergrundpfandrecht, Echte Eigentümerhypothek, Unechte Eigentümerhypothek

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GENEL OLARAK MALİK LEHİNE SINIRLI AYNÎ HAK^{1,2}

Malikin, sahibi bulunduğu eşyası üzerinde kendisi adına kurduğu sınırlı aynî hakka “malik lehine sınırlı aynî hak” denir³. Acaba bir kimsenin, malik olarak her türlü yetkiye sahip olduğu kendi eşyası üzerinde, ayrıca daha belirli ve kısmî yetkiler veren bir sınırlı aynî hak kurmasına ihtiyacı var mıdır? Hukukta, bu soruya cevap teşkil edecek iki zıt anlayış bulunmaktadır. Bu anlayışlardan biri Roma Hukuku’na, diğeri Cermen Hukuku’na aittir.

Roma Hukuku’ndaki anlayışa göre sınırlı aynî haklar ancak başkasına ait eşya üzerinde kurulabilir (jura in re aliena). Malik, bu sıfatla sınırlı aynî hakların kendisine sağlayacağı bütün yetkilere sahiptir. Bütün yetkilere sahip bir kimse olarak onun, eşyası üzerinde, kendine belirli bir yetki veren sınırlı bir aynî hak kurmasına ihtiyacı yoktur; ayrıca böyle bir hakkın kendisine sağlayacağı bir yarar da bulunmamaktadır. Onun için Roma Hukuku’nda aynı eşya üzerinde malik olma sıfatıyla sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatının aynı kimsenin şahsında birleşmesine cevaz verilmemiş; böyle bir durumda sınırlı aynî hakkın sona ereceği kabul edilmiştir. Bu kabule kaynaşma veya birleşme ilkesi (principe de consolidation; nulli res sua servit) denmektedir⁴.

Buna karşılık, Cermen Hukuku’ndaki anlayışa göre mülkiyet hakkı, kendi özünden türeyen ve niteliği kendine benzeyen sınırlı aynî haklardan, içerdiği yetkilerin sayısı ve yoğunluğu itibariyle ayrılır. Nitekim sınırlı aynî hakların içeriği belirli bir veya birkaç yetkiden ibaret olduğu halde, mülkiyet hakkının içeriği, kanunun çizdiği sınırları aşmamak kaydıyla, sayısı belirsiz pek çok

¹ Yararlanılan eserlerin künyesi ilk atıfta gösterilmiştir. Daha sonraki atıflarda eserler yazarların soyadıyla anılmıştır. Birden fazla eserden yararlanılan yazarlara atıflar ilk atıfta parantez içinde gösterilen kısaltılmış haliyle yapılmıştır.

² Önünde işaret olmayan rakamlar yararlanılan eserlerin sayfa numarasını gösterir.

³ AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), 3. Kitap Mahdut Aynî Haklar, Ankara 1974 (AKİPEK, III), 19.

⁴ STEINAUER, Paul-Henri: Les droits réels, Tome II, troisième édition, Bern 2002 (STEINAUER, II), N. 2163; PIOTET, Paul: Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé Suisse, Tome V, 3, Fribourg 1978, 17 vd.; LEE-MANN, H.: Sachenrecht, Das Eigentum, II. Abteilung, Bern 1925, Art. 646, N. 31; HAAB, Robert: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band, Sachenrecht, 2. Auf. Zürich 1929, Art. 646, N.25; LİVER, Peter: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Dientsbarkeiten und Grundlasten, 3. Auf. Zürich 1980, Art. 730, N. 49; MEİER-HAYOZ, Arthut: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 1, 1, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, 5. Auf. Bern 1981, Art. 646, N. 44; GÜRİSOY, K.Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, 768 vd.; keza dn.3 ve 4; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, 2. bası, İstanbul 1983, 15.

Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı

yetkiden oluşmaktadır. Bu bakımdan sınırlı aynî hakların içeriği belirli ve dar, mülkiyet hakkının içeriği ise, belirsiz ve kapsamlı, bu sebeple de değişken bir nitelik arz etmektedir. İşte malikin, içeriği belirsiz, kapsamlı ve değişken bir nitelik kazandırması mümkündür; bu da sınırlı aynî hak tesisi yoluyla olmaktadır. Malikin, böyle bir sınırlı aynî hakkı kendi eşyası üzerinde kendi lehine kurmasına hukuken bir engel de yoktur. Böylece malik, kendi eşyası üzerindeki malik olma sıfatına bir de sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatını eklemiş olur⁵.

Türk/İsviçre Hukuku'nda, Cermen Hukuku anlayışı benimsenmiş; bu amaçla da Medenî Kanun'da (MK. m. 782, 918) malik lehine sınırlı aynî hak kurulmasına cevaz veren hükümlere yer verilmiştir. Gerçekten malikin, bazı hallerde kendi eşyası üzerinde sınırlı aynî hak sahibi olmasına ihtiyacı olabilir. Malik bu ihtiyacı, daha çok, kendi eşyası üzerinde üçüncü kişiler lehine daha sonra kurulacak olan sınırlı aynî haklar karşısında, sırada önceliğe sahip bir hak elde etmek istemesi halinde duyar. Meselâ, biri anayola cephesi olan, diğeri onun gerisinde bulunan, bu sebeple ana yola çıkışı olmayan birbirine bitişik iki taşınmazın maliki olan kimsenin, ana yola çıkışı olan taşınmazını satıp elden çıkarmak istemesi halinde, onun üzerinde önce ikinci taşınmazı, yani kendi lehine bir geçit irtifakı kurmasına ihtiyacı vardır. Zira ana yola cephesi olan taşınmazını üçüncü kişiye satıp devrettikten sonra malik böyle bir geçit irtifakını kurabilme imkânını tümüyle kaybetmiş veya en azından zora sokmuş olur. Bu imkânın kayba uğramaması veya zora sokulmaması için malikin önce ana yola cephesi olan taşınmazı üzerinde kendi lehine bir geçit irtifakı kurması, bundan sonra da o taşınmazı üçüncü kişiye satıp devretmesi gerekir. Böyle bir yöntemin malikin yararına olduğu açıktır. Benzer ihtiyaçları malik, diğer sınırlı aynî haklarda da duyabilir. Esasın malik lehine sınırlı aynî haklar bazı kişisel ve ekonomik ihtiyaçlardan doğmuştur; bu ihtiyaçların giderilmesinde de önemli bir role sahip bulunmaktadır⁶.

Malik lehine sınırlı aynî hak, verilen bu misalde olduğu üzere, sınırlı aynî hakkı malikin başlangıçta bizzat ve doğrudan doğruya kurması sonucu gerçekleşebileceği gibi, yararlanan veya yüklü eşyanın maliklerinden birinin diğerine ait eşyayı sonradan mülkiyetine geçirmesi sonucu da gerçekleşebilir. Yukarıda verilen misaldeki taşınmazların, bir an için, başlangıçta ayrı ayrı

⁵ TUOR/SCHNYDER/ SCHMİD; Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auf. Zürich 1995, § 95, I; LİVER, Art.733, N.1; LEEMANN, Art.646, N.?.; GÜRİSOY/ EREN/CANSEL, 768 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 15.

⁶ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 15 vd.; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 769 vd.; AKİPEK, III, 19 vd.

şahıslara ait olduğunu ve yola çıkışı olan taşınmaz üzerinde diğer taşınmaz lehine bir geçit irtifakının kurulduğunu varsayalım. Böyle bir durumda taşınmazlardan birinin maliki, diğer taşınmazın mülkiyetini devraldığı zaman da, malik lehine sınırlı aynî hak bu devir ve temlik sonucu kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Keza yüklü eşya malikinin devredilebilir nitelikteki sınırlı aynî hakkı veya sınırlı aynî hak sahibinin yüklü eşyayı sonradan devralmasında da durum böyledir. Böyle bir durumda sınırlı aynî hakkın varlığını ve etkisini kaybedip etmemesine göre bu birleşme tam ve kısmî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre eğer aynı eşya üzerindeki malik olma sıfatıyla sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatı aynı kimsenin şahsında birleşmesi ile sınırlı aynî hakkın, mülkiyet hakkı içinde eriyip varlığını ve etkisini tümüyle kaybederek kendiliğinden sona ermesine, *tam kaynaşma veya birleşme* (consolidation total); buna karşılık, varlığını koruyup sadece etkisini kaybetmesine ise *kısmî kaynaşma veya birleşme* (consolidation partielle) denilmektedir⁷. Tam birleşme hali taşınırlarda, kısmî birleşme hali taşınmazlarda gerçekleşmektedir. Meselâ intifa konusu bir taşınmaz, sonradan intifa hakkı sahibi tarafından satın alınıp mülkiyetine geçirilecek olursa, intifa hakkı kendiliğinden tümüyle sona erer. Böyle bir durumda sınırlı aynî hakkın sona ermemesi için ona aleniyetin sağlanması gerekir. Oysa, taşınırlar üzerindeki malik lehine sınırlı aynî haklara zilyetlik veya bir başka yolla aleniyet kazandırma ve böylece onun sona ermesinin önüne geçme imkânı bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir imkân bulunsa bile, bu imkânın malike sağlayacağı bir yarar da yoktur⁸. Görülüyor ki, tam kaynaşma veya birleşme hali BK. m. 116'da öngörülen durumla benzerlik arz etmektedir. Zira bu maddeye göre alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişinin şahsında birleşmesi borcu sona erdirmektedir⁹. Buna karşılık, taşınmazlarda durum bunun tamamiyle aksinedir. Zira tapu kütüğü tekniği aynı taşınmaz üzerinde malik lehine sınırlı aynî hak kurmaya ve kurulan sınırlı aynî hakka aleniyet kazandırmaya elverişli bulunmaktadır. Buna göre tapu kütüğünde aynı kişinin hem malik olarak, hem de sınırlı aynî hak sahibi olarak gösterilmesi mümkündür. Bunun için aynı kişinin taşınmazın tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet sütununa malik olarak, ilgili sınırlı aynî hak sütununa hak sahibi olarak kaydı yeterlidir. Böyle bir kayıt, sınırlı aynî hak bizzat malik tarafından kuruluyorsa, onun tek taraflı tescil talebinde bu-

⁷ PIOTET, 17 vd.; STEINAUER, II, N.2164 vd.; Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 769 dn.4.

⁸ PIOTET, 19 vd.; STEINAUER, II, N.2166.

⁹ Bkz. PIOTET, 17 . Bu konuda geniş bilgi için bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, İstanbul 2009, s. 1219 vd.

lunması; aksi takdirde ilgili taraflar arasında geçerli bir şekilde düzenlenmiş sözleşme uyarınca yapılır¹⁰. Söz konusu kaydın yapılması ile birlikte, taşınmaz üzerinde malik lehine sınırlı aynî hak da kurulmuş olur. Bu suretle kurulan sınırlı aynî hak, mülkiyet hakkının içinde eriyip kendiliğinden sonra ermez; aksine, şekli açıdan da olsa, varlığını koruyup sürdürür. Ne var ki, malik sıfatıyla sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatı malikin uhdesinde bulunduğu sürece, sınırlı aynî hak maddî açıdan pratikte bir etki gösteremez. Bu dönemde malik lehine sınırlı aynî hak uyur (sommeillé, latent) halindedir. Ne zaman ki, bu iki sıfat, yani malik olma ve sınırlı aynî hak sahibi olma sıfatları birbirinden ayrılır, o andan itibaren de sınırlı aynî hak aynî etkisini göstermeye başlar. İşte malik lehine sınırlı aynî hakkın varlığını koruduğu, buna karşılık etkisini kaybettiği hallerde, kısmî birleşmeden (consolidation partielle) söz edilir. Mesela, bir taşınmaz önce (A) lehine intifa hakkı ile takyit edildikten sonra, onun üzerinde (B) lehine bir rehin hakkı kurulur, daha sonra da bu taşınmaz (A) tarafından satın alınıp mülkiyetine geçirilecek olursa, durum böyledir. Bu durumda malik lehine intifa hakkı gerçekleşmiş olur. Ancak bu intifa hakkı, malik ile intifa hakkı sahibi (A) olduğu sürece varlığını sürdürür, fakat etkisini göstermez. Bununla birlikte, bu tür bir intifa hakkının sahibine sağlayacağı yararlar da bulunmaktadır¹¹. Zira bir gün gelir, rehin hakkı sahibinin talebi ile o taşınmaz paraya çevrilecek olursa, yapılacak olan ihale sonucu (A) mülkiyet hakkını kaybeder, buna karşılık intifa hakkı sahibi olma sıfatını korur. Bu durumda taşınmaz intifa hakkıyla yüklü olarak ihaleye çıkarılır¹².

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, malik lehine sınırlı aynî hak, tapu sicili tekniği sayesinde, ancak taşınmazlar üzerinde kurulabilmektedir¹³. Nitekim Medenî Kanun, bunu, irtifak ve rehin hakları için açıkça öngörmüş bulunmaktadır (MK. m. 782, 784, 84, 914/II, 918/II). Hakim doktrin bu imkânın varlığını, taşınmaz yükü bakımından da, kıyas yoluyla kabul etmektedir¹⁴.

¹⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 16, 17; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 770; AKİPEK, III, 19 vd.

¹¹ STEINAUER, II, N.2172 ve 2181; PIOTET, 20 vd.; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 769 vd.; AKİPEK, III, 20; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 17 vd. ATF 93 II 82-86 = JdT 1968 I 191; ATF 107 III 128-234=JdT 1984 II 2.

¹² STEINAUER, II, N.2165; LİVER, Einl. N.28.

¹³ STEINAUER, II, N.2167; AKİPEK, III, 20; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 16; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 720.

¹⁴ STEINAUER, II, N.2167; AKİPEK, III, 20; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 16.

II. MALİK LEHİNE İRTİFAK HAKKI

Bir kimsenin, kendi taşınmazı üzerinde kendi lehine irtifak hakkı kurması iki şekilde olur.

Birinci şekil, iki taşınmazın da maliki olan kimsenin, bunlardan biri üzerinde diğeri lehine bir irtifak hakkı kurmasıdır. Malikin, ikinci bir taşınmazı sözkonusu olmaksızın, kendi taşınmazı üzerinde kendi lehine şahsî bir irtifak kurması da bu şekil içinde düşünülmektedir¹⁵. Her iki halde de, bu şekilde bir irtifak hakkının kurulabilmesi için yüklü taşınmaz kendine ait olan malikin, bu taşınmazın tapu kütüğüne yapılacak tescil için, yazılı tescil talebinde bulunması yeterlidir. Malik lehine irtifakın bu şeklini düzenleyen MK. m. 782, 784 taşınmaz irtifaklarına ilişkin bulunmaktadır; ancak içerdiği esasların diğeri irtifaklar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁶.

İkinci şekil, malikleri ayrı olan iki taşınmazdan biri lehine diğeri üzerinde bir irtifak evvelce mevcut ise, bu taşınmazlardan birinin malikinin diğeri devralması halinde görülür. Böyle bir durumda taşınmazlardan birini devralan malik, her iki taşınmazın da malik olduğundan malik lehine irtifak hakkının kurulması bu devir işlemi sonucu kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Meselâ, malikleri ayrı kimseler olan (A) taşınmazı üzerinde, (B) taşınmazı lehine bir geçit irtifakı kurulmuşsa, bu taşınmazlardan birinin malikinin diğeri taşınmazı satın alıp mülkiyetine geçirmesi halinde durum böyledir. Aynı sonuç yüklü taşınmazın, irtifak hakkı sahibi tarafından devralınması halinde de gerçekleşir. Bunun aksine, devredilebilir (düzensiz) nitelikteki bir şahsî irtifakın, meselâ bir üst hakkının süresinden önce (MK. m. 831, 832) yüklü taşınmaz maliki tarafından devralındığı zaman da bu şekilde bir malik lehine irtifak hakkı kurulmuş olur. Yukarıda zikredilen misal ve açıklamalardan anlaşıldığı üzere, bu şekilde malik lehine irtifak hakkı ya yararlanan taşınmazla yüklü taşınmazın veya yüklü taşınmazla, onun üzerindeki irtifak hakkının aynı elde toplanması sonucu kurulmaktadır. Böyle bir toplanma yüklü taşınmaz üzerindeki irtifakın sona erme sonucunu doğurmaz (MK. m. 784). Bu durumda malik, dilerse irtifak hakkını muhafaza eder, dilerse terkin ettirerek onun varlığını sona erdirir¹⁷.

¹⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 17.

¹⁶ STEINAUER, II, N.2170 ve 2171; PIOTET, 50; LİVER, Art.733, N.41; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 17; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 776.

¹⁷ STEINAUER, II, N.2168 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 16 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 775 vd., 778; AKİPEK, III, 22..

Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı

Malik lehine irtifak hakkı yararı olmayan gereksiz bir kurum değildir; onun da bazı yararları bulunmaktadır. Bunları şöylece sıralamak mümkündür.

Bir kere, malik lehine irtifak hakkı, taşınmazlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesine hizmet eder. Malik, mülkiyetinde bulunan yüklü veya yararlanan taşınmazlardan birini elden çıkarıp üçüncü kişilere devretmeden önce kendi lehine irtifak kurmakla, ileride duyulacak olan ihtiyacı peşinen karşılamış olur. Bunun için bir anlaşma yapmaya gerek yoktur; malikin yazılı talebi yeterlidir. Böylece sözkonusu taşınmazlardan birinin üçüncü kişilere devri ile hüküm ve sonuçlarını doğuracak olan irtifakla iki taşınmaz arasındaki ilişki ve düzen de kolayca kurulmuş olur¹⁸.

Bundan başka, malik, kendi taşınmazı üzerinde kurduğu irtifakla, aynı taşınmaz üzerinde daha sonra kurulacak olan sınırlı aynî haklar karşısında sırada bir öncelik elde etmiş olur. Malik, kendi lehine irtifaka, daha çok ileride ortaya çıkacak ihtiyaç ve gelişmeleri göz önünde bulundurarak başvurur. Meselâ, malik, bir yandan kendi taşınmazı üzerinde üçüncü kişi lehine intifa hakkı kurmak, diğer yandan aynı taşınmaz üzerindeki park yerlerini kullanmaya devam etmek istiyorsa, intifa hakkından önce kendi lehine park irtifakını kurması gerekir; böylece o, intifadan sonra kuru mülkiyetin kendine sağlamayacağı bir yararı şimdiden güvence altına almış olur. Keza malik, üçüncü kişi lehine bir rehin hakkı kurmadan önce de aynı yönteme başvurabilir. Böyle bir durumda rehin konusu taşınmaz paraya çevrilse bile, o, park irtifakını korumuş olur¹⁹.

Nihayet, malik lehine irtifak hakkı yararlanan taşınmazın ekonomik değerini artırır. Zira lehine irtifak hakkı bulunan bir taşınmaz, böyle bir irtifak bulunmayan taşınmazdan ekonomik yönden daha kıymetlidir. Meselâ malik, kendisine ait bir taşınmazdan çıkan kaynaktan yararlanma konusunda diğer taşınmazı lehine bir kaynak irtifakı kurmuşsa, bunun sonucu olarak yararlanan taşınmazın, piyasa değeri artar. Bu suretle değeri artan yararlanan taşınmazını malik, rehnederek daha yüksek miktarda borç alabilir. Öte yandan, bu taşınmaz borcun ödenmemesi üzerine paraya çevrilmesi gerektiğinde, lehine olan kaynak irtifakı dolayısıyla daha çok alıcı bulur, daha yüksek bedelle fiyatlendirilip satımı yapılır²⁰.

¹⁸ STEINAUER, II, N.2173.

¹⁹ STEINAUER, II, N.2174; PIOTET, 49; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 777; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 17, 18; AKİPEK, III, 22.

²⁰ STEINAUER, II, N.2174a; PIOTET, 49 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 776 vd.

III. MALİK LEHİNE REHİN HAKKI

A. MALİK LEHİNE REHİN HAKKI KAVRAMI

“Malik lehine rehin hakkı” tabiri, malikin, kendi eşyası üzerinde aynı zamanda rehin hakkı sahibi olmasını ifade eder. Malikin kendi eşyası üzerinde rehin hakkı sahibi olması, ancak taşınmazlarda mümkündür. Bu imkân tapu kütüğü tekniği sayesinde gerçekleşmektedir. Buna karşılık, taşınırlarda böyle bir imkân yoktur. Bundan dolayı bir taşınır malikin kendi eşyası üzerinde kendi lehine bir rehin hakkı sahibi olması sözkonusu değildir. O halde “malik lehine rehin hakkı” deyince, bundan daima bir kimsenin kendi taşınmazı üzerinde kendi lehine rehin hakkı sahibi olması anlaşılmalıdır. Buna göre bir kimse hem rehin konusu taşınmazın maliki, hem de o taşınmaz üzerinde kurulmuş olan rehin hakkının sahibi ise, ortada malik lehine bir rehin hakkı var demektir²¹. Böyle bir durumda yüklü taşınmazın maliki, malik olma sıfatına bir de rehin hakkı sahibi sıfatını eklemiş olmakta; böylece bir yandan malik ve rehin hakkı sahibi olma sıfatları; öte yandan, buna bağlı olarak, sırasıyla, borçlu ve alacaklı sıfatları aynı kimsenin şahsında birleşmektedir. Bu birleşmeye rağmen, rehin yükü ve onun teminat altına aldığı alacak kendiliğinden sona ermemektedir. Tapu kütüğü teknik olarak böyle bir durumun oluşmasına ve sürdürülmesine imkân vermektedir. Ancak bu durum, teorik güçlülere yol açmaktadır. Zira birleşme ilkesi (principe de la confusion) uyarınca, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kimsenin şahsında birleşmesi borcu sona erdirir (BK. m. 116/I). Almanca’da bunun için “malik lehine taşınmaz rehni anlamına gelen “Forderungsentkleidetes Eigentümergegrundpfand” ifadesi kullanılmaktadır²². Şu halde alacak mevcut değilse, ilke olarak onu (teminat) altına alan rehin de mevcut değildir. Zira rehin hakkı, kaderi teminat altına aldığı alacağın kaderine bağlı bir fer’i haktır; alacağın sona ermesiyle birlikte o da sona erer (BK. m. 113/I). İşte kanunlarda, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kimsenin şahsında birleşmesinin bir yandan alacağı sona erdireceğine; öte yandan alacağı sona erdirmeyeceğine ilişkin birbirine zıt hükümlerin bulunması, yazarları, bu suretle ortaya çıkan güçlüğü aşabilmek için birçok görüş üretip ileri sürmeye yöneltmiştir²³. Bu görüşler arasında üstünlük tanınması gereken görüş, alacak ile onu teminat altına alan rehlin birbirinden farklı bulunduğu esasına dayanan görüştür. Buna göre bir yandan rehin hakkı sahibi ve alacaklı,

²¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 19.

²² TUOR/SCHNYDER/SCHMİD, 764.

²³ TUOR/SCHNYDER/SCHMİD, 766; STEINAUER, II, N.2179.

öte yandan malik ve borçlu sıfatları, aynı kimsenin şahsında birleştiği zaman, ortada gerçek anlamda bir alacak veya borç yoktur; bununla birlikte, gelecekte doğacak bir müstakbel alacak için şimdiden tesis edilmiş bir rehin hakkı vardır. Teminat konusu müstakbel alacak, alacaklı ve borçlu sıfatları birbirinden ayrıldığı anda doğmuş olacaktır²⁴.

Malik ve rehinli alacaklı sıfatları aynı kimsenin şahsında birlikte buldukları sürece, rehin hakkının, sahibine sağladığı bir yarar sözkonusu olmaz. Zira aynı zamanda hem malik, hem rehinli alacaklı sıfatı taşıyan bir kimsenin, borç ödenmediği takdirde kendi taşınmazını ihaleye çıkarıp sattırması düşünülemez. Rehin hakkı malik lehine var olduğu sürece, alacak hakkı ile rehin hakkı uyur (sommeillé, latente) haldedir, bu dönemde rehin hakkı şeklen mevcuttur²⁵; o yüzden herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Ne zaman ki, malik ve alacaklı sıfatları birbirinden ayrılır, o andan itibaren de rehin hakkı etkisini göstermeye, hüküm ve sonuç doğurmaya başlar.

B. MALİK LEHİNE REHİN HAKKI ÇEŞİTLERİ

Malik lehine rehin hakları, gerçek olan ve olmayan diye ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım malik lehine rehin hakkının devamı sırasında ortada teminat konusu gerçek anlamda bir alacağın bulunup bulunmamasına göre yapılan bir ayırımdır.

1. Gerçek malik rehni

Gerçek malik rehniinde ortada teminat konusu gerçek bir alacak bulunmaktadır. Bu alacağın hem alacaklısı, hem borçlusu rehinle yüklü taşınmazın malikidir. Rehinle yüklü taşınmazın maliki, teminat konusu alacağın sahibi olduğundan aynı zamanda rehin hakkının da sahibidir²⁶.

Malike, bu çeşit rehin hakkı kurabilme imkânı, birer taşınmaz rehin çeşidi olan ipotekli borç ve irat senetlerinde tanınmıştır. Malik, kendisine ait taşınmazı teminat göstererek ipotekli borç senedi veya irat senedi çıkarabilir. Çıkardığı bu senetleri, malik kendi adına düzenleyebileceği gibi hamiline de düzenleyebilir. Ayrıca bu suretle düzenlenen senetler tapu kütüğüne tescil edilir. Böylece düzenlenen ve tescil edilen senetler kıymetli evrak niteliği taşır. Bundan dolayı sözkonusu senetlerde hem alacak hakkı, hem de onun temina-

²⁴ STEINAUER, II, N.2179.

²⁵ STEINAUER, II, N.2181; ATF 107 III 128-134=JdT 1984 II 2.

²⁶ STEINAUER, II, N.2178 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 772 vd.

tını oluşturan rehin hakkı mündemiçtir. O sebeple, gerek alacak hakkı gerek rehin hakkı, içinde mündemiç olduğu senetten bağımsız değildir; bu haklar ancak senetle birlikte ileri sürülebilir.

İpotekli borç ve irat senetleri marifetiyle gerçek malik rehni, pratikte, iki şekilde gerçekleşir. Birinci şekilde, malik, kendi adına veya hamiline düzenlediği ve tapuya tescil ettirdiği kıymetli evrak niteliğindeki bu senetleri, henüz piyasaya sürmeyip yedinde bulundurduğu takdirde, gerçek malik rehni kurulmuş olur (MK. m. 911, 912, 914). İkinci şekilde ise, malikin, daha önce piyasaya sürdüğü ipotekli borç ve irat senetlerini, bu defa bedelini ödeyerek satın aldığı, bununla birlikte tapuda mevcut olan tescili terkin ettirmeyip yedinde alıkoyduğu zaman da, bu tür bir rehin hakkı gerçekleşmiş olur (MK. m. 918). Her iki şekilde de, malik hem yüklü taşınmazın maliki, hem de rehin hakkının sahibidir; öte yandan, hem alacaklı, hem de borçlu durumundadır; onun, içinde alacak ve rehin hakkı mündemiç olan senedi malikin ele geçirmesiyle sözkonusu haklar sona ermez; buna rağmen varlıklarını sürdürürler. Ancak bu suretle kurulmuş gerçek malik rehni şekli bir varlığa sahiptir; onun bu şekli varlığı ve bu varlığın aleniyeti tapu sicili sayesinde gerçekleşir. Bu durum, malikin ya senetleri veya yüklü taşınmazı elden çıkarmasına kadar devam eder. Bu andan itibaren evvelce şekli bir varlığa sahip olan rehin hakkı, bu defa maddi bir varlığa (içeriğe) da kavuşmuş, gerçek malik rehni de bu suretle son bulmuş olur²⁷.

Bundan başka malik, sözkonusu senetleri rehnetmek suretiyle de kredi bulabilir. O takdirde malike kredi veren alacaklı, taşınmaz üzerinde değil, yedine geçirdiği ipotekli borç veya irat senetleri üzerinde rehin hakkı sahibi olur (MK. m. 954, 955). Bu halde de, rehin süresince gerçek malik rehni sona ermiş olur²⁸.

Biraz yukarda açıklandığı üzere, hakim doktrin ipotekli borç veya irat senetlerinin düzenlendiği anda alacağın doğduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ise, alacak, ipotekli borç veya irat senedinin düzenlendiği anda değil, bu senetlerin elden çıkarıldığı, yani üçüncü kişiye devredildiği anda doğmaktadır²⁹.

²⁷ STEINAUER, II, N.2178 vd.; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 772 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 20.

²⁸ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 774; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 20.

²⁹ ATF 107 III 128-134=JdT 1984 II 2; ATF 44 II 247=JdT 1919 I 194; ATF 41 II 264.

Malik Lehine Sınırlı Aynî Hak Kavramı

İpotekli borç senedi veya irat senedi ile kurulan gerçek malik rehni de bir sabit derece işgal eder (MK. m. 870). Gerçek malik rehni mevcut iken, yüklü taşınmaz, üçüncü bir kişi tarafından paraya çevirtilecek olursa, malik rehninin işgal ettiği derece boş sayılır, bu yüzden bu dereceye isabet eden miktar sonraki derecedeki alacaklara ödenir (MK. m. 872)³⁰.

Gerçek malik rehni, bu durum devam ettiği sürece şekli bir varlığa sahip olduğundan, rehin hakkı sahibi sıfatıyla malikin kendi aleyhine dava açması, tedbir koydurması, taşınmaza zarar verici fiillerin durdurulmasını istemesi sözkonusu olmaz (MK. m. 866-867). Buna karşılık, malik, malik sıfatıyla değil de, rehinli alacaklı sıfatıyla, dışarıdan gelen ve rehin hakkına yönelik iddialar karşısında davacı veya davalı olabilir. Meselâ, o, söz konusu sıfatına dayanarak, tapuda haksız yere terkin edilmiş rehne ilişkin tescilin yeniden yapılmasını, önceliği ihlâl eden tescillerin terkinini veya tashihini dava yoluyla isteyebilir. Keza kendi rehin hakkına ilişkin tescilin yolsuzluğu gerekçesiyle aleyhine açılan davalarda da davalı olabilir ve savunma yapabilir³¹.

Gerçek malik rehninin sahibine sağladığı yararları gelince, bunları üç noktada toplamak mümkündür.

Gerçek malik rehninin ilk yararı, maliki resmî şekilde bir sözleşme ve bunun için bir harcama yapma külfetinden kurtarmasında görülür. Malik, taşınmazını teminat göstererek ipotekli borç senedi veya irat senedi çıkarmak suretiyle ilk defa kendi lehine rehin kurmak istediğinde, bunun için onun tapu idaresine yazılı talepte bulunması yeterlidir; ayrıca resmî şekilde düzenlenmiş bir sözleşme yapmasına gerek yoktur. Bu durumda malik, herhangi bir harcama yapmak zorunda da değildir. Keza gerçek malik rehninin bu yararı, bedelini ödeyip piyasadan topladığı sözkonusu senetleri tekrar piyasaya sürmesi halinde de görülür. O takdirde de malik, resmî bir senet düzenlemek ve herhangi bir harcamada bulunmak zorunda değildir³².

Gerçek malik rehninin diğer bir yararı da, sırada öncelik hakkı elde edilmesinde görülür. Buna göre gerçek malik rehni de, aynı taşınmaz üzerindeki diğer sınırlı aynî haklarla şerhedilmiş şahsî haklar karşısında, tapu kütüğüne kayıt (tescil) ile öncelik sırasını alır. Öte yandan, bu tür rehin de, sabit derece esasına göre kurulur ve belli bir dereceyi işgal eder. İşte malik, sabit derece

³⁰ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 773 ve 774; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 95, III, C, 2, b.

³¹ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 774; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 22.

³² STEINAUER, II, N.2183; ATF 49 II 19-26=JdT 1923 I 463-468.

sistemi sayesinde, belli bir dereceyi, ileride ortaya çıkacak alacaklıları için şimdiden saklı tutma imkânını elde etmiş olur³³. Bununla birlikte, malik ve rehinli alacaklı sıfatları aynı kişinin şahsında bulunduğu sürece öncelik hakkından yararlanma sözkonusu olmaz. Böyle bir durumda, taşınmaz üçüncü bir kişinin takibi sonucu paraya çevrildiğinde, boş dereceden yararlanma kuralı uyarınca, gerçek malik rehninin işgal ettiği derece dikkate alınmaz, o dereceye isabet eden meblağ müteakip sıradaki rehinli alacaklara dağıtılır (MK. m. 872). Bu yarar gerçek olmayan malik rehinde de aynen mevcuttur³⁴.

Gerçek malik rehninin diğer bir yararı da, sözkonusu senetlerine rehnedilmesinde görülür. Hem alacaklı, hem malik sıfatını taşıyan kimse bu senetleri rehnedebilir; ancak, o, bu rehni, senetlerin teslimi suretiyle yapabilir. Teslim suretiyle (şartıyla) rehnetmek ve bu suretle kredi temin etmek de malik için önemli bir imkân ve kolaylıktır. Senetlerin rehin amacıyla teslim edilmesiyle birlikte gerek alacak hakkı, gerek rehin hakkı normal sonuçlarını doğurmaya başlar³⁵.

2. Gerçek olmayan malik rehni

Gerçek olmayan malik rehinde de, rehinle yüklü taşınmazın maliki ile alacak hakkı sahibi aynı kişidir. Böylece alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişinin şahsında birleşmiştir. Öte yandan alacak hakkı, kıymetli evrak niteliğindeki bir senede bağlanmış değildir. O yüzden gerçek malik rehindeki gibi, ortada gerçek anlamda bir alacağın varlığından söz edilemez. Bununla birlikte, tapu kütüğünde rehin konusu bir alacak kaydı da bulunmaktadır; bu kayıt terkin edilmedikçe alacak hakkı varlığını şekli olarak sürdürür (MK. m. 858, 784)³⁶. İşte bu tür rehne gerçek olmayan malik rehni denmektedir.

Gerçek olmayan malik rehinde, “taşınmazın maliki üçüncü kişinin kendisine olan borcu için kendi taşınmazı üzerinde rehin hakkı sahibidir; başka bir deyişle, alacaklı ile borçlu ayrı kişiler olup, yalnız taşınmaz maliki sıfatıyla alacaklı sıfatı aynı kişide toplanmaktadır”³⁷. Meselâ, taşın-

³³ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 773.

³⁴ STEINAUER, II, N.2184; LEEMANN, Art.827, N.21 vd.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 768; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 23.

³⁵ STEINAUER, II, N.2185.

³⁶ STEINAUER, II, N.2175, 2176; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 764 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, 771 vd.; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 21.

³⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 19; Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, 772; STEINAUER, II, N.2177.

maz maliki (M), kendi taşınmazını alacaklı (A)'nın borçlu (B)'den olan alacağı için (A)'ya rehnetmektedir. Sonradan (M), (B)'nin (A)'ya olan borcunu ödeyerek alacağı temellük edecek olursa malik (M); veya alacaklı (A), rehin konusu taşınmazı iktisap edecek olursa (A), (B)'nin borcu için hem malik, hem alacak ve rehin hakkı sahibi olur. Bu suretle gerçek olmayan bir malik rehni kurulmuş olur³⁸. O yüzden bu tür malik rehni, ancak borçlunun şahsen sorumlu olduğu taşınmaz rehin türlerinde sözkonusu olur. Şahsî sorumluluğa yol açan taşınmaz rehin türleri ipotek (MK. m. 881 vd.) ile ipotekli borç senedir (MK. m. 898). Buna karşılık, irat senedi ise şahsî sorumluluğa yol açmaz, yüklü taşınmaz maliki borçlu değildir, o sadece taşınmazın değeriyile sorumludur; kısaca burada aynî sorumluluk vardır. Durum böyle olunca, gerçek olmayan malik rehni ancak ipotek ve ipotekli borç senedinde sözkonusu olur; buna karşılık irat senedinde ise, gerçek olmayan malik rehninin kurulması imkânı yoktur³⁹.

Gerçek olmayan malik rehni iki şekilde kurulur.

Birinci şekildeki kuruluş, malikin, taşınmazını alacaklının başka birinden olan alacağını teminat altına almak üzere ona ipotek etmesinde görülür. Bu halde malik borçlu değildir; borçlu başkası, yani üçüncü kişidir. Borçlu olmayan malik, borçlunun alacaklıya olan borcunu ödediği takdirde, halefiyat yoluyla alacaklının yerine geçer; daha kısa ifadesiyle alacaklıya halef olur (MK. m. 884, BK. m. 109). Bu durumda, ipoteğe ilişkin tapudaki kayıt (tescil) terkin edilmedikçe de ipotek varlığını şeklen sürdürür (MK. m. 858). Bu suretle taşınmaz maliki, hem malik, hem alacaklı, hem de alacağı teminat altına alan rehin (ipotek) hakkı sahibi olur. Meselâ malik (M), alacaklı (A)'nın borçlu (B)'den olan alacağı için taşınmazını (A) lehine ipotek ederse, sonra da (M) taşınmazını ipotekten kurtarmak için (B)'nin borcunu (A)'ya ödemesinde durum böyledir. Böyle bir durumda (M), (A)'ya halef olur; onun yerine geçer ve böylece alacaklı sıfatını kazanır⁴⁰.

İkinci şekilde kuruluş ise, rehin hakkı sahibi olan alacaklının rehinle yüklü taşınmazın mülkiyetini iktisap etmesi halinde gerçekleşir. Yukarıda verilen misalde rehinli alacaklı (A), malik (M)'den rehinle yüklü taşınmazı satın alacak olursa, rehin hakkı sıfatına bir de malik olma sıfatını eklemiştir. Bununla birlikte, borçlu sıfatı hâlen (B)'nin uhdesindedir. Böylece malik

³⁸ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 772.

³⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 19 vd.; STEINAUER, II, N.2177.

⁴⁰ GÜRSOY/EREN/CANSEL, 771; STEINAUER, II, N.2176.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

sıfatıyla alacaklı sıfatının (A)'nın şahsında toplanmasıyla gerçek olmayan bir malik rehni kurulmuş olur⁴¹.

Görüldüğü üzere, birinci şekilde, rehin hakkı taşınmaz malikine, ikinci şekilde taşınmaz mülkiyeti rehin hakkı sahibine intikal etmektedir. Ancak her iki halde de, taşınmaz maliki sıfatıyla rehin hakkı sahibi sıfatı aynı kişinin şahsında birleşmektedir. Belirtmek gerekir ki, alacağın taşınmaz malikine, taşınmazın rehinli alacaklıya intikali satım, trampa, bağışlama gibi sağlararası bir işlem sonucu gerçekleşebileceği gibi, miras, vasiyet ve miras sözleşmesi gibi ölüme bağlı bir olgu ve tasarruf, hatta kamusal bir tasarruf sonucu da gerçekleşebilir⁴². Gerçekleşen bu intikaller sonucu malik ve alacaklı sıfatı aynı kişinin şahsında birleşmekte, böylece gerçek olmayan bir malik rehni meydana gelmektedir. Yeter ki, tapu kütüğündeki rehin hakkına ilişkin tescil terkin edilmiş olmasın.

Gerçek olmayan malik rehninde de, yüklü taşınmaz üçüncü kişi tarafından paraya çevrildiği takdirde, malikin kendi rehin hakkına isabet eden parayı alıp alamayacağı tartışmalıdır. Hakim görüşüne göre⁴³ MK. m. 872 burada da uygulanmalıdır. Bu görüş uyarınca gerçek malik rehninde olduğu gibi, gerçek olmayan malik rehninde de malike isabet eden rehin derecesi yok sayılır, o dereceye ait meblağdan müteakip derecedeki alacaklılar yararlanır ve onlara ödeme yapılır (MK. m. 872)⁴⁴.

⁴¹ STEINAUER, II, N.2175, 2176; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 771.

⁴² GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 775.

⁴³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 23.

⁴⁴ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, 775; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 22 vd.

XIX. YÜZYILDA ORTA ANADOLU BÖLGESİ'NDE EVLİLİĞİN ORTAYA ÇIKIŞI, SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

Yrd. Doç. Dr. Esra YAKUT

ÖZET

Tanzimat Dönemi ile birlikte hukuksal alanda gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketleri, aile hukuku alanında büyük yapısal değişiklikler gerçekleştirememiş, bu alanda ancak bazı küçük düzenlemeler yapılabilmektedir. Bu çerçevede ailenin oluşumu, sona ermesi ve sonuçları, küçük detaylar dışında klâsik yapısını korumuştur. Çalışmamızda, XIX. Yüzyıl'da Orta Anadolu Bölgesi'ne ait çeşitli şerhiye sicilleri incelenerek, bölgenin aile hukuku ile ilgili küçük bir portresi çıkartılmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER

Osmanlı Aile Hukuku, Evlenme, Mehir, Boşanma, İddet, Hidâne.

IN THE MIDDLE ANATOLIA REGION IN THE XIX. CENTURY THE EMERGENCE OF THE MARRIAGE, ITS END AND ITS CONCLUSIONS

SUMMARY

With the administrative reforms the movements of legalisation in the field of law couldn't realise major structural changes, however just minor regulations could be achieved. Within this framework, the formation of family, its end and conclusions, except the tiny details, saved its own classical structure. In our work, shari'a court records which belonged to the Middle Anatolian Region in the nineteenth century has been analysed and tried to get a small portrayal of the law of domestic relations of the region.

KEY WORDS

The Law of Ottoman Domestic Relations, Marriage, Mehir, Divorce, Iddet, Hidâne.

* Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

I. Tanzimat'tan Sonra Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne Kadar Osmanlı Aile Hukuku'na Genel Bir Bakış

Tanzimat Fermanı, her alanda olduğu gibi hukuksal alanda da Osmanlı Devleti için önemli bir dönüm noktasıdır. Bununla beraber, hukukun hemen hemen her alanında gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketleri, aile hukuku alanında gerçekleştirilememiştir. Mecelle'nin hazırlanması sırasında da konu ile ilgili düzenlemeler yapılamamıştır. Tanzimat Dönemi'nde aile hukuku alanındaki bu hareketsizlik üç temel nedene dayandırılır. Bunlardan birincisi, çeşitli din ve mezheplere sahip olan Osmanlı halkının bütününe kapsayacak bir aile kanununun hazırlanmasının güçlüğüdür. Bir diğer neden, aile hukukunun tedvini sırasında ortaya çıkabilecek itirazlardır. Üçüncüsü ise, aile hukuku alanında acil bir kanunlaştırmaya ihtiyaç duyulmamasıdır.¹

Tanzimat'tan sonra aile hukuku alanında geniş kapsamlı bir kanunlaştırma hareketine gidilmemekle beraber, bazı küçük düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Tenbih ve fermanlar şeklinde dikkat çeken bu düzenlemelerdeki asıl amaç, Tanzimat bürokratlarının evlilik kurumunu düzenlemeye olumsuz etkisi olan gelenekleri kaldırmayı amaçlamalarıdır.² 1841 yılında çıkartılan bir fermanla, velisi tarafından evlenmesine izin verilmeyen buluğa ermiş kızların ve dul kadınların kadı izniyle evlenmelerine onay verilmiştir. Ayrıca aynı ferman, evlilikte başlık parası vb. para verme usullerini de kaldıran hükümler içermektedir.³ 1874 yılında "Tebaa-i Devlet-i Aliye ile Tebaa-i İraniyenin İzdivacı Hakkında Memnuiyetin Muhafazasına Dair" bir Nizamname daha çıkarılmış ve İran tebaasından olan kimselerle Osmanlı tebaasından olan kimseler arasında mevcut olan evlenme yasağının⁴ sürdüğü belirtilmiştir.⁵ 24 Eylül 1874 tarihinde çıkan bir irade ile tarafların mali ve sosyal durumlarına göre mehrin maksimum miktarları, 1000 akçe, 500 akçe veya 100 akçe olarak belirlenerek, bunun dışında evlenme sırasında hediye verilmesi yasaklanmıştır.⁶

¹ Mehmet Akif Aydın, **İslâm-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, 1985, s. 133-135.

² İlber Ortaylı, "Osmanlı Aile Hukukunda Gelenek, Şeriat ve Örf", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s. 464.

³ Halil Cin, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Konya, 1988, s. 287.

⁴ Bu konudaki ilk yasak 1822 yılında yayınlanan bir buyrukla kamuoyuna duyurulmuştur. Osmanlı kadınlarının İranlılarla evlenmelerinin yasaklanmasını mezhep ayrılığına bağlayan araştırmacılar olduğu gibi (Bkz.: Rona Aybay, **Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi**, Ankara, 1980, s. 69) vatandaşlık değişikliğinin önlenmesi düşüncesine dayandırılanlar da vardır. (Bkz.: Ebru Kayabaş, **Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi-Hukuk-ı Aile Kararnamesi**- İstanbul, 2009, s. 9)

⁵ **Düştur**, I. Tertip, C.IV, s. 614.

⁶ **Düştur**, I. Tertip, C. I, s. 736.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

Tanzimat'tan sonra aile hukuku alanındaki ilk düzenleme girişimleri 2 Eylül 1881 tarihli Sicil-i Nüfus Nizamnamesi ile gerçekleştirilmiştir. Bu Nizamname'nin 23. maddesine göre, evlenecek Müslümanlar şeriyeye mahkemelerinden, gayri müslimler ise kendi dini reislerinden izinname alacaklardır. Evlilik akdini gerçekleştiren imam veya dini reis, evlenme tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde, nüfus idaresine evlilik akdinin gerçekleştirildiğini gösteren bir ilmuhaber vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu ilmuhaber, evlenen kimselerin adlarına, yaş ve ehliyetlerine, kadın ve erkeğin ikametgâhlarına ilişkin bilgiler içermektedir. Ayrıca aynı Nizamname, eşlerin boşanması durumunda da mahalle veya köy imamlarına ya da gayri müslim tebaanın dini reislerine durumu ilmuhaber ile nüfus idaresine bildirme zorunluluğunu getirmiştir.⁷ Böylece imamlar, bir çeşit evlendirme memuru statüsü kazanırken, diğer yandan da evlenme ve boşanmaları nüfus idarelerine bildirmekle mükellef sayılmaktadırlar.

Osmanlı Devleti'nde XIX. Yüzyıl içinde gerçekleştirilen aile hukuku ile ilgili bu düzenleme girişimleri, en iyi örneklerini şeriyeye sicillerinde göstermektedir. Çalışmamızda, Eskişehir, Yozgat, Kayseri, Develi ve Konya'nın XIX. Yüzyıla ait şeriyeye sicillerinden örnekler verilerek, Orta Anadolu Bölgesi aile hukuku açısından incelenmeye çalışılacaktır.

II. Ailenin Kuruluşu

A. Namzedlik

İslâm Hukuku'nda yeri olmamakla beraber, incelediğimiz Orta Anadolu Şeriyeye Sicilleri'nde bir çeşit evlenme geleneği olarak dikkat çeken namzedlik, erkeğin bizzat ya da ailesi vasıtasıyla bir kızı kendisine eş adayı olarak belirlemesi ya da kızın babasının, kız çocuk daha küçük yaşlarda iken onu bir başkasına vaat edilmesidir. İncelediğimiz kadarıyla namzed olabilmek için herhangi bir yaş sınırı yoktur. Hatta zaman zaman doğmamış çocukların bile namzed olabildikleri görülmektedir. Nitekim, 20 Şubat 1884 tarihli Yozgat Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Nohudlu Mahallesi sakinlerinden Salih kızı Ümmügülüm daha annesi Zehra'nın karnında iken, babası tarafından, Hüseyin oğlu Mehmed Necib'e "kız olur ise oğlun Necib'e verdim" diyerek mektupla namzed tayin edildi.⁸

⁷ **Düster**, I. Tertip, Zeyl 2, s. 15.

⁸ **Yozgat Şeriyeye Sicili**, 2/64; aynı şeriyeye sicili ile ilgili yapılan bir çalışma için bkz. Hatice Yüzgeçer, **2 Numaralı Yozgat Şeriyeye Sicili (1882-1887)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2005, s. 145.

Namzedlik uygulamasının, nişanlanmadan bir önceki basamak olduğu dikkat çekmektedir.⁹ 22 Ağustos 1883 tarihli Yozgat Şeriyeye Sicillerine ait bir kayıta, İsafakihlü Karyesi sakinlerinden İbrahim oğlu Süleyman'a İbrahim kızı Rukiye'nin 1880 yılında namzed olduğu, karye adetleri gereğince kızın babasının damat adayından "başlık" adıyla para talep ettiği damat adayının da buna karşılık 2000 kuruşu kayınpederine ödediği görülmektedir. Ayrıca namzedliği Rukiye'ye 1000 kuruşluk ziynet eşyası ve elbise gönderdiği de dikkat çekmektedir. Namzedlik durumu 2 yıl sürdükten sonra 1882 yılının 2 Haziran akşamı nişan töreni gerçekleştirilir.¹⁰ Aynı şeriyeye sicilinde dikkat çeken bir diğer durum, günümüz Türkiye'sinde özellikle kırsal kesimde ve kısmen de şehirlerde gecekondü bölgelerinde devam eden "başlık" geleneğinin, Osmanlı Devleti'ndeki uygulamalarına rastlanmasıdır. Bu uygulama, İslâm Hukuku'nda yer alan, kısmen evlilik öncesi kısmen de evlilikten sonra nikâhlanılacak kıza ödenen "mehir" den farklıdır. Temellerini, Orta Asya Türk Devletleri'nde bulan, evlenilecek kızın ailesine, kızı yetiştirip büyüttükleri için damat tarafından ödenen "kalın" dediğimiz uygulamadan alır. Evlenilecek kıza değil, ailesine ödenen para ve mal olduğu için mehirden farklılaşmakla birlikte zaman zaman yanlış adlandırılarak ödenen bedel için "mehir" sözcüğü de kullanılır. Ağırıklı olarak şeriyeye sicillerinde ifadesini bulur.¹¹

Namzedlik geleneğinde, babaları tarafından namzed olarak gösterilen kızlar, nikâh akdinin gerçekleşmediği durumlarda, namzed gösterildikleri erkeklerle değil de farklı kişilerle evlenmek isterlerse, mahkemeye müracaat edip, erkek tarafının yaptığı harcamaları karşılayarak serbest kalabilirler. Böylece diledikleri kimseyle evlenebilmeleri yönünde mahkeme kararı çıkartılabilir.¹²

⁹ Nurcan Abacı, namzedlik uygulamasının nişanlanma ile eşanlı olduğu görüşündedir. Bkz.: Nurcan Abacı, **Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması (17. Yüzyıl)**, Ankara,2001, s. 139-142.

¹⁰ **Y.a.g.ş.s.**, 2/53; ayrıca **Yüzgeçer, a.g.e.**, s. 124-125.

¹¹ İlber Ortaylı, **Osmanlı Toplumunda Aile**, İstanbul, 2000, s. 60-63.

¹² Konya Şeriyeye Sicilleri'nde yer alan birkaç kayıt konuya iyi birer örnek teşkil etmektedir. Bu kayıtlardan biri, 2 Ocak 1817 tarihli olup, Sarı Süleyman kızı Şerife'nin mahkemeye başvurarak namzedi olduğu Ali Beşe oğlu Mehmed Ali ile evlenmek istemeyip, Mehmed Ali'nin kendisine yapmış olduğu 13 kuruşluk masrafı geri ödeyerek, dilediği kimse ile evlenme hakkını elde etmek istemesidir. Mahkeme, nikâh akdinin gerçekleşmemesi nedeni ile yapılan masrafların geri ödenmesini de şart koşarak Şerife'nin dilediği kimse ile evlenebilmesine karar vermiştir. Bkz.: **Konya Şeriyeye Sicili**, 70/206; aynı şeriyeye sicili ile ilgili yapılan bir çalışma için bkz.: Nuri Ünlü, **70 Numaralı Konya Şer'iyye Sicili (1814-1816 M./1230-1232 H.)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Elazığ, 2005, s. 278-279. Diğer bir kayıt, 7 Nisan 1817 tarihli olup Mehmed oğlu Nebi'nin namzedi olan Fatıma'nın aralarında nikâh akdi olmaması nedeni ile başka birisi ile evlenmeyi arzulaması üzerine Nebil'in annesi Fatıma'nın mahkemeye müracaat etmesine dairdir. Mahkeme, Nebi'nin de evliliğe istekli olmaması ne-

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

B. Nişanlanma

Nikâhtan önce tarafların ileride evlenmek üzere söz vermeleri demek olan nişan, evlilik birliğinin ilk adımını teşkil etmesinin yanında erkek ve kadının evlenme niyetlerini ortaya koyan bir irade beyanıdır.¹³ İslâm hukukçuları nişanlanmayı sadece bir evlenme vaadi olarak değerlendirdikleri için hukuki bir işlem olarak kabul etmezler.¹⁴

Osmanlı Hukuku'na kaynaklık eden İslâm Hukuku'nda nişanlanmanın hukuki bir işlem olarak kabul edilmemesinden dolayı bu olayın mahkeme kayıtlarına yansımaları son derece azdır.¹⁵

Nişanlanma olayının mahkemelere yansımalarının en başta gelen nedeni, başlık konusunda ortaya çıkan anlaşmazlıklardır. 1841 tarihli fermanla, evlilikte başlık vb. para usulleri kaldırılmaya çalışılmakla birlikte, mahkemelere yansıyan olaylardan bu tür uygulamaların devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Eskişehir Şer'iyye Sicilleri'ne yansıyan 21 Aralık 1872 tarihli bir olayda, Tatar Mehmed, Ali kızı Zeliha ile nakit dört yüz kuruş karşılığında nişanlandığını, paranın tamamını ödemesine rağmen nikâhlanamadığını ileri sürerek Zeliha'nın babasından davacı olur. Zeliha'nın babası Tatar Ali bin Mürsel ise kendisine söz verilen nakdin dört yüz kuruş olmakla beraber bunun ancak üç yüz kuruşunun ödenmesi nedeni ile nikâh akdinin gerçekleştirilemediğini ileri sürer.¹⁶

Nişanlanma olaylarının şer'iyye sicillerine yansıdığı diğer durumlar çeşitli anlaşmazlıklardır. 4 Kasım 1889 tarihli, Eskişehir Şer'iyye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Gündüzler Karyesi'nden Ayan oğlu Halil İbrahim bin Mustafa ile Hoca İzzet'in kızı Dudu'nun bir arzuhalcinin hatası sonucu nikâhlı gösterildikleri belirtilerek, herhangi bir hataya neden olmamak için durum mahkeme kararı ile düzeltilmiştir. Çiftin aralarında nikâh olmadığı sadece nişanlı oldukları teyit edilmiştir.¹⁷

deni ile Fatıma'nın dilediği kimse ile evlenebilmesine izin vermiştir. Bkz.: **Konya Şer'iyye Sicili**, 70/245; Ünlü, **a.g.e.**, s. 323-324.

¹³ Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, İstanbul, 2008, s. 436-437; Hamza Aktan, "İslâm Aile Hukuku", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s. 397-398.

¹⁴ İslâm Hukuku'nda nişanlanma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Acar, "İslâm Hukuku Açısından Nişanlanma", **Atatürk Üniversitesi İlahiyât Fakültesi Dergisi**, S. 23, Erzurum, 2005, s. 71-94.

¹⁵ Saim Savaş, "Fetva ve Şer'iye Sicillerine Göre Ailenin Teşekkülü ve Dağılması", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s. 504-505.

¹⁶ **Eskişehir Şer'iyye Sicili**, 1/50.

¹⁷ **Y.a.g.ş.s.**, 2/20.

Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait 20 Ocak 1891 tarihli bir başka kayıta ise, Akçağlan Mahallesi'nden Halil Ağa'nın kızı Alime ile nişanlı olduğunu söyleyen Çifteler Hârâ-yı Hümayunu'ndan Hakkı Onbaşı'nın beyanının doğru olmadığı ileri sürülerek, kendisi bundan men edilir. Hakkı Onbaşı ise beş yıl önce babası Hüseyin Usta'nın "seni Halil Ağa kerimesi Alime'ye nişanlı eyledim" dediği için "bu misillü nişan maddelerinde âdet-i belde üzere oğulların müdahalesi olmayup pederim bilir" diyerek durumun babasından sorulmasını ister.¹⁸

Nişanlanma her ne kadar İslâm Hukuku açısından hukuki bir eylem olarak görülmesi ve sona erdirilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmasa da, nişanlının çeşitli nedenlerle uzak bulunduğu durumlarda olayın evlilik gibi resmi bir duruma intikalini engellemek amacı ile mahkeme kararına ihtiyaç duyulur. 30 Eylül 1891 tarihli bir kayıta, babasının sağlığında onun tarafından nişanlanan Fatma, babası öldükten bir ay sonra mahkemeye başvurarak askerde olan nişanlısıyla alâkasını kestiğini, nişanlanırken kendisine verilen eşyaları geri verdiğini belirtir. Hüseyin, Fatma'nın göndermiş olduğu eşyaların kendisinde olduğunu kabul etmekle beraber, nişanlısından feragat etmeyeceğini, kendisi askerden dönünceye kadar Fatma'nın annesinin evinde oturmasını ister.¹⁹

C. Nikâh

İslâm Hukuku'nda nikâh, tarafların icap ve kabulü, şahitlerin katılımı ile gerçekleştirilen medeni bir akittir. Bu nedenle geçerli olabilmesi için herhangi bir memurun ve din adamının huzurunda yapılmasına ihtiyaç yoktur.²⁰ Bununla beraber nikâh akdinin önemi ve toplum hayatında oynadığı rol nedeni ile eski dönemlerden itibaren bu akit olayın hukuki yönünü bilen bir kişinin kontrolünde gerçekleştirilir. Osmanlı Devleti'nde de nikâhlar ya mahkemede kadı tarafından ya da kadı izniyle bir din adamı tarafından kıyılmıştır.²¹ Çeşitli anlaşmazlıklar nedeni ile mahkemelere intikal eden olaylarda, imamlar tarafından gerçekleştirilen nikâh akitleri sırasında, kadılardan izinnâme alındığı dikkat çekmektedir. İzinnâme alınmadan gerçekleştirilen nikâhların muteberliği konusunda da zaman zaman şikayetler ortaya çıkmıştır. Nitekim 22 Ağustos 1883 tarihli Yozgat Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, İsafakihlü Karyesi

¹⁸ Y.a.g.s.s., 2/81.

¹⁹ Y.a.g.s.s., 2/130.

²⁰ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C. I, İstanbul, 1991, s. 263; Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 85.

²¹ Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, s. 85-96.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

sakinlerinden İbrahim oğlu Süleyman ile İbrahim kızı Rukiye, karye imamı Hacı Yusuf oğlu Mehmed Efendi tarafından şahitlerin huzurunda 750'şer kuruşluk mehr-i muaccel ve mehr-i müeccel ödenmesi kararlaştırılarak evlendirilir. Fakat nikâh akti için kadından izinnâme alınmaz. Bir süre sonra mehr konusunda ortaya çıkan anlaşmazlık nedeni ile Rukiye'nin babasının, kızını damadının evine göndermemesi sonucu durum mahkemeye intikal eder. Fakat nikâh aktini gerçekleştiren imamın ölmüş olması ve kırk beş haneli karye halkından hiç kimsenin bu nikâha şahitlik etmemesi üzerine aktin geçerliliği sorgulanır. Daha sonra nikâhta şahit olarak yer alan iki kişinin akti doğrulaması sonucu Rukiye'nin babası da nikâhı kabul eder. Fakat Rukiye'nin bu nikâhı istemediğini hatta zorlanması durumunda kendisini asacağını söylediğini belirterek, almış oldukları para ve elbiseleri iade edip hatta 500 kuruş fazladan para ödeyerek nikâh aktini sona erdirmek ister. Süleyman'da yaptığı masraflar karşılanırsa nikâhtan vazgeçeceğini beyan eder.²²

Nikâh aktinin mahkemelerde kadı tarafından gerçekleştirilmesinin örnekleri de oldukça fazladır.²³ Kayıtlar kısa ve net bir şekilde tutularak ödenen ve ödenecek olan mehir miktarları, şahitlerin isimleri açıkça belirtilmektedir.²⁴ Örneğin, 6 Ağustos 1890 tarihli Eskişehir Şer'iyye Sicilleri'ne ait bir kayıt şöyledir: "Seyitgazi Nahiyesi'nin Çukuroğlu Karyesi'nde sâkine, Zeyneb bint-i Ali muhâcir Hasan bin Abdülcelil muvâcehesinde, Eytâm Müdiri Ahmet Bey bin Abdülaziz ve Paşa Mahallesi'nden Halil İbrahim Efendi ibn-i Hasan ve Muhzır Hüseyin Ağa ibn-i Ahmed huzurlarında.

Gurus

500	mehr-i mü'ccel
1000	mehr-i mu'ccel
1500	mehreyn-i mezkûreyn üzre akd-i nikâh olunmuştur. ²⁵

²² **Yozgat Şer'iyye Sicili**, 2/30,31; ayrıca Yüzgeçer, **a.g.e.**, s. 124-128.

²³ **Eskişehir Şer'iyye Sicili**, 1/28, 30, 32, 46, 87, 88, 187; 2/127, 147.

²⁴ Evlenmenin şahitler önünde yapılması nikâh aktinin en başta gelen sıhhat şartlarındandır. Nikâh akdinde hazır bulunacak şahitlerin evlenme ehliyetine sahip (akıl ve balığ), hür, Müslüman ve erkek olmaları gerekir. Şahitlerin erkek olması şartına Hanefiler farklı bir yorum getirerek, iki erkek şahit yerine bir erkekle iki kadının da şahitlik yapabileceğini söylemektedirler. Bkz.: Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 2005, s. 287. Örneğin; 12 Nisan 1895 tarihli Develi Şer'iyye Sicilleri'ne ait bir kayıta Develi Kazası'nda yaşayan İbrahim oğlu Mehmet ile Abdülkadir kızı Aişe'nin evlilik akidlerine yapılan itiraz üzerine durum incelenerek, akdin gerçekleştirildiği tarihte Aişe'nin balığa olmasına rağmen şahitlerin sağır olmaları nedeni ile evlilik akdi geçersiz kabul edilmiştir. **Develi Şer'iyye Sicili**, 42/29; aynı şer'iyye sicili ile ilgili yapılan bir çalışma için bkz.: Mehmet Süme, **42 Numaralı Develi Şer'iyye Sicili**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 1993, s. 33-34.

²⁵ **Eskişehir Şer'iyye Sicili**, 2/55.

Yine nikâh akti kayıtlarında evlenmenin en önemli unsurlarından olan tarafların icap ve kabulleri de açıkça belirtilmektedir. Nitekim 4 Eylül 1890 tarihli Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıt konuya güzel bir örnektir: "Margı Karyesi'nde sakine Fatma bint-i Halil nâm bîkr-i bâliğa karye-i mezbûre ahâlisinden Mehmed bin Mustafa Efendi muvâcehesinde, ben nefsimi mezbûr Mehmed'e dört yüz guruş mehr-i mü'eccel ve altı yüz guruş mehr-i mu'accel ile tezcic eyledim dediği işbu mahalle zabt şüd.

Şatalak oğlu Osman Ağa, Karye-i mezbûreden Akçaoğlu Molla Veli İbn-i Hacı Musa, Eytâm Müdürü Ahmed Bey, Hâfız Ali Efendi İbn-i Mehmed."²⁶

Nikâh akti sırasında tarafların kendileri, hazır bulunabileceği gibi velileri veya vekilleri aracılığı ile de nikâh aktedebilirler. İslâm Hukuku'nda nikâhta velâyet iki kısma ayrılır: Bunlardan birincisi, sadece buluğa eren kızlar üzerinde uygulanan ihtiyari velâyet, diğeri ise veliye velâyeti altındaki küçüğü rızasına aykırı olarak evlendirme yetkisi veren zorlayıcı velâyettir. Zorlayıcı olmayan velâyet ancak buluğa ermiş kızlar üzerinde uygulanabilir. Bu velâyet şeklinde veli kızın rızasını almadan onu evlendiremez.²⁷ Osmanlı Hukuku'nda da aynı şekilde uygulamalar dikkat çekmektedir.

2 Mart 1892 tarihli Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Uluçayır Karyesi'nde yaşayan Çerkez muhacirlerinden İsmail kızı Şerife amcası Hacı Memed oğlu Musa'nın hazır bulunduğu bir ortamda, Gökçekısık Karyesi'nden Garuş oğlu Kudsi ile evlenme niyetini açıklar. Fakat amcası bu isteğe karşı çıkarak, Şerife'nin baliğa olmadığını ve kendisinden başka velisi olabilecek akrabası bulunmadığını ileri sürer. Talibi olan Kudsi'nin de köle olduğunu belirtir. Şerife cevabında, ay halini gördüğünü baliğa ve akıle olduğunu ifade eder. Kudsi'nin hürriyeti ise şahitlerle ispatlanır. Amcasının itirazına rağmen, Şerife'nin baliğa olması nedeni ile genç kıza zorlayıcı velâyet uygulanamaz ve Şerife ile Kudsi şahitlerin huzurunda 3000 kuruş mehr-i müeccel ve 1000 kuruş mehr-i muaccel miktarının kararlaştırılması ile evlenirler.²⁸

İslâm Hukuku'nda evlilik aktinin geçerli olabilmesi için dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli nokta, taraflar arasında evlenme engellerinin bulunmamasıdır. Evlenme engelleri, evlenilmesi asla mümkün olmayan durumlar

²⁶ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 2/57.

²⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, C.II, İstanbul (Tarihsiz), s. 47; Halil Cin-Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya, 2003, s. 320, Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 291-292.

²⁸ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 2/147.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

(daimi evlenme engelleri) ve belirli bir süre veya belirli şartlarla mümkün olmayan durumlar (geçici evlenme engelleri) olmak üzere ikiye ayrılır.²⁹

Daimi evlenme engelleri kendi içinde kan hısımlığı, sıhrî hısımlık ve süt hısımlığı nedeni ile ortaya çıkan evlenme engelleri olarak üçe ayrılır. Kan hısımlığı, kan akrabalığı nedeni ile sıhrî hısımlık, evlenmeden doğan akrabalık nedeni ile kendileriyle evlenilmesi yasak olan kimselerdir. Süt hısımlığı ise, çocukla annesi dışında ona süt veren kadın ve onun belirli derecedeki akrabaları arasında kurulan hısımlıktır. Süt hısımlığının kurulabilmesi için süt emme olayının çocuğun ilk iki yaşı içinde olması gerekmektedir.³⁰ Süt hısımlığının mutlak bir evlenme engeli olarak kabul edilmesinin örneklerine şeriyeye sicillerinde de rastlanmaktadır. 2 Ocak 1817 tarihli Konya Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Zincirlikuyu Mahallesi'nde yaşayan Mehmed bin Abdullah mahkemeye başvurarak, oğlu Ömer ile Râziye bint-i Veli'nin nikâhlandığını, nikâhın hemen ardından Râziye'nin, küçüklüğünde Ömer'in annesi Saliha Hatun tarafından emzirildiğini ileri sürerek Ömer ile süt kardeş olmaları nedeni ile nikâhtan "imtinâ etmek" istediğini söyler. Mahkeme, Saliha Hatun'a, Râziye'ye süt annelik etmediğine dair yemin teklif eder. Saliha Hatun'un yeminden kaçınması üzerine, nikâh geçersiz sayılarak, Râziye'nin mahkemeyi takiben dilediği kimseyle evlenebileceğine karar verilir.³¹

Evlenme engelleri arasında ikinci kategoriyi oluşturan, ortadan kalkmaları her zaman muhtemel olduğu için "Geçici Evlenme Engelleri" olarak adlandırılan grupta ise evlenmeyi yasaklayan beş çeşit durum vardır. Bunlardan birincisi, halen evli olan veya boşanma veya ölüm iddeti bekleyen kadınlarla bu durumları sona ermeden evlenmek yasaktır.³² Nitekim 17 Temmuz 1816 tarihli Konya Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Hoşhan Mahallesi'nde yaşayan Ayşe bint-i Mustafa mahkemeye müracaat ederek, yedi yıl önce sefere giden eşi Osman Beşe'nin sefer dönüşü Taraklı Kazası'na ulaştığında vefat ettiğini şahitlerle ispatlar. Mahkeme, Ayşe'nin sözü edilen tarihten itibaren dilediği kimseyle evlenebileceğine karar verir.³³

²⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 293; Halil Cin, Ahmet Akgündüz, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. II, İstanbul, 1990, s. 81-85.

³⁰ Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, s. 101-111; J. Schacht, "Nikâh", *İslâm Ansiklopedisi*, C IX, İstanbul, 1993, s. 259-260.

³¹ *Konya Şeriyeye Sicili*, 70/204; ayrıca bkz.: Ünlü, *a.g.e.*, s. 204.

³² Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 295.

³³ *Konya Şeriyeye Sicili*, 70/162; ayrıca bkz.: Ünlü, *a.g.e.*, s. 230-231.

Geçici evlenme engellerini oluşturan ikinci durum, bir kimsenin üç kere boşanmış olduğu eşiyle tekrar evlenememesidir. Ancak boşanan eş başka bir erkekle geçerli bir evlilik yapar ve daha sonra bu evlilik boşanma veya ölümle sona ererse dul kalan eş ilk kocasıyla yeniden evlenebilir.³⁴ Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait 16 Ağustos 1891 tarihli bir hükümde, Karapınar Mahallesi'nde oturan Hatice bint-i Mehmed, eşi Hüseyin bin Hasan ile birlikte altı yıl önce Ankara'dan Eskişehir'e geldiklerini, Ankara'da iken Hüseyin bin Hasan'ın kendisini bir kez boşadığını, fakat daha sonra nikâhın yenilediğini, Eskişehir'e yerleşmelerinden sonra eşinin kendisini bir kez daha boşayarak kısa bir süre sonra yeniden nikâhına aldığını, son olarak üçüncü kez boşadığını, fakat bu sırada olayı görüp, duyan hiçbir erkeğin bulunmadığını, sadece kadınların var olduğunu belirterek mahkemeye müracaat eder. Normal koşullar altında eşi ile üç kez boşanan Hüseyin artık Hatice'den tamamen ayrılmış sayılacaktır. Fakat Hüseyin, mahkemede Ankara'daki talak ile üçüncü talak ı inkâr ederek sadece Eskişehir'de gerçekleşen ikinci talak ile nikâhın yenilenmesini kabul eder.³⁵

Geçici evlenme engellerinde bir diğeri de ehli kitap olan yani Yahudi ve Hıristiyanlık dininden birine mensup bulunan kadınların dışında farklı bir dine mensup olan kadınlarla evlenmek mümkün değildir. Yine Müslüman bir kadının ehli kitap bile olsa gayri Müslim bir erkekle evlenmesi imkânsızdır.³⁶ İncelediğimiz şeriyeye sicillerinde konuya örnek olabilecek bir kayda rastlanmamıştır. Bununla beraber 1874 yılında çıkan, İran tebaasından olan kimselele Osmanlı tebaasından olan kimselerin evlenme yasaklarını devam ettiren iradenin yansımalarının sürdüğü görülmektedir. 6 Ocak 1874 tarihli Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, İran tebaasından ve Tebriz ahalisinden olan El-Hac Mehmed oğlu Ali Rıza'nın vefatı üzerine, mirastan hak iddia eden kişilerden biri eşi Yavuz Keleş kızı Elvan'dır. Bu hanım, Eskişehir Kazası'nın Kurşunlu Mahallesi'nde yaşamakla birlikte, aslında İran ahalisinden olduğu, Osmanlı Devleti himayesine sonradan geçtiği anlaşılmaktadır. Murisin diğer mirasçıları ise İran tebaasından olan ve orada vefat eden ikinci eşi Fatma'dan olan çocukları ve yine İran tebaasından olan fakat ismi tespit edilemeyen üçüncü eşi ve bu hanımdan olan çocuklarıdır.³⁷

³⁴ Karaman, a.g.e., C.I., s. 261.

³⁵ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 2/123.

³⁶ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 295.

³⁷ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 1/147.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

Geçici evlenme engellerini oluşturan dördüncü durum, en fazla dört eşi olan bir erkeğin bu evlilikleri sürerken beşinci biriyle evlenememesidir. İncelenen şeriyeye sicillerinde dört eşten fazla eş ile evliliği talep eden bir kayda rastlanmamıştır. Ayrıca daha önceki yüzyıllara ait çeşitli bölgelerde yapılan araştırmalarda olduğu gibi,³⁸ XIX. Yüzyılda da Orta Anadolu Bölgesi'nde Müslümanlar arasında çok kadınla evlilik oranının oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir. Nitekim incelediğimiz altı adet şeriyeye sicilinde saptayabildiğimiz toplam 214 tereke davası vardır. Bu davaların yaklaşık dörtte biri gayri müslim vatandaşların miras paylaşımı ile ilgilidir. Geriye kalan 160 dava Müslümanlara aittir. Bunların içinde çok eşlilikle dikkat çeken 9 dava vardır. İçlerinden 8 tanesi iki kadınla evliliğidir.³⁹ Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'nde rastlanan 1 tereke davasında ise erkeğin 3 kadınla evlilik yaptığı anlaşılmaktadır. Fakat bu kişinin aslen İran tebaasından olduğu, eşlerinden birinin Eskişehir'de yerleşmesi nedeni ile miras davasının Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne yansdığı görülmektedir.⁴⁰ Sonuç olarak, XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi için, incelediğimiz şeriyeye sicilleri itibarıyla, çok eşlilik oranı % 5 civarındadır.

Bir başka geçici evlenme engeli, birini erkek kabul ettiğimizde birbiriyle evlenmesi yasak olan iki kadınla bir erkeğin aynı anda evli bulunamamaları durumudur. Örneğin, bir erkek aynı anda, iki kız kardeşle ya da teyze ve yeğenle evlenemez. Bunlardan biri ile olan evliliği, ölüm veya boyanma ile sona erdiği takdirde diğeri ile evlenmesi mümkündür.⁴¹

³⁸ Ankara, Kayseri, Konya, Sivas, Amasya, Adana, Ayıntab, Diyarbakır, Edirne, Manisa ve Trabzon şehirleri ile ilgili XVI. Yüzyılın ikinci yarından XIX. Yüzyılın ilk yarısına kadar olan süreci kapsayan bir araştırmada 1104 erkek tereke sahibinden 897'si tek eşlidir. Gayri müslim erkek tereke sahipleri çıkarıldıktan sonra kalan 981 adet Müslim erkek tereke sahibinin %80,43'i tek eşlidir. Detaylı bilgi için bkz. Ömer Demirel, Adnan Gürbüz, Muhiddin Tuş, "Osmanlılarda Ailenin Demografik Yapısı", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. I, Ankara, 1992, s. 102-106. Ahmet Tabakoğlu'nun yapmış olduğu araştırmalar da konuyu destekler niteliktedir. Tabakoğlu, Osmanlı ailesinde çok eşle evlilik serbest olmakla birlikte genellikle tek eşle evliliğin yaygın olduğu görüşündedir. Özellikle klasik dönem ile ilgili tereke defterleri üzerinde yapılan araştırmalardan yola çıkarak Osmanlı toplumunda birden fazla eşle evlilik oranının %5-12 arasında olduğunu tespit etmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Ahmet Tabakoğlu, "Osmanlı Toplumunda Aile", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. I, Ankara, 1992, s. 93-94. Mehmet İpçioğlu'da XVII. Yüzyıl sonu, XVIII Yüzyıl ve XIX. Yüzyıl sonlarına ait Konya Şeriyeye Sicilleri üzerinde yaptığı araştırmada çok eşle evlilik oranını %12 olarak saptamıştır. Bkz.: Mehmet İpçioğlu, **Konya Şer'iyye Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi**, Ankara, 2001, s. 42.

³⁹ **Kayseri Şeriyeye Sicili**, 223/233; **Develi Şeriyeye Sicili**, 42/94; ayrıca bkz.: Süme, **a.g.e.**, s.114. **Yozgat Şeriyeye Sicili**, 2/1, 8, 83, 126; ayrıca bkz.: Yüzgeçer, **a.g.e.**, s. 59, 67-70, 169-171, 245-249. **Konya Şeriyeye Sicili**, 70/211, 244; Ünlü, **a.g.e.**, s. 282-284, 321-323.

⁴⁰ **Eskişehir Şeriyeye Sicili**, 1/147.

⁴¹ Cin, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, s. 128-129.

III. Evliliğin Sonuçları

Evlilikle birlikte karı-koca arasında bir takım hak ve borçlar ortaya çıkar. Bu hak ve borçların, mevcut dini-ahlâki yönünün dışında, özellikle ortaya çıkan mali-hukuki yönü, çalışmamız açısından önem taşımaktadır. Mehir ve nafaka, evliliğin mali-hukuki sonuçlarından biridir. Her ikisi de koca için bir borç, kadın için bir hak teşkil etmektedir.⁴²

A. Mehir

İslâm Hukuku'nda evliliğin sonuçlarından biri kadının mehir almaya hak kazanmasıdır. Kadının evlilik nedeniyle hak sahibi olduğu mehir, erkeğin evlenirken kadına verdiği veya taahhüt ettiği para veya maldır. Mehir, peşin ödenebileceği (muaccel) gibi daha sonra (müccel) da ödenebilir.⁴³

Mehrin miktarı konusunda hukukçular arasında farklı görüşler mevcuttur. Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra çıkarılan bir fermanla evlenecek kimseler dört gruba ayrılarak, her bir grubun kadına ödeyeceği mehir miktarları tespit edilmiştir (7 Ekim 1874). Fermanla, birinci grupta yer alan en zenginlerin mehir-i muaccel olarak 1000 kuruş, mehir-i müccel olarak da 10 adet mecdiye yüzlüğü (1000 kuruş) geçmeyen bir miktarı mehir olarak ödeyecekleri belirtilmiştir. Dördüncü grupta yer alan en fakirler ise 30 kuruştan 100 kuruşa kadar mehir-i müccel ve bu miktara uygun bir miktar mehir-i muaccel vereceklerdir. Ülkenin iktisadi durumundaki gerileme nedeni ile gerek duyulmuş olabilen bu fermanın⁴⁴ uygulamadaki işlerliği şeriyeye sicillerinde görülebilmektedir.

Fermanın çıkmasından sonraki tarihlere ait incelediğimiz şeriyeye sicillerinde, tespit edebildiğimiz mehir miktarlarında, çoğunlukla fermanla belirtilen miktarlara sadık kalındığı dikkat çekmektedir. 1882-1887 yıllarına ait Yozgat Şeriyeye Sicilleri'nde mehir-i muaccel ve mehir-i müccel için ödenen miktar 200 kuruş ile 1500 kuruş arasında değişmektedir.⁴⁵ Sadece üç kayıta,

⁴² Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 301. Colin Imber, erkek tarafından kadına ödenen mehir ve nafakanın kadını bir eşya pozisyonuna soktuğunu, bunların ödenmesi ile erkeğin kadının cinselliğini satın aldığı savunur. Bkz.: Colin Imber, "Kadınlar, Evlilik ve Mülkiyet: Yenişehirli Abdullah'ın Behcetü'l-Fetâvâ'sında Mehir", **Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları**, (Editör: Madeline C. Zilfi), (Çev: Necmiye Alpay), İstanbul, 2000, s.77-101.

⁴³ Cin, **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, s. 210 vd; Imber, a.g.m., s. 87-88, 93-94.

⁴⁴ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 302-303.

⁴⁵ **Yozgat Şeriyeye Sicili**, 2/11, 25, 46, 53, 65, 76, 85, 87; Yüzgeçer, a.g.e., s.76-78, 95-96, 117-118, 124-128, 145-148, 163-164, 172-174, 178-179.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

tespit edilen tutarların dışında uygulamalara rastlanmaktadır. Bunlardan birinde, mehr-i muaccel ve mihr-i müeccel için tespit edilen toplam tutarın 4000 kuruş olduğu dikkat çekmektedir.⁴⁶ Diğer iki kayıta ise yine her iki mehir miktarı için toplam 12.000 akçe ödeme yapılacağı belirtilmektedir.⁴⁷ 1889-1891 yıllarına ait Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'nde ise mehr-i müeccel olarak ödenen miktar 101 kuruş ile 801 kuruş arasında değişim göstermektedir.⁴⁸ Sadece iki kayıta 1000 kuruşu geçen uygulamalara rastlanmaktadır. Bu kayıtlardan birinde 1201 kuruşluk mehr-i müeccelden⁴⁹ diğerinde ise 3000 kuruşluk mehr-i müeccel miktarından söz edilmektedir.⁵⁰ 1894-1895 yıllarına ait Develi Şeriyeye Sicilleri'nde ise tespit edebildiğimiz bütün mehir miktarları 250 kuruş ile 550 kuruş arasında değişmektedir.⁵¹ Yani 1874 tarihli fermanla belirlenen ölçütlere uygundur.

Mehir ödemeleri sadece nakdi olarak yapılmaz. Satışı ve kullanılması yasak olmayan her şey mehir olarak verilebilir. Yani menkul ve gayr-i menkul mallar, bunların intifa hakkı, ziynet eşyaları, hayvanlar mehir olarak verilebilir.⁵² Nitekim, Yozgat Şeriyeye Sicilleri'nde rastlanan bir kayıta, Mecidiye Kazası'na tabi Gökahmedli Karyesi'nden Yusuf bin İsa Efendi'nin onaltı yaşında bulunan Huri bint-i Mustafa isimli kız ile evlenmek için mehir olarak, 800 kuruşluk altının yanında bir inek, bir müdd buğday ve iki müdd arpa ödediği görülmektedir.⁵³

B. Nafaka

Evlilik içinde koca, eşi ve çocuklarının bütün masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Nafakanın kapsamına yiyecek, giyecek, mesken, ilaç, tedavi ve bazı durumlarda hizmetçi masrafları da girer. Nafaka mükellefiyeti için kocanın zengin olması gerekmediği gibi kadının da fakir olması gerekmez. Kocanın nafaka borcu ile yükümlü olabilmesi için geçerli bir nikâh aktinin mevcudiyeti gerekir. Ayrıca kadının fiilen evliliği sürdürmeğe hazır fiziki olgunluğa ulaşması da zorunludur. Evlilikten sonra kocasının evine taşınmayı reddeden

⁴⁶ Y.a.g.ş.s., 2/138; Yüzgeçer, a.g.e., s. 265-266.

⁴⁷ Y.a.g.ş.s., 2/121, 131; Yüzgeçer, a.g.e., s. 240, 255-256.

⁴⁸ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 2/3, 12, 32, 54, 66, 139, 147, 148, 149.

⁴⁹ Y.a.g.ş.s., 2/4.

⁵⁰ Y.a.g.ş.s., 2/146.

⁵¹ Develi Şeriyeye Sicili, 42/63, 67, 77, 82; Süme, a.g.e., s. 79, 82-83, 95-96, 101-103.

⁵² Bilmen, a.g.e., C.II, s. 123.

⁵³ Yozgat Şeriyeye Sicili, 2/11; Yüzgeçer, a.g.e., s.76-78.

veya evlilik için uygun olmayacak derecede küçük olanlara karşı kocanın herhangi bir nafaka borcu olamaz.⁵⁴

Koca, nafaka yükümlülüğünü yerine getirmez ise kadın mahkemeye başvurarak nafaka taktir ettirebilir. Yine kocanın kaybolması nedeni ile nafakanın karşılanmaması durumunda, eşin nafakası koca malından karşılanır. Örneğin, Develi Şeriyeye Sicilleri'ne ait 4 Mart 1894 tarihli bir kayıta, Ermeni Milleti'nden olan Tenmir oğlu Sarkiz'in bir yıldan beri kayıp olması nedeni ile hâlâ nikâhında bulunan eşi, kendisi ve öz oğlu için Sarkiz'in malından olmak üzere günlük ikişer kuruş nafaka ve giyim parası talep etmiştir.⁵⁵ Yine aynı Şeriyeye Sicili'nde yer alan 4 Ekim 1895 tarihli bir başka kayıta ise, Zeynep bint-i Mevlüd isimli bir kadın, zevci iken kaybolan Ahmed bin Mustafa'nın mallarından nafaka talep ederek mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme tarafından kendisine günlük ikişer kuruştan aylık altmış kuruşluk nafaka tayin edilmiştir.⁵⁶ Mahkemelere aynı türden başvurular Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'nde de dikkat çekmektedir. 20 Mart 1891 tarihli bir kayıta, Eskişehir'in Osmaniye Karyesi'nde yaşayan Atike bint-i Hüseyin isimli hatun zevci Raşid bin Mehmed'in kendisini nafaka bırakmaksızın terk ettiğini belirterek, eşinin mallarından nafaka talep etmiştir. Mahkeme, kadına günlük altmış para nafaka takdir etmiştir.⁵⁷ Mahkeme kayıtlarında kocaları kaybolan kadınların zaman zaman nafaka haklarını vekilleri aracılığı ile aradıkları da görülmektedir. Develi Şeriyeye Sicilleri'ne ait 23 Ağustos 1895 tarihli bir kayıta, Aişe bint-i Osman ibn-i Ahmed isimli kadın, zevci olan Hüseyin bin Ali Mehmed'in sekiz yıl önce ticaret nedeni ile İstanbul'a giderek, kendisini aç bıraktığını, daha önce mahkemeye yaptığı müracaatlarında bir sonuç vermediğini belirterek konuyla ilgilenip, nafaka hakkını aramak üzere oğlu Yusuf bin Mehmed'i kendisine vekil tayin etmiştir.⁵⁸

Şeriyeye sicillerinde bazen yiyecek manasında kullanılan nafaka kapsamına, tedavi ve ilaç giderlerinin de girdiği görülmektedir. Örneğin, Mayıs 1891 tarihli Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Akçağlan Mahallesi'nde yaşayan Çiftelerli Hacı Ahmed Efendi'nin kızı Azize, vekili aracılığı ile mahkemeye başvurarak, zevci Kilimcizâde Bekir bin Yusuf'un kendisine nafaka vermemesinden şikâyetçi olur. Hastalığı nedeni ile iyileşinceye kadar anne-

⁵⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 303-304; Cin, Akyılmaz, *a.g.e.*, s. 350-351.

⁵⁵ *Develi Şeriyeye Sicili*, 42/12; Süme, *a.g.e.*, s. 14-15.

⁵⁶ *Y.a.g.ş.s.*, 42/109; Süme, *a.g.e.*, s. 135.

⁵⁷ *Eskişehir Şeriyeye Sicili*, 2/141.

⁵⁸ *Develi Şeriyeye Sicili*, 42/98; Süme, *a.g.e.*, s. 120-121.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

sinin evinde oturacağından masraflarının eşi Bekir tarafından karşılanması talep eder. Hatta hamam takımından çarşafa, gümüş-altın kuşaktan, kilim ve tencereye kadar çeşitli özel eşyalarını da geri ister. Bekir ise mahkemeye verdiği yanıtta istenilen eşyaların hepsinin mevcut olup sandıklarda bulunduğunu, eşinin ancak eve dönmesi koşulu ile bu eşyaları alabileceğini söyler.⁵⁹ Bu kayıttaki sözü edilen nafakanın açıkça belirtilmemesiyle birlikte eşin hastalığı nedeni ile ortaya çıkan giderleri olduğu tahmin edilmektedir.

Evlilik birliğinin bir sonucu olarak, kocanın nafaka yükümlülüğüne kurulan ailede meydana gelen çocukların nafakası da dahildir. Baba, eşinin nafakasını karşıladığı gibi ondan olan çocuklarının nafakasını da karşılamakla mükelleftir. Kocanın bu yükümlülüğünü yerine getirmesi için evlilik birliğinin devamı da zorunlu değildir. Evliliğin sona ermesi durumunda da koca, çocuklarının nafakasını karşılamak zorundadır.⁶⁰ Nitekim şerhiye sicillerinde yer alan nafaka kayıtlarının pek çoğu kocanın ölümü veya eşinden ayrılması durumunda çocuklarına ödemekle yükümlü olduğu nafaka miktarlarını içermektedir. XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde ölüm ve ayrılık nedeni ile çocuklara bağlanan nafaka miktarı günlük 5 para ile 40 para, yıllık 36 kuruş ile 90 kuruş arasında değişmektedir.⁶¹

IV. Evliliğin Sona Ermesi

İslâm Hukuku, belirli usul ve yöntemlerle evlilik birliğinin sona erdirilebileceğini kabul eder. Bu yöntemleri, talak muhâlaa ve tefrik adı altında üç başlıkta toplayabiliriz:

A. Talak

Dar anlamıyla talak, kocanın tek taraflı bir irade beyanı ile evlilik birliğine son vermesidir.⁶² Geniş anlamı ile ise, hem kocanın terk taraflı irade beyanı ile yapılmış olduğu boşamaları, hem karşılıklı anlaşarak yapılan boşanmaları, hem de mahkemenin vermiş olduğu kararlar eşlerin birbirinden ayrılmalarını ifade

⁵⁹ Eskişehir Şerhiye Sicili, 2/149.

⁶⁰ Ali Kaya, "17. Yüzyıl Bursa Şerhiye Sicillerinin İslam Aile Hukuk Açısından Tahlili", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C.XVII, S.1, 2008, s. 90.

⁶¹ Konya Şerhiye Sicili, 70/67, 87, 125, 202, 209, 210, 219, 238, 271; Ünlü, a.g.e., s. 120-121, 142-143, 189-190, 275, 281-282, 292-293, 314, 354-355. Kayseri Şerhiye Sicili, 223/104, 345; Develi Şerhiye Sicili, 42/88, 101, 107, 138; Süme, a.g.e., s. 108, 124, 133-134, 171-172.

⁶² Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 2008, s.119.

eder.⁶³ Bununla beraber, özellikle çağdaş İslâm hukukçuları, talak sözcüğünü dar anlamı ile kullanmaktadırlar.

Kısacası, talak kocanın hakkıdır.⁶⁴ Fakat koca, evlenirken veya daha sonraki bir zaman içinde bu hakkı karısına devredebilir yani talak için karısını yetkili kılabilir. Bu tür talak tefviz-i talak adı ile anılır. Evlenme anında kadın dilediği zaman kocasını boşayabileceği şartını ileri sürer, koca da kabul ederse tefviz kesinleşir.⁶⁵ Bununla beraber, Osmanlı Devleti içindeki uygulamalarda kadınların bu yetkiyi sıkça kullanmadıkları görülmektedir. Nitekim, incelediğimiz şeriyeye sicillerinde konuyla ilgili tek bir örneğe rastlanmıştır. 20 Mayıs 1894 tarihli Develi Şeriyeye Sicili'ne ait bir kayıta, Zahide bint-i Seyyid Efendi isimli kadın Ali ibn-i İbrahim isimli kişi ile beş yüz elli kuruş mehr-i muaccel, bir kat yatak ve bir kilim karşılığı talak yetkisi kendisine tefviz edilmek üzere evlenir. Akit, Ali ibn-i İbrahim'e vekil olan Tevfik Mehmed ibn-i Ahmed aracılığı ile gerçekleştirilir.⁶⁶

Talak, sonuçları itibariyle talak-ı ric'i ve talak-ı bâin olmak üzere ikiye ayrılır. Talak-ı ric'i, kocaya boşadığı eşine, iddet içinde yeni bir nikâh aktine ihtiyaç duymadan geri dönme imkanı veren boşama türüdür. Talak-ı ric'i de, iddetin bitiminde karı-koca birbirinden ayrılırlar. İncelediğimiz şeriyeye sicillerinde talak-ı ric'i ile ilgili örneklere rastlanmamıştır. Talak-ı ric'inin evlilik birliğini bütünü ile sona erdirmemesi nedeni ile kadına ödenecek, mehir ve nafaka miktarının tespiti gibi olayın mahkemeye intikalini sağlayan zorunlu durumları ortaya çıkarmaması bu durumun en önemli gerekçelerindendir.⁶⁷

Talak-ı ric'i ile boşanan eşlerin iddetin bitiminden sonra birbirlerinden kesin olarak ayrılmalarına talak-ı bâin adı verilir. Talak-ı bâin, erkeğin karısını

⁶³ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s.305.

⁶⁴ İslam Hukuku'nda boşanma konusunda, kadınların erkekler karşısında son derece aciz ve çaresiz oldukları görüşünü ileri süren araştırmacıların yanında (bkz.: Ronald Jennings, "Women in Early 17th Century Otoman Judicial Records-The Sharia Court of Anatolian Kayseri" **JESHO**, S.18, s. 53-114) son yıllarda yapılan çalışmalar, kadınlar açısından, talak yolu ile boşanmayı muhâlaa ile boşanmaya kıyasla bir avantaj olarak göstermeye çalışmaktadır. Bkz.: Judith E. Tucker, **In The House of The Law. Gender and Islamic Law in Otoman Syria and Palestine**, California, 1998, s. 95-101.

⁶⁵ Halil Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma**, Konya, 1988, s.68-69; Bilmen, **a.g.e.**, C.II, s. 258 vd.

⁶⁶ **Kayseri Şeriyeye Sicili**, 42/63; Süme, **a.g.e.**, s.78-79.

⁶⁷ Esra Yakut, "Eskişehir Şer'iyye Sicillerine Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Sonuçları", **I. Uluslararası Düünden Bugüne Eskişehir Sempozyumu**, 12-15 Mayıs 2004, Eskişehir, 2005, s. 108.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

boşarken, boşanmanın ayırıcı olduğunu gösteren bir söz veya işaret kullanması ile de ortaya çıkabilir.⁶⁸

Talak-ı bâin ile evlilik birliği hemen sona erdiğinden, koca eski karısı ile ancak yeni bir nikâh akti ve yeni bir mehirle evlenebilir. Ya da kadın iddetini tamamladıktan sonra dilediği kimse ile evlenebilir.⁶⁹ Şer'iyye sicillerinde talak-ı bâin ile ilgili örneklerde ilginç olaylara da rastlanmaktadır. Konya Şer'iyye Sicilleri'ne ait 19 Aralık 1815 tarihli bir kayıtta, Şerife bint-i Osman adlı bir kadın, yedi yıl önce kendisi ile evli iken başka bir yere giden eşinin ölüm haberinin kendisine ulaşması üzerine, iddetini takiben kendisi ile aynı mahallede oturan başka bir erkekle evlenir. İlk eşi ise yedi yıl sonra geri döner ve yaşadığını ispatlar. Kendisine ait bazı malların eski karısında olduğunu belirtir. 70 kuruş değerindeki bu mallara karşılık, eski karısının kendisinde olan 100 kuruşluk mehr-i müeccel alacağını sayar ve aradaki 30 kuruşluk farkı kendisine ödedikten sonra ondan talak-ı bâin ile boşanır.⁷⁰

İslâm Hukuku'nda ister talak-ı ric'i ile ister talak-ı bâin ile olsun erkek, aynı kadını üç defa boşarsa ya da boşanmayı gerçekleştiren sözü üç defa arka arkaya söylerse evlilik birliği kesin olarak sona erer. Talak-ı selâse denilen bu durum sonucunda erkekle kadın yeniden evlenmek isterlerse, kadının iddetini tamamladıktan sonra başka bir erkekle evlenmesi, daha sonra ondan ayrılarak iddetini tamamlayıp eski kocası ile nikâh akdini yenilemesi gerekir. Hülle adı verilen bu işlem, İslâm Hukuku'nda erkeğin boşanma hakkını kötüye kullanmasını engellemeyi amaçlamaktadır.⁷¹ Bu nedenle, şer'iyye sicillerindeki kayıtlarda sıkça rastlanan talak-ı bâin davalarının aksine talak-ı selâse davalarına daha nadir rastlanır. Nitekim incelediğimiz şer'iyye sicillerinde konuyla ilgili toplam 4 kayda rastlanmaktadır.⁷²

Diğer talak çeşitlerinde olduğu gibi talak-ı selâsede de kadın, boşanmanın ardından mehr-i müeccelini ve iddet nafakasını eski eşinden almaya hak

⁶⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 308; Üçok, Mumcu, Bozkurt, *a.g.e.*, s. 120.

⁶⁹ Cin-Akyılmaz, *a.g.e.*, s. 362-363.

⁷⁰ *Konya Şer'iyye Sicili*, 70/70; Ünlü, *a.g.e.*, s.125.

⁷¹ Esra Yakut, "Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi'nin "Fetavâ-yi Ali Efendi" Adlı Fetva Mecmuasına Göre Osmanlı Toplumunda Aile Kurumunun Oluşması ve Dağılması", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S.7, Ankara, 1996, s. 308-309; Saadet Maydaer, "Klâsik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre)", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, Bursa, 2007, s. 306.

⁷² *Eskişehir Şer'iyye Sicili*, 1/7, 29; 2/15; *Develi Şer'iyye Sicili*, 42/182; Süme, *a.g.e.*, s. 252-253.

kazanır. Develi Şeriyeye Sicili'ne ait 27 Mart 1895 tarihli bir kayıta, Eve- rek Kasabası'ndan olan Şerife bint-i el-hac Mehmed isimli kadın mahkeme- ye başvurarak, eşi Seyyid bin Mehmed Ali'nin üç gün önce kendisini talak-ı selâse ile boşadığını belirtir. Ayrıca hakkı olan nafakasını ister. Mahkeme ta- rafından kendisine iddeti süresince günlük 60 paradan aylık 45 kuruş nafaka taktır edilir.⁷³

İslâm Hukuku'nda boşanma şartsız olabileceği gibi, geciktirici bir şarta veya süreye de bağlanabilir. Talik-i talak adı verilen bu tür boşanmalarda şar- tın tamamı, kadın gerçekten evli veya boşanma nedeni ile iddetini beklerken meydana gelirse gerçekleşir.⁷⁴ İncelediğimiz şeriyeye sicillerinde taliki talak ile ilgili 5 örnek dikkat çekmektedir. Örneklerden birinde, evini terk eden karısını en geç 20 gün içinde evinde olmaya davet eden kocanın, karısının bu eylemi gerçekleştirmemesi durumunda kendisini talak-ı selâse ile boşayacağını söy- lediğini görmekteyiz. Nitekim kadın evine dönmediği için ayrılık gerçekleş- mektedir.⁷⁵

Bir diğer kayıta, üç lira hırsızlık yapan kocasının ettiği yemin nedeni ile kadının içine düştüğü durum anlatılmaktadır. Kocanın ihtiyar meclisi önünde, parayı kendisinin almadığını söyleyip, eğer para evinden çıkar ise karısından üç talaktan dokuz talaka kadar boşanacağını açıklaması ve yapılan aramada paranın evin içindeki bir çuvaldan çıkması üzerine kadının şart gereği mahke- meden boşanma talebi vardır.⁷⁶

Diğer üç kayıt ise Eskişehir Şeriyeye Sicilleri'nde yer almaktadır. Bunlar- dan birinde, karısını döven bir erkeğin, bir kez daha karısını dövme üzerine, kadının söylemesi ama sözünde durmayarak karısını dövmesi üzerine, kadının olayı şahitlerle ispatlayarak mahkemeye başvurup, boşanma talebinde bulun- ması üzerinde durulmaktadır.⁷⁷

Başka bir kayıta, içki içen kocanın bir daha içki içerse karısından boşana- cağını şart koşması ama içki içmeye devam etmesi üzerine karısının mahke- meye müracaatı söz konusudur.⁷⁸

⁷³ Develi Şeriyeye Sicili, 42/182; Süme, a.g.e., s.252-253.

⁷⁴ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 309; Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hu- kuku Külliyyatı*, Diyarbakır, 1986, s. 203-204.

⁷⁵ Develi Şeriyeye Sicili, 42/82; Süme, a.g.e., s.101-103.

⁷⁶ Yozgat Şeriyeye Sicili, 2/87; Yüzgeçer, a.g.e., s. 178-179.

⁷⁷ Eskişehir Şeriyeye Sicili, 1/105; Yakut, "Eskişehir Şeriyeye Sicillerine Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Sonuçları", s. 110.

⁷⁸ Y.a.g.ş.s., 2/16; Y.a.g.m., s.110.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

Son kayıtta ise, kocanın kardeşi ile olan anlaşmazlığına evliliğini konu ettiğini görmekteyiz. Kardeşi ile tartıştıktan sonra, onun evine giderse veya kardeşi kendisinin evine gelirse, karısından kırk talak boşanacağını söyleyen kocanın sözünü tutmaması ve kardeşi ile görüşmeye başlaması üzerine, karısının mahkemeye başvurduğunu kayıtlardan anlamaktayız.⁷⁹

B. Muhâlaa

İslâm Hukuku'nda evlilik birliğini sona erdiren yollardan biri de muhâlaadır. Tarafların anlaşarak evlilik birliğine son vermeleri demek olan muhâlaada çoğunlukla boşanma talebi kadın tarafından gelmekte ve kadın bu talebini gerçekleştirebilmek için zaman zaman bazı mali fedakârlıklarda da bulunabilmektedir.⁸⁰

XIX. Yüzyıl'da Orta Anadolu Bölgesi ile ilgili şerhiye sicillerinde yer alan kayıtlarda muhâlaaya başvurma nedenlerinin başında “beynlerinde hüsn-i zindegânî ve muâşeret”,⁸¹ “adem-i hüsn-i imtizâc”⁸² olmaması ifadelerine rastlanmaktadır. Ayrıca erkeğin karısını sık sık dövmesi,⁸³ karısının dini ibadetlerine karışması,⁸⁴ karısını fuhuşa zorlaması⁸⁵ gibi kadının evlilik birliğini sürdürebilmesine engel olan özel nedenler de vardır.

İncelediğimiz şerhiye sicillerinde yer alan muhâlaa kayıtlarının tamamında, kadının anlaşma yoluyla belirli bedeller ödeyerek, evlilik birliğinden kurtulma çabası dikkat çekmektedir. Bu bedelin, kadınların evliliklerinin bitiminde kocalarından alacakları, mehr-i müeccellerinden, iddet nafakalarından ve hatta çocuklarının nafakalarından vazgeçmeleri şeklinde ödendiği görülmektedir. Bu kayıtlardan birinde, Medine-i Yozgat'ta yaşayan Şerife bint-i Hüseyin adlı kadın, 300 kuruş mehr-i müeccelinden, iddet nafakasından ve me'ûnet-i süknâsından vazgeçip, muhâlaa sırasında altı aylık olan oğlu

⁷⁹ **Y.a.g.ş.s.**, 2/115; **Y.a.g.m.**, s.110.

⁸⁰ Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma**, s. 69 vd.; İzzet Sak, Alaaddin Aköz, “Osmanlı Toplumunda Evliliğin Karşılıklı Anlaşma ile Sona Erdirilmesi=Muhâla'a (18. Yüzyıl Konya Şer'hiye Sicillerine Göre)”, **Selçuk Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü**, S. 15, Güz:2004, s. 91 vd.

⁸¹ **Konya Şerhiye Sicili**, 70/123, 132, 145, 164, 180, 197, 215, 221, 256, 275; Ünlü, **a.g.e.**, s. 187, 195-196, 211, 233, 250, 268-269, 287-288, 293-294, 337-338, 359. **Eskişehir Şerhiye Sicili**, 1/8, 31, 39, 90, 94, 180.

⁸² **Yozgat Şerhiye Sicili**, 2/47; Yüzgeçer, **a.g.e.**, s.118-119.

⁸³ **Eskişehir Şerhiye Sicili**, 2/46.

⁸⁴ **Y.a.g.ş.s.**, 1/55.

⁸⁵ **Y.a.g.ş.s.**, 2/97.

Şevket'in yedi yaşına kadar bakımını da üstlenerek, eşinden çocuk nafakası istemeksizin muhâlaaya talip olmuştur. Aynı davada, Şerife'nin annesi Felek-naz bint-i Abdullah'da, kızı boşanmanın ardından başka biri ile evlense dahi torunu için eski damadından nafaka istemeyeceğine dair teminat vermiştir.⁸⁶

Muhâlaa kayıtlarında, mehr-i müeccel, iddet nafakası, me'ûnet-i süknâ ve çocukların nafakasının dışında, çeşitli taşınır-taşınmaz mallar ve bazı menfaatlerin de kadın tarafından muhâlaa bedeli olarak kullanıldığı dikkat çekmektedir. Konya'da Burdabaşı Mahallesi'nde yaşayan Emine bint-i Mustafa, kocası Semerci Hüseyin Beşe ile muhâlaa yaparken 20 kuruş mehr-i müeccel, on kuruş iddet nafakasından feragat ettiği gibi kocasının zimmetinde bulunan mallardan da hiçbir şey istememektedir.⁸⁷ Yine Konya'da Topraklık Mahallesi'nde yaşayan Arap kızı Zeynep, eşi Arap Ali'den 20 kuruş mehr-i müeccel, 10 kuruş iddet nafakasının dışında bir çiçekli entari, bir şalvar, bir çift yorgan, bir döşek, bir çift yastık ve bir sanduka karşılığında muhâlaa yolu ile ayrılmıştır.⁸⁸ Abdulmuin Mahallesi'nden Fatıma bint-i Mustafa, kocası Ali bin Ali ile yaptığı muhâlaada mehr-i müeccel ve iddet nafakasından vazgeçip kızları Fatma'nın nafakası da kendi üzerine olmak üzere, bir adet atlas libas, bir çiçekli entari, bir çift makad, bir örtme, bir seccade, bir sanduka, bir fes, iki değirmi hayt, bir peştamal, bir döşek, bir yorgan, bir yastık ve bir kilim⁸⁹ vermiştir.⁹⁰

Osmanlı aile hukuk içinde muhâlaa yolu ile boşanma sıkça kullanılır.⁹¹ Bunun en başta gelen nedeni, Hanefi mezhebinin kadına boşanma hakkı veren tefriki (adli boşanma) çok sınırlı hallerde kullanmasıdır. Ayrıca boşanmanın mali külfetinden kurtulmak isteyen kocaların, talak yetkilerini kullanmayarak, kadını muhâlaaya zorlamaları ve böylece iddet nafakası ve mehir zorunluluğundan kurtulmaları da en önemli gerekçelerdendir.⁹² Her şeye rağmen zaman

⁸⁶ *Yozgat Şerhiye Sicili*, 2/47; Yüzgeçer, a.g.e., s.118-119.

⁸⁷ *Konya Şerhiye Sicili*, 70/132; Ünlü, a.g.e., s.195-196.

⁸⁸ *Y.a.g.ş.s.*, 70/145; Ünlü, a.g.e., s. 211.

⁸⁹ *Y.a.g.ş.s.* 70/164; Ünlü, a.g.e., s. 233.

⁹⁰ Madeline C. Zilfi, muhâlaanın ardından kadınların eski hallerinden daha zor duruma düştükleri, hatta bu nedenle aralarında pişman olanlarında bulunduğu görüşündedir. Bkz. Madeline C. Zilfi, "Geçinemiyoruz: 18. Yüzyılda Kadınlar ve Hul", *Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları*, s. 271.

⁹¹ 1839-1875 yılları arasında kapsayan Bursa Şerhiye Sicilleri'ne ait bir çalışmada da muhâlaa yolu ile ayrılık talak yolu ile ayrılığın oransal olarak beş katı olarak saptanmıştır. Bkz.: Abdurrahman Kurt, *Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876)*, Bursa, 1998, s. 57-59.

⁹² Gül Akyılmaz, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü*, Konya, 2000, s.46; Gül

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

zaman muhâlaa yolunda attıkları adımlardan vazgeçen erkeklere de rastlanmaktadır. 20 Haziran 1817 tarihli Konya Şeriyye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Mihriye bint-i Süleyman Paşa adlı kadın altı ay önce muhâlaa yolu ile ayrıldığı kocası Ali bin Mehmed'in, kendisi başka biri ile evlenmek istediği sırada muhâlaaya itiraz ettiğini belirterek mahkemeye müracaat eder. Mahkeme, Ali bin Mehmed'e muhâlaaya itirazının nedenini sorduğunda, Ali bin Mehmed, o tarihte "maraz-ı müstevli" olması nedeni ile aklının başında olmadığını söyler. Muhâlaa sırasında mevcut bulunan şahitlerin, Ali bin Mehmed'in boşanma sırasında aklının başında olduğuna yönelik şahitlik etmeleri üzerine, mahkeme Mihriye bint-i Süleyman Paşa'nın boşanmış olması nedeni ile dilediği kişi ile evlenebileceğine karar verir.⁹³

C. Tefrik

Evliliğin mahkeme kararı ile sona ermesidir. Tefrikte, evlilik hâkimin boşanma kararına kadar bütün hükümleri ile devam eder, yani boşanmada kocanın onayı ve rızası aranmaz. Bu tür boşanmada hâkim, belirli sebeplerin varlığı durumunda boşanmaya hükmedebilir. Bu sebepler konusunda, mezhepler arasında çeşitli görüş farklılıkları vardır. Özellikle Hanefi mezhebi konuya katı bir biçimde yaklaşarak, sebepleri son derece dar tutmuştur.⁹⁴ Bu nedenle şeriyye sicillerinde tefrik ile ilgili örnekler son derece sınırlıdır. XIX. Yüzyıl ile ilgili incelediğimiz şeriyye sicillerinde sadece bir tefrik örneğine rastlanmıştır. 15 Ağustos 1883 tarihli, Yozgat Şeriyye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Meryem bint-i Ömer mahkemeye başvurarak, kızı Zeyneb bint-i Tazıcı Halil bin Mustafa ile evli bulunan Ali bin Hasan'ın Puşıyan-ı Gıbtî taifesinden olması nedeni ile kızının dengi olmadığını ileri sürerek evliliklerinin feshini istemiştir. Mahkeme şahitlerin dinlenmesinin ardından tefriki uygun görerek, Zeyneb'e 150 kuruş mehr-i müeccel ve aylık 30 kuruş nafaka takdir etmiştir.⁹⁵

Akyılmaz, "Osmanlı Aile Hukukunda Kadın", **Türkler**, C. X, Ankara, 2002, s. 369.

⁹³ **Konya Şeriyye Sicili**, 70/265; Ünlü, **a.g.e.**, s. 347-348.

⁹⁴ Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 310-311; Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma**, s. 88-93; Hayrettin Karaman, "Kadının Boşanma Hakkı", **Yeni Şafak**, 8.2.2009.

⁹⁵ **Yozgat Şeriyye Sicili**, 2/50; Yüzgeçer, **a.g.e.**, s. 121-122.

V. Evliliğin Sona Ermesinin Sonuçları⁹⁶

A. İddet

Evliliğin ölüm, talak, fesih gibi nedenlerle sona ermesi sonucu, kadının başkası ile evlenmeden beklemesi gereken süreye “iddet” denir. İddetin en önemli amacı kadının hamile olup olmadığının saptanmasıdır. Bunun dışında, eğer talak-ı ric'i ile ayrılık söz konusu ise evlilik hayatına tekrar devam etmesi için kocaya belli bir süre düşünme fırsatı tanımak, eğer koca ölmüş ise hanımının ona olan hürmet ve vefasını göstermek için kadına belli bir süre vermek gibi noktalar da iddetin amaçları arasındadır.⁹⁷

Kadının beklemesi gereken süre, evliliği sona erdiren nedene göre değişmektedir. Örneğin, ölüm iddeti dört ay on gün iken, evliliği talak veya fesih ile sona eren kadınların iddeki üç hayız (âdet-regl) süresidir. Hamile kadınların iddeti doğum ile son bulur. Ölüm iddeti bekleyen kadına iddet nafakası ödenmez. Eğer talak veya fesih iddeti bekleniyorsa, kadının nafakası, kocası tarafından karşılanmalıdır. Kadın, iddetini kocanın evinde tamamlamalıdır.⁹⁸ Boşanma olaylarında, kadın için tespit edilen iddet nafakası bedeli, kocanın gelir durumu ile bağlantılı olarak değişmektedir. XIX. Yüzyılda Orta Anadolu'da kadına ödenen iddet nafakası bedeli 10 kuruş ile 200 kuruş arasında değişim göstermektedir.⁹⁹

B. Çocukların Bakım ve Terbiyesi (Hıdâne)

Evlilik devam ederken anne baba tarafından ortaklaşa sürdürülen çocukların bakım ve terbiyesi konusu, evliliğin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda büyük önem kazanmaktadır.

Evlilik ölüm nedeni ile sona ermişse ve ölen kimse anne ise çocukların babası kanuni vasi olarak çocukların haklarını koruma görevini üstlenmektedir. Ölen anne değil de baba ise ve baba tarafından önceden bir vasi tayin edilmişse mahkeme çocuk için en yakın akrabasını vasi olarak tayin etmektedir.

⁹⁶ Evliliğin sona ermesinin sonuçları arasında yer alan mehir ve çocukların nafakası konuları “Evliliğin Sonuçları” başlığı altında açıklandığından bu bölümde sadece iddet ve çocukların bakım ve terbiyelerine değinilecektir.

⁹⁷ Bilmen **a.g.e.**, C.II, s. 368; Karaman, **a.g.e.**, C. I, s. 329; Ahmet Yaman, **İslâm Aile Hukuku**, İstanbul, 1999, s. 114-115.

⁹⁸ Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma**, s. 111-119; Aktan, **a.g.m.**, s. 418-419.

⁹⁹ **Eskişehir Şerhiye Sicili**, 1/64; 2/78; **Develi Şerhiye Sicili**, 42/82, 185; Süme, **a.g.e.**, s.101-103, 255-256. **Konya Şerhiye Sicili**, 70/132, 180, 217; Ünlü, **a.g.e.**, s. 195-196, 250, 290. **Yozgat Şerhiye Sicili**, 2/47, 138; Yüzgeçer, **a.g.e.**, s.118-119, 265-266.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

Şer'iyye sicillerinde, büyük bir sıklıkla, sağ olması durumunda çocuğun annesinin vasi tayin edildiği görülmektedir.¹⁰⁰ Eğer baba sağ iken kendisinden sonra çocuklarının mallarını idare etmek üzere bir vasi tayin etmişse bu durumun mahkemece tespit edilmesinden sonra o kimse çocuğun haklarını korumakla görevlendirilir. Vasilerin, çocuklara düşen miras payının korunması ve idarelerini üstlenmelerinin dışında çocuklar için günlük nafaka talebinde bulunma hakları da vardır.¹⁰¹

İslam hukukçuları, evlilik boşanma yolu ile sona erdiğinde çocukların bakım ve terbiyelerinden öncelikle anneyi sorumlu tutmuştur.¹⁰² Anne hayatta değilse veya gerekli şartları taşıyorsa bu hak anne tarafından yakın akrabalara geçer. Anne, tarafından yakın akrabalar arasında bu görevi yerine getirecek kimse yoksa veya aranan şartları taşıyorsa, bu hak mirastaki sıraya göre baba tarafından akrabalara intikal eder.¹⁰³

Çocuğun bakımı ve terbiyesi kendisine verilen kimsenin hür, akıllı ve ergenlik çağına gelmiş olması, çocuğa bakabilecek dirayette bulunması ve çocuğun sıhhat ve ahlâkını korumada güvenilir olması gerekir. Ayrıca, hidâne hakkını kullanacak kişi kadın ise çocuğa yabancı biriyle evli olmaması zorunludur.¹⁰⁴

¹⁰⁰ **Develi Şer'iyye Sicili**, 42/2, 4, 6, 19, 23, 27, 33, 38, 41; Süme, **a.g.e.**, s. 2, 5, 8, 22-23, 27, 32, 38-39, 43-44, 47-48. **Konya Şer'iyye Sicili**, 70/51, 56, 59, 60, 130, 144, 156, 167, 182, 187; Ünlü, **a.g.e.**, s. 106, 110-111, 113, 114, 194, 210-211, 223, 236, 252, 258. **Yozgat Şer'iyye Sicili**, 2/17, 27, 30, 54, 55, 63, 70, 118, 122, 128; Yüzgeçer, **a.g.e.**, s. 87-90, 97-98, 99-100, 128-129, 130-131, 142-145, 154, 221-223, 240-241, 250-251. Konuyu destekleyen çıkarsamalar için bkz.: Mehmet Akif Aydın, "Eyüp Şer'iyye Sicillerinden 184, 185 ve 188 no'lu Defterlerin Hukuki Tahlili", **18. Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp'te Sosyal Yaşam**, (Editör: Tülay Artan), İstanbul, 1998, s. 65-68.

¹⁰¹ **Konya Şer'iyye Sicili**, 70/87; Ünlü, **a.g.e.**, s. 142-143. Çok olağanüstü durumlarda mahkeme kararı ile vasi tayin edildiğini görmekteyiz. 15 Mart 1872 tarihli Kayseri Şer'iyye Sicilleri'ne ait bir kayıta Bahçevan Mahallesi'nde yaşarken birbirini müteakip vefat eden Fatma bint-i Mehmed ile Şeyh Mehmed bin Hacı Salih'in küçük oğulları Bahaeddin için dayısı Hasan bin Mehmed mahkeme tarafından vasi olarak atanmıştır. Vasi, çocuğun her türlü ihtiyaçları için babasından kalan mallardan nafaka talebinde bulunmuştur. Bkz.: **Kayseri Şer'iyye Sicili**, 223/345.

¹⁰² Tucker, İslam Hukuku'nun kadına tanıdığı bazı hakların dışında, Osmanlı kadını ve müftülerinin de erkek hegemonyasına karşı kadın haklarını koruyan davranışlar sergiledikleri görüşündedir. Bkz.: Tucker, **a.g.e.**, 1-36; 101-112.

¹⁰³ Cin, **Eski Hukukumuzda Boşanma**, s. 117; Bilmen, **a.g.e.**, C. II, s. 428; Karaman, **İslâm Hukuku**, C. I, s. 341; Cin-Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 376-85.

¹⁰⁴ Aydın, **Türk Hukuk Türihi**, s. 318; Cin-Akyılmaz, **a.g.e.**, s. 377. Hayri Erten eşini yitirmiş veya boşanmış kadınların, yeniden bir başkası ile evlendiği zaman hidâne haklarını kaybetmelerini, çocukların üvey baba ve üvey kardeş sıkıntıları ile karşılaşmalarını engellemek amacıyla dayandırmıştır. Bkz.: Hayri Erten, **Konya Şer'iyye Sicilleri Işığında Ailenin Sos-**

21 Mart 1816 tarihli Konya Şeriyeye Sicilleri'ne ait bir kayıta, Mehmed bin Mustafa mahkemeye müracaat ederek, karısı Fatıma bint-i Hasan'dan boşandıktan sonra. hıdâne hakkı karısında kalan kızları Hatice'nin bu hakkının eski karısının yeniden evlenmek üzere olması ve kızının anneannesinin de bulunmaması nedeni ile kendi annesine (çocuğun babaannesi) verilmesini istemiştir.¹⁰⁵

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ile ilgili sürenin tespiti çocuğun buna duyduğu ihtiyaç ile orantılıdır. İslâm Hukuku'nda erkek çocukta 7-9, kız çocukta 9-11 yaşlar, hıdâne süresinin sonu olarak belirlenmiştir. Çocuk bu sürenin sonunda hayatını velisinin yanında sürdürür.¹⁰⁶

SONUÇ

Osmanlı Hukuku'nda Tanzimat süreci ile başlayan Batı Hukuku etkisi aile hukuku alanında tesirini gösterememiştir. Aile hukuku ağırlıklı olarak İslâm hukuku'nun temelleri üzerinde yükselmeye devam etmiştir.

Bu dönemde Orta Anadolu Bölgesi'nde İslâm Hukuku'nda yeri olmamakla beraber, erkeğin bizzat ya da ailesi vasıtasıyla bir kızı kendisine eş olarak seçmesi demek olan "namzedlik" uygulamalarına rastlanmaktadır. Namzedliğin, nişanlanmadan bir önceki basamak olduğu özellikle dikkat çekmektedir.

Nişanlanma, İslâm Hukuku'nda hukuki bir işlem olarak kabul edilmediği için mahkeme kayıtlarına başlık parası vb. anlaşmazlıklar nedeni ile yansımıştır.

XIX. Yüzyıl'da incelediğimiz bölgede nikah akti sırasında kadılardan izinnâme alınmıştır. Ayrıca nikâh akti sıklıkla mahkemelerde kadı tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu akitlerde, tarafların icap ve kabullerinin dışında, ödenecek mehir miktarlarında şahitler huzurunda açıkça tespit edildiği görülmektedir. Bu miktar çoğunlukla mehrin ilk ödenen yarısı için 100 kuruş ile 800 kuruş arasında değişmektedir.

Talak, boşanma konusunda erkeğe sınırsız bir özgürlük verdiği için, XIX. Yüzyıl'da Orta Anadolu Bölgesi'nde erkekler tarafından, evliliği sona erdiren bir metot olarak, sıklıkla kullanılmıştır. Fakat asıl dikkat çeken nokta bu yüz-

yo-Ekonomik ve Kültürel Yapısı (XVIII. Yüzyılın İlk Yarısı), Ankara, 2001, s. 126-127.

¹⁰⁵ Konya Şeriyeye Sicili, 70/85; Ünlü, a.g.e., s.140-141.

¹⁰⁶ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 318.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

yılda muhâlaa sayısındaki artıştır. Eşleri ile anlaşamayan kadınlar, fesih yolu ile ayrılığın nedenleri Hanefi mezhebinde sınırlandığı için, çeşitli bedeller ödeyerek kocalarından boşanmaya çalışmaktadırlar. Bu bedeller, çoğunlukla boşanma sonucunda kadının hakkı olan mehr-i müeccelinden, iddet nafakasından ve çocuklarının nafakasından vazgeçmek şeklinde olmuştur.

Evliliğin ölüm, talak, fesih gibi nedenlerle sona ermesi sonucu, kadın başka bir erkekle evlenmeden önce belirli bir süre beklemek zorundadır. Kadın, iddet denilen bu süreyi kocasının evinde tamamlar ve boşanma olaylarında iddet nafakası kocası tarafından ödenir. Bu bedel incelediğimiz dönemde Orta Anadolu Bölgesi için 10 kuruş ile 200 kuruş arasında değişmektedir.

Evlilik boşanma yolu ile sona eriyorsa, evlilik birliği içinde meydana gelen çocukların bakım ve terbiyelerinden öncelikle anne sorumlu tutulur. Anenin hayatta olmaması veya gerekli şartları taşımaması durumunda bu hak sırası ile anne tarafından yakın akrabalara geçer. Osmanlı Hukuku'nda daha önceki yüzyıllarda görülen bu uygulama XIX. Yüzyılda da devam etmiştir.

KAYNAKÇA

I. Belgesel Kaynaklar

Develi Şeriyeye Sicili, 42.

Düstur, I. Tertip, C.I, IV, Zeyl 2.

Eskişehir Şeriyeye Sicili, 1, 2.

Kayseri Şeriyeye Sicili, 223.

Konya Şeriyeye Sicili, 70.

Yozgat Şeriyeye Sicili, 2.

II. Kitaplar ve Makaleler

Abacı, Nurcan; **Bursa Şehri'nde Osmanlı Hukuku'nun Uygulanması (17. Yüzyıl)**, Ankara, 2001.

Acar, İbrahim; "İslâm Hukuku Açısından Nişanlanma", **Atatürk Üniversitesi İlahiyât Fakültesi Dergisi**, S.23, Erzurum, 2005, s.71-94.

Akgündüz, Ahmet; **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyesi**, Diyarbakır, 1986.

Aktan, Hamza; "İslâm Aile Hukuku", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s.396-433.

Akyılmaz, Gül; **İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü**, Konya, 2000.

Akyılmaz, Gül; "Osmanlı Aile Hukukunda Kadın", **Türkler**, C. X, Ankara, 2002.

Aybay, Rona; **Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi**, Ankara, 1980.

Aydın, Mehmet Akif; **İslâm-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, 1985.

Aydın, Mehmet Akif; "Eyüp Şeriyeye Sicillerinden 184, 185 ve 188 no'lu Defterlerin Hukuki Tahlili", **18. Yüzyıl Kadı Sicilleri Işığında Eyüp'te Sosyal Yaşam**, (Editör: Tülay Artan), İstanbul, 1998, s.65-72.

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

- Aydın**, Mehmet Akif; **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 2005.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi; **Hukukî İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu**, C.II, İstanbul (Tarihsiz).
- Cin**, Halil; **İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Konya, 1988.
- Cin**, Halil; **Eski Hukukumuzda Boşanma**, Konya, 1988.
- Cin**, Halil-Ahmet Akgündüz; **Türk-İslâm Hukuk Tarihi**, C. II, İstanbul, 1990.
- Cin**, Halil -Gül Akyılmaz; **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, 2003.
- Demirel**, Ömer, Adnan Gürbüz, Muhiddin Tuş; "Osmanlılarda Ailenin Demografik Yapısı", **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. I, Ankara, 1992, s. 97-161.
- Ekinci**, Ekrem Buğra; **Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, İstanbul, 2008.
- Erten**, Hayri; **Konya Şer'iyeye Sicilleri Işığında Ailenin Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Yapısı (XVIII. Yüzyılın İlk Yarısı)**, Ankara, 2001.
- Imber**, Colin; "Kadınlar, Evlilik ve Mülkiyet: Yenişehirli Abdullah'ın Behcetü'l-Fetâvâ'sında Mehr", **Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları**, (Editör: Madeline C. Zilfi), (Çev: Necmiye Alpay), İstanbul, 2000, s. 77-101.
- İpçioğlu**, Mehmet; **Konya Şer'iyeye Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi**, Ankara, 2001.
- Jennings**, Ronald; "Women in Early 17th Century Otoman Judicial Records-The Sharia Court of Anatolian Kayseri" **JESHO**, S.18, s. 53-114.
- Karaman**, Hayrettin; **Mukayeseli İslâm Hukuku**, C. I, İstanbul, 1991.
- Karaman**, Hayrettin; "Kadının Boşanma Hakkı", **Yeni Şafak**, 8.2.2009.
- Kaya**, Ali; "17. Yüzyıl Bursa Şer'iyeye Sicillerinin İslam Aile Hukuk Açısından Tahlili", **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C.XVII, S.1, 2008, s. 81-107.
- Kayabaş**, Ebru; **Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi-Hukuk-ı Aile Kararnamesi-** İstanbul, 2009.

Yrd. Doç. Dr. Esra YAKUT

Kurt, Abdurrahman; Bursa Sicillerine Göre Osmanlı Ailesi (1839-1876), Bursa, 1998.

Maydaer, Saadet; “Klâsik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer’iyye Sicillerine Göre)”, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 1, Bursa, 2007, s. 299-320.

Ortaylı, İlber; Osmanlı Toplumunda Aile, İstanbul, 2000.

Ortaylı, İlber; “Osmanlı Aile Hukukunda Gelenek, Şeriat ve Örf”, **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s. 456-467.

Sak, İzzet-Alaaddin Aköz; “Osmanlı Toplumunda Evliliğin Karşılıklı Anlaşma ile Sona Erdirilmesi=Muhâla’a (18. Yüzyıl Konya Şer’iyye Sicillerine Göre)”, **Selçuk Üniversitesi, Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü**, S. 15, Güz:2004, s.92-140.

Savaş, Saim; “Fetva ve Şer’iyye Sicillerine Göre Ailenin Teşekkülü ve Dağılması”, **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. II, Ankara, 1992, s. 504-547.

Schacht, J., “Nikâh”, İslâm Ansiklopedisi, C IX, İstanbul, 1993, s. 257-261.

Süme, Mehmet; 42 Numaralı Develi Şer’iyye Sicili, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 1993.

Tabakoğlu, Ahmet; “Osmanlı Toplumunda Aile”, **Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi**, C. I, Ankara, 1992, s. 92-96.

Tucker, Judith E.; **In The House of The Law. Gender and Islamic Law in Otoman Syria and Palestine**, California, 1998.

Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt; Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2008.

Ünlü, Nuri; 70 Numaralı Konya Şer’iyye Sicili (1814-1816 M./1230-1232 H.), (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Elazığ, 2005.

Yakut, Esra; “Şeyhülislâm Çatalcalı Ali Efendi’nin “Fetavâ-yi Ali Efendi” Adlı Fetva Mecmuasına Göre Osmanlı Toplumunda Aile Kurumunun Oluşması ve Dağılması”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma**

XIX. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğın Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi...

ve Uygulama Merkezi Dergisi, S.7, Ankara, 1996, s. 287-318.

Yakut, Esra; "Eskişehir Şer'iyye Sicillerine Göre Evliliğın Sona Ermesi ve Sonuçları", **I. Uluslararası Dünden Bugüne Eskişehir Sempozyumu**, 12-15 Mayıs 2004, Eskişehir, 2005, s. 103-116.

Yaman, Ahmet; **İslâm Aile Hukuku**, İstanbul, 1999.

Yüzgeçer, Hatice; **2 Numaralı Yozgat Şer'iyye Sicili (1882-1887)**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2005.

Zilfi, Madeline C.; "Geçinemiyoruz: 18. Yüzyılda Kadınlar ve Hul", **Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları**, s. 251-283.

BOŞ

KAMU HUKUK

BOŞ

TEK BAŞINA SEÇİM KAZANMAK: TÜRK SİYASAL HAYATINDA BAĞIMSIZ MİLLETVEKİLİ ADAYLIĞI

Yrd. Doç. Dr. Erdal
ABDULHAKİMOĞULLARI*

ÖZET

Parlamento üyesi olmaya hevesli ve seçilebilmek için seçmenin oyuna sunulan kişilere aday denilmektedir. Adaylık, bir siyasal partiden aday olmak suretiyle ya da bağımsız adaylık yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bağımsız adaylar kendi isteklerinin yanı sıra belli sayıda seçmen tarafından ya da bir siyasal parti tarafından seçimlerde aday gösterilebilmektedir. Günümüzde bir kimsenin bağımsız aday olarak seçilmesi oldukça güçtür. Ancak demokrasilerde parti seçimi kadar kişilerin seçimi de bir o kadar önemlidir. Bağımsız adaylar seçim yarışına katılmakla vatandaş oldukları ülkenin yönetimine katılma ve bunda söz sahibi olma iradesini ortaya koymaktadırlar. Ayrıca bağımsız adayların seçilme ihtimalleri uygulanan seçim sistem ile de yakından ilgilidir.

Çalışmada bağımsız adaylık genel olarak ele alınacak ve adayların belirlenme yöntemlerine ve seçimlerde uygulanan mekanizmalara yer verilecektir. Ayrıca çalışmada sadece genel seçimlerde bağımsız adaylık ele alınmış olup daha çok idare hukuku ile bağlantılı mahalli idare seçimleriyle ilgili adaylık düzenlemelerine değinilmemiştir.

ANAHTAR KELİMELELER

Siyasal Katılım, Seçimler, Adaylık, Bağımsız Adaylık, Seçim Sistemi

TO BE ELECTED ON HIS OWN: INDEPENDENT CANDIDACY IN TURKISH POLITICAL LIFE

ABSTRACT

Those who are enthusiastic for being a member of Parliament and are introduced to the voters' agenda for election are called 'candidates'. One can independently be a candidate or through a political party membership. Independent candidacy can be

* Zonguldak Karaelmas Üniversitesi İİBFGSM: erdalabdulhak@hotmail.com

Yrd. Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

gained by either the own will of the person concerned or by nomination of a group of voters. It is rather difficult to get elected independently. Currently, in democracies, choosing the individuals is of equal importance as it is the case in choosing the political parties. The independent candidates, when getting involved in the election process, participate in the administration of the country and thus find the opportunity to have a say. The possibility as to the eligibility of the independent candidates is closely related to the election system itself.

The study deals with the independent candidacy in general and sheds light on the candidate designation process and the other mechanisms applied. The study generally deals with the independent candidacy during the general elections, however does not touch upon the candidacy regulations as to the administrative law and the related local elections

KEY WOEDS

Political Participation, Election, Candidacy, Independent Candidacy, Election System

GİRİŞ

Seçim, siyasetin kitleselleşmesini doğal bir sonucudur. Demokratik rejimlerde siyasal iktidarı elde etmenin yolu serbest seçimlerden geçmektedir. Vatandaşlar kamu işlerinin yönetilmesine seçimler aracılığıyla belli ölçüde katılırlar. Temsili sistemlerde halkın yönetime katılmasının yolu seçimlerden geçer.

Temsil, bireyin ya da grubun büyük topluluklar adına veya onların yerine davranmasını içeren ilişkidir. Gerek genel seçimler gerekse yerel seçimler sonucu üstlenilen temsilcilik görevi maddi manevi fedakârlık gerektiren bir kazanımdır. Bu açıdan bakıldığında birey toplum ilişkisi önemli olup sağlıklı demokrasilerde özgür birey anlayışı hem yönetenler hem de yönetilenler tarafından benimsenmelidir¹. Modern siyasette temsil, değişmez bir şekilde seçimlerle bağlantılıdır. Seçimler, siyasi temsil için yeterli bir şart olmamakla beraber kesinlikle gerekli bir şarttır ve demokratik toplum için vazgeçilmez niteliktedir. Bu şekilde siyasi rekabetin olduğu farklı görüşler ve düşüncelerin serbestçe ifade edilebildiği bir ortam da doğar². Seçimler aracılığıyla yönetilenler yönetenlere karşı belirleme ve denetim hakkının kullanılmaktadırlar³. Bunun yanı sıra seçimler, seçmenlere temsilcilerin kendilerini yönetenlerine onay vermek ya da daha önce vermiş oldukları kendilerini yönetebilme onaylarını yenileme veya geri çekme fırsatını da tanır⁴. En azında seçmenlere bir sonraki seçimde kötü yönetim göstermiş olanları değiştirebilme gücü vermiş olur⁵. Dolayısıyla, demokratik seçme hakkı, seçmenlere kendilerini temsil edecek kişileri belirleme olanağıyla birlikte toplumda izlenecek kamu politikalarının temel niteliklerinin belirlenmesi ve denetlenmesi fırsatı tanır⁶. Demokratik sistemlerde seçme hakkı seçilme hakkı ile tamamlandığından vatandaşlar herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan ister bağımsız ister bir parti

¹ KABOĞLU, Ö. İbrahim: Anayasa ve Toplum, Ankara 2000, s. 101-102.; COTTERET, Jean Marie/EMERİ, Claude: Seçim Sistemleri, Çev., Ahmet Kotil, İletişim Yayınları, İstanbul 1991, s.10.

² TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2007, s. 242.

³ TUNÇ, Hasan: Türk Seçim Sistemi, Konya 1995, s. 4.; TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1999, s. 140-141.

⁴ KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara, 1970, s. XIII-XIV.

⁵ TRAVERSY, Griffith Anne Mary: Democracy, Parliaments and Electoral Systems, Commonwealth Parliamentary Association In Association with Pluto Press, London-Sterling, Virginia 2000, p. 2.

⁶ ÖDEN, Merih: Seçmenlerin Kişi Tercihi Açısından Seçim Sistemleri, Ankara, 2003, s. 13.; ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Konya 2009, s. 68.

adı altında aday olarak seçimlere katılabilme olanağına sahip olmaktadır. Bu sayede seçmenlere değişik alternatifler ve programlar sunma fırsatı da doğar⁷.

İnsanların vatandaşı oldukları ülkenin yönetimine katılma, seçme ve seçilme haklarına sahip olmaları, çağdaş dünyada yalnız demokratik ülkelerin anayasalarıyla değil, aynı zamanda uluslararası beyanname ve sözleşmelerle de vurgulanmış ilkelere dir. Örneğin bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 67. maddesinde, "vatandaşlar, kanunda, gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir" şeklinde vurgulanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ise her insanın "doğrudan doğruya veya serbestçe seçilmiş temsilciler aracılığıyla ülkesinin yönetimine katılma" ve "kamu hizmetlerine eşit giriş" haklarına sahip olduğu belirtilmiştir (mad. 21/1-2). Yine bu belgede temsilî demokrasilerde seçimlerin, ülkeyi yönetme yetkisinin kaynağı ve meşruiyetin temeli olduğu şu şekilde ifade edilmiştir; "Halkın iradesi, yönetim (hükümet) yetkisinin temelidir; bu irade, genel ve eşit oy hakkıyla olacak ve gizli oy veya eşdeğerli serbest oy verme usulleriyle yapılacak dönemsel ve gerçek seçimlerle açıklanır." (mad. 21/3). Ayrıca, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 25. maddesinde; "Her vatandaş, ayrımcılığa maruz kalmadan ve makul sınırlamalara maruz kalmadan ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmadan, doğrudan doğruya kamu hizmetlerine katılma, seçilme eşitlik ilkesine uygun olarak kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir" denilmektedir⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1. Protokolü'nün 3. maddesinde de, "Yüksek Sözleşmeciler Taraf devletler yasama organının seçimi için, halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda, makul aralıklarla ve gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler" denilmektedir. Bu hükümle oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını kullanmada bütün vatandaşlara eşit muamele ilkesi ile yaklaşılması öngörülmektedir. Ancak bu haklar mutlak haklar arasında değildir ve bazı sınırlamalara da konu olabilmektedir⁹.

⁷ MCDONALD, Michael/D., BUDGE, Ian: Elections Parties, Democracy Conferring the Median Mandate, Oxford University Press, 2005, p. 3.

⁸ TÜRK, Hikmet Sami: Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Bir Seçim Kanunu Önerisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 44 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1995, s. 553.

⁹ Bakınız: Mathieu-Mohin ve Clerfayt-Belçika Kararı, 02.03.1987, Seri A, No. 113 s. 23, paragraf, 52.; DUTERTRE, Gilles: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 466-470.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

Görüldüğü üzere seçme ve seçilme hakkı gerek ulusal gerekse uluslararası belgelerle güvence altına alınan vatandaşlar isterlerse aday olmak suretiyle iktidar yarışına katılabilirler. Dolayısıyla Anayasa’da ve seçim mevzuatında belirtilen şartları taşıyan vatandaşlar ister bağımsız olarak isterlerse bir siyasal partiden adaylıklarını koyarak seçim yarışına katılabilirler. Günümüzde kişilerin seçimlere daha çok bir siyasal parti çatısı altında girmeyi tercih ettikleri ve bağımsız olarak aday olmanın daha az tercih edildiği bilinen bir gerçek olmasına rağmen bu çalışma, seçim sürecinde her adayın önemli olduğu ve seçim yarışı için yapılan her başvurunun gerekli ve boşuna olmadığı vurgusunu fikir olarak ele almaktadır. Kaldı ki bağımsız adaylar siyasi katılım düzeyini artırmak suretiyle, siyasette vatandaşların ilgilerini yenileyip seçimlerde ilgi ve temsilin kalitesine etki ederek demokrasinin yerleşmesinde ve gelişmesinde önemli rol oynamaktadırlar. Dolayısıyla çalışmamızda bağımsız adaylık genel olarak ele alınacak ve adayların belirlenme yöntemlerine ve seçimlerde uygulanan mekanizmalara yer verilecektir. Çalışma, adayların niçin bağımsız olarak aday olduklarını, seçilmelerinde hangi etkenlerin etkili olduğunu ve seçmenlerin hangi nedenlerle oy verdiklerini açıklamaya çalışmaktadır. Ayrıca çalışmada sadece genel seçimlerde bağımsız adaylık ele alınmış olup mahalli idare seçimleriyle ilgili adaylık düzenlemelerine değinilmemiştir.

I. ADAYLIK KAVRAMI

Sözlük anlamı olarak aday, “Bir görev, bir iş için kendini ileri süren veya başkaları tarafından ileri sürülen kimse. Bir iş için yetiştirilen kimse (namzet). Herhangi bir işi yapmak, bir görevi yüklenmek için adaylık aşamasını kazanmak amacıyla başvuran kimse. Herhangi bir işe alınmak veya seçilmek için istekli, hevesli olmak” anlamlarına gelmektedir¹⁰. Bir başka ifadeyle seçilme yeterliliğine sahip olan ve temsilci (milletvekili veya yerel idareci) seçilebilmek amacıyla seçmenin oyuna sunulan kişilere aday denir¹¹. Ya da aday, seçim yoluyla belli bir statünün kazanıldığı durumlarda, seçmenlerin söz konusu statüyü kazanması yönünde geçerli bir tercih yapabilecekleri kişi-

¹⁰ TÜRKÇE SÖZLÜK, 1. A-J: Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1988, s. 15.; Encyclopedia Of American Political Parties and Elections Updated, Edition, Lary J. Sabota and Howard R. Ernst, Newyork 2007, p. 61.

¹¹ ARASLI, Oya: Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 41.; ARASLI, Oya: Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), Ankara 1989, s. 62; TEZİÇ, (2007), s. 263; ARMAĞAN, Servet: Türk Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1979, s. 105.; BİLİR, Faruk: Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Düşmesi Konya 2001, s. 31.; ARMAĞAN, Servet: Türk Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1979, s. 106.; ALTIPARMAK, Cüneyd: Demokrasilerde Aday Belirleme Yöntemleri, TBBD, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008, s. 355-377.

dir¹². Bir kimsenin aday olup sonrasında temsilci olarak seçilebilmesi için, ilk önce seçilebilme yeterliliğine sahip olması gerekir¹³. Adayların belirlenmesi seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasında belli bir seçimde kimlerin halkın oyuna sunulacağı belirlenmesi işlemidir¹⁴. Adaylık sıfatının kazanılması için aranan şartlar ülkelere göre değişebilmektedir. Bunlar arasında adayın aday olduğu yerde yaşıyor olma zorunluluğu, belli sayıda seçmen tarafından aday gösterilme, gelir durumunu belirtir bir belge sunma, seçim harcamalarının belirli bir sınırının olması, belli bir miktar depozit yatırması, yaş sınırı ve aday olunan ülkede doğma şartı gibi değişik şartlar gösterilebilir¹⁵. Yine, aday konumunda olan kişinin toplum için hayati nitelikte bir görev olan yönetime talip olması aday olma özgürlüğünün sınırlı bir nitelik taşıması sonucunu doğurmuştur¹⁶. Adaylık seçmen olmaktan daha ağır şartlara bağlanmıştır. Teorik olarak, her demokratik ülkede, seçme yeterliliğine sahip kimselerin, seçilme yeterliliğine de sahip olması gerekir. Ancak uygulamada bunun mümkün olmadığı görülmektedir. Çünkü seçilme yeterliliğine sahip kimselerin, hem halkı temsil edecek kapasiteye hem de ülke meseleleri konusunda bilgi sahibi olması gerekir. Dolayısıyla, çoğu ülkelerde, aday olabilmek için seçmen olabilmek şartlarından daha fazla şart aranmaktadır¹⁷. Bu anlamda aday olabilmek için gereken şartlar, seçmen olmak için gereken şartlardan daha fazladır ve seçilme hürriyeti, seçme hürriyetine oranla sınırlandırılmıştır. Bu şartlar genel olarak seçilme yeterliliğine ve kişinin önerilmesinde izlenecek usullere ilişkin şartlar olarak gruplandırılabilir¹⁸.

II. ADAYLIK TÜRLERİ VE ADAYIN ÖNERİLMESİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

Adaylık bağımsız adaylık ve bir siyasi parti adaylığı şeklinde gerçekleşebilir. Adaylık için başta seçmenlerin kendileri doğrudan bağımsız adaylık başvurusu yapabileceği gibi bazı seçmen gruplarının önerisiyle de kişileri aday gösterebilir. Yine yaygın olarak başvuru bir diğer yol ise siyasi partilerin adaylık önerisinde bulunmasıdır¹⁹.

¹² ÖDEN, s. 19.

¹³ ARASLI, 1972, s. 41; BİLİR, 2001, s. 31.

¹⁴ BİLİR, Faruk: Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Ankara 2007, s. 21.

¹⁵ Encyclopedia Of American Political Parties and Elections Updated, p. 61.

¹⁶ ARASLI, 1972, s. 41.

¹⁷ BİLİR, 2001, s. 31.

¹⁸ BİLİR, 2001, s. 31.

¹⁹ ÖZBUDUN, Ergun: Siyasal Partiler, Ankara 1979, s. 162.; ARASLI, 1972, s. 55.

A. Bağımsız Adaylık

Sözlük anlamı olarak “bağımsız”, “Davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen, hür özgür, özerk müstakil kimse. Herhangi bir kuruluşa, partiye bağlı olmayan kimse. Herhangi bir partinin adayı olmadan seçilen kimse” anlamlarına gelmektedir²⁰. Yani bir kişinin yeterli şartları taşımak kaydıyla seçimlerde kendi başına ve bağımsız olarak aday olabilmesidir. Ya da başka bir deyişle, yaratıcı, çözümlayici ve sıra dışı gibi sözcükler de bağımsız adayları ifade etmek için kullanılabilir. Ancak bu kişilerin siyasal partiler gibi örgütlü ve güçlü yapılar karşısında seçim yarışına çıkmaları²¹ onların hayalperest, mantıksız, umutsuz ve ümit vermeyen kişiler olduğu anlamına gelmemelidir²². Demokratik sistemlerde bireyler temel haklarla güvence altına alınmış kendi özerk alanlarının düzenleme özgürlüğüne sahiptirler. Dolayısıyla bireyler vatandaş sıfatıyla siyasi karar alma sürecinin belirlenmesine şartlarını taşımak suretiyle bağımsız aday olarak katılabilirler²³. Bağımsız adaylar bu sürece illa kamu politikaları ile ilgili bazı sorunları çözecekleri iddiasıyla katılmak zorunda değildir. Daha güncel bir takım konular çerçevesinde, örneğin, sağlık politikaları, silahsızlanma ve yolsuzlukları önleme gibi konularda seçim yarışına katılabilirler. Kişisel nedenler de kişiyi bağımsız aday olarak seçim yarışına katılmaya itebilir. Partisinden aday gösterilmeyen veya seçilebileceği daha iyi bir seçim bölgesinden seçilebileceği bir sıraya konulmayan bir kişi partisinden ayrılıp bağımsız olarak seçimlere katılabilir. Ya da bulunduğu konumda daha iyi çalışma olanağı elde edemeyen yüksek dereceli bir bürokrat da görevinden istifa ederek bağımsız olarak seçim yarışına katılabilir. Yine, ülkemizde olduğu gibi kişinin büyük bir aşirete mensup olması veya ağalık gücüne sahip olması gücünü ispat etme adına bağımsız olarak seçime girme nedenleri arasında olabilmektedir. Bazı adaylar da seçilme ihtimalini hiç düşünmeden, bir davayı duyurmak, bir şeyi protesto etmek ve toplumda farklı düşünenlerin de olduğunu göstermek için seçim platformunu kullanmak amacıyla bağımsız

²⁰ TÜRKÇE SÖZLÜK, 1., s. 127.

²¹ Duverger, seçimlerde partili adayların şansının bağımsız adaylardan daha fazla olduğunu belirterek buradaki ilişkiyi, kartel ve tröstler karşısında direnmeye çalışan tek firma durumuna benzetmektedir. Bakınız: DUVERGER, Maurice: Siyasi Partiler, (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Ankara 1993, s. 456.

²² BRANCATI, Dawn: “Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide”, <http://sitemason.vanderbilt.edu/files/dKWA5a/Winning%20Alone%20BRANCATI.pdf>, p. 3, (10.08.2009)

²³ KÖKER, Levent: “Seçim Sistemleri ve Siyasi Çoğulculuk”, Anayasa Yargısı, Sayı 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 200.

aday olabilmektedir. Yine, kişileri bağımsız adaylığa yönelten etkenlerde arasında siyasi partilerde parti içi demokrasinin eksikliği ve liderlerin tek seçici konumda bulunmaları da sıralanabilir.

Kişileri gerek bağımsız gerek bir siyasi partiden aday olarak seçilme hakkını kullanmaya yönelten nedenler farklı gerekçelere dayansa da kişilerin, bu haktan eşit ölçüler içerisinde yararlandıkları pek söylenemez. Seçilme hakkından yararlanmak konusunda özellikle siyasî partilerden aday olmak isteyen kişilerle, bağımsız aday olmak isteyen kişiler arasında belirgin farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu farklar hukuk düzeninden kaynaklanabileceği gibi uygulamalardan da kaynaklanabilmektedir. Zira aşağıda ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz gibi bazı ülkelerde hukuk kuralları ya doğrudan doğruya ya da dolaylı yollarla, aday gösterme konusunda yalnız partilere hak tanımakta ve parti adayları dışındaki kişilerin bu haktan yararlanmasını güçleştirebilmektedir. Bunu yaparken; seçimlerde sadece siyasî partilerin aday gösterebileceği şartını getirmek, bağımsız adaylık başvurusu için belli sayıda imza toplama, güvence amaçlı bir miktar başvuru için alınan para (depozit) ya da belli sayıda seçmen tarafından aday gösterilmek suretiyle desteklenme gibi bu haktan yararlanmayı güçleştiren şartlar getirilebilmektedir. Bunların dışında eşitsizliğin oluşmasında bazı siyasî, toplumsal etkenler ve uygulanan seçim sistemleri de etkili olabilmektedir. Günümüzde adayların geniş seçmen kitlelerine tanıtılmasında, onların oyunun kazanılmasında, örgütlenmiş bir çalışma yapısına ve geniş maddi şartlara gerek duyulması hiç kuşkusuz siyasi partileri bağımsız adayların önüne geçirebilmektedir. Yine, seçim sisteminin, seçim çevrelerinin, oylama yöntemlerinin nitelikleri de çok kere bağımsız adayların kazanma şanslarını büyük ölçüde azaltıcı bir rol oynamakta ve kişileri adaylık konusunda partilerden yana tercihe yönlendirebilmektedir²⁴.

Bağımsız adaylık başvurusunda seçilme yeterliliğine sahip seçmen doğrudan kendisi aday olabildiği gibi bazı ülkelerde belli sayıda seçmen grubu tarafından aday gösterilme zorunluluğu bulunabilmektedir.

1. Kişinin Kendi İsteğiyle Bağımsız Adaylık

Yukarıda da belirtildiği gibi, yeterli şartları taşımak kaydıyla seçimlerde kişi kendi başına, herhangi bir yere bağlı olmadan bağımsız olarak aday olabilir. Burada önemli olan, aday olacak kişinin iradesi ve istemidir. Kişi, kazanma olanaklarını da inceleyerek, aday olma istemini gerekli hukuk kuralları çerçevesinde ilgili makamlara bildirmekle adaylığını açıklamış olur. Burada aday

²⁴ ARASLI, 1972, s. 61.; KABOĞLU, İbrahim Ö: Özgürlükler Hukuku, Ankara 2002, s. 426.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

olmaya karar veren de, aday olma isteminde bulunan da, kişinin kendisidir²⁵. Hemen hemen tüm demokratik seçim sistemleri buna imkân tanımaktadır²⁶. Bağımsız adayların en çok temsil imkânı elde ettiği ülkelerin başında Rusya ve Pakistan gelmektedir. Ukrayna ve Ermenistan'da da bağımsız adayların temsil oranı yüksektir²⁷. Rusya'da bağımsız adaylar seçime katılanların %45'ini oluşturmaktadır. Bunlar aldıkları yaklaşık %40 oy oranı ile Meclisteki sandalyelerin %23'ünü elde etmektedirler. Pakistan'da da benzer şekilde bağımsız adaylar seçime katılanların %40'ını oluşturmaktadır. Bu oranın %16'sı ile Meclisteki sandalyelerin %15'ini elde etmektedirler²⁸. Bağımsız adaylar, seçim çalışmalarını kendi güçleri ile örgütlemek zorunda oldukları gibi, seçimin bütün malî yükünü de tek başlarına kaldırmaktadırlar. 1992 ABD Başkanlık seçimlerinde bağımsız aday olan H. Ross Perot seçim kampanyasında 60 milyon dolar harcamasına rağmen başarılı olamamıştır²⁹. Bağımsız adayların oy toplamaları, daha çok kişisel yeteneklerine bağlıdır ve oy toplamak için yaptıkları çalışmalarda kendi görüşlerini ortaya koyarak, bunları seçmenlerine beğendirmeye çalışırlar³⁰.

²⁵ ARASLI, 1972, s. 55.

²⁶ Bunun, %43'ünü Batı Avrupa ülkeleri, %14'ünü Okyanusya, %12'sini Kuzey Amerika, %10'nu Güney Amerika, %8'ini Doğu Avrupa, %4'ünü Asya, %4'ünü Karaipler, %4'ünü Ortadoğu ve %1'ini de Afrika Ülkeleri oluşturmaktadır. 18 tane ülkede ise bağımsız adayların seçim yarışına katılmasına izin verilmemektedir. Bu ülkeler şu şekilde sıralanabilir: Arjantin, İtalya, Kostarika, Endonezya, Bolivya, İzlanda, İsrail, Litvanya, Meksika, Nicaragua, Norveç, Güney Afrika, İsveç, İsviçre ve Uruguay. Bakınız: BRANCATI, p. 17-28.

²⁷ SMYTH, bunu bu ülkelerde demokratik gelişmelerin ağır işlemesi ile açıklamaktadır. Ukrayna'daki son değişikliklerin, Litvanya, Macaristan ve Arnavutluk'taki gelişmelerin bu ülkelerdeki temsil yapısına yansımaları dolayısıyla bağımsız aday sayısının giderek azaldığını belirtmektedir. Bakınız: SMYTH, Regina: Candidate Strategies and Electoral Competition in the Russian Federation Democracy Without Freedom, Cambridge University Press, 2006, p. 41.; Ermenistan'da 131 üyeli Meclis için yapılan seçimlerde bağımsız adaylar; 2008'de 8, 2003'de 37, 1999'da 32 ve 1995'de ise 45 üyelik kazanmıştır. Bakınız: http://www.ipu.org/parline-e/reports/2013_arc.htm, (13.07.2009)

²⁸ BRANCATI, p. 18.; Rusya'da yapılan Duma seçimlerinde bağımsız adaylar; 2003'de 67, 1995'de 77 ve 1993'de ise 30 üyelik elde etmiştir. Bakınız: http://www.ipu.org/parline-e/reports/2263_arc.htm, (12.07.2009); SMYTH, p. 105.; Pakistan'da ise yapılan Millet Meclisi Seçimlerinde toplam 342 üyelik arasından bağımsız adaylar; 2008'de 18, 2002'de 29, 1997'de 21 ve 1995'de ise 15 üyelik kazanmıştır. Bakınız: http://www.ipu.org/parline-e/reports/2241_E.htm, (12.07.2009); Ukrayna'da da bağımsız adaylar 450 üyeli parlamentoda; 2002'de 95, 1998'de 135 ve 1994'de 163 üye ile temsil edilmiştir. Bakınız: http://www.ipu.org/parline-e/reports/2331_arc.htm, (13.07.2009); D'ANIERI, Poul: Understanding Ukrainian Politics, Power, Politics and Institutional Design, M.E. Sharpe 2007, p. 162.

²⁹ BRANCATI, p. 7.; ABD temsilciler Meclis'i için yapılan son 2008 ve 2006 seçimlerinde hiçbir bağımsız aday seçim kazanamamıştır. 2004 ve 2002 yılında yapılan seçimlerde ise sadece birer bağımsız aday milletvekili olabilmıştır. Bakınız: http://www.ipu.org/parline-e/reports/arc/2339_04.htm, (12.07.2009)

³⁰ ARASLI, 1972, s. 55.

Bağımsız adayların tesbiti, siyasî parti adaylarında olduğu gibi birtakım uzun işlemlerin yerine getirilmesini gerektirmediğinden kişiler için seçilme yeterliliğini taşımak şartıyla kolay başvurulabilen bir yoldur. Ancak kolay başvurulabilen bir yol olmasına rağmen Fransa örneğinde olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde kimsenin bağımsız adaylığını koyarak bu özgürlüğü tercih etmediği de bilinen bir gerçektir.

Ülkelerin bazılarında adaylardan belirli bir oyu alamaması halinde hazineye gelir kaydedilmek üzere belli miktarda ek güvence alınmaktadır. Ancak aday seçilemediği takdirde belli bir oyu almak kaydıyla seçim sonrası ödediği depozitoyu geri alabilmektedir. Örneğin İngiltere ve Fransa gibi bazı ülkelerde, seçimlerde belli bir oy miktarını elde edemeyen adaya geri ödenmemek üzere seçim depozitosu alınmaktadır. İngiltere, Fransa ve Yeni Zelanda'da seçim sonucu kullanılan geçerli oyların %5'inden fazlasını alan adaylara ödedikleri depozit geri verilmektedir³¹. Depozit miktarı ülkelere göre değişmekle birlikte genelde yüksek oranlardadır. Bu durum adayları başvurudan caydıran önemli bir etkidir. Amerikan doları ölçü alındığında Japonya'da 22400 dolar, İngiltere'de 735 dolar (500 pounds)³², Kanada'da 640 dolar, Avustralya ve İrlanda'da 'da 350 dolar, Fransa'da 140 dolar, Çek Cumhuriyeti'nde 1100 (20000 kcs)³³ ve Yeni Zelanda'da 300 dolardır³⁴. Hollanda'da bu oran 15000 Dolardan fazladır (11,250 euro)³⁵. Hindistan'da ise belli bir sınıfa tabi bağımsız adaylardan (Scheduled Castes ve Scheduled Tribes) diğer adaylardan alınan depozit miktarının yarısı alınmaktadır. Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Portekiz gibi ülkelerde kişilerin sadece kendi isimleriyle bir partide o partinin üyesi olmadan seçim yarışına katılmasına izin verilmektedir³⁶.

³¹ NORRIS, Pippa: Building Political Parties: Reforming, Legal Regulations and Internal Rules, Commissioned by IDEA in 2005, <http://ksghome.harvard.edu/~pnorris/Acrobat/Building%20political%20parties.pdf>, p. 8. (12.07.2009); TEZİÇ, s. 266.

³² ROGERS, Robert/WALTER, Rhodri: How Parliament Works, 6th Edition London 2006, p. 24. İngiltere'de bağımsız adaylara çok rastlanmamaktadır. Son 1997,'de Martin Bell, 2001'de Richard Taylor ve 2005 seçimlerinde de Peter Law isimli vatandaş bağımsız aday olarak seçilmiştir.

³³ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2083_B.htm, (13.07.2009)

³⁴ BOWLER, Shaun/CARTER, Elisabeth and M. FARRELL, David.: 'Changing Party Access to Elections.' In Democracy Transformed? Ed. Bruce Cain, Russell Dalton and Susan Scarrow. Oxford: Oxford University Press, 2003; MASSICOTTE, Blais,/LOUIS André,/ YOSHINAKA, Antoine: Establishing the Rules of the Game. Toronto: University of Toronto Press. Table 2.1.

³⁵ IRWIN, A. Galen,/ANDEWEG, B. Rudy: Governance and Politics of the Netherlands, Palgrave ve Memillan, 2005, p.81.; BRANCATÌ, p. 10.; http://www.ipu.org/parline-e/reports/2231_B.htm, (13.07.2009)

³⁶ BRANCATÌ, p. 11-12.

2. Seçmen Önerisiyle Bağımsız Adaylık

Bağımsız adayların önerilmesinde seçmenlere başlıca iki yolla söz hakkı tanınabilmektedir. Her şeyden önce, bağımsız aday olmak isteyen kimsenin kendi isteği ile belirttiği adaylık önerisinin geçerlilik kazanması için kendi başvurusu yeterli görülmeyerek, adayın önerisini seçmenlere de imzalatması şart koşulabilmektedir. Seçmenlere aday önerme hakkı, genellikle daha çok sayıda imza koşuluyla tanınmaktadır. ABD, Belçika ve Danimarka'da bağımsız aday olmak isteyen kişinin bu öneriyi adaylığını destekleyen belli sayıda seçmene imzalatması şarttır. Örneğin New York'ta bağımsız adaylar adaylık başvurusu için 2000 imza toplamak zorundadır³⁷. Belçika ve Avusturya'da aday her bölge için 200 ile 500 arasında imza toplamalıdır. İtalya'da ise bir kimsenin bağımsız aday olabilmesi için adaylığının 500 seçmen tarafından teklif edilmesi gerekir³⁸. Danimarka'da ise adayın seçim bölgesinde 200 ile 500 arasında bir seçmen kitlesinin desteğini alması gerekir³⁹. Bağımsız adaylık için Macaristan'da en az 750 seçmen, Bulgaristan'da ise 1100 ile 2000 arası seçmenin desteğinin sağlanması gerekir⁴⁰. Almanya'da küçük seçim çevrelerinde sadece seçmenler ve partiler aday gösterebilmektedir. Burada bağımsız adaylar en az 200 seçmenin imzasıyla önerilebilmektedir⁴¹. Hollanda ve Lüksemburg'da ise, bağımsız aday olarak seçime katılabilmenin yolu, kişinin adaylığının asgari 25 seçmen tarafından imzalı olarak önerilmesinden geçmektedir⁴². İrlanda'da aday olmak isteyen kişi adaylığını kendisi teklif edebileceği gibi seçim çevresindeki herhangi bir seçmen tarafından da aday gösterilebilir⁴³. Yunanistan'da ise aday olmak isteyen kişi adaylığını kendisi teklif edebileceği gibi en az 12 seçmen tarafından da adaylığı önerilebilir⁴⁴. İngiltere'de ise belli bir depozito (500 pound) yatırmak şartıyla en az 10 seçmenin desteğini alan herkes Avam Kamarasına adaylığını koyabilir⁴⁵.

³⁷ DUVERGER, s. 455.; ÖDEN, s. 21

³⁸ ÖDEN, s. 20.

³⁹ <http://www.ipu.org/parline-e/reports/2087.htm#elect> , (13.07.2009)

⁴⁰ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2141_B.htm (13.08.2009); MİLLARD, Frances, Elections: Parties and Representation in Post-Communist Europe, Palgrave Macmillan, 2004, p. 270.

⁴¹ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2121_B.htm, (13.07.2009)

⁴² http://www.ipu.org/parline-e/reports/2191_B.htm, (13.07.2009)

⁴³ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2153_B.htm, (13.07.2009).

⁴⁴ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2125_A.htm, (13.07.2009)

⁴⁵ DUVERGER, s. 456.; TURPIN, Colin/TOMKİNS, Adam: British Government and the Constitution, Cambridge University Press, 2007, p. 58.; ALDE, R. John: General Principles of Constitutional and Administrative Law, Palgrave Macmillan, 2002, p. 247.; <http://www.ipu>.

Yine, aday gösterilecek kişinin onayını da almak kaydıyla o kimseyi beğenen bazı seçmenlerin ilgili makamlara başvurması sonucunda, bir kimse adaylık sıfatını kazanabilmektedir. Yeni Zelanda'da aday en az iki seçmen tarafından aday gösterilebilir⁴⁶.

Ülkemizde ise adaylık kişinin kendisi tarafından değil, doğrudan doğruya seçmenler tarafından önerildiğinde, adaylığı önerilen kişinin buna yazılı olarak muvafakat etmesi gerekir⁴⁷. Buna karşılık siyasi partilere kayıtlı olmayan kimselerin de bağımsız aday olarak bir parti listesinden aday göstermeleri mümkündür. 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na göre, bir siyasi partiden bağımsız aday olarak gösterilecek kimselerin yazılı muvafakati gerekmekte ve bir kimse aynı zamanda birden çok partiden ve seçim çevresinden bağımsız aday olamamaktadır.

Bağımsız adaylık önerisi için belli sayıda imza toplama şartı veya belirli bir miktar teminat yatırma şartları, pek çok adayın gelişi güzel adaylığını koymak suretiyle seçmeni meşgul etmesinin önüne geçebileceği gerekçesiyle savunulabilir. Ancak, seçilme yeterliliğini kısıtlamak suretiyle aday konumunda olan kişiler arasında eşitsizliğe neden olabileceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁴⁸.

B. Siyasi Parti Adaylığı

Aday belirleme siyasal partilerin oylama ve seçim kampanyalarında seçilmeleri için kimi önereceklerini belirlediği süreci ifade eder. Genelde yetkililerin kişilerin seçim için aday olduğunu belgelediği ve resmi pusula üzerine adlarını yazdığı yasal işlem olarak ifade edilen aday bildirim işlemi aday belirleme ile karıştırılır⁴⁹. Siyasi parti adaylığı ise, aday adaylarının siyasi parti tarafından hukuk kurallarına uygun olarak yapılan önerisi sonrası kazanılan adaylıktır. Partilerin aday adaylarından hangilerini aday olarak önereceği değişik yöntemlerle kararlaştırılır. Genelde bu yöntemler iki türdür. Bunlardan ilki, aday göstermeyi seçimler gibi kamusal nitelikte gören ve adayları geniş bir seçmenler ya da taraftar kitlesine seçtiren Amerikan önseçim sistemidir.

org/parline-e/reports/2335_B.htm, (13.07.2009)

⁴⁶ http://www.ipu.org/parline-e/reports/2233_B.htm, (13.07.2009)

⁴⁷ ARASLI, 1972, s. 53.

⁴⁸ ÖDEN, s. 21.

⁴⁹ BOGDANOR, Vernon: Blackwell'in Siyaset Bilimi Ansiklopedisi I, (A-K), Türkçe Yayına Hazırlayan Bülent Peker, Çev. Bülent PEKER- Erhan YÜKSELÇİ-Leyla KESKİNER), Ümit Yayıncılık, Ankara 1999, s. 19-21.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

İkincisi ise aday göstermeyi ilke olarak partilerin bir iç işi olarak kabul eden ve ABD dışında demokratik ülkelerde uygulanan adayların parti organlarında belirlenmesi yöntemidir⁵⁰. Önseçim sisteminde, adayların belirlenmesi partili seçmenlere ya da partili taraftarlara aittir. Asıl seçim öncesi partideki adaylar bu şekilde tespit edilir⁵¹.

Parti adaylarının belirlenmesi, genellikle parti içi bir işlem niteliği taşımaktadır. Seçmen, parti tarafından gösterilen birden çok aday arasından seçme iradesini kullanmaktadır⁵². Bir siyasi partiden aday olmak isteyenler bu konudaki isteklerini aday olmak istedikleri partiye bildirirlerdir. Burada kişinin tek başına parti adayı olma istemi yeterli değildir. İlgili partinin de kişinin aday olmasını uygun görerek bu konuda öneride bulunması gerekir⁵³. Siyasî parti adaylığı için siyasî partiler, tüzük ve yönetmelikleri ile seçilme yeterliği yanında aday olacak kişilerin sahip olması gereken birtakım nitelikleri de ortaya koymaktadır. Siyasi parti adaylığı daha karmaşık bir mekanizma ile gerçekleşir. Çünkü partili aday olmak için, belli bir süreden beri parti üyesi olmanın yanı sıra, parti üye aidatını ödemek, parti görüş ve programlarını benimsemiş olmak ve nihayet parti yönetim kademelerinin desteğini alabilmek ya da aday gösterilmeyi başarmak gerekir⁵⁴.

Ülkemizde ise milletvekili adaylarının partiler tarafından belirlenmesi, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nun (SPK) ilk şekline göre, bütün kayıtlı parti üyelerinin katılacakları önseçim esasına dayanıyordu. Ancak SPK'nda 28.3.1986 tarih ve 3270 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucu (mad. 37/1) parti adaylarının tespitinde partilerin tercihine dayalı bir usul getirmiştir. Şöyle ki, adayların tespitini, bir parti içi sorun olarak kabul eden parti, bunu kendi tüzüğünde öngöreceği usul ile yapabileceği gibi, bütün partili üyelerin katılması ile önseçim yolu ile de gerçekleştirebilir. Bu yollardan birinin tercihi partilere bırakılmıştır. Aday tespiti konusunda, 3270 sayılı kanun ile getirilen değişiklik aslında kanunun ilk biçiminde güdülen amacı ortadan kaldırmıştır. Çünkü 2820 sayılı SPK yapılırken, partilerin aday tespiti bir parti içi sorun olarak ele alınmamıştır. 3270 sayılı kanundaki değişiklikte, aday tespitinin partilerin tercih edecekleri bir usule bırakılmış olmasının, parti içi oligarşik eğilimleri destekleyici nitelikte olduğu söylenebilir. Anayasa

⁵⁰ ÖZBUDUN, 1979, s. 99.

⁵¹ TEZİÇ, s. 270.

⁵² DUVERGER, s. 454.

⁵³ ARASLI, 1972, s. 55.

⁵⁴ ARASLI, 1972, s. 56.

Mahkemesine göre, önseçimin zorunlu olmaktan çıkarılması ve aday saptanmasının, ülkemizde parti tüzüklerine bırakılması “konuyu iç sorun olmaktan çıkarmamış” tersine partileri bu konuda daha serbest kılmıştır⁵⁵. Siyasi partilerin adaylarını tespit edebilmeleri ve seçimlere katılabilmeleri için, SPK’na göre (3420 sayılı kanun ile değişik 36. mad) illerin en az yarısında oy verme gününden 6 ay önce teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olmaları ya da TBMM’nde grubu (en az 20 üyesi) bulunması şarttır. Kanunun bu düzenleniş biçimine göre, “teşkilat kurmuş olmak ve büyük kongrenin yapılmış” olması birbirlerinden ayrılmayan koşullar olmalarına karşılık, TBMM’de grubu bulunması koşulu bunlardan tamamen bağımsızdır⁵⁶.

C. Bağımsız Adayların Başarı Olanakları ve Tercih Edilmelerinde Geçerli Olan Etkenler

Daha önce belirttiğimiz gibi bağımsız adaylar seçmenlerden genellikle kişisel yeteneklerinden dolayı oy alırlar ve seçmenlerin parti bağlarını gevşetebildikleri oranda başarılı olurlar. Bağımsız adayların seçmenlerin kararını etkileyip başarılı olabilmelerinde değişik etkenler rol oynayabilmektedir. Bu etkenler, seçim sistemleri, seçim çevreleri, adayların oylama için seçmene sunulmuş biçimleri ve seçmenin seçme hakkının kapsamı olarak sıralanabilir.

1. Seçim Sistemleri

Çok sayıda seçim sistemine rağmen, uygulamada ve öğretide yaygın olarak çoğunluk sistemi ve nispi (orantılı) temsil sistemi tercih edilmektedir⁵⁷. Bir ülkede uygulanan çoğunluğa dayanan seçim sistemlerinde, temsilci seçilebilmek için en yüksek oyun alınmasının gerekli olması, siyasî parti adaylarını, bağımsız adaylar karşısında daha şanslı kılmaktadır. Çünkü daha zayıf olanaklarla seçime katılan bağımsız adayların gerekli çoğunluğu elde etme olasılıkları azalmaktadır. Parti olanaklarından alabildiğine yararlanan parti adayları ise gerekli çoğunluğa rahatça ulaşabilmektedirler. Seçimlerde kullanılan çoğunluk usulünün tek veya çok turlu olması da, adayların kazanma şanslarını etkilemektedir. Çünkü tek turlu çoğunluk sistemlerinde seçmenler, oyların fazla dağılmasından yana değildirler. Bu durum da parti adaylarının başarı olanaklarını arttırırken, bağımsız adaylarınıkini azaltmaktadır. Çok turlu çoğunluk sistemlerinde ise, bağımsız adaylar biraz daha şanslı durumdadırlar.

⁵⁵ TEZİÇ, s. 272.

⁵⁶ TEZİÇ, s. 273

⁵⁷ ATAR, Yavuz: Türkiye’de Seçim Sisteminin Gelişimi ve Siyasal Hayat Üzerindeki Etkileri”, Doktora Tezi, Konya 1990, s. 36 vd.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

Çünkü seçmen, bağımsız adayın gücünü denemek ve aday güçsüzse, birinci turdan sonra oyunu başka yönde kullanmak olanağına sahiptir. Tek isimli küçük seçim bölgesinde adayların kişisel nitelikleri ön plana çıktığından adayların faaliyetleri parti örgütünün faaliyetlerinden daha etkili olabilmektedir⁵⁸.

Toplumdaki var olan siyasal eğilimleri yansıtan ve çok partili sistemi kolaylaştıran nispi temsil sisteminde ise bağımsız adayların seçilebilme ihtimalleri çok düşüktür. Bu sistemde adayların seçilebilmeleri kişisel yeteneklerinden daha çok siyasal partiye bağlıdır. Seçmenler kişilere değil daha çok parti programlarına oy vermektedirler⁵⁹. Ülkemizde ise nispi temsil sisteminin ulusal barajlı d'Hondt yöntemi uygulanmaktadır. Ülke genelinde %10'luk çok yüksek sayılabilecek seçim barajı uygulaması bulunmaktadır. 1995 öncesi ise bir tür karma rejim öngörülmüştü. Hem %10'luk ülke genel barajı hem %20 ile %30 arasında değişebilen seçim çevresi barajı uygulanmaktaydı. Bu sistem nisbi temsil sistemi ile çoğunluk sistemi arasında karma bir sistem olup mevcut sistem gibi daha çok büyük partilerin lehine sonuç doğurmaktaydı⁶⁰.

2. Seçim Çevrelerinin Büyüklüğü-Küçüklüğü

Seçim çevresinin büyüklüğü veya küçüklüğü de adayların kazanma şanslarına etki edebilmektedir. Küçük seçim çevrelerinde bağımsız adaylar daha başarılı olabilir. Çünkü adayla az sayıdaki seçmenler arasında oldukça yoğun ilişkiler kurulabilecek ve kampanya maliyetleri daha da azalacaktır. Yine seçmenler adayı kişisel yetenekleri ve nitelikleri açısından değerlendirmek olanağına sahip olabilecektir. Büyük seçim çevrelerinde ise adayla seçmenler arasında sıkı ilişkiler kurulamadığından seçmenler, adayları gereğince değerlendiremeyecekleri için, genellikle parti bağlarına dayanarak oylarını partilerden yana kullanmaktadırlar⁶¹.

3. Adayların Oylama İçin Seçmenlere Sunum Şekli

Adayların seçmenlere liste halinde sunulduğu liste usulü seçimde ise partiler seçimlerde adaylarını seçmene genellikle listeler halinde sunarlar. Seçmenlerin aday listelerine oy verdiği bu yöntemde, partiye verilen her oyla

⁵⁸ ARASLI, 1972, s. 56.; TEZİÇ, s. 310.

⁵⁹ TEZİÇ, s. 310.

⁶⁰ KUZU, Burhan: Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler, Anayasa Yargısı, Sayı 16, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1999, s. 256.; ATAR, 2009, s. 198.

⁶¹ ARASLI, 1972, s. 58.; DUVERGER, s. 458.; ARMAĞAN, s. 119.

listedeki bütün isimlerin kolektif olarak birer oy kazanması, parti adaylarını bağımsız adaylara göre daha şanslı kılmaktadır⁶².

4. Parti Örgütlenmesinin Niteliği

Parti örgütlenmesinin zayıf olduğu ülkelerde bağımsız adaylar başarılı olabilir. Ancak, partilerin etkili olduğu bir ortamda ve nispi temsil sisteminin uygulandığı ülkelerde bağımsız adayların seçilme şansları hemen hemen yok gibidir. Genellikle çok partili sistemlerde oyların dağılması olağan sayıldığı için, bağımsız adayların başarı kazanma olanakları burada tek parti ve iki parti sistemlerinden daha fazladır. İki partili sistemlerde ise, özellikle mutlak çoğunluk sistemi uygulanıyorsa, bağımsız adayın bir oy bölücü olarak görülmesi, onun oy toplama ihtimalini azaltmakta; kutuplaşma sonunda blok halinde iki partiye verilen oylar, seçimleri parti adaylarının kazanmasına yol açmaktadır. Tek parti sistemlerinde ise bağımsız adaylık genellikle partiye muhalefetin ifadesi olarak kabul edilmekte; ona oy vermek de seçmen için, partiyi tasvip etmemek anlamını taşımaktadır. Bu bakımdan tek partili sistemlerde bağımsız adaylığa istekli pek çıkmadığı gibi, bunların seçmenden oy toplamak konusunda da çok fazla şansları bulunmamaktadır⁶³.

5. Etnik, Ekonomik, Coğrafi ve İdari Etkenler

Seçim bölgesindeki etnik ve ekonomik farklılaşmanın belirginleşip toplumda ayrılıklara yol açtığı dönemlerde, seçmenler genelde kendi yapılarına daha yakın hissettikleri adayları tercih ederler. İdarî bölünüşün ortaya çıkardığı bölgeler arası rekabet ise bu eğilimi daha da kuvvetlendirir. Bu durumlarda seçim kampanyası daha çok hemşericilik temeline dayanılarak yürütülür. Bu düşüncelerin parti bağlılıklarını etkisiz bırakacak bir noktaya ulaşması halinde, seçim çevresi içerisindeki bölgelerin birinden veya bir etnik gruptan gelen bir bağımsız adayın, başarı şansı büyük ölçüde artar⁶⁴.

6. Adayların Kişisel Nitelikleri ve Diğer Nedenler

Daha önce de belirttiğimiz gibi adayların başarı olanakları daha çok onların kişisel niteliklerine ve değer yargılarına bağlıdır. Örneğin bağımsız olarak adaylığını koyan kimseler içerisinde, başarıları ile şöhret yapmış olanların, seçim bölgesine büyük iyilikleri dokunanların, seçmen oylarının üzerinde din,

⁶² ARASLI, 1972, s. 58.; DUVERGER, s.459; ARMAĞAN, s. 119.

⁶³ ARASLI, 1972, s. 59.

⁶⁴ ARASLI, 1972, s. 59.

aile bağları veya ekonomik nedenlerle etkili olabilenlerin, parti adayları ile hemen hemen eşit koşullar altında oy toplama yarışma girebildikleri görülebilir. Bunların yanında, seçim kampanyasının giderlerini, gereği gibi karşılayarak kendisini seçmenlere en az parti adayları, kadar tanıtılabilen bağımsız adayların da başarı olasılıklarının arttığı söylenebilir. Seçmenlerin parti adaylarını veya bağımsız adayları tercihlerinde, kişisel düşüncelerinin, değer yargılarının, çıkarlarının da çok büyük rolü olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bazı durumlarda seçmenin, oyunu verirken kendisini yalnız partinin onaycısı durumunda görmesi, onu oy vermemeğe itebileceği gibi, bağımsız adaylara oy vermeğe de yöneltebilir. Bunun yanında, parti politikasının kişisel çıkarlarına aykırı düşmesi, partiden görülen zararlar, kırgınlıklar, kişisel düşmanlıklar gibi birtakım psikolojik faktörler de, seçmenin parti bağlarından sıyrılarak, başka partilere veya bağımsız adaylara oy vermesine yol açabilir⁶⁵.

III. TÜRKİYE'DE BAĞIMSIZ MİLLETVEKİLİ ADAYLIĞI VE ADAYLIK SÜRECİ

A. Tarihsel Süreç

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem

Ülkemizde ilk seçimler 1877 yılında yapılmıştır. Bu seçimler bir seçim kanununa göre yapılmamıştır. Çünkü Anayasada belirtilen yasama organı oluşturulamadığından seçimlerle ilgili Kanun da çıkarılamamıştır. Bu seçimler iki dereceli gerçekleşmiştir. Taşrada daha önce seçilmiş olan İdare Meclisi üyeleri ikinci seçmen olarak kabul edilmiştir ve milletvekillerini bunlar seçmişlerdir. Seçimlerde esas alınan düzenlemeler 1876 tarihli, “Talimat-ı Muvakkate” ve “Beyanname” adı verilen belgelerdir. Bu belgelere göre milletvekili seçilebilmek için aday olma zorunluluğu bulunmamaktadır ve her şahsın (sadece erkekler) seçilmeye hakkı vardır⁶⁶. Daha sonra 1908 seçimlerinde uygulanan 1908 tarihli “İntihab-ı Meb’usan Kanunu” milletvekili seçilmek için aday olmayı zorunlu görmemektedir. 1920 tarihli Mustafa Kemal imzalı “İntihab Hakkında Tebliğ” ise ilk defa gerek partilerin aday göstermelerini gerekse isteyen kişilerin bağımsız olarak adaylığını koyabilmelerini düzenlemektedir⁶⁷.

⁶⁵ ARASLI, 1972, s. 60.; ÖZBUDUN, 1979, s. 9.; ARASLI, 1989, s. 15.

⁶⁶ ARMAĞAN, s. 169.

⁶⁷ ARMAĞAN, s. 190.

2. Cumhuriyet Dönemi

a. Tek Parti Dönemi

Cumhuriyet döneminde ise “İntihab-ı Meb’usan Kanunu” 1942 tarihli 4320 sayılı kanunun kabulüne kadar uygulanmıştır. 1942 tarihli Mebus seçimi Kanunu’nun 43. maddesine göre bir kimsenin adaylığı ya 300⁶⁸ seçmenin yazılı bir belge ile başvurusu veya bizzat kendisinin dilekçe ile istemesiyle mümkün olabilmekteydi⁶⁹. Ülkemizde günümüz seçim kanunlarında, belli sayıda seçmenin bağımsız aday teklif edebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. 1935 seçimlerinde bazı illerde bağımsız milletvekillerinin aday olmasına olanak tanınmıştır. Ancak, bu dönemde bağımsız olarak ikinci seçmenliğe ya da milletvekilliğine soyunanların şansı yoktu. Çünkü seçimler iki dereceli olduğu için halk önce ikinci seçmenleri seçiyor, ikinci seçmenler de milletvekillerini seçiyordu. Dolayısıyla ikinci seçmenler de Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) üyesi oldukları ve parti tüzüğü gereği parti üyelerine oy vermek zorunda olduklarından bu adayların seçilme şansları bulunmamaktaydı. İkinci seçmenleri tamamıyla kontrol eden CHP Genel Merkezi, bağımsız adaylardan kendi istediklerini ikinci seçmenlere seçtirmiştir⁷⁰.

Cumhuriyet döneminde bağımsızlara yine “Müstakil Grup” adı altında CHP’nin Tek Parti yönetiminde rastlıyoruz. Tanıl Bora’nın da ifadesiyle bu grup “sözde” bağımsızdı ve Tek-Parti yönetiminin toplumda oluşan muhalefet potansiyelini azaltmak amacıyla 1939’da oluşturduğu denetleme amaçlı bir gruptu⁷¹. Başlangıçta 21 milletvekillik kadro ayrılan bu grubun sayısı 1943’de 35’e çıkmıştır. Demokratik hayatımıza pek de faydası olmayan bu grup daha sonra 1946’da çok partili düzene geçilince kaldırılmıştır.

1943 genel seçimlerinde ise uygulanan seçim sistemi gereği her biri bir seçim bölgesi olan 35 ilde, dönemin tek partisi CHP seçilecek milletvekili sayısından fazla sayıda aday göstermek suretiyle ikinci seçmenlere tercih hakkı tanımıştır. Daha sonra 18 Haziran 1945 tarihinde yapılan ara seçimlerde CHP

⁶⁸ Daha sonra 16 Şubat 1950 tarih ve 5545 sayılı kanunla (mad. 39) bu sayı 50’ye indirilmiştir. Bakınız: ÖDEN, s. 21.

⁶⁹ TUNCER, Erol: “Osmanlı’dan Günümüze Seçimler (1877-2002)”, TESAV Yayınları, Ankara 2003, s. 157.

⁷⁰ UYAR, Hakkı: “Tek Parti Döneminde Seçimler”, **Toplumsal Tarih**, Sayı 64, Nisan 1999, s. 21-31.

⁷¹ BORA, Tanıl: “Müstakil Grup’tan Sahici Bağımsızlara”, Birgün Kitap, sayı 41 <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=345> (17.08.2009).

aday göstermemiş ve ikinci seçmenler bağımsız adaylar arasından milletvekillerini seçmişlerdir⁷².

b. Çok Partili Dönem

Liste usulü basit çoğunluk sisteminin uygulandığı 1946 seçimleri çok partili dönemin ilk seçimidir. Bu seçimlerde partilere değil, adaylara oy verilmiştir. 1946 seçim sonuçlarına göre 465 milletvekilliğinden 397'sini CHP, 61'ini Demokrat Parti (DP) ve 7 tanesini de bağımsız adaylar kazanmıştır. Yine çok partili dönemin başlangıcından itibaren siyasi partilerin listelerinde bağımsız adaylara da ilgili adayın yazılı onayını almak şartıyla izin verildiğini görmekteyiz. Bu dönemden günümüze kadar birçok parti, listelerinde çoğunluğunu toplumun aydın kesiminin oluşturduğu bağımsız adaylara yer vermiştir⁷³.

Çok partili yaşam boyunca ülkemizde bağımsız milletvekilleri toplam 28 ilden seçilmiştir. En fazla bağımsız milletvekili 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçimlerinde seçilmiştir. Bu seçimde toplam 26 bağımsız aday Meclis'e girmiştir ve toplam aday sayısının yaklaşık onda biri oranında, 726 aday bağımsız aday olarak seçim yarışına katılmıştır. Gerçi bunda % 10 ülke genel barajı engelini bağımsız adaylarla aşma stratejisinin önemli bir etkisi olduğu da bir gerçektir. Özellikle Demokratik Toplum Partisi'nin (DTP) sahip olduğu yüksek oy oranını milletvekilliğine dönüştürmek için bu yola başvur-

⁷² ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1966, s. 120.

⁷³ Buradaki düzenlemeye göre, bağımsız adayın ismi seçim pusulasında yer almayacak ve bağımsız adaya verilen oylar aday gösterildiği partinin hanesine yazılacaktır. Uygulamanın özünde, bir siyasi partinin adayın popülaritesinden ve çevresinden elde edebileceği yüksek oy oranından faydalanma isteği veya tam tersi olarak adayın partinin olanaklarından yararlanma (parti seçmenlerine dayanarak oy toplama gibi) arzusunun yattığını söyleyebiliriz. Örneğin, 1946 seçimlerinde sosyalist Mehmet Ali Aybar seçilemeye de Bursa 3. sıradan Demokrat Parti listesinden bağımsız aday olmuştur. 1950 seçimlerinde Halide Edip Adıvar, Ali Fuat Cebesoy, Suphi Tanrıöver, Nadir Nadi ve Suat Hayri Ürgüplü Demokrat Parti (DP) listelerinden, 1954 seçimlerinde, İhsan Hamdi Tıgrel, Lütfi Kırdar, Ali Fuat Cebesoy, Nadir Nadi, Hamdullah Suphi Tanrıöver, Behçet Uz, Hikmet Bayur, Cavit Oral ve Nuri Demirağ DP listelerinden, 1957 seçimlerinde, Hikmet Bayur ve Ali Fuat Cebesoy DP'den, 1961 seçimlerinde İhsan Köknel, Ali Fuat Başgil (senatör) ve Suat Hayri Ürgüplü (senatör) Adalet Partisi (AP) listesinden, Faruk Işık (senatör) ise Yeni Türkiye Partisi (YTP) listesinden, 1965 seçimlerinde Türkiye İşçi Partisi (TİP) listesinden Çetin Altan, 1966 Senato yenileme seçimlerinde Fatma Hikmet İşmen TİP listesinden, 1969 seçimlerinde Kasım Küfrevi Güven Partisi (GP) listesinden ve 1983 seçimlerinde, Ü. Haluk Bayülken, Selahattin Özbek, Tayyar Sadıklar ve en son 1983 seçimlerinde 12 Eylül döneminin Başbakanı Bülent Ulusu, Milliyetçi Demokrasi Partisi (MDP) listesinden bağımsız olarak aday olmuş ve mazbatasını herhangi bir parti ile bağı olmaksızın bağımsız milletvekili olarak almıştır. Bakınız: BORA Tanıl, Müstakil Grup'tan Sahici Bağımsızlara", Birgün Kitap, sayı 41 <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=345> (17.08.2009).; TUNCER, s. 149-155.

duğunu görmekteyiz. Zira seçimlerden hemen sonra bağımsız olarak seçilen milletvekillerinden 22 tanesi DTP'ye geçmişlerdir. 1 bağımsız milletvekili de 20 Temmuz 2008'de kendisi hakkında daha önce verilmiş yasağının kalkmasıyla DTP'ye katılmıştır. Yine bağımsızlardan 1 tanesi Büyük Birlik Partisi'ne (BBP) ve 1 tanesi de Özgürlük Demokrasi Partisi'ne (ÖDP) geçmişlerdir. Bu seçimlerde bir çeşit bağımsız adaylık olanağı, partiler ve onların temsil ettiği politik görüşler için Mecliste temsil edilebilme ortamı sunmuştur. Daha önce 1969 seçimlerinde; 12 ilden 13 bağımsız aday milletvekili seçilerek Meclis'e girmişti. En az bağımsız milletvekilinin seçildiği seçimler ise 2 milletvekili ile 1950 yılı seçimleridir. 1946'da çok partili rejime geçildikten sonra yapılan 16 genel seçimin 9'unda, toplam 73 bağımsız milletvekili adayı seçilmeyi başarak parlamentoya girmiştir.⁷⁴

Ülkemizde çok partili sisteme geçildiğinden bu yana uygulanan seçim sistemlerine baktığımızda farklı uygulamalarla karşılaşmaktayız. 1946-1960 yılları arasında tek turlu liste usulü çoğunluk sistemi, 1960-65 yılları arasında barajlı nispi temsil, 1965'te Milli Bakiye, 1980'e kadar da seçim çevrelerinin il olarak belirlendiği nispi temsil sistemi uygulanmıştır. 1983 seçimlerinde 1980 öncesi koalisyonlarına tepki olarak yönetimde istikrarı sağlamak amacıyla kısmen çoğunluk kısmen nispi temsil yöntemini benimseyen bir düzenleme benimsenmiştir. Sırasıyla ülke ve bölge barajlı kontenjanlı d'Hondt, ülke ve bölge barajlı kontenjanlı tercihli d'Hondt (1987, 1991) sistemleri uygu-

⁷⁴ 1946'dan günümüze kadar yapılan 16 genel seçiminin 9'unda bağımsız adayların bir kısmı milletvekili seçilerek Meclis'e girme başarısı göstermiştir. Bu dönemde seçilen bağımsız milletvekilleri ve seçildikleri iller şu şekilde sıralanabilir:

1946 yılında 5 ilde 7 bağımsız milletvekili seçildi: Burdur, Denizli, İstanbul (3), Kastamonu, Maraş

1950'de 2 ilde 2 bağımsız milletvekili seçildi: Mardin, Seyhan (Adana)

1954'te 3 ilde 3 bağımsız milletvekili seçildi: Bingöl, Muş, Niğde

1969'da 12 ilde 13 bağımsız milletvekili seçildi: Adıyaman, Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hatay, Konya, Malatya, Maraş, Mardin (2), Muş, Tokat, Van

1973'te 6 ilde 6 bağımsız milletvekili seçildi: Bitlis, Erzurum, Mardin, Muş, Ordu, Siirt

1977'de 4 ilde 4 bağımsız milletvekili seçildi: Diyarbakır, Elazığ, Mardin, Siirt

1999'da 3 ilde 3 bağımsız milletvekili seçildi: Elazığ, Malatya, Tunceli

2002'de 9 ilde 9 bağımsız milletvekili seçildi: Bayburt, Bitlis, Elazığ, Hakkâri, Siirt (YSK'nın İlde 3 Kasım seçimlerini iptaliyle 9 Mart 2003 yapılan yenileme seçimlerinde daha önce bağımsız olarak seçilen Fadıl AKGÜNDÜZ yeniden bağımsız aday seçilememiştir), Iğdır, Mardin, Şırnak, Şanlıurfa

2007'de 9 ilde 26 bağımsız milletvekili seçildi: Diyarbakır (4), Bitlis, Hakkâri, Iğdır, Mardin (2), Siirt, Şırnak (2), Şanlıurfa (2), Batman (2), Van (2), Tunceli (2), Sivas, Rize, Muş (2), İstanbul (2)

Bakınız: TUNCER, s. 247.; TÜRK, Hikmet Sami: Türk Seçim Sisteminde Oy Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 26, Sayı: 3-4, Yayın Tarihi: 1969, s. 82-83.; YSK, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html>

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

lanmıştır. Son dört seçimde ise (1995, 1999, 2002 ve 2007) %10 ülke genel barajlı d'Hondt sistemi uygulanmıştır. İstanbul, Ankara ve İzmir hariç her ilin bir seçim çevresi kabul edildiği ülkemizde toplam 550 milletvekili seçilmektedir. İllerin çıkaracağı milletvekili sayılarının, seçmen sayısına göre adaletsiz olduğu iddialarının sık sık güdeme geldiği ülkemizde, bazı iller 20.000 seçmenle bir milletvekili çıkarırken, bazı iller 80.000 seçmenle bir milletvekili çıkarabilmektedir.

B. Bağımsız Adaylıkla İlgili Düzenlemeler ve Bağımsız Adaylık Süreci

Bağımsız adaylıkla ilgili düzenlemeler başta Anayasamız olmak üzere seçimlerle ilgili 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu gibi kanunlarda yer almaktadır. 1982 Anayasası'nın 67. maddesine göre; "vatandaşlar, kanunda, gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir". Bu hüküm doğrultusunda şu an ülkemizde her vatandaş başta bir siyasi partiden olmak üzere ya doğrudan ya da bir siyasi parti listesinden bağımsız aday olarak seçimlere katılabilmektedir. Ülkemizde bağımsız milletvekili adaylığı için yapılacak başvuru, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na göre adayın milletvekili seçilmek istediği çevrenin il seçim kurulu başkanlığına yazılı olarak yapılır (mad. 21). Yine aynı Kanun'un 12. maddesine göre, seçimlere katılabilmek için bir siyasi parti üyesi olmak şart değildir. Seçilme yeterliliğine sahip olan her Türk vatandaşı seçimlerde aday olabilir⁷⁵. Aynı Kanun'un 16/2. maddesi hükmü doğ-

⁷⁵ 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'na göre 25 yaşını dolduran her Türk vatandaşı milletvekili seçilebilir (mad. 10). Ancak; ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabı'nın, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkum olanlar, terör eylemlerinden mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanunu'nun 536. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasi ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkum olanlar milletvekili seçilemezler (mad. 11).; Daha fazla ayrıntı için bakınız: BİLİR, 2001.; ONAR Erdal, 1982 Anayasasında Milletvekilinin Düşmesi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1997, C.14. ; ONAR, Erdal- TIRYAKIOĞLU, Bilgin: 1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı), Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999.; GÖZLER, Kemal: Vatandaşlık ve Milletvekilliği, Liberal Düşünce Dergisi, Yıl 1999, Cilt 4,

rultusunda bir partiye üye olmadan vatandaşlar isterlerse bağımsız aday olabilecekleri gibi kendilerinin yazılı onayı ile bir siyasi parti tarafından da aday gösterilebilirler. Aday olmak isteyen kişi sadece bir seçim çevresinden aday olabilir. Yani aynı seçim için birden fazla seçim çevresinden adaylık koyup seçilmek mümkün değildir (Milletvekili Seçim Kanunu, mad. 16/3-4). Siyasi Partiler Kanunu'nun 40. maddesine göre, "(Değişik birinci fıkra: 28/3/1986 – 3270/11 md.) Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlarda belirtilen şartlara aykırı olmamak kaydıyla adaylarda daha başka ne gibi şartlar bulunması gerektiğini tüzüklerinde gösterebilirler. Bir kimse, aynı zamanda, önseçimlerde ve merkez adaylığında değişik siyasal partilerden veya aynı partiden, aynı seçim için birden fazla seçim çevresinden önseçime katılamaz. Bir kimse, bir partiden önseçim veya merkez adaylığı yoklamasına katıldıktan sonra başka bir partiden merkez adayı gösterilemez ve partisinden istifa etmedikçe bağımsız aday olamaz."

Aday olmak isteyen vatandaş öncelikle aday olmak istediği ilin il seçim kurulu başkanlığına adaylık için gerekli şartları taşıdığını beyan eden bir dilekçe ile bizzat başvurur. İl seçim kurulu bağımsız adaylık başvurusu yapan adaya bir alındı belgesi verir ve durumu derhal Yüksek Seçim Kurulu'na (YSK) bildirir. İlk müracaatta; bağımsız adayın öğrenim durumunu gösterir diploma örneği, nüfus kâğıdı örneği, Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarasını gösterir resmi nitelikte belge ile adli sicil ve arşiv kaydının istenilmesi yeterlidir. Adaylar bu dilekçeye en yüksek derecedeki devlet memurunun bürüt aylığı kadar parayı⁷⁶ ilgili mal sandığına emaneten yatırdıklarına dair bir makbuzu eklemek zorundadır. Aksi takdirde adaylık başvurusu kabul edilmez⁷⁷. Ancak noterden vekâlet verilmesi kaydıyla vekil aracılığıyla başka bir ilden yapılan adaylık başvurusu da geçerli kabul edilmektedir⁷⁸. Yine seçilme yeterliliğine

Sayı 16, s. 90-91.

⁷⁶ Bu bedel 22 Temmuz 2007 yılı genel seçimleri için 446,36 YTL'dir.; Anayasa Mahkemesi daha önce vermiş olduğu 1995 tarihli kararında, bağımsız adayların adaylık başvuru esnasında yatırdıkları paranın Anayasa aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bakınız: AMK, E.1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, AMKD, Ankara 1996, Sayı 31(2), s. 855. ; YSK'nın 2007/312 nolu kararına göre bağımsız milletvekilleri adayları adaylıktan vazgeçmeleri halinde başvuru esnasında yatırdıkları parayı YSK'nun öngöreceği bir süreye kadar seçimden önce geri alabileceklerdir. Bakınız: YSK, 2007/312, www.ysk.gov.tr

⁷⁷ Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 2007/267: Bakınız: www.ysk.gov.tr

⁷⁸ YSK, 2007/267. Bakınız: www.ysk.gov.tr; Yine, YSK Iğdır ili için bağımsız adaylık başvurusunu kendi adına bir başkası tarafından Ankara il seçim kurulu aracılığı ile yapan adayın başvurusunu geçerli kabul etmiştir. YSK, 2002/601, ÜNLÜ, Ahmet Hamdi – ERBİL, Hasan: Seçim Mevzuatı ve Yüksek Seçim Kurulu Kararları, HD Yayıncılık, Ankara 2007, s. 587-588.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

sahip olmak kaydıyla hapiste tutuklu bulunanlar da bağımsız aday olabilirler. 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan genel seçimlerde Gebze ceza evinde tutuklu bulunan ve henüz hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmayan Sebahat TUNCEL isimli vatandaş İstanbul ilinden bağımsız milletvekilliliğine adaylığını koymuş ve seçilmiştir.

Seçim takviminde belirlenen süre içerisinde⁷⁹ yapılmayan adaylık başvuruları YSK tarafından reddedilmektedir⁸⁰. Geçici bağımsız aday listeleri yurt çapında YSK tarafından kendi seçim çevresinde ise il seçim kurulları tarafından alışımlı araçlarla ilan edilir. 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 24. maddesine göre, Aday listeleri seçim kurullarının incelemelerini tamamlamalarından sonra kesinleşir. YSK bağımsız adaylarla birlikte siyasi parti adaylarını oy verme gününden önceki 55. gün, adayların aday oldukları seçim çevrelerini de belirtmek suretiyle Resmi Gazete ve medya araçlarıyla, aynı şekilde il seçim kurulları da görev yaptıkları seçim çevrelerine ait aday listelerini, YSK'nın belirleyeceği bir tarihte "alışılmış araçlarla" ilan ederler.

C. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bağımsız Adaylık

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçim Kütükleri Hakkında Kanun'un 3270 sayılı Kanunla değiştirilen 94. maddesi gümrük kapılarında oy kullanacak seçmenlere, bağımsız adaya oy verme veya bir partiye oy vermekle birlikte oyunu tercihlili olarak kullanma olanaklarını hatta beğendiği partinin adaylarını bilerek oy verme olanağı dahi tanımamıştır. Bu hüküm iptal başvurusuyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, gümrük kapılarında oy kullanacak seçmenlerin bağımsız adaya oy vermemelerini ve tercih hakkı kullanmamalarını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme kararında; "Yurda giriş veya çıkış yapan vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım gözetilmediğinden yurtdışında belli

⁷⁹ Mevzuatta süre ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu süre YSK tarafından seçim takvimi çerçevesinde belirlenir. Bkz. GÖNENÇ, Levent: Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 242. YSK'nın konu ile ilgili 22. Dönem Milletvekili seçimleri hakkındaki kararı şu şekildedir; "Öte yandan; bağımsız adayların, adaylık başvurularını hangi tarihten itibaren yapabilecekleri konusunda yasal bir düzenleme bulunmadığından, bu hususun Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Seçim takviminde, siyasi partilerin aday belirlemelerine ilişkin süreler göz önünde tutularak, seçim iş ve işlemlerinde, birlik, kolaylık ve düzen sağlanması için XXIII. Dönem Milletvekili Genel Seçimine bağımsız aday olarak katılmak isteyenlerin (En geç 04/06/2007 Pazartesi günü saat: 17.00'ye kadar) ilgili il seçim kurulu başkanlıklarına bizzat başvuruları benimsenmiştir." Bu süre YSK tarafından seçim takvimi çerçevesinde belirlenir. Bakınız: YSK, 2007/267, www.ysk.gov.tr

⁸⁰ YSK, 1999/188; 2002/590. Bakınız: www.ysk.gov.tr

süre kalan vatandaşlardan aranan koşulları taşıyanlara oy verme hakkı tanınmasının eşitlik ilkesini zedeleyici bir yönü yoktur. Yurtdışında ikamet eden vatandaşlardan yasayla belirlenen süre içinde gümrük kapılarından giriş ya da çıkış yapanlara bu hakkın tanınması, öbürlerine tanınmaması bu konuda karşılaşılan güçlüklerden kaynaklanmaktadır. Ayırım, haklı nedene dayanınca eşitsizliğe bağlanamaz.....Böyle bir sistemde tercih hakkı kullanmamak ya da bağımsız adaylara oy verememek yurtdışında ikamet eden vatandaşların seçme hakkından yoksun bırakılmalarına neden olacak önemde bulunmadığından bu konuda getirilen ayrıcalığın haklı bir nedene dayandığının ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı kabulü gerekir. Oyların dağılımında siyasi partiler arasında bir ayırım yapılmadığından, yeni sistemin bu konuda siyasi partiler arasında eşitsizliğe neden olduğu söylenemez, isteğe bağlı oy kullanma giriş - çıkış durumuna bağlı olduğu için eşitliği etkilememektedir.” ifadelerini kullanmıştır. Mahkeme’ye göre, gümrük kapılarında oy verme hakkının yurtdışındaki yurttaşlardan ancak bir kısmına, yani bazı koşulları taşıyanlara verilmesi, bu konuda karşılaşılan güçlüklerden kaynaklanmaktadır. Böyle bir sistemde bağımsız adaylara oy vermemek ya da tercih hakkı kullanmamak yurtdışında ikamet eden yurttaşların seçme hakkından yoksun bırakılmasına neden olacak önemde değildir⁸¹. Mahkeme’nin doğabilecek bazı güçlükler nedeniyle seçmenleri bağımsız adaylara oy vermek ya da tercih hakkı kullanmak olanağından mahrum bırakacak bu kararı ikna edici olmamakla birlikte aslında Anayasa’nın 67. maddesiyle de çelişmektedir⁸².

22 Temmuz 2007 genel seçimlerinde İstanbul 2. bölgeden bağımsız aday olan ve seçilemeyen Baskın ORAN, bağımsızlara gümrük kapılarında oy verilememesi ve Türkiye Radyo Televizyon Kurumu TRT’de bağımsız adaylara da propaganda hakkı tanınmaması nedeniyle uygulamaların seçme ve seçilme hakkını düzenleyen 1 no’lu protokole aykırı olduğu gerekçesiyle konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşımıştır. Konu ile ilgili bir diğer başvuru ise, yurt dışından oy kullanmak için Türkiye’ye gelen, ancak istediği halde bağımsız adaylara oy veremeyen seçmenler adına yapılmıştır⁸³.

Yine, 2839 sayılı Kanun’un 26. maddesinde yer alan, bağımsız adayların oy pusulalarını kendileri bastırarak seçime katılacaklarına ilişkin hüküm, bağımsız adaylar açısından eşitliği bozucu bir yük getirdiği, bağımsız adaylığı

⁸¹ AMK, E.1986/17, K. 1987/11, K.T. 22.05.1987, AMKD, Sayı 23, s. 229-230. ; AMK, E.1986/13, K. 1987/12, K.T. 22.05.1987, AMKD, Sayı 23, s. 255-256.

⁸² ÖDEN, s.110.

⁸³ Bakınız: Birgün 2007-07-31 Birgün <http://www.tumgazeteler.com/?a=2174363>.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

güçleştirdiği ve oy kullanılması sırasında bir takım karışıklıklara yol açacağı dolayısıyla Anayasanın 10. ve 67. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava konusu olmuştur. Mahkeme vermiş olduğu kararında; "Siyasî partiler için, 68. maddenin son fıkrasında malî yardım yapılması öngörülmüş, 69. maddede ise ceza yaptırımlarını kapsayan özel kurallar konulmuştur. Siyasal partiler için geçerli olan bu özel Anayasa kurallarının bireysel politik faaliyette bulunan ve seçimlerde bağımsız aday olanlara uygulanması söz konusu değildir. Aynı şekilde seçimleri düzenleyen yasa kurallarında da siyasal partiler ve bağımsız adaylar için özelliklerine uygun değişik kurallar konulması doğaldır. Siyasal faaliyetlerini bir düşünce ve eylem etrafında birlikte, örgütlü ve ülke çapında uygulayan siyasal partiler için konulan oy pusulasının düzenlenmesi ilgili kuralların bağımsız adaylar için de uygulanması düşünülemez. Dava konusu düzenleme, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı değildir. Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında, "vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir." denilmektedir. İptali istenilen kuralla, bağımsız adayların, Anayasa'nın 67. maddesi hükmüne aykırı olarak siyasi faaliyette bulunmaları engellenmemektedir. Yasal koşulları taşıyan her vatandaş bağımsız aday olabilir ve bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunabilir. Ancak her faaliyetin kimi koşulları olabileceği gibi, bağımsız adaylar için de yasayla kimi yükümlülükler getirilebilir. Bu nedenle incelenen kuralın Anayasa'nın 67. maddesine aykırı bir yönü yoktur. İptal isteminin reddi gerekir." ifadeleriyle bu iddiaları uygun görmemiştir⁸⁴.

Aslında seçmenin tercih hakkını kısıtlayan, bağımsız adayların seçimlere katılımını zorlaştıran ve siyasal partiler ile bağımsız adaylar arasında bir eşitsizlik yaratan bu durum 2007 yılında çıkarılan 5659 sayılı kanunla ortan kaldırılmıştır. 18.05.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5659 sayılı "2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun"la getirilen düzenleme ile bağımsız adayların da yapılacak Milletvekili Genel Seçimlerinde birleşik oy pusulasında yer almasının yolu açılmıştır⁸⁵.

⁸⁴ AMK, E.1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, AMKD, Sayı 31 (2), s. 850-851.

⁸⁵ MADDE 1 – 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. "GEÇİCİ MADDE 17 – Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimde, Anayasanın 67 nci maddesinin son fıkrası 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin hükümleri bakımından uygulanmaz." RG: 18.05.2007, Sayı, 26526.

Anayasa Mahkemesi bağımsız adaylar açısından da önem arz eden seçim çevresi barajını Anayasaya aykırı bulup iptal ettiği kararında ise %10'luk ülke barajını da değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi 4125 sayılı Kanun'un 17. maddesinin Anayasaya aykırılığını değerlendirirken; "Seçime katılan ve 2839 sayılı Yasa'nın 33. maddesinde öngörülen % 10'luk ülke barajını aşan siyasî partilere verilecek ülke seçim çevresi milletvekilinin hesabında gözetilecek ölçünün yasama organının takdiriyle yürürlüğe konulduğu açıktır. Seçim sistemlerinin anayasal ilkelere ödünsüz uygunluğu yanında kimi zorunlu koşulları içermesi kaçınılmazdır. Sistemin doğasından kaynaklanan ve yüzdelikle konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabul edilebilir ve aykırılığından söz edilemez belirlemelerdir. Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak elatmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki % 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır." diyerek seçim çevresi barajını anayasaya aykırı bulmakla birlikte %10luk ülke barajının açık bir biçimde Anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir⁸⁶.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi gerekçe olarak, Anayasaya 4121 sayılı ve 23.7.1995 tarihli değişikliklerle konulan seçim kanunlarının "temsilde adalet", "yönetimde istikrar" esasına dayanması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, "çevre barajları", "temsilde adalet" ilkesine aykırıdır. Bu sistem, "az oyla çok temsilci" getirmeye uygundur. Daha sonra TBMM 4138 sayılı ve 23.11.1995 tarihinde yeni bir kanun çıkararak tüm seçim çevreleri için %10'luk sabit bir seçim bölge barajı öngörmüş ise de, Cumhurbaşkanı'nın müracaatı üzerine, Anayasa Mahkemesi'nce bu baraj; "...Anayasa'nın amaçladığı "yönetimde istikrar ilkesi" için milletvekili seçimlerinde bir ülke barajı öngörülmüşken, ayrıca her seçim çevresi için yeni bir barajın getirilmesi "temsilde adalet" ilkesiyle bağdaşmaz. Kaldı ki uygulanmakta olan nispi temsil sisteminin bir türü olan d'Hondt sistemi de kendi içinde bir baraj taşımaktadır... Anılan düzenleme ile, nüfusu fazla olan illerin çıkaracakları milletvekili sayısı fazla olacağından, buralardaki çevre barajının % 6'lara kadar düşmesine karşın nüfusu az olan ve dört veya daha az milletvekili çıkaracak bölgelerde bu çevre barajının % 25 olacağı, bu durumun

⁸⁶ AMK, E.1995/54, K. 1995/59, KT. 18.11.1995.; BAHÇECİ Barış, 1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar, AÜHFD, C.54 Sayı, 3, 2005, s. 375-376. (365-396).

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

ise seçim çevreleri arasındaki adaletsizliği daha da artıracaktır.” gerekçesiyle iptal edilmiştir⁸⁷.

%10'luk ülke genel barajı daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) götürülmüştür. Dava 2002 yılında yapılan genel seçimler sonrası Şırnak ilinden Demokratik Halk Partisi (DEHAP) adayı olan, ancak yüzde 45,95 oy almalarına karşın baraj nedeniyle milletvekili seçilemeyen Resul Sadak'ın ve Mehmet Yunak'ın başvurusuyla açılmıştır. AİHM verdiği ilk kararda %10'luk barajın serbest seçim hakkının ihlali olmadığına hükmetmiş ve Sadak ve Yunak kararı temyiz etmişlerdir. Mahkeme, vermiş olduğu nihai kararında Türkiye'de uygulanan yüzde 10'luk seçim barajının “serbest seçim hakkı”nın ihlali olmadığına hükmetmiştir. Ancak, barajın aşırı olduğunu belirten Mahkeme, seçim sürecinin şeffaflığı için Avrupa Konseyi organlarının barajın indirilmesiyle ilgili tavsiyesine katıldığını ve barajın partileri şeffaflığa katkıda bulunmayan taktiklere yönelttiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre sözleşmenin ilgili hükmünün ihlâl edilmiş sayılabilmesi için bütün vatandaşların seçme ve seçilme haklarını eşit şekilde kullanabilmeleri ilkesinin ihlâl edilmiş olması gerekir. Bu ilke, seçimlerin sonucunda her oyun eşit derecede ağırlık taşıması anlamına gelmez. Bazı oyların zayi olmasını önleyecek hiçbir seçim sistemi yoktur⁸⁸. AİHM'nin anılan kararı hukuki açıdan yerinde olmakla birlikte, %10'luk ülke barajının genelde adaletsiz sonuçlara yol açtığı, 2002 seçimlerinde ise ancak iki partinin barajı geçebilmesi nedeniyle bu adaletsizliğin had safhaya ulaştığı da bir gerçektir. Dolayısıyla ülke genelinde geçerli oyların % 10'unu geçemeyen partiler milletvekili çıkaramayacakları gibi genel barajı aşamayan siyasi partinin listesinde yer almış bağımsız aday da seçim çevresinde aldığı oy miktarı ne olursa olsun milletvekili seçilemeyecektir⁸⁹. Bağımsız adayların, milletvekili olabilmek için aday oldukları seçim çevresinde seçilebilmek için yeterli oy miktarını elde etmeleri yeterlidir. Ancak küçük partilerin genel barajı, listelerine aldıkları bağımsız adaylarla aşmalarını önlemek amacıyla Milletvekili Seçimi Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Buna göre, 1987 yılında 2839 sayılı kanunun 33. maddesinde 3377 sayılı kanunun 9. maddesi ile yapılan değişiklikle, yukarıda da belirttiğimiz gibi bir parti listesinde yer alan bağımsız adayların milletvekili seçilebilmesi, listesinde yer aldıkları partinin %10'luk ülke genel barajını aşması şartı ile

⁸⁷ AMK, E.1995/56, K. 1995/60, KT. 01.12.1995.; KUZU, s. 261.

⁸⁸ Yumak and Sadak v. Turkey, 8 July 2008, (No. 10226/03) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/yumakvesadak24.09.2008.doc>. (10.08.2009)

⁸⁹ YSK, 2002/794, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/docs/genelge/2002/2002-794.htm>, (13.08.2009).

sınırlanmıştır⁹⁰. Bu maddeye göre bir bağımsız adayın bir siyasi parti çatısı altında seçime girmesi halinde bağımsız adaya verilecek oylar bağımsız adayın çatısı altında girdiği partiye de verilmiş olacaktır. Bağımsız adayın çatısı altında seçime girdiği parti ülke genel barajını aşmadığı takdirde bu aday yüksek oy almış olsa bile seçilemeyecektir. Bu durum 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu'nun 33. maddesinde, "(Değişik birinci fıkra: 23/5/1987-3377/9 md.) Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar. Bir siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür." ifadeleriyle belirtilmiştir. Bağımsız adayların bir siyasi parti listesinden aday gösterilebilmelerine ilişkin bu düzenleme aslında Siyasi Partiler Kanunu'nun 90. maddesinde yer alan "siyasi partiler seçimlerde başka bir partiyi destekleme kararı alamaz" ilkesi ve yasağını da anlamsız hale getirmektedir. Zira bir siyasi parti seçimlerde oy oranını artırmak amacıyla daha önce siyaset sahnesinde yer almış bir partinin genel başkanını, milletvekillerini ya da daha önce başbakanlık yapmış bir siyasi partiden aday göstermek suretiyle o partinin yandaşlarının oylarını elde edebilir. Bu da bir çeşit seçim ittifakı anlamına gelmektedir. Bunun örnekleri 1946 seçimlerinden başlayarak günümüze kadar gerçekleşen seçimlerde görülebilir. En son 22 Temmuz 2007 genel seçimlerinde Eski Başbakanlardan ve Anavatan Partisi Genel Başkanlarından Mesut Yılmaz'a Demokrat Parti çatısı altında bağımsız aday olarak seçime girme teklifinin yapılması da bir başka örnektir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında bağımsız adayların adaylık başvurusu yaparken ödedikleri en yüksek derecedeki devlet memurunun bürüt aylığı kadar yatırılan paranın Anayasaya aykırılığı iddiasını; "Bağımsız milletvekili adayı olabilmek için kimi koşulların yanı sıra akçalı bir ödemenin de öngörülmesi gerekebilir. Getirilen bu düzenleme gelişi güzel başvuruların önlenmesi yönünde de gereklidir. Kaldı ki bu parasal ödemenin miktarı yasa ile belirlenmiş olup, bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunmayı engelleyici boyutta değildir" diyerek Anayasaya aykırı bulmamıştır⁹¹. Bağımsız adaylar için konulan bu teminat yatırma zorunluluğu partili adaylar için söz konusu değildir. Parti adayları ise sadece partilerince belirlenen miktarı kendi partilerine ödemektedirler. Aday sıkıntısı çeken partilerde ise bu miktar çok düşük

⁹⁰ 3377 sayılı Kanun, Resmi Gazete, Sayı 19476, s. 3.

⁹¹ AMK, E.1995/54, K. 1995/59, K.T. 18.11.1995, AMKD, Ankara 1996, Sayı 31(2), s. 855.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

alınmakta veya hiç alınmamaktadır. Bu durum seçilme yeterliliğini kısıtlamak suretiyle aday konumunda olan kişiler arasında eşitsizliğe neden olmaktadır.

Anayasa'nın 69. ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 95. maddelerinde yer alan, "Kapatılan siyasi parti bir başka ad altında kurulamaz. Bir siyasi partinin kapatılmasına söz veya eylemleriyle neden olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazete'de gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak 5 yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamazlar. Siyasi partiler bu kişileri hiçbir suretle seçimlerde aday gösteremezler" düzenlemesi uyarınca, siyaset yasağı konulan kişiler, hiçbir partiye üye olamazlar ve bir siyasi parti tarafından bağımsız aday olarak gösterilemezler. Ancak gerek Anayasa'nın gerekse Kanun'un mevcut haliyle bu kişiler isterlerse bağımsız milletvekili aday olabilirler. Siyaset yasağı konulan bu kişi/kişilerin seçimlerde bağımsız olarak milletvekili adaylığına başvurup başvuramayacağı sorunu daha önce Yüksek Seçim Kurulu'nda tartışılmıştır. Yüksek Seçim Kurulu (YSK) öncelikle Necmettin Erbakan ve Şevket Kazan'ın 18 Nisan 1999 yılı genel seçimlerinde yapmış oldukları bağımsız adaylık başvurusunu değerlendirmiştir. YSK, bu olayda temel sorun olarak, milletvekili adaylığı için getirilen 5 yıllık yasak sınırlamasını ele almıştır. Zira başvurunun yapıldığı tarihte 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) 95. maddesi bu yasak süresini 10 yıl olarak düzenlemekle birlikte partisinin kapatılmasına neden olanların bu süre içerisinde milletvekili olamayacağını da düzenlemekteydi. YSK, kararını verirken Anayasa Mahkemesi'nin daha önce konu ile ilgili Refah Partisi'nin kapatılması davasında vermiş olduğu kararını⁹² dikkate alarak burada siyasi yasaklılık süresinin 5 yıl olmasına karar vermiştir. Ancak, bu tarihte halen yürürlükte olan SPK'nun 95 ve 101. maddelerinde varlığını devam ettiren, partisinin kapatılmasına neden olanların milletvekili olamayacağına ilişkin hüküm gerekçesiyle ilgili şahısların milletvekili olamayacağına karar vermiştir. Daha sonra 1999'da 4445 sayılı kanunla SPK'nda yapılan değişiklikle 95. maddedeki "milletvekili aday olamazlar" ifadesi Kanun'dan çıkarılmıştır. Bu değişiklikten sonra YSK'nın da onay vermesi ile 2002 seçiminde, Fazilet Partisi (FP) davasında yasaklanan Bekir Sobacı Tokat'tan bağımsız aday olmuştur. Yine benzer şekilde 22 Temmuz 2007 seçimlerinde de Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) davasında yasaklanan Hamit Geylani Hakkâri'den

⁹² Bakınız: SAĞLAM, Fazıl: Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 1999, s. 133-143.; ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Ankara 2003, s. 63-74.; AMK, E.1997/1, K. 1998/1 K.T. 16.01.1998, AMKD, Ankara 1999, Sayı 34 (2), s. 762.

bağımsız adaylığını koymuş ve milletvekili seçilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından 2003`te HADEP`in kapatılmasıyla hakkında 5 yıllık siyaset yasağı getirilen ve 22 Temmuz 2007`de Hakkari`den bağımsız milletvekili seçilen Hamit Geylani, yasağın sona ermesiyle 20 Temmuz 2008 tarihinde Demokratik Toplum Partisi`ne (DTP) katılmıştır.

SONUÇ

Ülke yönetimine katılma, seçme ve seçilme haklarının tam olarak kullanılabilmesi, böylece halkın iradesinin serbest seçimler yoluyla ifade edilebilmesinde bağımsız olarak veya bir siyasal parti içinde siyasal faaliyette bulunmanın ayrı bir yeri ve önemi vardır. Demokratik sistemlerde seçme hakkı seçilme hakkı ile tamamlandığından vatandaşlar herhangi bir ayrıma tabi tutulmadan ister bağımsız ister bir parti adı altında aday olarak seçimlere katılabilmektedir.

Bağımsız adaylık aday olmak isteyen kişilerin kendilerinin ya da seçmenlerin önerileriyle kazandıkları adaylıktır. Demokratik sistemlerde bireyler temel haklarla güvence altına alınmış kendi özerk alanlarının düzenleme özgürlüğüne sahiptirler. Dolayısıyla bireyler vatandaş sıfatıyla siyasi karar alma sürecinin belirlenmesine şartlarını taşımak suretiyle bağımsız aday olarak katılabilirler⁹³. Bağımsız adaylar bu sürece illa kamu politikaları ile ilgili bazı sorunları çözecekleri iddiasıyla katılmak zorunda değildir. Daha güncel bir takım konular çerçevesinde, örneğin, sağlık politikaları, silahsızlanma ve yolsuzlukları önleme gibi konularda seçim yarışına katılabilirler. Kişisel nedenler de kişiyi bağımsız aday olarak seçim yarışına katılmaya itebilir. Partisinden aday gösterilmeyen veya seçilebileceği daha iyi bir seçim bölgesinden seçilebileceği bir sıraya konulmayan bir kişi partisinden ayrılıp bağımsız olarak seçimlere katılabilir. Kişileri bağımsız adaylığa yönelten etkenler arasında siyasi partilerde parti içi demokrasinin eksikliği ve liderlerin tek seçici konumda bulunmaları da sıralanabilir.

Kişileri gerek bağımsız gerek bir siyasi partiden aday olarak seçilme hakkını kullanmaya yönelten nedenler farklı gerekçelere dayansa da kişilerin, bu haktan eşit ölçüler içerisinde yararlandıkları pek söylenemez. Seçilme hakkından yararlanmak konusunda özellikle siyasî partilerden aday olmak isteyen kişilerle, bağımsız aday olmak isteyen kişiler arasında belirgin farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu farklar hukuk düzeninden kaynaklanabileceği gibi uygulamalardan da kaynaklanabilmektedir. Zira bazı ülkelerde hukuk kuralları

⁹³ KÖKER, s. 200.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

ya doğrudan doğruya ya da dolaylı yollarla, aday gösterme konusunda yalnız partilere hak tanımakta ve parti adayları dışındaki kişilerin bu haktan yararlanmasını güçleştirmektedir. Yani, siyasi partilerin aracılığı olmaksızın, milletvekili seçilebilmek oldukça zordur. Yine milletvekili adaylarının herhangi bir parti etiketi taşımaksızın kendi şahısları için seçmenden oy istemeleri mümkün ise de günümüzde seçmenlerin bağımsız adaylardan çok siyasi parti adaylarını tercih ettikleri de bir gerçektir⁹⁴.

Bu olumsuz şartlara rağmen, bağımsız adaylığın, parti adaylığına göre bazı avantajları da vardır. Örneğin bağımsız aday olacak kişilerin, başarıları ile şöhret yapmış olmaları, seçim bölgelerine büyük hizmetlerinin olması ve aile çevresi gibi kişisel nitelikler bağımsız adayların başarı şanslarını attıran etkenlerdir. Görüldüğü gibi bir takım şartlar, parti adaylarının seçilme şansını arttırırken, diğer bir takım şartlar da bağımsız adayların şansını arttırmaktadır⁹⁵. Bağımsız adayların seçmenlerin kararını etkileyip başarılı olabilmelerinde, seçim sistemleri, seçim çevreleri, adayların oylama için seçmene sunulmuş biçimleri ve seçmenin seçme hakkının kapsamı etkili olabilmektedir. Bağımsız adaylar küçük seçim çevrelerinde daha başarılı olabilmektedirler. Bunun tam tersi büyük seçim çevrelerinde ise seçmenler, adayları gereğince değerlendiremeyeceklerinden genellikle parti bağlarına dayanarak oylarını partilerden yana kullanmaktadırlar. Yine bağımsız milletvekilleri herhangi bir partinin disiplinine bağlı kalmadan ve parti liderlerinin direktifinde oylamaya mecbur olmadan yönetime katılabileceğinden daha serbest hareket edebilmektedirler.

Bağımsız adayların oy toplamaları, büyük ölçüde kişisel yeteneklerine bağlıdır ve oy toplamak için yaptıkları çalışmalardan kendi görüşlerini ortaya koyarak, bunları seçmenlere beğendirmeye çalışırlar. Milletvekilliği her şeyden önce maddi ve manevi fedakârlık isteyen bir kazanımdır. Bu adaylar seçim çalışmalarını kendi güçleri ile örgütlemek zorunda oldukları gibi, seçimin bütün mali yükünü de tek başına kaldırmaktadır⁹⁶. Örneğin ülkemizde daha önce parti adaylarının isimlerinin yazıldığı birleşik oy pusulası devlet hazinesinden karşılanırken, bağımsız adaylar için ayrı bir maddi yük getiren, seçim çevresindeki bütün sandıklar için seçmen sayısı kadar oy pusulaları kendileri tarafından hazırlanmaktaydı. 18.05.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5659 sayı-

⁹⁴ ÖZBUDUN, 1979, s. 162.

⁹⁵ BİLİR, 2001, s. 68.

⁹⁶ ARASLI, 1972, s. 55; BİLİR, 2001, s. 68.

lı 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun'la bağımsız adayların da yapılacak milletvekili genel seçiminde birleşik oy pusulasında yer alması düzenlenmiştir. Bağımsız adaylar için olumlu bir adım sayılabilecek bu düzenlemeyle, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan milletvekili genel seçiminde bağımsız adaylar da birleşik oy pusulasında partilerle birlikte yer almışlardır⁹⁷.

Yine bağımsız adayların her biri, en yüksek devlet memurunun brüt maaşı kadar parayı hazineye bir depozito olarak yatırmak zorundadır. Parti adayları ise böyle bir para yatırmak zorunda değildir, onlar sadece partilerince belirlenen miktarı kendi partilerine ödemektedir, aday sıkıntısı çeken partilerde bu miktar çok düşük alınmakta veya hiç alınmamaktadır. Bu durum seçilme yeterliliğini kısıtlamak suretiyle aday konumunda olan kişiler arasında eşitsizliğe neden olmaktadır.

Bütün bu olumsuz şartlar içerisinde mevcut seçimle ilgili düzenlemelerin partisiz siyaset yapmayı zorlaştırdığı bir gerçektir. Uygulanan yüksek seçim barajı nedeniyle bağımsız aday olarak seçilmek oldukça zordur. Burada önlem olarak yalnızca seçim barajının düşürülmesi yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda öncelikle bağımsız adaylar açısından seçilme hakkından yararlanma konusunda eşitsizlik yaratan hukuk kurallarını kaldırmak gerekir ya da demokratik sistemlerde seçilme hakkına sahip olanların somut olarak bir seçimde aday olabilmelerinin önündeki engellerin en az seviyeye indirilmesi gerekir.

Meclise bağımsız aday olarak girmek, elbette her şeyin çözümü değildir. Ancak bu yol Türk demokrasisini güçlendirir ve zenginleştirir. Bağımsız adayların toplumdan çok geniş ve sağlam destek görmeleri parlamento dışı toplumsal muhalefeti de canlandırabilir. Dolayısıyla parlamentoya giren seçilmiş bağımsız adaylar, parlamento dışı toplumsal muhalefet hareketleri ile bağ kurarak başarılı olabilecekleri gibi arkalarında hissedecekleri toplumsal güç onların mecliste daha etkin demokrasi mücadelesi vermesini sağlayabilir.

⁹⁷ DTP söz konusu düzenlemeye ülkenin doğu kesiminde okur-yazarlık oranının düşük olması nedeniyle bağımsız adayların fark edilmesini zorlaştıracığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır.

KAYNAKÇA

- ALDER, John: General Principles of Constitutional and Administrative Law, Palgrave Macmillan, 2002.
- ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1966.
- ALTIPARMAK, Cüneyd: Demokrasilerde Aday Belirleme Yöntemleri, TBBD, Sayı 76, Mayıs-Haziran 2008, s. 355-377.
- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ ÇEŞİTLİ SAYILARI
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI
- ARASLI, Oya: Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.
- ARASLI, Oya: Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), Ankara 1989.
- ARMAĞAN Servet, Türk Esas Teşkilat Hukuku, İstanbul 1979.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Konya 2009.
- ATAR, Yavuz: “Türkiye’de Seçim Sisteminin Gelişimi ve Siyasal Hayat Üzerindeki Etkileri”, Doktora Tezi, Konya 1990.
- BAHÇECİ, Barış: “1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar”, AÜHFD, C.54 Sayı, 3, 2005, s. 365-396.
- BİLİR, Faruk: Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), Ankara 2007.
- BİLİR, Faruk: Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Düşmesi Konya 2001.
- BOGDANOR, Vernon: Blackwell’in Siyaset Bilimi Ansiklopedisi I, (A-K), Türkçe Yayına Hazırlayan Bülent Peker, Çev. Bülent PEKER- Erhan YÜKSELCİ-Leyla KESKİNER), Ümit yayıncılık, Ankara 1999.
- BORA, Taml: “Müstakil Grup’tan Sahici Bağımsızlara”, Birgün Kitap,

Yrd. Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

sayı 41 <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=345> (17.08.2009)

BOWLER, Shaun/CARTER, Elisabeth/M. FARRELL, David: “Changing Party Access to Elections.” In *Democracy Transformed?* Ed. Bruce Cain, Russell Dalton and Susan Scarrow. Oxford 2003, Oxford University Press.

BRANCATI, Dawn: “Winning Alone: The Electoral Fate of Independent Candidates Worldwide”, <http://sitemason.vanderbilt.edu/files/dKWA5a/Winning%20Alone%20BRANCATI.pdf>, (10.08.2009)

COTTERET, Jean-Marie/EMERİ, Claude: *Seçim Sistemleri*, Çev., Ahmet Kotil, İstanbul, İletişim Yay., 1991.

D’ANIERİ, Poul: *Understanding Ukrainian Politics, Power, Politics and Institutional Design*, M.E. Sharpe 2007.

DUTERTRE, Gilles: *Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007.

DUVERGER, Maurice: *Siyasi Partiler*, (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Ankara 1993.

Encyclopedia Of American Political Parties and Elections Updated.

ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN POLITICAL PARTIES AND ELECTIONS, Updated, Edition, Lary J. Sabota and Howard R. Ernst, Newyork 2007.

GÖNENÇ, Levent: *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

GÖZLER, Kemal: *Vatandaşlık ve Milletvekilliği*, Liberal Düşünce Dergisi Yıl 1999, Cilt 4, Sayı 16..

IRWIN A, Galen/ANDEWEG B, Rudy: *Governance and Politics of the Netherlands*, Palgrave Mcmillan, 2005.

KABOĞLU, Ö. İbrahim: *Özgürlükler Hukuku*, Ankara 2002.

KABOĞLU, Ö. İbrahim: *Anayasa ve Toplum*, Ankara 2000.

Türk Siyasal Hayatında Bağımsız Milletvekili Adaylığı

- KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara 1970.
- KÖKER, Levent: “Seçim Sistemleri ve Siyasi Çoğulculuk”, Anayasa Yargısı, Sayı 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.
- KUZU, Burhan: “Bugünkü Seçim Sistemimiz ve Bazı Öneriler”, Anayasa Yargısı, Sayı 16, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1999, s, 254-293.
- Mathieu-Mohin ve Clerfayt-Belçika kararı, 02.03.1987, Seri A, No. 113 s. 23, paragraf, 52.
- MCDONALD, Michael D/BUDGE, Ian: Elections,, Parties, Democracy Conferring the Median Mandate, Oxford University Press, 2005.
- NORRIS, Pippa: “Buiding Political Parties: Reforming, Legal Regulations and Internal Rules”, Commissioned by IDEA in 2005, <http://ksghome.harvard.edu/~pnorris/Acrobat/Buiding%20political%20parties.pdf>,(2.07.2009)
- ONAR, Erdal: “1982 Anayasasında Milletvekilinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1997, C.14.
- ONAR, Erdal/TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “1982 Anayasasında Milletvekilliği Vatandaşlık İlişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)”, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999.
- ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Ankara 2003.
- ÖDEN, Merih: Seçmenlerin Kişi Tercih Açısından Seçim Sistemleri, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: Siyasal Partiler, Ankara 1979.
- ROGERS, Robert/WALTER, Rhodri: How Parliament Works, 6th Edition, London 2006.
- SAĞLAM, Fazıl: Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, İstanbul 1999.

Yrd. Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

SMYTH, Regina: Candidate Strategies and Electoral Competition in the Russian Federation Democracy Without Freedom, Cambridge University Press, 2006.

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, İstanbul 2007.

TRAVERSY, Griffith Anne Mary: Democracy, Parliaments and Electoral Systems, Commonwealth Parliamentary Association İn Association with Pluto Press, London-Sterling, Virginia 2000.

TUNCER, Erol: “Osmanlı’dan Günümüze Seçimler (1877-2002)”, TESAV Yayınları, Ankara 2003.

TUNÇ, Hasan: Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara 1999.

TUNÇ, Hasan: Türk Seçim Sistemi (Eleştirel Bir Yaklaşım), Konya 1995.

TURPIN, Colin/TOMKİNS, Adam: British Government and the Constitution, Cambridge University Press, 2007.

TÜRK, Hikmet Sami: “Demokratik Rejimlerde Seçim Kanunları ve Türkiye İçin Bir Seçim Kanunu Önerisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 44 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1995.

TÜRK, Hikmet Sami: “Türk Seçim Sisteminde Oy Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 26 Sayı: 3-4, Yayın Tarihi: 1969.

TÜRKÇE SÖZLÜK, 1. A-J, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1988.

ULUSLARARASI PARLAMENTERLER BİRLİĞİ VERİ TABANI (PARLINE Database
On National Parliaments): <http://www.ipu.org/parline-e/parlinesearch.asp>

UYAR, Hakkı: “Tek Parti Döneminde Seçimler”, Toplumsal Tarih, Sayı 64, Nisan 1999.

ÜNLÜ, Ahmet Hamdi/ERBİL Hasan: Seçim Mevzuatı ve Yüksek Seçim Kurulu Kararları, HD yayıncılık, Ankara 2007.

YÜKSEK SEÇİM KURULU KARARLARI, YSK, www.ysk.gov.tr

KOŞULLU SALIVERİLME

Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ*

ÖZET

Koşullu salıverilme hapis cezasının infaz şekillerinden bir tanesidir. Bu kurum sayesinde infaz kurumunda iyi hal gösteren hükümlülülerin cezalarının kalan kısmı kurum dışında infaz edilebilmektedir. Koşullu salıverilme ile ayrıca, cezanın özel önleme fonksiyonunun yerine getirilmesi, suçlunun yeniden topluma kazandırılması ve toplumun suçluluk oranının artma tehlikesinden korunması beklenmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Koşullu salıverilme, Hapis cezası, Cezanın infazı.

ZUSAMMENFASSUNG

Die bedingte Entlassung ist eine Maßnahme der Strafvollstreckung. Dank diesem Institut ist es möglich, dass der Straffrest des legalverhaltenden Täters in der Freiheit vollstreckt werden kann. Spezialpräventive Besserung, Resozialisierung, Schutz der Gesellschaft vor den Gefahren der Rückfallkriminalität sind außerdem von der bedingte Entlassung zu erwarten.

SUCHBEGRIFFE

Die bedingte Entlassung, Freiheitsstrafe, Strafvollstreckung.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Modern ceza hukukunda hapis cezasının amacı kişinin işlemiş olduğu suçtan dolayı pişman olmasını, toplumla tekrar barışmasını sağlamak ve cezanın infazı aşamasında onu iyileştirme programına tabi tutarak topluma kazandırmaktır. Cezanın infazıyla güdülen bu amaçların sağlanabilmesi için, ceza adaleti sistemi içerisinde çeşitli kurumlardan faydalanılmaktadır. Bunlardan birisi de koşullu salıverilmedir. Bu çalışmada koşullu salıverilme bütün ayrıntıları ile incelenmeye çalışılacaktır.

I- GENEL BİLGİLER

A- Kavram ve Tanım

Koşullu salıverilme, Türk hukukunda üzerinde ittifak edilmiş bir kavram değildir. Zira koşullu salıverilmenin doktrin ve uygulamada, “meşruten tahliye”, “şartla salıverme”¹, “şartla salıverilme”², “koşullu salıverme” ve “koşullu salıverilme”³ şeklinde isimlendirildiği görülmektedir.

Meşruten tahliye kelimesinin eski Türkçe olması nedeniyle kullanılmasını doğru bulmamaktayız⁴. Koşul ve şart kelimeleri dilimizde eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle kurumun adlandırılmasında, “koşul” ya da “şart” kelimelerinden birisinin tercih edilmesinden ziyade; “salıverme” ya da “salıverilme” kelimelerinden hangisinin kullanılacağı önem arz etmektedir. Salıvermek, bu eylemi gerçekleştiren kamu otoritesini, salıverilmek ise hükümlü tarafını ifade etmektedir⁵. Koşullu salıverilme hükümlünün bir takım koşulları yerine getirmesine bağlı tutulmuştur⁶. Kurumun işlerlik kazanması açısından ön planda olan taraf koşullu salıverilmeye karar veren kamu otoritesi değil, bu kurumdan yararlanan hükümlü olduğundan⁷, “salıverilmek” ibaresinin kul-

¹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 633 vd.

² Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt III, 12. Bası, İstanbul 1997, s.64 vd., no: 1716-1746.

³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2009, s. 638 vd.

⁴ “Arapça bir kelime olan tahliye sözcüğü salıverilme kavramını tam olarak karşılamadığından dolayı Osmanlı hukukçuları dahi bu kelimeyi tek başına kullanmamışlar, yolunu açmak anlamında “tahliye-i sebil” kelimesini kullanmışlardır.” Ali Rıza Önder, “Salıverme”, in: Ankara Barosu Dergisi, yıl 1980, sayı 2, s. 249.

⁵ Tuğrullah Yıldırım, Şartla Salıverilme (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1990, s. 2.

⁶ Yıldırım, s. 4.

⁷ Mustafa Avcı, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1994. s. 241.

lanılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz⁸. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun⁹ konuyu düzenleyen 107. maddesinde de “Koşullu Salıverilme” kavramı tercih edilmiştir.

Koşullu salıverilme için, “çağdaş ceza hukukunun gayesi olan ıslah yolunda iyi hal gösteren mahkûmun, mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezasının kanunun gösterdiği bir bölümünün dolmasıyla, kalan ceza süresinde kasıtlı bir suç işlememesi ve konulan şartlara uyması, aksi takdirde bu hakkın geri alınması şartı ile yetkili merciiin kararıyla serbest bırakılmasıdır”¹⁰ şeklinde geniş bir tanımın yapıldığını görmekteyiz. Benzeri bir tanım da, “mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında çağdaş ceza hukukunun amacı olan ıslah yolunda iyi hal gösteren ve cezanın kanunen tayin edilen bir kısmını kurallara tam uyararak geçirmiş olan hükümlünün yine yasa ile belirtilen kurallara uymak sureti ile cezasının tamamını çekmeden, yetkili mercilerce verilecek bir karara dayanılarak serbest bırakılmasıdır” şeklindedir¹¹.

Doktrinde *Özgenç*¹² koşullu salıverilmeyi ceza infaz kurumunda cezasını çekmekte olan, bunun sonucu olarak belli bir ıslah ve terbiye programına tabi tutulan, bütün tutum ve davranışları gözlemlenen mahkûmun işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyması halinde, mahkûm olduğu ceza süresi tamamlanmadan ceza infaz kurumunun dışına çıkarılmasına ve cezasının kalan kısmını herhangi bir suç işlememesi ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranması koşuluyla dışarıda geçirmesine imkân tanınması olarak tanımlamaktadır. Burada dikkati çeken husus, hareketleri gözlemlenen mahkûmun işlemiş olduğu suçtan pişman olduğunun belirlenmesi halinde koşullu salıverilmeden yararlanabileceğine vurgu yapılmış olmasıdır. Yani koşullu salıverilme kurumunun temel şartı olan iyi halli olma durumunun tespitindeki temel ölçüt kişinin işlemiş olduğu suçtan pişman olmasıdır.

B- Koşullu Salıverilmenin Amacı

Koşullu salıverilme, ilk olarak İngiltere’de ortaya çıkmıştır. İngiltere, uzak ülkelerdeki kolonilerine iş gücü sağlamak ve kalabalıklaşan cezaevlerini

⁸ **Murat Başman**, Şartla Salıverilme (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996, s. 3.

⁹ Kabul Tarihi: 13.12.2004, 25683 Nolu Resmi Gazete: 29.12.2004

¹⁰ **Başman**, s.4.

¹¹ **Yıldırım**, s.5; Bkz. **Veli Kafes**, Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar, Ankara 1998, s.2; **Cengiz Bardak**, “Şartla Salıverilme”, in: Adalet Dergisi, yıl 1989, sayı 4, s. 57; **İlhan Akbulut**, “Şartla Tahliye”, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt LV, sayı 1-2, İstanbul 1995-1996, s. 174.

¹² **Özgenç**, s. 638.

boşaltmak için böyle bir çare geliştirmiştir¹³. 1717 yılından beri geçerli olan bu sistemde, mahkûmlar ilk başlarda Amerika'ya daha sonra da Avustralya'ya gönderilmişlerdir. Bu dönemde koşullu salıverilme ağır suçlulardan kurtulmanın en ucuz ve kalıcı yolu olarak görülmüştür¹⁴.

Günümüzde ise koşullu salıverilme, hükümlüler, özellikle de uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanlar üzerinde, cezaevi hayatının olumsuz etkilerinin azaltılmasını ve bu kişilerin sosyal rehabilitasyonunu sağlayan bir kurum olarak görülmektedir¹⁵. Çağdaş ceza hukukunda cezanın amacı “özel önleme”, yani suçlunun ıslahının sağlanmasıdır. Islahın gerçekleşebilmesi için hükümlünün de belli bir irade ortaya koyması gerekmektedir. Bu amacı gerçekleştiren kurumlardan biri de koşullu salıverilmedir. Özel önlemenin ve hükümlünün yeniden sosyalleşmesinin yanında, yeniden suç işlenmesi tehlikesinden toplumun korunması da günümüzde hemen hemen her ülkede koşullu salıverilmeden beklenen hedefler arasındadır¹⁶.

Hâkim, yargılama sırasında suçluyu yeterince tanımadığı için, onun ıslahına yetecek ceza miktarından daha fazla bir cezaya hükmedebilmektedir. İşte koşullu salıverilme ile iyi hal sergileyen hükümlünün cezaevinde gereğinden fazla kalması engellenerek cezanın şiddeti azaltılmış olmaktadır¹⁷. Hükümlüyü iyi hal sergilemeye motive eden şey, ceza süresinin dolmasından önce cezaevi dışına çıkacağı ve böylece özgürlüğüne daha erken kavuşacağı ümididir. Bu bakımdan, hükümlü kendisine uygulanan ıslah programına elinden geldiği kadar uymaya çalışmaktadır¹⁸. Dolayısıyla, koşullu salıverilme mahkûmları iyi halli olmaya teşvik eden araçların başında gelmektedir¹⁹.

Koşullu salıverilme ile hükümlü yanında devletin de bir takım kazanımları söz konusudur. Örneğin bu kurum sayesinde hükümlüler hem ıslah edilerek sosyal hayata daha erken dönmekteler, hem de tüketici konumundan üretici konumuna geçerek ekonomiye yarar sağlamaktadırlar²⁰.

¹³ **Ahmet Caner Yenidünya**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul, 2002, s. 79; **Avcı**, s. 242.

¹⁴ **Siegfried Räfte**, Die Bedingte Entlassung, Wuppertal 1964, s. 5.

¹⁵ **Lopez Rey**, “Salıverme ve Şartlı Salıverme” (çev. Mustafa Tören Yücel), Adalet Dergisi (AD), yıl 61, Ocak 1970, sayı 1, s. 44.

¹⁶ **Räfte**, s. 15.

¹⁷ **Kafes**, s.8; **Avcı**, s. 242.

¹⁸ **Bardak**, s. 57.

¹⁹ **Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 504; **Özgenç**, s. 639.

²⁰ **Süheyl Donay**, “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, İstanbul Üniver-

Bunun dışında koşullu salıverilme hapis cezasının bireyselleştirilmesini sağlayan bir araçtır. Bu kurum sayesinde kişi mahkum olduğu ceza süresinden önce özgürlüğüne kavuşacağını ümit eder ve kendisine uygulanan ıslah ve terbiye programının gereklerine uygun davranır²¹. Buna göre, koşullu salıverilme:

- 1- Mahkûmun cezasının infazı tamamlanmadan serbest kalma imkânı sağlar.
- 2- Cezanın bireyselleştirilmesini sağlar.
- 3- Cezalar sistemini tamamlar
- 4- Yaptırımın ceza evinde infaz edilmeyen bölümüne bir alternatif teşkil eder²².

C-Koşullu Salıverilmenin Hukuki Niteliği

Koşullu salıverilmenin suçlu lehine kabul edilmiş bir atıfet mi, bir hak mı, yoksa cezaların bir infaz şekli mi olduğu konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre koşullu salıverilme mahkumlar açısından bir haktır ve belirli koşulları yerine getiren mahkumların buna inandırılmasında fayda vardır. Koşullu salıverilme kamu yararına dayanan bir hak olduğu için mahkûm bu hakkı kullanmaktan vazgeçemez²³.

Diğer bir görüş ise²⁴ koşullu salıverilmenin yetkili makamların takdirine bağlı bir imkân olduğunu savunmaktadır. Buna göre, koşullu salıverilme mahkûm hakkında uygulanan bir lütuf tedbiridir. Bu nedenle mahkûm, bu tedbirin kendisi hakkında uygulanmamasını isteyebilir ve böylece infazın devamını isteyebilir. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında koşullu salıverilmenin bir lütuf olduğu görüşüne taraftar olmuştur²⁵.

sitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl 1974/1-4, cilt XL, s. 760.

²¹ **Özgenç**, s. 639.

²² **Yenidünya**, s. 95.

²³ **Dönmezer/Erman**, s.69, no: 1720.

²⁴ Bu düşünceler için Bkz. **Yenidünya**, s. 96.

²⁵ Mahkeme 21/12/2000 günlü 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” hakkında yapılan itiraz başvurusu üzerine verdiği kararında şu görüşleri dile getirmiştir: “Şartla salıverilme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi durumuyla) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün **ödüllendirilmesidir**. Suçlunun kendisine verilen cezadan daha kısa bir sürede uslanması, eyleminden pişmanlık duyması ve bunu iyi davranışıyla kanıtlaması durumunda, cezaevinde daha fazla kalması gereksiz olabilir. Bu durumda, şartla salıverilme infaz sistemindeki en

Bir başka görüş ise, koşullu salıverilmeyi, bir hak ve lütuf olarak değil, sadece cezanın infaz şekli olarak görmektedir²⁶. Koşullu salıverilme bir atıfet değildir, çünkü bu kurum taliki bir şarta bağlanmıştır²⁷. Şart yerine gelince mahkûm cezasını çekmiş sayılacaktır. Bu tarz bir şart da, lütuf olan bir tasarrufun doğasına aykırıdır. Burada bir hak da söz konusu değildir. Zira kurumun uygulanıp uygulanmayacağı hükümlünün iradesine terk edilmiş değildir. Bu kurum bir hak olarak düşünülseydi salıverilmenin uygulanıp uygulanmayacağına hükümlünün kendisinin karar vermesi icap ederdi²⁸.

Kanaatimizce koşullu salıverilme kurumu cezanın bir infaz şeklidir. Bu kurum sayesinde mahkûm olunan cezanın kalan kısmı kurum içerisinde değil de kurum dışında infaz edilecektir. Kişinin cezasının infazına devam edildiği için doğal olarak mahkûm ile devlet arasındaki ceza ilişkisi de devam etmektedir. Koşullu salıverilmenin cezanın bir infaz şekli olmasının iki sonucu vardır. Birincisi, koşullu salıverilmeye hükümlünün talebi olmasa bile karar verilecektir. Kanun koyucu burada kurumu otomatikleştirmeyi ve bundan cezaevi idaresini sorumlu tutmayı amaçlamıştır²⁹. Ancak şartların oluşması halinde salıverilmeyi hükümlünün kendisi de talep edebilecektir. CGTİHK'nın kurumu düzenleyen maddelerinden aksi bir düşüncenin çıkarılması mümkün değildir. İkincisi, koşullu salıverilme cezanın infazının bir şekli olduğu için hükümlünün bunu kabul etmeme hakkı yoktur.

II-KOŞULLU SALIVERİLMENİN KOŞULLARI

A. Cezanın Bir Kısmının İnfaz Edilmiş Olması

Koşullu salıverilme mahiyeti itibarıyla sadece kanunda aranan belli koşulları yerine getiren mahkûmların yararlanabileceği bir kurumdur. Koşullu salıverilmenin belli şartlara bağlı olarak değil, hâkimin takdirine göre belli kişiler hakkında uygulanması, bu kurumdan beklenen faydayı sağlamayacaktır³⁰.

etkili araçtır. Şartla salıverilmenin en önemli öğeleri, cezanın belirli bir süre çekilmiş olması, hükümlünün bu süre içinde iyi durum göstermesi, şartla salıverildikten sonra gözetim altında kalması ve şartla salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda şartla salıverilme kararının geri alınabilmesidir”

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-332.htm>

²⁶ Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2008, s.448; Ayhan Önder, s. 633.; Yenidünya, s. 100; Koca/Üzülmez, s. 504.

²⁷ Akbulut, s. 176.

²⁸ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2009, s. 540; Akbulut, s. 176.

²⁹ Yenidünya, s.98.

³⁰ Mustafa Tırtır, “Şartla Salıverme”, Layiha, yıl 2, sayı 5, s. 46.

Koşullu salıverilme sadece hapis cezaları hakkında kabul edilmiştir³¹. Hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için hapis cezasının bir kısmının infaz edilmesi de gerekir. Bu süre zarfında kişi gözlenecek, incelenecek, kişinin suçtan pişmanlık duyup duymadığı saptanabilecektir³². Bu yüzden sürelerin tespitinde bazı hususlar önem arz etmektedir. Örneğin koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin çok uzun olarak belirlenmesi, bu kurumun etkinliğini azaltır. Çünkü hükümlülerin gereğinden fazla bir süre infaz kurumunda tutulmaları, onların yetkili makamlarla işbirliği yapma olasılığını azaltacaktır. Buna karşılık infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin çok kısa olarak belirlenmesi cezanın gayesiyle bağdaşmaz³³. Çünkü hükümlünün gözlemlenmesi ve suçtan pişmanlık duyduğunun tespit edilmesi için yeterli bir sürenin söz konusu olması gerekir. Eğer bu süre sağlanamaz ise kurumdaki beklenen amaç da gerçekleşemez. CGTİHK’da koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler çeşitli ihtimallere göre düzenlenmiştir.

1-Sürelili Hapis Cezalarında Koşullu Salıverilme

TCK’nın 49/2. maddesinde, bir yıl ve daha az süreli hapis cezalarının kısa süreli hapis olarak nitelendirilmesi, süreli hapis cezalarının kısa süreli ve uzun süreli hapis şeklinde ikiye ayrıldığını göstermektedir³⁴. Bu ayrım kısa süreli hapis cezalarının TCK’nın 50. maddesinde öngörülen seçenek yaptırımların uygulanabilmesi açısından önemlidir. Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi, mahkûm olunan hapis cezasının infazına başlanamaması nedeniyle koşullu salıverilmenin uygulanma imkânını ortadan kaldırır. Bununla birlikte, hakkında seçenek tedbire hükmedilen kişi Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmeye başlamaz ise veya başlayıp da devam etmez ise, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir (TCK md. 50/6). Bu durumda koşullu salıverilmenin uygulanması gerekmektedir.

TCK’da süreli hapis cezalarının kısa ve uzun süreli olmak üzere ikiye ayrılmasının CGTİHK bakımından bir önemi yoktur. Zira kanunda koşullu salıverilmenin uygulanabilmesi için hapis cezaları yönünden herhangi bir

³¹ Koca/Üzülmez, s. 505.

³² Kafes, s. 29.

³³ Tırtır, s. 50.

³⁴ Koca/Üzülmez, s. 481.

asgari süre öngörülmemiştir. Bu durum uygulamada ilginç kararların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.5.1976 tarih ve 182/227 sayılı kararında³⁵ özetle kanunumuzda (647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun) üç günden aşağı hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olanların koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanamayacağını belirten bir düzenlemenin olmamasını gerekçe göstermiş ve iki gün hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılan kimseye de bu kurumun uygulanması gerektiğini ve hatta sanık lehine iki günün üçte ikisinin bir gün olarak belirlenmesinin gerektiği kararını vermiştir. Bu karar, bu kadar kısa sürede en gerçekçi yöntemlerin kullanılması halinde bile, bir hükümlünün iyi halinin tespit edilemeyeceği ve bu kadar kısa sürede ıslahın da gerçekleşemeyeceği nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir³⁶.

Bütün süreli hapis cezaları bakımından hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi için cezaevinde geçireceği süre, hükümlülük süresinin üçte ikisidir (CGTİHK md.107/2). Ancak birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde bu süre en fazla yirmi sekiz yıldır (CGTİHK md. 107/3, e). Yürürlükten kalkan Cezaların İnfazı Hakkında Kanuna göre ise bu süre hükümlülük süresinin yarısı kadardır (md. 19).

Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı süreli hapis cezasına çarptırılanlar, cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda geçirmeleri halinde koşullu salıverilmeden faydalanabileceklerdir (CGTİHK md. 107/4). Bu durumdaki hükümlülerin birden fazla süreli hapis cezasına mahkûm edilmeleri halinde cezaevinde geçirecekleri süre en fazla otuz iki yıldır (CGTİHK md. 107/4, e).

Yukarıda belirtildiği gibi bazı suçlar açısından koşullu salıverilme sürelerinin ağırlaştırılması hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı görülebilir. Nitekim bu gerekçelerle Terörle Mücadele Kanununun koşullu salıverilme sürelerini ağırlaştıran 17. maddesi³⁷ aleyhine Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi bu talebi reddetmiştir³⁸.

³⁵ Zikreden **Yenidünya**, s.113.

³⁶ **Yenidünya**, s. 114.

³⁷ Bu madde metni, başlığı ile birlikte, 29/06/2006 tarihli ve 5532 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması bakımından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin dördüncü fıkrası ve 108. maddesinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

³⁸ "Yasa koyucu, şartla salıverilmenin koşullarını, örneğin yararlanma sürelerini, kimi suçlar-

Ceza Kanunumuz sisteminde tekerrür, cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak değil, tehlikeli halin bir göstergesi olarak kabul edilmiş ve CGTİHK'nın 108. maddesiyle tekerrüre diğer sonuçların yanı sıra koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreleri uzatan bir etki tanınmıştır. Buna göre, tekerrür halinde kişinin koşullu salıverilmeden faydalanabilmesi için mahkûm olduğu süreli hapis cezasının dörtte üçünü infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmesi gerekmektedir.

Burada örgüt mensubu suçlularla ilgili bir sorun karşımıza çıkmaktadır. İlk suçu örgütün faaliyeti çerçevesinde suç olan bir kimsenin koşullu salıverilmeden yararlanması için cezasının dörtte üçünü infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmesi gerektiği söylenmişti. Tekerrüre esas teşkil eden bir suçun işlenmesi halinde, normalde ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre üçte iki iken, tekerrürden dolayı bu süre dörtte üçe yükselmektedir. Buraya kadar bir sorun gözükmemektedir. Ancak tekerrür halinde işlenen suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç olması halinde, bu mahkûmun ceza evinde kalması gereken sürede hiçbir değişiklik olmamaktadır. Zira ilk defa işlenen örgüt suçlarına da ve bu suçların tekerrür halinde işlenmesi halinde de mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacaktır. Yani bu suçlular açısından değişen hiçbir şey olmayacaktır. Bu bir sorun gibi gözükmemektedir. Ancak koşullu salıverilmedeki amacın mahkûmun ıslahı olduğu da göz önüne alınmalıdır. Örgüt suçlarından dolayı uygulanacak olan koşullu salıverilme süresinin daha uzun olması ve mükerrirlere ilişkin denetim süresinin hâkim tarafından beş yıla kadar uzatılabilmesi (CGTİHK md.108/6) ortaya çıkan sorunu gidermeye yeter düşüncesindeyiz.

dan mahkûmların bundan yararlanıp yararlanmayacaklarını, ya da ne şekilde yararlanabileceklerini zaman içerisinde toplumun gelişmesine göre, takdir edebilir. Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlar ile diğer suçlar arasındaki ayrılık doğal olarak bunlara ilişkin cezaların yerine getirilmesinde de farklılıklar yaratabilir. Bunun ölçülerini toplumsal gereksinimler gösterir.

Değişik eylemler için değişik yaptırımlar öngörebilmesi yasa koyucunun takdir alanına girdiği gibi şartla salıverme yönünden de kimi suçlar için ayrı kurallar konulması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Yasa koyucu, toplumun huzuru ve suçların önlenmesi açısından, terör suçlarını işleyenlerin, cezalarının , daha uzunca bir bölümünü çektikten sonra şartla salıverilmelerinin yararlı olacağı kanısıyla böyle bir düzenleme yapmayı uygun bulmuştur.

Yukarıda yazılı nedenlerle madde Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir." Anayasa Mahkemesi, 31/3/1992 tarih. E.1991/18, K.1992/20, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-20.htm>

2-Müebbet Hapis Cezalarında Koşullu Salıverilme

Hukukumuzda müebbet hapis cezası normal ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder (TCK md. 48). Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası da hükümlünün hayatı boyunca devam etmekle beraber bu kimseler cezalarını, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çekerler (TCK md. 47).

Ölüm cezalarını kanunlarından çıkarmış ülkelerde, müebbet hapse mahkûm olmuş kimselerin koşullu salıverilmesinin kamuoyunu rencide ettiği iddia edilmektedir. Koşullu salıverilmenin yerine çok zorunlu durumlarda özel af yoluna gidilmesi tavsiye edilmekte ise de³⁹, bu teklif cezalandırmayla ve bu çerçevede koşullu salıverilmenin kabul edilmesiyle güdülen amaçlarla bağdaşmamaktadır. Zira koşullu salıverilme cezanın infazı aşamasında mahkûmun sosyalleşmesini sağlayan, böylece cezayı amacına ulaştıran bir müessesedir⁴⁰. Müebbet hapse mahkûm olanların da özgürlüğe kavuşma umutlarının olması gerekir. Sadece bu şart altında, bu kişilerin cezalarının infazından istenilen sonuçlar alınır⁴¹. Avrupa Parlamentosu Ceza Komisyonu da 76 no'lu raporu ile müebbet hapse mahkûm olanların özgürlüğe kavuşma umutlarının olması gerektiğini vurgulamıştır⁴². CGTİHK'da bu görüşten hareketle müebbet hapis cezalarında koşullu salıverilmeyi kabul etmiştir.

CGTİHK'ya göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar otuz yılı, müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar ise yirmi dört yılı infaz kurumunda iyi halli olarak geçirdikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabileceklerdir (md.107/2).

Müebbet hapis cezasına mahkûmiyetin yanı sıra diğer bir suçtan mahkûmiyetin söz konusu olduğu hallerde de koşullu salıverilme kabul edilmiştir. Ancak bu durumda koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre uzamaktadır. Buna göre, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz altı yıl; birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz yıl; bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına

³⁹ Dönmezer/Erman, s. 71, no: 1721.

⁴⁰ Dönmezer/Erman, s. 71, no: 1721.

⁴¹ Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,5., vollständig neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, 1996, s. 853.

⁴² Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 451.

mahkûmiyet halinde en fazla otuz altı yıl; bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz yıldır (CGTİHK md. 107/3).

Örgüt suçlarında ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz altı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar ise otuz yılını infaz kurumunda geçirmeleri halinde koşullu salıverileceklerdir. Ancak bu suçlular birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûm olurlar ise bu süre kırk yıl; birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz dört yıl; bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla kırk yıl; bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz dört yıldır (CGTİHK md. 107/4).

Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılını; müebbet hapis cezasının otuz üç yılını ceza infaz kurumunda geçiren hükümlü de koşullu salıverilebilecektir (CGTİHK md.108/1).

3- Özel Koşullu Salıverilme Süresi

CGTİHK’da kabul edilen koşullu salıverilme süreleri kural olarak yukarıda belirtildiği şekildedir. Ancak CGTİHK md. 105/4’te özel bir koşullu salıverilme halinin düzenlendiğini kabul edebiliriz. Bu düzenlemeye göre, eğer mahkûm olunan hapis cezası iki yıl veya daha az ise, mahkûmun rızasının olması şartıyla, hükümlülük süresinin yarısının iyi halli olarak geçirilmesinden sonra, mahkûmiyetin geri kalan kısmı kamuya yararlı bir işte çalıştırılmak suretiyle infaz edilebilecektir. Bu durumda denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak ve tedbirlere uyulmaması halinde de bu karar geri alınabilecektir (CGTİHK md. 105/5).

CGTİHK md. 105/4’ün uygulanabilmesi için hükümlünün rızasının olması gerekmektedir. Rızanın yanı sıra hükümlünün kendisinin, yasal temsilcisinin veya Cumhuriyet başsavcılığının talebinin olması şarttır. Peki, hükümlü bu maddede belirtilen tedbirin uygulanmasına rıza göstermez ise ne olacaktır? Fıkradaki düzenleme koşullu salıverilme hükümlerine göre özel bir düzenleme arz etmektedir. Eğer CGTİHK md. 105/4’ün uygulanması mümkün değil ise hükümlü hakkında genel koşullu salıverilmeye ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır. Yani hükümlü cezasının üçte ikisini iyi halli olarak geçirdiği takdirde koşullu salıverilecektir. Koşullu salıverilmenin uygulanmasında hükümlünün buna rıza gösterip göstermemesi önemli değildir.

4- İnfazı Gereken Sürenin Tutuklulukta Geçirilmesi Halinde Koşullu Salıverilme

Koşullu salıverilme cezaların infaz şekillerinden birisidir. Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmeden infaz olunamayacağı için (CGTİHK md.4) bu kurumun tutuklu kimseler hakkında uygulanması mümkün değildir. Bu yüzden CGTİHK md. 107’de bilinçli olarak “mahkûm kişi”, “mahkûm edilmiş olmak” ve “mahkûmiyet halinde” ibareleri kullanılmıştır.

Ancak mahkûmun yargılama safhasında belli bir süreyi tutuklulukta geçirdiği hallerde, bu sürelerin koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı sorununun çözümlenmesi gerekmektedir.

Burada ilk olarak cezasının koşullu salıverilmeye karşılık gelen kısmını tutuklulukta geçirmiş ve hüküm esnasında da tutuklu bulunmayan kimseler hakkında koşullu salıverilmenin uygulanıp uygulanamayacağının tartışılması gerekir. Doktrinde ağırlıklı olarak bu kimselerin de koşullu salıverilmeden yararlanmalarının gerektiği kabul edilmektedir. Bu kimseler tekrardan infaz kurumuna alınıp hükümlü statüsüne sokulamazlar. Ancak bu durumda bulunan kişilerin tutukluluk süresince iyi halli olmaları ve bu durumun cezaevi idare ve gözlem kurulunca tespit edilmiş olması gerekmektedir⁴³.

Bu durumda koşullu salıverilme süresinin hangi andan itibaren başlayacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüş koşullu salıverilme süresinin başlangıcının mahkûmiyet kararının kesinleştiği an olacağını kabul etmektedir⁴⁴. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu görüşü benimsemiştir⁴⁵. Diğer görüş ise, hükmün kesinleştiği değil, koşullu salıverilmeden faydalanabilmek için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin infaz edilmiş sayıldığı tarihi başlangıç olarak kabul eder⁴⁶.

⁴³ **Yenidünya**, s. 129; **Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2007, s. 626; **Kafes**, s. 45.

⁴⁴ **Kafes**, s. 45.

⁴⁵ “Gerek TCK gerekse 647 sayılı kanunda sözü edilen şartlı salıverme hükümlerinin uygulanabilmesi için hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Tutuklulukta geçen sürenin hükümlülükten indirilmesi veya şartlı salıverme hesabında göz önüne alınması ancak hükmün kesinleşmiş olması koşulu ile sınırlıdır. Bu durumda şartlı salıverilmeden yararlanmasına ilişkin kararın verilebilmesi için hükmün kesinleşme tarihinin başlangıç sayılmasında yasal zorunluluk bulunduğu...” Yargıtay 8.CD, 24/1/1984, 106/128, Veli Kafes, s. 45 dn. 48

⁴⁶ Yargıtay 1.CD, 20/9/1993, 1595/1662; aynı yönde bkz. **Yenidünya**, s. 131

Tutuklu bulunduğu gün sayısı kadar veya tutuklu bulunduğu gün sayısından daha az bir süreye mahkûm edilen ancak hüküm anında tutuklu bulunmayan kimselerin ise infaz kurumuna konulması gibi bir durum söz konusu olamaz. Zira TCK md. 63 gereğince hüküm kesinleşmeden önce şahsi hürriyeti kısıtlama sonucunu doğuran bir hal olan tutuklulukta geçirilen sürenin mahkûmiyet süresinden indirilmesi sonucunda, kişinin infaz edilmesi gereken bir cezası kalmayacaktır. Verilen hüküm kesinleştiği takdirde de, salıverilen kişi hakkında -bu kimsenin mükerrer suçlu olması hali dışında (CGTİHK md. 108/4)- herhangi bir denetim süresi öngörülemez. Çünkü bahse konu denetim süresi koşullu salıverilen hükümlüler hakkında uygulanabilecektir. Örneğimizde ise sanık, hükümde belirtilen cezanın tamamını infaz kurumunda geçirmiştir. Bu nedenle, bu kişinin cezasının tamamının infaz edildiğini kabul etmek gerekmektedir. Aynı durum hüküm anında tutuklu bulunan ve tutukluluk süresi mahkûmiyet süresini karşılayan kişiler açısından da geçerlidir. Bu kimselerin ise, hükümle birlikte serbest bırakılmaları gerekir. Zira TCK md. 63 bu kişiler için de uygulama bulacaktır.

Bir başka ihtimal ise, hüküm anında tutuklu bulunan ve tutukluluk süreleri hükümde belirtilen cezaya ilişkin koşullu salıverilme süresini karşılayan hükümlüler hakkında tutukluluğun devamına karar verilip verilemeyeceğidir. Doktrin ve uygulamada bu kimseler “hüküm özlü” olarak adlandırılmaktadır. Hüküm özlüler, yargılandıkları davada aleyhlerinde bir karar verilen, ancak bu kararın henüz kesinleşmediği tutuklu kimselerdir⁴⁷. Örneğin hakkında üç yıl hapse hükmedilen ve bu sırada tutuklu bulunan kişinin, tutuklulukta geçirdiği iki yıllık süre hükmedilen cezaya göre koşullu salıverme süresine karşılık gelmektedir. Bu gibi hallerde, mahkûmiyet kesinleşmediği için koşullu salıverilmenin uygulanması mümkün değildir (CGTİHK md. 4) ve bu nedenle de mahkemenin tutukluluk haline son vermek zorunda olmadığını söyleyebiliriz. Yargıtay’ın bu hususta doğrudan bir kararına rastlamamakla birlikte, Ceza Genel Kurulu’nun tutuklulukta geçen sürenin mahsubu hakkında vermiş olduğu bir kararında⁴⁸ dolaylı olarak da olsa tutuklulukta geçen sürenin hü-

⁴⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 627.

⁴⁸ “... Şartlı salıverilmenin geri alınması nedeniyle aynen infazına karar verilen bakiye cezadan, ikinci suç nedeniyle tutuklulukta geçen sürenin tamamının mı, yoksa ikinci suç için verilen cezanın 647 sayılı Yasanın 19. ve Ek 2. maddeleri uyarınca infazından sonra kalan sürenin mi, yoksa tutuklu kalınan suçtan verilen ceza süresini aşan tutukluluk süresinin mi mahsup edileceği hususuna gelince; Cezaların toplanması sistemine 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilmemiş, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 99. maddesinde, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümlerin bulunması halinde koşullu sa-

kümde belirtilen süre kadar olabileceğini kabul etmekte, yani hâkim bu gibi durumlarda hükümde tutukluluk halinin kaldırılmasına karar vermek zorunda olmamaktadır.

Uygulamada mahkemeler hüküm verdiğinde, Cumhuriyet savcılarını “hüküm özü” denilen ilam özetini cezaevine göndermekte, cezaevi idaresi de hüküm kesinleşmiş olmadığından hüküm özünde yazılı sürenin sonuna kadar infazı sürdürüp, süre bitiminde hükümlüyü salıvermektedirler⁴⁹. Bu durum doktrindeki yazarlar tarafından eleştirilmiştir⁵⁰. Zira uygulamada bu durumdaki kişiler bir dilekçe vererek haklarındaki incelemenin öne alınmasını Yargıtay’dan talep etmektedirler. Buna karşılık Cumhuriyet savcısının ve müdahilin kararı temyiz etmediği durumlarda sanık, temyiz hakkını kullanmayarak hakkındaki kararı kesinleştirmekte ve hükümlü statüsüne geçmektedir. Böylece bu kimse koşullu salıverilmeden yararlanabilecek hale gelmektedir. Bu ise belki de hukuka aykırı verilmiş bir kararın kesinleşmesine ve sanığın temyiz hakkını kullanmasına engel olmaktadır⁵¹.

Kanaatimizce tutuklulukta geçen sürelerin koşullu salıverilmede geçmesi gereken süreyi karşıladığı bu gibi hallerde kişi salıverilebilmelidir. Tutukluluğun kaldırılması kararı 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununa göre hüküm özlüler hakkında verilememektedir. Ancak CMK md. 104/3 gereğince bölge adliye mahkemeleri, Yargıtay ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu istem halinde veya re’sen kişinin salıverilmesine karar verebilecektir. Bu nedenle hüküm özlüler hakkında da tutukluluk halinin kaldırılmasına karar verilebilecek ve bu kimselerin hak ettiklerinden daha fazla bir süre infaz kurumunda kalmalarının önüne geçilebilecektir.

lıverilmenin düzenlendiği 107. maddenin uygulanması yönünden bir toplama kararı isteneceği hükme bağlanmıştır. Bu sistemde, cezaların toplanması, ancak koşullu salıverilmenin söz konusu olması halinde mümkün olabilecektir. Somut olayda, 765 sayılı TCK’nın 17. maddesi uyarınca aynen infazına karar verilen bakiye cezaya koşullu salıverilme hükümleri uygulanamayacağından bu maddenin uygulanması olanaksızdır. Hükümlünün şartla salıverilmeden sonra işlediği suç nedeniyle 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılıp bu cezanın tamamının tutuklu olarak infaz edilmesi, şartlı tahliye kararına konu mahkumiyet yönünden de yeniden şartlı tahliye hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle yürürlükten kaldırılan 765 ve 1412 sayılı Yasa hükümleri uyarınca da cezaların içtimaı olanağı bulunmamaktadır. Yine, ikinci suç nedeniyle hükmedilen cezanın müstakilen infaz edilmesi halinde de, hükümlünün önceki mahkumiyetinden mahsubu gereken fazla süre, 647 sayılı Kanunun 19. ve Ek 2. maddelerine göre şartla tahliyeye hak kazanacağı süreden fazla olan süre olmayıp mahkumiyet süresini aşan 16 gündür. Zira, koşullu salıverilme ile infaz işlemi sona ermeyip devam etmektedir...” Yargıtay CGK, 31/1/2006, E. 2006/1-4, K. 2006/7, <http://www.kazanci.com.tr/>

⁴⁹ Kafes, s. 46.

⁵⁰ Kafes, s. 47; Yenidünya, s. 133.

⁵¹ Kafes, s. 47.

B- İyi Halli Olmak

Koşullu salıverilme ile hükümlünün topluma yeniden uyumu ve ıslahının sağlanması amaçlanmaktadır. Eğer hükümlü iyi hal gösterdiği takdirde kurumun kapısının anahtarı kendisine verilmektedir⁵². İyi hal şartı aranmadan kanunda öngörülen sürelerin sırf dolması neticesinde hükümlülerin infaz kurumundan salıverilmesi, koşullu salıverilmenin otomatikleşmesine ve bu kurumdan beklenen amaçların gerçekleşmemesine neden olur. Bu yüzden iyi halin tespitine azami özen gösterilmeli, iyi hali tespit edilmeyen hükümlülerin infaz kurumundan zamansız salıverilmesine imkan tanınmamalıdır⁵³.

Tabii ki hükümlülerin infaz kurumunda sergilemiş oldukları iyi hallilik onların gelecekte bir daha suç işlemeyeceğine kesin bir güvence teşkil etmez, ancak iyi hallilik bu yönde güçlü bir belirtidir⁵⁴. İyi hal kararının verilmesinde tutuklulukta sergilenen hal ve davranışlar da göz önünde tutulmalıdır⁵⁵. Bu durum, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün⁵⁶ 133. maddesinde de kabul edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre tutukluluk halinde disiplin cezası almış kimselerin durumları, ileride haklarında verilecek iyi hal kararında göz önünde bulundurulmak üzere gözlem ve sınıflandırma formunun ilgili kısmına yazılır.

Tutukluluk süresinin göz önünde tutulmasına karşılık kişinin infaz kurumuna girmeden önce sergilemiş olduğu eylemleri iyi hallilik kararındaki değerlendirmeye esas teşkil etmez⁵⁷. Koşullu salıverilmeye karar verilirken göz önünde tutulması gereken şey hükümlünün infaz kurumundaki davranış-

⁵² Ayhan Önder, s. 633.

⁵³ Yenidünya, s. 143.

⁵⁴ Kafes, s. 53.

⁵⁵ Tırtır, s. 52, Yargıtay 1. CD, 14/01/1976 T. 3/41

⁵⁶ Bakanlar Kurulu kararı 20/3/2006 tarih no: 2006/10218; Resmi Gazete 6/4/2006 no: 26131.

⁵⁷ “zinadan hükümlünü...’ün cezasının 2/3 ünü iyi halle geçirdiği için, ... şartla salıverilmesine dair cezaevi komisyonu kararının; (müsnet suç zina olup, diğer suçlar gibi fevri bir hareket neticesi husule gelecek suçlardan bulunmadığından, suçun ıkaı için sanığın uzun zaman bir hazırlık safhasında bulunması ile, bütün ahlaki redaetini ortaya koyduğundan ve aile müessesesinin, cemiyetin temel nizamı olduğundan ve bu müesseseye karşı işlenen suçların, ahlak ve adaba aykırı bulunduğundan... v.s.) bahisle tasvip edilmemesine dair... verilen karar; (hükümlünün, iyi hal gösterip göstermediğinin, ancak cezanın infazı, safhasındaki tavır ve hareketleri göz önünde tutularak tesbiti gerekli olup, işlenen suçun nevi ve niteliğinin iyi hal kıstasına bir etkisi bulunmayacağı, böylece de , adı geçenin mahkumiyetini gerektiren suçun zina olmasının 19/1. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, şartla salıverilmesine engel teşkil etmeyeceği...) yolundaki yazılı emre binaen bozulmuştur.” Yargıtay 6. CD, 23/5/1967 2646/2602 (Muhtar Çağlayan, “Yargıtay İçtihatları İşığı Altında Şartla Salıverilme Üzerine Bir İzah Denemesi”, AD, 1979/5, yıl 70, s. 301.)

larıdır. İşlenen suçun ağırlığı gibi hususlar kararın verilmesinde herhangi bir rol oynamamalıdır⁵⁸.

Hükümlünün iyi halli olup olmadığını CGTİHK md. 89 gereğince disiplin kurulunun görüşünü alarak idare kurulu saptayacaktır⁵⁹. İyi hal kararı verilmesi için hükümlünün:

- 1-Ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla kurulmuş kurallara içtenlikle uyması,
- 2-Haklarını iyi niyetle kullanması,
- 3-Yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi,
- 4-Uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olması gerekmektedir (GTİHK md. 89, Tüzük md. 133/1).

Hükümlü hakkında verilmiş ve henüz kaldırılmamış olan disiplin cezaları koşullu salıverilmeye engel teşkil eder (Tüzük md.134/1). Ancak başlatılan disiplin soruşturması henüz tamamlanmamış olur ve hükümlünün koşullu salıverilme süresi dolmuş olursa, bu durumdaki hükümlünün iyi halli olup olmadığının takdiri idare ve gözlem kuruluna aittir (Tüzük md. 134/2). Hükümlünün iyi halli olduğuna ve olmadığına ilişkin kararlara karşı 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'na göre şikâyet yoluna gidilebilir (Tüzük md. 134/3).

İyi halli olan bir hükümlü hakkında koşullu salıverilme kararının ne zaman verileceği ayrı bir sorun olarak karşımıza gelmektedir. Yargıtay, bir kararında hükümlünün sürenin son gününe kadar iyi halliliğini kaybedebileceğini belirterek, sürenin dolmasından birkaç gün önce verilen koşullu salıverilme kararını bozma sebebi saymıştır⁶⁰. Bu karara göre koşullu salıverilme kararının verilmesi için koşullu salıverilme süresinin sonuna kadar beklenmesi gerekecektir. Böyle bir durumda ise, oluşacak en ufak bir aksaklıkta kişi in-

⁵⁸ **Jescheck/Weigend**, s. 851; **Herbert Tröndle/Thomas Fischer**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004, s. 480

⁵⁹ Tüzüğün 34/1. maddesine göre idare ve gözlem kurulu şu kişilerden oluşur: kurum müdürü, gözlem ve sınıflandırmadan sorumlu ikinci müdür, idare memuru, cezaevi tabibi, psikiyatrist, psikolog, sosyal çalışmacı, öğretmen, infaz ve koruma başmemuru ve kurum müdürü tarafından teknik personel arasından seçilen görevli.

⁶⁰ "bir hükümlünün cezasının 2/3 ünün son gününe kadar da herhangi bir sebeple iyi hallilik niteliğini kaybetmesinin imkan dahilinde bulunacağı gözetilmeden, 17.1.1973 gününde süresini tamamlayacak olan adı geçen hakkında, dört gün önce, 13.1.1973 tarihinde şartla salıverilme kararı ittihazi... bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 6.CD, 26/3/1973, 5278/5252 (Çağlayan, s. 303.)

faz kurumunda kalması gerekenden daha fazla süre kalacaktır.⁶¹ İnfaz kurumunda fazladan bir saat kalınmasının bile kişide oluşturacağı olumsuz etkiyi göz önünde bulundurarak, koşullu salıverilme kararının, sürenin dolmasından birkaç gün önce verilmesinde bir sakıncanın olmayacağı kanaatindeyiz. Zira uzun süre iyi hal göstermiş bir hükümlünün, salıverilmesine birkaç gün kala iyi halliliğini kaybetmesi istisnai bir durumdur. Böyle bir istisnai durumun gerçekleşebileceğini düşünerek hükümlünün hak etmediği halde infaz kurumunda kalmasına neden olunması yerinde değildir.

C-Koşullu Salıverilme Kararının Verilmesi

CGTİHK md. 107/11'e göre koşullu salıverilme kararının kural olarak hükmü veren mahkeme, hükümlü bir başka yerde bulunmaktaysa o yerdeki aynı derecedeki mahkeme tarafından verilmesi gerekir. Koşullu salıverilme hakkında bir karar verilebilmesi için, hükümlünün iyi halliliğini tespit eden idare kurulunun kararının gerekçeleri ile birlikte mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir.

Mahkemenin karar verirken inceleyeceği ilk husus cezanın kanunda belirtilen süresinin infaz kurumunda infaz edilip edilmediğidir. Daha sonra verilen iyi hal kararının tüzük ve kanun hükümlerine uygun olarak verilip verilmediği araştırılır⁶². Mahkeme ceza infaz kurumu idare kurulunun kararı ile bağlı değildir⁶³.

Mahkemenin koşullu salıverilmeyi uygun bulduğu veya uygun bulmadığı yolundaki kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilir (CGTİHK md. 107/11). Kanunun bu düzenlemesi ile eski infaz kanunu zamanında yapılan tartışmaların bir geçerliliği kalmamıştır. Zira eski İnfaz Kanunu md. 19/6'da mahkemenin ret kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebileceği hüküm altına alınmıştı. Doktrinde bir kısım yazar ve Yargıtay, koşullu salıverilmenin ka-

⁶¹ Yıldırım, s. 62; Yenidünya, s. 152.

⁶² Kafes, s. 64.

⁶³ “Mahkum M.nin, işlediği adam öldürme suçundan dolayı tutuklandığı tarihten başlayarak, üç defa cezaevinden firar etmiş ise de, yakalandığı ve ayrıca görevli gardiyana küfredip sol gözüne yumrukla da vurduğu anlaşılmış; ceza ve tevkif evinden müteaddit defalar kaçmak ve bunlardan başka görevli gardiyana sövüp ayrıca müessir fiil ika etmek suretiyle kanunlara itaatli ve iyi halli bir kimse olmadığını bizzat ortaya koymuş olan hükümlünün şartla salıverilmesinden faydalanmaya layık bulunmadığı mahkemece taktir edilmiştir. Gardiyana küfredip gözüne yumrukla vurmasından dolayı Adana Ceza ve Tevkif Evi İnzibat Komisyonunca verilmiş olan bir ay hücre cezasının Kırşehir Cezaevi İnzibat Komisyonu tarafından sonradan kaldırılması ve ayrıca hakkında iyi hal kararı verilmesi mahkemeyi bağlamaz.” Yargıtay 1. CD, 18/12/1965,2563/2743 (Özgenç, s. 646.)

bulüne ilişkin kararlara karşı da itiraz yoluna gidilebileceğini kabul etmekteydi⁶⁴. Buna karşılık bir başka görüş ise koşullu salıverilmenin kabulüne ilişkin kararlar aleyhine itiraz yoluna gidilemeyeceği, zira yasada bu konuda bir boşluk olduğunu savunmaktaydı⁶⁵. CGTİHK ise ayırım yapmadan bütün kararlara karşı itirazın mümkün olduğunu belirterek bu tartışmalara son noktayı koymuştur.

D-Koşullu Salıverilmeden Yararlanamayacak Olanlar

CGTİHK bazı durumlarda koşullu salıverilmenin uygulanmasını yasaklamıştır. Doktrindeki bazı yazarlar ceza süresi ne olursa olsun hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanabilmesinden yanadırlar⁶⁶. Elbette bazı durumlarda örneğin iyi hal göstermeyen veya firar eden hükümlülerin koşullu salıverilme sürelerinin uzatılması kabul edilebilir. Ancak hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanmasının tamamıyla yasaklanması hem infaz hukuku kurallarına aykırılık teşkil eder, hem de salıverilme ihtimali olmadığı için hükümlülerin rehabilitasyonu mümkün olmaz ve hükümlülere uygulanan eğitim programlarının sonuçsuz kalmasına neden olur⁶⁷.

Kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre şu hükümlü grupları koşullu salıverilmeden yararlanamayacaklardır:

1- Hükmolunan altı ay veya daha az süreli hapis cezasının her hafta Cuma günleri saat 19.00'da girmek ve Pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları; her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'da çıkması suretiyle geceleri çektirilmesine karar verilen hükümlüler (CGTİHK m. 110/1),

2- Altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutlarında çektirilmesine karar verilen kadın ve altmış beş yaşını bitirmiş hükümlüler,

⁶⁴ Yıldırım, s. 63; Akbulut, s. 179. " yasalarda, bir yargı katının vereceği kararın kesin olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmadıkça o karara karşı yasa yolunun açık bulunması yargısal denetimin ve adalet güvencesinin kaçınılmaz gereğidir. 647 sayılı Cezaların Yerine Getirilmesine İlişkin Yasanın 19. maddesinde koşullu salıvermeyi düzenleyen hükümlerle ilgili olarak verilecek kararların da yasa yolu denetiminden soyutlanması düşünülemez. Bu maddedeki itiraz yolunun ancak koşullu salıverilmenin uygun görülmesine ilişkin kararlara kapalı bulunduğu biçimindeki düşünce, yasa yolu ile gerçekleşecek yargı denetimini sınırlamak anlamına gelir." Yargıtay 8. CD, 14/4/1983, 1094/1122 (Kafes, s. 65.)

⁶⁵ Yenidünya, s. 167.

⁶⁶ Özgenç, s. 643; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 627.

⁶⁷ Özgenç, s. 643; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 627.

Koşullu Salıverilme

3- Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutlarında çektirilmesine karar verilen yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler,

4- Üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutlarında çektirilmesine karar verilen yetmiş beş yaşını bitirmiş hükümlüler⁶⁸,

5- Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” başlıklı Dördüncü Bölüm, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölüm, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler (CGTİHK m. 107/16),

6- İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanmasına karar verilen hükümlüler (CGTİHK m.108/3),

7- 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesindeki zimmet suçundan dolayı mahkum olup da fona veya hazineye olan borçlarını ve tazminatları ödemeyen veya bu borç ve tazminatların malvarlıklarından tahsil olunamayan hükümlüler⁶⁹,

8- 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı kanunun 1. maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olan terör suçluları (CGTİHK geçici madde 2).

III-KOŞULLU SALIVERİLME DEN SONRA UYGULANACAK REJİM

A- Genel Olarak

Koşullu salıverilme cezanın bir infaz rejimi olduğundan, koşullu salıverilme ile infaz edilmekte olan ceza son bulmamakta, cezanın infazına infaz kurumu dışında devam edilmektedir. Bu yüzden koşullu olarak salıverilen mah-

⁶⁸ 2,3,4. başlık altında belirtilen hükümlülerin bu özel infaz usulünden yararlanabilmeleri için mahkum olunan suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade edilmesi, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen tazmin edilmesi gerekmektedir (CGTİHK md. 110/2).

⁶⁹ Bu düzenleme cezanın bir infaz rejimi olan koşullu salıverilmeden yararlanmanın, özel hukuk hükümlerine göre tahsil edilmesi gereken bir alacağın tahsiline bağlanmış olması nedeniyle eleştirilmektedir. **Özgenç**, s. 644.

kûm açısından mahkûmiyetin gerekli kıldığı hak yoksunlukları (TCK md. 53) devam eder⁷⁰. Ancak, koşullu salıverilen mahkûm kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkilerini kullanabilir (TCK md. 53/3).

Koşullu salıverilmeden sonra uygulanacak rejim bakımından iki sistem mevcuttur. Bunlardan ilki, koşullu salıverilme süresi içinde herhangi bir gözetim veya denetim rejimi öngörmeyen klasik sistemdir⁷¹. Buna göre, hükümlü kanunda belirtilen süreyi iyi halli olarak geçirirse, cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Eski infaz kanunu döneminde 1987 yılından itibaren koşullu salıverilme açısından klasik sistem geçerli olmuştur. 15/4/1987 tarih ve 3352 sayılı kanunla TCK'nın "emniyeti umumiye idaresi altında bulundurulma" kurumunu düzenleyen 28. maddesi yürürlükten kaldırılmıştı. Bu gelişme karşısında eski infaz kanununun 19. maddesi hükmü de dolaylı olarak yürürlükten kalkmış bulunmaktaydı. Zira bu madde koşullu salıverilme sonrası uygulanacak rejim bakımından TCK md. 28'e atıf yapmaktaydı.

Koşullu salıverilmeden sonra uygulanacak bir diğer rejim ise "gözetim sistemi"dir. Bu sistemde hükümlü koşullu salıverildikten sonra infaz kurumu dışında geçireceği süre içerisinde belli yükümlülükleri yerine getirmek zorunda bırakılabilir⁷². CGTİHK koşullu salıverilmeden sonra denetimli serbestlik rejiminin uygulanabileceğini öngörmüştür. Yani yeni infaz sistemimiz açısından "denetimli serbestlik" olarak adlandırılan gözetim sistemi geçerlidir.

B-Denetim Süresinin Tespiti

Koşullu salıverilen hükümlünün cezasının infaz kurumunun dışında çekeceği kısmına ilişkin süreye denetim süresi denir⁷³. CGTİHK göre, koşullu salıverilen kişinin tabi tutulacağı denetim süresi infaz kurumunda geçirilen sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde hak ederek tahliye tarihini geçemez (md. 107/6). Örneğin üç yıl hapis cezasına çarptırılan kişi, mahkum olduğu cezanın üçte ikisini iyi halli olarak geçirdiği takdirde koşullu salıverilecektir. Bu hükümlünün tabi tutulacağı denetim süresi, koşullu salıverilme süresi olan iki yılın yarısı kadar, yani bir yıl olacaktır. Buna karşılık örneğin on yıl hapis cezasına çarptırılan mükerrir suçlu bu sürenin dörtte üçü olan yedi yıl altı aylık süreyi iyi halli olarak geçirirse koşullu olarak salıverilecektir. Bu

⁷⁰ Özgenç, s. 647.

⁷¹ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2005, s. 698; Avcı, s. 245.

⁷² Centel/Zafer/Çakmut, s. 698.

⁷³ Özgenç, s. 647.

kişi hakkında uygulanacak denetimli serbestlik süresi normalde üç yıl sekiz ay olmasına rağmen, bu süre hak ederek tahliye tarihini aştığı için, bu kişi hakkında uygulanacak denetimli serbestlik süresi en fazla iki yıl dört ay olacaktır.

Eski infaz kanununa göre ise koşullu salıverilmeye deneme süresi muvafakat hürriyeti bağlayıcı cezalarda cezanın infaz edilmeyen kısmı kadardı. Bu dönemde müebbet hapse mahkûm edilenlerin veya ölüm cezasının infaz edilmemesine TBMM tarafından karar verilenlerin deneme süresinin ne olduğu hususu doktrinde tartışmalı idi. Bir görüşe göre, bu gruptaki mahkûmlar hakkında deneme süresi ölünceye kadar devam edecekti⁷⁴. Diğer bir görüş ise eski TCK md. 17/2'deki uygulama karşısında deneme süresinin müebbet hapse mahkûm edilenler için otuz altı, TBMM tarafından ölüm cezasının infaz edilmemesine karar verilenler için kırk yıl olacağını savunmaktaydı⁷⁵. CGTİHK denetim süresi için getirmiş olduğu açık düzenlemeyle bu tür tartışmaların önüne geçmiş bulunmaktadır.

IV-Koşullu Salıverilme Kararının Geri Alınması

A-Denetim Süresi İçerisinde Kasıtlı Bir Suçun İşlenmesi

Koşullu salıverilme kararının geri alınmasını doğuran durumlardan ilki hükümlünün denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemiş olmasıdır (CGTİHK md. 107/12). Eğer sonradan işlenen suç kasten işlenen bir suç değilse veya kasten işlenen ancak hapis cezasını değil de adli para cezasını gerektiren bir suç ise koşullu salıverilme kararı geri alınmaz⁷⁶.

Koşullu salıverilme kararının geri alınmasında karşılaşılan ilk sorun, ikinci suçun ertelenmesi durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınıp alınmayacağıdır. Bu duruma ilişkin Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bir yeknesaklık yoktur. Yargıtay bir kararında, deneme süresi içerisinde işlenen hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürme ilişkin cezanın ertelenmesi karşısında koşullu salıverilme kararının geri alınmayacağına karar vermiştir⁷⁷.

⁷⁴ **Dönmezer/Erman**, s. 86, no: 1744; **Yıldırım**, s. 66.

⁷⁵ **Yenidünya**, s. 177.

⁷⁶ **Özgenç**, s. 651.

⁷⁷ "Hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükümlendirilen ve cezası kesinleşen bir kişinin, cezası infaz edilmemiş olsa dahi, sonradan vaki mahkumiyetinde, erteleme atıfından yararlandırılmasına her ne kadar yasal olanak bulunmamakta ise de, Manisa Asliye Ceza Mahkemesi'nin işbu erteleme kararı temyize konu edilmemekle kesinleşmiştir. Kesinleşmiş bu kararın hükümlü lehine kazanılmış hak oluşturduğu ve yasal geçerlilik kazandığı tartışılmaz bir gerçektir. Böyle bir karar, temelinde yasaya aykırılığın varlığından söz ederek geçersiz saymak ya da

Buna karşılık Yargıtay bir başka kararında deneme süresi içerisinde işlemiş olduğu cürmün hataen ertelenmesine karar verilen hükümlü hakkındaki koşullu salıverilme kararının, bu hükümlünün iyi halliliğini kaybettiği gerekçesi ile geri alınması gerektiğine hükmetmiştir⁷⁸. Yargıtay kararlarının bu şekilde

ilgilisi yararına sağladığı yarar ve sonuçları kısmen dahi olsa zafiyete uğratmak olası değildir. 647 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca, ertelenmiş bir mahkumiyet kararı, TCY'nın 95/2. maddesi koşullarında değerlendirmeye tabi tutulmalı ve yazılı emir konusunda çözüm üretilmelidir. Zikredilen madde hükmüne göre; “cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, CEZASI TECİL EDİLMİŞ MAHKUMİYETİ ESASEN VAKİ OLMAMIŞ SAYILACAK, aksi halde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunacaktır. Yasa, hükümlünün iyi halliliği koşuluna bağladığı atıfeti,sadece erteli cezanın çektirilmemesi ile sınırlandırmamakta, mahkumiyet kararını bütünüyle vaki olmamış sayacağını vadetmektedir. Bu vadin, mahkumiyet kavramının doğurabileceği her türlü etki ve neticeyi de kapsamına aldığında kuşku yoktur. Geçmiş hükümlülüğü bulunan kişinin sonraki cezasının ertelenmesinde yasaya aykırılık olduğuna işaret etmek mümkün ve isabetli ise de; her nasılsa kesinleşmiş bulunan bu hükmü yok sayarak, doğurduğu kazanılmış hakları şu veya bu gerekçeyle daraltmak olanaksızdır. Artık bu karar, bünyesindeki yasaya aykırılığa rağmen ilgilisi yararına kazanılmış haklar oluşturmakla yasaya uygunluk kazanmış bulunmaktadır. Etki ve bağlayıcılığı, temelde yasaya uyarlı hükümlerden farklılık arzetyemeyecektir. Bir mahkumiyet hükmünün, geçmişte verilmiş şartla tahliyenin geri alınmasına dayanak yapılması, o hükmün “sonuç yaratma” özelliğinin sonucudur. Bu hal ancak ve sadece ertelenmemiş mahkumiyetin varlığıyla olanaklıdır. Ertelenmiş mahkumiyetlerde ise hükmün yaratabileceği her türlü etkinlik askıya alınmakta ve deneme süresinin sonuna kadar, hükümlünün yeni bir cürüm işlememesi koşuluyla geciktirilmekte ve bu süre iyi hallilikle geçitirilince mahkumiyet kararı esasen vaki olmamış sayılmaktadır. Şartla geri alınma koşullarını hükme bağlayan TCY'nın 17. maddesinde, sonraki mahkumiyetin varlığından söz edilmiş olunmasını yeterli saymak ve ertelenmiş mahkumiyet halinin istisna olarak gösterilmediğinden söz edilerek konuya çözüm üretmekte isabet görülmemektedir. Bilindiği üzere yasakoyucu “olağani öngörerek kural vazeder.,Olağandışı halleri önceden derpiş edebilmek mümkün olamayacağından, bunları sıralayarak önlemlerini kurala bağlamak yasakoyucudan beklenmemelidir. Bu nedenledir ki, şartla salıverilmiş bir hükümlünün, ertelemeden yararlandırılması biçimindeki olağandışılığa, Yasanın 17. maddesi içeriğiyle sınırlı kalınarak çözüm getirmek olanağı bulunmamaktadır. İsbetli çözüm, kazanılmış hak oluşturarak yasalık kazanan erteleme kararını tüm sonuçlarıyla geçerli kabul etmek ve erteleme nedenleri ortaya çıkmadıkça şartla salıverme kararını kaldıramayacağını kabullenmektir. Bu nedenledir ki, CYUY'nın 343. maddesine dayalı yazılı emir istemi isabetlidir. Manisa Ağır Ceza Mahkemesi'nin yasal nitelik taşıyan 9.10.1995 gün ve 1995/32 Müt. sayılı kararını itirazen kaldıran İzmir Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.10.1995 gün ve 1995/322 Müt. sayılı kararı kaldırılmalıdır.”Yargıtay 1. CD, 5/2/1996, E.1996/6, K. 1996/219 <http://www.kazanci.com.tr/>

⁷⁸ “Deneme süresi içinde işlenen suç nedeniyle hükmolunan cezanın ertelenmesi halinde, yasa koyucunun şartla salıverme kararının geri alınamayacağına dair istisnai bir düzenleme yaptığı söylenemez. Zira, bu durumda kasıtlı suçtan dolayı hükmolunan özgürlüğü bağlayıcı cezanın ertelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının yasaya aykırı olarak ertelenmesi halinde şartla salıverilme kararının geri alınamayacağını ileri sürülmesi, yasa koyucunun amacına aykırıdır. İncelenen dosyada, adam öldürme ve yaralama suçlarından 15 yıl ağır hapis 4 ay 30 gün hapis cezasına hükümlü Mustafa'nın, bu cezasının infazı sırasında 25.3.1994 tarihinde şartla salıverildiği, deneme süresi içinde 14.5.1996 tarihinde işlediği izinsiz silah taşımak suçundan 1 yıl hapis ve 300.000

çelişkili olmasının sebebi, eski Ceza Kanununa göre erteleme süresi sonunda mahkûmiyetin vaki olmayacağına karar verilmesiydi. Deneme süresi içerisinde işlenen suçun cezasının infazının ertelenmesi halinde, koşullu salıverilme kararının geri alınmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hükümlü bu durumda iyi halli olma vasfını kaybetmiştir. Erteleme halinde de aslında ortada bir mahkûmiyet vardır, ancak ceza kurum dışında infaz edilmektedir(TCK md. 51/8)⁷⁹. Bu yüzden Yeni Ceza Kanunumuza göre de denetim süresi içinde işlenen ikinci suçun cezasının ertelenmesi halinde dahi koşullu salıverilmenin geri alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Karşılaşılan bir diğer sorun da koşullu salıverilme kararının geri alınması için kasıtlı bir suç işlenmesinin yeterli mi olduğu, yoksa bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olmanın aranıp aranmayacağı hususudur. Doktrindeki bir görüşe göre koşullu salıverilme süresi içerisinde işlenen bir suçtan dolayı kararın geri alınabilmesi için deneme süresi içerisinde işlenen suçtan kesinleşmiş bir mahkûmiyetin varlığı aranmalıdır⁸⁰. Buna karşılık kattığımız diğer bir görüş ise, koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesi için kasıtlı bir suçun işlenmesini yeterli görmekte, bu suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkûmiyetin varlığını aramamaktadır⁸¹. Çünkü hükümlü deneme süresi içerisinde bir suç işleyerek iyi halli olmadığını göstermiştir. Geri alma açısından hükmün de kesinleşmesinin şart olması adaletsizliklere neden olur. Örneğin yargılaması hızlı yapıp, bu ceza deneme süresi içerisinde kesinleşen hükümlülere geri alma hükümleri uygulanabilecektir. Ancak hakkındaki mahkûmiyet hükmü deneme süresinden sonra kesinleşenler açısından geri alma hükümleri uygulanmayacaktır.

Eski Ceza Kanunu md. 17/1'e göre kişi işlediği ikinci suçtan dolayı şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olursa koşullu salıverilme kararının geri alınacağı belirtilmişti. Bu düzenlemenin doğurduğu sonuç, deneme süresi içerisinde işlenen cürme karşılık öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesi halinde, esas ceza çevrilen para cezası olduğu için, ko-

lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verilerek bu cezasının ertelendiği ve hükmün kesinleştiği, bu suretle TCY'nın 17. maddesinde tanımlanan türden bir cürüm işleyip mahkum olmakla iyi halliliğini kaybettiği anlaşıldığından, şartla tahliye kararı geri alınmalıdır." Yargıtay CGK, 18/11/1997, E. 1997/1-156, K.1997/250, <http://www.kazanci.com.tr/>

⁷⁹ *Yenidünya*, s. 186.

⁸⁰ *Dönmezer/Erman*, s. 87, no: 1745.

⁸¹ *Önder*, s. 639; *Demirbaş*, *İnfaz Hukuku*, s. 461.

şullu salıverilme kararının geri alınamayacağıydı⁸². Buna karşılık CGTİHK md. 107'ye göre koşullu salıverilme kararının geri alınması için denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçun işlenmesi gerekmektedir birlikte, bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmak şart değildir. Bu düzenlemenin getirdiği sonuç, denetim süresinde işlenen suç adli para cezasına veya başka bir güvenlik tedbirine dönüştürülmüş olsa dahi, koşullu salıverilme kararının geri alınacağıdır⁸³. Ancak böyle bir kabul CGTİHK m. 107/15, a hükmü ile bağdaşmamaktadır. Bu fıkradaki “hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse” ibaresi karşısında koşullu salıverilme kararının geri alınması için, hükümlünün denetim süresi içerisinde işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olması gerekecektir⁸⁴. Buna göre, deneme süresi içerisinde işlemiş olduğu kısa süreli hapis cezası para cezasına veya diğer güvenlik tedbirlerine çevrilmiş ise (TCK md. 50/1) koşullu salıverilme kararı geri alınamayacaktır. Ancak kişinin bu yükümlülüklere aykırı hareket etmesi de olasıdır. TCK m. 50/6'ya göre hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanılmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde hüküm veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının infazına karar verir. Bu durumda uygulamadaki asıl mahkûmiyet de hapis cezası olacaktır. İşte böyle bir durumla karşılaşılması halinde de koşullu salıverilme kararı geri alınacaktır. Bu yüzden seçenek tedbirlere başvurulması halinde ortada aslında askıda olan koşullu salıverilme kararının geri alınması durumu vardır.

Deneme süresi içerisinde işlenen kasıtlı suçun af kapsamına girmesi halinde koşullu salıverilme kararının geri alınmasının gerekip gerekmeyeceği de tartışmalı bir husustur. Doktrinde bir görüş, bu durumda dahi koşullu salıverilme kararının geri alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu suç her ne kadar af ile ortadan kalkmışsa da hükümlü salıverilme koşullularını ihlal etmiştir⁸⁵. Diğer bir görüşe göre ise, deneme süresi içerisinde işlenen suç genel af kapsamına girmiş ise koşullu salıverilme kararı geri alınmaz. Çünkü genel af halinde hükmolunan cezalar tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalkar⁸⁶. Kanaatimizce ilk görüş yerindedir. Zira koşullu salıverilme kararının kaldırılmasında kanun

⁸² *Yenidünya*, s. 184.

⁸³ *Özgenç*, s. 651.

⁸⁴ *Özgenç*, s. 652.

⁸⁵ *Yenidünya*, s. 185.

⁸⁶ *Centel/Zafer/Çakmut*, s. 702.

koyucu iyi halliliğin kaybedilmesini aramaktadır. İşlenen suçun genel af veya özel affa uğraması işlenen eylemin haksızlık olarak değerlendirilmesine bir etkide bulunmaz. Genel af halinde her ne kadar hükmolunan cezalar bütün sonuçları ile kalksa da (TCK md. 65/1), eylem suç olarak kalmaya devam edecektir. Ayrıca bütün sonuçları ile ortadan kalkan suç, affa uğrayan suçtur. Koşullu salıverilme kararının geri alınması ise ilk işlenen suça bağlanan bir neticedir.

Şu hususu da belirtmek gerekmektedir: Her ne kadar deneme süresinde kasıtlı bir suç işlendiğinde, suç tarihi ile bihakkın tahliye tarihi arasındaki süre ceza infaz kurumunda çektirilecekse de, geri alma kararının uygulanması bu ikinci suç hakkındaki kararın kesinleşmesinden sonra uygulanmalıdır. Çünkü hükümler kesinleşmeden icra edilemezler⁸⁷.

B-Yükümlülükler Aykırı Hareket Edilmesi

Koşullu salıverilme kararının geri alınmasını gerektiren bir diğer neden ise hükümlünün denetim süresi içerisinde yükümlülükler aykırı hareket etmesidir. CGTİHK'nın sisteminde koşullu salıverilen hükümlü başıboş bırakılmamaktadır. Hâkim koşullu salıverilen kişiye danışmanlık edecek bir uzman kişi atayabilecektir. Bu uzman, hükümlünün hareketlerini gözlemleyecek ve bu gözlemlerini üçer aylık raporlarla hâkime bildirecektir (m. 107/9).

⁸⁷ **Yenidünya**, s. 185; **Özgenç**, s. 653; “Meşruten tahliye kararının geri alınma şartları Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; mahkumun meşruten tahliye müddeti içerisinde kasdi bir cürümden dolayı şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olması veya zorunlu olduğu şartları yerine getirmemesi gerekir. 8.6.1986 gün 9/4 sayılı İçtihadı Birleştirme kararına göre; Ceza Kanunu'nun 17. maddesi 1. fıkrasında geçen mahkum olur sözü deneme müddeti içinde işlenen cürmün hukuki tevsik ve tescili manasında olup cürüm işler şeklinde anlaşılması gerekir. Bu itibarla meşruten tahliye kararının geri alınması için mahkumun meşruten tahliye tarihi ile bihakkın tahliye edilmesi gereken tarih arasında şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir kasdi bir cürüm işlemesi yeterli olup ayrıca ikinci cürümden dolayı bu müddet içinde mahkumiyet hükmü verilmesi veya kesinleşmesi gerekmez. Ancak meşruten tahliye kararının geri alınabilmesi için, geri almayı gerektirir mahkumiyet kararının kesinleşmiş olması da zorunludur. Bu itibarla geri alma kararı, ile ikinci cürümden dolayı verilen mahkumiyet kararlarının aynı ilamda birleşmelerine hukuken imkan yoktur. Ceza Kanunu'nun yürürlüğe konulmasına dair 825 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca meşruten tahliye kararını geri alacak merci, ilk hükmü veren mahkeme başkanıdır. Bu durumda; meşruten tahliye kararının geri alınması; geri alınmayı icap ettiren ikinci hükmün kesinleşmesini müteakip ilk hükmü veren mahkeme başkanından istenecektir. Hal böyle olunca; meşruten tahliye kararının geri alınmasına icap ettiren ikinci cürüme ilişkin mahkumiyet kararının verilip kesinleşmesi beklenmeden, meşruten tahliye kararının geri alınmasına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” Yargıtay CGK, 6/10/1986, E. 19866-208, K. 1986/ 422, <http://www.kazanci.com.tr/>

CGTİHK m. 107’de hükümlülere yüklenebilecek iki tür yükümlülük çeşidi öngörülmüştür. Ancak hâkimin bu yükümlülüklerle hükmetme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Hâkim, hükümlünün topluma uyumundaki başarısını ve kişiliğini de göz önünde bulundurarak, denetim süresinin denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan geçirilmesine karar verebileceği gibi, vermiş olduğu denetimli serbestlik kararını denetim süresi içerisinde de kaldırabilir (CGTİHK m. 107/10).

Yükümlülüklerden ilki 107. maddenin 7. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre hükümlü infaz kurumunda öğrendiği bir meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel bir kişinin gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılabilir. Bu kimseler çalışma süresi boyunca denetim görevlisi⁸⁸ uzman kişinin gözetimindedir. Bu kişi, hükümlüler hakkında bir denetleme planı⁸⁹ hazırlar. Bu planda hükümlünün denetim süresinde uyması gereken kural ve yükümlülükler, birlikte çalışılması düşünülen kişi ve kuruluşlar ile denetimin zaman tanımlamasına ilişkin hususlara yer verilir (Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği m. 96/4). Denetleme görevlisi bu denetleme planında belirtilen hususlara uyulup uyulmadığını üçer aylık raporlar halinde hâkime sunacaktır.

Diğer yükümlülük ise on sekiz yaşından küçükler hakkında verilen yükümlülüktür. CGTİHK m. 107/8’e göre on sekiz yaşından küçük hükümlüler, denetim süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler. Bu kimseler hakkında da bir denetleme planı oluşturulur. Bu planda hükümlünün devam etmesi gereken eğitim programı belirlenir (Yönetmelik m. 36/7). Bu kimseler hakkında ayrıca bir denetim planı⁹⁰

⁸⁸ Denetim görevlisi, 18/4/2007 tarihli 26497 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan “Denetimli Serbestlik Ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği”nin md. 4/g’de tanımlanmıştır. Bu maddeye göre denetim görevlisi Şube müdürlüğü (denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü) veya büroda (şube müdürlüğü bulunmayan ilçelerde kurulan denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerini yürüten büro) kadrolu veya geçici olarak görev yapan psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve öğretmenini ifade eder.

⁸⁹ Denetleme planı da bir önceki dipnotta adı geçen yönetmeliğin 4/j maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre denetleme planı, denetimin yöntemini belirleyen, gerektiğinde sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog ve öğretmen gibi uzmanlar ile infaz ve koruma baş memurları veya infaz ve koruma memurları tarafından hazırlanan, şüpheli, sanık veya hükümlünün yükümlülüklerinin planlandığı belgedir.

⁹⁰ Denetim Planı, değerlendirme formu ile düzenlenmesi halinde sosyal araştırma raporu doğrultusunda sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog ve öğretmen gibi uzmanlar tarafından hazırlanan, sanık veya hükümlünün toplumla bütünleşmesi ile iyileştirilmesini amaçlayan, meslekî çalışma ve denetimin ayrıntılı olarak planlandığı belgeyi ifade eder (Yönetmelik md. 4/g).

oluşturulur. Bu planda denetleme planına ek olarak, hükümlünün hangi aralıklarla öğretmen ile görüşeceği ve rehberlik hizmetleri kapsamında yapılacak çalışmalara dair bilgiler yer alır. CGTİHK m. 107/8 gereğince hazırlanan denetim veya denetleme planına uyulmaması halinde, hükümlünün uyarılması için durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilir. Bu halde kayıt kapatılmayarak açık bırakılır. Mahkemenin uyarısına rağmen denetim veya denetleme planına uyulmaması halinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (Yönetmelik m. 37/3).

C-Geri Alma Kararını Verecek Mercii

Koşullu salıverilme kararını geri alacak mercii konusunda değişik ihtimaller ortaya çıkmaktadır. Hükümlü hakkındaki geri alma kararı eğer hükümlünün deneme süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan kaynaklanmakta ise, ikinci suç hakkında hüküm veren mahkeme geri alma kararına da hükmedecektir (CGTİHK m. 107/15, a).

Eğer koşullu salıverilme kararı hükümlünün yüklenen yükümlülüklerle aykırı hareket etmesi nedeniyle geri alınacak ise, bu durumda esas olarak yetkili mahkeme koşullu salıverilme kararına esas teşkil eden hükmü veren mahkemedir (CGTİHK m. 107/15, b). Koşullu salıverilme kararını yukarıda ilgili kısımda bahsettiğimiz üzere kural olarak hükmü veren mahkeme verecektir. Ancak hükümlünün başka bir yerde bulunması halinde koşullu salıverilme kararını vermeye bu yerdeki aynı derecedeki mahkeme yetkilidir.(CGTİHK md. 107/11). İşte bu durumda koşullu salıverilmenin geri alınması kararını, koşullu salıverilme kararını veren mahkeme alacaktır.

D-Geri Alma Kararının Sonuçları

Hükümlü hakkında verilen koşullu salıverilme kararı, hükümlünün denetim süresi içerisinde işlemiş olduğu kasıtlı bir suç nedeniyle geri alınmış ise, sonraki işlediği suç tarihinden itibaren kalan cezasının infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (CGTİHK md. 107/13a). Görüldüğü gibi burada, cezanın kalan kısmının infaz edilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Koşullu salıverilme kararı, hükümlünün denetim süresi içerisinde kendisine yüklenen yükümlülüklerle uymaması nedeniyle geri alınmış ise hükümlü, mahkemenin taktir edeceği bir süreyi ceza infaz kurumunda geçirecektir. Görüldüğü gibi bu halde ceza infaz kurumunda geçirilecek sürenin tespiti

mahkemenin taktirindedir. Ancak belirlenen bu süre yükümlülükler uyma tarihi ile hak ederek tahliye tarihi arasındaki süreden fazla olamayacaktır (CGTİHK md. 107/13b).

Bu belirtilen iki hal sonucunda koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra, aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez (CGTİHK md. 107/13). Ancak denetim süresinde işlenen kasıtlı suçun infazında koşullu salıverilme kararı verilebilecektir.

SONUÇ

Ortaya çıkış nedeni, kalabalıklaşan cezaevlerini boşaltmak ve uzak kolonilere iş gücü sağlamak olan koşullu salıverilme, günümüzde hükümlülerin yeniden sosyalleşmesine yardım eden bir kurum olarak görülmektedir. Yani koşullu salıverilme cezanın özel önleme fonksiyonunun yerine getirilmesini sağlayan bir kurumdur. Bunun yanında hükümlülerin yeniden sosyalleşmesi sağlanarak, toplumun yeni bir suç işlenmesi tehlikesinden korunması da koşullu salıverilmenin amaçları arasındadır. Koşullu salıverilmenin bu denli önemli fonksiyonları yerine getirmesinden dolayı, kurumun uygulanmasında azami özen gösterilmelidir.

Koşullu salıverilme ne suçlu lehine kabul edilmiş bir atıfet, ne de suçluya tanınmış olan bir haktır. Koşullu salıverilme cezaların infazının şekillerinden birisidir. Bu kurum sayesinde hükümlünün cezasının kalan kısmı kurum içinde değil de kurum dışında infaz edilecektir. Bu yüzden hükümlü ile devlet arasındaki ceza ilişkisi devam etmektedir.

Kurumun adından da anlaşılacağı üzere koşullu salıverilmeden sadece belli koşulları yerine getiren hükümlüler yararlanabilir. Bunun için cezanın belirli bir kısmının infaz edilmiş olması ve daha da önemlisi hükümlünün iyi halli olması gerekmektedir. Hükümlüde iyi halliliğin aranması, kurumu otomatik olarak uygulanmaktan kurtarmaktadır. İyi halliliğin tespitinde hükümlünün kurum içerisindeki sergilemiş olduğu hareketleri göz önünde tutulmalıdır. İşlenen suçun ağırlığı veya toplumda oluşturduğu infial gibi nedenler iyi halliliğin tespitinde dikkate alınmamalıdır.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun koşullu salıverilme kurumu açısından eski infaz kanunu zamanında tespit edilen eksiklikleri karşılar niteliktedir. Örneğin CGTİHK ile koşullu salıverilmeden sonra bir denetim süresi öngörülmesi, cezaevi idaresi tarafından verilen hükümlünün

Koşullu Salıverilme

iyi halli olmadığına ilişkin kararların da denetime tabi tutulması, mahkemenin koşullu salıverilmenin kabulüne ilişkin kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebileceğinin açıkça düzenlenmesi, kanunun olumlu yönleri olarak değerlendirilebilir. Bunun yanında CGTİHK da eski infaz kanununda olduğu gibi koşullu salıverilmenin uygulanmasında alt ceza limiti getirmemiştir. Bu yüzden çok kısa süreli hapis cezalarında (örneğin yargı kararlarına yansıdığı üzere 3 günlük hapis cezalarında bile koşullu salıverilme kararı verilebilmektedir) dahi bu kurum uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Birkaç günlük hapis cezalarında en gerçekçi yöntemler uygulansa bile, iyi halin nasıl tespit edileceği ve hükümlünün ıslah olduğunun nasıl ispatlanabileceği önemli bir sorundur. Bu yüzden belirli bir sınırın altında kalan cezalarda ve cezanın asgari bir kısmının infazı gerçekleştirilmeden koşullu salıverilmeye karar verilmemelidir.

Hükümlü koşullu olarak salıverildikten sonra da başıboş bırakılmamaktadır. Az önce de belirttiğimiz gibi CGTİHK koşullu salıverilmeden sonra bir denetim süresi öngörerek, hukukumuzdaki önemli bir eksikliği gidermiştir. Hükümlü denetim süresi içerisinde ücret karşılığında bir işte çalıştırılabileceği gibi, belirlenen bir eğitim kurumuna da devam edebilir. Bu sayede hükümlünün topluma uyumu daha çabuk sağlanmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- Ahmet Caner Yenidünya**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul 2002
- Ali Rıza Önder**, “Salıverme”, in: Ankara Barosu Dergisi, yıl 1980, sayı 2
- Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- Cengiz Bardak**, “Şartla Salıverilme”, in: Adalet Dergisi, yıl 1989, sayı 4
- Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2009
- Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1996
- Herbert Tröndle/Thomas Fischer**, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Auflage, München 2004
- İlhan Akbulut**, “Şartla Tahliye”, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt LV, sayı 1-2, İstanbul 1995-1996
- İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2007
- Lopez Rey**, “Salıverme ve Şartlı Salıverme” çev. Mustafa Tören Yücel, in: Adalet Dergisi, yıl 61, Ocak 1970, sayı 1
- Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2009
- Muhtar Çağlayan**, “Yargıtay İçtihatları Işığında Şartla Salıverilme Üzerine Bir İzah Denemesi”, in: Adalet Dergisi, yıl 70, Eylül-Ekim 1979, sayı 5
- Murat Başman**, Şartla Salıverilme (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1996
- Mustafa Avcı**, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1994
- Mustafa Tırtır**, “Şartla Salıverme”, in: Layiha, yıl 2, sayı 5
- Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2005

Siegfried Räfte, Die Bedingte Entlassung, Wuppertal 1964

Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt III, 12. Bası, İstanbul 1997

Süheyl Donay, “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, in: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl 1974, cilt XL, sayı 1-4

Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2007

Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008

Tuğrullah Yıldırım, Şartla Salıverilme (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1990

Veli Kafes, Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar, Ankara 1998

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-332.htm>, 27.11.2007

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-20.htm>, 27.11.2007

<http://www.kazanci.com.tr/>, 4.12.2007

BOŞ

RUSYA'DA YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY*

ÖZET

Bu çalışmada Rusya Federasyonunda uygulanmakta olan yargı sistemi bağımsızlık ve hakimlere verilen teminatlar bakımından ele alınmaktadır. Bu bakımdan öncelikle genel olarak yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı kavramlarına yer verilmiştir, daha sonra bu kavramların Rusya Federasyonu açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, hakim teminatı, Rusya Federasyonu

ABSTRACT

In this study judicial system of Russian Federation is analysed in terms of judicial independence. Firstly judicial independence in general is emphasized and then the view of judicial independence in Russia is handled.

KEY WORDS

Rule of law, judicial independence, Russian Federation

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Bağımsızlığın ve teminatın, bir hakimin en önemli ihtiyaçlarından biri olduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu durum uluslararası hukuk belgeleri tarafından da belirtilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14/1 maddesi şu şekildedir:

“Bütün insanlar mahkemelerin önünde ve davalarda eşittirler. Yöneltilen suçluluk iddiasıyla veya bir davada hak ve yükümlülükleriyle ilgili karar verilmesinde, herkes kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve açık bir yargılanma hakkına sahiptir”

Pekin Bildirisi'nin 7. maddesi de yargı bağımsızlığıyla ilgili şu hükme yer vermektedir:

“Hakimler, yargının bağımsızlığını ve doğruluğunu, faaliyetlerinde uygunsuz veya uygunsuzluk olarak görülebilecek davranışlardan kaçınarak muhafaza ederler.”¹

Yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı, hukuk devleti ilkesinin sağlanmasında en önemli etkenlerdendir. Zira bağımsızlık olmaksızın hukuk devleti ilkesinin sağlanabilmesi mümkün değildir. Dürüstlük (ki insan zihnindeki bağımsızlığın bir niteliğidir), hayati derecede önemli bir niteliktir. Yargıda, karar alma sürecinde bağımsızlığı sağlayabilecek tek garantidir.²

Bağımsızlıktan yoksun bir hakim, baskı içinde kalarak saçmalıklarla dolanmış bir sessiz sinema oyuncusudur.³ Bir başka ifadeyle eğer hakimlere yönelik olarak yargı bağımsızlığı tam olarak sağlanamazsa, hakim tamamen yalnız kalmış olur, ihtiyaçlarını kimseye anlatamaz, kimseden yardım göremez, dolayısıyla olaylarla birebir baş başa kalır, destekten yoksun kaldığı için de yanlış hareket etmesine yol açabilecek bir sürecin için de kendisini bulabilir.

Dünyanın sayılı büyük devletlerinden birisi olan Rusya da, yargı bağımsızlığı konusunda, kendi hukuk sisteminde son derece önemli bir atılım içinde bulunmaktadır. Çoğu Avrupalı ve Amerikalı yazar tarafından eleştirilen, Rusya'nın hukuk devleti yapısı, biraz bu eleştirilerle biraz da Dünya düzeninin dayatmış olduğu gerçeklerle yerine oturmaya başlamaktadır. Bu bakımdan

¹ <http://www.law.murdoch.edu.au./icjwa/beijst.htm>

² Stephen Colbran, “**Independence and Integrity as a Criterion for Judicial Performance Evaluation**”, Notre Dame Australia Law Review, Vol. 5, 2003, s. 16

³ Colbran, **a.g.m.**, s. 18

Rusya’nın hukuk devleti olma süreci ve bunun gereği olarak da Rusya’da yargı bağımsızlığının ve hakim teminatının ele alınması yerinde olacaktır.

I. RUSYA FEDERASYONUNDA DEMOKRASİ ANLAYIŞINDAKİ DEĞİŞME VE HUKUK DEVLETİ İLKESİNDEKİ GELİŞİM

Rusya’nın komünizmden bu tarihe kadar olan geçiş sürecini ve daha ileri bir reformun ne şekilde ele alınması gerektiği konusu tam bir muammadır. Seçilen herhangi bir alanda, örneğin Rus nüfusunun sağlık ve servet durumu, iç gelir dağılımı, endüstriyel üretim, Rus ekonomisindeki yerli ve yabancı yatırımlar, makro ekonomik denge, demokratik kurumların kurulması, sivil toplumun gelişimi- Rusya son derece çetin ve zorlu bir süreç geçirmektedir ve yakaladığı başarılar da çok fazla değildir.⁴ Bu süreçte yargının yeri de son derece önemlidir. İşte bu nedenle Rusya’daki toplumsal süreç içerisinde yargının yeri ve önemi ele alınacaktır.

A. RUSYA’NIN YASAL VE ANAYASAL TEMELLERİ

1980’li yılların sonundan itibaren Rusya’da devrim niteliğinde değişimler yaşanmaktadır. Bu değişimlerin en önde gelenlerinden birisi de hukukun temel bir amaç olarak yüceltilmesi olmuştur. Zira hukukun etkili bir şekilde uygulanmasının sivil toplumun korunmasını ve siyasal çoğulculuğun oluşturulmasını sağlayacağı düşüncesi hakim olmuştur. Yalnız hukukun beklenen şekilde uygulandığını söyleyebilmek pek mümkün olamamıştır.⁵

Bütün Doğu Avrupa ülkelerinin toplumsal yapılarını hukuka dayalı bir şekilde değiştirme çabalarında olduğu gibi, Rusya, en büyük mücadelelerle karşı karşıya kalmıştır. Bağımsız bir hukuk kültürünün yoksunluğu ve yüzyıllardır süre gelen dereceye göre ayrıcalıklara sahip olma yapısı bunda en büyük etken olmuştur.⁶ Rusya’da devlet ve hukuk ilişkisi ülke tarihinde farklı dönemlere göre değişiklikler göstermiştir. Önceleri devletin hukuka göre daha üstün ve öncelikli bir konumu olduğu kabul edilmekteyken, bugün büyük bir çoğunlukla hukukun devletten daha öncelikli bir konumu olduğu kabul edilmektedir.⁷

⁴ Alan Rousso, “**Russia’s Transformation: The Prospects for Democracy**”, Brown Journal of World Affairs, Vol 7, 2000, s. 107

⁵ Inna Ulitsky, “**Legal and Constitutional Basis for the Development of the Rule of Law in Russia**”, Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy, Vol. 18, 1993, s. 69

⁶ Ulitsky, **a.g.m.**, s. 70

⁷ Yuri A. Tikhomirov, “**Basic Elements of the Federation of Russia**”, Louis – Warsaw Transatlantic Law Journal, Vol. 1995, s. 207

Rusya Anayasası'nın beşinci maddesi, federasyon yapısı göz önüne alınarak beş temel prensip üzerinde durmaktadır. Bunlar: devletin bütünlüğü, devletin erklerinin birliği, federal ve yerel birimlerde kullanılan yetkilerin sınırlandırılması, ulusların eşit haklara ve self determinasyon hakkına sahip olması, Federasyonu oluşturan birimlerin eşitliğidir.

Bu prensipler, tam anlamıyla uygulanamamaktadırlar.⁸ Zira bazı yerel birimlerin yaptıkları yasama işlemleri tamamen bölünmeye yönelik nitelikler göstermektedir. Dolayısıyla, federasyon genelinde hukuk devleti ilkesinin uygulanması ve bağımsız bir yargılama sonucu tarafsız kararların ortaya çıkabilmesi çok da kolay olmamaktadır.

B. RUSYA FEDERASYONUNDA HUKUK DEVLETİ İLKESİ

1. Genel Olarak Hukuk Devleti

Hukuk devleti ile ilgili tartışmalar ister istemez bir takım farklı tartışmalarla başlar. Bunlardan ilki konunun çok değişik tanımlarının bulunmasıdır. Kimileri hukuk devleti ilkesini belirli öğeleri bir araya getirerek tanımlarken, kimileri de hukuk devletinin kendine has bir takım öğelerinin olduğunu kabul etmektedir.⁹

Hukuk devleti denildiği zaman, hukuku devlet kavramıyla birleştirmenin uygunluğu arayışı söz konusudur. Bir yandan hukuk devletten kaynaklanmakta, diğer yandan da devlet hukukun belirlediği sınırlar içerisinde varlığını ve işlevlerini sürdürmektedir.¹⁰ Bu bakımdan hukuk devleti çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biridir. Zira vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.¹¹

Doktrinde hukuk devleti ilkesinin taşıması gereken özellikler arasında değişik sınıflandırmalar bulunmaktadır.¹² Bu sınıflandırmaların hepsinde ortak

⁸ Tikhomirov, **a.g.m.**, s. 207

⁹ Kathryn Hendley, "Assesing the Rule of Law in Russia", *Cardozo Journal of International and Comparative Law Journal*, Vol. 14, 2006, s. 347

¹⁰ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 68

¹¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004, s.113

¹² Özer'e göre hukuk devleti ilkesinin gerekleri şunlardır: 1. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, 2. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve hakim teminatı, 3. Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun kontrolü, 4. İdarenin Her türlü faaliyetinin yasalarla düzenlenmesinin gerekliliği, 5. İdarenin faaliyetleriyle şahıslara ve kuruluşlara verdiği zararları tazmin etmek zorunda oluşu, 6. İdarenin kazanılmış haklara riayet etme zorunluluğu (bkz. Attila

olan özellikler, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ile, idarenin yargısal denetimi ve hiç şüphesiz yargının bağımsızlığı ve hakim teminatıdır.

2. Hukuk Devleti İlkesi’nin Rusya’daki Görünümü

Rusya Anayasası’nın 1. maddesine göre: “*Rusya, hükümet şekli cumhuriyet olan demokratik federatif hukuk devletidir.*” Buna göre Rusya Anayasası birinci maddesiyle hukuk devleti olduğunu açıkça ifade etmekte ve doktrinde hukuk devleti olmanın hem bir unsuru hem de olağan bir sonucu olan yargı bağımsızlığının sağlanmasını daha birinci maddesiyle başlayarak kabul etmektedir.

Bugünkü görüntüsüyle Rusya son derece değişik bir yapı sergilemektedir. Sovyetler Birliği’nin dağılmasından bu yana devlet inşası tamamlanmış gibi gözükse de hala temel bir takım eksiklikler göze çarpmaktadır. Zira Rusya’nın Emperyalist Rus İmparatorluğu yapısı, Sovyetler Birliği döneminden gelen geleneği ve şu an uygulamaya çalıştığı Batı modelleri çeşitli açılardan Devlet’in kurumsallaşmasının kaynağını oluşturmakta ve iç dinamikte ciddi tezatlar göze çarpmaktadır.¹³ Rusya, geçen yüzyılda dünya tarihinde gözle görülür nitelikte büyük etkiler yaratırken, kendi içinde de büyük kargaşalar ve mücadeleler yaşamıştır. Rus toplumunun temel yapısı deprem niteliğinde ciddi değişiklikler yaşamış; feodal bir monarşiden totaliter bir diktatörlüğe ve oradan bugün vücut bulan kırılğan, her an bozulabilir demokratik bir yapıya sahip olmuştur.¹⁴

Özer, **Anayasa Hukuku(Genel İlkeler)**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 104 – 111); Atay’a göre, hukuk devleti şu gerekleri yerine getirmek zorundadır: 1. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, 2. Devlet Organlarının İşlemlerinin Yargısal Denetimi, 3. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi, 4. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi, 5. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Yargıç Güvencesi, 6. İdarenin Yargısal Denetimi, 7. Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, 8. Kanunların Genelliği ve Soyutluğu, 9. Eşitlik, 10. İdarenin Kanuniliği ve Tarafsızlığı, 11. İdarenin Sorumluluğu (bkz. Atay, **a.g.e.**, s. 72 – 101); Günday’a göre Hukuk Devletinin gerekleri şunlardır: 1. Temel Hak ve Özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, 2. Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, 3. Kanuni İdare İlkesi, 4. Devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, 5. İdarenin yargısal denetimi, 6. Mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi, 7. İdarenin mali sorumluluğu (bkz. Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2004, s. 38 – 50); Özbudun’a göre Hukuk Devleti ilkesinin özellikleri şunlardır: 1. Yürütme İşlemlerinin Yargısal Denetimi, 2. Yasama İşlemlerinin Yargısal Denetimi, 3. Yargı Bağımsızlığı, 4. Kanuni Hakim Güvencesi, 5. Ceza Sorumluluğu, 6. Hukukun Genel İlkelerine Bağlılık (bkz. Özbudun, **a.g.e.**, s. 114 – 123)

¹³ Robert Sharlet, “**Reinventing the Russian State: Problems of Constitutional Implementation**”, John Marshall Law Review, Vol. 28, 1994 – 1995, s. 775

¹⁴ Shawn S. Cullinane, “**Can the Constitutional Court of the Russian Federation Lead the Way to the Creation of a True Democratic Society in the New Russia in the 21st Century**”, Touro Law Review, Vol. 17, 2000 – 2001, s. 404

Rusya’da bağımsız bir yargı ve etkin işleyen bir mahkeme sistemi yarata-mamak ve hukuk devleti ilkesinden temellenen bir toplum oluşturamamak ya-zarların üzerinde durduğu en önemli sorunlardan birisi olarak gözükmektedir. Yazılan ve uyarlanan düzenlemeler¹⁵ son derece yerinde gözükmekle beraber, uygulamada, öngörülen kurumsallaşmanın yapılmasına, özellikle polis güçleri ve sivil hizmetler alanında, çok az önem verilmesi sebebiyle yeterli randıman alınamamaktadır. Mahkemeler hayli politize bir yapıdadırlar ve yolsuzlukla her hükümet döneminde hukuku uygulamakla yükümlü birimler arasında gü-nün gereği olarak karşılaşmaktadır.¹⁶

Rusya’da tek neden olmamakla beraber, komünist kurallara dayalı bir sis-temden gelinmesi, tutarlı bir demokrasi kültürünün oluşmasını engelleyen en önemli nedenlerdendir. Zira, komünizm, otokrosiye ve mutlakiyetçiliğe dayalı bir sistemin oluşması sonucunu doğurmuştur. Böyle bir sistem içerisinde de bireyler izole edilerek onların ihtiyaçlarından ve görüşlerinden uzak yasal dü-zenlemeler yapılmıştır.¹⁷

Hukuk, Rusya’da aralıklı bir tarihsel süreç geçirmiştir. Sovyet dönemin-de Komünist Parti, hukuku göstere göstere etkili bir araç olarak kullanmıştır. Bu durum ancak 1980’lerde Gorbaçov’un hukuka dayalı devlet hedefini or-taya koymasıyla değişmeye başlamıştır. Hem Yeltsin hem de Putin bu hedefe ulaşmaya çalıştıklarını belirtmiş; ancak yapmış oldukları faaliyetler, sözleri-nin sorgulanması sonucunu doğurmuştur.¹⁸ Bugün için Rusya’da hukuka da-yalı devlet terimi(Batı demokrasileri göz önünde tutulduğunda) son derece tartışmaya açık bir kavramdır. Zira bu kavram Rus toplumunda hukuk için son derece önemli bir reform niteliği taşımaktadır ve fikir olarak bağımsız bir yargıya giden yollar açılmaya çalışılmaktadır. Ancak açıktır ki düşüncelerden çok somut olarak yapılacaklar önemlidir.¹⁹ Gorbaçov’la başlayan hukuk re-formu Yeltsin’in hukukun ön plana çıktığı bir demokrasi ve piyasa ekonomisi

¹⁵ Örneğin Anayasa’nın 15. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: “2. Devlet hakimiyeti organ-ları, yerel yönetim organları, yetkili kişiler, vatandaşlar ve onların birlikleri Rusya Federas-yonu Anayasası’na ve kanunlara uymakla yükümlüdürler.” Şüphesiz bu düzenleme hukuk devleti ilkesi açısından son derece yerinde olan ve bulunması gereken bir düzenlemedir. Za-ten Rusya’nın yapmak istediği hukuk ve demokrasi reformu çerçevesinde Batılı ülkelerden alınarak Anayasa’ya konmuş bir düzenlemedir. Asıl problem demokrasi kültürünün oturma-mışlığı ve yeterli kurumsallaşmanın yapılamamış olmasıdır.

¹⁶ Rousso, **a.g.m.**, s. 109

¹⁷ Ulitsky, **a.g.m.**, s. 74

¹⁸ Hendley, **a.g.m.**, s.351

¹⁹ Hendley, **a.g.m.**, s.353

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

oluşturma çabasıyla devam etmiştir; bu amaçla kurumsal yapılanma tamamen hukuk temelli olarak oluşturulmuştur. Rus siyasetçilerin, konu hakkındaki tecrübesizliği onları, kanunların yapılması aşamasında Batı’lı danışmanlarla çalışmaya itmiş; ancak adı geçen danışmanlar Rusya’nın önceden bir demokrasi kültürüne sahip olmadığı gerçeğini göz ardı ederek, toplumun gereklerine uygun bir yapılanmanın oluşmasını sağlayamamıştır. Dolayısıyla da toplum ve uygulayıcılar tarafından benimsenmeyen veya uygulanmasında isteksiz olunan bir düzenleme ortaya çıkmıştır.²⁰ Dolayısıyla yeterli kurumsallaşma oluşmadan Rusya’da tam anlamıyla bağımsız bir yargının ve hukuk devletinin olduğundan söz edebilmek çok da kolay değildir.²¹

Yargı bağımsızlığına sahip olmak bu noktada birtakım kurumsal ve usule dair ihtiyaçları içinde barındırır. Bunlar: hakimin uyuşmazlığı sonlandırırken uyması gereken kuralları yerine getirmesi, hükümetin her faaliyetinin mahkemelerce hukuka aykırı olup olmadığının belirlenebilmesi ve mahkemelere erişimin sağlanmasıdır. Bunun dışında yasama organının demokratik, profesyonel bir yapı arz etmesi gerekmektedir.²²

Rusya’da hukuk sistemi son on yıl içerisinde gösterdiği evrimde, sıradan olaylarda hukuka uygun davranılması ve kanunların tam anlamıyla uygulanması ve dikkat çekici durumlarda, etkilenecek olan gücün çıkarlarını korumak yönünde rahatlıkla maniple edebildikleri dualist bir hukuk sistemi gözümüze çarpmaktadır.²³

Devlet, kendini, kuralları kendi koymuş olması itibarıyla hukuka ikinci dereceden bağlı hissetmektedir. Bu durumda yargıçların hukuku uygularken hükümetin araçları haline gelmeleri, sıradan bir sonuç olabilmektedir. Ayrıca Rusya’da her an parlamenter diktatörlüğe dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya bulunulan bir parlamenter çoğulculuk vardır.²⁴

Hukuk devleti hiç şüphesiz hükümetin, yaptığı işler ve bulunduğu faaliyetlerde, hukuka bağlı olmasını²⁵ ve hukuka uygun davranıp davranmadığının denetlenmesini gerektirir.²⁶ Halbuki Rusya’da hükümet kendisini kanuna

²⁰ Ulitsky, **a.g.m.**, s. 72

²¹ Cullinane, **a.g.m.**, s. 405

²² Ulitsky, **a.g.m.**, s. 71

²³ Hendley, **a.g.m.**, s.351

²⁴ Ulitsky, **a.g.m.**, s. 73

²⁵ Cullinane, **a.g.m.**, s. 406

²⁶ Ulitsky, **a.g.m.**, s. 80

bağlı sayma konusunda tutarlı bir uygulama sergilememektedir. Bürokrasinin çeşitli tabakalarında hukuka aykırı kararlar alınabilmekte ve bu kararlar yukarıda da belirtildiği üzere önemli bir etki yaratacak olursa, yargı denetimine tabii tutulurken, tamamen idarenin ve hükümetin çıkarlarına göre kararlar çıkarılmaktadır.

Görüldüğü üzere Rusya’da bir demokrasi arayışı devam etmektedir. Tarih boyunca süregelen alışkanlıklar bir anda toplumsal ve siyasal hayattan silinmemekte, söz konusu durum da ülkenin hukuk sistemine ve düzenine etki etmektedir. Gerçekten de kağıt üzerinde yapılanlar son derece yerinde gözükmele beraber, uygulamada Rusya’nın gerekli kurumsallaşmayı gösteremediği bu nedenle bir demokrasi açığı bulunduğu göze çarpmaktadır. Bütün bu hususlar da hukuk devleti ilkesinin yeterince anlaşılmadığını ve etkili bir şekilde uygulanmadığını gözler önüne sermektedir. İşte yargı bağımsızlığı bu aşamada, hem hukuk devleti ilkesinin gelişmesi için bir araç, hem de hukuk devleti ilkesinin yerleşebilmesi için olması gereken bir olgudur.

C. KUVVETLER AYRILIĞI PRENSİBİ VE RUSYA

Bağımsız bir yargının olabilmesi için gereken öncelikli özelliklerden birisi de kuvvetler ayrılığı prensibidir. Buna göre yasama, yürütme ve yargı yetkileri birbirinden ayrı olmadıkça, yargının diğer erklerin hukuka uygun davranmasını kontrol etmesi mümkün olamayacaktır.

1. Kuvvetler Ayrılığı Kavramı

Hukuk devleti ilkesi açısından en önemli özelliklerden birisi de kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Rusya’da da yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirlerinden ayrı olduğu kabul edilmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin en önemli sonucu ise yargının bağımsızlığıdır. Bu bağımsızlık zaten hukuk devleti ilkesinin kendi yapısının içinde yatar.²⁷

Kuvvetler ayrılığı bir politika sanatı ilkesi olup, kamu hizmetlerinin iyi işleyebilmesi bakımından olduğu kadar, devlet tarafından, kişi hürriyetlerine saygılı olunması bakımından da , çeşitli devlet fonksiyonlarının (ki bunlar yasama – yürütme ve yargıdır), birbirlerine karşı, belli bir bağımsızlığı olan organlar tarafından kullanılmasıdır.²⁸ Yani günümüzde kuvvetler ayrılığı deyimini kullanırken kastedilen ve pozitif hukuk verilerine göre anlaşılması gereken, gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır. Bir başka ifadeyle, devlet iktidarı-

²⁷ Ulitsky, a.g.m., s. 70

²⁸ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, Beşinci Baskı, İstanbul, 1998, s. 387

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

nın çeşitli fonksiyonlarının, aralarında bir işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesidir.²⁹

Bu ilke uyarınca, yukarıda bahsedilen hususlar çerçevesinde, devletin uyguladığı veya uygulamak zorunda olduğu yasama, yürütme ve yargı³⁰ fonksiyonlarının uzmanlaşmış farklı organlar tarafından yerine getirilme zorunluluğu vardır. Ancak uzmanlaşmanın ötesinde en önemli husus, her bir organın diğerine karşı bağımsızlığının olmasıdır. Böylece devletin bütün yetkilerinin tek bir organda toplanması durumunda kötüye kullanılabilceği düşüncesinden hareketle, kuvvetlerden birinin despotizme dönüşmesi eğilimi halinde; diğer otoritelerden birinin karşı koymasının sağlanması düşünülmektedir.³¹

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak gerçekleştirilmesi özellikle yargı bağımsızlığı açısından son derece önemlidir. Zira bağımsız bir yargıdan söz edilebilmesi için her şeyden önce, idarenin telkinlerinden ve yönlendirilmiş bir yargı gerekmektedir. Aynı şey yasama organıyla ilişki bakımından da geçerlidir. İdare’nin yönlendirmeleriyle onu yargılayan bir yargının veya anayasal denetimle sorumlu yargı organlarının yasama organına bağımlıyken onun işlem ve tasarruflarını denetlemede bağımsız davrandığı söylenemeyecektir.

2. Rusya’da Hukuk Devleti ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Kuvvetler Ayrılığı Prensibi

Rusya Anayasası eşit olmayan bir denge oluşturarak yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçlü kuvvetler ayrılığı prensibini benimsemiştir.³² Yasama ve yürütme organları 1993 Anayasasıyla yeniden düzenlenmiş olmasına rağmen, özellikle geçiş döneminde daha da sağlamlaşan ve ilgi odağının üzerinde olduğu çok güçlü bir yürütme organıyla karşılaşmaktadır.³³

Ayrıca Rusya’da kuvvetler ayrılığı bir başka görünüm daha sergilemektedir. Buna göre bahsedilen ayrılığın temel yansımaları şunlardır: Federasyon ile egemenlik sahası içinde bulunan çeşitli yerel yönetimlerle³⁴ yürütme yet-

²⁹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 171

³⁰ Özer, **a.g.e.**, s.115

³¹ Atay, **a.g.e.**, s. 97

³² Rusya Anayasası’nın 10. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Rusya Federasyonunda devlet hakimiyeti; yasama, yürütme ve yargı ayrılığı esasında gerçekleştirilir. Yasama, yürütme ve yargı organları bağımsızdırlar.”

³³ Sharlet, **a.g.m.**, s. 777

³⁴ Anayasa’nın 12. maddesi yerel yönetimlerle ilgili olarak şu genel kuralı koymaktadır: “Rusya Federasyonunda yerel yönetim tanınır ve güvence altına alınır. Yerel yönetimler kendi

kilerinin paylaşılması, federal otoriteye ve yerel otoriteye ait olan hususların sayılarak belirlenmesi, federal hukukun üstünlüğü ve federal hukuk ile diğer kanunların uygulanmasındaki istikrarsızlığın giderilmesi.³⁵

Ancak her şeye rağmen Rusya Anayasası'nın 11. maddesinin birinci fıkrası son derece önemli bir yer tutmaktadır: “1. Rusya Federasyonunda devlet hakimiyeti; Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı, Federal Meclisi (Federasyon Konseyi ve Devlet Duması), Rusya Federasyonu³⁶ Hükümeti ve **Rusya Federasyonu mahkemeleri tarafından gerçekleştirilir.**” Madde metni uygulamada sorunlar bulunsa da çok açık bir hususu göz önüne sermektedir. Buna göre, yargı devletin hakimiyetinin göstergelerinden birisidir ve yargının bağımsız olmaksızın, etki altında karar vermesi, devletin egemenliğinin sarsılması anlamına gelecektir. Rusya, bütün hususlar bir kenara bırakılsa dahi egemenliğini kaybetmemek için, yargının ayrılığını tam olarak gerçekleştirmek ve bağımsızlığını sağlamak zorundadır.

Özellikle doksanların başındaki geçiş sürecinde, yasama organında yeni yapıyı oluşturan yasa koyucuların, Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra yürütme organının içinde çok çeşitli görevlerde bulunmuş olmaları, yürütme-yi güçlendiren ve yargıyı yürütmeyi denetleme konusunda çekingen davranmaya iten bir yapının oluşturulmasını açıklamada önemli bir yer teşkil etmektedir. Yargı yürütmeye dair kanunların uygulanması bakımından daha bilgili olmasına rağmen, çok da işlevsel bir konumda bulunamamaktadır.³⁷

Rusya'nın farklı kültürleri egemenliği altında bulundurması ve komünist gelenekten geliyor olması, kuvvetler ayrılığının günlük anlamından farklı bir şekilde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Zaten imparatorluk geleneğinden gelen ve tarihi boyunca despot ve mutlakiyetçi bir yönetimi benimsemiş bir devletin, hukuk devleti ilkesini ve kuvvetler ayrılığını etkili bir

yetkileri çerçevesinde serbesttirler. Yerel yönetim organları, devlet hakimiyet organları sisteme dahil değildirler.”

³⁵ Tikhomirov, **a.g.m.**, s. 207

³⁶ Bununla beraber Rusya Federasyonu Anayasası'nın 71. maddesi ilginç bir hüküm getirmektedir. Adı geçen maddenin 5. fıkrasına göre, “*Yasama, yürütme ve yargı hakimiyetinin federal organları sisteminin oluşturulma ve faaliyet biçiminin belirlenmesi; federal devlet organlarının oluşturulması*”, yetkisi Rusya Federasyonu'na verilmiştir. Görüldüğü üzere, Yargı'nın çalışma alanı ve görevlerinin belirlenmesi, hatta oluşturulması ve ihtiyaçlarının giderilmesi doğrudan yasama organına verilmemiştir. Bu düzenlemeyle yürütme organı da yargı organlarının oluşturulmasına ve faaliyet alanlarının belirlenmesine etkide bulunabilir tarzında bir sonuca da ulaşılabilir.

³⁷ Sharlet, **a.g.m.**, s. 778

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

şekilde hayata geçirebilmesini beklemek çok da yerinde değildir. Zira bugüne kadar yetkilerini sınırlamamış yönetici bir sınıfın, birdenbire kendisinin denetlenmesinin yolunu açması neredeyse imkansızdır.

Son zamanda yapılan yasal düzenlemeler demokrasi kültürünün biraz da olsa benimsenmeye başladığının göstergesidir. Ancak uygulama yine de yeterli değildir. Bunun da nedeni yargı bağımsızlığının sağlanamamış olması ve idarenin denetimindeki aksaklıklardır. Bu bakımdan aşağıda ayrı bir bölüm olarak, Rusya’da yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı incelenecek, yukarıda bahsedilen konular bakımından da ayrıca bir değerlendirme yapılacaktır.

D. RUSYA’NIN YARGI SİSTEMİ

Rusya Federasyonunda yargılama yetkisi sadece mahkemelere tanımıştır. Mahkemeler faaliyetlerini Anayasa’ya ve Medeni, İdari ve Cezai yargılama usullerine göre yerine getirirler. Yargı sistemi asıl olarak anayasa mahkemeleri, genel mahkemeler ve özel ticaret mahkemeleri olmak üzere üçlü bir yapılanma göstermektedir.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi’nin görevi, kanunların ve diğer düzenlemelerin Rusya Federasyonu Anayasası’na uygunluğunu denetlemek, federe birimlerin anayasa mahkemelerinin görevleri federe birimlerdeki yasal düzenlemelerin federe birim anayasalarına veya şartlarına uygunluğunu denetlemektir.

Genel mahkemeler, bireyler arasındaki hukuk uyuşmazlıklarını, ceza davalarını, bireylerle devlet otoriteleri arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmekle yetkili mahkemelerdir. Bu mahkeme sisteminin en yüksek temyiz mercii Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’dir.

Ticaret mahkemeleri (Arbitrazh mahkemeleri) dört dereceli bir yapıya sahiptir. İlki federe birimlerin her birinde yer alan ticaret mahkemeleri, ikinci derece ticari itiraz(20 adet) mahkemesi, üçüncü derece bölge ticaret mahkemesi (10 adet), ve en üstte de Rusya Federasyonu Yüksek Ticaret (Arbitrazh) Mahkemesi yer almaktadır.

Bir de Rusya Federasyonu Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Kanun uyarınca devlet mahkemelerinin yerine özel ticari tahkim kurulmasına (hem ad hoc hem de kurumsallaşmış) izin verilebilir.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATININ RUSYA'DAKİ UYGULAMASI

A. YARGI BAĞIMSIZLIĞI KAVRAMI

Bugün için bilim adamları ve göze çarpan yüksek mahkeme yargıçları, yargı bağımsızlığı kavramının tanımlanması üzerinde son derece büyük bir zaman harcamaktadırlar. Ancak hiç şüphesiz hiçbir makalede veya çalışmada doktrindeki bütün yazarlarca yargı bağımsızlığının tam olarak üzerinde uzlaşmış bir tanımı yapılmamıştır. Bununla beraber tanımlar iki nokta üzerine kurgulandırılmaktadır: Devlet'in kurumsal yapılanması ve uygulama.³⁸ Yani yargı bağımsızlığının iki yönü vardır. Bunlardan birincisi gerekli kurumsal yapılanmanın oluşturulması, bu yönde kanunların çıkarılması, hakimin bağımsızlıktan sapmamasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması vs. Tabii bu husus çok önemli olmakla beraber daha da önemlisi yapılan düzenlemelerin kağıt üstünde kalmaması oluşturulan kurumsal yapılanmanın işlevsiz olmasıdır.

Yargının bağımsızlığı denildiği zaman, hakimlerin hiçbir dış müdahaleye baskıya maruz kalmaksızın, tamamen kanuna ve hukuka uygun olarak vicdaniyla baş başa kalarak karar vermesi anlaşılmaktadır. Zira hakimin karar vermesine bir müdahalenin olduğu söylendiği takdirde, hakimin bağımsızlığından bahsedebilmek mümkün olmayacaktır.³⁹ Söz konusu bağımsızlıktan anlaşılması gereken de daha teknik ve uygulamaya yönelik bir bakışla, hakimlerin, yasama ve özellikle yürütme organına bağlı olmamaları, bu organlardan bağımsız olmaları ve bu organların hakimlere emir ve talimat verememeleri ya da tavsiyede bulunamamaları anlamına gelir.⁴⁰ Yargı bağımsızlığının temelinde yatan düşünce, yargının görevini yerine getirmesi sırasında iktidar sahiplerinden gelebilecek müdahalelerden uzak tutulmasıdır. Bahsedilen durum, anayasal ve demokratik devlet anlayışının en üstün uygulanma biçimidir. Bu uygulamanın olmaması durumunda, yani dışarıdan gelebilecek etki ve baskılara karşı korunmadığı sürece, hakimden adaleti hukuka uygun bir şekilde ve tarafsız olarak dağıtması beklenemez.⁴¹

³⁸ Brian K. Landsberg, "The Role of Judicial Independence", Pacific McGeorge Global Business and Development, Vol. 11, 2006, s. 331

³⁹ Özer, a.g.e., s. 243

⁴⁰ Baki Kuru, **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 6

⁴¹ Atay, a.g.e., s. 94

B. YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE HUKUK DEVLETİ İLİŞKİSİ

I. bölümde ele alınan hukuk devleti ilkesi, aynı zamanda Rusya’daki görünümüyle beraber incelenmişti. İşte bahsedilen hukuk devleti ilkesi yürütmenin keyfi ve ayrımcı uygulamalarına karşı iki koruma sağlar. Öncelikle mahkeme önünde yargılanan tarafların kimliklerine bakılmaksızın, uyumsuzluğun çözümü esnasında hangi kuralların uygulanabileceği öngörülebilir olur. Bunun dışında ise yargının bağımsızlığı sağlanarak, yürütmenin denetlenmesi sağlanmış olur.⁴²

Hukuk devletinin insan haklarına saygıyı ve adil bir hukuk düzenini kurmayı⁴³ amaçlaması nedeniyle devletin bütün organlarının işlemlerinin hukuk kurallarına uygun olması ve onun öngördüğü çerçeve içerisinde olması gerekmektedir. Yani hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağımlı devlettir ve devlet organlarının işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin diğer unsurlarının teminatıdır. Bu açıdan bakıldığı takdirde de yargı denetiminin kendisinden beklenen amacı gerçekleştirebilmesi, bu denetimin hakimlik teminatına sahip bağımsız mahkemelerce yapılması ile mümkündür.⁴⁴

Bu anlamda yargı bağımsızlığı, yargının üstünlüğü ile de ele alınmalıdır. Zira herhangi bir zamandaki siyasal baskılardan yargının uzak tutularak hukuk devletinin garanti edilmesi için, yargı bağımsızlığı ve yargının üstünlüğü bir arada bulunmalıdır.⁴⁵ Zaten biri olmadan diğersinin varlığından söz edebilmek mümkün görünmemektedir.

Yargı bağımsızlığı, genel olarak özgürlüğü ve dış faktörlerin etkisinden uzak olmayı ifade etmektedir. Bu anlamda yargının bağımsızlığının sağlanması ve hukuk devleti ilkesine bağlı kalınması, o ülkenin temel hak ve özgürlükler bakımından ve sosyal ve ekonomik⁴⁶ bakımdan gelişmesinde en önemli rolü oynayacaktır.⁴⁷

⁴² David Boies, “**Judicial Independence and the Rule of Law**”, Washington University Journal of Law & Policy, Vol 22, 2006, s. 57

⁴³ Gavin Drewry, **Judicial Independence in Britain: Challenges Real and Threats Imagined, in Constitutional Studies – Contemporary Issues and Controversies**, Editör Robert Blackburn, Mansel Publishing, New York, 1992, s. 151

⁴⁴ Atay, **a.g.e.**, s. 93

⁴⁵ Boies, **a.g.m.**, s. 62

⁴⁶ John Alder, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, Palgrave Macmillan Company, New York, 2002, s. 97

⁴⁷ Landsberg, **a.g.m.**, s. 335

C. YARGI BAĞIMSIZLIĞININ RUSYADAKİ GÖRÜNÜMÜ

1. Rusya’da Yargı Bağımsızlığı’nın Tarihsel Gelişimi

1864 yılında yapılan hukuk reformu, Rusya’nın hukuk sistemini radikal bir biçimde değiştirmiştir. Bu reformun en önemli parçalarından birisi de yargı bağımsızlığı olmuştur. 1830’lu ve 1850’li yıllarda hukuk eğitimi ve biki-rimi son derece sınırlı olan bir grup bürokratin yönlendirmesi ile kökten bir reform yapmak yerine varolan hukuk düzeninde değişiklikler yapılması yolu tercih edilmiş; ancak yapılan girişimler başarılı olamamıştır. 1855 yılında ki Kırım Savaşında Osmanlı, İngiliz, Fransız ve Avusturyalı güçler tarafından mağlup edilen Rusya’da, artık ekonomik, siyasi ve sosyal yapıların yetersizli-ği iyiden iyiye ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine 20 Kasım 1864 yılında Devlet Meclisi’nin kabul ettiği Yargı Kanunu yayımlanmıştır.⁴⁸

Bu reformun en önemli temel taşlarından birisi, yargı fonksiyonunun diğer devlet fonksiyonlarından ayrılmasının ifade edilmesi olmuştur. Yargı Kanunu’na göre Adalet Bakanlığı’na bağlı ve belirli bir hiyerarşik yapıya sa-hip mahkemeler kurulmuştur. Buna göre iki tür mahkeme vardır. İlki İngiliz Sisteminden de etkilenerek konulmuş olan, küçük dereceli hukuk ve ceza da-valarına bakmakla yükümlü sulh hakimliği, diğeri ise bölge mahkemelerini, ara mahkemeleri ve senatonun temyiz bölümü olan genel yargıdır.⁴⁹ Bu saye-de, yeni hukuk sistemi her ne kadar bütün sorunlara bir çözüm getirememişse de pek çok fayda sağlamıştır.⁵⁰

Doğal olarak yeni bir yargı düzeninin oluşturulması yeni bir kurumsallaş-manın gerçekleştirilmesi sorunsalını da beraberinde getirmiştir.⁵¹ Gerçekten de Rusya’da eskiden beri devam eden kurumsal yapılanma artık yetersizliğini göstermiş, bunun yerine bambaşka bir oluşuma gidilmesi düşünülmüştür.

Reformcular özellikle bağımsız bir yargının oluşturulması için büyük bir çaba sarf etmişlerdir. Belirgin bir bağımsızlığın tanınmasının Rusya’ya büyük yarar sağlayacağı ve bu amaçla kanunların yanı sıra kurumsal bazda da gere-ken düzenlemelerin hayata geçirilmesi gerektiği her fırsatta ifade edilmiştir.

⁴⁸ Thomas E. Plank, “**The Essential Elements of Judicial Independence and the Experience of Pre – Soviet Russia**”, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 5, Issue 1, 1996 – 1997, Winter 1996, s. 44, 45

⁴⁹ Plank, **a.g.m.**, s. 47

⁵⁰ Plank, **a.g.m.**, s. 50

⁵¹ Neil Robinson, **Introduction: Institutions and Political Change in Russia, in Instituti- ons and Political Change in Russia**, editör: Neil Robinson, Palgrave Publishers, 2000, s. 1

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

Hakimlere yaşam teminatı tanınmış, bunun yanı sıra belirli şartlarda görevlerinde alınabilecekleri ve disiplin cezasına tabi tutulabilecekleri belirtilmiştir. Maaşları oldukça iyi bir seviyeye çekilmekle beraber, sivil halka karşı yeterince koruma altına alınamamıştır.⁵²

Daha sonra Bolşevik Devrimi ve devamında yaşanan Komünist süreç Rusya’da 1864’lerde başlayan demokratik adımların amacına ulaşamaması sonucunu doğurmuştur. Gorbaçov’la beraber başlayan yeniden bir hukuk devleti haline gelme ve yargı bağımsızlığını sağlama çabaları Yeltsin döneminde büyük yol kat etmiş, Putin döneminde ise bir duraklama dönemi içine girilmekle beraber, yine de olumlu adımlar atılabilmektedir.

Bununla beraber Rusya’nın son dönemlerde akılcı bir şekilde attığı adımlarda ve kurduğu ilişkilerde öngörülebilir bir demokrasi geleneğinin oluşmaya başlamasının etkisinin olduğu rahatlıkla söylenebilir. 1980li yılların ikinci yarısından ve 1990ların başından itibaren süregelen Batı demokrasilerini yakalama çabası o dönemlerde çok da başarılı olamamıştır. En sonunda da Batı tipi demokrasilerden uzak kalmak 1991 yılında Sovyetler Birliği’nin sonunu getirmiştir.

Bunun çeşitli nedenleri vardır. Her şeyden önce 1991 öncesindeki süreçte yürütmeye verilen yetki ve güç, kesinlikle yasama ve yargı organlarına verilmemişti. Bu iki organın yürütme organı üzerinde denetim yapabilecek bir gücü bulunmamaktaydı. Yargının ve bireylerin ve diğer pek çok kurumun yürütmeye çok fazla bağımlı oluşu⁵³ da olumsuz bir etki yaratmaktaydı.⁵⁴ İşte Rusya’da yargı bağımsızlığındaki gelişme, yargının ve demokrasi geleneğinin gelişmesine paralel bir seyir izlemiştir. Bunun doğal sonucu olarak da yargıya verilen önem ve demokratik atılımlar ne kadar çok olmuşsa, yargıya verilen bağımsızlık ve hakime verilen teminat da o kadar çok olmuştur.

2. Rusya’da Yargı Bağımsızlığının Değişik Görünümleri

Rusya Anayasasında yargı, 7. Bölümde düzenlenmiştir. 118. maddeye göre, yargı yetkisinin, mahkemelerce kullanılacağı belirtildikten sonra, olağanüstü mahkemelerin kurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. 119 madde

⁵² Plank, **a.g.m.**, s. 52

⁵³ Gavin Drewry, **Select Committees and Back – bench Power, in The Changing Constitution**, Editör Jeffrey Jowell ve Dawn Oliver, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 138

⁵⁴ Tom Bjorkman, **Russia’s Road to Deeper Democracy**, Brooking Institutions Press, Virginia, 2003, s. 7

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY

de hakim olmanın şartları⁵⁵ belirtilmiş, 120. madde de açıkça bağımsızlıkları ifade edilmiştir. 120. madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Hakimler bağımsızdırlar ve sadece Rusya Federasyonu Anayasası’na ve federal kanunlara tabidirler.

Mahkeme davayı incelerken devlet organının veya diğer organların düzenlemesinin kanunlara aykırı olduğunu belirlerse, kanuna uygun karar alır”

Rusya Federasyonundaki Hakimlerin Statüsüne Dair Rusya Federasyonu Kanununun 1. maddesinde de Rusya Federasyonunda yargılamanın, hakim huzurunda ve kişilerin temsilcileriyle sadece mahkemelerde görüleceği düzenlenmiştir. Aynı madde yargının bağımsız olduğunu ve yasama ve yürütmeden bağımsız bir şekilde işlemlerini gerçekleştireceğini belirtmiştir. Bunun aksine davranış gösterenler, kanunen sorumlu duruma düşeceklerdir.

Bu hükümle Rusya Federasyonu’nun yargı fonksiyonu, anayasal garanti altına alınmış ve Rusya vatandaşları hariç kimsenin egemenliğinde ve minnetinde olmayan, kanunlara uygun olarak görevini yerine getirmekle yükümlü olan bir devlet organı olarak düzenlenmiştir. Buna ek olarak yasama ve yürütme gibi hiçbir devlet biriminin veya siyasi bir yapılanmanın yargı görevini yerine getiremeyeceği veya mahkemelere müdahalede bulunamayacağı da dile getirilmiştir.⁵⁶

Rusya Federasyonu Mahkeme Sistemi Hakkında Kanun’un beşinci maddesi de mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı başlığı altında çeşitli hükümler getirmektedir. Buna göre hakimler sadece anayasa ve kanunlara göre hareket ederler ve bu yoldan sapmamaları için gereken teminatlar anayasa ve kanunlarla kendilerine tanınır.

Yargı bağımsızlığı, hukuk düzeninin kurumsal göstergesidir. Sovyet döneminde mahkemeler bireysel ve kurumsal olarak tümüyle bağımlı durumdaydılar. Yargıyı bu boyunduruktan kurtarıp, bağımsızlaştırmak yolundaki atılımlar özellikle son 10 yılda biraz daha gerilemelere de neden olmuştur.⁵⁷

Yargıçları seçme yöntemi ve onları baskı altında olduklarını hissedecekleri şekilde yetiştirmek, hiç şüphesiz yargı bağımsızlığını zedeleyecektir. Yargıç-

⁵⁵ 1. 25 yaşına ulaşmış olmak, 2. Hukuk alanında yükseköğrenim görmüş olmak, 3. Hukuk alanında en az 5 yıl deneyime sahip olmak, 4. Rusya Federasyonu vatandaşı olmak.

⁵⁶ Cullinae, **a.g.m.**, s. 411

⁵⁷ Hendley, **a.g.m.**, s. 354

lar sadece hukuka bakmalıdırlar; siyasi ve maddi konular, kararları üzerinde etkili olmamalıdır. Yargıç belirli bir yapıya ait olarak o konumda bulunduğunu hissettiği anda, vereceği kararların ve genel olarak yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı kaybolacaktır. Rusya da son yıllarda bu soruna bir çözüm bulma çabası içerisinde.

a. Yürütme’ye Karşı Bağımsızlık

Mahkemelerin yürütme organı ile olan ilişkisi bakımından, hukukçular ve siyasiler arasında geçmişten bugüne dek süregelen tartışmalar bulunmaktadır. Bu ilişkinin kapsamı toplumun sosyal ve kültürel yapısı ve adalet anlayışı ile yakından ilgilidir.⁵⁸ Rusya Federasyonu da toplumsal geçmişi göz önüne alındığında, demokrasi geleneğinden yoksun ve bu olumsuzluğunu yeni yeni ortadan kaldırmaya çalışan bir devlet konumundadır. Bu sebeple Rusya Federasyonu Anayasasında adı geçen yargısal bağımsızlığın tam anlamıyla sağlandığını ortaya koyabilecek bir uygulama bulunduğunu söyleyebilmek her açıdan mümkün değildir. Anayasa’nın 120. maddesi bir davaya bakmakta olan mahkemenin devlet organının veya diğer organların düzenlemesinin kanunlara aykırı olduğunu belirlemesi durumunda, kanuna uygun olarak karar alacağını belirtmektedir. Aynı zamanda hakimlerin statüsüne ilişkin federal kanunun birinci maddesinde de belirtildiği üzere yargı, yürütmeye karşı bağımsız bir konumda bulunmaktadır.

Rusya’da son dönemde, ilk planda yargıçların faaliyetlerinde yürütmenin etkisi hafifletilmeye çalışılmaktadır. Hakimlerin hiç şüphesiz faaliyetlerini yerine getirirken, hukuka uygun davranıp davranmadığının denetlenmesi, bu açıdan bir sorun olması durumunda hakimin sorumluluğu yoluna gidilmesi olağan bir durumdur. Ancak bu sorumluluğun, yargının bağımsızlığını zedeleyecek kurumlarca gündeme getirilmesi gerekmektedir.

1980’lerde kurulan JQC’ler (Judicial Qualification Commissions) tümüyle yargıçlardan oluşmakta ve hakimliğe atanmayla ilgili yapılan başvuruları değerlendirmekteydi. Bu değerlendirme sonucunda oluşturulan öneri Devlet Başkanlığı’na gönderilmekte ve kimin hakim olarak atanacağına da Devlet Başkanı karar vermektedir. Hakimlerin seçimi yazılı sınav gibi nesnel ölçütlere göre ve mülakat, güvenlik soruşturması gibi de öznel ölçütlere göre yapılmaktaydı. Tabii bu aşamada yargıçlar, kendileri meslektaşlarını seçmekte

⁵⁸ Özer, a.g.e., s. 247

ve nispeten siyasal baskıdan daha uzak bir yargıç ataması söz konusu olmaktadır.⁵⁹

Putin döneminde ise hakimlerin sorumluluklarının yukarıda bahsedilen sistemde çok fazla gündeme gelemediği gerekçesinden hareketle, Yargısal Nitelik Komisyonlarında küçük ama önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre Komisyonların yapısında değişikliğe gidilmiştir.⁶⁰ Bu komisyonlarda artık yargıçlar monopol değildirler, üçte iki çoğunluğu oluşturmaktadırlar. Yargıçlar bu değişikliği yargı üzerinde Putin'in daha fazla etki gösterme çabası olarak değerlendirmişlerdir. Bu husus esasında hakimlerin sorumluluğu açısından teoride önemli bir adım olmakla beraber yargıya yönelik, yürütmenin siyasal müdahale yolunu açmıştır.⁶¹

Yüksek mahkeme yargıçlarının atanması ile ilgili yürütmenin yetki sahası Anayasa'nın 83. maddesinde⁶² düzenlenmiştir. Devlet başkanının atacak üyeleri teklif etmesi esasında yargı bağımsızlığını zedeleyecek bir durum değildir. Ancak özellikle başsavcının görevden alınabilmesi için de teklifte bulunma yetkisine sahip olması, başsavcının görevi esnasında Devlet Başkanı'nın etkisi altında kalması sonucunu doğuracaktır. Sonuçta Başsavcı hukuka uygun dahi davranmış olsa onun görevden alınması teklifini yapacak makam siyasal bir nedenle de görevden alınabilmesini teklif edebilecek, Konsey de aynı siyasal gayeyle görevden alabilecektir. Dolayısıyla böylesi bir siyasal yapının içerisinde tutmak, yargı bağımsızlığıyla hiç şüphesiz bağdaşmayacaktır.

Aslında 1990'lı yıllar boyunca yargı idareye karşı sağlam bir duruş sergilemiş, devlet görevlilerinin işlemlerine ve yürütmenin normatif düzen-

⁵⁹ Hendley, **a.g.m.**, s. 354, 355

⁶⁰ Rusya'da rejim değişikliği ve tartışmalı hukuk politikaları Rusya kanunlarına şüpheyle yaklaşılması sonucunu doğurmaktadır. Herhangi bir kişi bir kanunu eleştirse bile işinin ehli olmayan bir hakim tarafından olduğundan farklı bir şekilde uygulanabilir. Ancak bu tarz özellikle kanunun ihlali olabilecek davranışlarında olduğunu açıktan görmek çok mümkün değildir. Daha ziyade gizli bir şekilde yürütülmektedir. Yapılan anketlerde insanların büyük bir bölümünün bu konuda şikayetçi olması gözlerden kaçmamaktadır. (Stefan Mahcura, "Fairness, Justice and Legitimacy: Experiences of People's Judges in South Russia", Law and Policy, Vol. 25, No. 2, April 2003, s. 146

⁶¹ Hendley, **a.g.m.**, s. 35

⁶² "Rusya Federasyonu Devlet Başkanı göreve atanmaları için; Rusya Federasyonu Anayasa mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi hakimlerinin adaylıklarını, ayrıca Rusya Başsavcısının adaylığını Federasyon Konseyi'ne önerir; Rusya Federasyonu Başsavcısının görevden alınması için Federasyon Konseyi'ne teklif sunar; diğer federal mahkemelerin hakimlerini göreve atar."

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

lemelerine karşı yapılan şikayetler üzerine idare aleyhine çok sayıda karar vermiştir. Bunun üzerine bireyler idarenin eylem ve işlemlerine karşı gözle görülür şekilde artan bir oranda yargı yoluna başvurmaya başlamışlardır. Bu da göstermiştir ki yargıçlar, önlerine gelen olaylarda yürütmenin aleyhine de olsa, kanunları uygulamak konusunda takdir hakkını kullanabilmektedir. Bir başka ifadeyle bu dönemde yargının bağımsız bir faaliyet sahasının olduğu görülmektedir.⁶³

Yargı açısından Devlet Başkanı’na tanınan bir başka ilginç yetki de Anayasa’nın 85. maddesinde⁶⁴ kaleme alınmaktadır. Madde iki fıkradan oluşmakta ve her iki fıkra da önemli hükümler içermektedir. Öncelikle 1. fıkra ele alınacak olursa Devlet Başkanı’na uzlaştırma yetkisi tanınmaktadır. Devlet başkanının devletin temel kurumları arasında bir uyumsuzlukta uzlaştırıcı olması yasa koyucunun tercihidir, Anayasa’nın kabul etmiş olduğu bir sistemdir, ve bu hükmün hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı açısından herhangi bir yarattığı sorun yoktur. Sorun alınamaması durumunda bu hususun mahkemeye aksettirilmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Zira bu hükümle açıkça bir uyumsuzluğun yargı önüne götürülmesi yetkisi devlet başkanına tanınmaktadır. İdareye ilişkin bir hususta herhangi bir uyumsuzluk olduğu takdirde, devlet başkanı bunun mahkemeye devredilmesini istemiyorsa, yargı yoluna başvurulamayacaktır. Aynı şekilde Başsavcı konusu suç teşkil eden bir fiil hakkında idare aleyhine yargı yoluna başvuramayabilecektir. Bu durum açıkça yargıyı bağımlı kılmaktadır.

Aynı fıkrayla ilgili bir başka sorun da federe devletin yargı organının vermiş olduğu bir kararla idarenin yapmış olduğu aksi yöndeki eylem arasında da bir uzlaşmaya gidilmesinin önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda Devlet Başkanı, federe devlet yargı organının aldığı bir karar hukuka uygun olsa bile, kendisi uygun görmediği takdirde idarenin veya federasyonun

⁶³ Peter H. Solomon, “**Judicial Power in Russia: Through the Prism of Administrative Justice**”, Law & Society Review, Vol. 38, No. 3, 2004, s. 571,572

⁶⁴ “1. Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı, Rusya Federasyonu devlet organları ve Rusya Federasyonu federe unsurlarının devlet organları arasında, ayrıca Rusya Federasyonu federe unsurlarının devlet hakimiyet organlarının aralarındaki uyumsuzlukları çözmek için uzlaşma prosedürlerini kullanabilir. Uzlaşma kararının alınamaması durumunda Cumhurbaşkanı sorunu çözmek için konuyu ilgili mahkemeye devredebilir.

2. Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı, Rusya Federasyonu devlet unsurları yürütme organlarının düzenlemelerinin yürürlüğünü, bu düzenlemeler Rusya Federasyonu Anayasası’na ve federal kanunlarına, Rusya Federasyonu’nun uluslararası yükümlülüklerine aykırı olduğunda veya sorun ilgili mahkemede çözümlenmeden, insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin ihlali durumunda durdurulabilir.”

bir kararının uygulanması yolunda uzlaşma yolunu işletebilecektir. Veya yargı kararının federal mahkemede yeniden ele alınması sonucunu doğurabilecektir. İşte bu açıdan da federe devletlerin yargı organlarının yargı bağımsızlığından yoksun olduğu söylenebilir.

2. fıkrada ise yargı organlarınca karar verilmesi gereken bir durumun varlığı halinde Devlet Başkanı'nın federe devlet unsurlarının yaptıkları işlemlerinin yürürlüğünü durdurulmasına karar verebileceği düzenlenmektedir. Burada sonradan, yargı organının yargılamaya devam edebileceği düşünülebilir; ancak Rusya'daki demokrasi kültürü ve devlet başkanının önemi göz önünde tutulduğunda, devlet başkanı tarafından açıkça bir insan hakları ihlali olarak değerlendirilen bir hususun sonradan yargı organı tarafından aksi yönde değerlendirilebilmesi çok da kolay olamayacaktır. Hiç şüphesiz yargı organı baskı altında kalacak, devlet başkanının düşünceleri kararında etkili olabilecektir.

Anayasa'nın 124. maddesine göre yargının bağımsız bir bütçesi bulunmamaktadır ve mahkemelerin finansmanı sadece federal bütçeden sağlanmaktadır. Bu noktada aynı maddeye göre Rusya Federasyonu'nun, yargının federal kanunlara uygun olarak tam ve bağımsız şekilde hareket edebilmesini garanti etmesi gerekmektedir.

Yargının yetkilendirilerek, yürütmeden her geçen gün daha fazla ayrıldığı yönündeki yorumlara doktrinde karşı çıkan yazarlar bulunmaktadır. Buna göre hakimler siyasi iradenin etkisinin son derece baskın olduğunu ve yargısal bağımsızlığın gerçekleştirilemediğini savunmaktadır. Örneğin Anayasa'da ve federal yasalarda geniş bir şekilde bahsedilen federe birimlerin anayasa mahkemelerinin, bu birimlerin merkezi otoriteden çekinmeleri ve yargısal denetimlerinin yapılmasından kaçmak istemeleri sebebiyle yaygın bir şekilde kurulmadığı gözlenmektedir. 2003 yılı sonunda ki rakamlara bakıldığında 89 federe birimin sadece 19'u kendi anayasa mahkemelerini kurmuştu.⁶⁵ Gerçekten de Anayasa ve federal kanunlar dikkatle incelendiği zaman, her federe birimin son derece etkin işleyen bir yargı sistemi varmış gibi bir izlenim uyanmaktadır; ancak doktrinindeki yazarların eleştirileri dikkate alındığı takdirde uygulamada yürütmenin yargı üzerinde halen büyük bir etkisinin bulunduğu gözlenmektedir.

⁶⁵ Alexei Trochev, "Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia", Law & Society Review, Vol. 38, No. 3, 2004, s. 540

b. Yasama’ya Karşı Bağımsızlık

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı parlamenter demokrasi ile yönetilen bir ülkede, yargıya ilişkin olanlar da dahil, ülkeyi ilgilendiren bütün sorunların mecliste tartışılması mümkündür.⁶⁶ Rusya Federasyonundaki Hakimlerin Statüsüne Dair Rusya Federasyonu Kanununun 1. maddesinde de bu husus dikkate alınarak yargının yasama organına karşı da bağımsız olduğu belirtilmiştir.

Anayasa’nın 102. maddesine göre Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkemesi ve Rusya Federasyonu Yüksek Hakeme Mahkemesi hakimlerinin atanması görevi Federasyon Konseyi’ne verilmiştir. Yerinde bir düzenlemeyle bu hakimlerin görevden alınması yetkisi verilmemiştir. Rusya Federasyonu Başsavcısının atanması ve görevden alınması yetkisi de Federasyon Konseyindedir.

Yargının, yasama organına karşı bağımsız olduğunun belirtilmesinden başka Anayasa’da başka bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu husus da yargının yasamanın etkisinde olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Yargı organı yasama organı ilişkisinde Rusya Anayasası’nın 104. maddesi bir hüküm getirmektedir. Buna göre yasama işlemi teklifinde bulunma hakkı Rusya Federasyonu Devlet Başkanı’na Federasyon Konseyine, Federasyon Konseyi üyelerine, Devlet Duması üyelerine Rusya Federasyonu Hükümeti’ne, Rusya Federasyonu federe birimlerinin yasama organlarına aittir. Yalnız yetki alanlarıyla ilgili konularla sınırlı olmak üzere, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi’nin, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin ve Rusya Federasyonu Yüksek Hakem Mahkemesi’nin de kanun teklif etme hakkı bulunmaktadır. Aslında bu durum yargının ihtiyaçlarını gündeme getirmek ve bununla ilgili kanuni genel geçer çözümler sağlayabilmek açısından önemlidir. Bununla beraber konuya temkinli bir şekilde yaklaşılması gerekmektedir. Zira Anayasa’nın 125. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, federal kanunların, devlet başkanının, Federasyon Konseyi’nin, Devlet Duması’nın Rusya Federasyonu Hükümeti’nin normatif düzenlemelerinin, ayrıca federe birimlerin çeşitli düzenlemelerinin Rusya federasyonu’na uygunluğunu denetlemektedir. Bunun yanı sıra Federal Devlet organları arasında, Rusya Federasyonu devlet organları ile Rusya Federasyonu federe birimlerinin egemenlik organları arasında ve Rusya Federasyonunun federe birimlerinin yüksek devlet organ-

⁶⁶ Şeref Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı (Türk Yarı Sistemi Üzerinde Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme)*, TBMM Kültür Sanat Yayınları Yayın No: 65, Ankara, 1995, s. 15

larının kendi organları arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmektedir. Böylesi yetkilerle donatılmış bir kurumun, siyasi pazarlık ve müzakere sürecinin kalbi olarak görülebilecek bir kurum içerisinde aktif bir konuma gelmesi son derece tehlikelidir. Kendi yetki sahasına ilişkin olarak bir ödün verilmesini veya düzenleme yapılmasını isteyen Anayasa Mahkemesinden karşılığında, Meclis'ten geçmiş Anayasa'ya aykırı bir kanunun denetiminin yapılması sırasında, aykırılıkların göz ardı edilmesi teklif edilebilecektir. Meclis'ten Anayasa Mahkemesi'nin teklifi üzerine çıkacak bir kanunun, yargı açısından bir reform olacağını düşünen bir Anayasa Mahkemesi⁶⁷ de belki de anayasaya aykırı olduğunu bildiği kanunu, anayasaya uygun bulacaktır. Yine aynı şekilde Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi de idari davalara ilişkin yürütmenin çıkarlarına uymayacak bir karar vermek üzereyken, Mecliste çoğunluğu elinde bulunduran hükümet parti veya partilerinin Yüksek Mahkeme'nin kanun teklifinin Meclis'ten çıkmasını bir siyasi pazarlık aracı yapmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır. O zaman bu düzenleme yargı organlarına yönelik çok ileri bir düzenleme olarak göze çarparken, birdenbire yasama organının yanı sıra, yürütme ve siyasi birimlere karşı da bağımlı hale getirecek şekilde işletilebilecek bir hüküm olduğu da ortaya çıkmaktadır.

Rusya Federasyonu Mahkeme Sistemi Hakkında Federal Kanun da 5. maddesinin dördüncü fıkrasında yasamanın, yetkilerini yargının bağımsızlığını ve yetkilerini kısıtlayacak şekilde kullanamayacağını belirtmiştir. Buna göre Rusya Federasyonunda mahkemelerin ve hakimlerin yargı bağımsızlığını azaltıcı veya ortadan kaldıracı her hangi bir kanun çıkarılamaz.

Yargıçların yasama organı karşısındaki bağımsızlıkları son derece önemlidir. Özellikle kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken bir takım kararlar alıp, anayasal bir yorum getirebilirler. Kendi yargı alanlarıyla ilişkili olarak parlamentoda katılımlarının olduğu durumları da göz önünde tutarsak, yasama organına karşı bağımsız ve onu denetleyebilen bir yargı oluşturulabilir.⁶⁸

⁶⁷ Zaten Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Başkanları genelde görülmekte olan davalar hakkında yargı önünde çok sık bir şekilde görüş bildirmektedirler, ve kamuoyuna duyurmaktadırlar. Bu durumun Meclis'te yargıyla ilgili bir husus tartışılırken sıklaşması ise ilginç bir başka boyuttur. Halbuki yargılamada hakimin tarafsız, önyargısız ve nesnel olması beklenir. Oysa anayasa mahkemesi siyasi iradenin görüşlerinden etkilenmekte ve kanuna uygunluktan çok yasamanın ve yürütmenin nabzına göre yargılama faaliyetlerine devam etmektedir. (Uliitsky, a.g.e., s. 83)

⁶⁸ Mark Tushnet“**The Judiciary and Institutions of Judicial Reform**”, American University Journal of International Law and Policy, Vol. 8, 1992 – 1993, s. 510

c. Taraflara Karşı Bağımsızlık

Yargı yoluna giden kişiler, mahkemelerden varolan uyuşmazlığın giderilmesini talep ederler. Yani mahkemelerden adaleti gerçekleştirmelerini isterler. Bu bakımdan mahkemeye güvenin sağlanması ancak mahkemenin, taraflara karşı eşit bir şekilde yaklaşması ve bağımsız olması ile mümkündür.⁶⁹

Anayasa’nın eşitliği düzenleyen 19. maddesi her şeyden önce herkesin mahkemeler önünde eşit olduğunu ifade etmektedir. 46. madde ise herkesin hak ve özgürlüklerinin yargısal korunmasının güvence altına alınacağını belirtmiştir.

Rusya’nın kabul ettiği yargısal etik kurallara göre yargıçlar tarafsız olacaktırlar ve yargılama görevlerini yerine getirirken taraflı olabileceğini gösteren bütün davranışlardan kaçınacaklardır. Yargıçlar taraflardan birine hizmet edemeyecekler ve hizmet etmişler gibi bir izlenim uyandıramayacaklardır.

Ayrıca yargıçlar, doğrudan veya dolaylı olarak yargılama faaliyetlerini etkilediği izlenimi veren hiçbir hediye, menfaati, imtiyazı veya ödülü kabul edemezler.

Rusya Federasyonu Mahkeme Sistemi Hakkında Kanun’un 7. maddesine göre, herkes kanunlar ve mahkemeler önünde eşittir. Mahkemeler, organların veya kişilerin, devlet temelli olmasına, sosyal statüye, cinsiyete, ırka, milliyete, dile veya siyasi olarak bağlı olduğu yere, mali durumuna veya pozisyonuna, ikamet ettiği yere, doğum yerine, dini ilişkisine, inançlarına, kamu birimlerine üyeliğine göre farklı bir davranış içinde bulunarak karar veremez.

Genel mahkemeler, olağan özel hukuk davalarındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken, hiçbir etki altında kalmadan karar veriyor görünmektedirler. Hatta bazı bakış açılarından Rusya’nın Batı Avrupa ve Amerika’da ki gibi yargı adaleti, yargısal bağımsızlık, tarafsızlık vs. kuralları hukuk sisteminde barındırdığını, bu nedenle Rusya’daki yargı reformu sonrasındaki süreçten son derece büyük faydalar elde edileceği düşünülmektedir. Fakat hala uygulama göstermektedir ki hakimler her an taraflardan birinin siyasal baskılardan etkilenerek hareket edebilmektedirler.⁷⁰

⁶⁹ Özer, a.g.e., s. 249

⁷⁰ Maria Popova, “Watchdogs or Attack Dogs? The Role of the Russian Courts and the Central Election Commission in the Resolution of Electoral Disputes”, *Europe – Asia Studies*, Vol. 38, No. 3, May 2006, s. 394

d. Medyaya Karşı Bağımsızlık

Yargıya medya tarafından yapılabilecek müdahalelerin önüne geçmek bakımından, ne Rusya Federasyonu Anayasasında ne de federal kanunlarda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa ki medya bireyleri ve kitleleri etki altına alıp etkileyebilecek, günümüzün en önemli kitle iletişim aracıdır. Yargılamanın seyrini etkileyebilecek şekilde medya tarafından bir müdahalede bulunulamayacağı hiçbir şart altında garanti edilemez.

İşte Rusya Yüksek Mahkemesi de 24.02.2005⁷¹ yılında vermiş olduğu 3 No.'lu kararında bu konuya bir açıklık getirmiştir. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 23. maddesine göre herkes iletişim özgürlüğüne sahiptir. 29. maddesine göre ise herkes her türlü yasal yöntemle her türlü bilgiyi serbestçe arama, edinme, aktarma, üretme ve yayma hakkına sahiptir. Ancak devlet sırrı niteliğinde bilgilerin yayılması engellenebilir, bu sırların da neler olduğu kanunla belirlenir. İşte Anayasa ve kanunlarda böyle bir hüküm bulunmamasından hareketle önüne gelen uyuşmazlıkta Yüksek Mahkeme, birtakım saptamalarda bulunmuştur.

Buna göre Rusya Federasyonu'nun iç hukukundaki kaynakları Anayasa ve kanunlardan ibaret değildir. Anayasa'nın 15. maddesinin 4. fıkrasına göre uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları ve Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmaları, Rusya Federasyonu hukuk sisteminin bir parçasıdır. Eğer Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmasıyla, kanunla öngörüldüğünden farklı bir hüküm öngörülmüşse, uluslararası antlaşmanın hükmü uygulanacaktır. Buna göre Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan Temel Hak ve Özgürlüklerin korunması'na Dair Sözleşme'nin 10. maddesinin birinci paragrafına göre herkes kendi düşüncesini serbestçe ifade etmek özgürlüğüne sahiptir. Bu hak o düşüncüyü kamu otoritelerinin müdahalesi olmaksızın bildirmek ve yaymak hakkını da içerir. Aynı maddenin ikinci fıkrası da bu hakkın yargı bağımsızlığının zedelenmesi⁷² sebebiyle sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir. İşte Yüksek Mahkeme de bu husus üzerinde durmuş ve adı Geçen uluslararası sözleşmeye dayanarak yargı bağımsızlığını zedeleyecek şekilde yayın yapılamayacağını belirtmiştir.

⁷¹ http://www.supcourt.ru/arxiv_out/TEXT.PHP?id_text=56540&i1text=24.02.2005

⁷² Yargının açık, aleni ve şeffaf olması mahkemelere çok daha büyük bir renk ve kanuna uygun davranma yükü katar. Ama yargının da kararını yönlendirmeye vermeme si gerekmektedir. (Peter H. Solomon, "Threats of Judicial Counterreform in Putin's Russia", Demokratizatsiya, Vol. 13, Issue 3, Summer 2005 s. 339)

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun hazırlamış olduğu “Yargının Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler” başlıklı düzenlemesinde yargının bağımsız olduğu⁷³ belirtildikten sonra, 8. maddesinde İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine dayanarak herkesin kendini özgürce ifade edebileceğini ancak bunun yargının bağımsızlığını etkilememesi gerektiği üzerinde durulmaktadır.

Rusya, yargının medyaya karşı bağımsızlığı üzerinde sessiz kalırken, Anayasasında tarafı olduğu uluslararası antlaşmaların üstün olduğunu belirtmesi⁷⁴ sebebiyle, medyanın yargıya karşı müdahale etmemesini uluslararası hukuk kurallarının getirdiği norm ve standartlara uygun olarak sağlamak zorundadır.

D. RUSYA’DA HAKİMLİK TEMİNATI

Rusya’da hakimlik teminatı konusu Rusya Anayasası’nda, Rusya Federasyonu Mahkeme Sistemi Hakkında Federal Kanunda ve Rusya Federasyonundaki Hakimlerin Statüsü Hakkında Kanunda düzenlenmiştir.

1. Hakimler Azlolunamazlar ve Yetkileri Ancak Belirli Hallerde Sınırlanabilir veya Kaldırılabilir

Rusya Anayasası’nın 121. maddesine göre hakimler azlolunamazlar.⁷⁵ Hakimlerin yetkileri ancak federal kanundaki kurallara göre ve federal kanuna dayanarak sınırlanabilir veya durdurulabilir. Rusya Federasyonundaki Hakimlerin Statüsü Hakkında Kanunun 12. maddesine göre de hakimler kendi iradeleri olmaksızın bir başka yere veya mahkemeye gitmekle yükümlü değildirler ve yetkileri ancak bu kanuna uygun olarak ve dayanarak sonlandırılabilir veya askıya alınabilir.⁷⁶ 12.1. madde de bir disiplin suçu işleyen hakimin, Anayasa mahkemesi hakimi olmamak şartıyla uyarı veya belirli süre yetkilerini kullanmaktan men cezası verilebilir. Eğer hakim bir yıl içerisinde yeni bir disiplin cezası gerektiren bir eylemde bulunmazsa, almış olduğu önceki disiplin cezasını hiç almamış bir statüye sahip olur.

Hakimin yetkileri ancak kanunun 13. maddesinde sayılan hallerde Hakimlerin Kısıtlanması Kurumunca askıya alınabilir. Bunlar:

⁷³ David Tolbert ve Andrew Solomon, “United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post – Conflict Societies”, Harvard Human Rights Journal, Vol. 19, 2006, s. 34

⁷⁴ Rousso, a.g.m., s. 112

⁷⁵ Plank, a.g.m., s.52

⁷⁶ Solomon, a.g.m.(2004), s.552

- Yasal olarak yürürlüğe girmiş bir mahkeme kararında yetkili hakimin bulunmadığının tespit edilmesi durumu.
- Hakime cezai bir suçlamanın isnat edilmesi, veya hakim olduğu mahkemede sanık olarak yargılanacak olması.
- Hakimin bir seçim kampanyasında Rusya Federasyonu'nun yasama organına aday olarak veya federe birimlerin yasama organlarına aday olarak aktif katılımı.
- Hakimin Rusya Federasyonu'nun yasama organına veya federe birimlerin yasama organlarına seçilmesi.

Hakimin yetkilerinin askıya alınması hapis cezasıyla cezalandırılmadıkça⁷⁷, ücretinden mahrum bırakılmayı gerektirmez. Aynı zamanda hapis cezası dışında ki nedenlerle yetkilerinin kısıtlanması durumunda sosyal haklarının ve diğer hususların kısıtlanması sonucunu doğurmaz ve bu kanunla verilen dokunulmazlık garantilerinin kaldırılmasını gerektirmez. Hakimin yetkilerini geri vermek yine Hakimlerin Kısıtlanması Kurumu'na aittir.

Hakimin yetkilerinin sona ereceği durumlar da yine adı geçen kanunun 14. maddesinde sayılmıştır. Bu durumlar şunlardır:

- Hakimin sağlık veya başka nedenlerle yargılama yetkisini yerine getiremeyecek bir yetersizlik halinin bulunması
- Hakimin bir başka işe geçmek için yazılı olarak başvurması
- Hakimin vatandaşlığının sona ermesi
- Hakimin, göreviyle bağdaşmayan işlerde bulunması
- Hakim hakkında mahkemeden suçlu kararının çıkması
- Hakim hakkında kısıtlama kararının verilmesi
- Hakim hakkında mahkemeden ölü kararının çıkması
- Hakimin yeni kurulan bir mahkemeye, yeniden düzenlemek veya oluşturmak amacıyla gitmeyi reddetmesi
- Mahkemenin lağvedilmesi

Rusya Federasyonu Mahkeme sistemi Hakkında Kanunun 15. maddesine göre de eğer hakimler, belirli bir süre için veya belirli bir yaşa atanana kadar

⁷⁷ Solomon, a.g.m.(2004), s.553

atandırsa, sürenin bitimine ve belirlenen yaşa gelene kadar görevlerini sürdürmeye devam ederler.

2. Hakimler Dokunulmazdır

Anayasa’nın 122. maddesi bir diğer hakim teminatı olarak, hakimlerin dokunulmazlık hakkından yararlanmasını göstermiştir. Buna göre hakimler hakkında federal kanunda belirlenen haller dışında ceza kovuşturması yapılamayacaktır. Rusya Mahkeme Sistemi Hakkında Kanun da 16. maddesinde hakimlerin dokunulmazlığa sahip olduğunu belirttikten sonra hakimlerin dokunulmazlığıyla ilgili garantilerin federal kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. İşte Rusya’da ki Hakimlerin Statüsüne Dair Kanunun 16 .maddesinde de bu husus detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, hakimlerin dokunulmazlığı her şeyden önce kişiliğinin, çalıştığı ve yaşadığı yerin, kullandığı kişisel ve resmi ulaşım olanaklarının, kendisine ait belgelerin, çanta ve diğer mülkiyetinin, mektuplarının gizliliğinin ve diğer iletişim araçlarının kullanımının ihlal edilemezliğini kapsamaktadır.

Hakim görev süresinin dolmasından sonraki süreyi de kapsayacak şekilde, yargılamanın yürütülmesi esnasında ifade etmiş olduğu düşüncelerden veya mahkemece verilen bir karardan ötürü, hukuki olarak etki doğuran karar hakimnin cezai bir suiistimali sonucu veya tamamen hukuka aykırı bir şekilde alınmadıkça, herhangi bir şekilde sorumlu tutulamaz.

Federal Yüksek Mahkeme hakimleri ve federe birimlerin yüksek mahkemelerinin hakimleri, diğer mahkeme hakimleri hakkında idari bir sorumluluk ancak başsavcının talebi üzerine Hakimlerin Kısıtlanması Kurumu’nun belirlediği Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin üç hakimi tarafından gündeme alınabilecektir.

Eğer bir hakim, bir suç işlediği şüphesiyle tutuklanmışsa ve o anda hakim olduğunun anlaşılabilmesi mümkün değilse, kimliğinin ortaya çıkmasıyla beraber derhal serbest bırakılmalıdır. Başka insanların güvenliğini sağlamak için federal kanunlarla öngörülen haller dışında hakimnin üstünün aranması da mümkün değildir.

3. Hakimler İradeleri Dışında Emekliye Sevk Edilemezler

Hakimlerin Statüsü Hakkında Kanun’un 9. maddesinde de belirtildiği üzere, hakimlerin bağımsızlığı emeklilik hakkıyla teminat altına alınmıştır.

15 madde de çeşitli ihtimalleri düşünerek hakimlerin ne şekilde emekli olabileceklerini düzenlemiştir. Buna göre adı geçen kanunun ruhu uyarınca bir hakimin emekli olması demek, onun görevinden onurlu bir şekilde ayrılması anlamına gelmektedir. Buna göre emekli olan bir hakim, emekli olduktan sonra da hakim unvanını kullanabilecek, hakim olduğu müddetçe sahip olduğu dokunulmazlıklardan yararlanmaya devam edecek ve yargısal topluluğa üyeliği devam edecektir. Bu yasanın 3. maddesinin 4. fıkrasında görülen hallerde ise dokunulmazlıklardan yararlanamayacak ve yargı topluluğuna üyeliği askıya alınacaktır.

Her yargıcın yaşına bakılmaksızın kendi isteğiyle emekli olma hakkı bulunmaktadır. Bir yargıç ancak 14. madde de yazılı belirli nedenlerden biriyle görevinden uzaklaştırılabilir veya emekliye sevk edilebilir. Kuzey kısımların uçlarında veya buralara denk yerlerde görev yapan hakimlerin çalıştıkları her bir yılları bir buçuk yıl olarak hesaplanır.

Emekli olan hakimlere maaşlarının altı katından az olmamak üzere ikramiye ödenir. Ayrıca kendi istekleriyle emekli olan veya emekliye sevk edilen hakimler, şehir içi veya dışı nakliyelerin masrafları için her yıl devlet bütçesinde öngörülen belirli bir miktar tazminat⁷⁸ alırlar.

İkamet ettikleri yerde veya önceki çalışma yerlerinde ihtiyaçları tatmin edecek derecede, bir mahkeme sisteminin oluşturulamaması durumunda Hakimleri Kısıtlama Kurumu, emekli yargıcın emekliliğinin iptaline karar verebilir. Bu durumda hakim bu karara itiraz edebilir veya emeklilik haklarının yeniden tesis edilmesini talep edebilir.

4. Hakimler Görevleriyle Bağdaşmayan Faaliyetlerde Bulunamazlar

Rusya Federasyonundaki Hakimlerin Statüsü Hakkında Kanunun üçüncü maddesine göre hakimler, görevlerini yapmaya devam ettikleri süreler boyunca milletvekili, hakem, ortak hakem, siyasi parti ve siyasi hareket üyesi olamazlar. Kendilerini ticari bir faaliyetin içine sokamazlar ve eğitici, bilimsel, edebi ve benzer bir yaratıcı faaliyet olmadıkça bir başka paralı işle hakimlik görevini bağdaştıramazlar. Hakim, yetkilerini kullanırken ve hatta resmi olmayan işlerinde yargının itibarını düşürecek veya yargıya yönelik haksız kötülemelere yol açacak ve adaleti, tarafsızlığı ve nesnelliği şüpheye düşürecek davranışlardan kaçınmak durumundadır.

⁷⁸ Plank, **a.g.m.**, s.62

En az 20 yıl çalışarak emekli olmuş bir hakim, emekli olduktan sonra bir yargılama faaliyetinde bulunuyorsa veya 55 yaşına gelmiş (Bayanlarda 50) bir hakim devlet organlarındaki bir görevde, yerel yerinden yönetim kuruluşlarının organlarında, devlet ve iç hukuk kurumlarında, ticari birliklerde ve diğer kamu birimlerinde ve hatta Devlet Duması'nın bir üyesinin veya Federal Meclis'in Federasyon Konseyinin bir üyesinin veya yerel bir yasama organının üyesinin danışmanı olarak görev yapabilirler. Ancak bu kişiler avukatlık, tahkikat ve sorgu yargıcı olarak görev yapamazlar. Bu görevleri yerine getiren hakimler, hakim dokunulmazlığından yararlanamayacaklardır ve bu görevleri bitene kadar hakimlik hakimler topluluğuna olan aidiyetleri askıya alınacaktır.

Görüldüğü üzere hakimler istenildikten sonra rahatlıkla siyasi baskı altında tutulabilmektedirler. Halbuki olması gereken yargısal bağımsızlık için gereken kurumsallaşmanın siyasi yapıdan uzak tutulmasıdır. Aslında kanunda yer alan bu hüküm Anayasa'da yer alan yargının bağımsızlığı ilkesinin etkin bir düzenlemesinin yapılamadığının somut örneklerinden birisidir.⁷⁹

5. Hakimlerin Mali Hakları Kanunla Düzenlenir

Hakimler kesinlikle kısıntı yapılamayacak bir şekilde resmi maaşlarının yanı sıra, yeterliliklerine ve çalışma sürelerine göre fazladan ödeme, çalıştıkları yerlerdeki özel iş koşullarına göre yüzde elli fazladan ödeme hakkına sahiptirler. Hakimler aynı zamanda kanunlarla konulan diğer bazı ödemelere de hak kazanabilirler.

60 yaşına ulaşmış hakimler 25 yıldan az bir süreyle çalışmamış olmak şartıyla, emekli olduklarında tam bir aylık maaşlarını alacak şekilde emekli olmak hakkına sahiptirler. Kuzey'in uç bölgelerinde görev yapan hakimler için bu hak 15 veya 20 yıl çalışmalarına göre tanınır.

İşte bu süreler, bir bakıma hakimleri baskı altına almak için de kullanılmaktadır. Zira 15 veya 20 yıl boyunca görevden alınmadan veya emekliye sevk edilmeden çalışabilmek aynı zamanda yürütmenin elidir. Yani hakimler ne kadar yürütme lehine çalışırlarsa, görev süreleri ve mali teminatları o kadar üst düzey olacaktır.⁸⁰

Hakimler her ay 30 işgününe denk gelecek şekilde maaş alırlar. Kuzey'in uç bölgelerinde görev yapanlar 51 işgünü tutarında, bunun dışında hava ve

⁷⁹ Mark Tushnet, *a.g.m.*, s. 505

⁸⁰ Solomon, *a.g.m.* (2005), s. 331

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY

sağlık şartları bakımından olumsuz yerlerde çalışan kişiler 45 işgünü tutarında maaş alırlar. Hakimler ayrıca 5 – 10 yıl arası çalışmalarında her ay 5 işgünü, 10 – 15 yıl arası çalışmalarında ayda 1 işgünü, 15 yıldan fazla çalışmalarını durumunda ayda 15 işgünü tutarında daha fazla maaş alırlar.

Hakimlere yaşama alanlarında refah içinde yaşamaları için gereken mali kaynak, federal bütçeden karşılanır. 20 yıldan fazla çalışan hakimlere veya emekli olan hakimlere federal bütçeden bir daire alınması sağlanır.

Bugün hakimler, daha iyi şartlarda çalışmaktadırlar, daha iyi paralar almaktadırlar ve mahkeme binaları daha güvenlidir. Ancak federe bölgelerde gerçekleştiren politikalar sonucu hakimlerin atanmasının önüne geçilmesi ve onların hayat güvenliklerinin sağlanamaması federe birimlerin yargısal ve hukuksal gelişimini tamamlamasını engellemektedir.⁸¹

6. Hakimin ve Ailesinin Sosyal Koruması Devlet Tarafından Sağlanır

Hakimin hayatının, sağlığının ve mülkiyetinin korunması federal bütçe tarafından sağlanması gereken, zorunlu kalemlerden birisidir. Hakimin hayatı ve sağlığı 15 yıllık ücreti tutarında sigortalıdır. Bu sigorta hakimin çalışması esnasında meydana gelmişse 15 yıllık sürenin tamamını kapsayacak şekilde, çalışırken meydana gelmeyen önemli ve çalışmasını engelleyebilecek bir başka sağlık sorununun olması durumunda 3 yıllık süreyi kapsayacak şekilde ve çalışma gücünü kaybetmesine neden olmayan durumlarda bir yıllık ücretini kapsayacak şekilde hakime ödeme yapmayı taahhüt eder. Çalışmasını etkileyecek sağlık sorunlarının bulunması durumunda hakim, aylık ücretini almaya devam eder. Hakimin veya emekli hakimin ölmesi durumunda fiziksel özürlü, yaşı, eğitimi sebebiyle ona muhtaç olarak yaşayan kişiler, hakimin aldığı diğer yardımları da ekleyerek, hakimin maaşını onun yerine geçerek çalışmaya başlayabilecek yaşa gelinceye veya sağlığa kavuşuncaya kadar almaya devam ederler. Hakimin veya ailesinin mülkiyetinde olup kaybedilen şeyleri devlet maddi olarak aynen karşılamaktadır. Ancak bu adı geçen karşılama ancak hakimin ölümünün resmi görevini yerine getirirken gerçekleşirse mümkündür.

E. MAHKEMELERİN FİNANSMANI

Anayasa'nın 124. maddesine göre mahkemelerin finansmanı, sadece federal bütçeden sağlanmaktadır. Bütçeden ayrılan miktar, yargının federal ka-

⁸¹ Popova, a.g.m., s. 412

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

nunlara uygun bir şekilde tarafsız ve bağımsız olarak yargılama faaliyetlerini yürütmesini sağlamalıdır.

Rusya Federasyonu Mahkeme Sistemi Hakkında Kanununun 33. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, genel mahkemeler ve hakem mahkemeleri bütçe-
de ayrı ayrı belirtilerek finanse edilmelidir.

Rusya Federasyonu Hükümeti mahkemelerle ilgili bütçeyi Yüksek Mahkemelerin Başkanlarıyla birlikte hareket ederek oluşturmakla yükümlüdür. Yüksek Mahkeme başkanlarının bütçe mecliste görüşülürken görüşmelere katılma hakkı vardır.

Yargısal bağımsızlık, hem bireysel olarak hem de kurumsal olarak, finansal bağımlılıkla yakından ilgilidir. Hakimlerin ücretleri Batı Avrupa ülkelerinde onların statüsünü diğer insanlara göre daha üst aşamaya getirirken, Rusya’da Yeltsin döneminde hakimlerin maaşlarının kısılması yoluna gidilmiş, Putin döneminde ise yaşam koşullarını en azından asgari olarak sağlayabilecek bir ücret verilmesini düşünmüştür.⁸² Aslında bu durum yargının son dönemlere kadar ne kadar dış müdahalelerin açık olduğunun göstergesidir. Bugün için Rusya’da hakimler oldukça iyi ücretler almaktadırlar. Ancak geçmişten gelen alışkanlıkların silinmesi biraz daha zaman alacak gibi görünmektedir.

SONUÇ

Rusya’da yargı bağımsızlığı konusunda tartışmalar genelde yapılan düzenlemelerin hayata geçirilmesinde etkili bir görüntü çizilmemesi üzerinde toplanmaktadır. Zira yapılan anketler, kişilere sorulan sorular, hep bireylerin yargı yoluna başvurmaktan kaçındıklarını; çünkü bu yola başvurma kendileri açısından hakkaniyete uygun bir sonuç doğurmayacağı düşüncesinde oldukları sonucunu ortaya koymaktadır.

Aslında incelendiği takdirde Rusya Federasyonu Anayasası ve federal kanunlarının, yer yer Batı Avrupa ülkelerindekilerden daha koruyucu hükümler getirebildiği gözlenmektedir. Ancak arada ki fark, kültür farkıdır. İmparatorluk yapısından ve daha sonra komünist yönetim biçiminden gelen bir ülkenin, temel hak ve hürriyetlerin uygulanmasında liberal Avrupa politikalarını izlemesi bir anda mümkün olamaz. Son dönemlerde Avrupa birliğiyle yapılan ikili görüşmeler ve varılan mutabakatlar, İnsan Hakları’nın Korunması Dair Sözleşme ve diğer uluslararası antlaşmalara uygun davranma çabası önemlidir. Fakat özellikle, federe birimlerde bireylerin özgürleşip talepler elde ede-

⁸² Hendley, a.g.m., 358

bilmesinin önüne geçebilmek için buralarda bağımsız bir yargının oluşmasını, resmi kanunlarla hak verilmesine rağmen, fiilen engellemesi yargı bağımsızlığının şu an için çok sınırlı bir şekilde uygulanabildiği anlamına gelmektedir.

Yeltsin'in yaptığı pek çok atılım yerinde olmakla beraber, hukuk reformunu sadece mahkemelerin kurulması, hakimlerin atanması ve Batı'lı kurumların doğrudan uygulanmasıyla sınırlandırması çok büyük etkiler doğurmamıştır. Mali rahatlığa yeni kavuşabilen hakimler henüz geçmişteki alışkanlıklarını ortadan kaldıramamakta ve hala idareyi veya siyasi konuları içeren davaları çözüme bağlarken kamuoyunun etkisiyle hareket etmektedirler.

Bu yönde anayasada ve kanunlarda mahkemeleri, hakimleri kamuoyundan gelebilecek baskılar karşı korumak adına hiçbir düzenleme yapılmaması ilginçtir. Belki uluslararası antlaşmalarla bu yönde varolan hükümler, uluslararası antlaşmaların iç hukuka nazaran daha üstün olduğundan hareketle uygulanarak sorun çözüme kavuşturulabilir; ancak unutulmaması gereken hiçbir uluslararası antlaşmanın belirli istisnalar dışında hak ve özgürlüklere ilişkin detaylı hükümler getirmediğidir. Dolayısıyla getirilen çerçeve hükümlerde yargının yorumlamasına göre farklı şekilde yorumlanabilecektir.

Hakimlerin siyasetle çok fazla iç içe tutulması da bir başka olumsuz yandır. Yüksek Mahkeme başkanlarının kendi çalışma alanlarıyla ilgili de olsa yasam organında belirli zamanlarda yer alabilmeleri, belirli bir devlet organında siyasi bir oluşum adına çalışırken, görevinin askıya alınması ve o görevi biter bitmez görevine dönecek oluşu, yine parlamento üyelerine danışmanlık görevleri yapabilmeleri, bağımsız yargı görüntüsünün oluşmasına engel olarak dikkat çekmektedir.

Hakimlerin bağımsızlığının sağlanması için öncelikle Rusya'nın tarihi sosyolojik, kültürel ve hukuki değerleri ortaya konmalıdır. Batı tipi hukuk devleti anlayışından belki de Rusya tipi hukuk devleti anlayışına geçmek daha yerinde olacaktır. Özellikle Asya, Balkanlar, Ortadoğu ve Kafkasya gibi bölgelerde sadece yöneticilerde değil bireylerde de farklı bir yönetim ve hukuk alışkanlığı vardır. Bu saydığımız sistemlerin de neredeyse hepsinden etkilenen bir Rusya'nın sadece Batı tipi demokrasileri örnek alarak doğrudan o düzenlemeleri hayata geçirmeleri uzun vade de ve bugün görülen şekliyle eğreti bir görünüm oluşturmaktadır.

Rusya'da varolan düzenlemeler kağıt üzerinde bırakılmamalı; ancak demokratik, liberal temel hak ve özgürlükler ve bunun uzantısında yargının bağımsızlığı düşüncesine uzun süreli politikalarla kavuşulmalıdır.

KAYNAKLAR

- ALDER, John, **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, Palgrave Macmillan Company, New York, 2002
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- BJORKMAN, Tom, **Russia's Road to Deeper Democracy**, Brooking Institutions Press, Virginia, 2003
- BOIES, David, **"Judicial Independence and the Rule of Law"**, Washington University Journal of Law & Policy, Vol 22, 2006, s. 57 – 70
- COLBRAN, Stephen, **"Independence and Integrity as a Criterion for Judicial Performance Evaluation"**, Notre Dame Austrilia Law Review, Vol. 5, 2003, s. 15 – 36
- CULLINANE, Shawn S., **"Can the Constitutional Court of the Russian Federation Lead the Way to the Creation of a True Democratic Society in the New Russia in the 21st Century"**, Touro Law Review, Vol. 17, 2000 – 2001, s. 397 – 438
- DREWRY, Gavin, **Select Committees and Back – bench Power, in The Changing Constitution**, Editör Jeffrey Jowell ve Dawn Oliver, Clarendon Press, Oxford, 1985
- DREWRY, Gavin, **Judicial Independence in Britain: Challenges Real and Threats Imagined, in Constitutional Studies – Contemporary Issues and Controversies**, Editör Robert Blackburn, Mansel Publishing, New York, 1992
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2004
- HENDLEY, Kathryn, **"Assesing the Rule of Law in Russia"**, Cardozo Journal of International and Comparative Law Journal, Vol. 14, 2006, s. 347 – 391
- KURU, Baki, **Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966

Arş. Gör. Ali İbrahim AKKUTAY

LANDSBERG, Brian K., “**The Role of Judicial Independence**”, Pacific Mc-George Global Bussiness and Development, Vol. 11, 2006, s. 331 – 335

MACHURA, Stefan, “**Fairness, Justice and Legitimacy: Experiences of People’s Judges in South Russia**”, Law and Policy, Vol. 25, No. 2, April 2003, s.123 – 150

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2004

ÖZER, Attila, **Anayasa Hukuku(Genel İlkeler)**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2005

PLANCK, Thomas E., “**The Essential Elements of Judicial Independence and the Experience of Pre – Soviet Russia**”, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 5, Issue 1, 1996 – 1997, Winter 1996, s. 1 – 73

POPOVA, Maria, “**Watchdogs or Attack Dogs? The Role of the Russian Courts and the Central Election Commission in the Resolution of Electoral Disputes**”, Europe – Asia Studies, Vol. 38, No. 3, May 2006, s. 391 – 414

ROBINSON, Neil, **Introduction: Institutions and Political Change in Russia, in Institutions and Political Change in Russia**, editör: Neil Robinson, Palgrave Publishers, 2000

ROUSSO, Alan, “**Russia’s Transformation: The Prospects for Democracy**”, Brown Journal of World Affairs, Vol 7, 2000, s. 107 – 127

SHARLET, Robert, “**Reinventing the Russian State: Problems of Constitutional Implementation**”, John Marshall Law Review, Vol. 28, 1994 – 1995, s. 775 – 786

SOLOMON, Peter H., “**Judicial Power in Russia: Through the Prism of Administrative Justice**”, Law & Society Review, Vol. 38, No. 3, 2004, S. 549 – 581

SOLOMON, Peter H., “**Threats of Judicial Counterreform in Putin’s Russia**”,Demokratizatsiya,Vol. 13, Issue 3, Summer 2005 s. 325 – 345

Rusya’da Yargı Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, Beşinci Baskı, İstanbul, 1998

TIKHOMIROV, Yuri A., “**Basic Elements of the Federation of Russia**”, Louis – Warsaw Transatlantic Law Journal, Vol. 1995, s. 207 – 208

TOLBERT, David ve SOLOMON, Andrew, “**United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post – Conflict Societies**”, Harvard Human Rights Journal, Vol. 19, 2006, s. 29 – 62

TROCHEV, Alexei, “**Less Democracy, More Courts: A Puzzle of Judicial Review in Russia**”, Law & Society Review, Vol. 38, No. 3, 2004, s. 513 – 548

TRUSHNET, Mark, “**The Judiciary and Institutions of Judicial Reform**”, American University Journal of International Law and Policy, Vol. 8, 1992 – 1993, s.501 – 516

ULITSKY, Inna, “**Legal and Constitutional Basis for the Development of the Rule of Law in Russia**”, Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy, Vol. 18, 1993, s. 69 – 88

ÜNAL, Şeref, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı (Türk Yarı Sistemi Üzerinde Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Bir İnceleme)**, TBMM Kültür Sanat Yayınları Yayın No: 65, Ankara, 1995

<http://www.law.murdoch.edu.au./icjwa/beijst.htm>

BOŞ

THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Arş. Gör. Berat Lale AKKUTAY*

ABSTRACT

This article deals with the interpretation of the charters of international organizations. In the article the methods of interpretation stipulated in 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties examined by emphasizing the importance of teleological interpretation.

KEYWORDS

International Organizations, Constitutional Treaties, Interpretation of Treaties, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN KURUCU ANDLAŞMALARININ YORUMU

ÖZET

Bu makalede uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarının yorumu konusu incelenmiştir. Makalede 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde sözü edilen yorum metodları amaçsal yorum yönteminin önemi vurgulanarak değerlendirilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Uluslararası Örgütler, Kurucu Andlaşmalar, Uluslararası Andlaşmaların Yorumu, 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü (Devletler Umumi Hukuku), Araştırma Görevlisi.

Introduction

In order to keep up with the requirements of today's world charters should be considered as living instruments. Charters cannot be limited by the intentions of their drafters or the plain meanings given of the time that they had been created. In his own words Judge Alvarez stated that:

*"...charters can be compared to ships which leave the yards in which they have been built, and sail away independently, no longer attached to the dockyard."*¹

Especially after the ratification of the Vienna Convention on the Law of Treaties² there has been a general move away from the leading method of constitutional interpretation based on the textual meaning.³ Article 31 of the Convention attributes a significant value to the subsequent practice and the objects and purposes. The original intent of the parties is also another canon for the interpretative exercise.

In this paper it is aimed to evaluate the constitutional and contractual approaches to the charters of the international organizations, spot the participants who contribute to the interpretation process and examine the different canons of interpretation within the changing understanding of interpretative exercise.

1. Constitutionality of the charters

While arguing the interpretation of the charters of international organizations it is crucial to examine the features of the founding agreements. Multilateral treaties can be categorized as contractual and constitutional.

Under the traditional legal doctrine the treaties establishing the self-ruling entities like UN (United Nations) or GATT/WTO (General Agreement on Tar-

¹ *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Rep. 1951, p. 53.

² Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, 8 I.L.M. 679.

³ N.D. White, *The UN System: Toward International Justice*, (Boulder: Lynne Rienner) (2002), p. 26.

iffs and Trade/ World Trade Organization) considered as “treaties” no different than contractual bilateral agreements.⁴

On the other hand some lawyers and interpreters have a tendency to accept charters as constitutions.⁵ According to McNair the multilateral agreements creating international entities and general rules above the states have constitutional aspects.⁶ Some constitutionalists like Petersmann support the international constitutionalism in order to strengthen the principle of rule of law in international organizations.⁷

In fact, charters have both contractual and constitutional features. When the contractual elements of a treaty are considered, such as the termination or modification, the ordinary rules of interpretation must be applied because of the equal status of the parties. However when the normative side of the treaty is considered the similarity only can be found in the domestic public law, eg., the administrative and the constitutional law of the member states. Thus the different rules of interpretation must be applied not only to the domestic constitutions but also to the charters of the international organizations.⁸

Today, charter interpreters are in favour of the constitutional interpretation methods, on the basis of Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 31 and 32.

2. Participants of the Interpretative Exercise

International Court of Justice (ICJ), in its advisory opinion in 1962 stated that the institutions of international organizations, *in the first place at least*, interpret their constitutions in order to carry out their functions.⁹

⁴ J.E. Alvarez, “Constitutional Interpretation in International Organizations” in J-M. Coicaud and V. Heiskanen (eds), *The Legitimacy of International Organizations*, (Tokyo: United Nations University Press) (2001), p. 104.

⁵ Alvarez, p 104.

⁶ A.D. McNair, “The Functions and Differing Legal Character of Treaties”, (1930) XI *British Year Book of International Law*, p. 112.

⁷ Petersmann, E, “How to reform the UN system? Constitutionalism, International Law, and International Organizations.” (1997) 10 *Leiden Journal of International Law*, p. 426-437.

⁸ Georg Ress, “The Interpretation of the Charter” in B. Simma (eds.), *The Charter of the United Nations, Vol I* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 15.

⁹ “In the legal systems of States, there is often some procedure for determining the validity of even a legislative or governmental act, but no analogous procedure is to be found in the structure of the United Nations. Proposals made during the drafting of the Charter to place the ultimate authority to interpret the Charter in the interna-

The charters of most of the international organizations assign interpretation to particular organs, for example, plenary bodies in the Food and Agriculture Organization (Article 17 of the Constitution of the FAO), International Maritime Organization (Article 69 of the Convention on the IMO), Organization for African Unity (Article 27 of OAU Charter), The International Monetary Fund (Article 29 of the Articles of Agreement of IMF), and International Civil Aviation Organization (Article 84 of the Convention on the ICAO) are entrusted for the interpretation task.

The charters of several organizations such as ICAO (Article 84 of the Convention on the ICAO), FAO (Article 17 of the Constitution of the FAO) and World Health Organization (Article 75 of the Constitution of the WHO) envisage an appeal procedure and entrust authoritative interpretation to ICJ or a different arbitral body¹⁰. In the case of International Seabed Authority, the Sea-Bed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea is assigned to interpret the questions arising within the scope of the activities of the Assembly or the Council of the Organization (Article 191 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea).

Most charters, including the UN Charter, do not officially entrust a particular body for interpretation.¹¹ According to the UN Charter, the interpretations of ICJ are not binding on the questions raised by the Security Council or General Assembly. During the negotiations on the drafting process of UN Charter in San Francisco there were different suggestions on the issue of who would interpret the Charter. Finally it was decided that each institutional organ has the authority to interpret.¹² Today this decision determines the authority of interpretation in many international organizations. Each institutional organ of an international organization can contribute to interpretative exercise. A legal interpretation, as made by any of the institutional organs of an international organization, once finds a general acceptance, is usually presumed to be authoritative when a similar issue arises in the future.¹³ The institutional practice

tional court of justice were not accepted; the opinion which the Court is in course of rendering is an advisory opinion. As anticipated in 1945, therefore, each organ must, in the first place at least, determine its own jurisdiction." *Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion*, ICJ Rep. 1962, p. 168.

¹⁰ C.F. Amerasinghe, "Interpretation of Texts in Open International Organizations" (1994) 65 *British Yearbook of International Law*, p. 180.

¹¹ *Alvarez*, p. 111.

¹² *ibid.*, p. 112.

¹³ *ibid.*, p. 113.

accepted uniformly is also conclusive within formal adjudication.¹⁴

The decision taken in San Francisco has established an evolutionary development in the field of international institutional law. In their daily activities, the organs of international organizations have created foundational interpretations of their constitutional treaties. Charters of the international organizations unlike the bilateral inter-state treaties have authorized different interpreters distinct from the treaty parties, and forced the members to accept these interpretations. Thus these treaties have become, “living constitutions” distinct from more static bilateral contacts.¹⁵

3. Different Canons of Interpretation:

The charters of the international organizations might be interpreted on the basis of power oriented approaches however this method grounds on the relative powers of the parties demanding an authoritative interpretation. This kind of power oriented but non-legal conclusions mostly create ongoing conflicts.¹⁶ That’s why charter interpreters rely on the rule of law while resolving interpretative disputes.

Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties have been the most applied rules in interpretative exercise.

According to the article 31 of the Convention, a treaty must be interpreted basically in good faith in accordance with the ordinary meaning of the terms within their context and objects and purposes. In the following paragraphs the elements are listed which must be taken into account within the context or comprised in the context; such as the preamble and annexes, related agreements and instruments of the treaty, subsequent agreement between the par-

¹⁴ *Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding the Security Council Resolution 276, Advisory Opinion*, ICJ Rep. 1971, paragraph 22; turning to past Council voting practices in order to help to determine the meaning of Article 27(3) of the Charter by stating that: “... the proceedings of the Security Council extending over a long period supply abundant evidence that presidential rulings and the positions taken by members of the Council, in particular its permanent members, have consistently and uniformly interpreted the practice of voluntary abstention by a permanent member as not constituting a bar to the adoption of resolutions... This procedure followed by the Security Council, which has continued unchanged after the amendment in 1965 of Article 27 of the Charter, has been generally accepted by Members of the United Nations and evidences a general practice of that organization.”

¹⁵ *Alvarez*, p. 113.

¹⁶ *ibid.*, p. 114.

ties, subsequent practices, rules of international law and the special meanings attributed to the treaty by the parties' intention.

The preparatory work and the circumstances of the conclusion of the treaty are mentioned under article 32 as supplementary means of interpretation. This article is applied to the treaty when article 31 leaves the meaning ambiguous or obscure or causes an absurd or unreasonable result.

3.1. The Natural and Ordinary Meaning

Ascertainment of the natural and ordinary meaning in context has been accepted by the ICJ as a crucial rule of interpretation.¹⁷ In the *Second Admissions Case* ICJ stated that the words had to be interpreted according to their ordinary meaning in the context, unless such interpretation would cause an unreasonable or absurd result.¹⁸ Therefore it is not a narrow interpretation of words, articles or phrases but each of them related to the constitution as a whole.¹⁹

The Court repeated its view in the *IMCO Case* by interpreting the 'largest ship owning nations' term in the Article 28 (a) of the IMCO constitution in its natural and ordinary meaning. The Assembly of IMCO (Inter-Governmental Maritime Consultative Organization) did not elect Liberia and Panama to the Maritime Safety Committee notwithstanding the Article 28(a) of the IMCO Constitution. Article 28 (a) stipulates that the Maritime Safety Committee must consist of fourteen states and at least eight of them must be the largest ship owning nations. Liberia and Panama were the countries which were amongst the eight largest ship owning nations in the Lloyd's List at the time. The Court stated in its advisory opinion that in electing neither Liberia nor Panama to the Maritime Safety Committee, the Assembly of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization had failed to comply with the Article 28 (a) because the largest ship owning nations term in this article solely referred to registered tonnage.²⁰

¹⁷ See, for example, Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1948, p. 57.; Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, p. 151; Competence of Assembly Regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, p. 8.

¹⁸ Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, ICJ Reports 1950, p. 8.

¹⁹ C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, (Cambridge: Cambridge University Press) (1996), p. 43.

²⁰ Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Con-

3.2. The Object and Purpose- Teleology

Under Article 31 Paragraph 1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the treaties shall be interpreted in accordance with their objects and purposes. There are many cases where the natural and ordinary meaning has been changed in the light of aims and objects.

In some cases interpreters directly go to the objects and purposes as has done in the *IBRD Case* (International Bank for Reconstruction and Development Case). In 1986 the executive directors of the IBRD had to solve a problem about the Article II of the Articles of Agreement of the IBRD. The authorized capital of IBRD was defined as “in terms of United States dollars of the weight and fineness in effect on July 1, 1944” by the Article II Section 2(a) of the IBRD agreement. The problem occurred after the introduction of the Special Drawing Right (SDR) by International Monetary Fund (IMF), which was to replace the gold standard. Because of the introduction of the SDR the Executive Directors interpreted the Article II according to the changing conditions.²¹ The interpreters stated that “*by reading the words ‘United States dollars of weight and fineness in effect on July 1, 1944’ in Article II section 2(a), of the Articles of Agreement of the Bank to mean the Special Drawing Right introduced by the Fund, as the SDR was valued in terms of United States dollars immediately before the introduction of the basket method of valuing the SDR on July 1, 1974, such value being 1.20635 United States dollars for one SDR.*”²²

This interpretation indicates that the natural and ordinary meanings of the words in Article II have been changed completely and the objects and the purposes are considered in the first place in order to keep up with the developments.

The constitutional implied powers have also a significant role in the teleological interpretation process. According to this doctrine the constitutions

sultative Organization, ICJ Rep. 1960, p.170.

²¹ Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law...*,p. 33.

²² World Bank, Decisions of the Executive Directors under Article IX of the Articles of Agreement on Questions of Interpretation of the Articles of Agreement (1991) p. 22, (Decisions No.13 of 14 October 1986), quoted Amerasinghe, p.34.

have inherent features to enable the organizations to perform their functions properly even if the charters are silent in some issues. Therefore the treaties should be observed as a whole with all other relevant materials.²³ *Reparation Case, Personal Work of Employers Case and the Effects of Awards Case* are good examples showing how the doctrine of implied powers was implemented as a method of interpretation

In the *Reparation Case* the question was whether the UN, as an organization, had the capacity to bring an international claim on behalf of its staff.²⁴ ICJ stated its view as follows:

*“Under International Law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implications being essential to the performance of its duties.”*²⁵ The Court consequently stated that *“Upon examination of the character of the functions entrusted to the Organization and of the nature of the missions of its agents, it becomes clear that the capacity of the Organization to exercise a measure of functional protection of its agents arises by necessary intendment out of the charter.”*²⁶

Another example where the term of implied powers was mentioned is the *Personal Work of Employers Case*²⁷. This time the issue was if the ILO (International Labour Organization) had an implied power to regulate the work of employer. The PCIJ (Permanent Court of International Justice) stated that the drafters of the Constitution of the ILO *“clearly intended to give the ILO a very broad power of co-operating with them in respect of measures to be taken in order to assure humane conditions of labour and the protection of workers. It is not conceivable that they intended to prevent the Organization from drawing up and proposing measures essential to the accomplishment of that end. The Organization, however, would be so prevented if it were incompetent to propose for the protection of wage-earners a regulative measure to the efficacious working of which it was found to be essential to include to some extent*

²³ A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press) (2000), p. 202.

²⁴ *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1949, p. 174.

²⁵ *ibid.*, p. 182.

²⁶ *ibid.*, at 184.

²⁷ *Competence of the International Labour Organization to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*, PCIJ Series B No. 13, 1926, p. 6.

work done by employers."²⁸

In 1954, in the *Effects of Awards Case*, the ICJ had to decide, *inter alia*, if the UN had an implied power to establish an administrative tribunal to settle disputes between the Organization and its staff.²⁹ The Court stated that in order to provide efficiency in the working of the secretariat, the power to institute a tribunal, to do justice between the Organization and the staff members, was essential, and this power arose out of the charter.³⁰

The existence of implied powers elevates the importance of the provisions in an international organization's charter which have restrictive meaning on the authority of the organization or its organs. If an organization attempts to an action not inconsistent with its charter the expressed constitutional limitations become a significant protection on the violation of members' "residual rights." One of the most common examples of these rights is the Article 2(7) of the UN Charter which prohibits the interference to members' domestic jurisdictions.³¹ Institutional powers on the grounds of customary or implied powers also increase the importance of making timely objections to the actions of the members or the organs before they are accepted as institutional practice.³²

3.3. Subsequent Practice

Article 31 Paragraph 3 of the Vienna Convention on the Law of Treaties emphasizes the important role of subsequent practice. According to Paragraph 3 subsequent practice shall be taken into account, together with the context. When a text is ambiguous or silent in some issues subsequent practice helps the interpreters in filling the gaps or determining the meanings of the words.

There are some arguments about the legitimacy of subsequent practice as a method of interpretation. First of all the institutional practice does not always reflect the consent of the members of the international organizations. Another problem is that, if the subsequent practice is accepted as the contemporary

²⁸ *ibid.* p. 18.

²⁹ *Effects of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1954, p. 47.

³⁰ *ibid.*, p. 57.

³¹ Alvarez, p. 122.

³² *ibid.*, p. 123.

intent of the members, then it is hard to explain why this practice seems more important than the original intent of the parties which is indicated as a canon of interpretation in the Vienna Convention on Law of Treaties³³. According to Amerasinghe, as a response to these arguments, subsequent practice as a means of interpretation of constitutions has an independent juridical basis. Practice becomes a method of interpretation purely because it is the practice of the organization.³⁴

It is considered that there are some limits on the implementation of subsequent institutional practice. First of all practice must conform to purposes of the charters. Secondly subsequent practice must only be applied to fill the lacunae, not for formal amendments changing the rights and obligations of the members as indicated in the charter.³⁵

The belief that unchallenged institutional practice reflects the consent of the member states is not very persuasive. Many authorizations of the Security Council, for example, even protested by member states, accepted as institutional practice.³⁶ Although it is doubtful if the decisions of Security Council reflect the contemporary intents of the state parties due to its anti-democratic structure, the opposition of the members do not prevent the implementations of these decisions.³⁷ Thus, these implementations become subsequent practice with or without the consent of the members.

Although there are some problems with respect of the implementation of subsequent practice it has been used primarily in many cases as a method of interpretation.

In the *Second Admissions Case* the Court interpreted Article 4 of the UN in its natural meaning but also supported this view with the practices of General Assembly and Security Council in which the acceptance of a state to the UN was decided by General Assembly on the basis of a recommendation of

³³ *ibid.*, p. 118.

³⁴ Amerasinghe, *Principles of the Institutional....*, p. 52.

³⁵ Alvarez, p. 119.

³⁶ Many scholars considers that Council authorizations of force with respect to Kurds in Iraq (1991), Somalia (1992-93), Haiti (1994), Rwanda (1994), or in Bosnia- Herzegovina (1995), as important legal precedents of permissible "humanitarian intervention" under both the Charter and general international law. For a detailed explanation see F. R. Teson, "Collective Humanitarian Intervention", (1996) 17 *Michigan Journal of International Law*, p. 343 -369, 371.

³⁷ Alvarez, p. 120.

the Security Council.³⁸

In 1995 the members of the European Union decided to replace the ECU with EURO without amending the Treaty. This is a good example of application of the subsequent agreement stipulated in the Article 31 paragraph 3 of the Vienna Convention.³⁹

Namibia Case is a very striking example of interpretation regarding subsequent practice. In this case ICJ directly applied the subsequent practices of Security Council as a method of interpretation. The Court pointed out that the voluntary abstention of a permanent member did not prevent the adoption of resolutions due to the consistent practice of the Security Council members.⁴⁰ Judge Dillard, in his separate opinion, argued that institutional practice could not be sufficient to modify what was unambiguously stated in UN Charter.⁴¹ However in the *Second Admissions Case* Judge Azvedo, in his dissenting opinion, stated that methods of interpretation had to have an evolutionary feature in order to keep up with the new requirements.⁴² As understood each method of interpretation attains its validity and importance according to the different views of the different interpreters. The importance attributed to subsequent practice depends on interpreter's individual approach regarding the propriety of dynamic interpretation.⁴³

In many cases, the references for subsequent practice have repetitive characteristics.⁴⁴ However in *European Commission on the Danube Case*⁴⁵ or in the *IMCO Case*⁴⁶ the practice occurred only once, in these cases subsequent

³⁸ Competence of Assembly Regarding Admission to the United Nations Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, p. 9.

³⁹ Aust, p. 192.

⁴⁰ Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding the Security Council Resolution 276, ICJ Rep. 1971, Advisory Opinion, p. 22. South Africa contended that the Security Council Resolution 284 was invalid under Article 27(3) of the UN Charter since two permanent members were absent during the voting process of resolution.

⁴¹ *ibid.* P. 153-154.

⁴² *Competence of the General Assembly for the Admission of a state to the United Nations*, ICJ Rep. 1950, p. 30-33.

⁴³ Alvarez, p. 119.

⁴⁴ Amerasinghe, *Principles of the Institutional...*, p. 50.

⁴⁵ Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Brailai PCIJ Series B. No. 14, 1927, p. 57-8.

⁴⁶ Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, ICJ Rep. 1960, p. 167-8.

practice was just used as an evidence to determine the natural and ordinary meaning.

3.4. Intent- Preparatory Work (*Travaux Préparatoires*)

Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties stipulates the preparatory work as a supplementary method of interpretation. If resort to the methods of interpretation regulated in Article 31 leaves the meaning ambiguous or leads to an absurd or unreasonable result interpreters may recourse to the preparatory work of the treaty. Intention can be categorized as the original intent and the contemporary intent. Contemporary intent is much more related to the subsequent practice which has been discussed above.

The recourse to original intent especially in the constitutional interpretation is considered to be pointless because the analysis of the preparatory work is time consuming and not very functional in the decision process.⁴⁷ In the *First Admissions case*⁴⁸ and the *Second Admissions Case*⁴⁹ the Court stated that the texts were clear enough and did not find it necessary resorting to the preparatory work.

There are not many examples where the preparatory work has been resorted during the interpretative exercise as a primary source. In the *IMCO Case*, for example, the preparatory work was resorted to in order to support the views which were primarily interpreted by other methods.⁵⁰

The recourse to preparatory work as a method of interpretation is a very exacting task. It is very difficult to determine the original intents of the parties. Also the preparatory works are far from reflecting the intents of the new members. Although these concerns create problems on the legitimacy of the preparatory works it is still a method of interpretation and not totally ignored by the charter interpreters.

Conclusion

⁴⁷ Aust, p. 199.

⁴⁸ Admissions of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), ICJ Rep. 1948, p. 63.

⁴⁹ Competence of Assembly Regarding Admission to the United Nations, ICJ Rep. 1950, p. 8.

⁵⁰ Amerasinghe, *Principles of the Institutional...*, p. 56.

Uluslararası Örgütlerin Kurucu Andlaşmalarının Yorumu

The means of interpretative exercise depends on the context of the specific case and the structure of the constitution. In this paper the different canons of interpretation are examined by giving different examples from the constitutions of the particular organizations.

It is undeniable that the interpreters, during the interpretation process, give a primary role to objects and purposes rather than the ordinary meaning and the original intent. The very persuasive explanation why interpreters tend to resort to the teleological interpretation was made by Judge Alvarez in the *Second Admissions Case*. Alvarez stated that:

“...when interpreting treaties- in particular the Charter of the United Nations- to look ahead, that is to have regard to the new conditions, and not to look back, or have recourse to travaux préparatoires. A treaty of a text that has once being established acquires a life of its own. Consequently in interpreting it we must have regarded to the exigencies of contemporary life rather than to the intentions those who framed it.”⁵¹

The approaches of the interpreters and the concrete implementations of the interpretation indicate that it is nearly an obligation to interpret the charters on the grounds of objects and purposes of them. Natural and ordinary meaning should be treated in the light of objects and purposes. It is clearly understood from the views of interpreters that subsequent practice and contemporary intend are considered to be attached to the aims of the constitution of an international organization. When the intense day to day practices and complex structure of international organizations is considered it is nearly an obligation to interpret them in an evolutionary way.

⁵¹ Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, ICJ Rep.1950, p. 18.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

- Amerasinghe, C.F., Principles of the Institutional Law of International Organizations (Cambridge: Cambridge University Press) (1996).
- Aust, A., Modern Treaty Law and Practice (Cambridge: Cambridge University Press) (2000).
- White, N.D., The United Nations System: Toward International Justice (Boulder, Lynne Rienner) (2002).

CHAPTERS IN BOOKS

- Alvarez, J.E., 'Constitutional Interpretation in International Organizations' in J-M. Coicaud and V. Heiskanen (eds), The Legitimacy of International Organizations (Tokyo: United Nations University Press) (2001), p. 104-154.
- Ress, G., "The Interpretation of the Charter" in B. Simma (eds.), The Charter of the United Nations: a commentary Vol. 1, (Oxford: Oxford University Press) (2002), p. 13-32.

JOURNAL ARTICLES

- Amerasinghe, C.F., "Interpretation of Texts in Open International Organizations" (1994) 65 British Yearbook of International Law, p. 175-209.
- McNair, A.D., "The Functions and Differing Legal Character of Treaties", (1930) XI British Year Book of International Law, p. 100-118.
- Petersmann, E., "How to reform the UN system? Constitutionalism, International Law, and International Organizations." (1997) 10 Leiden Journal of International Law, p. 421-474.
- Teson, F. R., "Collective Humanitarian Intervention", (1996) 17 Michigan Journal of International Law, p. 323-372.

CASES

- Competence of the International Labour Organization to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer, Advisory Opinion, PCIJ Series B No. 13, 1926, p.6.
- Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila, Advisory Opinion, PCIJ Series B. No. 14, 1927, p. 6.
- Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion, ICJ Rep. 1948, p.57.
- Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1949, p. 174.
- Competence of Assembly Regarding Admission to the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1950, p.4.
- Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p. 15.
- Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1954, p. 47.
- Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1960, p. 150.
- Certain Expenses of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Rep. 1962, p.151.
- Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding the Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, ICJ Rep.1971, p. 16.

BOŞ

OSMANLI DEVLETİ'NDE YÖNETİCİ SINIF AÇISINDAN MÜSADERE UYGULAMASI

Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ*

ÖZET

Kişinin mal varlığı üzerindeki mülkiyet hakkına son verilerek bu mülkiyetin devlet hazinesine devredilmesi anlamına gelen müsadere, Osmanlı Devleti'nde Fatih döneminden itibaren devşirme kökenli devlet adamlarına uygulanırken, Kanuni ile birlikte ilmiye sınıfı haricinde bütün yönetici sınıf mensupları için geçerli olmuştur. Mal varlığına el koyma iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İşlenen bir suç sonucunda verilen bir tazir cezası olarak ve ölüm halinde müsadere. Ceza olarak verildiğinde genellikle siyaseten katl, hapis, sürgün gibi cezalara eşlik etmiş ve hâkim kararı olmaksızın padişah tarafından verilmiştir. Ayrıca yönetici sınıf mensupları eceliyle öldüklerinde devlet doğrudan mal varlıklarına el koymuştur. Bu uygulamanın temelinde merkezi otoriteye rakip olabilecek güçlerin ortaya çıkışını önleme ve görevin kötüye kullanılarak servet edinmenin önüne geçme isteği yatmaktadır. II. Mahmut'un 1838'te memurlar için çıkardığı ceza kanunnamesi ile hâkim kararı olmadan müsadere yapılması yasaklanmış, 1839 Tanzimat Fermanı ise herkes için müsadere uygulamasını kaldırmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Müsadere, Yönetici sınıf, kul sistemi, 1838 Ceza Kanunnamesi, Tanzimat Fermanı

THE PRACTICE OF CONFISCATION ABOUT RULING CLASS IN OTTOMAN STATE

ABSTRACT

Confiscation means to put an end someone's property right over his estate and seize it in the name of the state. The first examples of confiscation were seen in the period of Mehmet the Conqueror and widened its scope in the time of Süleyman the Magnificent, In the Ottoman Empire confiscation was examined as an tazir punishment for the members of ruling class except ilmiyye. Besides when a member of

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi ABD. Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ

ruling class died his estate was seized directly in the name of state treasury. The main reasons of this practise were to protect the central authority and prevent the foundation of rival powers which can threaten the central government and taking necessary precautions against the misusing of power. The Criminal Code which was enacted by Mahmut II in 1838 forbited confiscation for members of ruling class without the decision of court. Finally Tanzimat Edict abolished the practise of confistigation both ruling class and reaya.

KEY WORDS

Confistigation, Ruling class, tazir punishment, 1838 Criminal Code, Tanzimat Edict.

I.GİRİŞ

Arapça kökenli bir kelime olan müsadere, hukuk literatüründe işlenen bir suçun karşılığı olarak suçlunun mal varlığının bütünü veya bir kısmı üzerindeki mülkiyet hakkına son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal bir karakter gösteren bir oluşuma devredilmesi şeklinde açıklanmıştır¹. Esasen müsadere Abbasiler devrine ait bir teknik terim olup, devlet gelirlerini artırmak için gayri meşru servet yaptığı iddia edilen memurların mallarını zapt etmek için bulunan bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak kavramın ilk kullanımı arazi ve toprak gelirleri ile ilgili olup, divan al- haraç kayıtlarında kullanılan bir tabirdir. Daha sonra zaman içinde devletçe herhangi birinin malına el konulması anlamına bürünerek bir hukuk kurumu haline gelmiş, halifeler tarafından kullanılan bir baskı yöntemine dönüşmüştür².

Müsadere tarih boyunca bir ceza olarak kullanılmış olup, Batılı devletlerde de bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle tamamen Abbasilerin icat ettiği bir kurum olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Eski Yunan ve Roma hukukunda müsadere benzeri uygulamalar ceza veya güvenlik tedbiri olarak uygulanmış, bazen tek başına bazen de diğer cezalarla birlikte verilmiştir. 1789 Fransız İhtilali sonucunda hazırlanan Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'nde yer alan önemli haklardan birisi de mülkiyet hakkıdır. Siyasi liberalizm akımının temel dayanaklarından olan bu temel hak sebebiyle en azından Fransa'da müsadere uygulamasının kalkacağı düşünülmüşse de böyle olmadığı ve uygulamanın devam ettiği görülmüştür. 1810 tarihli ceza kanununda ise müsadere cezası sadece devletin emniyetini ihlal ve kalpazanlık suçlarıyla sınırlı tutulmuş, 1814 yılında ise tamamen ortadan kaldırılmıştır³.

İslamiyet öncesi Hunlar, Göktürkler, Uygurlar gibi Türk devletlerinde müsadere uygulaması olduğuna dair doğrudan bir bilgiye rastlanmamakla birlikte, miras paylaşılacağında mal varlığının bir bölümünün bir çeşit miras vergisi gibi devlet hazinesine verilmesi ve ancak bu işlemden sonra mirasın paylaşılabilmesi, ya da vasiyetlerin yerine getirilebilmesi⁴ dikkat çekici bir durumdur ve kısmen Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf mensuplarının

¹ Ögün Tuncay, "Osmanlı Devleti'nde Müsadere Uygulamaları", Osmanlı c. 6 Teşkilat, Ankara 1999, s. 371.

² Baysun Cavid, "Müsadere", İ.A. c. 8, İstanbul 1987, s. 669; Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara 1985, s. 19, 147.

³ Baysun, s. 669; Ögün, s. 371.

⁴ Arsal Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947, s. 342-343.

ölümünden sonra yapılan uygulamaya benzemektedir. Moğollar, Eyyubiler, Gazneliler ve Selçuklular gibi devletlerde ise müsadere uygulamasına rastlanmaktadır. Bu devletlerde devlet başkanının siyasi otoritesini tehdit edebilecek derecede güç kazanan siyasi oluşumları etkisiz hale getirmek, hazineye gelir sağlamak, isyan, isyana teşebbüs, vatana ihanet, katl, yağma, rüşvet gibi suçları cezalandırmak için sıklıkla müsadere yönteminden yararlanılmıştır⁵. İleride Osmanlı Devleti'nde de görülebileceği gibi mevcut siyasi otoriteye tehlike oluşturabilecek unsurların müsadere yoluyla etkisiz hale getirilmeye çalışılması ilgi çekicidir.

Müsadere özellikle Selçuklularda geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Hatta bu nedenle Büyük Selçuklular' da "Divan-ı Müsadere" adını taşıyan özel divanlar kurulmuştur. Selçuklular'da çeşitli sebeplerle, dayak, azil, sürgün, hapis gibi cezalara çarptırılan kimseler bunların biri veya ikisine ek olarak, tamamlayıcı mahiyette müsadere cezasına da maruz kalmışlardır.

Anadolu Selçuklu Devleti'nde müsadere cezası suçlunun bütün menkul ve gayri menkullerini içine almıştır. Servetine el konulmasına karar verilen bir kimsenin malvarlığının müsaderesi, ancak, sultanın bu hususta verdiği veya vereceği emir üzerine yapılabilmektedir. Merkezde yapılan müsaderelerde bunun yürütülmesi Emir-i Dad'lara veya bu iş için özel olarak görevlendirilen kimselere havale edilmiş, bunların emirlerine verilen büyük divan memur veya kâtipleri vasıtasıyla da bu husustaki işlemler yerine getirilmiştir. Belirlenen varlığa el konulmasından sonra defterlere kaydedilmiş, gerektiğinde ev, eşya gibi unsurlar mühürlenmiş ve tayin edilen müvekkiller tarafından emniyetleri sağlanmıştır. Taşradaki müsadereler ise merkezden tayin edilen naibler tarafından yapılmıştır. Malların dökümünün yapıldığı defterler devlet hazinesine teslim edilmiştir⁶. Selçuklulardaki uygulamanın Osmanlı dönemi ile benzerliği dikkat çekicidir.

Müsadere uygulaması diğer Türk devletlerinden Osmanlıya geçmekle birlikte başlangıçta bazı istisnai haller dışında yalnızca bir ceza olarak uygulanmıştır. Bu dönemde müsadere yalnız devlet malını zimmetine geçirenlerle,

⁵ Ögün, s. 372.

⁶ Arık Feda Şamil, "Selçuklularda Müsadere" <http://www.muverrih.net/turkiye-selcuklu-devletinde-musadere>, Örneğin II. Kılıç Arslan devrine ait olan en eski kayda göre, sultan vezir İhtiyareddin Hasan'ı azl edip memleketinden sürgün ettirmenin yanında bütün mal varlığını da müsadere ettirmiştir. Sultan Gıyaseddin ise Malatya'da hapsettirdiği büyük devlet adamlarından beylerbeyi Emir Hüsameddin Kaymeri'nin, ayrıca malını-mülkünü de müsadere ettirmiştir.

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

İsyancılar hakkında uygulanan bir ceza olmuştur. Fatih'e kadar sadece Musa Çelebi'nin keyfi müsadere uygulamalarına rastlanmıştır⁷. Hatta kul sisteminin kurulmasına kadar müsadere bir ceza hukuku müessesesi olarak da çok büyük bir kabul görmemiştir. Bu nedenle Şeyh Bedrettin gibi önemli bir isyancının dahi malı haram sayılarak dokunulmamış⁸, Osmanlı Devleti açısından dönüm noktası olan ve kul sisteminin ilk adımını teşkil eden vezir-i azam Çandarlı Halil Paşa'nın katliyle birlikte müsadere edilen mal varlığı mirasçılara iade edilmiştir⁹. Zira İslam Hukukunda mülkiyet ve miras hakkı büyük bir öneme sahip olup, bunların özüne dokunacak uygulamalar şeriata aykırı işlemler olarak halkın büyük tepkisini çekmiştir.

Yukarıda verdiğimiz bilgilerden de anlaşılacağı üzere Fatih dönemi ve bu dönemde kurulan kul sistemi, müsadere kurumu açısından bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Özellikle konumuz açısından da büyük öneme sahip olduğu üzere müsadere, yönetici sınıf mensupları açısından sistematik olarak uygulanmaya başlamıştır. Her ne kadar zaman zaman reaya mensup kişilerin malları müsadere edilse de bu kurum daha çok yönetici sınıf mensuplarına yönelik örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik reayadan farklı olarak yönetici sınıf için müsadere sadece bir ceza olarak uygulanmamış, bu sınıfa mensup kişiler öldüklerinde devlet mal varlıklarına el koyarak İslam Miras Hukuku kurallarının işlenmesini engellemiştir. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nde karşımıza çıkan yönetici sınıf-reaya ayrımı ve kul sisteminin niteliği büyük bir önem arz ettiğinden öncelikle bu konular üzerinde durulacaktır.

II. OSMANLI DEVLETİ'NDE YÖNETİCİ SINIF KAVRAMI

Osmanlı Devleti'nde yaşayan halk yönetici sınıf ve reaya olmak üzere iki ana sosyal gruba bölünmüş, ancak bu ayrım Avrupa'da o dönemde mevcut olan sınıf kavramından tamamen farklı bir nitelik arz etmiştir¹⁰. Kuruluş dö-

⁷ Musa Çelebi'nin Rumeli beylerinden bazılarını öldürüp, mallarını müsadere ettiği, hatta zengin bey ya da paşalardan birisini görünce "flori kokar" diye talepte bulunduğu söylenmektedir. Hatta beyler kendi aralarında meşveret edip, "bu kişinin bed- hali vardır, giderek cemi'imizi öldürüp, malımızı alır, Sultanı davet etmek evladır" demişlerdir. Mehmed Neşri, *Kitab-ı Cihan-Nüma*, c. II, (Yayımlayanlar: Unat Faik Reşit/Köymen Mehmet Altay), Ankara 1987, s. 489.

⁸ İslam Hukukunda devlete isyan suçu hadd-i bağı olarak adlandırılmış ve had suçları içerisinde yer almıştır. İsyan edenler müslümansa mallarına herhangi bir şekilde dokunulamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cin Halil/Akyılmaz Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 2008, s. 217-218.

⁹ Mumcu, s. 148.

¹⁰ Ubiçini *Türkiye Mektupları*'nda insanların Allah'ın kulu olarak kabul edildikleri bir toplumda, bir takım ayrıcalıkların ve asalet unvanlarının kişilerin hayat süreleri ile sınırlı olduğundan ve irsî bir niteliğe bürünmediğinden bahseder. Ubiçini M.A., *Türkiye Mektupları*,

nemine hâkim olan felsefe nedeniyle (yeni topraklar ele geçirilip İslam dinini yaymak) devlet içinde askeri görevler daha ağır bastığı için yönetici sınıfa “askerîler”de denmiştir¹¹. Askeri sınıf dört bölümden oluşmaktadır: Seyfiye (ordu mensupları), ilmiye, kalemiye (kâtipler), saray hizmetlileri¹². Osmanlı Devleti fetih ve gaza temeli üzerine oturtulduğu için uzun süre seyfiye ve ilmiye yönetici sınıf içinde daha etkili olmuşlardır.

Seyfiye, kapıkulu askerleri ve eyalet askerleri (tımurlu sipahiler) olmak üzere iki ana kısımdan meydana gelmiştir. Kapıkulu ordusu devşirme kökenlilerden oluşan, merkezde bulunan, doğrudan padişaha bağlı askerlerdir. Osmanlı ordusunun sayıca kalabalık bölümü ise tımar sistemi üzerinde yükselen eyalet askerleridir.

Yönetici sınıfın ikinci kanadı ilmiyedir. İlmiye sınıfının başında şeyhülislam bulunmuştur. Kazaskerler, kadılar, müderrisler, din adamları bu sınıfın içerisinde yer almıştır.

Yönetici sınıfın üçüncü parçasını kâtipler zümresi yani kalemiye oluşturmaktadır. Osmanlı Devleti’nde kâtipler “kâtibân-ı ahkâm-ı dîvân” ve “kâtibân-ı hazine-i âmire” olarak ikiye ayrılmışlar; birinci gruptakiler reis-ül küt-tab nezaretinde nişancıya, ikinci gruptakiler ise defterdara bağlı olmuştur¹³. Kalemiye II. Mahmut’un yaptığı düzenlemelerle güçlü bir sivil bürokrasiye dönüşmüştür.

Yönetici sınıf içerisinde kalan son grup saray hizmetlileridir. Bu görevlilerin başlıcaları Enderun Ağaları, Saray Ağası, Hazinekar Baş, Kilerci Baş, Rikab Ağaları, Kapıcı Baş, Çavuşbaşı, Darphane Emni, Matbah-ı Amire Emni’dir¹⁴.

Osmanlı Devleti’nde yönetici sınıf dışında kalan tüm tebaa reaya olarak kabul edilmiştir. Yalnızca kırsal kesimde yaşayıp, tarımsal üretim yapan halk

(Çeviren: Karaağaçlı Cemal), c. II, Tercüman 1001 Temel Eser, s. 446-447.

¹¹ Itzkowitz Norman, Ottoman Empire and Islamic Tradition, Chicago 1972, s. 40; Findley Carter, Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire, The Sublime Porte, 1789-1922, Princeton 1980, s. 13, 45; Mumcu Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986, s. 38; Cin/Akyılmaz, s. 105.

¹² Shaw Stanford, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, c. I, İstanbul 1982, s. 167; Itzkowitz, s. 40; Findley, Reform, s. 13; Osmanlı Devleti’nde yönetici sınıf hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akyılmaz Gül, “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. VIII, s. 1/2, 2004.

¹³ İnalcık Halil, The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600, London 1994, s. 100-101.

¹⁴ Gibb H.A.R./Bowen H., Islamic Society and the West, London 1969, vol. I, s. 71-89; Shaw, c. I, s. 172.

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

reaya değildir. Kasaba ve şehirlerde oturan, ticaret ve sanayi ile uğraşan kişilerle göçebelerin de reaya sınıfına dâhil oldukları düşünülmüştür.

Yönetici sınıf ile reayanın hukukî statüleri arasındaki en önemli fark, askerîlerin bir takım vergilerden muaf olmalarıdır. Reaya değişik isimler altında çok sayıda vergi ödemek zorundayken, askerîler devlete hizmet ettikleri prensibinden yola çıkılarak bu mükellefiyetin dışında tutulmuşlardır¹⁵. Buna karşılık kul sistemi incelenirken üzerinde durulacağı gibi, reaya ilmiyye sınıfı istisna edilirse yönetici sınıfa göre can ve mal güvenliği açısından daha güvenli bir konumda bulunmuştur.

III. KUL SİSTEMİ

Osmanlı Devleti'nde kul sistemi Fatih Sultan Mehmet tarafından kurulmuştur. İstanbul'un fethiyle büyük bir prestij kazanan Fatih, güçlü ve merkezi bir imparatorluk kurmak ve iktidara alternatif güçlerin ortaya çıkmasını önlemek için iki önemli adım atmıştır. Bunlardan ilki kardeş katlinin hukuki bir zemine oturtulması, diğeri ise kul sisteminin kurulmasıdır. Kul sisteminin kökeninde devşirme usulü yatmaktadır. Orhan Bey zamanında Osmanlıların Avrupa'ya geçmeleriyle birlikte, devletin askerî kuvvete olan ihtiyacı artmış, bu da devlet adamlarına savaşta esir düşen hıristiyanlardan devletin hakkı olan 1/5'lik bölümün İslamlaştırılarak ordu hizmetine alınmasını ilham etmiştir. Bu sebeple I. Murad zamanında "Acemi Oğlanlar Ocağı" kurulmuştur. Başlangıçta sadece savaşta esir edilen "pençikoğlan"ları Acemi Oğlanlar Ocağına alınırken, daha sonra devşirmeler de uygulamaya dâhil edilmiştir. Devşirme sistemi Osmanlı Devleti'nin zimmî tebaasının çocuklarını belirli kurallar dâhilinde toplaması anlamına gelmektedir. Birden fazla oğlu olan hıristiyanların erkek çocuklarından 8 ila 18 (bazen sınır 20'ye kadar çıkardı) yaşları arasında olanlardan, sıhhatli ve kuvvetlileri devşirme olarak toplanmıştır¹⁶. Görevliler tarafından toplanan bu çocuklar, önce Anadolu'daki ailelerin yanlarına verilerek müslüman-Türk kültürü üzerine yetiştirilmişler, içlerinden daha yetenekli

¹⁵ Osmanlı Devleti'nde vergiden muafiyet üç kademeyle ortaya çıkmıştır. Devlet evvela avarızdan, sonra raiyyet rüsumundan ve nihayet şer'î vergilerden muafiyet bahşetmiştir. Şer'î vergilerden muafiyet fevkalade hallerde ve nadiren yapılmıştır. İncalcık Halil, "Osmanlılarda Raiyyet Rüsumu", Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, İstanbul 1993, s. 52; Cin/Akyılmaz, s. 106. Üstelik bu muafiyet yalnız kendileri için değil, aile üyeleri hatta hizmetkârları için de geçerli olmuştur.

¹⁶ Padişahın devşirme toplanması ve uyulacak kurallar konusunda yayınladığı ferman için bkz. Ongan Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'îyye Sicili, Ankara 1974, s. 53-54. Devşirme olacak çocukların belirli özelliklere sahip olmaları istenmiş, sığırtmaç, çoban çocukları, anası-babası ölmüş olanlar, Türkçe bilenler, çok uzun ve çok kısa olanlar devşirme olarak alınmamıştır.

görülenleri Saray'daki Enderun Mektebi'nde eğitim alırken, diğerleri de Ace-mi Oğlanlar Ocağı'nda yetiştirilerek Yeniçeri Ocağına geçmişlerdir.

Bu şekilde kurulan kul sistemi Fatih'le birlikte yeni bir anlama bürünerek, etkisini artırmıştır. Fatih'in merkezî otoriteyi güçlendirmek ve egemenliğe ortak olabilecek yeni grupların ortaya çıkmasını önlemek için aldığı tedbirlerden birisi de “devşirme-kul” sistemini yaygın bir şekilde uygulayarak, önemli devlet adamlarını ve özellikle vezir-i azamları kullar arasından seçmesidir¹⁷. Fatih devrine kadar vezir-i azamlar, vezirler ve diğer üst düzey devlet görevlileri soylu müslüman-Türk aileler arasından seçilmiştir. Güçlü ailelere sahip olan bu devlet adamları bir taraftan padişahların geniş yetkilerini sınırlayan kontrol mekanizması görevini icra ederlerken, öte yandan da hanedan ailesi içinde kimin tahta geçeceğini belirlemede büyük rol oynamışlardır. Fatih İstanbul'u fethettikten sonra bu olayın sağladığı büyük güçle iktidarını fiilen sınırlandıran Çandarlı Halil Paşa'yı ortadan kaldırmıştır¹⁸. Bu olaydan itibaren vezir-i azamlar güçlü Türk ailelerinden değil kullar arasından seçilmiştir. Padişahın kulu olan devşirme kökenli devlet adamlarına bir yandan çok geniş yetkiler devredilirken, öte yandan padişahın kölesi olarak kabul edildikleri için “hâkim-i mutlak” olan padişahın karşısında can ve mal güvenlikleri olmamıştır. Padişah kullarını herhangi bir direnme ve sorunla karşılaşmadan görevlerinden azledebilmiş, müsadere yoluyla tüm mal varlıklarına el koyabilmiş, yargılamadan idam edebilmiştir¹⁹. Çandarlı Halil Paşa'yı azledebilme gücünü Fatih'in ancak İstanbul'u fethettikten sonra bulduğu, buna rağmen önemli tepkilerle karşılaştığı düşünülürse²⁰ kullardan seçilen vezir-i azamların, padişahların gücünü ne kadar arttırdığı anlaşılabilir.

¹⁷ Çandarlı ailesinin işbaşından uzaklaştırılmasından sonra XVI. Yüzyılın sonlarına kadar Karamanî Mehmet Paşa, Çandarlızade İbrahim Paşa, Mehmet Paşa, Manisalı Mehmet Paşa dışında kalan 34 vezir-i azam devşirme kökenli olup, kul sistemi içinde yer almışlardır. Uzunçarşılı İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, c. II, Ankara 1988, s. 11; Lord Kinross, *The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of the Turkish Empire*, New York 1977, s. 147.

¹⁸ İnalçık Halil, *Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I*, Ankara 1987, s. 132-136; İnalçık Halil, “Mehmet II”, *İA*, c. 7, İstanbul 1988, s. 511.

¹⁹ Mumcu, *Katl*, s. 62 vd.; Cin/Akyılmaz, s. 107-108; Üçok Çoşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 1996, s. 175-176; Akyılmaz Gül, *Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi*, *Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı*, c. III, 2000, s. 96.

²⁰ Fatih Çandarlı Halil Paşa'yı öldürmek için kuvvetli sebepler icat etmek mecburiyetinde kalmıştır. O'nun İstanbul'un fethedilmesini istemediği ve Bizans'tan rüşvet aldığı yolunda söylentiler yayılmıştır. Ancak buna rağmen ölümü büyük üzüntü uyandırdıncı kamuoyuna taviz vermek için Çandarlı'nın düşmanlarını yönetimden uzaklaştırmış ve Osmanlı tarihinde devlet adamları için ilk defa görülen bir şey yaparak, müsadere edilen mal varlığını mirasçılara geri vermiştir. Mumcu, *Katl*, s. 65; Uzunçarşılı İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, c. I, Ankara 1984, s. 219-220, c. II, s. 9 vd.; Cin/Akyılmaz, s. 108.

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

Çandarlı olayından sonra II. Mehmet devrinde kul sistemi genişletilerek müslüman-Türk kökenli devlet adamları yönetimden uzaklaştırılmış kul statüsündeki devşirme kökenliler onların yerine tayin edilmiştir. Devşirme kökenli devlet adamları İslam hukuku prensipleri çerçevesinde bir çeşit köle kabul edildikleri için sultanın kulu sayılmışlardır²¹. Kul statüsünde olmanın anlamı ise bu statüde olanların iktidara, yüksek konum ve zenginliğe kendi bağımsız kimlikleriyle değil devlete ve padişaha sıkı sıkıya bağlılıkla ulaşabilmeleridir²². İlke olarak kulların mirasçısı padişaktır ve uygulamada devlet hazinesinin kulların mal varlıklarına el koyması (müsadere) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Üstelik aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durduğumuz gibi müsadere yalnızca bir ceza olarak uygulanmamış, üst düzey devlet adamları öldükten sonra feraiz hükümlerine göre terekeleri mirasçıları arasında paylaştırılmayarak doğrudan beytülmal adına el konmuştur²³. Yani kul statüsünde bulunan devlet görevlilerinin eşleri ve çocukları şer'î bir kural olmamasına rağmen miras hakkından mahrum olmuşlardır. Ayrıca padişah kullarını keyfî olarak cezalandırabilmiş, hatta yargılamadan idam cezası verebilmiştir²⁴. Bu anlayış çerçevesinde kullar yalnız padişaha karşı sorumlu

²¹ Aslında kul statüsü içinde yer alanlar İslam hukukundaki kölelerden tamamen farklıdır. Hak ve fiil ehliyetine sahiptirler. Üstelik bu kullara konularına tezat bir şekilde tebaa üzerinde geniş haklar tanınmıştır. Ancak bütün bu imtiyazlara rağmen vezir-i azamdan başlayarak hepsi padişahın şahsî kölesi olarak kabul edilmişler, mal varlıklarının müsaderesinden, kadı kararı olmadan ölüm cezası verilmesine kadar malları ve canları efendileri olan padişahın emirlerine bağlı kalmıştır.

²² Findley Carter V., *Ottoman Civil Officialdom*, Princeton 1989, s. 42.

²³ Devlete büyük hizmetleri olan vezir-i azam Fazıl Ahmet Paşa Lehistan seferine giderken Edirne yakınlarında şehit olduğu zaman (1676), yapmış olduğu hizmetler ve Köprülü ailesinin devlet içinde sahip olduğu güce rağmen Paşa'nın nakit malvarlığı müsadere edilmiş, sadece gayrimenkulleri kardeşi Mustafa Bey ve kız kardeşlerine intikal etmiştir. Ögün, s. 377. III. Selim yayınladığı bir hattı hümayunda "niyetinin yetim malı ve kendi emeğiyle servet edinmiş kimselerin malına dokunmak olmadığını, ancak sadece devlet kapısında zengin olmuş kimselerden ölenlere ait malların ne ölenin varislerine ne de sultanın kendisine ait olduğunu, bu malların din ve devlet uğrunda sarf edilmek üzere tamamen hazineye alınacağını" belirterek, uygulamanın kendinden önceki padişahlar zamanında da bundan farklı olmadığını vurgulamıştır. Karal Enver Ziya, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları –Nizam-ı Cedit-*, Ankara 1988, s. 83. Bu hatt-ı hümayunda dikkat çekici olan nokta III. Selim'in müsadere işlemi tamamen din ve devlet adına yaptığını vurgulaması ve kul sistemine hiç atıf yapmamasıdır.

²⁴ Mumcu, *Katl*, s. 71. Kul statüsünde bulunan Reis-ül Küttab vekili Halet Efendi'nin mallarının müsadere ve katli için vezir-i azamın padişaha sunduğu telhise hükümdarın cevabı ilgi çekicidir: "Benim vezirim, işte bunun hayatta kalması gerek şimdi gerek âtide güne mazarratı olup maazallah bir gaile-i azimenin hudusuna yeni baştan sebep olacağı ... mahalli şüphe değildir. ... tertib-i ceza için gayet hafî olarak emr-i ısdar olunub bir mutemed vefalı, aşına ve elinden iş gelür bir mübaşir tayin olunsun ... tamamı hakkaniyet üzere mülahaza itmüşsüz mahsuz oldum. Rabbim sühuletle icrasını ihsan eyleye. BBA, HHT, No: 24324, t. Ra 1238. Bir başka örnekte vezir Mustafa Paşa'nın vezareti alınarak kalebendlik cezası verilmiş, emval ve eşyası ise zaptedilmiştir (müsadere edilmiştir). BBA, CTD, No: 4869, t. L/1190.

olmuşlar ve “kamu hizmeti” kavramı Osmanlı Devleti’nde yeterince gelişmemiştir.

Kanuni devrinden itibaren ilmiye sınıfı dışarıda kalmak üzere askerî sınıf içinde Türk-devşirme ayrımı ortadan kalkmış, kulluk anlayışı, devşirme olmayan askerî sınıf üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bundan sonra ulemâ hariç olmak üzere askerî sınıf padişahın kulu sayıldığından, onun iradesi karşısında mallarının ve canlarının teminatı kalmamıştır²⁵. Askerî sınıf içinde ayrı bir zümre teşkil eden ulema ise hem askerî sınıfın bütün malî ve pek çok idarî imtiyazlarına, hem de padişah karşısında can ve mal güvenliğine büyük ölçüde sahip olmuşlardır²⁶. Ancak bazı padişahlar zamanında ulemâ da sahip olduğu bu ayrıcalıklı konumu kaybedebilmiştir. Örneğin IV. Murad İznik kadısı Gümüşzadeyi soruşturma dahi yapmadan cübbesi ve sarığı ile kale kapısına astırmış, yine aynı padişah devrin şeyhülislamı Ahizade Hüseyin Efendi’yi boğdurmuştur ki bu Osmanlı tarihindeki ilk şeyhülislam katlidir²⁷.

Kul sistemi içinde yer alan yönetici sınıf mensuplarının can ve mal güvenliği açısından içinde buldukları teminatsızlıklara karşılık reaya bu konuda çok daha fazla güvenceye sahip olmuştur. Reayanın mallarına el konulmasına pek fazla tesadüf edilmediği gibi yargılanmadan ölüm cezasına çarptırıldıkları da çok nadirdir. Reayadan ölenlerin terekelerinin müsadere edilmemesi esastır²⁸. Öte yandan Osmanlı padişahları reaya ölüm cezası verileceğinde yargılama prensibine bağlı kalmaya çalışmışlardır²⁹. Kısacası reaya örfî ceza olarak ölüm cezası verilebilmesi yönetici sınıfa göre çok daha katı kurallara

²⁵ Padişah gerekli gördüğü hallerde yönetici sınıf üyeleri hakkında re’sen soruşturma yaparak, siyaseten katl cezası verebilmiş, bazen de bu kararını fetva ile desteklettirmiştir. Kimi zaman da askerî sınıf üyeleri Divan-ı Hümayun veya İkinci Divanında yargılanıp siyaseten katl veya bir başka cezaya çarptırılmışlardır. Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti’nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 13; D’ohsson Maurice, Tableau General de L’Empire Othoman, c. VII, Paris 1824, 235 vd.

²⁶ Ulemâ ancak sınırlı hallerde ve ender olarak siyaseten katl cezası ile cezalandırılmıştır. Bu sebepler üç başlık altında toplanabilir. Devletin selametine karşı ağır hareketlere girişme, sünnî İslam düşüncesine aykırılık, istisnai haller. Bunun dışında ilmiye sınıfı mensuplarına en ağır ceza olarak azil ve sürgün uygulanmıştır. Cin/Akyılmaz, s. 110.

²⁷ Uzunçarşılı, Tarih, c. III/I, s. 199; Mumcu, Katl, s. 129.

²⁸ “... ve maazallahü teâlâ ticaret ve sanat harasetde tahsil-i mal eylemiş adamlardan her kim vefat ederse madem ki varisi vardır bir akçesi cânib-i miriye alınmasın”, Karal, s. 33. Reaya sadece siyaseten katl cezasının uygulandığı bazı durumlarda müsadere cezası da tatbik edilmiştir.

²⁹ Böyle bir durumda reaya önce mahkemeye çağrılır, reaya çağrıtı kabul ederse mahkemede yargılanır, suçlu siyaseten katli gerektiriyorsa durum kadılık tarafından İstanbul’a bildirilir ve ancak İstanbul’dan siyaset buyruldu gelince hüküm infaz edilirdi.

bağlanarak, keyfilikten sakınılmaya çalışılmış, hâkim kararı ve padişah fermanı olmadan ceza infaz edilmemiştir.

IV. MÜSADERE UYGULAMASININ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

Osmanlı Devleti'nde Fatih devrinden itibaren sistematik bir biçimde uygulanan müsadere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bir ceza olarak müsadere ve ölüm halinde müsadere. Müsadereye bir ceza olarak başvurulduğunda ise ya tek başına uygulanmış ya da bir başka cezaya eşlik etmiştir. Arşiv belgelerinden anlaşıldığı üzere genellikle siyaseten katl cezasıyla birlikte kişinin malları da müsadere edilmiştir. Zaman zaman sürgün cezası ile birlikte de müsadereye başvurulmuştur. Ölüm halinde müsadere ise istisnalar dışında yönetici sınıf için söz konusu olan bir durumdur. Yönetici sınıf mensupları öldüğünde mal varlıklarının tamamına ya da bir kısmına devlet el koymuştur.

Padişahların müsadere uygulamasının temelinde dört önemli sebebin yattığı görülmektedir. Güçlü merkezi bir imparatorluk kurmak ve merkezi otoriteye rakip olabilecek güçlerin oluşumunu engellemek, ekonomik bunalım ve savaş zamanlarında hazineye gelir sağlamak, üst düzey devlet görevlilerinin öldükten sonra mirasçılarının bir şey bırakamayacaklarını düşünerek dürüst davranmalarını sağlamak, devlet adamları ve nüfuz sahibi kişilerin çeşitli gayri kanuni metodlarla devlete ait malları ele geçirme ihtimallerine karşı önlem almak³⁰. Bu gerekçelerden ikincisi dışındakiler özellikle yönetici sınıf mensuplarına yönelik müsadere uygulamalarında çok etkili olmuştur.

A.Ceza Olarak Müsadere

Müsadere ceza olarak uygulandığı takdirde bir tür tazir cezası olarak karşımıza çıkmaktadır. Tazir, İslam Ceza Hukukunda had ve kısas suç ve cezaları dışında kalan, miktarı ve unsurları Kur'an ve Sünnet tarafından tespit edilmiş olan bu nedenle düzenlenmesi devlet başkanına veya onun vereceği yetkiyle hâkime bırakılmış olan suç ve cezalardır. Tazir cezalarının önemli özelliklerinden birisi ana kaynaklarda önceden belirlenmiş sabit cezalar bulunmadığı için hâkime cezaların tespitinde geniş bir takdir yetkisi tanınmasıdır. Hâkim suçun işlendiği ve suçlunun içinde bulunduğu şartlara uygun olarak her suç için öngörülen alt ve üst sınırlar içinde ceza takdir etme yetkisine sahip olmuştur³¹.

³⁰ Karataş Mehmet, "18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsadere Uygulamaları", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/26/195>, s. 8; Ögün, s. 373.

³¹ Cin/Akyılmaz, s. 226.

İslam hukukunun tazir suç ve cezalarını düzenleme yetkisini ulu'lemre bırakması sebebiyle Osmanlı Devleti'nde örfî hukuk düzenlemelerinin önemli bir parçasını bunlar oluşturmuş, padişahlar sahip oldukları sınırlı yasama yetkisini kullanarak ölüme kadar uzanan tazir cezaları verebilmişlerdir. Kamu düzenini ve kamu menfaatini korumak (maslahat ve nizam-ı memleket) veya caydırıcı olması için (ibreten li's-sairin) hükümdarlar tazir suç ve cezalarını belirleyebilmişler ve bu yetki kanunnamelerde "siyaseten" veya "taziren" ifadeleri ile vurgulanmıştır³². Son derece geniş kapsamlı olan tazir suç ve cezalarına Fatih'ten itibaren vazedilen umumi kanunnamelerde ayrı bir bölümde yer verilmiştir.

İslam Ceza Hukukunda tazir cezalarının başlıcaları, ölüm cezası, sopa cezası (celd), hapis cezası, sürgün (nefy), para cezaları, terk, teşhir, tekdir ve tevbih, öğütte bulunmadır³³. Müsadere de tazir cezaları içinde yer almakla birlikte Osmanlı Devleti'ndeki anlamından biraz farklıdır. Çünkü kapsamına suç aletlerinin, elde edilmesi ve alınıp satılması yasak olan malların müsadereci girmektedir³⁴. Osmanlıda olduğu gibi bir şahsın mal varlığının tamamına ya da bir kısmına el konulması söz konusu değildir. İstisnai örneklerde böyle bir uygulama söz konusu olsa da Osmanlı Devleti'nde olduğu kapsamda ve sıklıkta müsadere tazir cezası olarak uygulanmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde müsadere bazen asli ceza olarak tek başına uygulanmıştır³⁵. Ancak genellikle başka bir asli cezanın yanında onu tamamlayan bir ceza olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶. Örneğin görevden azledilen veya sürgün

³² Heyd Uriel, *Studies in Old Otoman Criminal Law*, Oxford 1973, s. 196; Cin/Akyılmaz, s. 226-227.

³³ Udeh Abdülkadir, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk* (Çeviren: Şafak Ali), c. II, Ankara 1990, s. 256-271; Cin/Akyılmaz, s. 229-230.

³⁴ Udeh, s. 269.

³⁵ Battal Paşa'nın Anapa seraskeri iken Anapa havalisi gümrüğünü idare eden Sivas'ta Miftah Ağası Hasan Efendi ile Karahisar-ı Şarki Voyvodası Fatsalı Alay Beyoğlu İbrahim Bey'in ve Şam'da Hama Mütesellimi Lütfullah'ın hesaplarının incelenmesi sonucunda yolsuzlukları tespit edildiğinden, emval ve emlaklerinin tahrir edilerek (yazılarak) müsadere edilmesi hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 213, Gömlek No: 11595; Hilaf-ı rıza hareketlerine mebnî Edirne Mubayaacısı Arnavud Mehmed ve Ayan Hacı Mahmud'un eşyalarının ve mallarının müsadereci, BBA, C. ZB, T: 23/Z/1207, Dosya No: 18, Gömlek No: 871/M.

³⁶ Rakka valisi olan Mustafa Paşa bu sefer hizmetine gitmediğinden tuğları ref olunarak, kalebent edilmesine ve mallarının zaptına dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 272, Gömlek No: 15980; Su-i hareketine (görevini kötüye kullanması) binaen (sebebiyle) tedibi icap eden Boğdan Başbuğu Ahmed Paşa'nın idamından sarf-ı nazarla (vazgeçilmesiyle) vezaretinin refi ve Selanik'te kalebent edilmesi, bilcümle nukut (para, nakit) ve emlakinin canib-i miriden zaptı, BBA, HHT, T: 11/B/1203, Dosya No: 179, Gömlek No:

cezası verilen yönetici sınıf mensuplarının mal varlıklarına da el konulurdu³⁷.

8037; Ayıntab voyvodası olub ahali hakkında icra eylediği mezalim ve taaddiyatdan (adaletsizlik) dolayı orduca derdest ve habs olunan Hüseyin'in emval, eşya, nukud, esliha (silah) ve her neyi varsa zabt ve müsadere ile defter edilmesi hakkında Yılanlı Mustafa Paşa'ya hitaben yazılan hüküm, BBA, HHT, T: 29/M/1217, Dosya No: 8, Gömlek No: 532.

- ³⁷ Cerde Başbuğu Vezir Musa Paşa'nın uhdesindeki mukataalardan vereceği meblağı vermediği gibi ahaliye de zulüm ettiğinden vezaretinin ref'i (azli) ve emvalinin zabt edilecek İstanköy'e nefyi (sürgün edilmesi) hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1212, Dosya No: 205, Gömlek No: 10769; Mirahur-ı Sani (sarayın ahır müdürü) Ali Bey'in cezasının infaz edildiği ve emval ve eşyasının zabt edilmiş olduğu hakkındaki hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Za/1205, Dosya No: 1394, Gömlek No: 55759; Sadr-ı sabık (eski Vezir- azam) Hasan Paşa'nın vezaretinin ref edilerek emval ve eşyasının canib-i miriden (devlet hazinesi) zabt edilmesi hakkında hattı hümayun BBA, HHT, T: 29/Z/1204, Dosya No: 179, Gömlek No: 8057; Vezareti ref olunan İsmail Paşa'nın emval ve eşyasının canib-i miriden zabtı hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1204, Dosya No: 13899, Gömlek No: 5531; Ayıntab voyvodası Mirmiran Battal zade Mehmet Nuri Paşa'nın halka zulüm yapması ve bu yolla mal edinmesi sebebiyle görevden azli ve malının müsadere hakkında I. Abdülhamit'in hattı hümayunu, BBA, HHT, T: 22/C/1203, Dosya No: 15, Gömlek No: 590; Şam'da görevli olan Azim zade Abdullah ve Nasuh Paşaların Darbhane'ye taahhüt ettikleri akçeyi teslim etmeyip emvali ketm (gizleyip) ve ihfa (saklama) etmelerine binaen, vezaretleri ref ile nefy ve icla edilmeleri (sürgüne gönderilmeleri) hasebiyle emlak ve eşyalarının miriden zabt ve satılmaları konusundaki arz olup, yukarısında Abdülhamid I'in "Benim vezirim böyle kizb (yalan söyleme) ile Devlet-i Aliyye'nin şan ve şevketine hanel getirenlerden biri Halil Paşa idi, cezasını buldu" diye başlayan hattı vardır, BBA, HHT, T: 29/Z/1199, Dosya No: 18, Gömlek No: 826; Rakka Valisi Köse Mustafa Paşa Maaden-i Hümayun'dan ve Rakka eyaletinden miriye olan borcunu vermekten kaçındığı için vezaretinin ref ve memleketi olan Divriği'de ikamete memur edilmesi ve şayet bu tedbirle de borcunu vermezse o vakit bütün malı zapt edilip bir uzak yere nef yolunması hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1209, Dosya No: 1414, Gömlek No: 57767; Miri aidatı vermemekte ve halka zulüm etmekte inat eden Trabluşşam Beylerbeyi ve Cerde Başbuğu Hasan Paşa'nın nefyi ve emvalinin zaptı, BBA, HHT, T: 29/Z/1208, Dosya No: 257, Gömlek No: 14778; Zimmetindeki emval-i miriyeyi (devlet hazinesine ait eşyalar) itadan(verme) imtina eden (kaçıran) Diyarbakır Voyvodası Kapıcıbaşı Şeyh zade İbrahim Ağa'nın voyvodalık ve kapıcıbaşılığının ref ile emval ve eşyasının canib-i miri'den müsadere dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 193, Gömlek No: 9435; Süvari mukabelecisi Mehmed Raşid Efendi'nin malının hükümetçe müsadere ve kendisinin Magosa'ya nefyi, BBA, HHT, T: 29/Z/1300, Dosya No: 238, Gömlek No: 10042; Ispartalı Hasan oğlu Hacı Süleyman ordu-yı hümayunda memur iken gazaba uğrayarak kendisinin Seddülbahir Kalesi'ne habs edilmesi ve emval ve nukudunun müsadere olunmasına dair hüküm, BBA, C. AS, T: 27/Z/1205, Dosya No: 1005, Gömlek No: 43979; Anapa muhafızı Mustafa Paşa'nın sihirbaz guruhundan Sarıbaba namındaki bir hristiyanla yakınlığı ve hilaf-ı şer' (İslam Hukuku) ve muhill-i şan-ı vezaret (vezirlik ünvanının şerefini bozan) ve bazı ahval-i irtikabı(rüşvet) dolayısıyla vezaretinin ref'i ve emval ve eşyasının zaptı ile İstanköy'e nefy olunmak üzere Sinop'ta tevkif edilmesi, BBA, CDH, T: 29/Ra/1211, Dosya No: 210, Gömlek No: 10463; Mısır'dan nefy ve tard edilen Azap Ocağı kethüdasının ve Yeniçeri Ocağı ihtiyarlarından Mustafa Çavuş'un bilâ istisna kâffe-i emval ve eşyalarının zapt ve müsadere hakkındaki fermanın baş muhasebeye kaydına dair, BBA, C. ML, T: 29/S/1182, Dosya No: 523, Gömlek No: 21363; Rumeli Valisi Mehmed Paşa'nın ref-i vezaretle Dimetoka'da ikamete memur edilmesi ve emval ve eşyasının müsadere edilmesi, BBA, HHT, T: 29/Z/1238, Dosya No: 520, Gömlek No: 2 5423; Derviş Paşa'nın zulmü tahakkuk ettiğinden vezareti ref ile bir tarafa nefyi; menfasına (sürgün yeri) vardığında bir mübaşir tayin olunarak bütün emvalinin müsadere olunması ve bu durumun şimdilik mektum (gizli) tutulması BBA, HHT, T: 29/Z/1233, Dosya No: 524, Gömlek No: 25595; Mora Valisi

Ayrıca siyaseten katl cezasına genellikle müsadere eşlik ederdi³⁸. Hatta bazen siyaseten katledilmeleri muhtemel olan kimselerin önce malları müsadere edilirdi. Kul sisteminin yerleşmesinden sonra ise siyaseten katl cezasının infazından sonra müsadere bir gelenek haline almıştır. Katledilen her devlet adamının mal varlığı genellikle devlet tarafından zapt edilmiştir³⁹.

Osmanlı Devleti'nde yönetici sınıf için müsadere uygulamasında Çandarlı Halil Paşa örneği önemli bir adımdır ve yeni bir dönemin kapılarını açmıştır. Çandarlı Halil Paşa Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren kadılık, beylerbeyilik, vezirlik ve vezir-i azamlık gibi önemli ve üst düzey devlet hizmetlerinde bulunmuş Türkmen asıllı Çandarlı ailesinden gelmektedir. Çandarlılar yüzyıllardan beri etki ve nüfuz sahibi bir aile olup, bu ailenin üyelerinden ve II. Murat'ın vezir-i azamı olan Çandarlı Halil Paşa, Fatih Sultan Mehmet'in iki defa II. Murat lehine tahttan indirilmesini sağlayacak kadar büyük bir güç sahibidir. Esasen İstanbul'un fethine kadar yaşanan süreçte gerek kimin padişah olacağı, gerekse ülkenin nasıl yönetileceği konusunda Türk kökenli büyük ve güçlü aileler çok etkili olmuştur. Bu durumun ortaya çıkışında eski Türk devlet geleneğinden miras alınan "egemenliğin bölünebilirliği" ilkesinin de önemli bir payı vardır⁴⁰. Türk devlet anlayışına göre hükümdar ailesi içindeki

İsmail Paşa'nın zulmüne mebni gizlice yakalanıp hapse atılması ve mallarının müsadere si ve vezaretinin refi hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/R/1206, Dosya No: 104, Gömlek No: 4091; Vezir-i azam Hasan Paşa'nın vezareti ref ve emval ve eşyası müsadere edilerek Rodos'a nefyedilmek üzere ordudan Gelibolu'ya gelmiş ise de alil (hasta) ve muhtaç olduğundan ya Gelibolu'da kalması veya yakın bir adaya nefyedilmesi istirhamına dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1204, Dosya No: 185, Gömlek No: 8471; Şam Valisi Vezir İbrahim Paşa'nın, Trablusşam Beylerbeyisi Mirmiran Şedit Osman Paşa'nın yolsuzluğu hasebiyle mansıbının ahara (başkasına) verilmesi ve emval ve eşyasının müsadere si Sadaret'e bildirildiği halde bu defa Şam valisinden kapı kethüdasına gelen tahriratta Osman Paşa hakkındaki sözlerin müfteriyat (iftira) olduğu anlaşıldığından vazifesinde ibkasına (devamına) dair telhis olup bu işin tahkikine dair I. Abdülhamid'in hatt-ı hümayunu, BBA, HHT, T: 29/Z/1204, Dosya No: 11, Gömlek No: 358.

³⁸ Emin Paşa zamanında Erzincan voyvodası bulunan Zübeyir Beyzade İsmail Bey'in ahaliye zulmünden dolayı idamı ve muhallefatinin (mal varlığının) müsadere si hakkında Erzincan Kadısı Müftüzade Mehmed Emin'in ilamı, BBA, HHT, T: 05/Za/1228, Dosya No: 1105, Gömlek No: 44615; Halep valisi Bekir, Kamanıçe Paşası Ahmed, Tameşvar valisi Hasan, Bolu valisi Ahmed Paşalarla sair bazı beylerin kabahatlarına binaen idamları ile muhallefatinin başmuhasebeci Hasan Efendi marifetiyle cezaen müsadere siyle Dersaadet'e nakli, BBA, MAD.d, T:?, Dosya No: ?, Gömlek No: 7544; Halep ve Rakka eyaletlerinin Behram Paşa uhdesinden ref ile Behram Paşa'nın müsadere-i emvali ve ref-i vezaretiyle Diyarbekir'de ikamete memuriyeti ve Diyarbekir'e vusulünde idamı hakkındaki feranların suret-i icrası hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1237, Dosya No: 469, Gömlek No: 22908.

³⁹ Mumcu, Katl, s. 149, 151–152; Karataş, s. 2–3.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İnalcık Halil, "Osmanlılarda Saltanat Veraset Usulü ve Türk Haki miyet Telakkisiyle İlgisi, SBFD c. XIV, sy. 1, s. 74, 82 vd.; Akyılmaz, Egemenlik, s. 92; Cin/

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

bütün erkek üyelerin taht üzerinde eşit hakkı vardır. Bununla beraber tahta kimin geçeceği konusunda da bir kural geliştirilememiştir. Bu şartlar altında kimin padişah olacağını belirlemede Çandarlıların da içinde bulunduğu soylu ve güçlü Türk aileler etkili olmuşlar ve adeta İslam Hukukundaki “ehl-i hall ve'l akd”⁴¹ın fonksiyonunu icra etmişlerdir. Ayrıca aynı grubun padişahın tahttan indirilmesi ve ülkeyi yönetirken denetlenmesi konusunda da inisiyatif sahibi oldukları görülmektedir. Fatih bu aileleri merkezi imparatorluğun önündeki en büyük engel olarak görmüştür. Çünkü çağdaşı devletlerde feodal rejimler hüküm sürmektedir. Bilindiği üzere feodal sistemin en önemli siyasi özelliği merkezi otoritenin parçalanmış ve iktidarın kral ile feodal beyler arasında paylaşılmış olmasıdır. Böyle bir sistemde kral sadece eşitler arasında birincidir ve feodal beylerin kendilerine ait malikâne denilen geniş toprakları olduğu gibi bu topraklar üzerinde yasama, yürütme, yargılama ve cezalandırma ve vergi toplama yetkileri de vardır. Yine feodal beylerin kendilerine ait orduları da bulunmaktadır⁴². Fatih büyük bir ihtimalle yönetimde etkili güçlü Türk ailelerle ilgili ciddi tedbirler alınmazsa Osmanlı Devleti'nde de benzer bir gelişmenin yaşanacağını düşünerek kul sistemini kurmuş ve üst düzey devlet görevlilerini kulları arasında seçmiştir. Bunun ilk adımı olarak da Çandarlı Halil Paşa'ya siyaseten katl cezasını uygularken mal varlığını da müsadere etmiştir. Müsadere, belli görevlere gelen kişilerin ekonomik gücünü ellerinden almak suretiyle iktidara alternatif güç oluşturmalarının engellenmesinde son derece etkili bir yöntem olmuştur.

Tazir cezası olarak uygulanan müsaderelerde en önemli nokta bunun bir yargı süreci sonucunda gerçekleşip, gerçekleşmediğidir. Bir başka deyişle bu cezaya şer'iyye mahkemesinde usulüne uygun yapılan yargılama sonucunda kadı mı hükmetmiştir, yoksa başka bir usulle mi kişinin mal varlığına el konmuştur. Konuya yönetici sınıf açısından bakarsak, kul sistemi çerçevesinde ilmiyye sınıfi hariç tutulursa padişah herhangi bir yargılama sürecinden geçmeksizin ve hâkim kararı olmaksızın keyfi olarak müsadere kararı alabilmiştir. Üstelik bu durum sadece müsadere ile sınırlı kalmamış, sürgün, hatta en ağır ceza olan siyaseten katl cezasında da aynı durum geçerli olmuştur. Buna

Akyılmaz, s. 23-24.

⁴¹ Ehl-i hall ve'l akd İslam Hukukunda halifeyi seçen, azledebilen ve devlet yönetiminde ona yardımcı olan bir kuruldur. Bu kurulda yer almak için alim, adil, rey ve tedbir sahibi olma şartları aranmaktadır. el- Maverdi, el-Ahkamu's-Sultaniyye, (Çeviren: Şafak Ali), İstanbul 1994, s. 31; Ebu Ya'la el-Ferra, el-Ahkamü's Sultaniye, Beyrut 1983, s. 19.

⁴² Feodalite konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Cin Halil/Akyılmaz Gül, Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Mersin 2001.

mukabil ilmiye sınıfı ve reayaya müsadere cezasının uygulanabilmesi için genellikle yargısal sürecin işlemesi şartı ve hâkim kararı aranmıştır. İslam Hukukuna göre her ne kadar devlet başkanı sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde tazir cezalarını belirleme yetkisine sahip olsa da, yargılama yapılmadan bu cezaları verme yetkisine sahip değildir. Ancak Osmanlı Devleti'nde karşımıza çıkan ve bir örfi hukuk kurumu olan kul sistemi çerçevesinde ve kişi dokunulmazlığı ilkesine aykırı olarak padişahlar hâkim kararı olmadan siyaseten katl, sürgün, müsadere gibi cezalara hükmedip, uygulayabilmiştir.

Osmanlı Devleti'nde ulemaya siyaseten katl cezası verildiği zaman malları da müsadere edilebilmiştir⁴³. Ancak ilmiye sınıfı mensuplarına çok ender olarak bu ceza verildiği için mallarının müsadere edildiği örnekler de sınırlı olmuştur. Bu zümreye görevden azil ya da sürgün cezası verildiğinde ise malları müsadere edilmemiştir⁴⁴.

B.Ölüm Halinde Müsadere

Osmanlı Devleti'nde başlangıçta sadece bir ceza olarak uygulanan müsadere daha sonra yavaş yavaş kapsamını genişleterek, askeri sınıf üyeleri ölünce miraslarına devletçe el konması şeklinde de karşımıza çıkmıştır. Bu uygulamanın doğuşunda yukarıda üzerinde durduğumuz kul sistemi etkili olmuştur. Devşirme kökenli devlet adamları İslam hukuku prensipleri çerçevesinde bir çeşit köle kabul edildikleri için sultanın kulu sayılmışlardır. Aslında kul statüsü içinde yer alanlar İslam hukukundaki kölelerden tamamen farklıdır. İslam Hukukunun kölelikle ilgili yaptığı düzenlemelere göre kölelerin eda (fiil) ehliyeti hiç olmadığı gibi, vücut (hak) ehliyetleri de sınırlıdır. O

⁴³ Örneğin 1703 yılında patlak veren isyanda devrin şeyhülislamı Fezzullah efendiye ölüm cezası verilmiş ve devlet ve millet mallarını zimmetine geçirdiği gerekçesiyle mal varlığı müsadere edilmiştir. Yine Sultan İbrahim döneminin kazaskerlerinden Cinci Hoca namıyla meşhur Hüseyin Efendi görevinden azledilerek siyaseten katl ile cezalandırılmış, iki bin yedi yüz kese altın, çok sayıda samur ve vaşak kürkleri, kıymetli mücevherler, altın, gümüş işlemeli kap-kacaklar ve ipeklerden oluşan mal varlığının tamamı müsadere edilmiştir. Ögün, s. 377; Mustafa Nuri Paşa, Netayic ül-Vukuat, (Sadeleştiren: Çağatay Neşet), c. I-III, Ankara 1987, s. 309.

⁴⁴ Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet (Özellikle Adli Rüşvet), İstanbul 1985, s. 232; Mumcu, Katl, s. 151. Kütahya naibi (kadı vekili) olup bazı garazkarlar (düşmanlık güden) tarafından aleyhinde vaki olan iftiralar üzerine oradan tard (görevden uzaklaştırma) ve tek-mil-i (bütün) emval ve eşyası müsadere suretiyle zabt edilen Halil Fevzi'nin namus ve istikamet ve ilm ü fazilet ashabından olduğu tahkik olunduğundan (doğru olup olmadığını araştırma) eşyanın tamamen meydana çıkarılıp kendine teslim edilerek müreffehen (rahat bir biçimde) İstanbul'a gönderilmesi hakkındaki belge BBA, C. ADL, T: 10/Ra/1224, Dosya No: 56, Gömlek No: 3354, yukarıdaki bilgilerle çalışmaktadır. Çünkü her ne kadar Halil Fevzi Efendi'nin suçlu olmadığı, iftiraya kurban gittiği anlaşılınca malları kendine iade edilmiş olsa da başlangıçta görevinden azledilince malvarlığına el konulmuştur.

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

nedenle mülkiyet ve miras hakları yoktur. Hak ve borç doğurucu işlemleri yapamazlar⁴⁵. Oysa padişahın kölesi olarak kabul edilen kul statüsü içindeki yönetici sınıf üyeleri hak ve fiil ehliyetine sahiptirler. Üstelik bu kullara konularına tezat bir şekilde tebaa üzerinde geniş haklar tanınmıştır. Ancak bütün bu imtiyazlara rağmen vezir-i azamdan başlayarak hepsi padişahın şahsî kölesi olarak kabul edilmişler, mal varlıklarının müsaderesinden, kadı kararı olmadan ölüm cezası verilmesine kadar malları ve canları efendileri olan padişahın emirlerine bağlı olmuştur. İlke olarak kulların mirasçısı padişahtır ve uygulamada devlet hazinesinin kulların mal varlıklarına el koyması (müsadere) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde üst düzey devlet adamları öldükten sonra feraiz hükümlerine göre terekeleri mirasçıları arasında paylaştırılmayarak, doğrudan beytülmal adına el konmuştur. Yani kul statüsünde bulunan devlet görevlilerinin eşleri ve çocukları şer'î bir kural olmamasına rağmen miras hakkından mahrum olmuşlardır.

Kanuni devrinden itibaren ise ilmiye sınıfı dışarıda kalmak üzere askerî sınıf içinde Türk-devşirme ayrımı ortadan kalkmış, kulluk anlayışı, devşirme olmayan askerî sınıf üyelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Böylelikle ulema dışında bütün yönetici sınıf mensupları padişahın kulu olarak nitelendirilerek ölümlerinden sonra terekelerine devlet hazinesi adına el konulmuştur. Görüldüğü üzere yönetici sınıf üyelerine padişahın yargı sürecinden geçmeden ceza verebilmesi, ölünce mal varlıklarına devlet hazinesi adına el konulması bunların bir çeşit köle olmasıyla ilişkilendirilerek İslam Hukuku ile bağlantı kurulmak istenmiştir. Fakat konu ile ilgili yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere böyle bir bağlantı noktası kurmak mümkün görünmemektedir. Kul sistemi tamamen bir örfî hukuk müessesesi olduğu gibi, bu kapsamda yönetici sınıf mensupları ölünce mal varlıklarına el konularak, varislerin miras hakkından mahrum edilmeleri hiç de şer'î hukuka uygun görünmemektedir. Üstelik Kanuni'den başlayarak ilmiye sınıfı hariç tutulursa bu kural devşirme kökenli olsun olmasın bütün yönetici sınıf mensupları için geçerli olmuştur. Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu şartlar göz önüne alındığında askeriler için yapılan müsaderelelerin daha çok iktidara alternatif bir gücün ortaya çıkarak merkezi otoriteyi zayıflatmasının önüne geçme ve devlet adamları ve nüfuz sahibi kişilerin çeşitli gayri kanuni metotlarla devlete ait malları ele geçirme ihtimallerine karşı önlem almak⁴⁶ amaçlarına dayandığı görülebilir.

⁴⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cin/Akyılmaz, s. 258-260.

⁴⁶ Mustafa Nuri Paşa aynı gerekçenin üzerinde durmakta, ancak zaman içinde uygulamanın kötüye kullanıldığından yakınmaktadır. Mustafa Nuri Paşa, c. III-IV, s. 284.

İlmiye dışında yönetici sınıf üyeleri öldüğünde mal varlıklarının müsadere edilmesinin mülkiyet ve miras haklarına dolayısı ile İslam Hukukuna aykırı olduğu konusunda Osmanlı Devleti'nde zaman zaman sesler yükselmiştir. Hatta bu sebeple III. Selim, yayınladığı bir hattı hümayunda “niyetinin yetim malı ve kendi emeğiyle servet edinmiş kimselerin malına dokunmak olmadığını, ancak sadece devlet kapısında zengin olmuş kimselerden ölenlere ait malların ne ölenin varislerine ne de sultanın kendisine ait olduğunu, bu malların din ve devlet uğrunda sarf edilmek üzere tamamen hazineye alınacağını”⁴⁷ belirterek, uygulamanın kendinden önceki padişahlar zamanında da bundan farklı olmadığını vurgulamıştır. Hatt-ı hümayunda dikkat çekici olan nokta III. Selim'in müsadere işlemini tamamen din ve devlet adına yaptığını vurgulaması ve kul sistemine hiç atıf yapmamasıdır. Buna karşılık III. Selim bir başka hattı hümayununda “... ve maazallahü teâlâ ticaret ve sanat harasetde tahsil-i mal eylemiş adamlardan her kim vefat ederse madem ki varisi vardır bir akçesi cânib-i miriye alınmasın”⁴⁸ diyerek ölüm halinde müsaderenin reaya için uygulanmayacağını vurgularken, aslında mirasçısı olan kişilerin ölümlelerinden sonra mal varlıklarına devlet adına el konulmasının mevcut hukuk sistemine uygun olmadığını kabul etmektedir. Bütün bunlara rağmen Osmanlı Devletinde ulema dışında yönetici sınıf mensupları öldüğü zaman mallarının müsadere edilmesi geleneği yerleşmiştir ve Osmanlı arşivlerinde konuyla ilgili çok sayıda belge bulunmaktadır⁴⁹.

⁴⁷ Karal, s. 83.

⁴⁸ Karal, s. 33.

⁴⁹ Hama'da vefat ettiği bildirilen Surre Emîni Hacı Hafız Ağa'nın Bursa'da bulunan eşyasının temhir edildiğine(mühürlendiği) ve müteveffanın şayan-ı merhamet beş yetimi olduğuna dair, Bursa Mütesellimi Hacı Ahmed ve Kadısı Süleyman Efendiler taraflarından Sadaret Kethüdası'na gönderilen yazı, BBA, HHT, T: 29/Za/1251, Dosya No: 555, Gömlek No: 27463/B, Bu belge birkaç açıdan önem arz etmektedir. Her şeyden önce eşyaların mühürlenmesi mal varlığının müsadere edileceğini göstermektedir. Öte yandan merhamet gösterilmesi gereken beş çocuğu olduğu vurgulanarak ya müsadereden vazgeçilmesi ya da en azından terekenin bir bölümünün onlara bırakılmasının uygun olacağına dair kadının ve mütesellim görüşü beyan edilmektedir; Ölen Ankara mütesellimi Salih Ağanın metrukatının mühürlendiği hakkında Ankara Kadılığı'ndan ilam, BBA, HHT, T: 06/Ş/1247, Dosya No: 717, Gömlek No: 34213/B; Eğriboz Muhafızı Ebubekir Paşa'nın vefatı dolayısıyla emvalinin muhafaza altına alındığı, borçları ve zevce ile kızlarının geçimlerinin temini ricasında bulunan Eğriboz kadısının i'lamı, BBA, HHT, T: 04/Za/1229, Dosya No: 1343, Gömlek No: 52486; Matbah-ı Amire Emîni (Saray mutfağının başında bulunan şahıs) Yusuf Ağa Efendi vefat etmekle emval ve eşya ve nukudunun (nakidleri) zabt ve tahriri (yazılması), hane ve sahilhanesinin temhiri (mühürlenmesi) hususunun Defterdar Efendi'ye tenbih edildiği hakkındaki hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1238, Dosya No: 474, Gömlek No: 23230; Diyarbekir Valisi Şeyhzade İbrahim Paşa'nın vefat ettiğine ve emvalinin hükümet memurları vasıtasıyla mühürlenmesi ve müteveffanın muhalefatının ne suretle idare edilmesi gerektiği konusunda emir beklendiğine dair telhis, BBA, HHT, T: 29/Z/1229, Dosya No: 1268, Gömlek No:

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

49127; Manisa'da vefat eden Sadr-ı esbak (eski vezir-i azamlardan) İzzet Paşa muhalefatına (mal varlığı) memur Sebkatullah Ağa'nın müteveffanın zabt edilen emvalini mübeyyin (bildiren) defteri gönderdiğine ve bazı emval ketm edilmekte (gizlendiğinden) olduğundan bunların meydana çıkarılması için ferman ısdar olunacağına (çıkarılacağı) dair telhis, BBA, HHT, T: 29/Z/1227, Dosya No: 1268, Gömlek No: 49132; Selanik'de ikamet üzere iken vefat eden Rumeli eski Valisi merfu-ül-vezare Seyyid (vezirlik rütbesi elinden alınmış olan) Mustafa Paşa'nın muhalefatı mirice zabtedilmiş olup, daha fazla emval ve nukudu olması ihtimaline binaen ber mucceb-i ferman tekrar mübaşir irsal ve Dersaadet'e gelen kethüdası haps ve istintak edildiğine (sorguya çekildiğine) dair hattı hümayun, belgeden anlaşıldığı üzere eski Rumeli valisinin vezirlik rütbesi elinden alınmasına rağmen mal varlığına el konulmamış, ancak ölümünden sonra müsadere edilmiştir, BBA, HHT, T: 29/Z/1219, Dosya No: 227, Gömlek No: 12626; Eski Medine muhafızı ve eski Sadrazam Yusuf Paşa'nın ölümü üzerine emvalinin yazılıp muhafaza edildiğine ve kethüdası Mehmed Said Ağa'nın kaymakam nasb olduğuna dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 01/C/1215, Dosya No: 109, Gömlek No: 4341; İbrail Kalesi eski muhafızı olup Edirne'de oturan merfu-ül-vüzare Mahmud Paşa'nın 15 Şevval'de eceliyle öldüğüne ve emval ve eşyasının Rumeli Valisi Hakkı Paşa'nın Hazine Katibi Mehmed Esad Efendi ve marifet-i şerle mühürlendiğine dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 15/L/1211, Dosya No: 188, Gömlek No: 8985; Defterdar müteveffa Hasan Efendi'nin emvalinin müsadere edildiği ve defterinin takdim edildiğine dair hat, BBA, HHT, T: 09/L/1211, Dosya No: 220, Gömlek No: 1238; Tarsus Voyvodası Tavuz Zade Ali Bey'in vefatı münasebetiyle ile emvalinin zabt ve tahriri için mübaşir tayini hakkında hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 268, Gömlek No: 15647; Edirne'de vefat eden Başmuhasebeci Seyyid Numan Bey'in emval ve eşyası hazinece müsadere edilmesi hakkındaki hatt-ı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 268, Gömlek No: 15628; Kandiye muhafızı iken vefat eden Konya Muhafızı eski Sadrazam Silahtar Mehmed Paşa'nın eşya ve emvalinin mirice zabt olunması hakkında hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 185, Gömlek No: 8664; Eski sadrazam Ali Paşa Seddülbahir'de vefat ettiği için mal varlığının müsadere edilmesi hakkında hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 183, Gömlek No: 8463; Bir başka belgede ise eski sadrazam Ali Paşa'nın, seraskerliği ve muhafızlığı zamanında hazinedarı, kapıcılar kethüdası, silahdarı ve baş çukadarının birlikte yolsuzluk yaptıklarından bahisle mal varlığının müsadere edildiği bildirilmektedir. Belgenin yukarısında Birinci Abdülhamid'in matlubum olmuştur yazısı vardır, BBA, HHT, T:0 2/C/1203, Dosya No: 15, Gömlek No: 627; belgede yazılanlar yönetici sınıf için müsadere uygulamasının sebeplerinden birini ortaya koymaktadır; Çavuşbaşı Mehmet Seyda Efendinin ölümü sebebiyle Defterdar efendinin tahriri üzerine I. Abdülhamid'in "Merhumun menzil-i menhusesi duhan odasında kâffe-i emval ve eşyası kemal-i dikkat ve ihtimamen zabt ve tahrir ve taraf-ı hümayununa arzı edilsin" şeklindeki hattı padişahların da müsadere işini yakından takip ettiklerini göstermektedir, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 14, Gömlek No: 568; Midilli adasında ölen Alaybeyi Hacı İshak'ın zengin olduğu anlaşıldığından emval ve eşyasının müsadere edilmesi, BBA, HHT, T: 29/Z/1202, Dosya No: 14, Gömlek No: 577; Müteveffa Şam valisinin emvalini meydana çıkarılması ve malının müsadere için I'in Abdülhamid hatt-ı hümayûnu, BBA, HHT, T: 29/Z/1199, Dosya No: 21, Gömlek No: 996; Eski sadrazam müteveffa Şerif Hasan Paşanın Rusçuk'da tahrir olunan emlak, emval, eşya, hayvan ve cariyelerinin deftere kaydedilerek defterdara havale edildiğine dair, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 213, Gömlek No: 11595; Darüssaade Ağası olup Hicaz'a giderken Şam'da vefat eden Hacı Mehmet Ağa'nın, nakit emval ve emlakinin müsadere üzerine dair arz olup, üzerinde I. Abdülhamid'in hattı vardır, BBA, HHT, T: 29/Z/1201, Dosya No: 20, Gömlek No: 963; Kars Defterdarı İbrahim Efendi ölmüş metrukâtı devletçe zapt edilmiş olduğundan İbrahim Efendi'den Kars Muhafızı bulunduğu sırada senetle beş bin kuruş ödünç alıp eşyasını rehin bırakmış olan Ağrıboz Muhafızı ve Başbuğu Hacı Ali Paşa'nın borcunu ödemesi ve eşyasının kendisine verilmesi hakkında hat, BBA, HHT, T: 01/Z/1192, Dosya No: 1416, Gömlek No: 57875; Sabık Darüssaade ağası müteveffa Ahmet Ağa'nın hal-i hayatında bir Fransız gemisi

İlmiye mensupları kul sistemi içinde yer almadıkları için kural olarak ölünce malları diğer yönetici sınıf mensupları gibi müsadere edilmezdi. Ancak bazı arşiv belgelerinden anlaşıldığı üzere zaman zaman onlar da bu konuda sahip oldukları dokunulmazlığı yitirmişler, terekelerinin bir kısmına ya da tamamına devlet hazinesi adına el konulmuştur⁵⁰.

ile Mısır'a gönderdiği eşyasının müsadereci, BBA, C. SM, T: 29/Z/1255, Dosya No: 137, Gömlek No: 6887, görüldüğü üzere yönetici sınıf mensupları öldükleri zaman malları yakın takibe alınarak başka yerlere naklettikleri mallar bile müsadere kurtulamamaktadır; Vefat eden Sadr-ı sabık Vezir Mustafa Paşa'nın İstanbul'da Paşakapısı tabir olunur sarayda ve Küçük Ayasofya kurbindeki (yakınlarındaki) hanesiyle Şehzadebaşı'nda ve Kadırga limanı civarındaki müceddeden (yeniden) yaptırdığı hanelerinin ve bu hanelerde mevcut emval ve eşyasının miri tarafından zapt ve müsadere edilmesi, BBA, MAD. d, T:?, Dosya No: ?, Gömlek No: 21246; Dersaadet ve Rumeli ile Anadolu'da ve yurdun sair mahallerinde mukim iken çeşitli şekilde vefat eden veya firar eden vüzeradan vesair memurin-i devletden kimselerin görülen lüzum veya vaki olan işar üzerine nükud, emval ve emlakıyla eşyasının ve tayin olunan mübaşirler tarafından müsadereci ve müzayede suretiyle furuhtu (satılması) ve belatının Darbhane'ye veya hazineye teslimine dair, BBA, MAD. d, T:?, Dosya No: ?, Gömlek No: 9745; Zecriye Emîni Ali Bey'in muhalefatının müsadereci, BBA, C. ML, T: 08/R/1225, Dosya No: 1, Gömlek No: 13; Mısır Defterdarı Halil Recai'nin vefatı sebebiyle muhalefatının ve Çengeloğlu Mahmud Kaptan'ın süvari olduğu kalyon kışkı sefinesinin müsadereci ve İstanbul'a sevki, BBA, C. ML, T: 29/Za/1218, Dosya No: 140, Gömlek No: 5956; Divan-ı Hümayun Tercümanı İstefanaki'nin malının müsadereci ve müsadereci evvel zevcesinin almış olduğu akçenin aranılmaması, BBA, C. ML, T: 29/B/1206, Dosya No: 152, Gömlek No: 6426, bu belge de son derece ilgi çekicidir. Müslüman olmamakla birlikte devlet hizmeti gören bir gayrimüslimin terekesine de ölümünden sonra el koyulmuştur; Aynı yönde bir başka belge, Hıyanetleri anlaşılan Şam Hazinesi muallimi Rafael ile kardeşlerinin emvallerinin müsadereci dair takrir, BBA, C. ML, T: 07/Z/1239, Dosya No: 429, Gömlek No: 17382; Aynı yönde bir diğer belge, Firar eden Boğdan Voyvodası Aleksandır'ın müsadere olunan emval ve eşyasına dair hüküm, BBA, C. MTZ, T: 07/M/1203, Dosya No: 13, Gömlek No: 462; Sabık Yanya Mutasarrıfı Tepedelenli Ali Paşa zade Arslan Bey'in orduya ihzarına ve emvalinin müsadereci ve defterinin rikab-ı hümayuna gönderilmesine dair hüküm, BBA, C. DH, T: 29/L/1106, Dosya No: 233, Gömlek No: 11632; Maktul Harnos Sancağı Beyi Kapıcıbaşı Ağzı Açık Mehmed Ağa'nın muhalefatının müsadere olunduğuna dair Çıldır Valisi Ahmed Paşa tarafından Sadaret'e tahrirat, BBA, HHT, T: 19/S/1238, Dosya No: 744, Gömlek No: 35207.

⁵⁰ Müderrisinden Yenişehir müftüsünün vefat ettiği zaman emval ve eşyasının müsadereci için Kapıcıbaşı Musa Bey gönderilmiş, ancak oğlu Edirne müderrislerinden Seyyid Ali Efendi'nin eşyanın kendisine bırakılmasını ve yirmi beş bin kuruş bedel verebileceğini bildirmesi üzerine müsadereci vazgeçilmiştir, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 1382, Gömlek No: 54652; Vefat eden İstanbul Kadısı Süleyman Efendi'nin muhalefatından yüz bin kuruşu miriye alınıp mütebakisinin veresine terk olunması hakkında hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1222, Dosya No: 1359, Gömlek No: 53426; Vefat eden İstanbul kadı-i sabık Süleyman Efendi'nin marifet-i şer'le tahrir edilen eşyasıyla zuhur eden yüz kırk altı bin küşur kuruşdan canib-i miri için zabt edilen yüz bin kuruşun orduya gönderilmesi ve mütebaki nükuduyla eşyasının veresine verilmesi hakkında defterdara buyruldu, BBA, HHT, T: 29/Za/1228, Dosya No: 74, Gömlek No: 4490; Ordu Serhümayun Kadısı İbrahim Selim Efendi'nin, Edirne'de vefatı vukuuna mebni Edirne kadısı tarafından tahrir ve temhir edilen emval ve eşyasının İstanbul'a gönderilmesi, BBA, HHT, T: 04/M/1223, Dosya No: 464, Gömlek No: 22702; belgede ilgi çekici olan nokta ordu kadısı ölünce diğer yönetici sınıf mensuplarına yapılan işlemin aynen tatbik edilerek eşyalarının mühürlenip, deftere yazılmasıdır; Vefat eden Esbak

V. MÜSADEREDE USUL

Mal varlığı devlet tarafından müsadere edilecek olan şahıs siyaseten katl cezasına çarptırılmışsa hemen katlin infazından sonra mal varlığı tespit edilirdi. Buna karşılık kişi eceliyle hayatını kaybetmiş bir yönetici sınıf mensubuy- sa bu konudaki haber merkeze ulaştırılarak ne yapılması gerektiği konusunda yetkililer bilgi isterlerdi⁵¹. Merkezin vereceği talimatlara göre işlem yapılırdı. Eğer yönetici sınıf mensubunun azil, hapis, sürgün gibi cezalarla birlikte mal varlığının müsadere karar verilmişse yine durum derhal yetkililere bil- dirilerek süreç başlatılırdı. Malı müsadere edilecek kişinin öncelikle malları mühürlenir (temhir edilir), ardından bütün malları-menkul, gayrimenkul, nakitler, üçüncü şahısların ilgili kişiye olan borçları-bir deftere kaydedilirdi. Ayrıca bu defterlere kişinin borçları varsa onlar da yazılırdı⁵². Defterin ya- zılması için ya doğrudan İstanbul'dan ya da emrin icrasıyla görevlendirilen kişi tarafından gerekli sayıda memur istihdam edilirdi⁵³. İstanbul dışında bu iş genellikle mahalli kadıliklarca yapılırdı. Mal varlığının kaydedildiği def- terler İstanbul'a gönderilirdi. Bazı durumlarda malı müsadere edilen kişinin mal varlığı beklenenden az çıkabilirdi. Eğer şüpheli bir hal söz konusu ise geniş bir soruşturmaya girilir, muhalefatın tam olarak tespiti için mirasçılar üzerinde maddi, manevi baskı yapılabilir, çok uzak yerlerdeki akrabalar dahi

Şeyhülislâm Kadızade Tahir Efendi'nin sahilhanesinin taht-ı temhire aldırıldığına (taht adına mühürlenmesi) ve terekasından zevce-i menkûhesine rubu (dörtte bir) hisse isabet edip varisi- i aharı (başka varisi) olmadığından, baki muhalefatının Hazine-i Amire'ye ait bulunduğu dair şeyhülislâm efendiden Sadaret'e, BBA, HHT, T: 29/Z/1254, Dosya No: 647, Gömlek No: 31718/A, burada yapılan işlem İslam miras hukuku hükümlerine uygun görünmektedir. Çünkü sağ kalan eş tek başına mirasçı olursa sadece kendisine düşen payı alır, (başka mirasçı olmaması payında artışa neden olmaz) kalan terekeye hazine adına el konur.

⁵¹ Diyarbakır Valisi Şeyhzade İbrahim Paşa'nın vefat ettiğine ve emvalinin hükümet memurları vasıtasıyla mühürlenmesi ve müteveffanın muhalefatının ne suretle idare edilmesi gerektiği konusunda emir beklendiğine dair telhis, BBA, HHT, T: 29/Z/1229, Dosya No: 1268, Göm- lek No: 49127; Üsküdar'da sabık Kaftan Ağası Derya Kalemi Alay Beyi Gürcü oğlu Hacı İbrahim Ağa vefat edip, zevcesinden başka varisi olmayıp ashab-ı servetten bulunduğu binaen canib-i miriden muhalefatının tahririne ne vechile irade buyrulacağı, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 214, Gömlek No: 11714.

⁵² İlgili örnekler için bkz. Dipnot, 40.

⁵³ Şam Valisi Firari Yusuf Paşa'nın İstanbul'da bulunan Mühürdarı Abdullah Zihni Efendi'ye Paşa'nın nukud ve emval-i menkulesine aid tanzim ettirilen defterin huzura arzına ve mu- hallefatını zabt için mühürdarın katiplerle birlikte Şam'a hareketine dair hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1225, Dosya No: 410, Gömlek No: 21288; Vefat eden Sadrazamın sabık Divan Katibi hacedandan Ahmed Efendi'nin hanesi başbakulu marifetiyle temhir ettirilmiş ve yine ağa-yı mumaiyleh ve kassam katibi marifetiyle mührü fekk (mühürü bozularak) ve eşyası tahrir ve ashab-ı duyun (borçlar) veresesine tevzi ve taksimi hususunda ne vechile irade edileceğine dair, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 213, Gömlek No: 11651.

sorguya çekilebilirdi⁵⁴. Herhangi bir suiistimal belirlenirse ilgili kişiler cezalandırılırdı⁵⁵.

Bazı müsadere işlemlerini bizzat padişah takip edip, yönlendirirdi⁵⁶. Müsadere tamamlandıktan sonra gayrimenkul mallar ve gemi gibi menkuller açık arttırma (müzayede) ile satılır, bu satıştan ele geçirilen para, nakidler ve mü-

⁵⁴ Manisa'da vefat eden Sadr-ı esbak (eski vezir-i azamlardan) İzzet Paşa muhalefatına (mal varlığı) memur Sebkatullah Ağa'nın müteveffanın zabt edilen emvalini mübeyyin (bildiren) defteri gönderdiğine ve bazı emval ketm edilmekte (gizlendiğinden) olduğundan bunların meydana çıkarılması için ferman ısdar olunacağına (çıkarılacağı) dair telhis, BBA, HHT, T: 29/Z/1227, Dosya No: 1268, Gömlek No: 49132; Selanik'de ikamet üzere iken vefat eden Rumeli eski Valisi merfu-ül-vezare Seyyid (vezirlik rütbesi elinden alınmış olan) Mustafa Paşa'nın muhalefatı mirice zabtedilmiş olup, daha fazla emval ve nukudu olması ihtimaline binaen ber mucceb-i ferman tekrar mübaşir irsal ve Dersaadet'e gelen kethüdası haps ve istintak edildiğine (sorguya çekildiğine) ne dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1219, Dosya No: 227, Gömlek No: 12626; Müteveffa Büyük Abdi Paşa'nın harem kethüdası ve zevcesi her ne kadar tazyik olunmuşlar ise de gösterdikleri emvalden başka bir habbe zuhur ederse her cezaya razı olduklarını ifade ettikleri, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 1394, Gömlek No: 55759; Emval ve eşyası tahrir edilen Sadr-ı sabık merhum Hasan Paşa'nın, konağında medfun (gömülmüş) parası olup olmadığını anlamak için şüpheli mahallerin yazılması, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 204, Gömlek No: 10660; Kandiye muhafızı iken vefat edip eşya ve emvali mirice zabt olunan Konya Muhafızı esbak Sadrazam Silahtar Mehmed Paşa'nın haps edilen bendeganından Zahrab Daniel ile Davnik Paşa'nın başka metrukâtı olup olmadığı hakkında yapılan istintakları (soruşturma)havi varaka, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 185, Gömlek No: 8665; Süvari mukabelecisi iken malı hükümetçe müsadere ve kendisi Magosa'ya nefyedilmiş olan Mehmed Raşid Efendi'nin İstanbul'da hane ve parası olup olmadığına dair vuku bulan istizah (açıklama isteme) üzerine Pederi Hasan Efendi tarafından verilen tahrir, BBA, C. AS, T: 29/Z/1300, Dosya No: 238, Gömlek No: 1004; Sabık Harbiye Nazırı Emin Efendi'nin tebeyyün eden (meydana çıkma) zimmetine mukabil müsadere edilen emlaki borcunu ödeyemeyeceğinden emval-i mektumesinin (vergiden kaçırılan mallar) araştırılması hakkında Sadaret'den Serasker Paşa'ya tahrirat, BBA, HHT, T: 29/Z/1253, Dosya No: 739, Gömlek No: 35043/H; Ref-i vezaretle Dimetoka'da ikamete memur edilen sabık Rumeli Valisi Mehmed Paşa'nın zabt ve müsadere edilen emval ve eşyasının azlığı hasebiyle mektumesi(gizlenen) hakkında tahkikat icrasının defterdar efendiye havalesi, BBA, HHT, T: 29/Z/1238, Dosya No: 520, Gömlek No: 8665.

⁵⁵ Müteveffa Büyük Abdi Paşa'nın Kütahya'da zuhur eden emval-i mektumesi (vergiden kaçırılan mallar) hakkında Harem kethüdasının malûmattar olması (bilgi sahibi) ile buldurulup hapse konulduğuna ve müteveffanın haremî elyevm (şu anda) hanesinde olduğundan hakkında ve hanesinin temhiri (mühürlenmesi) hususunun istifsar-ı muameleye (yapılacak olan işlemin sorulması) dair, BBA, HHT, T: 29/Z/1205, Dosya No: 210, Gömlek No: 25423.

⁵⁶ Çavuşbaşı Mehmet Seyda Efendinin ölümü sebebiyle Defterdar efendinin tahriri üzerine I. Abdülhamid'in "Merhumun menzil-i menhusesi duhan odasında kâffe-i emval ve eşyası kemal-i dikkat ve ihtimamen zabt ve tahrir ve taraf-ı hümayununa arzı edilsin" şeklindeki hattı padişahların da müsadere işini yakından takip ettiklerini göstermektedir, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 14, Gömlek No: 568; Midilli adasında ölen Alaybeyi Hacı İshak'ın zengin olduğu anlaşıldığından emval ve eşyasının müsadere konusunda padişahın hattı hümayunu, BBA, HHT, T: 29/Z/1202, Dosya No: 14, Gömlek No: 577; Müteveffa Şam valisinin emvalini meydana çıkarılması konusunda I'in Abdülhamid hatt-ı hümayûnu, BBA, HHT, T: 29/Z/1199, Dosya No: 21, Gömlek No: 996.

cevher gibi menkuller devlet hazinesine alınır⁵⁷. Müsadere sonucu elde edilen gelirler genellikle devletin zorunlu ihtiyaçları için harcanırdı.

VI. MÜSADERE YAPILMAYAN HALLER

Yönetici sınıf mensuplarına bir ceza olarak ya da ölüm halinde otomatikman uygulanan müsadere bazen vazgeçildiği ve mal varlığının mirasçılara bırakıldığı örnekler vardır. Müsadereden vazgeçilmesinde en fazla karşımıza çıkan sebep malına el konacak kişinin ölümüyle güç durumda kalan yakınlarıdır. Müsadere kararı ister siyaseten katl ile birlikte ister doğrudan ölüm üzerine verilmiş olsun geride kalan bir aile ya da yetimler ve bunların padişahın merhamet duygularına hitap etmeleri karardan vazgeçilmesine yol açmıştır. Zaman zaman bu yakınlar padişaha arzuhallerle durumlarının ne kadar çaresiz olduğundan bahsederek, onun merhametine ve büyüklüğüne sığındıklarını ifade etmişler ve yardım talebinde bulunmuşlardır⁵⁸. Bazen de müsadere işiyle görevlendirilen kişiler zor durumda olan yakınlarla ilgili bilgileri doğrudan padişaha iletmışlerdir⁵⁹. Bütün bu hallerde padişah emriyle

⁵⁷ Dersaadet ve Rumeli ile Anadolu'da ve yurdun sair mahallerinde mukim iken çeşitli şekilde vefat eden veya firar eden vüzeradan vesair memurin-i devletden kimselerin görülen lüzum veya vaki olan işar üzerine nükud, emval ve emlakıyla eşyasının ve tayin olunan mübaşirler tarafından müsaderesine ve müzayede suretiyle furuhtu (satılması) ve bedelatının Darbhane'ye veya hazineye teslimine dair, BBA, MAD. d, T:?, Dosya No: ?, Gömlek No: 9745; müsadere usul için bkz, Mumcu, Katl, s. 156-158.

⁵⁸ Aydoslu Süleyman Ağa'nın kerimesi Ayşe Hanım'ın, pederinin vefatında cümle emval ve eşyanın mirrice zabt ve yalnız Hocapaşa'daki konağın bedeli mukabilinde kendisine verildiğinden bahisle meblağ-ı mezkuru sarrafdan aldığı ve kudreti bulunmadığından haline merhameten bu meblağın miriden itasını istirham ettiği, BBA, HHT, T: 29/Z/1211, Dosya No: 202, Gömlek No: 10412; Kocaları İsmail Ferruh Efendi'nin terekesinden kendilerine düşen hissenin Divan-ı hümayun hacedânından Recai Efendi tarafından zabt edildiğinden perişan düşükleri, merhamet buyrulması talebindeki Zübeyde ve Fatma hanımların arzuhali, BBA, HHT, T: 04/Ra/1255, Dosya No: 1321, Gömlek No: 516027/A.

⁵⁹ Hama'da vefat ettiği bildirilen Surre Emimi Hacı Hafız Ağa'nın Bursa'da bulunan eşyasının temhir edildiğine(mühürlendiği) ve müteveffanın şayan-ı merhamet beş yetimi olduğuna dair, Bursa Mütesellimi Hacı Ahmed ve Kadısı Süleyman Efendiler taraflarından Sadaret Kethüdası'na gönderilen yazı, BBA, HHT, T: 29/Za/1251, Dosya No: 555, Gömlek No: 27463/B; Eğriboz Muhafızı Ebubekir Paşa'nın vefatı dolayısıyla emvalinin muhafaza altına alındığı, borçları ve zevce ile kızlarının geçimlerinin temini ricasını da içeren Eğriboz kadısının ilamı, BBA, HHT, T: 04/Za/1229, Dosya No: 1343, Gömlek No: 52486; Kaymakam paşa (sadrizam) tarafından I. Abdülhamid'e verilen bu telhiste; Rikâb-ı Hümayun Çavuşbaşılık hizmetinde olan Seyda Mustafa Efendi vefat etmiş ve nukut ve eşyası cüz'i olduğundan evlatlarına ihsanı ve ancak Rumeli'de mukataası bulunmakla muaccele ile taliplere verilmesi münasib olacağı arzedilmiş ve hatt-ı hümayunda emval ve eşyasının evladlarına verilmesi ve mukataasının müzayede mi yoksa muaccele ile mi evladına münasib olacağı bildirilmesi zat-ı hümayunlarının taktirine bağlı olduğu ifade edilmiştir, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 11, Gömlek No: 395; "...Merhum fi'l-asl ashab-ı servetten olmadığına binaen mücevherat ve zi-kıymet (değerli) nesnesi olmayub ve el'an mühür altında olan mefruşat (ev döşemeye yarayan eşya) ve melbusatı (elbiseler) furuhat olunmak (satılmak) lazım gelse

terekenin tamamı ya da bir bölümü mirasçılara bırakılmış, hatta tereke yeter-
sizse maaş bağlanabilmiştir⁶⁰.

Müsadere den vazgeçilmesinin ikinci bir nedeni borçlardır. Mal varlığının
tamamı borçlardan az olursa devlet müsadere yapmayı, borçların ödenmesi
kaydıyla terekeyi mirasçılara bırakmıştır.

Son olarak müsadere olunması gereken mal varlığı belirli bir bedel kar-
şılığında mirasçılara bırakılabilmıştır⁶¹. Bir başka ifade ile devlet tereke üze-

yirmi kiseye balığ olur (varan) olmaz kabilinden idüğünü ve merhumun sarraf-ı esnafa olan
duyunu (borcu) yüz yirmi akçeye balığ olacağını ve müteveffay-ı muma-ileyhin (adı geçen)
bir nefer oğlu ve bir kerimesi (kızı) ve bir nefer dahi zevcesi (karısı) olup vucuh'a sayeste-i
merhamet'ül şefkat inayet idüklerini (merhamet, şefkat, iyiliğe yararlı oldukları)... evlad-ı
iyalinin (eşinin) ahval-i pür melallerine (çok acınacak durumlarına) merhamet, müteveffay-ı
muma-ileyhin müddet-i vafireden beru (çok uzun süreden beri) Devlet-i Aliyyelerine sebkat
iden hizmetine (devlete hizmeti geçmesine) hürmeten hanesinin mührü fekk ve mefruşat-ı
melbusatının evlad-ı iyaline in'am (iyilik etme) ve ihsan buyrulması babında emri ferman
şevketli, kerametli mehabetli, kudretli velinimetim efendim padişahım hazretlerindir
"Vezir-i azamın bu takririne olumlu cevap veren padişah takririn üzerine "mührü fekk olunup
veresesine verile" emrini ilıstirmiştir, BBA HHT, T:1222, No: 57686.

⁶⁰ Maktul Reisülküttab Ahmed Safi Efendi'nin emvalinin evladlarına terk edilmesi hakkında
hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1222 Dosya No: 1355, Gömlek No: 53030; Sadr-ı esbak müteveffa
Şahin Ali Paşa'nın oğlu Müderris Hasan Bey ile kerimesi Fatma Hanım'ın pederlerinin ve-
fatında emval ve eşyası mirice zabt ve perişan ve müstağrak-ı düyun (borca batmış) oldukla-
rından hallerine merhameten deynlerinin (borçlarının) miriden tesviye (ödenmesi) ve maaş
tahsisi istihamları ve fil-hakika (gerçekten) şayan-ı merhamet bulunmaları ile müderrisinden
olmakla Hasan Bey'in pusulası münhal(memuru bulunmayan yer) vukuunda kayrılmak üzere
şeyhülislama itasına ve Fatma Hanım'a gümrükten vazife tevcihinin münasip olacağına dair
BBA, HHT, T: 29/Z/1207, Dosya No: 228, Gömlek No: 12727; Tırhala Mübayaacısı Halil
Bey'in firar eylediği ve emvalinin taht-ı muhafazaya alındığı, bıraktığı çiftliklerin satılması ve
idareleri suretleri, emval ve eşyasının evlad ve iyaline (eşine) terki, BBA, HHT, T: 29/Z/1195,
Dosya No: 20, Gömlek No: 949; Kalyonlar Ruznamçesi Başhalifesi sabık müteveffa Halil
Efendi'nin terekese borcunu karşılamadığından, oğlu Mehmed Arifle kızı Zeliha'ya maaş ve
ekmek verilmesi hakkında, BBA, HHT, T: 29/Z/1225, Dosya No: 276, Gömlek No: 16236;
Edirne'de mukim iken eceliyle ölen merfuülüzare Mahmud Paşa'nın beş kerimesi şayan-ı
merhamet ve bikes (kimsesiz) olduklarından terekese kızılarına terk edileceği, BBA, HHT,
T: 29/L/1211, Dosya No: 188, Gömlek No: 8985; Edirne'de eceliyle ölen merfuül-vezare
Mahmud Paşa muhalifatının zabtı üzerine, üç kızı fakir kaldıklarından terekese yetimle-
rine verilmesi. BBA, HHT, T: 21/L/1211, Dosya No: 219, Gömlek No: 12106.

⁶¹ Tokad sakinlerinden sabık Tokad voyvodası Ekmekcioğlu'nun vefat ile emval-i metrukesi-
nin mirice zabtı emredilerek mübaşir gönderilmiş ise de emval-i mezkure beynel-verese (mi-
rasçılar arasında) taksim edildiği ve canib-i miriye para verilerek emvalin terkinin verese talep
eylediği mübaşir tarafından bildirilmekle münasip bedel mukabilinde emvalin terkinin tensip
edildiğine (uygun bulunduğu) dair hattı hümayun, BBA, HHT, T: 29/Z/1211, Dosya No:
228, Gömlek No: 12691; Kıbrıs'ta Lefkoşa'da vefat eden Zangılakzade Hacı Mustafa'nın
emval ve eşyasının canib-i miriden zabtı konusunda emr ve mübaşir gönderilmiş ise de emrin
vürüdünden (gelmesinden) evvel emval ve eşyanın kassam marifet ile vereseye bırakıldığına
ve tensip edilirse bedel mukabilinde vereseye terkine dair Kıbrıs Muhassılı Hafız Ali Efendi
tarafından varid tahriratın arz-ı atebe edildiğine dair, BBA, HHT, T: 29/Z/1220, Dosya No:

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

rindeki mirasçılık hakkını mirasçılara satmıştır. Az sayıdaki örnekte ise çeşitli sebeplerle müsadere durdurulmuş ve mal varlığı iade edilmiştir⁶².

Yönetici sınıf mensuplarının ölünce mallarının müsadere edilmesi ve mirasçılara bir şey kalmadan terekenin devlet hazinesine alınması Osmanlı Devleti'nde aile vakıfları, zürri vakıflar ya da evlatlık vakıflar adı verilen bir uygulamanın yaygınlık kazanmasına yol açmıştır. Özellikle üst düzey devlet adamları hukuki mirasçılarının geleceklerini garanti altına almak adına sağlıklarında aile vakıfları kurma yoluna gitmişlerdir⁶³.

Aile vakıfları vâkıfın vakıfdan yararlanmak üzere kendi soyundan gelen kişileri seçmesi ile ortaya çıkan vakıf türüdür. Bu tür vakıfların caiz olup olmadığı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Hanefi hukukçulardan Ebu Yusuf nihai amacın hayır olduğunu ileri sürerek vakıftan vâkıfın veya yakınlarının yararlanabilmesini caiz görmüştür. Bu görüş Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi diğer İslam Devletlerinde de -Hanefi mezhebinin yaygın olmadığı bölgelerde bile- geniş bir uygulama alanı bulmuştur⁶⁴.

Zürri vakıflarda vâkıf, vakıf senedinde sadece “evladıma” ibaresini kullanmışsa bir nesil sonra yoksullara, “evlâd-ı evlâdıma” demişse bütün soyu tükendikten sonra vakıf yoksullara tahsis edilmiştir⁶⁵.

227, Gömlek No: 12631.

⁶² Rikab-ı Hümayun Kapıcıbaşlarından Numan Bey'in daha önce müsadere edilen çiftliklerinin iadesi ve kendisine yeterli derecede maaş tahsisi, BBA, A.AMD, T: 30/Z/1263, Dosya No: 2, Gömlek No: 85.

⁶³ Tersane kapudanlarından Kemani Hasan Kapudan'ın cemi (bütün) terekesi vakfa aid olduğundan müteveffanın terekesinin müsadere edilemediği ve müteveffanın terekesine dahil olan miri üsera (esir) zindanında mevcut olan malumü'l mikdar esiri müteveli-i vakf Darussaade Ağası Yusuf Ağa'dan bedel-i musalaha (uzlaşma bedeli) olmak üzere malumü'l mikdar akçayı Şikk-ı Evvel Defterdarı Ahmed Paşa Vekili Osman Ağa'nın kabzını) ikrarı havi Kasımpaşa Kadısı Süleyman bin Ali el-Hüseyni tarafından verilen hüccet, BBA, İE.ADL, T: 17/Z/1085, Dosya No: 1, Gömlek No: 57. Edirne'de vefat edüp, emval ve eşyası hazinence zabt olunan Başmuhasebeci Seyyid Numan Bey'in eshab-ı düyunu matlublarının (borçlu olduğu kimseler) muhalefatından tesviyesini (borcun ödenmesini) istirham eylediklerine ve zabt edilip satılanların bedeliyle veresesinden alınan mebalîğ deynine (borcuna) adem-i kifayesinden (yetmediği için) ve eshab-ı düyun fazla metalibatla (talep olunan) hanesinin satılmasını taleplerinden ve hane vakfedilip vereseye intikalden satılması münasib olmayacağından ne vechile (ne şekilde) hareket olunacağına dair hat, BBA, HHT, T: 29/Z/1203, Dosya No: 268, Gömlek No: 15628, belgeden anlaşıldığı üzere Başmuhasebeci Seyyid Numan Bey mal varlığının bir kısmını-evini- evlatlık vakıf kapsamında vakfetmiştir ve mirasçılara intikal etmiştir. Dolayısı ile bu kısmın müsadere mümkün olmamıştır.

⁶⁴ Gerber Haim, “The Vaqf Institution in Early Ottoman Edirne”, *Asian and African Studies*, sy. 17, s. 34; Köprülü Fuad, “Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü I”, *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*, İstanbul 1983, s. 359.

⁶⁵ Evlâddan kastedilen eğer özel bir ayırım yapılmamışsa erkek ve kız çocuklar ve onların ço-

Ayrıca Osmanlı uygulamasında hayri ve zürri vakıflar dışında her ikisinin karışımından oluşan karma vakıflara da rastlanmaktadır. Bu tür vakıflarda vakıf gelirlerinin bir kısmı hayri amaçlara, bir kısmı da aile üyelerinin yararlanmasına tahsis edilmiştir. Yönetici sınıf mensupları eğer böyle evlatlık vakıflar ya da karma vakıflar kurmuşlarsa evladı adına vakfettiği kısma ölümü halinde dokunulamamış ve çocukları yararlanmaya devam etmişlerdir. Kayıtlara göre Osmanlı Devleti'nde Tanzimat öncesi kurulan vakıfların %90'ı yönetici sınıf mensuplarına aittir. Her ne kadar bunların hepsi aile vakıfları olmasa da oran dikkat çekecek kadar yüksektir⁶⁶.

VII. SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde Fatih Sultan Mehmet'in kul sistemini kurmasıyla yeni bir anlama bürünen müsadere uygulaması iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bir ceza olarak müsadere ve ölüm halinde müsadere. Kul sistemiyle birlikte ilmiyye hariç tutulursa diğer yönetici sınıf mensupları için müsadere uygulaması sık sık görülür olmuştur. Müsadere bazen tek başına bir ceza olarak, bazen görevden azil, hapis, sürgün ve siyaseten katl cezalarıyla birlikte verilmiştir. Ayrıca bu kişiler öldüklerinde otomatikman devlet hazinesi adına mal varlıklarına el konmuş ve mirasçılara bir şey bırakılmamıştır. Osmanlı Devleti'nin genel yapısı göz önüne alındığında bunun iki temel sebebi olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi merkezi otoriteye dolayısı ile padişaha rakip olabilecek iktidar odaklarının ortaya çıkmasını engelleyerek Avrupa tipi bir aristokrasinin oluşumunu engellemektir. İkinci ana neden ise öldükleri zaman mirasçılara bir şey bırakamayacaklarını bilen üst düzey devlet görevlilerinin ellerindeki gücü servet edinmek için kötüye kullanmalarını önlemektir. Burada üzerinde durulması gereken birkaç önemli nokta vardır. Birincisi müsadere yönetici sınıf için bir ceza olarak uygulandığında genellikle yargı süreci işlemeden, kişi dokunulmazlığı ilkesine aykırı olarak padişah tarafından keyfi olarak verilmesidir. İkincisi ise ölüm halinde müsadere, İslam Hukukunca da önem verilen mülkiyet ve miras haklarının hiçe sayılarak ilgili kişilerin terekelerinin zapt edilmesidir. Başlangıçta sadece devşirme kökenli yönetici sınıf için geçerli olan bu kurallar Kanuni'den itibaren ulema dışında kökeni ne olursa olsun bütün devlet adamlarını içine alacak şekilde genişlemiştir. İlmîyye sınıfı için de her zaman mutlak bir muafiyet söz konusu olmamış, siyaseten katl cezasına çarptırılan ulemanın malları da müsadere edilebilmiş-

cuklarıdır.

⁶⁶ Öztürk Nazif, "Sosyal Siyaset Açısından Osmanlı Dönemi Vakıfları", Osmanlı, c. 5, Ankara 1999, s. 41-42.

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

tir. Hatta makalemizde kullandığımız bazı arşiv belgelerinde görüleceği üzere kimi zaman eceliyle ölen ilmiye mensuplarının terekelerine ya da terekenin bir kısmına devlet hazinesi adına el konulabilmiştir.

Müsadere yapılacağı zaman ilgili kişinin bütün eşyaları mühürlenerek sayılmış,-ev, ev eşyası, elbise, mücevher, nakitler, diğer gayrimenkuller-nakidler ve mücevherler doğrudan hazineye alınırken, diğerleri açık arttırma yoluyla satılıp bedelleri Beytülmale dâhil edilmiştir. Ancak malı müsadere edilen kişilerin geride güç durumda mirasçıları kalmışsa ki bunlar genellikle eş ve çocuklardır, padişah mal varlığının bir kısmını, mal varlığının fazla olmaması durumunda tamamını mirasçılara bağışlamıştır.

Reaya için de müsadere uygulamaları söz konusu olsa da her şeyden önce yönetici sınıf kadar sık oranda karşımıza çıkmamaktadır. Ayrıca bir ceza uygulanacağında genellikle yapılan yargılama sonucunda, kadının verdiği karardan sonra mallara el konulabilmiştir. Eceliyle ölüm halinde müsadere ise reaya açısından kural olarak geçerli olmamıştır. Bununla beraber arşiv belgelerinden anlaşıldığı üzere çok zengin olup, büyük bir mal varlığı edinmiş olan reayadan ölenler olduğunda zaman zaman terekeleri müsadere edilebilmiştir⁶⁷.

Yönetici sınıf açısından müsadere uygulamasında II. Mahmut dönemi bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Yeniçeri Ocağı kaldırıldıktan sonra aynı yıl çıkardığı bir fermanla II. Mahmut, müsadere usulünün kaldırıldığını ilan etmiştir. Fermanla padişah müsadere yönteminin adeta hukuka aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte yeniçerilerin aşırı harcamalarını devlet hazinesinden karşılayabilmek için müsadere yapıldığını belirterek suçu yeniçerilerin üzerine atarken padişahları aklamaktadır. Fermanın geri kalan bölümünde ise her kim olursa olsun vefat edenlerin terekelerinin artık müsadere edilmeyeceği, mirasçılar arasında bölüştürüleceği, devletin mirastan kuruşta bir para “resm-i kismet alacağı”nı vurgulanmıştır⁶⁸.

⁶⁷ Dersaadet ve Rumeli ile Anadolu'da ve yurdun sair mahallerinde mukim iken çeşitli şekilde vefat eden veya firar eden vüzeradan vesair memurin-i devletden ve” erbab-ı servetden (servet sahiplerinden) müslim ve gayr-i müslim kimselerin “görülen lüzum veya vaki olan işar(yazı ile bildirme) üzerine nükud, emval ve emlakıyla eşyasının tayin olunan mübaşirler tarafından zabtıyla, müzayede (açık arttırma) suretiyle furuhtu (satılması)ve bedelatının Darbhane'ye veya hazineye teslimine, BBA, MAD.d, T: ?, Dosya No: ?, Gömlek No: 69752; aynı yönde belgeler BBA, MAD.d, T: ?, Dosya No: ?, Gömlek No: 9748; BBA, MAD.d, T:?, Dosya No: ?, Gömlek No: 9745.

⁶⁸ Mumcu, Katl, s. 171-172; Ögün, s. 379; Baysun, s. 672.

Bu fermanla Osmanlı Devleti'nde müsaderenin tamamen kaldırıldığını söylemek mümkün değildir. Her şeyden önce burada kaldırılan eceliyle ölenlerin mallarının müsadere edilmesidir. Bir ceza olarak müsadere uygulaması kaldırılmamıştır. Ayrıca fermanın metninden anlaşıldığı üzere müsadere yasağı da yönetici sınıftan ziyade reaya ile ilgilidir. Kaldı ki yüzyılların alışkanlığını hemen yok etmek mümkün olmadığı için uygulama devam etmiştir.

II. Mahmut döneminde müsadere konusunda atılan ikinci önemli adım 1838 (1254) memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesi ile olmuştur. II. Mahmut padişahı yeniden güçlendirmek ve vezir-i azamın gücünü kırmak için yaptığı reformlar çerçevesinde kalemiye sınıfını sivil bürokrasiye dönüştürmek istemiştir. Bunun içinse kul sisteminin ortaya çıkışından beri yönetici sınıf üyelerinin can ve mal güvenliğini yok eden siyaseten katl ve müsadere uygulamalarının kaldırılması gerekmektedir. Böylelikle 1838 yılında memurlar için çıkarılan ceza kanunnamesiyle “memurinin keyfi surette katl ve müsadere gibi şekillerle cezalandırılması tamamen kaldırılarak, her suça şeriat ve kanun çerçevesinde ceza verileceği” belirtilmiştir⁶⁹. Ceza kanununda vurgulanan en önemli husus siyaseten katl ve müsadere gibi cezaların keyfi olarak, yani hâkim kararı olmadan sadece padişah istediği için verilemeyeceğidir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere sadece usulüne uygun olarak yapılacak bir yargılamanın sonucunda ve yasalara uygun olarak –şer ve kanun dairesinde- müsadere mümkün olabilecektir. Bu durumda müsadere yönetici sınıf için sadece bir ceza olarak varlığını sürdürmekte olup –o da yargı süreci sonunda alınmış bir karar olacak-, ölünce terekeye devlet adına el konulması uygulaması kaldırılmış olmaktadır⁷⁰.

Nihayet 3 Kasım 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile mahkeme kararı olmaksızın ve ayırım yapılmaksızın hiç kimsenin malının müsadere edilemeyeceği esası kabul edilmiştir⁷¹. Fermanla müsadere uygulamalarının sakın-

⁶⁹ Memurinin vesairenin keyfi surette katl ve müsadere vesair şekillerde tecziyesi külliyen ilga olunarak her cürme şer ve kanun dairesinde ceza verilmesi esasına müstenid olarak tanzim olunan ceza kanunnamesi, BBA, HHT, T: 29/Z/1254, Dosya No: 1242, Gömlek No: 48294; Mumcu, Katl, s. 173-174.

⁷⁰ Aslında Osmanlıda bazı devlet adamları müsadere uygulamalarına karşı çıkmışlardır. Örneğin Sadık Rıfat Paşa 1837–1839 yılları arasında Viyana elçiliği esnasında yazdığı ve Tanzimat'ın ilham kaynağı olarak kabul edilen risalesinde Avrupa ülkelerinde bir kimse ölünce malının devlet tarafından müsadere edilmediğini belirtmiştir. Paşa özel mülkiyet dokunulmazlığının bir devletin kalkınmasında ve iç huzurun sağlanmasında büyük önem taşıdığını ilk kez dile getirenlerden birisidir. Yine Mustafa Reşit Paşa rüşvet, angarya ve müsaderenin kaldırılması konusunda bir tasarı hazırlamıştır. Öğün, s. 380.

⁷¹ “...ve herkes emval ve emlakine kemal-i serbestiyetle malik ve mutasarrıf olarak ana bir

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

calarına da değinilerek özel mülkiyeti sürekli tehdit altında bulunduran bu yöntemin insanların çalışıp üretme azmini kırmak suretiyle ülkenin kalkınmasını engellediği önemle belirtilmiştir⁷². Fransız İhtilali sonucu doğan siyasi liberalizm akımının etkilerinin kuvvetle hissedildiği bu belgede mülkiyet hakkının vurgulanması kaçınılmazdır. İhtilalden hemen sonra yayınlanan Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesinde üzerinde önemle durulan haklardan birisi mülkiyet hakkıdır. İhtilalin etkilerinden uzak kalamayan Osmanlı Devleti'nde de bu hakkın önündeki en önemli engel olan müsadere kaldırılması şartıdır. Yine fermana yer verilen kişi dokunulmazlığı ilkesi yani hâkim kararı olmadan kimseye ceza verilememe prensibi de bunu zorunlu kılmaktadır. Her şeyin ötesinde ülkede başından beri uygulanan İslam Hukuku çerçevesinde de mülkiyet ve miras hakları dokunulmaz olup, keyfi müsadere uygulamalarının şer'i hukuka aykırı örfi hukuk düzenlemeleri olduğu söylenebilir.

tarafdan müdahale olunmamak ve firarda birinin töhmet ve kabahati vuku'unda anın veresesi ol töhmet ve kabahatten beriü'zimme olacaklarından anın malını müsadere ile veresesi hukuk-ı irsiyelerinden mahrum kılınmamak ve tebaayı saltanat-ı seniyyemizden olan ehl-i İslam ve milel-i saire bu müsa'dat-ı şahanemize bila istisna mazhar olmak üzere...”, Tanzimat Fermanı, İnalçık Halil/Seyitdanlıoğlu Mehmet, Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, İstanbul 2006, s. 3.

⁷² “...emniyyet-i mal kaziyyesinin fıkdanı halinde ise herkes ne devlet ve ne de milletine ısınamayıp ve ne imar-ı mülke bakamayıp daima endişe ve ıztırdan hali olmadığı misüllü aksi takdirinde yani emval ve emlakinden emniyyet-i kamilesi olduğu halde dahi heman kendi işi ile tevsi-i daire-i taayyüşiyle uğraşıp ve kendüsünde günbegün devlet ve millet gayreti ve vatan muhabbeti artıp ana göre hüsn-i harekete çalışacağışüpheden azadedir, İnalçık/Seyitdanlıoğlu, s. 2; Ögün, s. 380; Baysun, s. 673.

VIII. KAYNAKÇA

- Akyılmaz Gül, “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf-Reaya Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. VIII, s. 1/2, 2004.
- Akyılmaz Gül, Osmanlı Devleti’nde Egemenlik Kavramının Gelişimi, Yeni Türkiye Osmanlı Özel Sayısı, c. III, 2000.
- Arık Feda Şamil, “Selçuklularda Müsadere” <http://www.muverrih.net/turkiye-selcuklu-devletinde-musadere> e.t.:20.08.2009.
- Arsal Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul 1947.
- Baysun Cavid, “Musadere”, İ.A. c. 8, İstanbul 1987.
- Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2008.
- Cin Halil/Akyılmaz Gül, Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Mersin 2001.
- D’ohsson Maurice, Tableau General de L’Empire Othoman, c. VII, Paris.
- Ebu Ya’la el-Ferra, el-Ahkamü’s Sultaniye, Beyrut 1983.
- el-Maverdi, el-Ahkamu’s-Sultaniyye, (Çeviren: Şafak Ali), İstanbul 1994.
- Findley Carter, Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire, The Sublime Porte, 1789–1922, Princeton 1980.
- Findley Carter V., Ottoman Civil Officialdom, Princeton 1989.
- Gerber Haim, “The Vaqf İstitution in Early Ottoman Edirne”, Asian and African Studies, sy. 17.
- GibbH.A.R./Bowen H., Islamic Society and the West, London 1969, vol. I.
- Heyd Uriel, Studies in Old Otoman Criminal Law, Oxford 1973.
- Itzkowitz Norman, Ottoman Empire and Islamic Tradition, Chicago 1972.
- İnalçık Halil, The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600, London 1994.
- İnalçık Halil, “Osmanlılarda Raiyyet Rüsümü”, Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi, İstanbul 1993.
- İnalçık Halil, Fatih Devri Üzerine Tetkikler ve Vesikalar I, Ankara 1987.
- İnalçık Halil, “Mehmet II”, İA, c. 7, İstanbul 1988.
- İnalçık Halil, “Osmanlılarda Saltanat Veraset Usulü ve Türk Hakimiyet

Osmanlı Devleti'nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması

Telakkisiyle İlgisi, SBFD c. XIV, sy. 1.

- İnalçık Halil/Seyitdanlıoğlu Mehmet, Tanzimat Fermanı, Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu, İstanbul 2006.
- Karal Enver Ziya, Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları –Nizam-ı Cedit-, Ankara 1988.
- Karataş Mehmet, “18-19. Yüzyıllarda Osmanlı Devleti'nde Bazı Müsadere Uygulamaları”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/19/26/195>.
- Köprülü Fuad, “Vakıf Müessesesinin Hukuki Mahiyeti ve Tarihi Tekâmülü I”, İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi, İstanbul 1983.
- Lord Kinross, The Ottoman Centuries, The Rise and Fall of the Turkish Empire, New York 1977.
- Mehmed Neşri, Kitab-ı Cihan-Nüma, c. II, (Yayımlayanlar: Unat Faik Reşit/Köymen Mehmet Altay), Ankara 1987.
- Mumcu Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara 1986.
- Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Rüşvet (Özellikle Adli Rüşvet), İstanbul 1985.
- Mumcu Ahmet, Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl, Ankara 1985.
- Mustafa Nuri Paşa, Netayic ül-Vukuat, (Sadeleştiren: Çağatay Neşet), c. I-III, Ankara 1987.
- Ongan Halit, Ankara'nın İki Numaralı Şer'îyye Sicili, Ankara 1974.
- Öğün Tuncay, “Osmanlı Devleti'nde Müsadere Uygulamaları”, Osmanlı c. 6 Teşkilat, Ankara 1999.
- Öztürk Nazif, “Sosyal Siyaset Açısından Osmanlı Dönemi Vakıfları”, Osmanlı, c. 5, Ankara 1999.
- Shaw Stanford, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, c. I, İstanbul 1982.
- Ubcini M.A., Türkiye Mektupları, (Çeviren: Karaağaçlı Cemal), c. II, Tercüman 1001 Temel Eser.
- Udeh Abdülkadir, Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk (Çeviren: Şafak Ali), c. II, Ankara 1990.

Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ

- Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c. II, Ankara 1988.
- Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Tarihi, c. I, Ankara 1984.
- Uzunçarşılı İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984.
- Üçok Çoşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996.
- Başbakanlık Osmanlı Arşivleri: BBA, HHT, BBA, CTD, BBA, HHT, BBA, C. ZB, BBA, C. AS, BBA, CDH BBA, C. ML BBA, MAD BBA, C. ADL BBA, C. SM, BBA, C. ML BBA, C. MTZ BBA, C. DH BBA, C. AS BBA, A.AMD BBA, İE.ADL.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA İŞKENCE KAVRAMI

Doç. Dr. Ömer ANAYURT*

ÖZET

Bütün uluslararası bildiri ve sözleşmeler işkence ve ona eş değer düzeyde görülen bir takım muameleleri ve cezaları yasaklamıştır. İşkence yasağı bugün uluslararası hukukun *jus cogens* nitelikli bir kuralı halini almıştır. Sözleşmelerde, işkence ve hemen ardından da zalimane davranış, insanlık dışı muamele ve ceza, onur kırıcı muamele ve ceza yasağına yer verilmektedir. İşkence dışında kalan bu muameleleri karşılamak üzere yaygın olarak “kötü muamele” deyimini kullanılmaktadır. Hiç şüphesiz işkence, uluslararası sözleşmelerde kötü muamelelerle aynı statüde düzenlenmişse de kötü muamele biçimlerinden pek çok açıdan ayrılmaktadır. Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi 1’nci maddesinde işkenceyi tanımlamış ve diğerlerinden ayırt edici unsurlara yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3’ncü maddesinde işkence ve diğer kötü muamele yasaklarını aynı maddede düzenlemiş ve aynı sonuca tabi kılmıştır. Avrupa İnsan Hakları mahkemesi, işkence ile diğer muameleler arasındaki ayrıma mutlaka yer vermektedir. Bununla birlikte Sözleşme de ne işkencenin tanımı yapılmış ne de diğer muamelelerden ayırt edici ölçütler belirtilmiştir. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin tanımından da yararlanarak işkenceyi tanımlama ve unsurlarını belirleme yoluna gitmektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde işkence kavramı ve unsurları üzerinde durulacak ve Mahkemece işkence olarak nitelendirilmiş muameleler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Türk Ceza Hukuku yönünden işkence kavramı konumuz dışında kaldığından gerekmediği müddetçe bu hususta açıklamalara yer verilmeyecektir.

ANAHTAR KELİMELELER

İşkence, kötü muamele, işkence yasağı, insanlık dışı muamele, küçültücü muamele, zalimane muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı ceza, işkenceye karşı sözleşme.

* Sakarya Üniversitesi, İİBF. Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

**LA NOTION DE TORTURE DANS LA JURISPRUDANCE DE LA
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
NOTION OF TORTURE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

ABSTRACT

The right to freedom from torture recognised in international human rights treaties. The prohibition of torture has today become a *jus cogens* qualified norm of international law. The conventions include the prohibition of torture and other ill treatments just after it and of inhuman and degrading treatment and punishment. The expression of “ill treatment” is often used to define inhuman treatments out of torture. Even though torture has been considered to be at the same statue with ill treatments in international laws, it certainly is separated from ill treatment methods in many aspects. In the first article of United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 1984 defined torture and included the elements distinguishing the other forms of ill treatment. The European Convention of Human Rights, in the third article, regulated the prohibition of torture and other ill treatments under the same article and subordinated it to the same conclusion. The European Court of Human Rights definitely mentions the separation between torture and other treatments. However, in the convention, neither torture was defined nor distinguishing standards from other treatments were stated. Using also the definition of the United Nations Convention, the Court resorts to define torture and identify its elements. This article aims to focus on the concept of torture and its elements in the case-law of the European Court and then decisions which have been described as torture by the Court will be evaluated. As the concept of torture is not included in Turkish Criminal Law, explanation regarding this issue will not be taken into consideration.

KEY WORDS

Torture, ill-treatment, prohibition of torture, inhuman treatment, degrading treatment, cruel treatment, inhuman punishment, degrading punishment. Convention Against Torture.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) olmak üzere tüm uluslararası bildiri ve sözleşmeler işkenceyi ve bir takım muameleleri bir arada düzenlemekte ve aynı hukuksal rejime tabi tutmaktadır. İşkence, diğerleri içerisinde en barbar ve zalimane muamele niteliğinde olması nedeniyle “jenerik kavram” (*une notion generique*) olarak görülmektedir. İHEB 5’nci maddesinde “hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz” denilmektedir. Bu bildiriden geniş ölçüde yararlanmış olan ve bölgesel düzlemde en etkili koruma sistemini getiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de (AİHS) kenar başlıkta “işkence yasağı” deyimini kullanmış ancak madde metninde (md. 3) zalimane ibaresi dışında İHEB’deki metne hemen hemen aynı ibarelerle yer vermiştir. Gerek İHEB gerekse AİHS’nin hazırlanış dönemi dikkate alındığında işkence kavramına vurguda bulunulması daha da anlamlıdır. Şu var ki, bir takım eylem ve işlemlerin de en az işkence kadar etki ve sonuç doğurucu niteliği nedeniyle Sözleşmelerde aynı maddede düzenlendiği ve aynı hukuksal sonuca bağlandığı göze çarpmaktadır. Böylelikle diğerlerinin de göz ardı edilmesinin engellenmesi düşünülmektedir. İnter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 5’nci maddesinde ise kenar başlığı olarak “insanca muamele hakkı” deyimini kullanmış ve madde içeriğinde işkence ve ona eş düzeyde İHEB ve AİHS’deki diğer muamelelere yer vermiştir. Dolayısıyla işkence ve diğerlerinin hepsini aynı kenar başlığında ele almıştır.

Konuyla ilgili üç özgül (spesifik) sözleşmeden ikisinin başlığı gerek işkenceyi gerek diğer kategorideki muameleleri barındırmaktadır: “*Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ve ya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme*”, “*Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza Veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme*”. “*İnter-Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*” ise adından da anlaşılacağı üzere yalnızca işkence ifadesini kullanmıştır.

BM İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi bir kenara bırakılacak olursa hemen hemen bütün genel ve özel sözleşmelerin konuyu düzenleyen maddelerinde işkencenin hemen ardından **zalimane davranış** (*traitement cruel*), **insanlık dışı muamele** (*traitement inhumain*), **aşağılayıcı muamele** (*küçültücü, alçaltıcı-traitement dégradant*), **insanlık dışı ceza** (*peine inhumain*) **aşağılayıcı ceza** (*küçültücü, alçaltıcı – peine dégradant*) kavramlarına yer verilmektedir¹. BM Sözleşmesi işkence ile diğer muamele-

¹ AİHS ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, zalimane davranış kavramına yer ver-

leri tek bir madde yerine ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. Sözleşme 1'nci maddesinde işkenceyi, 16'ncı maddesinde ise “*işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi filler*”i düzenleme altına almıştır.

İşkence hemen yanında kullanılan diğer muamelelerden birçok açıdan ayrılmaktadır. Ancak bir takım muameleleri işkence kategorisinden ayırmak da esasen işkenceden aşağı kalmayacak birçok davranışın basitleştirilmesine ve ağırlık imajının azalması ve davranışın sosyal ve siyasal tepki dozunun düşürülmesi sorunu ile karşı karşıya bırakır. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde işkence ile insan onurunun ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir takım işlem ve davranışlar işkencenin hemen ardından zikredilerek bir anlamda eşdeğer kategoride değerlendirilmektedir. Bunda amaç diğerlerinin de gözden kaçırılmaması ve esnetilmemesidir.

Sonuç olarak uluslararası sözleşmeler ister tek maddede isterse ayrı ayrı maddede düzenlemiş olsunlar işkence ile kötü muameleler arasında nitelik farkından ziyade gerçekleştiriliş biçim ve yöntem farkı olduğuna işaret etmektedirler. Vurguyu işkenceye yapmış olmakla birlikte insan onurunu ortadan kaldırıcı veya tahrip edici nitelikleri dikkate alınarak diğer davranışlar da onunla birlikte düşünülmüş ve taraf devletler aynı yükümlülükler tabi kılınmıştır. Sözleşmeler açısından önemli olan işkence dışında kalan diğer muamelelerin de birey onurunu işkence kadar etkilediği; fiziksel ve ruhsal bakımdan onda derin acı ve ızdıraba yol açtığı olgusunun gözden uzak tutulmamasıdır.

Kanaatimizce işkenceyi dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde kullanmak ve işkence dışında kalan muameleleri geniş anlamda işkence tabiriyle karşılamak amaca daha uygun düşecektir. Böylelikle bir yandan diğer muamelelerin esnetilebilmesi, sıradanlaştırılabilmesi riskinin önüne geçilebilecek; diğer yandan da aralarında şu ya da bu şekilde bir farklılık olduğu imajı ilk bakışta verilebilecektir.

memiştir. Ancak insanlık dışı muamelenin onu karşılayacağından kuşku bulunmamaktadır. Diğer yandan 2008 itibarıyla yürürlüğe konulan Arap İnsan Hakları Şartı da diğer sözleşmelerden farklı olarak onur kırıcı ya da insanlık dışı ceza olarak nitelendirilen kavramları kullanmamıştır. Şüphesiz bu eksik bırakılmış olmakla birlikte Sözleşmenin dayandığı kaynaklar bakımından tutarlı görülebilmektedir. Nitekim İslam hukukunda cari kimi cezalar (recim gibi) uluslar arası toplumca insanlık dışı addedilmektedir. Böylece, Sözleşmenin, kendi düşünsel yapısı ve kaynaklarıyla uyuşum içerisinde olacak ibareler kullandığı izlenimini uyandırmaktadır.

II. İŞKENCENİN BENZER MUAMELELERDEN AYIRIMI

A. Ayırım Gereği

Yukarıda da belirtildiği üzere işkence ve benzeri muamelelerin uluslararası sözleşmelerde iki kategoride ele alındığı görülmektedir. Bunlardan bir grubunu işkence (torture) diğer grubunu ise insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, zalimane davranış, aşağılayıcı ceza, onur kırıcı cezalar oluşturmaktadır. Aslında bu yasakların hepsinin ortak özelliği her birinin de kötü muamele olmasıdır. Fakat kötü muamele işkencenin ağırlığını karşılayabilecek bir kavram niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle de onu diğerlerinden ayırt etmek üzere bütün dillerde her zaman özel bir terim kullanılmıştır. İşte işkencenin kötü muameleler arasında özel ve ağırlıklı bir yeri olması nedeniyle işkence kavramı kötü muamelelerin jeneriği olarak görülmekte ve bu nedenle de kenar başlık olarak kötü muamele değil işkence kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla da Sözleşmelerde işkenceyi (torture) diğerlerinden ayırt etmek üzere işkence ve diğer kötü muamele biçimleri (mauvais traitements) olmak üzere iki kategori yasağa yer verilmektedir.

Görüldüğü üzere ne işkenceyi de içine alacak şekilde kötü muamele kavramının, ne de işkencenin tek başına jenerik kavram olarak kenar başlıkta kullanımı yeterlidir. Bu nedenle de çoğu zaman işkence ve kötü muamele yasağının yan yana, bir arada kullanılması yoluna gidilmektedir. Kanaatimizce işkenceye bitişik diğer muameleler de işkence kavramı içerisinde kullanılsa bile işkencenin her zaman diğerlerinden ayrı bir ağırlık ve konumunun olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle dar ve teknik anlamda işkence ile geniş anlamda işkence diyebileceğimiz diğer kötü muamele veya diğer işkence biçimlerinin birbirinden ayırımı gereklidir. Her ikisinin de aynı hukuksal sonuca tabi tutulması bazı durumlarda hukukun nihai amacı ve idesi olan adaleti sağlamak amacıyla asla bağdaşmayacak durumlara götürebilir. Örneğin bir kimsenin kombine olarak gözaltında dövülmesi, hakarete uğraması, elektro şoka maruz kalması, falakaya tabi tutulması ile gözaltında aç susuz bırakılması, korkutucu bir böcek ile yan yana yaşamak durumunda bırakılması, ya da tek başına yüzünün dışkıyla sıvanmasını eşdeğer kategoride görmek ve aynı hukuksal sonuca bağlamak ne ölçüde adildir? İşte yan yana anılsalar da başlıkta tek ya da kenar başlıkta bitişik olarak kullanılsalar da aynı maddede yasak kategoriler olarak zikredilseler de, hatta tek bir kavramda hepsi mündemiç kılınmış olsalar da dar ve teknik anlamda işkence her zaman diğerlerinden ayrıştırılmaktadır.

AİHM, birçok kararında “bir muamele türünün işkence olarak sınıflandırılması için 3’ncü maddede ifade edilen işkence kavramı ile insanlık dışı veya alçaltıcı muamele arasındaki farkın mutlaka ortaya konulması gerektiği”nin altını çizmiştir. Mahkemeye göre bu ayırımın yapılmasındaki amaç, “ciddi ve insafsızca acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muameleye özel bir önem yüklemektir”².

B. İşkence Kavramı

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 09.12.1975 tarihli “Herkesin İşkence ve Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezalara Karşı Korunması Hakkında Bildiri”nin³ 1’nci maddesinde “*işkence acımasız, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ya da cezanın kasıtlı ve en ağır biçimi*” olarak tanımlanmıştır. Kısa adı “Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesine İlişkin Sözleşme”, teknik anlamda “işkence” ile Sözleşmedeki adlandırmayla “diğer işkence türleri”ni ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. 1’nci maddesinde işkenceye ilişkin bir resmi tarif getirmiştir. Sözleşme işkenceyi şöyle tanımlamaktadır: “Sözleşme amaçlarına göre, “ işkence “ terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası yahut onayıyla uygulanan fiziksel veya ruhsal ağır acı veya ızdırap verici bir eylem anlamına gelir. Yalnızca yasal yaptırımların uygulanmasından doğan, doğasında olan veya arızı olarak ortaya çıkan acı ve ızdırap işkence olarak değerlendirilemez”. Belki işkence gibi gösterişi olmasa da insan onurunu sinsice katledici diğer davranışlar 16’ncı maddede düzenlemiştir. Buraya bakıldığında işkence dışında kalan diğer muameleler ismen sayılmış, herhangi bir tarif ve ölçüte yer verilmemiştir. Şu var ki, muhtemelen bu davranışların işkencenin gölgesinde kalmaması adına bunları (“zalimane, insanlık dışı veya küçültücü ceza veya muamele”) “**diğer işkence biçimleri**” olarak nitelendirmiştir. Aralarında da anlamlı bir farklılık getirmemiş, işkence açısından taraf devlet yükümlülüklerine diğer muameleler bakımından da göndermede bulunulmuştur. Madde şöyle bir düzenlemeye yer vermektedir: “*her taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde Sözleşmenin 1’inci maddesinde tanımlanan işkence derecesine ulaşmamış diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya*

² Khadisov ve Tsechoyev/Rusya, 05.02.2009, pr. 131; Samoylov/Rusya, 02.10.2008, pr. 52; Selmouni/Fransa, pr. 96–97; Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44.

³ 09.12.1975, 3452 (XXX) sayılı BM Genel Kurulu Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

ceza gibi eylemlerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşvik veya açık yahut örtülü onayı ile veya resmi sıfatıyla hareket eden bir başka şahıs tarafından işlenmesini önlemeyi üstlenecektir. Özellikle, 10, 11, 12 ve 13. maddelerde yer alan yükümlülükler zalimane, insanlık dışı veya küçültücü ceza yahut muamele şeklindeki diğer işkence biçimlerine de uygulanacaktır”(vurgu bize ait).

AİHS işkence yasağı kenar başlıklı 3'ncü maddede işkence ve diğer muameleleri yan yana anmış fakat herhangi bir tanım ya da ölçüte yer vermemiştir. Bireyin maddede sayılanların herhangi birisi içerisinde değerlendirilebilecek olan bir işleme tabi tutulmuş olması, Sözleşme'nin 3'ncü maddesinin ihlali için yeterlidir. Bununla birlikte ihlal tespitinde bulunursa Mahkeme adil tatmin bağlamında işkenceye diğer eylemlere nazaran daha fazla tazminata hükmedebilir. Bunun dışında işkencenin diğer yasak eylemlere göre devlete politik yansımaları özellikle itibar açısından daha ağır olabilmektedir⁴. Çünkü işkence öteden beri bütün uygar toplumlarca aşağılanmış bir davranış biçimidir. Günümüzde hiçbir devlet “işkenceci devlet” sıfatını taşımak istememektedir. Şüphesiz diğer eylemler de bütün uluslar arası sözleşmelerde yasaklanmıştır. Ne var ki bunlara nefret ve tepki düzeyi ile işkence aynı değildir. Denilebilir ki, bir taraf devlet işkence nedeniyle sözleşme ihlalinin mahkûm olmaksızın insanlık dışı muamele veya cezadan mahkûm olmayı tercih edebilmektedir⁵. Nitekim **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında Mahkemenin davalı devlete yöneltilmiş işkence isnatlarını Komisyonun aksine işkence olarak değil de insanlık dışı muameleler olarak nitelendirmiş olması İngiliz hükümeti tarafından hayli sevindirici bulunmuştur. Buna mukabil **Uluslararası Af Örgütü** bu eylemlerin işkence olarak değerlendirilmemiş olmasını hayli eleştirmiştir⁶. Belirtelim ki, Mahkeme, kimi zaman da kişinin maruz kaldığı muamele eğer işkence olarak nitelemeyi gerektirecek kadar ağırlıkta değilse, diğerlerinden hangisini ya da hangilerini oluşturduğuna ilişkin bir tavsifde bulunmaksızın

⁴ Clayton, R- H. Tomlinson, **The law of Human Rights, V.I**, Oxford University Pres, 2000, s. 388'den naklen Doğru, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay., İstanbul 2006, s. 17. Nitekim kamuoyunda, cezaevinde işkence sonucu öldürüldüğü iddia edilen Engin Çeber adlı bir mahkumla ilgili olarak TBMM İnsan Hakları Komisyonu Alt Komisyonunca yürütülen araştırma raporunda Çeber'in cezaevinde işkenceye değil kötü muameleye maruz kaldığı tespitine yer verilmiş ve kamuyuna da işkence değil kötü muamele olarak açıklanmıştır. <http://www.ntvmsnbc.com/news/468236.asp> (**İET.26.02.2009**)

⁵ Anayurt, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 99.

⁶ Jonathan-Cohen, Gérard, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Economica, Paris. 1989, s. 294.

doğrudan 3'ncü madde ihlali oluşturduğuna hükmeden Mahkeme kararlarına rastlanılmaktadır⁷.

AİHS gibi Avrupa Konseyi bünyesinde uygulamaya konulan doğrudan işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaların yasaklanmasını konu alan Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi de⁸(AİÖS) işkence, insanlık dışı muamele ve cezayı tanımlamamış, bu kavramları birbirinden ayırt edici herhangi bir ölçüte yer vermemiş, bu işi Sözleşme organlarının kararlarına bırakmıştır. Bu yöntem esas itibarıyla Sözleşme mantığına daha uygun düşmektedir. Çünkü muhtemelen tanımlar yapılmış olsaydı 3'ncü maddenin koruma alanı şimdiki kadar geniş bir spectruma yayılmazdı. Üstelik maddede yer alan işkence ve kötü muamele kavramları dar anlamlarının da ötesine gidemezdi. Oysa AİHM içtihatlarıyla hiç de tahmin edilemeyecek noktalara taşınabilmiştir. AİHS'yi hazırlayanlar her ne kadar tanımlamaya gitmemişlerse de hem işkence hem de insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele ve ceza terimlerini kullanmak suretiyle de işkence dışında kalanlarla işkence arasında kesin bir ayırım yapmak istemişlerdir⁹. Diğer yandan, işkencenin hemen ardından insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza gibi kavramları peşi sıra saymanın Sözleşmenin yapımcıları açısından özel bir önemi vardır: Amaç, işkenceden daha yaygın olarak da kullanılan ve çok defa doğurduğu sonuç yönünden ondan pek farklı olmayan deyim yerindeyse işkenceye nazaran tepki boyutu ve yankıları bakımından albenisi daha düşük ciddi nitelikteki kötü muamelelere özel olarak dikkatleri çekmektir.¹⁰ AİHM de pek çok kararında her iki kategori arasındaki ayırım esasına yer vermektedir. Mahkeme'ye göre bir muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi için öncelikle 3'ncü maddede ifade edilen işkence kavramı ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. Sözleşmenin bu ayırımı yapmaktaki amacı, ciddi derecede ve insafsızca acı çekilmesine yol açan kasıtlı ve insanlık dışı muameleye özel olarak

⁷ Abdurrahman Orak/Türkiye, 14.01.2002, pr. 167.

⁸ Avrupa Konseyi tarafından 26.06.1987 yılında kabul edildi ve 01.02.1989 tarihinde yürürlüğe konuldu. Resmî adı "*Avrupa, İşkence ve İnsanlık Dışı Ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Hakkında Sözleşme*"dir. Türkiye, Sözleşmeyi ilk onaylayan ülke unvanına sahiptir. *İşkencenin ve Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*, Kanun No: 3411, , RG. T. 26.02.1988, S. 19737. Avrupa Antlaşmaları Serisi (ETS)- No. 126. 1 (ETS No. 151) ve 2 (ETS No. 152) No'lu Protokol hükümlerine göre değiştirilmiş olan metin 1 Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir. Bk. <http://www.cpt.coe.int/turkish.htm> (İET.23.01.2009).

⁹ Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz*, Şen Matbaası, Ankara 2007, s. 11. Mahkeme de aynı noktaya işaret etmektedir. Bk. Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 93.

¹⁰ Reidy, a.g.e., s. 11.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

dikkatlerin çekilmesi ve yasağın önemine işaret etmektir"¹¹. Bu nedenle de Mahkeme, muamelenin işkence kategorisine girmiş olması durumunda kararında işkence nitelmesine mutlaka gitmektedir.

Bununla birlikte Sözleşme Organlarının kararlarında da açıkça görüldüğü üzere, hangi durumda işkenceden hangi durumda da geniş anlamda işkenceden ya da Sözleşmedeki deyimlerle insanlık dışı, aşağılayıcı muamele ve cezadan söz edilebileceğine ilişkin kesin çıkarsamalar bulunmamaktadır. Hatta 11'nci Protokol öncesi Sözleşme organlarından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, meşhur İrlanda/Birleşik Krallık kararında işkence olarak nitelendirdiği bir eylemi Mahkeme insanlık dışı muamele olarak değerlendirmişti.

AİHM, önüne taşınan 3'ncü maddeye ilişkin ihlal iddialarında öncelikle işlem ve davranışın ağırlık düzeyine bakmaktadır. Çünkü Mahkemeye göre belirli bir ağırlığa erişmemiş olan işlem ve davranışlar, 3'ncü madde ihlali olarak değerlendirilemezler. Hemen ardından işlem ve davranışın işkence mi yoksa diğer kategorideki yasaklardan mı olduğunu tespit etmektedir. Eğer işkence niteliği taşıyan işlem ve davranışlardan olduğu görüşünde ise bunu mutlaka belirtmekte ve neden işkence olduğuna dair açıklamada bulunmaktadır. Eğer işkence dışındakilerden birisine girmekteyse çoğu zaman bunlardan hangisi ya da hangileri olduğuna da (yani, insanlık dışı muamele, insanlık dışı ceza, onur kırıcı davranış, onur kırıcı ceza gibi...) ilişkin bir değerlendirmede bulunmaktadır. Bazı kararlarda ise Mahkeme eğer işkence nitelmesinde bulunmamışsa diğer kategorilerden hangisine girdiğine ilişkin bir tahlilde de bulunmaksızın doğrudan işlem ve davranışın 3'ncü madde ihlali oluşturduğu ya da oluşturmadığına ilişkin bir tespitle yetinmektedir.

Mahkeme, İrlanda/Birleşik Krallık kararında ortaya koyduğu bakış¹² sonraki pek çok kararında da yinelemiştir. Kararlarda işkence ve diğer kötü muameleler kısaca tanımlanmakta ve aralarındaki farka soyut ifadelerle de olsa değinilmektedir. Buna göre "işkence isteyerek gerçekleştirilen, ağır, dayanılmaz acılar veren bir insanlık dışı muamele yöntemidir. İnsanlık dışı muamele fiziksel ve ruhsal acılara yol açan uygulamalardır. Aşağılayıcı muamele ve

¹¹ Erdoğan Yılmaz ve Diğerleri/Türkiye, 14.10.2008, pr. 49; Dedovski ve Diğerleri/Rusya Federasyonu, 15.05.2008, pr. 84; Mikheyev/Rusya F, 26.01.2006, pr. 135; Aksoy/Türkiye, 18.12.1996, pr. 63; Akkoç/Türkiye, 10.10.2002, pr. 115; Corsacov/Moldova, ; Dedovski ve Diğerleri/Rusya, 15.05.2008, pr. 84; Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 83-84, 86; Selmouni/Fransa, pr. 96-97; Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 96; Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44.

¹² İrlanda/Birleşik Krallık, pr.167

cezalar, kişilerde korku, endişe, aşağılanmışlık duygusu oluşturan başkaları karşısında utanç duruma sokulan, küçük düşürülen, fiziksel ve ruhsal açıdan direncini kıran davranışlardır. Bu tanımlama ya da aralarındaki ilişkiyi betimleme bugünkü içtihatlarına da aynı şekilde yansıtılmıştır¹³. Şu halde işkence de bir insanlık dışı davranış olup diğerlerinden özel bir takım amaçlara yönelik olmasıyla bilinçli bir istek ve niyetle yapılışıyla, ağırlığıyla (vahşice, barbarca) ön plana çıkmaktadır¹⁴.

AİHM, diğer alanlarda olduğu gibi işkence nitelemesinde de “**dinamik yorum**” ilkesini uygulamakta ve işkence mi diğer kötü muamele biçimleri mi olduğuna ilişkin değerlendirmeleri “günün koşulları ışığında” yapmaktadır. Dolayısıyla da daha önce 3’ncü maddeye aykırı bulunmayan bir muamele ya da ceza daha sonradan insanlık dışı muamele ya da ceza olarak değerlendirilebilmektedir¹⁵. Diğer yandan, geçmişte kötü muamele kapsamında görülen bir eylemin bugün işkence olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin Tomasi /Fransa kararında başvuruçunun maruz kaldığı muameleler insanlık dışı muamele olarak görülürken hemen hemen aynı ağırlıktaki muamelelere konu olan Selmouni/Fransa kararında işkence olarak nitelendirilmiştir¹⁶. Mahkeme, “*insan haklarının korunmasında standartların ve çıtanın giderek yükseldiğini, dolayısıyla demokratik toplumların ana değerlerinin ihlalinde de daha katı ve tolerans eşiği daha düşük değerlendirmelerin yapılması gerektiği*”nin altını çizmiştir¹⁷.

Sonuç olarak şunu açık ve net söyleyebiliriz ki, Sözleşmede geçen işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaların belirgin sınırlarla ve ölçütlerle ayrımı hayli zor ve naziktir¹⁸.

¹³ İlascu ve Diğerleri/Romanya ve Rusya, pr. 425; Kudla/Polonya, pr. 92. Polonskiy/Rusya, 19.03.2009, pr. 118.

¹⁴ Renucci, a.g.e., s. 78; Batum, a.g.,m., s. 1356.

¹⁵ Örneğin bir hükümlünün sağlık sorunları nedeniyle hastanede kaldığı sürede güvenlik gerekçesiyle yatağa bağlanması önlemini 3’ncü madde ihlali görmezken (Herczegfalvy/Avusturya, 24.09.1992, pr. 83), aynı uygulamayı yaklaşık on yıl sonraki bir kararında 3’ncü madde ihlali olarak değerlendirmiştir (Henaf/Fransa, 27.11.2003, pr. 55).

¹⁶ Doğru, a.g.e., s. 4.

¹⁷ S.D. /Yunanistan, 11.06.2009, pr. 48; Selmouni/Fransa, 28.07.1999, pr. 101. Aynı yönde Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 92; Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 634.

¹⁸ Callewaert, Johan, “l’article 3 de la convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative? **Liber Amicorum Marc-André Eissen**, Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris, s.32; Ergeç, Rusen, **Protection Européenne et Internationale des Droits de l’Homme**, Bruylant 2004, s. 170.

III. AİHM İÇTİHATLARI IŞIĞINDA İŞKENCENİN UNSURLARI

Yukarıda da belirtildiği üzere BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme'nin 1'nci maddesi bir işkence tanımına yer vermektedir. Sözleşme diğer muameleler konusunda sessiz kalırken işkenceyi açıkça tarif etmektedir. Buna göre bir eylem veya davranışın işkence olarak nitelendirilebilmesi için şu unsurların varlığı gerekmektedir:

- Eylemin fiziksel yahut ruhsal yönden ağır acı veya ıstırap verici niteliğinin bulunması;
- Eylemin kasten işlenmiş olması
- Eylemin cezalandırmak, bilgi ya da itiraf elde etmek, gözdağı vermek ya da ayırıcılık amaçlarına ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmiş olması;
- Resmi sıfatı haiz kişiler ya da böyle bir sığata sahip olmasalar da onların bilgisi yahut onayıyla yapılmış olması.

Bu unsurlar işkence eyleminin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır. Herhangi birisinin olmaması eylemi işkence kategorisinden çıkartır ve diğer işkence halleri içerisine sokar. Bu tanıma AİHM de zaman zaman göndermelerde bulunmaktadır¹⁹. Ancak AİHM açısından bu unsurların hepsinin bir arada olması gerekmemektedir. Kimi zaman bu unsurların hepsine birden yer vermekte; kimi zaman ikisine ya da birine atıfta bulunmak suretiyle eylemi işkence olarak nitelendirmektedir.

AİHM ise bir muameleyi işkence olarak nitelendirirken şu ölçütleri kullanmaktadır: Fiziksel ve ruhsal acının özel ağırlığı; kast; belirli bir özel amaç ve kamu görevlisince gerçekleştirilme²⁰. Belirtelim ki, bu unsurlar Mahkeme açısından BM Sözleşmesinin aksine kümülatif unsurlar değildir. Aşağıda bunların ne anlama geldiği AİHM içtihatları ışığında ortaya konulacaktır.

A. Fiziksel ve Ruhsal Acının Özel Olarak Ağırlığı (*intensité des souffrances*)

Uluslararası sözleşmelerde işkencenin belirleyici unsuru olarak muamelelenin ağır acı ve ızdırıp verici oluşuna işaret edilmektedir²¹. İşkenceyi diğer

¹⁹ Mahmut Kaya/Türkiye, 28.03.2000, pr. 117.

²⁰ Sudre, Frédéric, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 19. Éd., PUF, Que Sais Je? Paris 1997, s. 91-92.

²¹ BM İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme, m. 1; Uluslararası Ceza Mahkemesini Kuran

kötü muamele türlerinden ayırt etmek üzere AİHM'nin de kullandığı en temel ölçüt acı ve ızdırabın özel ağırlığı, ciddiliği, yoğunluğudur. Esasen Mahkemeye göre 3'ncü maddede yazılı tüm yasakların ihlal edilmiş sayılabilmesi için muamelenin "asgari yoğunluk eşiği"ni (de minimis kuralı) aşmış olması gerekmektedir. Eğer bir muamele aşağılayıcı da olsa, insanlık dışı nitelik de taşısa belirli bir ağırlık taşımamaktaysa 3'ncü madde ihlalden söz edilemeyecektir. Şüphesiz işkence kategorisinde görülen bir muamelenin bu eşiği her durumda geçtiğinden söz edebiliriz. Sorun bu eşiği geçmiş olan muamelenin hangi kategoride olduğunun tespitidir. Bazen Mahkeme herhangi bir nitelikle bulunmaksızın 3'ncü madde ihlali olduğunu saptamakla yetinmektedir. Ancak muamele Mahkeme nezdinde işkence olarak nitelermeyi gerekli kılıyorsa mutlaka ayrıntılı tahlile gitmekte ve bunun neden işkence oluşturduğunu belirtmektedir. İşte burada da temel ölçüt olarak fiziksel ve/veya ruhsal acının ağırlığı, yoğunluğu ölçütüne vurgu yapmaktadır.

Mahkemeye göre işkence, kötü muamelelerin en ağır ve acımasızını oluşturur. Kendi ifadesiyle "işkence, ağır acı ve ızdırap verici nitelik taşır". Aydın/Türkiye kararında da belirtildiği üzere, "Sözleşme, oldukça ciddi, zalimce acı ve ızdıraba yol açacak nitelikteki kötü muameleleri işkence ile karşılamak istemiştir"²². Başka bir deyişle 3'ncü maddede anılan yasak eylemler arasında, sertlik ya da acı eşiği itibarıyla bir hiyerarşi kurulabilirse; işkence eşiğinin tepesinde (seuil supérieur) insanlık dışı muamele orta seviyede (seuil intermédiaire) küçültücü, ya da aşağılayıcı muamele ve cezalar ise sınırı geçmiş en alt seviyede (seuil minimum) yer alır²³. Bu ölçüte göre özel bir amaç için gerçekleştirilmemiş olsa da muamele bizatihi ağırlığı itibarıyla işkence olarak nitelenebilmektedir.

Mahkemeye göre mağdura verilen **fiziksel ve/veya ruhsal acı** eğer "özel olarak ağır nitelikte" değilse hangi amaçla gerçekleştirilmiş olursa olsun işkence değil, insanlık dışı muameledir. Böylece işkence ile insanlık dışı muameleyi (buraya zalimane muamele de dâhil) ayırt etmede de Mahkeme'nin kullandığı temel ölçüt budur. Nitekim **İrlanda/Birleşik Krallık** kararında

Roma Statüsü, m. 72-e.

²² Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 82; İrlanda/Birleşik Krallık, pr. 167.

²³ Sudre, Frédéric, "l'article 3", **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, (Sous la direction de: L. E. Pettiti- E. Decaux- P-H. Imbert), 2. éd., Economica, Paris 1999, s. 159; Vélu, Jacques-Ergec, Rusen, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Bruylant Bruxelles, 1990, s. 199.

başvuruculara gözaltında kombine olarak uygulanan beş tekniği²⁴ işkence olmayıp da insanlık dışı muamele olarak nitelendirirken acı ve ızdırabın işkence kategorisine sokulabilecek bir özel ağırlık ve şiddette görmemiştir. Aynı şekilde **Elçi ve Diğerleri/Türkiye** kararında da Mahkeme, gözaltında bilgi ve itiraf elde etme amacı taşıyan bir takım muameleleri bazı başvuruçular açısından işkence, bazı başvuruçular bakımındansa işkence nitelemesinde başvuruçuların “özel olarak ağırlık” kategorisine erişmediği gerekçesiyle insanlık dışı muamele saymıştır²⁵. Belirtelim ki, burada acı “maddi/bedensel” nitelikte olabileceği gibi “manevi/ruhsal” nitelikte de olabilir. Mahkemeye göre acının yoğunluğunda da muamelenin bizatihi ağır, ciddi kategorisinde görülmesi yeterli olup mağdurun subjektif durumu itibarıyla buna dayanıklı oluşunun veya aşırı ölçüde vurdumduymazlığı ya da umursamazlığının önemi bulunmamaktadır.

Şu halde Mahkeme açısından bir muamele, **hangi amaçla yapılmış olursa olsun “ağırlığı ya da yoğunluğu” yönünden tek başına işkence olarak nitelendirilebilecektir**. Bunun sonucu olarak fiziksel ve/veya ruhsal acının yoğunluğu için muamelenin sistematik ya da süreklilik arzemesi zorunlu değildir. Mahkemenin bu yaklaşımı isabetlidir. Çünkü bir acının özel olarak yoğunluk derecesine ya da ağırlık derecesine erişmesi için sistematik ya da tekrarlanarak yapılmasına gerek yoktur²⁶. Hiç şüphesiz sistematik olma, işkenceyi karakterize edici önemli ölçütlerdendir. Ancak her durumda bu unsura bağlı kalmak da sistematik olmayan, ama sistematik olmasına karşın ondan daha ağır acı verici bazı muamelelerin işkence kategorisinde görülmemesi riskini doğurur. Örneğin “bir kimsenin göz kapağı üzerinde sigara söndürülmesi

²⁴ IRA terör örgütü faaliyetlerinde buldukları iddiasıyla gözaltında “beş teknik” olarak adlandırılan sorgulama yöntemine başvurulmuştur. Bu yöntemler hepsi bir arada uygulanmıştır. Bunlar: uzun saatler boyunca elleri başlarının üzerinde ayaklarını açıp geriye atılı vaziyette beden yüklerini ayak parmaklarına vermek biçiminde duvara karşı ayakta bekletilme; sorgulama dışında şüphelilerin başlarına koyu renkte poşetler geçirilmesi (gözlerin bağlı tutulması); yüksek tonda seslerin uygulandığı aşırı gürültüye maruz bırakılma; uyumalarına engel olma; derece kısıtlı yiyecek ve içecek vermeden ibarettir.

²⁵ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 641, 647.

²⁶ Türk hukukunda işkenceyi düzenleyen 94’ncü maddede hareketlerin sistematikliğinden söz edilmemesine karşın gerekçede fiillerin “sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde” işlenmesinden söz edilmektedir. Öğretide işkence suçunun oluşması için gerekçede yer verilen bu ölçütün gerekli olduğunu savunanlar yanı sıra böyle bir unsurun gerekli bulunmadığı kanaatinde olanlar vardır. Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler için bk. Üzülmöz, a.g.m., 236; Önok Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 412; Bakım Sevi, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu**, Beta Yay., İstanbul 2008, s. 128.

ya da siyasal ayrımcılık nedeniyle cinsel organının kesilmesi” gibi²⁷. Mahkeme açısından işkence için sistematiklik şüphesiz önem taşır; ancak işkence nitelmesi için hareketin mutlaka sistematik hal almış olması gerekli değildir. Önemli olan, hareketin (tek ya da kombine) mağdurda meydana getirmiş olduğu yoğun acı ve ızdıraptır. Bu nedenle uluslararası insan hakları hukukunda işkence için sistematiklik unsuruna yer verilmemektedir. Sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasında değil Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinde de işkence tanımında sistematiklik unsuruna yer verilmemiştir.

Mademki, acının yoğunluğu gerekmektedir; o halde tek bir hareket bile Mahkemenin aradığı özel ağırlık koşulunu gerçekleştirmeye yeterlidir. Yeter ki, muamele özel olarak ağır ve ciddi nitelik taşımış olsun. Bu cümleden olmak üzere Mahkeme açısından özel bir amaçla gerçekleştirilmiş olup olmaması muamelenin işkence olarak nitelendirilmesinde kesin bir ölçüt özelliği taşımamaktadır. Nitekim **İlhan/Türkiye** kararında Mahkeme başvuruçunun gözaltına alınırken maruz kaldığı muamelede şiddetin yoğunluğunu göz önünde bulundurarak işkence olarak değerlendirmiştir. Karara konu olay şu şekilde cereyan etmiştir²⁸: Abdüllatif İlhan güvenlik kuvvetlerince ele geçirilmesi sırasında yoğun tekme ve yumruk darbesine maruz kalmıştır. En az bir kez kafasına G3 piyade tüfeği dipçiğiyle vurulmuş ve bu darbeler sonucunda vücudunun değişik yerlerinde ekimozlar oluşmuş ve kafasında da en az iki ağır yara meydana gelmiştir. Beyninde hasar ortaya çıkmış geçici yürüme ve görme işlevlerinde bozukluk ve kayıp ortaya çıkmıştır. Yaralar görülebilir olmasına, konuşmada ve yürümede zorluklar yaşadığı görülebilir olmasına karşın hastaneye en az otuz altı saat sonra götürülebilmiştir. Mahkeme’ye göre kişiye uygulanan kötü muamelenin ağırlığı, özellikle açıkça içinde bulunduğu durum görülebilir olmasına karşın tıbbi tedavi ve bakım konusunda gereken hassasiyetin gösterilmemiş olması birlikte değerlendirildiğinde bu muamelenin başvuruçuya vermiş olduğu ağır acı ve ızdırıp işkence olarak nitelendirilebilecek yoğunluktadır²⁹.

Bursuc/Romanya kararında ise Mahkeme, herhangi bir amaca işaret etmeksizin sadece başvuruçunun maruz kalmış olduğu şiddetin özel ağırlığından hareketle işkence nitelmesine gitmiştir. Başvuruda, sarhoş olduğu ve

²⁷ Önok, a.g.e., s. 413.

²⁸ İlhan/Türkiye, 27.06.2000, pr. 85-86.

²⁹ İlhan/Türkiye, 27.06.2000, pr. 87.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

barmene saldırdığı için çağrılan polisin başvurucuya “hey sen, göster kimlik kartını” ifadesine “ne demek hey sen” ibaresiyle karşılık vermesi üzerine başvurucuya gerek barda gerek bindirildiği otomobilde ve polis merkezinde uygulanan darp ve cebrin özel ağırlığını dikkate almak suretiyle başkaca hiçbir unsura değinmeksizin işkenceye hükmetmiştir³⁰.

Mahkemeye göre bazı muameleler doğası gereği işkence olarak nitelenebilir. Mahkemeye göre bazı muameleler doğası gereği işkence olarak nitelenebilir. Örneğin **Aksoy/Türkiye** kararında da belirtildiği üzere “Filistin askısı doğası itibarıyla ve tek başına işkence olarak nitelendirilmeyi gerekli kılan ağır ve zalimane bir davranıştır”. “Böyle bir ağır yöntemin tespiti halinde başvurucunun maruz kalmış olduğu diğer kötü muamele şikâyetlerini inceleme gereği bile olmaksızın başlı başına işkencenin varlığına hükmedilebilecektir”³¹. Yine Mahkeme **Corsacov/Moldova** kararında başvurucunun muameleye maruz kaldığı tarih itibarıyla çocuk oluşu, bu nedenle güçsüz ve özel korumaya muhtaç kişi oluşuna özel önem atfetmiş olmakla birlikte kötü muamelelerin niteliğini ortaya koymada belirleyici unsurun olayda başvurucuya uygulanan falaka olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Salman kararına da atıfta bulunarak doğası itibarıyla zalimane bir hareket olduğunu, bu nedenle başlı başına işkence olarak nitelenebilecek bir ağırlık taşıdığını belirtmiştir³². Yine bu kararda Mahkeme, işkencenin kötü muamelelerin en menfur ve vahşi şeklini oluşturduğunu söylemektedir³³.

Gözetiminde tecavüz muamelesi de Mahkemeye göre tek başına işkence olarak nitelendirilebilecek ağırlıkta bir muameledir. Aydın/Türkiye kararında Mahkeme şu ifadelerle yer vermektedir. “Mağdurun çaresizliği, direncinin zayıflığı ve korumadan yoksun oluşu da göz önünde bulundurulduğunda gözetiminde tutulduğu sırada kamu görevlisince tecavüze uğraması, kötü muamelelerin en ağır ve en iğrenç biçimi olarak görülmelidir. Bunun dışında tecavüz, diğer fiziksel ve ruhsal şiddet türlerinde olduğu gibi zaman içerisinde geçmesi mümkün olmayan derin psikolojik izler bırakır. Başvurucu ayrıca, duygusal dünyasının fiziksel ve ruhsal yönden örselenmesi, onurunun çiğnenmesi dışında tecavüzün fiziksel acısını da yaşamıştır”³⁴. Mahkeme **Aydın/Türkiye** kararında başvurucunun maruz kaldığı muameleleri işkence olarak nitelerken “ayrı ayrı iki sebepten bu sonuca ulaştığını belirtmektedir. Birincisi başvuru-

³⁰ Bursuc/Romanya, pr. 91.

³¹ Aksoy/Türkiye, pr. 64.

³² Corsacov/Moldova, 06.04.2006, pr. 65-66.

³³ Corsacov/Moldova, 04.04.2006, pr. 65.

³⁴ Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 83.

cuya uygulanan ağır acı verici fiziksel ve ruhsal şiddet eylemlerine tabi tutulması ikincisi ise tecavüze uğraması. Mahkeme'ye göre her iki neden de başlı başına işkence olarak nitelendirilebilecek türdendir³⁵. Yani birinci gruptakiler olmasa da tecavüze uğramasını veya tecavüz olmasa diğer gruptakiler işkence için yeterli görülebilecek ağırlıktadır. **Polonskiy/Rusya** kararında Mahkeme, gözaltında başvurusunun vücudunun değişik yerlerine elektrik verilmesi eylemini, niteliği itibarıyla ağır acı ve ızdırap verici kötü muamele (particularly painful form of ill-treatment) niteliğinden hareketle işkence olduğuna hükmetmiştir³⁶.

Mahkeme, **Levinta/Moldova** kararında Corsacov/Moldova kararına da göndermede bulunarak başvuruculara (gaz maskesi takarak ellerini arkasına metal çubukla bağlama ve bu vaziyette iken vücudunun değişik yerlerini coplaması gibi uygulamalar bir yana) ayaklarının tabanına vurulmasını (falaka tarzı uygulama) ciddi nitelikte acı verici muamele olarak görmüş ve bu tarz muamelelerin ağır fiziksel acılar verme niyetiyle gerçekleştirildikleri ve dolayısıyla bu muamelelerin tek başına işkence olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir³⁷. Mahkeme aynı yaklaşımını Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan kararında da yinelemiş ve başvurusuycuya uygulanan falakanın doğası itibarıyla ağır acı ve ızdırap verici özelliğinden hareketle işkence nitelmesi yapılacak bir kötü muamele türü olduğuna hükmetmiştir³⁸.

Maslova ve Nalbandov/Rusya kararında birinci başvurusuycuya yönelik sert muameleler ve şiddeti, işkence düzeyine erişmiş ağır acı ve ızdırap verici kategoride olarak değerlendirmiştir. Özellikle tecavüze maruz kalmasını bu olayda da muamelenin ağırlığı itibarıyla işkence olarak nitelemede yeterli görmüştür. Mahkeme Aydın/Türkiye kararına da göndermede bulunarak şu ifadelere yer vermiştir: *“gözaltında tutulan mağdurun içinde bulunduğu koşullar itibarıyla zayıf ve korumasız durumunun da etkisiyle direncinin kolayca kırılması ve istismarına yol açabilecek tecavüz, kötü muamele yöntemlerinin en ağır ve iğrenç (abhorrent) biçimini oluşturur. Dahası, tecavüz, diğer fiziksel ve ruhsal şiddet yöntemlerinde olduğu gibi mağdurda zaman içerisinde pek de kolaylıkla geçmeyecek olan derin psikolojik etkiler bırakır. Başvurucu, hem duygusal açıdan küçük düşürülmüştük hem de psikolojik yönden korun-*

³⁵ Aydın/Türkiye, 25.09.1997, pr. 86.

³⁶ Polonskiy/Rusya, 19.03.2009, pr. 124.

³⁷ Levinta/Moldova, 16.12.2008, pr. 78.

³⁸ Mammadov (Jalaloglu)/Azerbaycan, 11.01.2007, pr. 69.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

masızlık duygusu oluşturan zorla cinsel ilişkinin akut fiziksel ızdırabını da yaşamıştır”³⁹.

Acının yoğunluğunu ya da işkence kategorisine girip girmediğini belirlemek bakımından Mahkemenin, 3’ncü madde ihlalinin ön koşulunu oluşturan asgari yoğunluk eşiğini (“de minimis kuralı”) tespitinde olduğu gibi muamelelerin süresi, muamelelerin mağdur üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, izlenen amaç gibi bir takım soyut ölçütleri göz önünde bulundurduğu görülmektedir⁴⁰.

B. Kast Unsuru (*intention delibérée*)

Gerek BM İşkenceye Karşı Sözleşmede gerek İnter Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinde işkencenin kasıtlı bir muamele olduğu belirtilmektedir. Oysa AİHS ve AİÖS yukarıda da değinildiği üzere herhangi bir işkence tanımı getirmediği gibi diğerlerinden ayırt edici bir ölçüte yer vermemişlerdir. Bununla birlikte AİHM, pek çok kararında işkencenin diğer kötü muamelelerden ya da geniş anlamda işkence olarak belirttiğimiz muamelelerden ayırt edici olarak kast unsuruna yer vermekte ve böyle bir muamelelerin ancak bilerek ve isteyerek gerçekleştirilebileceğinden söz etmektedir. Mahkeme, işkence niteliğinde bulunduğu hemen hemen bütün kararlarında muamelelerin “kasten işlendiği” ya da “kasten işlenebilecek muamele” den olduğu; “bilerek ve istenilerek gerçekleştirildiği” gibi ibarelerle bu unsura (*intentionally, volonte deliberee*) atıfta bulunmaktadır. Şu halde işkence Mahkemeye göre ancak kasten işlenebilir. Çünkü bu nitelikte ağır acı ve ızdırıp verici, zalimce muameleler ancak kasıt yoluyla ve belirli bir hazırlık çerçevesinde gerçekleştirilebilir⁴¹.

Diğer muamelelerden bir kısmı bakımından kastın aranmadığı, kast olmaksızın da ortaya çıkabileceği durumlardan söz edebiliriz. Küçük düşürücü bir muamele ya da ceza küçük düşürme kastı taşımaya da bizatihi niteliği itibarıyla Sözleşme bağlamında 3’ncü madde ihlalden söz edilebilir. Kuşkusuz AİHM 3’ncü madde ihlaline yol açıcı nitelikte bir onur kırıcı (aşağı-

³⁹ Maslova ve Nalbandov/Rusya, 24.01.2008, pr. 107-108.

⁴⁰ İlascu ve Diğerleri/Rusya ve Romanya, 08.07.2004, pr. 427; Batı ve Diğerleri/Türkiye, pr. 120; Menecheva/Rusya, 09.03.2006, pr. 61; Cheydaiev/Rusya, 07.12.2006, pr. 62. Yaş küçüklüğü, hamilelik, ileri derecede tıbbi rahatsızlık durumları Mahkemenin özellikle vurgu yaptığı hususların başında gelmektedir.

⁴¹ Aksoy/Türkiye, 12.12.1996, pr. 64; Sheydayev/Rusya, Akkoç/Türkiye, Mammadov (Celaloglu)/Türkiye, 11.01.2007, pr. 69; Salman/Türkiye, 27.06.2000, pr. 114.

layıcı-küçültücü) muamelenin ya da cezanın varlığını araştırırken ilgilinin maruz kaldığı muamelenin yahut cezanın kişiyi küçültme, alçaltma, onurunu çiğneme kastına yönelik olup olmadığına bakmaktadır. Bununla birlikte birçok kararında böyle bir kast olmasa da **“davranışın 3’ncü madde ihlaline yol açabileceği; kast yokluğunun otomatikman ihlal yokluğu anlamına gelmeyeceği”**nin altını çizmektedir⁴². Şu halde 3’ncü maddede yer alan diğer yasaklar bakımından kasıt unsuru her durum ve koşul bakımından aranan kurucu bir unsur değilken işkence açısından muamelenin kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak eğer muamele bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmemişse işkenceden söz edilemeyecek, şartları varsa diğer yasak muameleler kapsamında değerlendirilecektir.

C. Belirli Bir Amaç İçin Gerçekleştirilmiş Olma (*but déterminé*).

İşkencede temel unsurlardan birisi de işkencenin özel bir amaçla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu amaç BM Sözleşmesinde *“bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir eylem nedeniyle bilgi, itiraf elde etmek, cezalandırmak veya ayırmacılık temeline dayalı herhangi bir nedenle yapılmış olmak”* biçiminde ifade olunmaktadır. Şu halde işkence bir “dolus specialis”tir. Böylece failin işkence muamelesini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması yanı sıra bunu özel bir saik ile yapmış olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, ağır acı ve ızdıraba yol açan davranışın hem bilerek ve istenilerek hem de bilgi yahut itiraf elde etmek, kişiyi cezalandırmak veya ayırım gözeten herhangi bir neden etrafında yapılmış olması gerekmektedir.

Bu konuda Mahkeme bazı kararlarında BM İşkencenin Yasaklanmasına Dair Sözleşme’nin 1’nci maddesine atıfta bulunmakta bazense herhangi bir atfa gitmeksizin doğrudan işkencenin özel amaç unsuruna işaret etmektedir. Mammadov (Celaloglu)/Azerbaycan kararında Mahkeme, BM Sözleşmesine de atıfta bulunarak BM Sözleşmesinde muamelenin ağırlığına amaç unsurunun da eklendiğini belirtmiş ve olayda başvurucunun gözaltındayken kendisinden itiraf elde etmek amacıyla falaka işlemine tabi tutulduğundan hareketle işkenceye hükmetmiştir⁴³.

⁴² Viorel Burzo/Romanya, 30.06.2009, pr. 101; S.D./Yunanistan, 11.06.2009, pr. 46; Rupa/Romanya, 16.12.2008, pr. 95; Erdoğan Yılmaz/Türkiye, 06.07.2007, Raninen/Finlandiya, 16.12.1997, pr. 55; pr. 37; Peers/Yunanistan, 19.04.2001, pr. 67-68; İorgov/Bulgaristan, 11.03.2004, pr. 170; Valasinas/Litvanya, 24.07.2001, pr. 101; Kalashnikov/Rusya, pr. 101; Riad ve İdiab/Belçika, 24.01.2008, pr. 95.

⁴³ Mammadov (Calaloglu)/Azerbaycan, 11.01.2007, pr. 68.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

AİHM, **Corsacov/Moldova** kararında BM Sözleşmesine hiçbir göndermede bulunmaksızın doğrudan işkenceyi betimlemek üzere şu ifadeye açıkça yer vermiştir: “işkence, kişiden bilgi elde etmek, cezalandırmak veya onu sindirmek niyetiyle gerçekleştirilen kötü muamelenin en menfur şeklini oluşturur”⁴⁴. Yine Mahkeme **Samoylov/Rusya** kararında işkenceyi diğer kötü muamele şekillerinden ayırt edici olarak “başvurucunun maruz kaldığı muamelelerin bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda ve gerek amacı gerek yoğunluğu dikkate alındığında Sözleşmenin 3’ncü maddesi anlamında işkence düzeyinde bir muamele olduğu kanaatine varılmıştır” diyerek işkence saik unsurunu yinelemiştir. Olayda başvuru gözaltında kaldığı sürede hazırlanan bir itiraf metnini imzalaması için polislerce çeşitli muamelelere tabi tutulmuştur⁴⁵. **Chitayev ve Chitayev/Rusya** kararında da Mahkeme gözaltında başvurucuya uygulanan muamelenin işkence olduğuna hükmederken muamelenin ağırlığı, kast ve özel saike ayrıca vurgu yapmış ve bir anlamda kendi işkence tanımını da oluşturacak şu ifadelerle yer vermiştir: “uygulanan muamele, *isnat edilen suçlar hakkında itiraf yahut bilgi elde etmek amacıyla*, kamu görevlisinin görevinin icrası bağlamında kasten gerçekleştirmiş olduğu, özel olarak ciddi ve zalimane derecede ağır acı ve ızdırap verici nitelik taşımaktadır.”⁴⁶ Mahkeme **Batı ve Diğerleri/Türkiye** kararında da başvuru-culara uygulanan kötü muameleyi işkence olarak nitelendirirken “*kendilerinden işlemiş oldukları iddia edilen eylemlerle ilgili bilgi ve itiraf elde etmek amacı bu muamelelerin yapıldığı*” gerekçesine yer vermiştir⁴⁷. Aynı şekilde **Abdulsamet Yaman/Türkiye** kararında da Mahkeme muamelenin işkence olarak nitelmesini yaparken “*muamelenin ...başvurucudan, örgüt hakkında bilgi edinmek amacıyla gerçekleştirilmesi*” ölçütüne diğer ölçütler yanında yer vermiştir⁴⁸. **Khadisov ve Tsechoyev/Rusya** kararında da “*muamelenin kasten ve kendisinden itiraf elde etmek amacıyla yapıldığı; muamelenin taşıdığı amaç ve sertlik derecesi itibarıyla işkence düzeyinde olduğu*” na hükmetmiştir⁴⁹.

Mahkemenin işkence nitelemesinde bulunduğu kararların büyük çoğunluğunda başvurucuya uygulanan muamelenin kendisinden bilgi ya da itiraf elde

⁴⁴ Corsacov/Moldova, 04.04.2006, pr. 65.

⁴⁵ Samoylov/Rusya, 02.01.2008, pr. 53.

⁴⁶ Chitayev ve Chitayev/Rusya, 18.01.2007, pr. 158-159.

⁴⁷ Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 118, 122.

⁴⁸ Abdulsamet Yaman/Türkiye, pr. 47.

⁴⁹ Khadisov ve Tsechoyev/Rusya, 05.02.2009, pr. 132-133.

etmek amacı taşıdığı görülmektedir. Ancak, Mahkeme böyle bir amaç olmasa da salt uygulanan kasıtlı şiddetin özel ağırlığından hareketle işkenceye hükmettiği görülmektedir. Bundan muamelenin hangi amaçla yapılmış olduğunun Mahkeme tarafından her zaman asli bir unsur olarak kullanılmadığını çıkartabiliriz. Örneğin muamelenin özel ağırlığı unsuru her olay için tahlil edilmekle birlikte hangi amaçla gerçekleştirilmiş olduğuna ilişkin bir değerlendirmenin her olay açısından yapılmadığını görmekteyiz⁵⁰. **İlhan/Türkiye, Bursuc/Romanya** davalarında itiraf yahut bilgi almak amacı olmamakla birlikte başvurunun yakalanması, polis otosuna bindirilmesi ve devamında maruz kaldığı şiddeti, ağırlığı itibarıyla işkence olarak değerlendirmiştir. **Ciorop/Moldova** kararında açlık grevcisinin protestosunu sonlandırmak için ortada tıbbi açıdan da bir zorunluluk bulunmaksızın zorla beslenmesi (force-feeding) ve bu amaçla başvuru yöntemi ağır acı ve ızdırap verici olarak değerlendirmek suretiyle işkence olduğuna hükmetmiştir⁵¹. Bu olayda da görüleceği üzere itiraf ya da bilgi edinmek gibi bir saik söz konusu değildir. Ağır acı ve ızdırap verici muamele bilgi ve itiraf amaçlı olmamakla birlikte BM İşkence Sözleşmesinin işkence tanımında da belirtildiği üzere cezalandırma amaçlı da olabilir. Şayet muamele herhangi bir itiraf ya da bilgi ele geçirme amacı taşımamakla birlikte “ceza veya misilleme amaçlı” olarak gerçekleştirilmişse ağırlık unsurunu da taşımak koşuluyla işkence olarak değerlendirilmektedir. **Vladimir Romanov/Rusya** kararında Mahkeme başvurunun gardiyanların emirlerine boyun eğmesi ve kendisinden istenilenleri yapma noktasına gelinmesine karşın vücuduna plastik çopla vurmaya devam edilmesi, yere yıkılmasının ardından da darbelerin devamındaki yoğunluğun artık başvurucuya yönelik bedensel ceza veya misilleme niteliği taşıdığını; bu hareketlerin başvurunun fiziksel ve ruhsal direncini kırmak, korku ve endişe oluşturmak amacı taşıyan kasıtlı davranışlar olduğunu; gerek ağırlık gerek amaç bakımından işkence muamelesi olarak değerlendirilmeyi gerektirdiği sonucuna varmıştır⁵².

Belousov/Rusya kararında da Mahkeme şu tespitlerde bulunmaktadır. Başvurunun yakalamaya karşı direnmesi, kaçma teşebbüsünde bulunması, verilen yasal emirleri yerine getirmekten kaçınması gibi bir durum söz konusu değilken; elinde herhangi bir silah bulunmamasına ve herhangi bir görülebilir saldırganlığı olmamasına karşın, polisler atfen söylenildiği belirtilen taciz ve tahrik içerikli sözler nedeniyle fiziksel güç kullanımına maruz kalması kabul

⁵⁰ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Doğru, a.g.e., s. 19.

⁵¹ Ciorop/Moldova, 19.06.2007, pr. 85-88.

⁵² Vladimir Romanov/Rusya, 24.07.2008, pr. 70.

edilebilir değildir. Böyle bir durumda fiziksel güç kullanımı kasıtlı, **cezalandırma amaçlı, doğası itibarıyla misilleme niteliği taşıyan, kişinin onurunu kırıcı ve itaate zorlayıcı bir davranıştır**. Zihinsel ve fiziksel yönden acı çekmesine yol açan, ileri vadede sağlığına zarar verici nitelik taşıyan ağırlıktaki muameleler işkence niteliği taşır. Olayda başvurucu, polis merkezinde bir grup polis tarafından dövülmüş ve hücreye kapatılmıştır. Saatler sonrasında bir odaya getirilmiş ve belden üst tarafı çıkartılmaya zorlanmış ve sonra bunların çantaya konulması istenmiştir. Hemen ardından yaklaşık dört beş kg ağırlığındaki bu çantayı kaldırıp indirmesi istenmiştir. Başvurucu kendisinin ameliyat geçirdiğini ve bir kg'den fazla ağırlık taşımasının yasak olduğunu da belirtmesine rağmen sayısız kere bu uygulamaya zorlanmıştır. Bir müddet sonra bilinci kaybolmuş ve hastaneye kaldırılmıştır⁵³. Mahkeme burada başvurucuya uygulananın cezalandırma, misilleme saikiyle gerçekleştirilmiş muamele olduğunu ve ağırlığı itibarıyla da işkence niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır⁵⁴. Diri/Türkiye kararında Mahkeme, başvurucunun cezaevi günlük sayımlarında ayağa kalkmadığı ve sesini kuvvetlice çıkartmadığı için falakaya tabi tutulmasını **“cezaevi yönetimince fiziksel ve ruhsal direncini kırmak, kendisini bu eylemleri karşılığında cezalandırmak amacıyla kasten gerçekleştirilmiş olduğundan”** nitelemesiyle eylemin ağırlığı yanı sıra amacı yönünden de işkence sayılmayı gerekli kıldığı kanaatine ulaşmıştır⁵⁵.

Şunu da belirtelim ki, BM İşkencenin Yasaklanması ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 1'nci maddesi tanımına göre özel amaçla gerçekleştirilmiş olmak işkencenin kurucu unsurlarından birisidir. Bu özel amaç da maddede bilgi, itiraf elde etmek, cezalandırmak, korkutmak, yıldırım ve ayrımcılık temeline dayalı başka bir amaçla gerçekleştirmek olarak belirtilmiştir. Mahkeme yukarıda da değinildiği üzere kimi zaman herhangi bir amaç olmasa da muamelenin yoğunluğu ölçütünden hareketle işkenceye hükmedebilmektedir. Ayrıca da Mahkeme, bu unsura yer verdiği kararlarında bu unsuru Sözleşmenin 1'nci maddesinde yer verilen ifadelerle değil **“başvurucudan bilgi yahut itiraf elde etmek amacıyla yapıldığı”** veya **“başvurucuyu cezalandırmak yahut misillemede bulunmak niyetiyle gerçekleştirildiği”**, **“başvurucudan itiraf ya da bilgi edinmek, cezalandırmak, yıldırım”** ifadeleriyle belirtmektedir. Nihayet özel amaç olsa bile eğer eylem ağır nitelikte acı ve ızdırıp

⁵³ Belousov/Rusya, 02.10.2008, pr. 10.

⁵⁴ Belousov/Rusya, 02.10.2008, pr. 62. Aynı değerlendirme ve sonuç için bkz. Dedovskiy ve Diğerleri/Rusya, 15.05.2008, pr. 85.

⁵⁵ Diri/Türkiye, 31.07.2007, pr. 44-45.

unsurundan yoksunsa işkence olarak değerlendirilmeyecektir. Nitekim **Elçi ve Diğerleri/Türkiye** kararında başvuruculara uygulanan muamelelerin ağırlığından hareketle bir kısmı için muameleyi işkence olarak değerlendirirken bir kısmı için işkence kategorisinde değerlendirilmeyi gerektirecek yoğunluğa erişmediği gerekçesiyle özel amacın varlığına rağmen (önlerine konulan belgeleri imzalamaya zorlanması, bu amaçla dövülmesi, aşağılanması; korkutulması gibi) işkenceye değil insanlık dışı muameleye hükmetmiştir⁵⁶.

İster cezalandırmak, ister kendisinden itiraf ya da bilgi edinmek... Hangi amaçla gerçekleştirilmiş olduğunun Mahkeme açısından işkenceyi karakterize etmede esaslı bir rolü bulunmamaktadır. Fiziksel ya da ruhsal ağır acı kategorisinde bir muamelenin varlığı yeterli görülecektir. Bu bakımdan BM İşkencenin Cezalandırılması Sözleşmesindeki tanımda aranan bilgi edinmek, cezalandırmak, yıldırım amaçlarıyla muamelenin gerçekleştirilmiş olması AİHM içtihatlarında işkenceyi betimlemede olmazsa olmaz bir unsur olarak görülmemektedir. Şu halde her bilgi, itiraf ve cezalandırma amacıyla yapılmış acı ve ızdırap verici muamele işkence olarak nitelendirmede yeterli bir ölçüt olarak alınmamakta; acı ve ızdırabın özel ağırlığı ölçütünün gerçekleşmesi durumunda destekleyici bir unsur olarak kullanılmaktadır. Böyle bir durumda da Mahkeme, “muamelenin özellikle ... amacıyla gerçekleştirilmiş olduğu”.. (*in particular with the view of extracting from them a confession*) hususunun mutlaka altını çizmektedir.

D. Kamu Görevlisince Gerçekleştirilme

Mukayeseli hukukta işkencenin, genel olarak faili özgü suç (**delictum proprium**) olarak benimsendiği görülmektedir. Yani, herkes tarafından değil, ancak belirli sıfat ve özelliklere sahip kişilerce işlenebilen özelliği taşıyan bir suçtur⁵⁷. BM İşkence Sözleşmesinde, işkencenin “bir kamu görevlisince veya bu sıfatla hareket eden ya da onun açık yahut örtülü onayıyla herhangi bir kimse tarafından işlenmiş olması”ndan söz edilmektedir. Böylece BM Sözleşmesi, işkenceyi sadece kamu görevlisince işlenmekle sınırlamamakta ayrıca onun açık ya da örtülü rızası ya da teşviki ile bu hareketleri gerçekleştiren özel kişileri de bu kapsamda değerlendirmektedir. Ayrıca da kamu görevlisinin zor kullanma yetkisini haiz olup olmaması da önem taşımamak-

⁵⁶ Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13.11.2003, pr. 646-647. Başvurucuların beşi için tokatlama, hakaret, utandırılma, önlerine konulan belgeleri imzalamaları için korkutmayı Mahkeme kötü muamele olarak değerlendirmiştir.

⁵⁷ Üzülmüş, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 5, 2005, s. 232; Önok a.g.e., s. 361.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

tadır⁵⁸. Şu halde BM Sözleşmesi, taraf devletlere kamu görevlisi olmamakla birlikte onun bilgisi, teşviki, onayı, göz yumması altında işkenceye bulunmuş olan özel kişilerin de fail kategorisinde ele alınmasını emretmektedir. Bu bağlamda, işkence kamu görevlisinin teşvikiyle bir özel kişi tarafından işlenmiş olmakla birlikte özel kişi işlenen eylemin ağırlığıyla mütenasip bir yaptırıma çarptırılmamaktaysa şüphesiz Sözleşme gereklerinin karşılanmamış olunacağından söz edilebilecektir.

İşkence ve kötü muamele yasağını güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'ncü maddesi Sözleşme açısından hayli önem taşımaktadır. Üstelik Sözleşmenin tek mutlak nitelik taşıyan hakkı olup hangi dönem ve durum olursa olsun herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir⁵⁹. Hakkın bu istisnai niteliği, Mahkemeyi, sadece konu bakımından değil fail yönünden de

⁵⁸ Örneğin işkence suç tipinde yer alan hareketleri öğrencisine karşı gerçekleştiren öğretmenin de bu anlamda işkence eyleminde bulunmuş olur. Üzülmüş, a.g.m., s. 232.

⁵⁹ Bütün uluslararası insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi AİHS açısından da içinde bulunulan durumun ağırlık düzeyi ne olursa olsun, mağdurun işlenmiş olduğu eylemler ne nitelik ve düzeyde olursa olsun işkence ve insanlık dışı muamele ve cezaya maruz kalmama hakkına dokunulamaz ve durdurulamaz ve hiçbir sınır getirilemez (Callewaert, a.g.m., s. 14; Charrier, Jean Loup, **Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Litec, Paris 2000, s. 25). Mahkeme birçok kararında şu satırların altını çizmektedir. "Sözleşme işkence, insanlık dışı yahut alçaltıcı muamele ve cezaları kesinkes yasaklamakta olup taraf devletler, bu hakkı, terör ve organize suçlarla mücadele gibi hayli zor durumları ve ulusun varlığını tehdit eden buhranlı dönemleri dahi gerekçe göstererek sınırlayamaz ve askıya alamaz". (Rupa/Romanya, 16.12.2008, pr. 93; Jalloh/Almanya, 11.07.2006, pr. 104. İrlanda/Birleşik Krallık, 18.01.1978, pr. 163; Tyrer/Birleşik Krallık, 28.06.1978, pr. 38; Chahal/Birleşik Krallık, 15.11.1996, pr. 79; Ramirez Sanchez/Fransa, 4.07.2006, pr. BD, pr. 115; Tomasi/Fransa, 27.09.1992, pr. 42). Tomasi/Fransa kararında Mahkeme soruşturmanın gerekli kıldığı önlemler ile suçla mücadelenin içerdiği reddi kabil olamayacak zorlukların bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasını sınırlandırmak veya etkisizleştirmek ya da kaldırmak yönünde bir gerekçe oluşturamayacağını altını çizmiştir (.Tomasi/Fransa, 27.09.1992, pr. 115). Mahkeme'ye göre taraf devletler terörle, organize suçlulukla, insanlık aleyhine işlenen suçlarla mücadelede ne kadar haklı, meşru ve savunulabilir nedenleri olsa da; mağdurun davranışları, hal ve hareketleri, işlediği ya da isnat edilen eylem ne kadar ağır olsa da 3'ncü maddede yazılı yasakların uygulanmasına veya askıya alınmasına ya da belirli sınırlamalara tabi tutulmasına imkân vermez.

³ncü maddenin mutlak niteliği, bunun haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına elverişli olmaması sonucunu doğurur. Bu nedenle mağdurun failin kişiliğine ağır hakaretler içeren sözler sarf etmesi veya başkaca tahriklerde bulunması failin işkence ve kötü muamele eylemini mazur kılmaz. Aksi takdirde hakkın mutlaklığının anlamı ortadan kalkar. Nitekim AİHM, Atalay/Türkiye davasında işkence ve kötü muamele yasağının mutlaklığının mağdurun tutumundan bağımsız olduğunu ifade ettikten sonra mağdurun haksız tahrikini dikkate alarak polis memurlarının cezasında indirimine gidilmesini, bireylerin işkence ve kötü muameleden korunmasına ilişkin AİHS standardını karşılamaktan uzak bir yaklaşım olduğunu altını çizmiştir. Mahkemeye göre tahrik hiçbir zaman AİHS'nin 3'ncü maddesine aykırı olarak bireylere işkence ve kötü muamele uygulanmasını haklı çıkarmaz". (Atalay/Türkiye, 18.09.2008, pr. 43).

maddenin uygulama alanını genişletmeye sevk etmiştir. Bu bakımdan madde, sadece devlet kaynaklı işkence ve kötü muamele uygulamalarıyla sınırlandırılmasına imkân vermez. Kamu görevlisi ya da bir kamusal fonksiyon bağlamı dışında kişi, grup ve işler çerçevesinde gerçekleştirilmiş olsalar da belirli koşullar altında taraf devletin sorumluluğuna yol açabilecektir⁶⁰.

Mahkemeye göre 3'ncü maddede belirtilen yasaklar sadece kamu otoritelerince gerçekleştirilmiş olanlarla sınırlandırılmaz. Gerçek ve devletçe bilinebilir bir tehlike durumu olmasına karşın devletin bu hakkın korunması bakımından gerekli önlemleri almamış olması durumunda da 3'ncü madde ihlali ortaya çıkabilecektir⁶¹. Sözleşme açısından fail değil fiil önem taşır. Eğer kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmişse veya bu sıfatı bulunmamakla birlikte kamu otoritelerinin bilgisi, toleransı, açık ya da örtülü muvafakatiyle yapılmışsa her ikisi de devlete atfolunacaktır. Dolayısıyla 3'ncü madde kapsamına giren işkence ve kötü muameleler devlet dışında bireysel ilişkilerden de doğmuş, birey ya da birey gruplarından gelmiş olsa da tıpkı devlet otoritesi ya da onun görevlisince yapılmış gibi devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir⁶². Kuşkusuz buradaki sorumluluğu, Sözleşme ile güvence altına alınan hakkın ihlallerini önleme zımında gerekli mevzuatı oluşturamamış, ya da bunu uygulamaya taşıyamamış, bireylere etkin koruma yollarını sağlayamamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Mahmut Kaya/Türkiye davasında Mahkeme şunları kaydetmektedir: *"...Sözleşmenin 1'nci maddesinde yüksek sözleşmeciler tarafından getirilmiş bulunan yükümlülük, 3'ncü maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, devletlerin yetki alanlarına dâhil yerlerde işkence veya insanlık dışı yahut onur kırıcı muamelelere tabi tutulmasını önleyici tedbirleri almalarını gerekli kılar. Hukusal çerçevenin gerektiği gibi korumayı ve güvenceyi sağlayamaması veya bilgileri dâhilinde olan veya olması gereken kötü muamele riskinin gerçekleşmesini engellemek için yetkili otoritelerin makul önlemleri almaması ve bu konuda gerekli çabayı göstermemesi durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkar"*⁶³. **Opuz/Türkiye** kararında da Mahkeme taraf devletin, 3'ncü maddede

⁶⁰ Chauvin, N., "L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: réelle avancée ou restriction déguisée?", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1997, s. 348. Renucci, Jean-François, *Droit Européenne des Droits de l'Homme*, 2. éd., LGDJ, Paris 2001, s. 81.

⁶¹ H.L.R./Fransa, 29.04.1997, pr. 30.

⁶² Ergec, a.g.e., s. 120; Renucci, a.g.e., s. 82; Chauvin, a.g.m., s. 348.

⁶³ Mahmut Kaya/Türkiye, 28.03.2000, pr. 115-116; aynı şekilde Pretty/Birleşik Krallık, 29.04.2001, pr. 51.

yer verilen yasak muamelelerin ister kamu görevlisi **isterse özel şahıslardan gelsin** (non state actors; administered by private individuals) önlemesi; bu amaçla gerekli kurumsal yapıyı oluşturması, mevzuatı bunu gerçekleştirecek derecede yapması ve bunu uygulamaya taşınması, gerekli soruşturmaların etkili bir biçimde yürütülmesi yükümlülüklerinin altını açık bir biçimde çizmiştir⁶⁴.

Belirtelim ki, Mahkeme'nin işkence nitelemesinde bulunduğu muamelelerin tamamının kamu görevlisince gerçekleştirilmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu hususa bazı kararlarında işaret edilmiş ve şu ifadelerle yer verilmiştir: “uygulanan muamele, işlediğinden şüphelenilen suçlar hakkında itiraf yahut bilgi elde etmek amacıyla, **kamu görevlisinin görevinin icrası bağlamında** kasten gerçekleştirmiş olduğu”, “özel olarak ciddi ve zalimane derecede ağır acı ve ızdırıp verici nitelik taşımaktadır”⁶⁵ (vurgu bize ait). Mahkeme, işkencenin kamu görevlisince ve görevin yerine getirilmesi bağlamında gerçekleştirilmiş olmasına (par des agents de l'Etat agissant dans l'exercice de leurs fonctions; by agents of the State acting in the course of their duties) değinmekle birlikte bundan özel kişiler tarafından gerçekleştirilmiş işkence muamelelerinin 3'ncü madde dışında kalacağını çıkartabilmek yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde zor görünmektedir.

İşkence bir kamu görevlisi tarafından ve görev bağlamında yapıldığı müddetçe bunun gerçekleştiği mekânın önemi bulunmamaktadır. Ancak acaba işkence niteliğinde görülen eylemler kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmemekle birlikte onların denetim ve gözetiminde olan yerlerde gerçekleştirilmişse işkence sayılacak mıdır? Sözleşmenin 3'ncü maddesi bağlamında buna hiç kuşkusuz olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü taraf devletin hem bizzat yapmama hem de yapılmasına engel olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle örneğin bir polis merkezinde gerçekleşmiş işkence, kimin tarafından yapılmış olursa olsun yine de 3'ncü madde bağlamında işkence olarak nitelendirilecektir. Sözleşme bireylerle değil taraf devletlerle muhatap olması nedeniyle iç hukukta ihlalin kimin tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun önemi bulunmamaktadır. Önemli olan devletin egemenlik alanına dâhil bir yerde ve yükümlülükleri içerisinde olan bir hak ihlalinin gerçekleşmiş olmasıdır. Opuz/Türkiye kararında başvurusunun karşılaştığı olduğu muameleler eğer işkence düzeyinde değerlendirilmiş olsaydı Mahkeme tarafından işkence olarak nite-

⁶⁴ Opuz/Türkiye, 09.06.2009, pr. 159; aynı şekilde H.L.R./Fransa, 29.04.1997, pr. 40.

⁶⁵ Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 122-123; Dikme/Türkiye, 11.07.2000, pr. 95-96; Öktem/Türkiye, 19.10.2006, pr. 33; Yeşil ve Sevim/Türkiye, 05.06.2007, pr. 32; Chitayev ve Chitayev/Rusya, 18.01.2007, pr. 158-159.

lendirilecekti. Kuşkusuz iç hukuk sistemlerinde bir muamele işkence olarak nitelendirilmemiş olabilir; ancak AİHM, kavramları yorumlarken iç hukukun nitelendirmeleri ve anlamlandırmalarıyla bağlı değildir. Özerk kavramlar ve yorum ilkesi uyarınca iç hukukta başka bir kategoride değerlendirilmiş olsa bile Mahkeme açısından işkence hükmünde görülecektir.

İç hukukta bir eylem işkence olarak nitelendirilmişse Mahkeme, **“iç hukukun nitelemesinden farklı şekilde değerlendirmeyi gerekli kılan önemli bir durum olmadığı”** tespitinde bulunarak bu nitelermeye katılmaktadır⁶⁶. Ancak eylem iç hukukta işkence dışında kalan herhangi bir nitelermeye tabi tutulmuşsa Mahkeme bundan tamamen bağımsız bir biçimde kendi değerlendirmelerini ortaya koymaktadır. Bunun anlamı, iç hukukun Sözleşme sisteminden daha koruyucu, daha özgürlükçü düzenleme ve yaptırımlara her zaman yer verebilme imkânına sahip bulunmasıdır. Taraf devletler, Sözleşme standardının üstünde düzenlemelere her zaman yer verebilirler. Taraf devlete yasaklanan ve dolayısıyla Sözleşme aykırılığı oluşturan durum Sözleşme ile getirilen standardın altında kalınmasıdır.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: “Mahkeme, ne hükümetin ne de başvurunun nitelendirmeleriyle bağlı olmaksızın bütün olguları değerlendirmek suretiyle muamelenin niteliğini belirleme konusunda tam bir serbestliğe sahiptir”⁶⁷. İşkence kategorisinde muameleleri kimin gerçekleştirmiş olduğu; nerede gerçekleştirmiş olduğu; hangi saik altında gerçekleştirmiş olduğu, ne kadar süre ile gerçekleştirmiş olduğu Avrupa insan hakları yargısı bakımından önem taşımamaktadır. Çünkü tekrar ifade edilmelidir ki burada yargılanan ve işkence faili olan bunu bizzat gerçekleştirmiş olan kişiler ve onların sıfatları değildir. Bu iç hukuk sorunudur. AİHM açısından yargılanan taraf devlet ve uyuşmazlık konusu da başvurunun, taraf devletin egemenliğine tabi bir alanda Sözleşme’nin 3’ncü maddesinde yasaklanan muamelelere maruz kalıp kalmadığıdır. Başka bir deyişle işkenceye maruz kalmama hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesidir. Bu ihlal de elbette kamu görevlisinin memuriyetten doğan görevi kötüye kullanma biçiminde gerçekleşebileceği gibi⁶⁸ böyle bir nedensellik bağı olmaksızın; kamu görevlisinin intikam duy-

⁶⁶ Bk. Hüseyin Esen/Türkiye, 08.08.2006, pr. 44; Batı ve Diğerleri/Türkiye, 03.06.2004, pr. 117.

⁶⁷ Hüseyin Esen/Türkiye, 08.08.2006, pr. 41.

⁶⁸ Yeni Türk Ceza Kanunu m. 94 açısından kamu görevlisi de yeterli olmayıp kamu görevlisinin yaptığı görevle işkenceye başvurma nedeni arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir. Bk. Üzülmöz, a.g.m., s. 232. Böylece TCK, işkence suçunun faili açısından BM Sözleşmesi ile de AİHS’le de uyuşmamaktadır.

gusuyla polis merkezinde veya dağa kaldırılmak suretiyle de yapılmış olabilir. Devletle organik bağı görülmeyen para-militer örgütler, kişi ve gruplarca veya tamamen özel şahıslarla işlenmiş olabilir. Mahkeme işkence nitelemesini failin kim olduğuna; ne gibi sıfatı haiz bulunduğu; hangi gerekçe ve saikle hareket etmiş olduğuna göre yapmamaktadır⁶⁹. Şüphesiz devlet kamu görevlisi tarafından yapılmış işkencelerden her halükarda Sözleşme karşısında sorumludur. Ancak kamu görevlisi olmayanlarca işlenmiş işkence muamelelerinden işkenceyi önleme konusunda etkili bir sistemi kuramamama; gerekli denetim ve gözetim ödevlerini yerine getirememe kaynaklı pozitif yükümlülükleri bağlamında sorumlu tutulacaktır.

IV. MAHKEMECE İŞKENCE OLARAK DEĞERLENDİRİLMİŞ MUAMELELER

Mahkeme bugüne kadar 01.01.2009 tarihi itibarıyla toplam kırk sekiz işkence nitelemesinde bulunmuştur. Bunların ülkeler yönünden dağılımı şu şekildedir: Türkiye 22 (%45); Rusya Federasyonu: 15 (%31.25); Moldova: 5 (%10.42); Avusturya: 1(%2,1); Azerbaycan: 1(%2,1); Fransa: 1(%2.1); Hollanda: 1(%2.1); Romanya: 1(%2.1); Ukrayna: 1(%2.1)⁷⁰.

Bunların önemli bir kısmı gözaltında gerçekleşmiştir. Ancak, az da olsa tedavi kurumlarında, cezaevlerinde, toplumsal olaylarda aşırı güç kullanımında, yakalama esnasında başvuru yöntemlerinin fiziksel ve ruhsal acı ağırlığı nedeniyle işkence olarak nitelendirilmiş durumlar söz konusudur. Örneğin Nevmerzhitsky/Ukrayna, Ciorap/Moldova davalarında açlık grevcisinin zorla beslenmesinde başvuru yöntem; İlhan/Türkiye davasında yakalama esnasında orantısız güç kullanımı gibi.

Aşağıda işkence nitelemesi yapılmış kararlarda Mahkemeyi bu değerlendirmeye götüren muamele örneklerine yer verilmiştir.

1- Nevmerzhitsky/Ukrayna (05.04.2005): Cezaevinde. Cezaevi koşullarının olumsuzluğunu protesto bağlamında gerçekleştirdiği **açlık grevinin** herhangi bir tıbbi gereklilik bulunmamasına karşın salt bastırmak amacıyla ve üstelik de ellerinin kelepçelenmek suretiyle ağzının açtırılıp yemek boru-

⁶⁹ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu statüsünü oluşturan Roma Statüsü de (01.07.2002) işkence için failin resmi bir sıfatının olmasını şarta bağlamamıştır.

⁷⁰ Resmi bilgi ve veri için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/17F47BF7-630F-4CB0-901C-E31C1F3C5873/0/FactsAndFiguresFR.pdf> (25.06.2009). Sayılar siteden alınmış, yüzdeler tarafımızdan verilmiştir.

suna özel olarak bir plastik tüpün yerleştirilmesi suretiyle zorla beslenmeye gidilmesi yöntemi işkence olarak nitelendirilebilecek ağır bir muamele niteliği taşıyor (pr. 97).

2- Mammadov Calaloglu/Azerbaycan (11.01.2007) : Gözaltında. Falaka. (pr. 69).

3- Selmouni/Fransa (28.07.1999): Gözaltı: Başvurucunun saçlarından tutularak sürüklenmesi; çelme takmak üzere polislerin dizilmesi ve koridorda başvurucunun koşmaya zorlanması; genç bir bayan önünde diz çöktürülmesi; polislerden birisinin penisini çıkartılıp emmeye zorlanması; başvurucunun üzerine işenmesi; şırıngayla ve metal bir tüple tehdide uğrama

4- Cafer Kurt/Türkiye, (24.07.2007) : Gözaltında Türkiye Devrim partisi adlı yasa dışı örgüt faaliyetlerinden sorgulanması sırasında testislerinin sıkıldığını, anüsüne odundan ve borudan nesnelere sokulduğunu; acı ve ızdırabaca yol açtığı; çeşitli şiddete maruz kaldığı (pr. 34)

5- Damian-Burueana ve Damian/Romanya (26.05.2009): Gözaltında. Vücudun değişik bölgelerine fiziksel şiddet uygulanması. (pr. 84; pr. 103).

6- Yeşil ve Sevim/Türkiye (05.06.2007) : Gözaltında. Testislerin sıkılması, elektroşok uygulaması, kuvvetli su sıkılması, vücudun değişik bölgelerine darbe. Beş gün iş göremezlik raporu var (pr. 32).

7- İlhan/Türkiye (27.06.2000): Yakalama esnasında, G3 piyade tüfeği dipçığıyle kafaya vurulması ve uzun süre tıbbi tedaviden yoksun bırakılması; şiddetli acı çekmesine yol açma (pr. 87).

8- Aydın/Türkiye (25.09.1997): Gözaltında. Çırılçıplak soyulma, vücudun değişik bölümlerine darp ve cebir, tekerlek içine oturtup döndürme ve üzerine basınçlı su sıkma, tecavüz (pr. 83).

9- Elçi ve Diğerleri/Türkiye (13.11.2003): Gözaltında. Terör örgütü PKK'yla bağlantılı olduğu gerekçesiyle gözaltında sorguları sırasında bilgi edinmek amacıyla ağır hakaret, darp, çırılçıplak soyulup dondurucu tazyikli soğuk su dökülmesi (pr. 637-47).

10- Aksoy/Türkiye (18.12.1996): Gözaltında. Terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık iddiasıyla gözaltında iken çırılçıplak soyulmak suretiyle ve el-

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

leri arkadan bağlı vaziyette kollarından askıda tutulmak biçiminde uygulanan Filistin askısına tabi tutulma. (pr. 63-64).

11- Gurgurov/Moldova (17.06.2009): Gözaltında. Telefon hırsızlığı is-nadıyla kendisinden itiraf elde etmek amacıyla yapılmış. Elleri ve ayakları birlikte arkasından bağlanmış ve metal bir boruya asılmış; kafasına gaz mas-kesi takılmış ve ara sıra hava alma tüpü kapatılmış; gaz maskesinin altına ve kulaklarına iki tel yapıştırılmış ve elektrik şoku uygulanmış. İki litrelik plastik su dolu şişelerle dövülmüş, kulaklarına vurulmuştur. Ara sıra bilincini kaybetmiş; daha sonra poposuna tel takılarak elektirik şoku uygulanmış; sonra teller çıkartılıp yere yatırılmış: Yaklaşık 32 kg'lık yük sırtına yüklenerek yak-laşık on dakika yerde yuvarlandırılmıştır. Elleri ve ayakları arasına çözülmüş; ayakta duramaz, yürüyemez olmuş; sandalyeye oturtulmuş ama yığılıp kalmış ve iki polis aracılığıyla yeniden oturtulmaya çalışılmış; bu esnada polisler bir şeyler söylemişse de ne olduğunu duyamamış. Medikal raporlarda bunların hemen hemen tümünün gerçekleştirildiğine ilişkin bulgulara yer verilmiştir (pr. 8-13).

12- Hüseyin Esen/Türkiye (08.08.2006): Gözaltında. TKPML örgütü üyesi olmak iddiasıyla gözaltına alınmış, bu örgütün üyesi olmak ve örgüt adına bazı eylemlere katıldığını itiraf etmek amacıyla kendisine bir takım mu-amelelerde bulunulmuştur: Zorla itiraf almak amacıyla kendisi ölümle tehdit edilmiş, kollarından bağlanmış; elektrik şoku verilmiş; tazyikli su fırlatılmış (pr. 9). Adli Tıp Kurumu tarafından 7 gün iş göremezlik raporu verilmiş; vü-cudunun değişik yerlerinde iddialarla uyumlu ekimozlar, yaraların varlığı tes-pitinde bulunulmuştur.

13- Erdoğan Yavuz ve Diğerleri (14.10.2008): Gözaltında. Terör örgütü üyeliğini ve faaliyetlerine katıldığını itiraf amacıyla; gözlerinden bağlandığı, dövüldüğü, kollarından asıldığı; elektrik şoku uygulandığı; ayakta tutulduğu; aç ve susuz ve uykusuz bırakıldıkları; yüksek sesli müzik dinlemeye maruz kaldıkları; tehdit edildikleri; bayan başvuruçuların cinsel tacize uğradıkları; bir bayan başvuruçunun elbiselerinin tümünü çıkartmaya zorlandığı (pr. 9).

14- Salman/Türkiye, (27.06.2000): Gözaltında. PKK terör örgütü üyesi olduğu ve faaliyetlere katıldığına ilişkin bilgi ve itiraf elde etmek amaçlı ola-rak falaka ve göğse sert darbelerde bulunulma (pr. 115).

15- Akkoç/Türkiye (10.10.2000): Gözaltında. Vücudun değişik bölge-lerine özellikle cinsel organlara yönelik elektrik şoku uygulama, çırılçıplak

soyarak polisler karşısında yürümeye zorlaması ve zaman zaman cinsel tacize uğrama; çıplak fotoğrafının çekilmesi, tazyikli su sıkılması, vücudun bazı bölgelerine darp, kapıya kelepçeyle iki gün boyunca bağlı tutma; çocuklarına kötü muamelelerde bulunulacağı yönünde tehdit (pr. 116).

16- Dikme/Türkiye (11.07.2000): Gözaltında. Kendisinden işlediği şüphelenilen suçlar hakkında ikrar yahut bilgi edinmek amaçlı olarak ard arda çeşitli kereler darp ve cebir kullanılması (birinci başvuru için); tamamen izolasyon içerisinde tutulması ve ek bir etken olarak da sorgulama sırasında gözlerinin uzun süreli bağlanması (pr. 91-95).

17- Polonskiy/Rusya (19.03.2009). Gözaltında. Bilgi ve itiraf amaçlı olarak yüze, omza, sırt ve bacaklara değişik kereler elektrik verilmesi (pr. 124).

18- Batı ve Diğerleri (13.06.2004). Gözaltında. Gözaltında. Terör örgütü üyeliğine ait bilgi ve itiraf amaçlı falaka, vücudun değişik bölgelerine darp, askıda tutulma; basınçlı suya tutma; ölümle ve tecavüzle tehdit edilme; hakaret; uykusuz bırakılma (pr. 110).

19- Abdülsamet Yaman/Türkiye (02.11.2004). Gözaltında. PKK terör örgütü üyeliği ve bağlantılarına ilişkin itiraf ve bilgi amaçlı olarak gözleri bağlı olarak uzun süre bekletilme, tavan borularına bileklerinden asılma; cinsel organı ve vücudun bazı bölümlerine elektrik uygulama; çırılçıplak soyarak soğuk suya sokma çıkarma; testisleri burkma (pr. 45)

20- Bursuc/Romanya (12.10.2004): Yakalama ve Gözaltında. Sarhoş olduğu ve barmene saldırdığı iddiasıyla bara gelen ve kaba bir şekilde kimlik sormasına tepki gösteren başvuruçunun barda, bindirildiği otomobilde ve polis merkezinde yoğun bir biçimde darp ve cebire maruz bırakılma; beyne aldığı darbeler sonucu beyinde ödem oluşması (pr. 71-92).

21.İlascu ve Diğerleri/Moldova ve Rusya (08.07.2004). Cezaevinde. Ölüm cezasına mahkûm edilmesi ve salıverilinceye kadar (yaklaşık sekiz yıl) ölüm koridoru sendromu içerisinde ve son derece ağır ve insanlık dışı koşullar içerisinde yaşamaya mahkûm edilmesi (katı izolasyon rejimi: dış dünya ile temassızlık, başkalarıyla iletişime girememe, mektup ve diğer gönderilerinin alınıp verilememesi, avukatıyla görüştürülmeme; aile bireyleriyle düzenli olarak görüştürülmeme; kışın sert şartlarında ısıtılmayan hücre; doğal ışıktan ve havalandırmadan yoksun mekanda kalma; banyo imkanlarından son derece

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

kısıtlı olarak yararlanabilme; dışarıdan herhangi bir yiyecek alma imkanı bulunmama ve verilen besinleri kalitesiz ve bayat oluşu; sağlığıyla ilgili ilaçlara gereği gibi ulaşamama, yararlanamama gibi) (pr. 438).

22. Corsacov/Moldova (04.04.2006). Gözaltında. İtiraf amacıyla falakaya tabi tutulma (pr. 65).

23. Çakıcı/Türkiye (08.07.1999). Gözaltında. Ölüm öncesi işkence. Terör Örgütü PKK'ya ait bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla iki defa elektrik şoku uygulandığına dair tanık beyanlarına dayanılarak işkenceye hükmedilmiştir (pr. 92).

24. Aktaş/Türkiye (24.04.2003). Gözaltında. Ölüm öncesi işkence. Terör örgütü PKK'ya para ve silah temini amaçlı olarak gözaltına alınmış ve bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla Filistin askısına tabi tutulma.

25. Mikheyev/Rusya (26.01.2006). Gözaltında. Tecavüz ve öldürme suçlarını itiraf etme amacıyla vücudunun değişik yerlerine elektrik verilme, tecavüz edilmekle korkutmak, çeşitli bölgeleri darp edilmek.

26. Menecheva/Rusya (09.03.2006). Yakalama ve gözaltı sürecinde. İşlediği iddia edilen suça ait bilgi ve itiraf elde etmek amacıyla değişik kereleler vücudun değişik yerlerine darp ve cebir uygulanması. Aile yakınlarına da acı verileceği yönünde tehditler, hakaretler. Olayda Mahkeme mağdurun 19 yaşında ve bayan oluşunu, muamelenin işkence olarak nitelendirilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu belirtmiştir (pr. 61).

27. Levinta/Moldova (16.12.2008). Gözaltında. Organize suç. İtiraf ve bilgi amaçlı uygulama. Ellerini sırtlarının arkasına metal çubukla bağlayıp, askıda saatlerce tutulma ("swallow yöntemi": Filistin askısına benzer yöntem); vücudunun değişik bölgelerine ve ayak tabanlarına plastik coplarla vurma (pr. 10). Gaz maskesi takılarak bayılıncaya kadar hava akışını kesme.

28. Cheydaiev(Sheydayev)/Rusya (07.12.2006). Gözaltında. İşlediği iddia edilen suçu itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Boyun bölgesinde ve sol kulakta delik açma, yere itme ve sandalye bacağıyla vücudun değişik bölgelerine vurma; hakaretimiz ifadeler kullanma; tehdit edilme (pr. 60).

29. Chitayev-Chitayev/Rusya (18.01.2007). Gözaltında. İşlediği iddia edilen suçları itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Bir sandalyeye bağlayarak dövme; parmak uçları ve kulak memeleri başta olmak üzere vücudun

değişik yerlerine elektrik şoku uygulama; ayakları ve elleri birbirinden genişçe ayrılarak, kollar gerili bir vaziyette uzunca bir süre bekletilme; plastik coplarla ve içi su dolu plastik şişelerle dövme; yapışkan bantlarla selefona çantaları ve gaz maskeleriyle boğma girişimleri; üzerlerine köpeklerin salınması; derilerini kerpetenle burkma (pr. 19, 158).

30. Öktem/Türkiye (19.10.2006). Gözaltında. Yasa dışı TKEP/L örgüt üyeliği. Örgüte ait bilgiler edinme, işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili itiraf ve bilgi edinmek amacıyla uygulama. Bay Öktem'in vücudun değişik bölgelerine darp ve cebir; Bayan Öktem içinse fiziksel bir kötü muamele olmamasına karşın kocasını, bulunduğu hücrenin önünden geçirmek suretiyle işkence uygulanacağına dair psikolojik olarak yıldırma, korkutma (pr. 12).

31. Türkmen/Türkiye (19.12.2006). Gözaltında. TİKB (Türkiye İhtilalci Komünistler Birliği) adlı yasa dışı örgüt faaliyetleri hakkında bilgi ve itiraf amaçlı uygulama. Filistin askısı; falaka; vücudun hassas bölgelerine (ağız, göz, genital organlar gibi) tazyikli su tutma; tecavüz tehdidinde bulunma (pr. 18, 48-49).

32. Ölmez/Türkiye (20.02.2007). Gözaltında. Demokrasi Partisi üyesi. PKK adına işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili bilgi ve itiraf amaçlı uygulama. Filistin askısı, falaka, tazyikli soğuk suya tutulma, su talebini pis su verecek giderme; ölümle tehdit. Karanlık ve pis bir hücrede tutulma. Elektroşoka tabi tutma.

33. Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri/Türkiye (24.07.2007). Gözaltında. THKP/Yeniden Kuruluş Birliği adlı yasa dışı örgüt üyesi olmak ve bir takım eylemlere katılmaktan dolayı gözaltına alınmış ve bilgi ve itiraf amaçlı olarak uygulamada bulunulmuştur. Pek çok defa hakaretimiz sözlere maruz kalma; askıda tutulma; günlerce uykusuz bırakılma; vücudun değişik bölgelerine darp ve cebir uygulama (pr. 8, 83-84).

34. Erdal Aslan/Türkiye (02.12.2008). Gözaltında. TKEP/L adlı yasa dışı örgüt üyeliği, örgüte ait bilgi, işlediği iddia edilen eylemlerle ilgili itiraf ve bilgi edinmek amaçlı uygulama. Filistin askısına tabi tutulma; falaka; ölüm tehdidine maruz kalma; suya batırılıp çıkartılmak; vücudun değişik yerlerine darbeler almak (pr. 10, 70).

35. Koçak/Türkiye (03.05.2007). Gözaltında. PKK üyeliği, örgüte ait bilgi ve bazı suçların itirafı amacıyla uygulama. Gözleri bağlı tutulmak; üs-

tünü başını tamamen çıplak olarak soymak; vücuda tazyikli soğuk su tutmak; Filistin askısı uygulamak; ayak tabanları başta olmak üzere vücudun değişik bölgelerine plastik copla vurmak; tuzla kaplı döşemede zorla yürütmek; genital bölgelere, ayak ve parmaklara elektrik şoku vermek; aç, susuz ve uykusuz bir hücrede bırakmak (pr. 42).

36. Diri/Türkiye (31.07.2007). F türü cezaevinde. Cezaevinde günlük sayımlarda ismini kuvvetlice okumadığından ve ayağa kalkmadığından gardiyanlarca dövülme ve özellikle falakaya tabi tutulma (pr. 43).

37. Vladimir Romanov/Rusya (24.07.2008). Gözaltında. Kauçuk coplarla vücuda çok sayıda vurma. Uyuşturucu bağımlısı kişiye suçu itiraf etmesi karşılığında uyuşturucu temin edileceği vaadi; başvurucuyu küçük düşürmek, cezalandırıcı şiddette (punitive violence) bulunma pr. 70).

38. Dedovski ve Diğerleri/Rusya (15.05.2008). Cezaevinde. Çıplak aramalara ve diğer buyruklara karşı gelmeleri nedeniyle, cezalandırma amaçlı uygulama. Değişik zamanlarda ve değişik sayıda plastik coplarla vücudun değişik yerlerine vurma. Copsuz darp ve cebirde bulunma. Mahkemeye göre cezaevlerinde isyanı bastırmak için güvenlik güçleri elbette müdahalede bulunacaktır. Ancak kullanılan şiddetin ölçüsüz nitelik taşımaması, cezalandırıcı ve misilleme boyutuna da ulaşmaması gerekmektedir. Bulunduğu hücreyi terk etmemesi, ismini söylememesi nedenlerine dayalı olarak bir seri coplu ya da copsuz fiziksel şiddete maruz kalınması biçiminde muamele doğası itibarıyla cezalandırma ve misillemede bulunma özelliği taşır. Muamele, başvurucunun onurunu kırmak ve itaate zorlamak amacı taşıyan kasıtlı bir davranıştır. Kısa zamanda olmasa da uzun dönemde fizik ve ruh sağlığı üzerinde olumsuz etkiler yapar (pr. 83–85).

39. Maslova ve Nalbandov/Rusya (24.01.2008). Gözaltında. İtiraf amacıyla çeşitli kereler tecavüz etme, oral sekse zorlama; Midesine ve yüzüne çeşitli defalar vurma; yüze gaz maskesi takarak zaman zaman hava girişini kesmek suretiyle nefessiz bırakma. Kulağından elektrik verme (pr. 12-14).

40. Belousov/Rusya (02.10.2008). Gözaltında. Bir grup polis tarafından dövülme ve hücreye kapatılma. Belden üst tarafının çıkartılmaya ve bunların bir çantaya konulması istenilmesi; ardından yaklaşık dört beş kg ağırlığındaki bu çantayı kaldırıp indirmeye zorlanması. Başvurucu tarafından kendisinin ameliyat geçirdiğini ve bir kg'den fazla ağırlık taşımamasının yasak olduğu be-

lirtilmesine rağmen sayısız kere bu uygulamanın devam ettirilmesi. Bir müddet sonra bilincin kaybolması ve hastaneye kaldırılması (pr. 7–10).

41. Samoylov(Samoilov)/Rusya (02.10.2008). Gözaltında. Bir grup polis tarafından, hazırlanan itirafnamenin imzalanmasını sağlamak amacıyla vücudun çeşitli yerlerine defalarca darp edilme, çeşitli bölgelere elektro şok uygulama; kafasına evrak dosyasıyla bayılincaya kadar vurma (pr. 49).

SONUÇ

İnsan onurunun korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin varlık nedenini oluşturmaktadır. İşkence de doğrudan insan onurunu hedef alıcı eylemler olarak değerlendirildiğinden, buna maruz kalmama hakkı Sözleşme ile mutlak koruma altına alınmış olup devlete ölçülülük gibi bir test imkânı ya da takdir marjı tanınmamıştır. Esasen bu mutlak koruma uluslararası toplumun en temel normlarından birisini oluşturmaktadır. Bugün uluslar arası hukuk bakımından işkence nerede ve hangi zaman ve hangi meşru gerekçe altında olursa olsun mutlak biçimde yasaklanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi işkence yasağı kenar başlığına yer verdiği 3'ncü maddesinde işkence ile birlikte bir takım insanlık dışı muameleleri yasaklamıştır. Sözleşme, işkence kenar başlığını kullanarak en az onun kadar etki ve sonuçları olabilecek diğer muamelelerin gözden kaçırılmaması gereğine işaret etmiştir. Kuşkusuz hepsinin ortak yanı kişinin maddi-manevi bütünlüğü ortadan kaldıracı, onurunu yok sayıcı muameleler niteliğini taşımasıdır. Bu nedenle de Sözleşme bakımından işkence mutlak ve dokunulmaz haklardan sayılmıştır. Sözleşmede, taraf devletlere hangi neden ve gerekçe ile olursa olsun sınırlama imkânı tanınmamış tek haktır.

Sözleşme açısından taraf devletin 3'ncü madde gereklerini yerine getirmiş sayılabilmesi için sadece bu hakkın tanınması yeterli değildir. Taraf devletler bir yandan işkence yapmamak, insanlık dışı muamele ve ceza uygulamamak; diğer yandan da yargılama yetkisi dâhilindeki yerlerde yani Sözleşmenin 1'nci maddesi bağlamında yargılama yetkisine giren bütün yerlerde işkence ve kötü muamelelerin yapılmasını önlemek ve bu bağlamda gerekli denetim mekanizmalarını kurmak ve işletmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle işkence mağdurunun hak kayıplarının giderilmesi, işkence iddialarının etkin bir biçimde soruşturulması ve faillerinin etkili bir yaptırıma tabi tutulması yükümlülüğü devletin pozitif yükümlülüklerini oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

Sözleşmede işkence ile kötü muamele başlığında toplanabilen bir takım muameleler aynı sonuca tabi tutulmuştur. Taraf devletler, işkence ile kötü muameleleri aynı hukuksal sonuçlara tabi tutabileceği gibi farklı düzenlemeler de getirebilir. Önemli olan getirilen yaptırımın 3'ncü maddede yer alan yasakları önlemek bakımından yeterince etkili, caydırıcı, ölçülü bir yaptırım niteliğini taşıması gereğinin karşılanmış olmasıdır. Şüphesiz burada da Mahkemece işkence olarak nitelendirilebilecek boyutta bir eylemin iç hukukta kötü muamele kategorisinde görülmesi ve işkence eyleminin ağırlığını karşılayamayacak vasıfta bir yaptırım getirilmiş olması 3'ncü madde ihlaline yol açabilecektir.

Mahkeme, önüne taşınan 3'ncü maddeye ilişkin ihlal iddialarında muamelelerin işkence mi yoksa kötü muamele mi oluşturduğunu mutlaka belirtmektedir. Bu ayrımı ve değerlendirmeyi de "günün koşulları ışığında" yapmaktadır. Bu nedenle de geçmişte işkence kategorisinde görmediği bir hareketi bugün işkence olarak değerlendirebilmektedir. Diğer yandan, muamelelerin niteliğini belirlemede iç hukukun nitelemeleriyle bağlı değildir. Ancak, iç hukukta bir muamele işkence olarak nitelendirilmişse Mahkeme bu nitelemeye itibar etmekle birlikte kötü muamele olarak değerlendirilmiş bir muamele Mahkemece işkence olarak görülebilmektedir. Bunun anlamı, iç hukukun Sözleşme sisteminden daha koruyucu, daha özgürlükçü düzenleme ve yaptırımlara her zaman yer verebilme imkânına sahip bulunmasıdır. Taraf devletler, Sözleşme standardının üstünde düzenlemeleri her zaman getirebilirler. Devlete yasaklanan ve dolayısıyla Sözleşme aykırılığı oluşturan durum Sözleşme ile getirilen standardın altında kalınmasıdır. Bu nedenle devlet, Mahkemece insanlık dışı muamele kapsamında görülen bir eylemi işkence olarak düzenleyebilir; fakat işkence olarak değerlendirilen bir eylemi insanlık dışı muamele kapsamında göremez.

Mahkeme, önüne taşınan 3'ncü maddeye dayalı ihlal iddialarını incelerken öncelikle muamelelerin asgari yoğunluk koşulu denilen belirli bir ağırlığa erişip erişmediğine bakmaktadır. Bu eşik dar anlamda ya da geniş anlamda işkence muamelelerinin tümünün ön şartını oluşturmaktadır. Şu var ki, işkence olarak nitelendirilebilecek olan muamele ya da muamelelerin Mahkeme tarafından aranan bu eşiği her halükarda aşmış olduğundan söz edebiliriz. Eğer bu eşik aşılmamışsa, muamele insanlık dışı ya da onur kırıcı da olsa 3'ncü madde ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Elbette bu durum iç hukukta yaptırımsız bırakılmasına cevaz niteliği taşımamakta; sadece 3'ncü madde

yasakları bağlamında bir ihlalin söz konusu olmadığı anlamına gelmektedir. Asgari ağırlık şartını yerine getirmiş olan muamele eğer Mahkeme tarafından “ağırın da ağırı” olarak adlandırabileceğimiz bir fiziksel ve/veya ruhsal acı ve ızdırap yoğunluğunda görülmekteyse daha ileri tahlile gidilerek muamelenin işkence kategorisinde olduğu belirtilmekte ve neden böyle bir nitelemeye gidildiği ayrıntılı olarak ortaya konulmaktadır. Mahkeme bu ayırımın yapılması gereğine işaret ettikten sonra işkenceyi diğer muamelelerden ayırt etmede başvurduğu gerekçelere gitmektedir. Mahkemenin Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin 1’nci maddesindeki tanımına göndermede bulunarak muamelenin amacı, sertlik derecesi, kasten gerçekleştirilme ve kamu gücü kullanma yetkisini haiz kişilerce veya onların teşvikiyle işlenmiş olma unsurlarını zaman zaman kullandığı görülmektedir. Bunlardan muamelenin sertlik derecesi yani acının özel yoğunluğu her durumda aranmakla birlikte diğer unsurlar olmazsa olmaz nitelik taşımamaktadır. Acının yoğunluğu koşulunun gerçekleşmesi açısından da hareketin sistematikliği Mahkeme açısından zorunlu bir unsur olarak görülmemektedir. Mahkemeye göre muamele sistematik olmakla birlikte fiziksel ve ruhsal acı yoğunluğu yönünden işkence nitelemesi yapılabilecek düzeyde değildir. Yani, geniş anlamda işkence diye tabir olunan insanlık dışı muamele, zalimane muamele onur kırıcı muamele de sistematik olabilir. Aynı şekilde özel kast unsuru da Mahkeme açısından hareketin işkence oluşunu tespit bakımından gerekli bir unsur değildir. Şüphesiz eğer somut olayda bu bulgudan söz edilebilmekteyse Mahkeme muamelenin özel kastına da yer vermektedir. Ancak bu durumun belirtilmeksizin işkence olarak nitelendirilmiş vakalar da bulunmaktadır. Şu halde sistematiklik ve özel kast unsuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme’si uygulamasında *sine qua non* unsurlar değildir. Diğer yandan işkencenin mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmiş olması da gerekmemektedir. Mahkeme açısından 3’ncü maddede sayılan yasakların kimin tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun önemi bulunmamaktadır. Bir özel kişi tarafından gerçekleştirilmiş olsa da eğer fiziksel ve ruhsal acı işkence kategorisine girecek ağırlık taşımaktaysa ve taraf devlet de bu konudaki pozitif yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemişse Mahkemece işkence kaynaklı bir 3’ncü madde ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Taraf devletler, kamu görevlisi olmayanlarca gerçekleştirilen ve Mahkemece işkence kategorisinde değerlendirilebilecek bir muameleyi takdir marjı bağlamında işkence dışında ayrı bir suç tipi olarak düzenleme imkânına elbette sahiptirler. Çünkü Sözleşme açısından önemli olan, bu mutlak yasağın

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

kimden gelirse gelsin, işkence denilen muamelenin ağırlığına mütenasip bir yaptırıma yer verilmiş olmasıdır. İster tek bir suç tipinde isterse ayrı ayrı suç tiplerinde yaptırıma bağlanmış olsun bu amacı karşılamayan bir düzenlemenin Sözleşmenin işkence yasağı hükmünün *ratio legis*'ine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz.

Sözleşme gereklerinin yerine getirilmiş olması bakımından işkence suçlarının caydırıcı bir yaptırıma bağlanması yeterli değildir. Aynı zamanda herhangi bir zamaşımı, erteleme, af veya başkaca kurtarıcı, tahrik gibi hafifletici, etkisizleştirici yollarla faillerinin cezasız kalması veya işlenen suça adeta prim verici bir sonuca yol açılmaması gerekmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre böyle bir yaptırım sistemi, titizlikten uzak olup caydırıcı bir etkiye sahip değildir. Bu durum taraf devletin işkence ile mücadele ve faillerinin cezalandırılması konusunda Sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki standartları karşılamamaktan uzaktır.

Doç. Dr. Ömer ANAYURT

KAYNAKÇA

Anayurt, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yay., Ankara 2004.

Bakı, Sevim, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu**, Beta Yay., İstanbul 2008.

Callewaert, Johan, "L'article 3 de la convention européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative? **Liber Amicorum Marc-André Eissen**, Bruylant LGDJ, Bruxelles-Paris. 9-37.

Chauvin, N., "L'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: réelle avancée ou restriction déguisée?", **Revue Universelle des Droits de l'Homme**, 1997.

Charrier, Jean Loup, **Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Litec, Paris 2000.

Clayton, R- H. Tomlinson, **The law of Human Rights, V.I**, Oxford University Press, 2000.

Doğru, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yay., İstanbul 2006.

Ergeç, Rusen, **Protection Européenne et Internationale des Droits de l'Homme**, Bruylant 2004.

Jonathan-Cohen, Gérard, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Economica, Paris. 1989.

Önok Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yay., Ankara 2006.

Reidy, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, Şen Matbaası, Ankara 2007.

Renucci, Jean-François, **Droit Européenne des Droits de l'Homme**, 2. éd., LGDJ, Paris 2001.

Sudre, Frédéric, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, 19.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı

éd., PUF, Que Sais Je? Paris 1997.

Sudre, Frédéric, “l'article 3”, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**”, (Sous la direction de: L. E. Pettiti- E. Decaux-P-H. Imbert), 2. éd., Economica, Paris 1999.

Üzülmez, İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanununda İşkence ve Eziyet Suçu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 5, 2005.

Vélu, Jacques-Ergec, Rusen, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme**, Bruylant Bruxelles, 1990.

BOŞ

GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*

ÖZET

Güvenlik tedbirleri, tehlikeli suçlulara karşı toplumu koruma amacıyla uygulanan ceza hukuku yaptırımıdır. Güvenlik tedbirleri uygulanabilirlik şartları; bir suçun işlenmiş olması, tehlikeli halin varlığı, kanunda öngörülmüş olması ve hakim tarafından hükmedilme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Güvenlik Tedbirleri ; Tehlikeli Hal, Yaptırım

DIE ZUSAMMENFASSUNG

Die Sicherheitsmaßnahmen sind die strafrechtliche Sanktion, die angewendet wird, um die Gesellschaft vor gefährlichen Kriminellen zu schützen. Die Anwendbarkeitsbedingungen von Sicherheitsmaßnahmen sind eine begangene Tat und das Vorhandensein von gefährlichen Fall. Ausserdem sollen die Sicherheitsmaßnahmen im Gesetz geregelt und von dem Richter beurteilt werden.

KEY WORDS

Security measures, precariousness, Criminal Sanction, Die Sicherheitsmaßnahmen

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

“Bazı suçluların tehlike haline karşı toplumun menfaati gereği alınan bir önlem olan” güvenlik tedbirinin¹ ceza kanunlarına cezalar yanında ithali modern ceza hukukunun önemli bir yeniliğini teşkil etmektedir. Bu önleme tedbirlerinin ortaya çıkışı bir zorunluğun ifadesidir. Gerçekten toplumun biz-zat kendisi veya üyelerini korumak için asırlar boyunca başvurduğu cezanın yetersiz kaldığı suçluluğun artışı ile sabit olmuştur. Örneğin Fransa’da 1826–1880 arası nüfus artışının 1/10 oranında yükselmesine karşılık suç oranı ve mükerrerlerin sayısında (örneğin 1826–1830 arası 100 sanıktan 8’i mükerrerken, bu sayı 1876–1880 senelerinde 46’ya çıkmıştır) daha fazla bir artış tespit edilmiştir. Ayrıca cezanın bazı suçlular hakkında (küçükler-akıl hastaları) uygulanamaması veya yanlış uygulanması (örneğin yarı akıl hastaları hakkında hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların onları tekrar suç işlemeye teşvik etmesi)² cezanın yetersizliğine ve dolayısıyla cezadan niteliği itibariyle değişik başka bir önleme türüne başvurmak zorunluğunu hissettirmiştir.

¹ **Robert Vouin-Jacques Léauté**, *Droit pénal et procédure pénale*, 3. e éd., Paris 1969, s. 83.

² Mukayeseli hukukta kısmi akıl hastalığını düzenleyen kanunları çeşitli gruplara ayırmak mümkündür. Bir grup kanun, kısmi akıl hastaları hakkında sadece indirilmiş ceza öngörür. Klasik okula bağlı bu kanunlara örnek olarak 1889 İtalyan CK. ve 1926 tarihli, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) zikredilebilir. Daha çok sosyal müdafaa kanunlarından oluşan diğer bir grup kanun ise, sadece güvenlik tedbirinin tatbikine yer verir. Kısmi akıl hastası sanıklar hakkında hem güvenlik tedbirine, hem de cezaya yer veren başka bir grup Kanun, bunlardan hangisinin sanık hakkında uygulanacağı konusunu hakimın takdirine bırakır. Örneğin İsveç, Danimarka CK. Bazı kanunlar ise, cezanın yanı sıra, güvenlik tedbirinin tatbikini de kabul ederler. Bu kanunlar da kendi içlerinde ikiye ayrılır. Bir sistemde, kısmi akıl hastaları cezalarını çektikten sonra güvenlik tedbirlerine tâbi olurken (örneğin 1930 İtalyan CK. m.89, 219), diğer sistemde önce güvenlik tedbirlerinin, sonra da cezanın infazının yerinde olacağı öngörülür (örneğin, 1937 İsviçre CK. m.14, 15), Bkz. **Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara 2002, s.570-571. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda (YTCK) akıl hastalığı tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığı şeklinde ikiye ayrılmamıştır. Gerçekten bir kimse ya akıl hastasıdır ya da değildir. Bkz. **Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası*, Ankara 2007, s.618; **İzzet Özgenç**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası*, Ankara 2008, s.366-367; **Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s.490; Aksi fikir için bkz. **Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası*, İstanbul 2005, s.381 vd.; **Timur Demirbaş**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası*, Ankara 2006, s.509-510, Ankara 2002, s.570-571. Yeni TCK’nun 32 nci maddesinin 2 nci fıkrası; “işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan” kişinin cezasında indirim yapılacağı hükme bağladıktan sonra mahkemeye bir takdir yetkisi vermiştir. Buna göre, mahkûm olunan ceza süresi aynı olmak koşuluyla kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da (m.57/6) uygulanabilir. Böylece hükmü veren mahkeme cezanın infazı sırasında kalan sürenin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verebilir.

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini Pozitivistler başlattılar. Suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fizik, anatomik, psikolojik ve fizyolojik yapısında arayan Lombroso, suçlunun şahsında bulunan gayritabîlikler nedeniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içinde meydana gelen suç, doğum, ölüm gibi tabii bir hadise olarak kabul eder. Müellife göre, söz konusu gayritabîliklerin etkisiyle suç işleyen suçluyu harekete getiren nedenler onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest olmayan suçlular -diğer bir deyişle irade serbestisi bulunmayan suçlular- ve özellikle doğuştan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesiri bulunmamaktadır. Suçun da dahil olduğu insanın bütün hareketlerinin yaşadığı sosyal ortamın bir ürünü olduğunu savunan pozitivistlerden Ferri de, Lombroso gibi cezanın etkisizliğini vurgulamaktadır³. Gerçekten Pozitivistlere göre, asırlardan beri suçlulukla mücadelede kullanılan tek vasıta olan ceza, suç ve dolayısıyla suçluların sayısını azaltmamıştır. Bunun nedeni basittir. Bir kere suç işlerken kendilerine bir ceza verileceğini dahi düşünmeyen doğuştan suçlular ve ihtirasi suçlular bakımından ceza elverişli değildir. Sosyal tedbirlerle desteklenmeyen ve bu nedenle itiyadi ve tesadüfi suçluları suç işlemeye yönelten sosyal etkenlerle tek başına mücadele edemeyen ceza söz konusu kimseler hakkında da yetersizdir. Ayrıca cezanın amaçlarından biri de, failin uslandırılması olduğundan ve bunun için onun kişiliğinin araştırılması gerektiğinden kendisiyle uzun müddet temasa geçilmeyen suçlunun ne kadar bir zaman zarfında uslanabileceği önceden kestirilemez. Bu bakımdan suçlular hakkında yaptırımın belli bir müddetle sınırlandırılması doğru değildir⁴. Suçun genellikle bir arada bulunan kişisel veya toplumsal nedenlerle meydana geldiğini belirten bu determinist düşünce, suçları önlemek için cezadan başka önleme tedbirlerine başvurulması gerektiği kanaatindedir. Kefaret ve manevi sorumluluğa -serbest iradesi olmayan suçlunun manevi sorumluluğu yoktur, toplumda yaşadığından ve ona zarar verdiği için toplumsal sorumluluğu vardır- dayanan “ceza” kavramını reddeden Pozitivistler⁵ bir taraftan toplumun savunulması, diğer taraftan serbest iradesine göre değil, şahsında bulunan gayritabîlikler veya çevrenin etkisiyle suç işleyen kimseler için iki türlü tedbirin (önleyici ve tenkili) uygulamasını savunurlar.

³ **Mohammad Ali Hedayati**, Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal, Genève 1939, s. 11-13 (Cenevre Doktora Tezi); **H. Donnedieu de Vabres**, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3. e éd., Paris 1947, s.35-36; **M. Tahir Taner**, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Bası, İstanbul 1953, s.40,47.

⁴ **Sulhi Dönmezer-Sahir Erman**, Ceza Hukuku Dersleri, Umumi Kısım, İstanbul 1958, s.56 (Dersler).

⁵ **Pierre Bouzat-Jean Pinatel**, Traité de droit pénal et de criminologie, t.I, Droit pénal général par Pierre Bouzat, 2. e éd., Paris 1970, s.102.

1. Ferri'nin deyimiyile "ceza yerine geçen önlemler" (Substituts de la peine) denen birinci nev'i tedbirlerle suçluluğun nedenlerinin ortadan kaldırılmasına ve dolayısıyla suçluluğun azaltılmasına çalışılır. Bunlar toplumsal savunmayı sağlamaya çalışan ve suç işlenmeden önce uygulanan önleyici tedbirlerdir. Bu tedbirler çeşitli olup özetlenemezler. Örnek olarak terk edilmiş ve sömürülmekte olan çocukların korunması, serserilik ve alkolizm ile mücadele için kurulan çeşitli kurumları, fuhuş, beyaz kadın ticareti ve küçükleri fuhşa teşvik edenlerle yapılan mücadeleleri göstermek mümkündür. Bunlara ek olarak kalıtım yoluyla geçen hastalıkları olanlarla evlenme yasağı ve hatta evlilik dışı çocukların doğmasına engel olmak için bu gibilerin çocuk yapma yeteneklerinin kaldırılması hakkında kitaplarda, kongrelerde, bazı kanun tasarılarında ve bazı ülkelerin kanunlarında yer alan hükümler ve öneriler belirtilebilir⁶. Ferri toplumun korunmasının önleyici tedbirler ile daha etkili bir şekilde gerçekleşeceği hakkındaki kanaatini bir örnekle gösteriyor: Karanlık bir caddede sık sık işlenen suçları etkin bir biçimde önlemek için caddeyi aydınlatmak yeterli olacaktır. Bu biçimde bir davranış caddeye jandarmaların yerleştirilmesi ve suçluların cezaevlerine gönderilmelerinden daha akılcı ve daha ekonomiktir⁷.

2. Suç işlendikten sonra failin kişiliğine ve ait olduğu suçlu sınıfına en uygun olan bir tedbire başvurulur. Çok tehlikeli suçlular (Doğuştan, akıl hastası ve itiyadi⁸ suçlular) hakkında tasfiye edici, toplumdan uzaklaştırıcı, daha az tehlikeli suçlular (Tesadüfi⁹ ve ihtirasi¹⁰ suçlular) ise tamir edici ve zorlayıcı tedbirlere tabi tutulmalıdır¹¹.

⁶ **Georges Vidal-Joseph Magnol**, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, t.1, 9 e éd., Paris 1949, s.44.

⁷ **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.1, s.102.

⁸ İtiyadi suçlular ancak birkaç defa suç işlemeleri halinde doğuştan suçluların tabi oldukları muameleye maruz kalırlar. 5237 sayılı TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde; "itiyadi suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi" anlaşılır denilmektedir.

⁹ Tesadüfi küçük suçlular namuslu ve mazbut ailelerin yanına verilmeli veya zirai kolonilerde çalıştırılmalıdır. Pozitivistler bu gruba giren yaşı ilerlemiş olanların az önemli suçlarında zararın tazmini yanında geçici olarak sürgüne yollanmaları, çok ağır suçlarında ise, müddetsiz olarak zirai kurumlara gönderilmeleri kanaatindedirler.

¹⁰ Fiillerinden doğan zarar tazminle yükümlü olan ihtirasi suçlular ayrıca suça maruz kalan kimse ile ailesinin oturduğu yerden geçici bir zaman için uzaklaştırılmalıdır.

¹¹ **Vidal-Magnol**, a.g.e., t.1, s.43-44; ayrıca bkz. **Jean Pradel**, Droit pénal, t.1, Introduction générale. Droit pénal général, 3. e éd., Paris 1981, s.86.

Pozitivistlerin tedbire ilişkin düşünceleri mevzuatı da etkiledi. Gerçekten Ferri'nin başkanlığı altında hazırlanmış olan 1921 "İtalyan Ceza Kanunu Öntasarısı"¹² "ceza" terimine yer vermeyerek "yaptırım" kavramını kullandı¹³. 1926 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu 1 inci maddesinde toplumsal bakımdan tehlikeli fiillerin faillerine "toplumsal savunma tedbirleri"nin uygulanacağını öngördü.

Ceza hukukunda reform hareketinin İtalya'da başlamasına karşılık XIX. asrın sonunda ilk defa Carl Stoops'un eseri olan 1893 "İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı" suçla mücadelede cezalar yanında güvenlik tedbirlerine ikinci ve etkili toplumsal bir vasıta olarak yer verdi¹⁴.

Özellikle birinci dünya savaşını müteakip, Devletler güvenlik tedbirlerini mevzuatlarına kabul etmeye başladılar. Önceleri Devletlerin ceza mevzuatlarına özel kanunlar yoluyla giren güvenlik tedbirleri, (Örneğin Fransa) daha sonraları çıkarılan yeni ceza kanunlarında (Örneğin İtalya, İsviçre) sistemli bir biçimde yer aldı. Eski ceza mevzuatlarını korumakta devam eden ülkelerde tedbirlere, ya özel kanunlarda veya ceza kanunlarına konulan tek tük hükümlerde rastlanmaktadır¹⁵.

¹² Tatbikattan çok uzakta kalan bu tasarı Sovyet Rusya ve Küba (1926 Küba Ceza Kanunu) dışında diğer ülkelere örnek olmadığı gibi İtalya'da dahi uygulama olanağı bulamadı. bkz. **Hedayati**, a.g.e., s.15.

¹³ Ferri'nin bu tasarısının kanunlaşmamasının nedeni, siyasi çalkantıların yanı sıra, hâkimlerin yanında psikoloji ve psikiyatri konularına vakıf kimselerin de yer alması ve böylece mahkeme teşkilâtının tümüyle değişikliğe uğraması sonucuna yol açabileceğindedir. Ayrıca o zamana kadar Klasik ve Pozitivistler arasındaki tartışmalar bilimsel alanda gerçekleşmişti. Cezanın reddi gibi köklü bir değişikliği halkın anlamayacağı endişesi de tasarının kanunlaşmamasına neden oldu. Daha sonra Rocco, Klasik okulun esaslarına bağlı yeni bir ceza kanunu (1930 YİCK) meydana getirirken, Pozitivist okuldan da esinlenerek "idari önlemler" adını verdiği önlemlere yer verdi. Bkz. **Adrian Prisi**, Die Sicherheitsmassnahmen im italienischen Strafrecht, Matten-Interlaken 1936 (Bern Doktora Tezi).

¹⁴ **Liszt-Schmidt**, güvenlik tedbirlerine ilişkin ilginç fikirlerin **Stoops**'dan bir asır önce 1794 Prusya Devletleri için umumi memleket hukukunun ceza kısmının yazarı **Ernst Ferdinand Klein** tarafından kaleme alındığını bildirmektedir. Müelliflere göre Klein Alman Ceza Hukuku mevzuatı tarihinde ilk defa cezanın yanında güvenlik tedbirlerine yer vermiştir, § 5 II 20 ALR (İkili sistem, iki izlilik sistemi). Niteliği itibarıyla zorunlu olarak bir kötülük ihtiva eden cezadan ölçüsünü sadece failin tehlikelilik halinin tespit ettiği ve onun tarafından mutlaka hissedilmesi gerekmeyen güvenlik tedbirlerini ayıran **Klein**, hakim tarafından hükmedilen her iki yaptırımın hukuki sebebinin Devletin selâmeti olduğunu belirtmektedir. **Klein**'in bu düşünceleri umumi memleket hukuku dışında pek etki bulamadı, bkz. **Franz v. Liszt-Eberhard Schmidt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin und Leipzig 1927, s.351; ayrıca bkz. **Charles-Jules Lavanchy**, Les mesures de sûreté en droit pénal, Chateau- d'Oex, 1931, s.7 dn.1 (Cenevre Doktora Tezi); Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, herausgegeben von **Gerd Kleinheyer** und **Jan Schröder**, Karlsruhe und Heidelberg 1967, s.329.

¹⁵ Örneğin, ETCK. m.36, 46, 53, 54, 57, 58, 404, 573; (5237 sayılı TCK. m.53-60, 191, 5395

Aşağıda güvenlik tedbirlerinin tanımı ve uygulanma şartları, hukuki niteliği, çeşitleri, uygulanış şekilleri incelenecek ve bugünkü ceza hukukunun vardığı nokta bakımından bir sonuca varılacaktır.

I. Güvenlik Tedbirlerinin Tanımı ve Uygulanma Şartları

Güvenlik tedbirleri şu şekilde tanımlanabilir¹⁶: “Güvenlik tedbirleri kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır”¹⁷.

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması dört şartın varlığına bağlıdır:

1. Suç toplum için tehlikeli halin belirtisini oluşturmalıdır.
2. Güvenlik tedbirine suçun işlenmesinden sonra hükmedilmelidir.
3. Güvenlik tedbiri kanun tarafından öngörülmelidir.
4. Güvenlik tedbirine hâkim tarafından hükmedilmelidir.

Aşağıda, yukarıda belirtilen şartlar incelenecektir:

sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5); **Horst Hermann**, Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung in: Materialien zur Strafrechtsreform, c.II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1954, s.193-208,193.

¹⁶ Yazarlar genellikle “güvenlik tedbiri” kavramını tanımlamağa teşebbüs etmemekte, daha ziyade kavramın tarihi gelişimini, hukuki niteliğini, cezaya benzeyen ve ondan farklı olan özelliklerini, ilişkin olduğu konular ve çeşitlerini, kanunlardaki tedbirleri açıklamakla yetinmektedirler. Örneğin bkz. **Marc-Henri Thélin**, Nature et régime juridique des mesures de sûreté, Lausanne 1931, s.18 (Lozan Doktora Tezi); **Lavanchy** a.g.e., s.17 vd.; **Nicolas 1. Tanoviceanu**, Les mesures de sûreté, Paris 1934, s.4 vd.; **Sulhi Dönmezer-Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 1997, s.567 vd.; **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.543 vd.; **Demirbaş**, a.g.e., s.505; **Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s.384 vd. Bununla beraber kavramı tanımlayan müelliflere de rastlanılmaktadır. Nitekim **Özgenç**’e göre güvenlik tedbiri, “işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır” Bkz. **Özgenç**, a.g.e., s.663; **Koca-Üzülmez**’e göre ise, güvenlik tedbirleri, “suç işleyen kişiye suç işlemesi dolayısıyla, suçun tekrarlanması ihtimali karşısında kişinin gösterdiği tehlikelilik durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulanan, kendisini ve toplumu koruyucu nitelikteki ceza hukuku yaptırımlardır” Bkz. **Koca-Üzülmez**, a.g.e., s.470.

¹⁷ **Hedayati**, a.g.e., s.95–96.

1. Tehlikeli Hal

Pozitivist kaynaklı “Tehlikeli Hal” kavramının özelliği böyle bir durumda bulunan şahsın yeni suçlar işleme olasılığının bulunmasıdır. Gerçekten geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli kusurları nedeniyle bazı kimseler tehlikeli bir halde bulunabilirler.

Hatta henüz hiçbir suç işlememiş bazı kimseler de davranışlarıyla tehlikeli halde olduklarını ortaya koyabilirler. Ancak bu son kategori şahıslar hakkında aşağıda değinileceği gibi herhangi bir güvenlik tedbirinin uygulanmasına müsaade edilmemelidir. Tehlikeliliğine karar verilen bir şahıs hakkında belli bir süreyle sınırlı tutulmayan güvenlik tedbiri tatbik edilir. Tehlikeli halin varlığı sonucu, niteliği itibariyle müddetsiz olan güvenlik tedbiri uygulanacağından ve bu uygulama kişi hürriyetini sınırlandıracağından söz konusu halin hatasız olarak saptanması gerekir. Bir şahsın tehlikeli halde bulunup bulunmadığını tespit zordur. Tehlikeli halin varlığının saptanmasının yetkili merciinin takdirine mi yoksa kanuna mı bırakılması gerektiği hususu tartışmalıdır. 1910 Brüksel Kongresi tehlikeli halin tayinini kanuna bırakmıştır. Bununla beraber genellikle güvenlik tedbirlerine hükmedecek olan hâkime tehlikeli halin varlığını tespit yetkisi tanınmaktadır. İsviçre ve genelde 1930 İtalyan Ceza Kanunları bu yolu izlemiştir. Diğer ülke kanunlarından farklı olarak tehlikeli halin tanımını “Yukarıda maddede yazılı fiillerden birini işleyen ve gelecekte kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilleri işleyeceği beklenen ceza bakımından ehil olmayan veya cezalandırılmayan kimse ceza kanununun uygulanmasında tehlikeli sayılır” şeklinde yapan (m.203) İtalyan CK. 133 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında da, tehlikeli halin tespiti hususunda hâkimin suçun ağırlığını göz önüne alırken fiilin nev’i, işleme vasıtaları, hedefi, işlendiği zaman ve yeri, suçun verdiği zararın ağırlığı veya mağdurda meydana gelen tehlikenin ağırlığı, kastın ağırlığı ve taksirin derecesine de dikkat etmesi zorunluğunu getirmektedir. Maddenin 2. fıkrası, tehlikeli halin tespitinde failin suç işleme konusunda eğilimini gösteren saikleriyle karakterinin, cezai ve adli sabıkalılarının, suçu işlemezden önceki tavır ve hareketleriyle, yaşayış tarzının, suç işlerken veya işledikten sonraki tutumunun, şahsi, ailevi ve sosyal ilişkilerinin hâkim tarafından göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Kanunda öngörülen ve tehlikeli halin belirtilerini oluşturan bu hususları göz önüne alan hâkim şahsın toplum bakımından tehlike arz edip etmediğini takdir edecektir. Tehlikeli hali tanımlamayan diğer ülke kanunlarından farklı olarak söz konu-

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

su halin tarifini veren İtalya Kanun koyucusu, bazı hallerde hâkime tehlikeli halin tespitinde takdir yetkisi tanımamıştır. Söz konusu durumlarda tehlikeli hal bizzat kanun tarafından varsayılmaktadır. Gerçekten mahkeme kararında itiyadi (m.102), profesyonel (m.105) ve suça eğilimli (m.108) olarak nitelendirilen kimse hakkında güvenlik tedbirleri uygulanır (m.109). 109 uncu maddede öngörülen bu üç hal dışında 222 ve 226 ncı maddelerdeki durumlarda da failin tehlikeli halde bulunduğu kanun tarafından öngörülmektedir. Hatta İtalyan CK. henüz suç işlememiş olanların da tehlikeli halde bulunabileceklerini ve dolayısıyla haklarında güvenlik tedbiri uygulanabileceğini belirtmektedir (m.202/2)¹⁸. 202 nci maddeye aşağıda değineceğiz. İsviçre CK. da 42 vd. maddelerinde tehlikeli hale ilişkin hükümler vazetmektedir. Brezilya CK. da (m.77) bazı hallerde failin tehlikeliliğini varsayar.

Bazı suçlular toplum bakımından tehlike arz ettikleri gibi henüz hiçbir suç işlememiş olan kimseler de aynı durumda bulunabilirler. Ancak henüz suç işlememiş kimselerin tehlikeli halde bulunup bulunmadıkları kesin olarak saptanamadığı sürece -ki halen henüz suç işlememiş bir şahsın ileride suç işleyip işlemeyeceği tahmine dayanmaktadır- bunlar hakkında niteliği itibariyle müddetsiz olan güvenlik tedbirine hükmetmek kişi dokunulmazlığı ve hürriyetini tehlikeye düşürür. Bu bakımdan güvenlik tedbiri ancak “post delictum” yani suçun işlenmesinden sonra hükmedilmeli¹⁹ ve kişinin hangi hallerde toplum için tehlikeli sayılacağını diğer bir deyişle tehlikeli halin belirtilerini kanun tespit etmelidir. Hâkim bu belirtilerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı ve belirtilerin varlığı halinde takdir hakkını da kullanarak bir sonuca varmalıdır.

2. Güvenlik Tedbirine Suç İşlendikten Sonra Hükmedilmelidir

Yukarıda da belirtildiği gibi adli makamlara suç işlenmeden önce güvenlik tedbirlerine hükmetmek yetkisi tanınmamalıdır. Suçlunun tehlike hali suç şek-

¹⁸ Madde 202/2 şöyle demektedir: “Ceza kanunu toplumsal bakımdan tehlikeli şahıslara kanun tarafından suç olarak kabul edilmeyen fiili nedeniyle emniyet tedbirlerinin uygulanacağı halleri belirler”.

¹⁹ Suç işlenmeden önce güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi imkânını öngören kanunlar arasında 1933 İspanyol “Vagos y Maleantes” (m.2), 31.5.1934 Kolombiya (m.1), 4.4.1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu (m.48 B; 581 A; 582 B), 21.7.1940 San Salvador, 22.10.1941 Uruguay (m.2), 22.12.1950 Venezuela (m.1) ve 27.12.1956 İtalya sayılabilir, bkz. **Jacques-Bernard Herzog**, Le problème de l'état dangereux en Amérique Latine in: Le problème de l'état dangereux (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris 1954, s.514-523, 520; **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.1, s.413.

linde meydana çıktıktan sonra tedbir veya tedbirler uygulanmalıdır. Nitekim bu husus YTCK.nun 2 nci maddesinin 1 nci fıkrasında “kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Bugün doktrinde hakim olan bu görüş ülkelere mevzuatlarının büyük bir çoğunluğu tarafından da kabul edilmiştir²⁰.

Güvenlik tedbirlerinin tatbikinin zorunlu bir şartını oluşturan suçun, tamamlanmış olması şart değildir. Suçun icra hareketlerine başlanması failin tehlikeli halini tespiti yeterlidir. Kişinin doğrudan fail olması da önemli değildir. Yardım eden veya azmettiren hakkında da güvenlik tedbiri uygulanabilir²¹.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için suçun işlenmesi arayan kanunlar birbirlerinden farklılıklar gösterirler. Gerçekten bazı kanunlar herhangi bir suçu yeterli gördükleri halde (1930 İtalyan, 1937 İsviçre, 1948 Romanya), diğerleri sadece belirli suç tiplerini ararlar (Norveç ve kısmen İsveç. Bu kanunlarda genel adaba karşı işlenen suçlar ön planda yer almaktadır). Bazı kanunlar para cezasına mahkûmiyet veya sadece para cezasına mahkûmiyete neden olabilecek fiilleri işleyenler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını imkân dâhilinde görmemektedirler. Genellikle kanunlar taksirle işlenen fiiller hakkında tedbirlerin uygulanmasını kabul etmezken, İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları taksirli fiiller hakkında da tedbirlerin tatbikini kabul etmektedir. Bazı ülkeler (Fransa, Belçika) basın ve siyasi suçlar hakkında tedbirlerin uy-

²⁰ Örneğin 1930 İtalyan CK. 202 nci maddesinin 1. fıkrası, güvenlik tedbirlerinin sadece toplumsal bakımdan tehlikeli şahısların kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiili işlemeleri halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası “Ceza kanunu toplumsal bakımdan tehlikeli şahıslara kanun tarafından suç olarak öngörülmemen fiili nedeniyle emniyet tedbirlerinin uygulanacağı halleri belirler” demektedir. 1930 İtalyan CK. 202 nci maddesinin 2. fıkrasının karşılığını oluşturan ve kanunun suç saydığı bir fiili henüz işlememiş olan bir şahsa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını öngören Rocco Tasarısının 203 üncü maddesinin 2. fıkrası, 1928 Ceza Hukukunu Birleştirme Konferansında (Roma) itirazlara neden oldu. Bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin uygulanması kanunun tehlikeli hali belirtmesine ve suçun işlenmesine bağlı olduğundan, İtalyan Tasarısının 203 üncü maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü güvence, 2. fıkra tarafından reddedilmiştir. Bu görüşe karşılık **Rocco ve Ferri**, tasarının 52 ve 113 üncü maddeleriyle (Bu hükümler 1930 İtalyan Ceza Kanununun 49 ve 115 inci maddelerini karşılamaktadır) ilgili halleri öngören 203 üncü maddenin 2. fıkrasının muhafaza edilmesi düşüncesindedir. Konferans Garofalo’nun teklifi üzerine 2. fıkra yapılan “Bu fıkra İtalyan Ceza Kanunu (CK.) ve İtalyan CK. 52 ve 113 üncü maddelerine benzer veya onlarla aynı hükümleri ihtiva eden diğer kanunlar tarafından kabul edilmiştir” şeklindeki ilâveyle söz konusu fıkranın korunmasına karar verdi. Belirtelim ki 1930 İtalyan CK.202 nci maddesinin 2. fıkrası sadece işlenemez suç halinde (m.49) veya kanun aksini öngörmedikçe birkaç şahsın bir suçu işlemeye karar vermeleri ve fakat icraya geçmemeleri vaziyetinde (m.115) uygulama olanağı bulmaktadır. bkz. **Hedayati**, a.g.e., s.104-105.

²¹ **Hedayati**, a.g.e., s.105-106.

gulanmasına müsaade etmemektedir. Birçok kanunlar suçun belli bir ağırlıkta olmasını ararlar. (örneğin, 1934 Fransız CK. Tasarısı, 1950 Yunan CK.) Bazıları hükmedilen en son cezanın ağırlığının göz önüne alınmasını kabul eder (Fransa, Avusturya)²².

3. Güvenlik Tedbiri Kanun Tarafından Öngörülmalıdır

Suç ve cezaların kanuniliği kuralı güvenlik tedbirleri hakkında da geçerlidir²³. Gerçekten hâkim, suç teşkil eden bir fiil işlenmedikçe²⁴ ve kanunen belli hal ve durumlar mevcut olmadıkça tedbire karar veremeyeceği gibi, kanunda yazılı olmayan bir güvenlik tedbirinin uygulanmasını da emredemez.

Bu husus YTCK.nun 2 nci maddesinin 1 nci fıkrasının 2 nci cümlesinde; “Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz” şeklinde ifadesini bulmuştur. Diğer bir deyişle kanunda yazılı tedbirler bir suçun işlenmesini müteakip sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama olanağı bulurlar.

Kurala bazı Anayasa²⁵, ceza kanun ve tasarılarında²⁶ açıkça rastlanmaktadır. Ancak genellikle kanunilik kuralı ülkelerin mevzuatlarında sarıh olarak yer almamaktadır.

4. Güvenlik Tedbirine Hakim Hükmetmelidir.

Güvenlik tedbirlerine karar vermek durumunda olan iki merci düşünebilir: İdari makam veya mahkeme.

Bir sisteme göre her çeşit önleyici önlemlere karar verebilme yetkisi idari makamlara bırakılmalıdır. Bu sistemi savunanlar aşağıdaki gerekçeleri ileri sürerler:

a) Hâkimler yeni yetkilerle donatılmamalıdır.

²² Hermann, a.g.m., s.197.

²³ Aksi fikri savunan **Battaglini**’ye göre ceza kanunilik ilkesine tabi olduğu halde, güvenlik tedbiri takdiri olabilir, bkz. **M.G. Battaglini**, La peine dans le système des sanctions juridiques in: Revue internationale de droit pénal, sy. I, Paris 1924, s.52-66,64.

²⁴ İstisna için bkz. 1930 İtalyan CK. m. 202/2.

²⁵ Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.38.

²⁶ Örneğin 1930 İtalyan CK. ’nun 199 uncu maddesinde; “Hiç kimse kanun tarafından öngörülen haller dışında ve sarıh olarak kanunda yer almayan emniyet tedbirlerine tabi tutulamaz” denmektedir. 1934 Fransız Ceza Kanunu Tasarısının 7 nci maddesi, “Hiçbir emniyet tedbiri kanunda öngörülen hal ve şartlar dışında hükmedilemez” demek suretiyle kanunilik kuralını benimsemiştir.

b) Güvenlik tedbirlerine karar verilirken fiil ile yaptırım arasındaki orana göre hareket edilmesi şart olmadığına göre, hâkimi oranın söz konusu olmadığı işlere karıştırmamak lazımdır.

c) Hâkimler benzer olaylar hakkında değişik tedbirler uygulayabilirler²⁷.

Güvenlik tedbirlerine hâkimin karar vermesini savunanların gerekçeleri ise şunlardır:

a) Kendisine gönderilen dosyadaki mevcut bilgilere göre ve faili görmeden karar veren idari makama nazaran olaya ve faile yakınlığı nedeniyle hâkim daha yerinde bir tedbire hükmeder²⁸.

b) Güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olduğu kadar failin şahsiyetinin tanınmasını gerektirir. Şahsiyetin tanınması ise, adli psikoloji, suç istatistikleri, adli tıp, kriminoloji vs. konularında uzmanlığa ihtiyaç gösterir. Bu nedenle idari makam ve hatta hukuk hâkimi güvenlik tedbirine hükmedemez. Milletlerarası Ceza Hukukunu Birleştirme 2. Konferansı (Roma 1928) Devletlere güvenlik tedbirlerinin iyi bir şekilde uygulanması için mutlaka ceza hâkimlerinin uzmanlaşmaları gerektiğini tavsiye ederek yetkinin ceza hâkiminde olduğunu belirtmiştir²⁹.

c) İdari makamın ceza davasına dâhil edilmesi masrafları arttırdığı gibi zaman kaybına da neden olur.

d) İdari makam önünde savunma imkânlarına fazla sahip olmayan sanık, haklarını mahkeme karşısında daha iyi korur.

e) Cezalar ve güvenlik tedbirleri kural olarak bir suçun işlenmesinden sonra hükmedildiklerinden her ikisine de aynı merciin karar vermesi daha yerinde olur. Tedbirlere hükmedilmesi için suçun işlenmesinin değil, fakat tehlikeli halin bulunmasının şart koşulduğu hallerde, idari makamlara yetki verilebileceği düşünülebilirse de, bu husus işi lüzumundan fazla güçleştirir.

f) Cezanın alanı yeni kanun ve tasarılar da yer alan güvenlik tedbirleri vasıtasıyla daraldığından, tedbirlere hükmetme yetkisinin idari makamlara

²⁷ **Arturo Corrado**, Die sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco, Bern 1935, s.36 (Bern Doktora Tezi); **Ayhan Önder**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cezalar Sistemi, Cezaların Somut Olaya Uygulanması, Dava ve Cezayı Düşüren Nedenler, c.III, İstanbul 1989, s.109.

²⁸ **Corrado**, a.g.e., s.37.

²⁹ **Hedayati**, a.g.e., s.110.

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

verilmesi hâkimin otoritesinin zayıflamasına neden olacaktır. Bu hususun engellenmesi hâkime güvenlik tedbirlerine hükmetme yetkisinin verilmesiyle sağlanabilir.

Hâkimin görevi ceza vermek ve toplumu güvenlik tedbirleri vasıtasıyla korumaktır. Ayrıca kişi hürriyetini güvence altına almak zorunda olan hâkim, yeterli neden olmadan kişiyi hürriyetinden mahrum bırakamaz.

Buna karşılık idari makamın görevi cezayı infaz etmek yani mahkemenin kararını yerine getirmektir. Güvenlik tedbirlerinin infazıyla ilgili olarak idari makam ayrıca, failin iyileştiğini tespit etmek ve bu saptamayı hâkime bildirmek zorundadır. Yeni bir kararla kişinin serbest bırakılmasına hükmetmek hâkimin görevidir³⁰.

Uygulamada, henüz suç işlememiş ve kusur ehliyeti olmayan şahıslar hakkında güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesine idari makamlar yetkili kılınmaktadır. Buna karşılık bir suç nedeniyle tedbire karar verilebileceği durumlarda yetki, mahkemeler veya mahkeme vazifesi gören mercilere bırakılmıştır (örneğin, 1930 İtalyan CK. m.205; 1937 İsviçre CK. m.42,43,44, 53–61). Genellikle ülkeler olay mahkemesine güvenlik tedbirlerine hükmetmek yetkisini vermektedir (örneğin Fransa, Yunanistan, Polonya, Romanya).

Bazı ülkelerde olay mahkemesi yanında bir gözetim hâkimi yetkilidir (İtalya, Portekiz, Brezilya). Ancak gözetim hâkiminin güvenlik tedbirlerine hükmetme yetkisi duruşma haricindedir yani daha sonraki bağımsız bir dava münasebetiyle veya failin kusur yeteneği olmaması dolayısıyla muhakemenin durması kararından sonradır.

Hemen hemen bütün ülkelerde tedbirlere karar veren hâkim onların nevi'lerinin tayininde de yetkilidir. Ancak Norveç Hukukunda güvenlik tedbirinin hükmedilmesine hâkim, bunun nevinin tesbitine ise, ceza infaz makamı yetkilidir. Belçika ve Hollanda (Hollanda sadece akıl hastaları hakkında) Hükümete göndermeyi öngörmektedir. Olay mahkemesinin tecride izin ve yukarı süresini belirlediği Belçika'da güvenlik tedbirine ve seçimine hükmetmek Hükümete bırakılmıştır. Hollanda da hâkim ya akıl hastasını doğrudan doğruya akıl hastanesine gönderebilir veya onu Hükümetin takdir hakkını kullanarak seçtiği bir akıl hastanesine yerleştirebilir. İsveç'te güvenlik tedbirlerine karar vermeye yetkili olan mahkeme, tedbire karar vermek istediği zaman özel bir

³⁰ Corrado, a.g.e., s.37.

komisyonun müsaadesini almak zorundadır. Mahkeme komisyonun raporuyla bağlıdır. Komisyon tedbire hükmedilmesini reddederse, mahkeme tedbire hükmedemez. Finlandiya’da ise, mahkemenin hükmedilmesine izin verdiği güvenlik tedbirine, bütün Finlandiya için yetkili bir komisyon karar verir.

Milletlerarası Ceza Hukuku ve Cezaevleri Komisyonunun (1950) aldığı karara göre, güvenlik tedbirlerinin seçim ve hükmedilmeleri bilirkişinin veya özel bir komisyonun dinlenmesini müteakip, sadece olağan mahkemelerin yetkisine girer³¹.

Genellikle eski tarihli kanunlar kanuni şartların mevcudiyeti halinde tedbirlere hükmedilmesini zorunlu tutmaktadırlar (örneğin, Fransa, Norveç, Finlandiya). Mahkemeye tehlikeli hali tespitinde takdir yetkisi tanıyan diğer bazı ülkeler, mahkemenin tehlikeli hali tespit etmesi durumunda, tedbirlere hükmedilmesi zorunluğunu getirirler. Kanunun tehlikeli hali mevcudiyetini varsayması halinde, tedbirlere hükmetmek zorunludur (İtalya, Brezilya, Portekiz). Yeni kanunlar tehlikeli hali tespit eden hâkime, tedbirlere hükmedip hükmetmeme hususunda takdir yetkisi tanırlar (İngiltere, İsviçre, İsveç, Danimarka, Romanya). Bugünün ceza hukuku sanığın şahsi durumuna uygun bir tedavi sağlamak için hâkime, güvenlik tedbirlerine hükmedip etmeme ve hükmedilen tedbirin nev’ini seçme hususunda daha geniş bir takdir yetkisi tanımak eğilimindedir³².

II. Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği, Ceza ile Benzer ve Farklı Noktaları

1. Hukuki Niteliği

Suçun işlenmesini müteakip yeni suçların işlenmemesi için kişinin arzusu hilafına uygulanan ve bu nedenle kişiye acı ve ızdırap veren güvenlik tedbirlerinin bizatihi amacı kişiye acı ve ızdırap çektirmek değildir. Acı ve ızdırap, tedbirlerin tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur. Geçmişte işlenen bir fiile karşılık hükmedilen cezanın amaçları arasında kefarete, ödetme gayesinin de bulunmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin amacı toplum bakımından tehlikeli şahısların ileride suç işlemelerinin önlenmesidir. Diğer bir deyişle güvenlik tedbirleri, tehlikeli halde bulunduğunu suç teşkil eden fiiliyle ortaya koyan şahsın, yeni suçlar işlememesi için uygulanır³³. Kısaca güvenlik tedbirlerinin

³¹ Hermann, a.g.m., s.198-199.

³² Hermann, a.g.m., s.197.

³³ 1930 İtalyan Ceza Kanunu (m.202/1) güvenlik tedbirlerinin tatbiki için iki şartın varlığını

amacı suçta tekerrürün önlenmesidir. Gelecekteki bir suçun işlenmesi tehlikesine karşı toplumun savunulmasıdır. Acı ve ızdırap çektirme hâssasına sahip olmayan ve kefarete, ödetme amacı taşımayan tedbirleri, bir ceza müeyyidesi olarak nitelenmek mümkün değildir. Bunlar yeni suçların işlenmesi tehlikesine karşı toplumun savunulması için düşünülmüş olan önleme, tedavi vasıtalarıdır³⁴. Tedbirler sorumlu veya sorumsuz şahıslara karşı uygulanabileceği gibi mallar hakkında da uygulanabilir.

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğini 5237 sayılı TCK. açısından incelediğimizde; TCK'nun genel hükümlere ilişkin birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmında, ceza ve güvenlik tedbirlerinin ayrı bölümlerde düzenlendiği görülmektedir. Kanunun 45. maddesinde; suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların hapis cezası ve adli para cezası olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi kanun koyucu güvenlik tedbirlerini ceza olarak öngörmemiş, cezaların hapis cezası ve adli para cezası olduğunu hüküm altına almıştır. Güvenlik tedbirlerine 5237 sayılı TCK'nun 53 ila 60. maddeleri arasında ayrı bir bölüm içerisinde yer verilmiştir. Buna göre YTCK'nun benimsediği yaptırım teorisi dikkate alındığında, güvenlik tedbirlerinin bir suç karşılığında uygulanan ceza olmadığı anlaşılmaktadır.

2. Ceza ile Benzer Noktaları

Suçlulukla mücadelede cezayı tamamlamaya çalışan güvenlik tedbirleri cezayla benzerlikler arz eder. Gerçekten ceza gibi güvenlik tedbirleri de kanunilik prensibine tabidir (5237 sayılı TCK. m.2/1). Hâkim güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren kanuni bir durum olmadıkça tedbire karar veremeyeceği gibi kanunda yazılı olmayan bir güvenlik tedbirinin tatbikine de karar veremez. Bundan başka her iki nev'i müessese arasında konu bakımından da bir farklılık yoktur. Ceza ve güvenlik tedbirleri hürriyeti sınırlayabilecekleri gibi istisnai olarak mallara da ilişkin olabilirler. Ayrıca ceza gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanması da bazı istisnalar haricinde bir suçun işlenmiş olmasına bağlıdır. Suç tehlikeli halin belirtisini teşkil etmelidir. Suçun fail tarafından işlendiği usulen tespit edildikten sonra ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkemeler karar verir³⁵. Ceza ve güvenlik tedbirleri faili uslandırmayı

aramaktadır: Bir suçun işlenmiş bulunması ve failin toplum için tehlikeli olması. Aynı esas 7.12.1940 Brezilya CK. (m.76) tarafından da kabul edilmiştir.

³⁴ **Zeki Hafizoğulları**, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987, s.243 vd.

³⁵ Doktrinde henüz suç işlememiş tehlikeli halde bulunan kişiye güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği fikri ileri sürüldüğü gibi, yardım ve koruma tedbirlerine hakimlerin yanında

ve onu topluma yeniden kazandırmayı gaye edinirler³⁶. Bu benzerlikleri göz önüne alan pozitivistler tedbirler ile cezanın aynı nitelikte olduğu sonucuna vararak güvenlik tedbirlerinin ceza yerine geçmesini savunurlar³⁷.

Bunun yanında doktrinde ceza ve güvenlik tedbirleri arasında nitelik bakımından bir fark olmadığı, nicelik farkının bulunduğu ileri sürülmüş, ardından ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki benzerlikler ortaya konulmuştur³⁸.

3. Ceza ile Farklılıkları

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin tanımlarının karşılaştırılması bu iki müessesede arasındaki farkı ortaya koyduğu gibi pozitivist düşünceden ayrılmayı da sonuçlar. Gerçekten ceza uygulandığı kişiye acı ve ızdırap verir. Suça mukabil tatbik edilen cezanın amacı geçmişte işlenen fiile karşılık kefarete, gelecek bakımından ise, özel ve genel önlemedir. Güvenlik tedbirleri ise, sadece ileriye yöneliktir. Failin tekrar suç işlemesini önlemeye ve dolayısıyla toplumu korumaya çalışır. Kusur ehliyetine sahip olan veya olmayan failin tehlikeli halini uygun bir tedaviyle yok etme gayesini güder. Diğer bir deyişle güvenlik tedbirinin esası toplumu bazı kişilerde görülen tehlikeli hale karşı uygun vasıtalarla korumaktır³⁹. Güvenlik tedbirinin amacı, aynı zamanda kişinin ıslahı, terbiyesi

doktorların da vazife gördüğü heyetler tarafından hükmedilmesi gerektiği de savunulmuştur. Bkz. **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.I, s.404.

³⁶ Ceza ve güvenlik tedbirlerinin ortak nitelikleri konusunda bkz. **Hedayati**, a.g.e., s.23; **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.I, s.404; **Donnedieu de Vabres**, a.g.e., s.401; **Dönmezer-Erman**, Dersler, s.598; **Faruk Erem**, Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri, AHFD, c.I, sy.3, Ankara 1944, s.351-378,352; **Taner**, a.g.e., s.582.

³⁷ **Rabinowicz**'e göre Klasik ve Eklektik Müelliflerin ileri sürdüklerinin aksine ceza ve güvenlik tedbirleri arasında fark yoktur. Her iki müessesenin amaçları aynı olup, suçu önlemektir. Şu halde her ceza bir güvenlik tedbidir ve her güvenlik tedbiri bir cezadır, bkz. **Léon Rabinowicz**, Mesures de Sûreté, Etude de politique criminelle, Paris 1929, s.130, 157-158.

³⁸ Bu görüşe göre, ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki benzer noktalar şunlardır: Güvenlik tedbirlerinin failin tedavi ve terbiyesini sağladığı belirtilmekte ise de, cezalar da faili tedavi ve terbiye ederler. Güvenlik tedbirleri gibi cezalar da suç işleyen kişilerin topluma kazandırılması ve toplum kurallarına uymalarına yardımcı olur. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan güvenlik tedbirleri ile hapis cezaları da benzerlik göstermektedir. Zira her ne kadar ismi güvenlik tedbir olsa dahi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan güvenlik tedbirlerinin kişiye azap ve ızdırap vermemesi düşünülemez. Hakim somut cezayı tayin ederken failin tehlikelilik halini de dikkate aldığı ve buna göre cezayı belirlediği için, güvenlik tedbiri için belirleyici rol oynayan failin tehlikelilik hali, ceza için de geçerlidir. Cezalar gibi güvenlik tedbirleri de ceza kanunlarında yer almaktadır. Aynı şekilde cezaların kanuniliği prensibi, güvenlik tedbirleri için de geçerlidir.

Cezalar gibi güvenlik tedbirlerine de hakim tarafından hükmedilmektedir. Bkz. **Önder**, a.g.e., c.III, s.102, 103.

³⁹ Konuyla ilgili olarak Stoos şöyle demektedir: "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin benzerliği sadece dış görünüş bakımındandır. Aslında her iki yaptırım kesin olarak birbirlerinden farklı-

ve onun topluma tekrar kazandırılmasıdır. Suç işleyerek tehlikeliliğini ortaya koyan kişinin, iyileştirilmesi, eğitilmesi, tehlikeli kişiliğinden arındırılması, bulunduğu kriminojen ortamdan kurtarılmasıdır⁴⁰. Bununla beraber hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri uygulanmasının kişi üzerinde acı ve ızdırap meydana getirdiği, tedbirlerin nitelikleri gereği müddetsiz oluşları nedeniyle ceza yaptırımını kadar hatta ondan da ağır oldukları gözden uzak tutulmamalıdır⁴¹. Ancak fail tarafından acı ve ızdırap şeklinde hissedilse dahi, güvenlik tedbirlerindeki bu etki tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur. Acı ve ızdırap çektirme, tedbirlerin bizatihi gayesi değildir. Zorla tatbik edildiklerinden meydana gelen ızdırabın, tedavi ve ıslah gayelerinin elde edilmesi için zorunlu olan asgari haddi aşmamasına özellikle dikkat edilmelidir.

Ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki amaca ilişkin bu esas farktan aşağıdaki sonuçlar çıkmaktadır:

1. Ceza ve güvenlik tedbirleri nitelikleri gereği süre bakımından birbirlerinden ayrılır. Kanun işlenen fiil karşılığı öngörülen cezanın süresini önceden tespit ettiği halde, faildeki tehlikeli hal sebebiyle uygulanan güvenlik tedbirinin ne kadar devam edeceğini belirtmemiştir. Gerçekten failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin devam süresi, bir doktorun hastasının ne kadar zaman içinde iyileşeceğini bilemeyeceği gibi, önceden öngörülemez. Failin toplum bakımından gösterdiği tehlike devam ettikçe güvenlik tedbiri uygulanır. Bu bakımdan güvenlik tedbirleri nitelikleri gereği müddetsiz hüküm şeklinde görünürler⁴². Ancak sürenin belirsizliği failin uslandırılması üzerinde olumsuz bir etki yaratabileceğinden genellikle kanunlar tedbirin en aşağı veya en yukarı haddini tespit etmişlerdir (Nispi Müddetsiz Hüküm). Nitekim bazı ülkeler infaz sırasında mahkûmun tamamen ümitsizliğe kapılmaması ve hareketsiz kalmaması düşüncesiyle tedbirin azami devam süresini belirlemişlerdir (örneğin Belçika, İspanya, 1934 Fransız Tasarısı). Buna karşılık koruma, ıslah ve iyileştirme gayelerinin ancak uzun bir süre zarfında sağlanabileceği ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin fayda-

dır. Cezanın uygulanması fiili duruma kısaca suça dayanır. Fiilin gerçekleştiği bir kez tespit edildikten sonra, hakimin kanundaki cezaya hükmetmekten başka yapacağı bir şey yoktur. Aksine güvenlik tedbirinde cezai yaptırımın ölçütü suç değildir. Yaptırımın kriteri failin şahsi durumu olup, suç tehlikeli halin basit bir belirtisidir”, bkz. **Hedayati**, a.g.e., s.25-26 dn.4.

⁴⁰ Krş. **Zeki Hafizoğulları**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.438.

⁴¹ Fransız Müelliflerinden **Roux**, istek dışı uygulanan tedavi tedbirinin zorlama oluşturduğu ve ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin bir kimsenin arzusu hilafına kapatıldığı yerin onun için bir cehennem sayıldığı fikrindedir, bkz. **J.-A.Roux**, Cours de droit criminel français, t.I, Droit pénal, 2. e éd., Paris 1927, s.375-376.

⁴² **Hedayati**, a.g.e., s.26.

dan çok zarar getireceği düşüncesinde olan diğer bazı ülkeler tedbirin asgari devam süresini tespit etmişlerdir (örneğin İtalya, Brezilya, Polonya). Üçüncü bir kategoriye giren ülkeler, sürenin en aşağı ve en yukarı haddini belirtirler (İngiltere corrective training ve preventive detention için, Romanya). Genellikle ülkeler akıl hastaları konusunda sürenin azami haddi belirtmezler (Aksi yönde, Belçika, 1934 Fransız Tasarısı)⁴³. Bununla beraber azami süreyi öngören ülke kanunları, tehlikeliliğin devam etmesi durumunda hâkime süreyi uzatma yetkisi vermişlerdir (Belçika, Hollanda). Güvenlik tedbirlerinin süresi İngiltere ve Danimarka gibi ülkelerde filin nev'i ve ağırlığına bağlı değildir. Brezilya (7.12.1940 Brezilya CK. m 91)⁴⁴ gibi bazı ülkeler akıl hastaları hakkındaki güvenlik tedbirlerinin süresini işlenen fiilin ağırlığına bağlı tutarken, İsveç'te fiilin ağırlığı sadece göz önüne alınır⁴⁵.

2. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin infazı aynı nev'i cezaların infazından farklılık arzeder. Ödetici bir nitelik taşıyan cezanın uygulanmasıyla kişiye acı ve ızdırap verme düşüncesinin güvenlik tedbirlerinin infazında yeri yoktur. Bu bakımdan haklarında söz konusu tedbirler uygulanan hükümlüler, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanların rejiminden farklı bir rejime tabi tutulur. Güvenlik tedbirlerinin infaz edildiği müesseselerde pedagojik ve tıbbi kurallar geçerlidir. Bu kurumlarda mahkûmun cezalandırılmasına değil, toplum için arz ettiği tehlikeli halin yok edilmesiyle ıslahına, iyileştirilmesine çalışılır. Gerek nevi'leri ve gerek uygulanış şekilleri bakımından cezaların sınırlı olmalarına karşılık, toplum için tehlike arz eden bir kimsenin bu halinin ortadan kalkması maksadını güden güvenlik tedbirleri tehlikeli hal kişiden kişiye değiştiğinden her şahsa göre değişik şekil ve uygulanış özelliği gösterir. Tedbirlerin bir nev'i ile infaza başlandıktan sonra kişinin bu tedbire gösterdiği reaksiyona göre, diğerlerine geçilebilir veya bir tedbir yerini başka bir tedbire bırakabilir. Güvenlik tedbirlerinin başlıca gayesi suçluyu ıslah ve terbiye, onun toplum hayatına yeniden intibakını sağlamak olduğundan, tedbirin infaz edildiği kurumdaki mahkûmun yaşantısı, mümkün olduğu kadar normal hayat şartlarına yaklaşmalıdır. Diğer bir deyişle yukarıda da belirtildiği gibi tedbirlerin zorla tatbikiyle mahkûm üzerinde meydana gelen acı ve ızdırap, asgari ölçüye indirilmelidir⁴⁶.

⁴³ 1937 İsviçre CK., akıl hastası suçluların bir hastanede tedavi altına alınması tedbirinin süresinden bahsetmemiştir (m.43).

⁴⁴ Brezilya CK. için bkz. Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940 (Çev: **Dietrich Lang-Hinrichsen**), Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXI, Berlin 1953.

⁴⁵ **Herrman**, a.g.m., s.197-198.

⁴⁶ **Hedayati**, a.g.e., s.26-27, 129-130; **Hafizoğulları**, Ceza Normu, s.245.

3. Güvenlik tedbirlerinin tek amacı toplumu tehlikeli suçlulara karşı -onların toplumdan uzaklaştırılmaları veya yeniden kazandırılmaları yoluyla- korumak olduğundan, söz konusu şahısların normal, akıl hastası, yetişkin, küçük kısaca manevi sorumluluğa sahip olup olmamaları tedbirler açısından önemli değildir. Suç işleyenleri korkutmak suretiyle gelecekteki olası suçların önüne geçmeyi gaye edinen ceza, korkmalarına imkân olmayan şahıslara (örneğin tam akıl hastaları) tatbik edilemez. Bu bakımdan ceza ancak manevi sorumluluğu haiz olan kimselere verildiği halde (kusursuz ceza olmaz prensibi) güvenlik tedbirleri, irade serbestisi ve temyiz kudretine sahip olmayan kişiler hakkında da ve hatta özellikle bu kişilerin toplum bakımından daha büyük bir tehlike oluşturdukları düşüncesiyle uygulanır⁴⁷.

4. İşlenen fiil nedeniyle hükmedilen ceza, nev'i ve süresi bakımından suçlunun manevi sorumluluk derecesi ve suçun ağırlığıyla orantılıdır. Bu nedenle çoğu kez kısa süreli de olabilir. Buna karşılık failin manevi sorumluluğu ve suçun objektif ağırlığının güvenlik tedbirleri üzerinde bir etkisi yoktur. Güvenlik tedbirlerine failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir. Tedbirin süresi failin tehlikeli hali ile orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan tedbir, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir. Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlikeli halinin yok edilmesi gayesini güden tedbir, tehlikeli halin ortadan kalkmasıyla yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan tehlikeli halin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilemez⁴⁸.

5. Ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki diğer bir fark da kanunların zaman itibarıyla uygulanması, genel af, özel af, erteleme, zamanaşımı gibi konularda, cezalara ilişkin hükümlerin güvenlik tedbirleri hakkında geçerli olmamasıdır. Aşağıda bu konulara değineceğiz.

a) Güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunların mutlak olarak derhal uygulanmaları, yani yürürlüğe girdikleri andan itibaren failin işlendiği zamana bakılmadan tatbik edilmeleri gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş, aşağıdaki gerekçelere dayanmaktadır:

aa) Azap ve ızdırap verici bir niteliğe sahip olmayan güvenlik tedbirleri, suçlunun manevi sorumluluğuna ve suçun ağırlığına göre değil, suçlunun

⁴⁷ Bouzet-Pinatel, a.g.e t.I., s.405; Roux, a.g.e., t.I, s.383; Vidal-Magnol, a.g.e., t.I, s.616-617; Hedayati, a.g.e. s.27; Dönmezer-Erman, Dersler, s.596-597; Erem, a.g.m. s.353; Hafızoğulları, Ceza Normu, s. 245-246.

⁴⁸ Bouzet-Pinatel, a.g.e., t.I., s.406; Hedayati, a.g.e., s.28; Vidal-Magnol, a.g.e., t.I, s.616-617; Erem, a.g.m., s.353; Donnedieu de Vabres, a.g.e., s.900.

topluma karşı gösterdiği tehlike halinin derecesine göre verilir. Bu hal, karar anındaki duruma göre hesaplanır. Hâkim, hâlihazır tehlike halini göz önüne alarak kararını vereceğinden, fail, fiili işlediği sırada daha hafif bir yaptırımın kendisine uygulanacağını beklediğini ileri süremez.

bb) Güvenlik tedbirleri arasında cezalar gibi derece farkı olmadığından, birisinin diğerinden daha hafif olduğu iddia edilemez.

cc) Güvenlik tedbirleri, suçluya ıslah ve terbiye yoluyla topluma kazandırma ve yeniden suç işlemesine engel olmak suretiyle de toplum düzenini koruma amacını güttüğünden, bu amaca en uygun tedbirin son çıkan kanundaki (karar anında yürürlükte olan kanun) tedbir olduğu varsayılmaktadır⁴⁹. Güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması kuralı örneğin 1930 İtalyan (m.200)⁵⁰, 17.8.1950 Yunanistan (m.4/1)⁵¹, 7.12.1940 Brezilya (m.75) ve istisnaları saklı tutmak suretiyle Federal Almanya (§ 2/6) Ceza Kanunları tarafından kabul edilmiştir.

Bununla beraber öğretilerde güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması kuralının bir sınırlandırmaya bağlı tutulduğu gözlenmektedir. Gerçekten güvenlik tedbirlerini bir ayırıma tabi tutan bazı yazarlar, cezaya çok yaklaşan veya adeta ceza işlevini gören tedbirler (hürriyeti bağlayıcı veya kısıtlayıcı tedbirler) hakkında lehte olan kanunun uygulanması, diğer tedbirler, yani failin korunması veya ona yardım amacını güden güvenlik tedbirleri için ise, yeni kanunun derhal uygulanması görüşünü savunmuşlardır⁵².

b) Genel af güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel teşkil eder. Gerçekten genel af işlenen fiilin suç olma vasfını, hükmolunmuş ise cezaları ve mahkûmiyetin bütün cezai sonuçlarını ortadan kaldırdığına ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bir suçun işlenmiş olması şart olduğuna göre,

⁴⁹ **Hedayati**, a.g.e., s.118; **Roger Merle-André Vitu**, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 5. e éd., Paris 1984 s.318; **Donnedieu de Vabres**, a.g.e., s.400.

⁵⁰ İtalyan CK için bkz. *Das Italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Konigl. Dekret Nr.1398)* (Çev **Roland Riz**), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher Nr.XC*. Berlin 1969.

⁵¹ Yunanistan CK için bkz. *Das griechische Strafgesetzbuch vom 17 August 1950*, (çev: **D.Karanikas**), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr.LIX*, Berlin 1953.

⁵² **Thorman-von Overbeck** (40, dn. 16), zikreden **Paul Logoz**, *Commentaire du code pénal suisse, partie générale (Art. 1 à 110)*, Neuchâtel-Paris 1939, s.9-10; **Merle-Vitu**, a.g.e., s.319; aynı yönde **Donnedieu de Vabres**, a.g.e., s.900.

genel af güvenlik tedbirlerinin tatbikini engeller⁵³. Bununla beraber güvenlik tedbirleri kişinin tehlikeli hali nedeniyle tatbik edildiklerinden doktrinde af kanununun çıkmasından sonra da akıl hastalarının bir tedavi ve koruma müessesine kapatılmalarına ve küçüklerle ilgili tedbirlerin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁴.

Konuyla ilgili olarak mukayeseli hukukta başlıca üç sisteme rastlanmaktadır:

aa) Birinci sisteme göre, genel afla dava düştüğünden güvenlik tedbirlerine hükmedilemez. Hükmedilen tedbirlerin infazları sona erer (1930 İtalyan CK. m.210/1).

bb) Bazı kanunlar genel affin güvenlik tedbirlerine herhangi bir etkisi olmayacağını sarıh olarak ifade etmektedirler (Örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.172)⁵⁵.

cc) 1934 Fransız CK. Tasarısının 90 ncı maddesi, genel affin güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel teşkil edeceğini belirtmektedir. Ancak aynı tasarının 92 nci maddesi genel affin, kişinin bir tedavi kurumuna konulması ve mala ilişkin tedbirlere etkili olmayacağını öngörmektedir⁵⁶.

Genel affin tedbirlere etkisi konusunda genel bir hükme yer vermeyen 5237 sayılı TCK. sadece söz konusu affin müsadere edilen eşya üzerinde tesiri olmayacağını belirtmektedir. Kanunun 74 ncü maddesine göre, müsadere edilen eşya genel afftan sonra geri verilmez (ETCK. m.100).

Genel affin güvenlik tedbirlerine etkisi hakkında yapılan tartışmaların sona ermesi, kanun koyucunun af kanununda açık hükümlere yer vermesiyle mümkündür.

c) İnfaz ilişkisini etkileyen (kesinleşmiş cezayı ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren) özel affin güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına tesiri yok-

⁵³ **Marc-Henri Thélin**, Nature et régime juridique des mesures de sûreté, Lausanne 1931, s.138 (Lozan Doktora Tezi); **Erem**, a.g.m, s.354; aksi fikir için bkz. **Dönmezer-Erman**, Dersler, s.700; **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.I, s.408,860; **Jean Constant**, Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif belge, t.II; Les peines et les mesures de sûreté, Liège, 1960, s.1135-1136; **Jean-Paul Doucet**, Précis de droit pénal général, Liège, 1976, 284.

⁵⁴ **Thélin**, a.g.e., s.138; **Trousse**, Nouvelles de droit pénal, t.I, no.1959, zikreden **Doucet**, a.g.e., s.284, dn. 23.

⁵⁵ Romanya CK. için bkz. Rumanisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960, (Çev. **Paula Tiefenthaler-Alois Provasi**) Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr.LXXXI,Berlin 1964.

⁵⁶ **Hedayati**, a.g.e. , s.124.

tur. Gerçekten infaz ilişkisinin etkilenmesi, örneğin kesinleşmiş cezanın infaz edilmemesi, failin toplum bakımından tehlike teşkil etmesini ortadan kaldırmaz. Güvenlik tedbirleri failin toplum bakımından tehlike arz etmesi nedeniyle uygulandıktan sonra, tedbirlerin neticelerini tayinde de sadece tehlike halini göz önüne almak gerekir⁵⁷.

Özel affin güvenlik tedbirlerine tesiriyle ilgili olarak mukayeseli hukukta çeşitli çözüm tarzlarına rastlanmaktadır:

aa) 1934 Fransız CK. Tasarısının 90 ıncı maddesi, özel affin güvenlik tedbirlerinin infazını engelleyeceğini öngörmektedir. Bu hüküm doktrinde eleştiriyeye uğramıştır⁵⁸.

bb) Bazı kanunlar özel affin, güvenlik tedbirlerinin infazına herhangi bir etkisi olamayacağını açıkça belirtmişlerdir (Örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.173).

cc) 1930 İtalyan CK.nun sistemi şudur: Cezanın ortadan kalkması kural olarak güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini engeller. Ancak istisnai olarak kanunun hükmedilmesine her zaman müsaade ettiği (failin itiyadi, profesyonel veya suça eğilimli olması halleri, m.109) güvenlik tedbirleri asli cezanın tamamen ortadan kalkmasından etkilenmezler. On yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı asli cezanın affa uğraması halinde güvenlik tedbirinin infazına devam edilir. Ancak bu tedbir ziraî bir kolonide veya bir çalışma müessesinde bulundurulmaktan ibaret ise, bunların yerini gözetim altında serbestlik tedbiri alır (1930 İtalyan CK. m.210/2).

Özel affin güvenlik tedbirlerine etkisi hakkında 765 sayılı TCK'da genel bir hüküm bulunmamaktaydı. 1889 İtalyan Ceza Kanununun kanun veya kararnamesinde aksi yazılı olmadıkça özel affin, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına alınma tedbirine etki etmeyeceğine ilişkin 87 nci maddesi ETCK'ya alınmamıştı. Bu durum özel affin güvenlik tedbirlerine etki edeceği anlamına gelmemekteydi. Gerçekten emniyeti umumiye nezareti altına alınma tedbirinden bahseden ve 15.4.1987 gün ve 3552 sk. ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nun 42. nci maddesi, emniyet nezareti yaptırımının "... asıl cezanın ikmal veya kısmen veya külliyen affolunduğu tarihten..." başlayacağı hükmünü öngörüyordu. Bu maddedeki af, özel af olduğundan, özel

⁵⁷ Erem, a.g.m., s.354.

⁵⁸ Hedayati, a.g.e., s.124.

affin güvenlik tedbirinin tatbikine etkili olamayacağını diğer bir deyişle özel affa rağmen tedbirin uygulanacağını ETCK.⁵⁹ açıkça belirtmişti.

Aynı şekilde 5237 sayılı TCK'da da özel affin güvenlik tedbirlerine etki edip etmeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TCK'nun 65 inci maddesinin 2 nci fıkrasında; "Özel af ile, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir" denildiği için, özel affin sadece hapis cezası için etki gösterdiği söylenmelidir.

TCK.'nın 74 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; "Genel af, özel af, şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez" denilmek suretiyle bir güvenlik tedbiri olan müsadereye özel affin etki etmeyeceği öngörülmüştür⁶⁰ (ETCK. m.100).

d) Doktrinde güvenlik tedbirlerinin tecil edilip etmeyecekleri konusu tartışmalara yol açmıştır.

aa) Güvenlik tedbirlerine tecilin uygulanmaması gerektiği görüşünü savunanlar şu gerekçeleri ileri sürerler:

aaa) Güvenlik tedbirlerinin gayesi toplum bakımından tehlike arzeden bir kimsenin bu tehlikeli halinin ortadan kaldırılmasıdır. Güvenlik tedbirleri tehlikeli hal dolayısıyla uygulanırlar. Kişide tehlikeli hal ya var ya yoktur. Eğer yoksa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına gerek kalmaz. Şayet varsa toplumu tehlikeye karşı koruyan tedbirlerin ertelenmesi düşünülemez⁶¹. Nitelikleri gereği güvenlik tedbirlerinin tecile elverişli olmadığını belirtilen Hafter'e göre⁶² bu tür yaptırımlar şahsın tehlikeli halinin veya zararlı veya tehlikeli eşyanın ortadan kaldırılması için uygulanırlar. Bu şartların mevcudiyeti halinde uygun vasitanın tatbiki şarttır.

⁵⁹ Yargıtay da özel affin, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmaya tesir edemeyeceği görüşündeydi: "Asli cezada hususi afla indirim yapılsa dahi, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulma cezasının aynen ipkası icabeder" 1. CD., 21.3.1951, E.644/K.598, zikreden **Dönmezer-Erman**, Dersler, s.703, dn.3.

⁶⁰ Türk Hukukunda özel affin güvenlik tedbirlerine etkisi konusunda bkz. **Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 1997, s.940; **Selahattin Keyman**, Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af) Ankara 1965, s.116-117; (Doktora Tezi); **Dönmezer-Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.III, 10.Bası, İstanbul 1985, s.307-308; aynı yazarlar, Dersler, s.703.

⁶¹ **Hedayati**, a.g.e., s.125 ; aynı yönde **Bouzet-Pinatel**, a.g.e., t.I, s.408; **Donnedieu de Vabres**, a.g.e., s.524.

⁶² **Ernst Hafter**, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946 s.333-334.

bb) Tedbirler tecile tabi tutulmayacakları gibi cezaların tedbire çevrilmesi halinde dahi (örneğin, 5237 sayılı TCK. m.50/5, 51, 647 sk. m.4) erteleme mümkün değildir. Gerçekten cezalar sistemini tamamlayan bir müessese olan tecil, tedbirleri ve tedbirler sistemini tamamlamakta değildir⁶³.

1930 Prag Milletlerarası Ceza Hukuku ve Ceza İnfaz Hukuku Kongresinde de istisnai haller haricinde güvenlik tedbirlerine tecilin uygulanmaması tavsiye edilmiştir⁶⁴.

bb) Bazı müellifler güvenlik tedbirlerinin tecilini savunurlar. Bu müelliflerden örneğin Exner'e göre, içki müptelalarının bir kuruma konulması, çalışma kurumlarına yollama, ülkeden çıkarma tedbirleri tecil edilmelidir. Söz konusu tedbirlerin infazı tehdidi tecille aynı etkiyi husule getirdiğinden, ilgili bu yaptırımların kendisi hakkında uygulanmasını istemez⁶⁵. Failin tehlikeli haline dayanan bir yaptırımın infazından vazgeçilemeyeceği hakkındaki görüşe Exner şu şekilde karşılık verir: "Bu düşünce doğru ise güvenlik tedbirleri hakkında şartlı salıverilmeden de bahsedilemez. Gerçekten ilgili şahsın ya tehlikeliliği devam etmektedir ya da tehlikeliliği geçmiştir. Her iki halde de şartla salıverilme mümkün değildir".

Exner'in şartla salıverilme ile tecili karşılaştırmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir. Denmiştir ki: şartla salıverilme kanun tarafından öngörülen asgari bir sürenin geçmesinden sonra ve aksi ispatlanıncaya kadar tehlikelilik arz etmediği kabul edilen şahıs hakkında uygulanır. Yetkili merci şartla salıvermeye tehlikeli halin tespitinden hemen sonra değil, güvenlik tedbirinin belli bir süre infazını müteakip karar verir. Gerçekten hakkında güvenlik tedbiri infaz edilen şahsı, tehlikelilik hali sadece kanıtlanan bir şahısla bir tutmak mümkün değildir⁶⁶.

Mukayeseli hukukta kanunların değişik yollar izledikleri müşahede edilmektedir:

cc) Bazı ülkeler güvenlik tedbirlerinde tecilin uygulanmasını kabul etmektedirler (örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.65).

⁶³ **Dönmezer-Erman**, a.g.e., c,III, s.31.

⁶⁴ **Hedayati**, a.g.e., s.126-127.

⁶⁵ **F.Exner**, Die bessernden und sichernden Massregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Berücksichtigung des schweizerischen Entwurf von 1928, Revue pénale suisse 34, s.187 vd., zikreden **Lavanchy**, s.83; Bununla beraber müellif ceza sorumluluğu olmayanlar hakkında tecilin uygulanmasını kabul etmemektedir. Bkz.**F.Exner**, Les M.S et leur classification, Actes C.P.P.I., t.II, Prague 1930, s.29, zikreden **Hedayati**, a.g.e., s.126, dn.1.

⁶⁶ **Exner**, Les M.S et leur classification, s.30, zikreden **Hedayati**, a.g.e., s.125-126.

dd) Diğer bazı ülkeler ise, hâkime güvenlik tedbirlerinin tecil edilip edilmemesi hususunda takdir yetkisi vermişlerdir (örneğin 4.4.1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu m.97 F)⁶⁷.

ee) İtalyan CK. ise asli ceza yanında kanuna göre toplum bakımından tehlikeli kabul edilen şahıslar hakkında hükmedilmesi gereken şahsi güvenlik tedbirinin tecile tabi tutulmamasını öngörmüştür (1930 İtalyan Ceza Kanunu m. 164/2). Asli cezanın tecili müsadere dışında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel olur (İtalyan CK. m.164/3).

ff) Bir psikiyatri kliniğine veya kötü alışkanlıklardan kurtarma amaçlı bir kuruma yatırma tedbirine karar veren mahkeme, tedbirin infazının tecil edilmesi yoluyla ondan beklenen faydanın elde edilebileceği umudunu haklı gösteren özel durumların mevcudiyeti halinde, tedbirlerin infazını tecil eder. Şayet tedbirle birlikte hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza tecil edilmemişse, tedbirin infazı da tecil edilmez (2.1.1975 şekliyle Federal Alman CK. § 67b)⁶⁸.

Türk Hukukunda ceza olmadıklarından güvenlik tedbirlerinin tecil edilemeyeceği düşüncesi hakimdir⁶⁹. Bu bakımdan akli maluliyete haiz suçlular hakkındaki muhafaza tedbirleri 5237 sayılı TCK. m.57 (ETCK. m.46), küçükler hakkındaki terbiye, ıslah ve tedavi tedbirleri TCK. m.56, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5 (ETCK.m.53 f.2, m.54 f.1; 7.11.1979 tarih ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.10) tecil olunamaz. Cezanın tedbire çevrildiği hallerde de tecil mümkün değildir (5237 sayılı TCK. m.50/5, 51, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunu m.4).

e. Dava zamanaşımının güvenlik tedbirlerinin tatbikine engel olup olamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁷⁰, güvenlik tedbirleri ancak hakkında koğuşturma yapılmış bir suça dayanılarak hükmedileceklerinden ve dava zamanaşımı her tür-

⁶⁷ Küba Sosyal Müdafaa Kanunu için bkz. Das cubanische Gesetzbuch der sozialen Verteidigung vom 4.April 1936 (çev: **Günter Blau**) Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. LXXII, Berlin 1957.

⁶⁸ Federal Alman Ceza Kanununun Genel Kısımının Türkçeye çevirisi için bkz. **Kayıhan İçel-Feridun Yenisey**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 3.Bası, İstanbul 1990, s.1000-1038.

⁶⁹ **Erem-Danışman-Artuk**, s.812; **Önder**, a.g.e., c.III, s.194.

⁷⁰ **Logoz**, a.g.e, s.305; **Habibollah Moazzami**, La prescription de l'action pénale en droit français et en droit suisse, Etude de droit comparé, Montreux 1952, s.328 (Cenevre Doktora Tezi); **Erem**, a.g.m, s.354.

lü koğuşturmayı engellediğinden, dava zamanaşımının güvenlik tedbirlerinin tatbikine mani olacağını kabul etmek lazımdır. Bu görüşe, örneğin koğuşturma zamanaşımından bahseden Federal Alman Ceza Kanununun 78 inci paragrafının 1. fıkrasında ve yerine getirme zamanaşımını konu edinen aynı kanunun 79 uncu paragrafında rastlamak mümkündür. 78 inci paragrafın 1. fıkrası, “zamanaşımı fiilin cezalandırılması ve tedbirlere hükmedilmesini engeller...” demektedir. 79 uncu paragrafın 1. fıkrası ise, hükmedilip kesinleşen ceza veya tedbirin zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra yerine getirilemeyeceğini öngörmektedir. Aynı paragrafın 4. fıkrası tedbirlerde zamanaşımı sürelerini belirlemektedir: Buna göre, tedbirlerde zamanaşımı süresi on yıldır. Ancak gözetim altında tutma veya uyuşturucu madde veya alkol müptelalarının alışkanlıklarından kurtarıldıkları bir kuruma ilk defa yatırılma kararı verilmişse süre beş yıldır. Yukarıdaki görüşe karşı denebilir ki⁷¹, failin toplum bakımından arz ettiği tehlikeli hale dayanan güvenlik tedbirleri, tehlikeli hal devam ettikçe uygulama olanağı bulmalıdırlar. Diğer bir deyişle tehlikeli hal zamanaşımı süresinden daha uzun bir müddet devam edebilir. Bu nedenle zamanaşımı konusunda cezalara ilişkin hükümlerin güvenlik tedbirleri hakkında geçerli olmaması gerekir. Federal Alman Ceza Kanununun 79 uncu paragrafının 4. fıkrasının 1. cümlesi “Tehlikeli suçluların gözaltı edilmeleri tedbirinin yerine getirilmesi, zamanaşımına uğramaz” diyerek tehlikeli hale gereken önemi vermiştir.

Güvenlik tedbirleri bakımından ceza zamanaşımının söz konusu olup olmadığı konusunda 765 sayılı TCK.nda bir hüküm bulunmamaktaydı.

5237 sayılı Kanunda ise konuya ilişkin 69, 70 ve 74 üncü maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarında hüküm bulunmaktadır.

III. Güvenlik Tedbirlerinin Çeşitleri

Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlikeli halini ortadan kaldırmak maksadını güden güvenlik tedbirleri, bu hal kişiden kişiye değiştiğinden çeşitlidir. Konuyla ilgili doktrin ve milletlerarası kongrelerde çeşitli tasnifler önerilmiştir⁷². Bu ayrımlar kanunlarda da yer almıştır⁷³.

⁷¹ **Hedayati**, a.g.e., s.127; **Bouzat-Pinatel**, a.g.e., t.I s.407 ; **Pradel**, a.g.e., s.492.

⁷² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hedayati**, a.g.e., s.33 vd.; **Thélin**, a.g.e., s.109 vd.; **Lavanchy**, a.g.e., s.17 vd.

⁷³ Örneğin 1930 İtalyan CK. güvenlik tedbirlerini şahsa (m.199-235) ve mameleke (m.236-240) ilişkin olmak üzere ikiye ayırır. Şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri de hürriyeti bağlayıcı olup olmamalarına göre bir ayrıma tabi tutulur. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri, a) Bir zirai koloniyeye veya bir çalışma evine gönderilme (m.215, 216-218), b) Bir tedavi ve muha-

Güvenlik tedbirlerini korudukları değerler açısından kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan, kişi hürriyetini kısıtlayan ve diğer güvenlik tedbirleri olmak üzere üçlü bir ayırıma tabi tutacağız. Her gruba giren en önemli güvenlik tedbirlerini yer aldıkları ceza kanunlarından örnekler vererek belirteceğiz. Daha sonra 5237 sayılı TCK'da yer alan güvenlik tedbirlerini zikredeceğiz. Genellikle küçükler hakkındaki tedbirler her ülkenin çocuk mahkemeleri kanunlarında yer aldığından aşağıda belirtilmeyecektir.

a) Kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan güvenlik tedbirleri

1. Sorumsuz veya kısıtlı sorumlu suçluların bir müesseseye konmaları veya hastaneye yatırılmaları

17.8.1950 Yunanistan CK. m.69; 7.12.1940 Brezilya CK. m.88/1, 91; 23.1.1974 Avusturya CK. m.21; 2.1.1975 şekliyle Federal Alman CK. §§ 61,63; 1937 İsviçre CK. m.43; 1924 Peru CK. m.89-92⁷⁴; 1936 Kolombiya CK. m.61-64; 1933 Uruguay CK. m.97; 1941 Kostarika CK. m.111-113; 1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu m.585-586; 27.2.1948 Romanya CK. m.71, 72-73; 15.12.1961 Macaristan CK. m.61.

2. İtiyadi suçluların gözaltı edilmeleri

Avusturya CK. m.23; Federal Alman CK. §§ 61,66; İsviçre CK. m.42; Romanya CK m.71,74.

3. Bir iş evine gönderme

Yunanistan CK. m.72; Brezilya CK. m.88/1, 93; Küba CK., m.585-586; Kolombiya CK. m.61,65 ve 76; Kostarika CK. m.115.

4. İtiyadi alkoliklerin ve uyuşturucu madde müptelalarının bir tedavi müessesesine gönderilmeleri

faza evine yerleştirilme (m.215, 219-221), c) Bir adli akıl hastanesine yerleştirilme (m.215, 222), d) Bir adli ıslah evine yerleştirilmeden (m.215,223-227) ibarettir. Hürriyeti bağlayıcı olmayan şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri ise, a) Nezaret altında serbesti (m.215, 225-232), b) Bir veya birkaç kasaba veya şehirde oturma yasağı (m.215, 233), c) Meyhanelere veya alkolü içki satılan genel yerlere gitmeme yasağı (m.215, 234), d) Yabancınnın sınırdışı edilmesidir (m.235, 236). Mamelekle ilgili güvenlik tedbirleri; a) İyi hareket kefaleti (m.236-239) ve b) Müsadereden (m.236, 240) oluşur. İtalyan Hukukundaki güvenlik tedbirleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Corrado**, a.g.e.; **Prisi**, a.g.e.

⁷⁴ Peru, Kolombiya, Uruguay ve Kostarika Ceza Kanunlarındaki tedbirler için bkz. **L.Jimenez de Asua**, La mesure de sûreté, Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé) in: Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, no.1, t.IX, Paris 1954, s.21-38, 26-27.

Güvenlik Tedbirleri

Yunanistan CK. m.71; Avusturya CK. m.22; Federal Alman CK. §§ 61,64; İsviçre CK. m.44; Macaristan CK. m.62.

5. Siyasi haklardan yoksun olma

Brezilya CK. m.67,69 (Bu tedbiri fer'i ceza olarak öngörür)

6. Velayet haklarından yoksun olma

Yunanistan CK. m.59 (fer'i ceza); Brezilya CK. m.67,69 (fer'i ceza); İsviçre CK. m.53 (fer'i ceza).

7. Bir meslek veya sanatı icradan men

Federal Alman CK. §§ 61,70-70b; Yunanistan CK. m.67 (fer'i ceza); Kolombiya CK. m.75; Küba CK. m.585,586; İsviçre CK. m.54 (fer'i ceza); Romanya CK. m.71,78.

b) Kişi hürriyetini sınırlayan güvenlik tedbirleri

1. Yabancıların sınır dışı edilmeleri

Yunanistan CK. m.74; Küba, m.585, 586; İsviçre CK. m.55 (fer'i ceza); Romanya CK.m.71,79.

2. Bir yerde oturma yasağı, ikamet zorunluğu

Yunanistan CK.m.73; Brezilya CK. m.88/2, 97; Romanya CK. m.71,76.

3. Belli bazı yerlere (örneğin alkollü içkiler satılan yerlere) girmekten yasaklanma

Brezilya CK. m.88/2, 98; Küba, m.585,586; İsviçre CK. m.56 (fer'i ceza); Romanya CK. m.71,77.

4. Nezaret altında serbesti

Federal Alman CK. §§ 61,68-68g; İsviçre CK. m.47; Brezilya CK. m.88/2, 94-96; Küba, m.585,586; Kolombiya CK. m.61,67 (akıl hastaları ve uyuşturucu madde müptelâları hakkında).

c) Diğer güvenlik tedbirleri

1. Hükümün ilanı

Küba, m.585; İsviçre CK. m.61; Yunanistan CK. m.68 (fer'i ceza); Brezilya CK. m.67,73 (fer'i ceza).

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

2. Önleyici kefalet

İsviçre CK. m.57; Peru CK. m.38–40; Uruguay CK. m.100–102; Küba, m.585,589; Romanya CK. m.71,81–83.

3. Müsadere

Yunanistan CK. m.76; Brezilya CK. m.100; Avusturya CK. m.26; İsviçre CK. m.58; Romanya CK. m.71,80; Macaristan CK. m.63.

d) 5237 sayılı TCK'da yer alan güvenlik tedbirleri⁷⁵

5237 sayılı TCK.'nın birinci kitabının üçüncü kısmının (yaptırımlar) ikinci bölümünde güvenlik tedbirleri düzenlenmektedir. Bunlar;

1. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (m.53),
2. Eşya müsaderesi (m.54),
3. Kazanç müsaderesi (m.55),
4. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m.56, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5),
5. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m.57),
6. Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular (m.58),
7. Sınır dışı edilme (m.59)
8. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleridir (m.60).

IV. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanış Şekilleri

Ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki konusunda iki görüş ileri sürülmüştür.

Pozitivistler tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, suçlulukla ve özellikle mükerrirlikle mücadele konusunda cezanın elverişsizliği anlaşılmıştır. Gerçekten ceza ancak irade serbestisi olanlar hakkında ve bu serbestinin derecesine göre tayin edilir. Hâlbuki bünye veya çevresinden gelen etkilerin tesiriyle hareket eden insanın başka bir şekilde davranmasına imkân olmadığından irade serbestisinin varlığından bahsedilemez. İrade serbestisi bulunmadığına göre, suçlularda manevi sorumluluk da söz konusu olamaz. Bu bakımdan suçlulukla mücadelede irade serbestisi ve manevi sorumluluğa dayanan cezanın

⁷⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, s.1009 vd.

kaldırılarak yerine tamamen bilimsel ve faydacı niteliğe sahip, toplumsal savunma vasıtalarının, güvenlik tedbirlerinin konması yerinde olur. Suçlunun kişiliğine göre değişen güvenlik tedbirleri, toplumda yaşadığından toplumsal sorumluluğa haiz olan ve bulunduğu ortam bakımından tehlike arzeden şahsın terbiye edilmesini, uslandırılmasını ve bunlar mümkün olmadığı takdirde bulunduğu çevreden uzaklaştırılmasını (örneğin akıl hastalarının hastaneye yatırılmaları) gaye edinir.

Cezanın yerini güvenlik tedbirlerinin alması görüşü (Tekçi Sistem) bugüne kadar mevzuata pek etkili olamamıştır. Gerçekten “ceza” kavramına yer vermeyen “sosyal savunma yaptırımları” ibaresini kullanan Ferri’nin hazırladığı 1921 tarihli İtalyan CK. Öntasarısı kanunlaşmamıştır⁷⁶. Bugün sadece 5 Mart 1954 tarihli Grönland CK., bu kategoriye giren tek kanunu oluşturmaktadır. “Ceza” kavramını kullanmayan söz konusu Kanunun 85 nci maddesi faile uygulanabilecek tedbirleri sıralamaktadır⁷⁷.

Bu arada şu hususu belirtelim ki, sadece cezalardan oluşan bir ceza hukuku sistemine de rastlanmamaktadır.

Netice olarak sadece cezalardan veya sadece güvenlik tedbirlerinden (Grönland Ceza Kanunu hariç) meydana gelen bir ceza sistemi yoktur.

Manevi sorumluluk esasına bağlı kalan Klasik Okul, Pozitivist görüşe karşılık temel yaptırım olarak kabul ettiği cezaların yanında güvenlik tedbirlerine de yer verir⁷⁸. Milletlerarası Ceza Hukuku Birliği de, suçla mücadelede yegâne vasıta olarak kabul etmediği cezanın önleyici tedbirlerle tamamlanması görüşündedir. Geçmişteki durumları, düzensiz bir yaşam tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli anomalileri itibariyle bazı kimselerin “tehlikeli halde” bulduklarını tespit eden Birlik, bu gibi kimseler hakkında cezanın yanında ve hatta hiçbir ceza verilmemiş olsa bile bugün güvenlik tedbirleri denen toplumsal savunma tedbirlerinin tatbikini teklif etmiştir. Failin tehlikeli halde bulunması nedeniyle güvenlik tedbirlerinin uygulanması, Bir-

⁷⁶ **Hedayati**, a.g.e, s.14; **Bouzat Pinatel**, a.g.e, t.I, s.403; **Donnedieu de Vabres**, a.g.e., 399.

⁷⁷ Grönland Ceza Kanununun 85 nci maddesi şöyledir: “Bu kanunun terimlerine göre uygulanabilen önlemler şunlardır: 1) Uyarı, 2) Para Cezası, 3) Gözetim Altına Alma, 4) Belli bir yerde oturma zorunluluğu veya yasağı, 5) Zorunlu çalıştırma, 6) Zorunlu eğitim, 7) Özel tıbbi tretman veya kurumda tretman, 8) Emniyet altına alma, 9) Hareket hürriyetine getirilen başka kısıtlamalar, 10) Zor alım”. Grönland Ceza Kanunu için bkz. *Loi Criminelle pour le groenland in : Les Codes pénaux européens* (Yayımlayanlar: **Marc Ancel-Yvonne Marx**, çev: **Richaume-Lambert**), t.I, Paris 1956, s.394,413.

⁷⁸ **Donnedieu de Vabres**, a.g.e, s 399.

liğin toplumsal savunma esasına önem verdiğini göstermektedir. Bu suretle Birlik, suçluları topluma karşı arz ettikleri tehlike derecelerine göre cezalandıran pozitivist İtalyan Okuluna yaklaşmaktadır⁷⁹.

Hemen bütün yeni ceza kanunları hem cezaları hem de güvenlik tedbirlerini kabul etmişlerdir (ikilik sistemi). Ancak ikilik sistemini kabul eden ülkeler de ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanış şekilleri bakımından birbirlerinden farklılıklar arzeder. Konuyla ilgili üç şekil düşünülebilir:

a) Güvenlik tedbirlerinin ceza yanında uygulanması.

Genellikle ceza ve güvenlik tedbirleri birbirlerinden sonra tatbik edilmektedir. Ceza ile birlikte hükmedilen tedbir, ceza (tam akıl hastaları hakkında sadece güvenlik tedbirleri tatbik edilir) yanında uygulanır (örneğin, itiyadi suçlular hakkında Belçika, Brezilya, 1948 yılına kadar İngiltere, Finlandiya, Fransa, İtalya, Hollanda, Norveç, Avusturya, Polonya, Romanya, İspanya). Genellikle ilk önce ceza ve onu takiben güvenlik tedbiri infaz edilir (örneğin, Fransa, İtalya, İspanya). Ancak seyrek de olsa güvenlik tedbirinin cezadan önce uygulandığı hallerde rastlanmaktadır (örneğin, akıl hastaları hakkında 1930 İtalyan Ceza Kanununun 220. maddesinin 2.fıkrası). Finlandiya'da cezanın kısmen infazından sonra koruma müessesesine sevk tedbiri uygulandığından sistem yumuşatılmıştır.

b) Ceza veya güvenlik tedbirinin uygulanması.

Bu sistemde ya sadece ceza veya sadece güvenlik tedbiri uygulanır. Sistemi savunan yazarlar şayet cezalardan beklenen amacın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürerler. Bu şekilde güvenlik tedbiri ya doğrudan doğruya ceza yerine uygulanır (örneğin, İngiltere, İsveç) veya hükmedilen ceza yerine geçer (örneğin, İsviçre CK. m.42/1). Müddetsiz hüküm usulünün uygulandığı tehlikeli suçluların toplumdan tecrit edilmeleri tedbirinin etkilerini ortadan kaldırmak için tedbirlere değil, sadece cezalara hükmedilmesini öngören sistemler de buraya girerler (örneğin, Amerika Birleşik Devletleri).

c) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin birbirlerinin yerine uygulanabilmesi (vikariierendes system, vikar=vekalet eden)

Bu sistem yukarıdaki sistemleri bağdaştırmaktadır. Buna göre kusurun ağırlığı göz önüne alınarak hükmedilen ceza infaz edilirken tecil edilir. Yerine

⁷⁹ Vidal-Magnol, a.g.e., t.I, s.54.

güvenlik tedbiri uygulanır. Güvenlik tedbirinin infazı sırasında da belli bazı şartların gerçekleşmesiyle cezaya dönülebilir (örneğin akıl hastaları hakkında İsviçre CK. m.43, Federal Alman CK. § 67)⁸⁰. Doktrinde hükümlülerin genellikle kısa süreli hiç değilse süresi belli hürriyeti bağlayıcı cezayı çekmek için tedbirin infazı sırasında kötü davranışlarda bulduklarından sistemin fazla bir önemi haiz olmadığı belirtilmiştir⁸¹.

SONUÇ

İlk defa 1893 İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısında görülen güvenlik tedbirleri, bu tarihten sonra hemen hemen bütün ülke mevzuatlarında cezalarla birlikte yer almışlardır. Hatta Grönland Ceza Kanunu yaptırım olarak cezalara yer vermeyerek sadece güvenlik tedbirlerini öngörmüştür. Bir toplumda cezaya duyulan ihtiyaç inkâr edilemez. Ceza, toplumun suç ve suçluya karşı olan tepkisini ifade eder. Ceza, geçmişte işlenmiş kötülüğü ödetmek amacıyla verildiği ve uygulandığı gibi suçluyu uslandırmak ve dolayısıyla tekerrürü önlemek amacıyla ileriye yönelik olarak toplum ve bizzat fail yararına da tatbik edilir. Bu nedenlerle cezanın ortadan kaldırılması, cezadan vazgeçme düşünülemez. Aynı şekilde bir toplumun güvenlik tedbirlerine de gereksinimi vardır. Gerçekten fiilin ağırlığı göz önüne alınarak hükmedilen ceza, suçlunun fiilini tekrar etmesini önleme işlevini süresi bakımından her zaman gerçekleştiremez. Ayrıca çoğu kez infaz kurumlarının gerekli araç ve personele sahip olamaması nedeniyle cezanın infazı sırasında suçlu için gerekli pedagojik, sosyal ve tıbbi tedavinin uygulanması mümkün değildir. Temyiz kudreti olmayanlar hakkında da ceza uygulanamaz. İşte bütün bu nedenlerle bir ülkenin ceza mevzuatında ceza ve güvenlik tedbirlerinin birlikte bulunması zorunludur. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri nitelikleri bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalara benzeseler ve cezalar da güvenlik tedbirleri gibi

⁸⁰ Alman Hukukunda tehlikeli suçlularının toplumdaki tecrit edilmesi tedbiri dışında (Federal Alman CK. §66) -toplumdan tecrid edilme tedbiri cezanın infazından sonra tatbik edilir- kural olarak tedbirler, cezadan önce infaz edilir (§ 67/1). Ancak güvenlik tedbirinin amacına daha kolay ulaşılabilecekse mahkeme cezanın veya cezanın bir kısmının tedbirden önce infazına karar verebilir (§ 67/2). Mahkûmun kişiliğinde mevcut bulunan özel haller gerekli olduğunu gösterirse, mahkeme 2. fıkra gereğince vermesi gereken emri sonradan verebilir. (cezanın infazı), değiştirebilir veya kaldırabilir.(Cezanın bir kısmının infazına müteakip tedbirin uygulanması),(§ 67/3).

⁸¹ Ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki konusunda bkz. **Herrman**, a.g.m., s.195, **Erwin Frey**, Das Verhaeltnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege feranda, in, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue pénale suisse, 66. Jahrgang, Bern 1951, s.295-318, 301-302.

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

ıslah amacını güderek tedbirlere yaklaşsalar da, kısaca yaptırım sisteminde bunlardan sadece birine yer vermenin yeterli olacağı ileri sürölse de, sistemde her iki müesseseye yukarıda zikredilen gerekçelerle ayrı ayrı yer verilmelidir. Esas yaptırım olan ceza yanında hâkim, güvenlik tedbirlerine gerekli görürse hükmedebilmeli, ceza veya güvenlik tedbirlerini infaz sırasında birbirleriyle değiştirebilmeli ve tedbirleri erteleme imkânına sahip olmalıdır.

CAPITAL SENTENCING UNDER AMERICAN CRIMINAL LAW*

Dr. M. Yasin ASLAN^{†**}

ÖZET

Bilindiği üzere, ABD ceza hukukunda ölüm cezası halen dahi uygulanmaktadır. Bu makalede, ABD ceza hukukunda, sanık hakkındaki ölüm cezasının nasıl ve hangi faktörler göz önüne alınarak verildiği anlatılmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Ring Davasında, bir sanık hakkında ölüm cezası verilebilmesi için, yargıcın değil, jürinin her türlü şüpheden uzak bir şekilde ağırlaştırıcı sebeplerin varlığını sabit görmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararıyla, aralarında Arizona'nın da bulunduğu bazı eyaletlerin ölüm cezası verme yöntemlerini yürürlükten kaldırmış bulunmaktadır. Önceleri Yüksek Mahkeme ölüm cezasının verilmesi için jüri kararının Anayasal açıdan gerekli bulunmadığını ve yargıcın buna karar verebileceğini kabul ediyordu. Ring kararı bu uygulamaya son vermiş olup, aynen sübuta ilişkin kararlarda olduğu gibi, ölüm cezası verilebilmesi için de artık bu yöndeki jüri kararının varlığı aranmaktadır. Aşağıda incelenecek olan karar beş eyaletin ölüm cezası verme sistemini iptal etmiş olup, jürinin tavsiye kararı üzerine, yargıcın ölüm cezası vermesi gibi, karma bir sistem benimseyen diğer bazı eyaletlerin ceza verme sistemlerini de tartışmalı hale getirmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Yüksek Mahkeme, jüri, yargıç, ağırlaştırıcı sebepler, ölüm cezası, mahkumiyet.

SYNOPSIS

U.S. penal law still has capital punishment practice. This article aims to explain how a defendant can be sentenced to death in U.S. Penal Law. In Ring v. Arizona, the Supreme Court held that a jury, not a judge, must find beyond a reasonable doubt any

* The views expressed in this article reflect solely those of the author not necessarily those of the Chief of the Turkish General Staff. (Makalede yayınlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerinin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.)

** Major (TBP), Judge Advocate (Ph.D.), International Law Adviser, The Office of the Judge Advocate General, the Chief of the Turkish General Staff. (Hakim Binbaşı, Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği, Uluslararası Hukuk İşleri Ş.Md.)

Dr. Yasin ASLAN

aggravating factors which are necessary for a defendant to be eligible for the death penalty. This holding served as a significant departure from the prior understanding of capital jurisprudence as it overruled a prior Supreme Court opinion upholding the Arizona capital sentencing procedure. Previously, the Supreme Court held that jury sentencing in capital cases was not constitutionally required, and a judge could sentence a defendant to death. Ring curtailed this holding in that a jury now must make any necessary fact-finding in order to render a defendant eligible for death. This ruling invalidated five states' capital sentencing systems and brought into question several states which had a "hybrid" system where a jury rendered an advisory opinion but the judge decided on the ultimate sentence.

KEY WORDS

The Supreme Court, jury, judge, aggravating factors, capital punishment, sentence.

I. Introduction

In *Ring v. Arizona*, the Supreme Court held that a jury, not a judge, must find beyond a reasonable doubt any aggravating factors which are necessary for a defendant to be eligible for the death penalty.¹ This holding served as a significant departure from the prior understanding of capital jurisprudence as it overruled a prior Supreme Court opinion upholding the Arizona capital sentencing procedure.² Aggravating factors were no longer mere “sentencing considerations,” as *Walton v. Arizona* held.³ Instead, under *Ring*, aggravating factors were now “functional equivalents to an element,” subject to the same constitutional guarantees which extended to elements of the offense.⁴ The Supreme Court first adopted the concept, “functional equivalent to an element,” in these cases.⁵ The introduction of this new concept resulted in confusion as to degree to which a “functional equivalent to an element” should be treated as actual elements (i.e., alleged in the charging document and proven at the trial on the merits).⁶

The Court’s jurisprudence contains aspects that are clearly understood and others that are less clearly defined. On one hand, what constitutes the “functional equivalent to an element” is clearly defined—any fact which is a necessary predicate for an increase in the maximum punishment. On the other hand, the procedural protections that “functional equivalents to an element” warrant is less clear and undefined. At the very least, such facts require (1) proof to a jury pursuant to the Sixth Amendment jury trial right, (2) proof beyond a reasonable doubt pursuant to the Fifth or Fourteenth Amendments’ due process guarantee, (3) notice to an accused in a grand jury indictment pursuant to the Fifth Amendment Indictment Clause (in federal prosecutions only). For non-federal cases, dicta also indicate that Sixth Amendment notice guarantees also extend to functional equivalents of an element.

The amount of notice, however, has not been clearly defined. For example, these cases do not answer the question of whether the government must provide notice in the charging document, whether the government must pro-

¹ *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002).

² *Id.* at 608 (overruling *Walton v. Arizona*, 497 U.S. 639 (1990)).

³ *Walton*, 497 U.S. at 648.

⁴ *Ring*, 536 U.S. at 609 (quoting *Apprendi*, 530 U.S. at 494 n.19).

⁵ *Apprendi*, 530 U.S. at 494 n.19.

⁶ See *Schriro v. Sumrall*, 124 S. Ct. 2519, 2523-2524 (2004) (holding that *Ring* did not substantively change the elements of the underlying offense but was instead a procedural ruling).

vide notice prior to trial or prior to the sentencing hearing, or whether the sentencing factors contained in the relevant statutes provide sufficient constructive notice.

II. Capital Cases in American Practice

The ruling that capital aggravating factors are “functional equivalents to an element” raised significant issues for the federal government and states that had the death penalty. Previously, the Supreme Court held that jury sentencing in capital cases was not constitutionally required, and a judge could sentence a defendant to death.⁷ *Ring* curtailed this holding in that a jury now must make any necessary fact-finding in order to render a defendant eligible for death.⁸ This ruling invalidated five states’ capital sentencing systems and brought into question several states which had a “hybrid” system where a jury rendered an advisory opinion but the judge decided on the ultimate sentence.⁹

The basic concept of notice of the offense is central to the American criminal justice system.¹⁰ In establishing basic notice requirements, the Court reviewed the basic notice protections noted in nineteenth century case law and applied the same principles to modern practice. According to the Court, notice provides two well-known functions: (1) it appraises the defendant of what he must be prepared to meet, and (2) it protects an accused against a second prosecution for the same offense, in violation of double jeopardy. The Court then reiterated several foundational principles in establishing what constitutes sufficient notice: (1) the notice must contain more than a mere definition of the statutory terms of the offense;¹¹ (2) the notice must give the defendant reasonable certainty of the nature of the accusation against him[;](3) the notice should set forth all the elements of the offense intended to be punished; and (4) the notice must be accompanied with such a statement of the facts and

⁷ *Harris v. Alabama*, 513 U.S. 504 (1995) (holding that the trial judge alone may impose a capital sentence and that the state is not required to specify how much weight to accord a jury’s advisory verdict).

⁸ *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584, 607-09 (2002).

⁹ *Ring*, 536 U.S. at 620-21 (O’Connor, J., dissenting) (noting the states which had the same system as Arizona which would be invalidated and stating that the *Ring* ruling called into question four states’ hybrid capital sentencing systems); *see also* Laffey, 382-91 (evaluating the impact of *Ring* on the different state capital sentencing systems).

¹⁰ *In re Oliver*, 333 U.S. 257, 273-74 (1948) (“A person’s right to reasonable notice of a charge against him, and an opportunity to be heard in his defense--a right to his day in court--are basic in our system of jurisprudence . . .”).

¹¹ *Id.* at 764-766.

Capital Sentencing Under American Criminal Law

circumstances as will inform the accused of the specific offense, coming under the general description [under the statute], with which he is charged. The Court specifically indicated that these ancient principles applied in modern practice, noting that “these basic principles of fundamental fairness retain their full vitality under modern concepts of pleading.”¹²

III. Notice Requirements for Death and Capital Aggravating Factors

While case law clearly requires notice of the essential elements of the offense, less clear is the notice necessary to apprise a capital defendant that the government is seeking the death penalty and which aggravating factors the government intends to prove. These aggravating factors were established in order to meet the Eighth Amendment requirement that the death penalty be imposed in a rational manner.¹³ Aggravating factors are generally necessary to render a defendant eligible for the death penalty.¹⁴ As a result, the same Sixth Amendment notice requirement that applies to elements of the offense arguably also apply to aggravating factors which serve as functional equivalents to an element. Prior to Ring, no reported case classifies aggravating factors as elements of an offense such that they would have to be alleged in the charging document. State practice varied widely both on the issue of notice of the state’s intent to seek the death penalty and on notice of the aggravating factors which the government intends to prove.

The state system with the least notice prior to Ring was Illinois.¹⁵ Under the Illinois system, the government, after it had obtained a conviction for first-degree murder, requested a separate sentencing hearing to determine whether death should be imposed.¹⁶ At that hearing the state must prove at least one statutory aggravating factor in order to render a defendant eligible for the

¹² *Russell*, 369 U.S. at 765-66.

¹³ See *United States v. Matthews*, 16 M.J. 354, 377 (C.M.A. 1983) (reviewing Supreme Court precedent and concluding that the law requires that the sentencing authority to identify aggravating circumstances to support the imposition of the death penalty and the purpose of additional procedures in capital cases is to “ensure that the death penalty is not meted out arbitrarily or capriciously”).

¹⁴ See *Tuilaepa v. California*, 512 U.S. 967, 971-72 (1994) (noting the requirement that aggravating factors be established to render a defendant eligible for the death penalty).

¹⁵ Daniel S. Reinberg, Comment, *The Constitutionality of the Illinois Death Penalty Statute: The Right to Pretrial Notice of the State’s Intention to Seek the Death Penalty*, 85 Nw. U.L. REV. 272, 274-75 (1990).

¹⁶ ILL. REV. STAT. ch. 38, para. 9-1 (1989).

death penalty.¹⁷ The state was not required to notify the defendant of the aggravating factors, which the state intended to prove, although the statute listed only eight possible aggravating factors.¹⁸ As a result, a defendant could go to trial on a first-degree murder charge without knowing whether the state intended to seek the death penalty. The court stated that the sentencing authority's decision to impose a sentence of death under the Illinois statute clearly requires notice to the accused. The notice provided by the state, albeit post-trial, was sufficient to meet these requirements.

IV. Notice of Aggravating Factors after Ring in the States

While Ring placed states on clear notice that a jury must find capital aggravating factors beyond a reasonable doubt, state courts have grappled with the issue of what notice protections also apply. State courts have considered arguments both under the Indictment Clause and under the Sixth Amendment notice guarantee. All states except one ruled that an indictment need not include aggravating factors. The only state court to rule that the indictment must allege aggravating factors, the New Jersey Supreme Court, based its ruling on the New Jersey Constitution.¹⁹

The remaining state courts relied on two rationales for ruling that indictments were not required for capital aggravating factors. First, several courts noted that Ring did not present an Indictment Clause issue, because Ring was based solely on the jury trial right.²⁰ This rationale is problematic in light of the dicta in the other cases which extended constitutional guarantees to functional equivalents to an element. Second, several courts noted that the Indictment Clause did not apply to the states.²¹ In addition, many courts specifically held that the pretrial notice for capital aggravating factors complied with Sixth Amendment notice requirements. On the other hand, the Mississippi Supreme Court denied a claim that Ring required notice of aggravating factors. The court followed a rationale similar to the Illinois notice cases discussed above, reasoning that a charge of capital murder puts a capital defendant on notice

¹⁷ Ch. 38, para. 9-1(g).

¹⁸ Ch. 38, para. 9-1(b).

¹⁹ *State v. Fortin*, 843 A.2d 974 (N.J. 2004).

²⁰ *McKaney*, 100 P.3d at 20-21; *Terrell*, 572 S.E.2d at 602-03; *Stevens*, 867 So. 2d at 227; *Hunt*, 582 S.E.2d at 603; *Primeaux*, 88 P.3d at 899-900; *Oatney*, 66 P.3d at 487; *Edwards*, 810 A.2d at 234; *Moeller*, 689 N.W.2d at 20-22.

²¹ *McKaney*, 100 P.3d at 20-21; *Terrell*, 572 S.E.2d at 602-03; *McClain*, 799 N.E.2d at 336; *Soto*, 139 S.W.3d at 842; *Hunt*, 582 S.E.2d at 603; *Moeller*, 689 N.W.2d at 21-22.

Capital Sentencing Under American Criminal Law

of the statutory aggravating factors, which the state may use against him. Finally, because Illinois placed a moratorium on the death penalty, the Illinois statute has not been substantively examined in light of Ring.²²

Even more problematic, though, is Florida's capital sentencing scheme, which contains significant problems in light of Ring. In Florida, the trial judge is the sentencing authority, but the jury must render an advisory verdict as to (1) whether sufficient [enumerated] aggravating factors exist, (2) whether sufficient mitigating circumstances exist which outweigh the aggravating factors; and (3) whether, based on the aggravating circumstances and mitigating circumstances, the defendant should be sentenced to life imprisonment or death.²³ A majority vote decides this advisory verdict and the statute does not specify a standard of proof. After the advisory verdict, the trial judge makes the ultimate sentencing decision. If the judge imposes death, he or she must issue written findings that (1) sufficient aggravating circumstances exist as enumerated in subsection (5), and (2) there are insufficient mitigating circumstances to outweigh the aggravating circumstances. This system is clearly suspect in many respects after Ring, particularly because a judge could find aggravating factors after the jury failed to do so. The Florida Supreme Court summarily denied a challenge to this system in a wholly unsatisfactory opinion in *Kormondy v. State*.²⁴

In sum, state courts seem loathe to impose new additional requirements in light of Ring. The one state that decided to require indictment on aggravating factors did so on the parallel state constitutional indictment provision. Most state courts summarily denied Ring-based claims and many expressly held that current notice provisions are sufficient. Indeed, no post-Ring state court found insufficient notice of aggravating factors. All but one state has maintained the status quo with regard to notice and indictments.

V. The Federal Death Penalty Act Notice Provisions

The Federal Death Penalty Act of 1994 (FDPA) is the current law for the death penalty in the federal criminal system. Under the FDPA, death may

²² Diana L. Kanon, Note, *Will the Truth Set Them Free? No, But the Lab Might: Statutory Responses to Advancements in DNA Technology*, 44 *Ariz. L. Rev.* 467, 470 (2002) (explaining that the moratorium was announced in response to exonerations of death-row inmates by DNA testing).

²³ FLA. STAT. ch. 921.141(2) (2004).

²⁴ See Robert Baley, *Sentencing: Taking Florida Further into "Apprendi-Land,"* FLA. BAR J. Feb. 2003, at 26 (noting problems with Florida capital sentencing after Ring).

be adjudged for espionage, treason specified homicides and specified drug offenses. Further, death may be adjudged only if the government establishes, beyond a reasonable doubt, one of the specified aggravating factors for each offense. The government must provide notice prior to trial that the government believes that a death sentence is justified, that the government intends to seek the death penalty, and the aggravating factor or factors upon which the government intends to rely. The government is not limited to the aggravating circumstances specified in the FDPA and may present evidence of other aggravating factors relevant to the offense, including the effect of the offense on the victim and the victim's family, a victim impact statement that identifies the victim of the offense and the extent and scope of the injury and loss suffered by the victim and the victim's family, and any other relevant information.²⁵

These aggravating circumstances, called nonstatutory aggravating factors, are relevant only in determining whether death is justified after the prosecution establishes a statutory aggravating factor. The FDPA does not establish strict time limits for government notice of intent to seek death, except that the notice must occur a reasonable time before trial or before acceptance by the court of a plea of guilty. Importantly, the FDPA does not include a provision for including aggravating factors in the indictment and the practice prior to Ring was to not indict on the aggravating factors.²⁶

Several capital defendants argued that the indictment should include the aggravating factors but the courts consistently rejected this argument.²⁷ Then, federal capital practice changed because of the indictment requirement. The government already had the burden of proving capital aggravating factors to a jury beyond a reasonable doubt.²⁸ The indictment must allege the capital aggravating factors; this is required. Accordingly, every federal court addressing this issue ruled that the indictment must specify a statutory aggravating

²⁵ 18 U.S.C. § 3591 *et seq.* (2000).

²⁶ 18 U.S.C. § 3593(e). The sentencing authority is required to „consider whether all the aggravating factor or factors found to exist sufficiently outweigh all the mitigating factor or factors found to exist to justify a sentence of death, or, in the absence of a mitigating factor, whether the aggravating factor or factors alone are sufficient to justify a sentence of death.“

²⁷ *United States v. Plaza*, 179 F. Supp. 2d 444, 453 (E.D. Pa. 2001); *United States v. Miner*, 176 F. Supp. 2d 424, 444 (W.D. Pa. 2001); *United States v. Kee*, No. S1 98 CCR 778 (DLC), 2000 U.S. Dist. LEXIS 8785, *31-*35 (S.D.N.Y. 2000); *United States v. Spivey*, 958 F. Supp. 1523, 1527-28 (D.N.M. 1997).

²⁸ 18 U.S.C. § 3592(c) (2000).

Capital Sentencing Under American Criminal Law

factor.²⁹ Similarly in homicide prosecutions, the indictment must also specify the minimum specific intent required under the FDPA.³⁰ In fact, the government generally did not contest this requirement and sought superseding indictments, which included all facts necessary for death.³¹

These superseding indictments usually included the statutory aggravating factors, the requisite specific intent (for homicide cases) and the fact that the accused was over eighteen years old at the time of the offense.³² This last fact also falls within the Ring/Jones protections because the FDPA provides that no person may be sentenced to death who was less than eighteen years old at the time of the offense.³³

VI. Conclusion

In sum, while there has been much sound and fury regarding the impact of Ring on capital cases, not much has changed. The additional jury trial and requirement of proof beyond a reasonable doubt altered a few states' trial procedure, but the pretrial notice provisions remain unchanged. The jurisdictions which now require indictment on aggravating factors, the federal system did so on the basis of their respective indictment clauses.

This new indictment requirement the federal system has not resulted in overturned death sentences. For federal death sentences pending when the Court decided Ring, all courts except one ruled either that (1) the deficient indictment was harmless and affirmed the death sentence; or (2) the indictment

²⁹ *United States v. Barnette*, 390 F.3d 775, 784-85 (4th Cir. 2004).

³⁰ *Higgs*, 353 F.3d at 298; *Haynes*, 269 F. Supp. 2d at 978-79; *Sampson*, 245 F. Supp. 2d at 332; see 18 U.S.C. § 3591(a)(2) (2000) (establishing intent prerequisites for capital homicide).

³¹ *Quinones*, 313 F.3d at 53 (noting that government obtained superseding indictment); *Williams*, 2004 U.S. District LEXIS 25644, at *38 n.19 (describing government concession); *Sampson*, 245 F. Supp. 2d at 332 (“[T]he government does not dispute [claim that indictment must allege aggravating factors.]”); *O’Driscoll*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 25864, at *6-*7 (noting that government notified court of intent to seek a superseding indictment in light of *Ring*); *United States v. Lentz*, 225 F. Supp. 2d 672, 678 (E.D. Va. 2002) (agreeing with government argument that superseding indictment containing aggravating factors and mens rea requirements was sufficient).

³² *Williams*, 2004 U.S. District LEXIS 25644, at *39; *United States v. Acosta-Martinez*, 265 F. Supp. 2d 181, 184 (D.P.R. 2003) (superseding indictment with “notice of special findings”); *Haynes*, 269 F. Supp. 2d at 973 (superseding indictment with “notice of special findings”); *United States v. Davis*, No. 01-282 Section “R”(1), 2003 U.S. Dist. LEXIS 5745, *16 (E.D. La. 2003) (superseding indictment with requisite mens rea and two aggravating factors).

³³ 18 U.S.C. § 3591(a); see *Regan*, 221 F. Supp. 2d at 679 n.3 (noting that the age provision is also subject to indictment requirement and that the superseding indictment properly alleged that the defendant was at least eighteen years-old).

Dr. Yasin ASLAN

actually included at least one of the necessary aggravating factors.³⁴ Courts have denied all other challenges to pretrial notice based on Ring.

Also significant is the fact that, while the term “functional equivalent to an element” seems very broad in theory and implies that any such fact should be treated as an element of the offense, subsequent cases and practice have limited the term. As a result, the current system meets all constitutional mandates.

³⁴ United States v. Barnette, 775 F.3d 775, 784-86 (4th Cir. 2004).

“ANAYASA KAVRAMININ TANIMI, HAZIRLANMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ”

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY*

“*Siyasi sorunların çözümü amacıyla
ilahi iradeye veya doğanın buyruklarına
teslim olundukça Anayasa
Hukuku olmayacaktır.*”

(Denis BARANGER: *Le droit
constitutionnel*, Paris 2005, sh.5.)

ÖZET

Anayasa devletin kimliği olma işleviyle siyasal erkin kullanılma şartlarını belirlemektedir. Yönetenler erki elde etme, iktidarda kalma ve erki istedikleri gibi kullanma anlamında serbest değillerdir. Yönetenler, halk veya milletin anayasa aracılığıyla oluşturduğu kurallara saygı göstermek zorundadırlar. Bu zorunluluk anayasanın değiştirilmesi anlamında da geçerlidir. Anayasanın yönetenlerin yetkilerini belirleme ve sınırlama işlevinin yanında bir de bireylerin hak ve hürriyetlerini yönetenlere ve devletin organlarına empoze etme işlevi de vardır. Anayasa bu amaçla gerekli yöntemleri öngörür ve mekanizmaları kurar.

Anayasa yaşayan bir metin olarak toplumsal gelişim ve değişimlere açıktır. Bu özelliği kavramın üstünlüğü ile birlikte düşünüldüğünde yumuşak ve katı anayasa ayırımı söz konusu olur. Katı anayasa kavramıyla anayasanın değiştirilmesi normal kanunların değiştirilmesinden farklı usullere tabi kılınmıştır. Bu noktada anayasanın kim ve hangi sınırlar içinde kalınarak değiştirebileceği sorunu gündeme gelir. Tamamıyla yeni bir anayasa yapımında kurucu güç söz konusudur. Bu güç teorik olarak anayasayı istediği gibi şekillendirebilir. Ancak uygulanacağı toplumun tarihsel geçmişi, sosyal ve kültürel yapısı bu gücü anayasa yapımı sürecinde etkiler ve sınırlar. Kurulu güç kurucu gücün tanıdığı sınırlar içinde ve öngördüğü usullere uygun ana-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

yasayı değiştirebilir. Kapsamının genişliği ne olursa olsun bu güç açıkça belirtilmese bile mantıki olarak devletin varlık şartlarına yani devletin unsurlarına ve devletin özünü oluşturan egemenliği anlamında bir değişiklikte bulunamaz.

ANAHTAR KELİMELER:

●Anayasa, ●Anayasanın içeriği, ●Anayasanın hazırlanması, ●Anayasanın değiştirilmesi, ●Kati anayasa, ●Yumuşak anayasa, ●Kurucu güç, ●Geleneksel, örf ve âdetle dayalı (teamuli) anayasa, ●Yazılı anayasa, ●Asli kurucu güç / iktidar, ●Türev /Tali kurucu güç / iktidar, ●Convansion Yöntemi, ●Kurucu ve Yasama Meclis Yöntemi, ●Toplumsal Sözleşme / içtimai mukavele, ●Kuvvetler Ayrılığı Teorisi, ●Siyasi hukuk.

« La définition de la notion de la constitution, la relation entre la préparation et la révision de celle-ci »

RESUME

En tant que carte de l'identité de l'Etat, la constitution définit précisément l'exercice du pouvoir politique. Les gouvernants ne sont pas libres d'acquérir le pouvoir, d'y rester et de l'utiliser comme ils veulent; ils sont soumis au respect de règles qui sont édictées soit par le peuple, soit par la nation au moyen de la constitution. Cette obligation est valable aussi même pour la révision de la constitution. Au cote de fonction de préciser et de limiter les compétences des gouvernants, la constitution prévoit les droits et des libertés fondamentaux des citoyens et le garantit contre les actes et faits illégaux et abusant des gouvernants et autres organes de l'Etat. Elle vise à arriver ce but en prévoyant les méthodes convenants et utiles ainsi qu'elle crée les mécanismes nécessaires de protecteurs.

La constitution, acte vivant, ouvert au développement et évolution de la société. Il s'agit de différence entre la notion de la constitution souple et celle de rigide en raison de la spécificité de la supériorité de la constitution. Aux termes de la constitution rigide, la constitution peut être changée en suivant la procédure différente par rapport aux lois ordinaires. Ce point provoque la question selon laquelle qui et dans quelle limite peut réviser la constitution présente. Dans ce cas, s'il s'agit de rédiger une toute nouvelle constitution, il faut parler du pouvoir constituant qui peut théoriquement former la constitution selon sa volonté. Mais en pratique il est limité par l'histoire et la structure culturelle et sociale du pays et reste sous l'influence de ceci. Quant au pouvoir dérivé, il peut changer la constitution en respectant les règles et la procédure prévues par le pouvoir constituant. Ce pouvoir, même si ceci ne peut pas être prévu explicitement, quelque soit son étendue, ne saurait logiquement porter atteinte ni aux conditions d'existence de l'Etat ni à son essence, c'est-à-dire la souveraineté de l'Etat.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

LE MOT CLE

•Constitution, •Le contenu de la constitution, •La préparation de la constitution, •La révision / le changement de la constitution, •Constitution rigide, •Constitution souple, •Pouvoir constituant, •Constitution coutumière, •Constitution écrites, •Le pouvoir constituant originaire, •Le pouvoir constituant institué ou dérivé, •Le procède de la convention, •Le procède de l'Assemblée constituante et législative, •Contrat social, •La théorie de séparation des pouvoirs, •Droit politique.

GENEL OLARAK

Devletin bir tüzel kişilik olarak düşünülmesi sonucunda diğer bütün tüzel kişilikler gibi bir statüsünün olması zorunludur. Bu statü devlete iradesinin açıklamasını sağlayan, kendi çıkarlarının korunmasına imkân tanıyan organlarını da belirleme imkânı tanımaktadır. Tüzel kişiliklerde statüler kişiliğin organlarını öngörerek kişiliğin başta beyni, sesi ve ellerini olmak üzere uzuvlarını ortaya koymaktadır. Aynı şekilde toplumsal çıkarın gerektirdiği eğilime uygun tepki veren ve hizmet sunan ve fakat erki elinde tutanların çıkarlarını esas almayan örgütlenmiş siyasi bir erk gibi var olan devlet bir siyasi erkin kurumsallaşmış halidir. Bu nedenle söz konusu siyasi erk yetkilerini ancak konuya ilişkin hukuk düzenin öngördüğü kurallara uygun bir biçimde kullanabilir ve bu anlamda sınırlarının hukuki anlamda belirlenmesine ihtiyacı bulunmaktadır. Bunun olmaması halinde adı geçen erk sadece erki elinde bulunduranların kaprisleri ve taleplerine uygun düşen keyfi veya tiranik bir erke dönüşür.

Bu açıklamalar ışığında anayasanın devletin bir statüsü ve devlet erkinin çerçevesini çizen hukuki bir norm olarak tanımlanması söz konusu olur. Eğer devletin bir statüsü olması dolayısıyla anayasa tanımlayıcı (*descriptive*) ise, kavram aynı zamanda emredici, normatif (*prescriptive, normative*) bir özellikte taşımaktadır. Bu özelliği anayasanın hem hükümet edenlere, hem de yönetilenlere empoze edilen kurallarından kaynaklanmaktadır.¹

Tüzel kişi niteliğiyle çağdaş anlamda devlet², kurucu unsurlarından olan egemenliğini yani kamu kudretinin kullanılmasını kurala bağlayan, örgütlenmesine ilişkin özelliklerinin tayin ve tespit edilerek bir statüye dayandırıldığı ve hayatiyet kazandığı temel bir veya bir dizi yasal düzenlemeye, metne sahiptir. Çünkü her tüzel kişiliğin kendine özgü yapısını, bu yapıya bağlı olarak organlarını ve bu organların görev yetki ve sorumlulukları ile aralarındaki ilişkilerin nasıl yürütüleceği ve amacını belirleyen yasal düzenlemeye, temel bir metne ihtiyaç vardır. Söz konusu nokta işin doğasından kaynaklanır ve bu du-

¹ **CLAPIE Michel:** *Droit constitutionnel, Théorie générale*, ellipses, Paris 2007, sh.71. “Anayasanın devletin statüsü olması onun hukuksal niteliğidir. Devlet iktidarını sınırlaması ise onun siyasal niteliğini ortaya koyar. Anayasaların temel amacı hak ve özgürlükleri korumak üzere devleti sınırlayan ilkeler koymak, devleti kurallara bağlamaktır.” (**TURHAN Mehmet:** *Anayasal Devlet*, 4.Bası, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005, sh.8)

² Devlet kavramı hakkında bkn. **ATAY Ender Ethem:** *Demokrasi ve İnsan Hakları Ders Kitabı*, Tütübay Yayınları, Ankara 2003, sh.13 vd.; **ATAY Ender Ethem:** *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2009, sh.1-11; **GOYARD-FABRE Simone:** *L'État figure modern de la politique*, Armand Colin, Paris 1999.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

rum devlet açısından da geçerlidir. Belirtilen yasal düzenleme devletin kamu kudretinin sınırlandırılmasını da gerçekleştirir. Dolayısıyla anayasa devletin organlarını, görev ve yetkilerini, organların karşılıklı ilişkilerini ve bu yolla da kamu kudretinin içerik ve sınırının belirlenmesi amacını gerçekleştirir. Böylelikle anayasa bütün devletlerin egemenlik yetkisinin kullanılmasında en üst noktanın anahtarı gibi belirir, hükümet edenlere hukuki bir çerçeve içinde hareket etme yetki ve gücü tanır ve bununla bağlantılı bir şekilde devletlerin kudretlerinin sınırlandırılması aracı olma işlevini yüklenir. Bundan dolayıdır ki demokratik ülkelerde demokrasi ve hukuk devletinin zorunlu unsurlarının bünyesinde barındırmanın yanında bu temel metin veya metinler devletlere göre özel nitelikler ve farklı içerikler sunar. Anayasa devletteki siyasi güçlerin hukuki rejimini tespit eder.³ Devletin erkleri ile bu erkleri kullanan organlar veya ajanları arasında ayırımın yapılmaya başladığı anda zorunlu olarak bir anayasanın varlığı söz konusudur. Gerçekten de demokratik bir hukuk devletinde yöneticilerin kullandıkları kamusal yetkilerin, üstünlük ve ayrıcalıkların kaynağı kendileri olamazlar, söz konusu yetkiler onlara devredilmiş, tanınmış yetkililerdir. Bu nedendir ki erkleri kullananların yetkililerinin iyi bir şekilde tanımlanması ve statülerinin nitelik ve özelliklerinin net bir şekilde belirlenmesi zorunludur. Dolayısıyla siyasi erklerin örgütlenmesi ve işleyişine ilişkin kurallar ilgili devletin anayasasına vücut verir.⁴

Anayasa terimi birçok anlam içerecek bir tarzda XVIII. Yüzyıldan itibaren öncelikle kurma (*établir*) ve şekillendirme (*former*) olgusunu açıklamak için kullanılmıştır. Kişinin fizik yapısını açıklama anlamında da kullanılan kavram daha sonra devletin temel yapısı için de kullanılmaya başlanmıştır. Anayasa kavramı ile hürriyet arasında ilişki kavramın ortaya çıkmasıyla birlikte söz konusu edilmiştir. Bu durum özellikle Montesquieu⁵ tarafından sistematik bir tarzda ifade edilen “**Kuvvetler Ayrılığı Teorisi**”⁶ ile de doğrudan ilişkilidir. Teorinin ileri sürüldüğü dönemin özelliği gereğince despotizmin engellenebilmesi amacıyla öncelikli olarak tanınması ve güvence altına alınması gereken siyasi hakların varlığı için devletin içinde yer alan kuvvetlerin belli kişi ve

³ COUDEVILLE Andrée: *Précis de droit public*, ellipses, Paris 2005, sh.21.

⁴ BURDEAU Georges: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 17ème édition, LGDJ, Paris 1976, sh.57.

⁵ MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, GF-Flammorion, 2 Tomes, Paris 1979.

⁶ Teori hakkında bkn. ATAY Ender Ethem: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, Danıştay 2008 İdari Yargı Sempozyumuna sunulan tebliğ; ATAY Ender Ethem: *İdare Hukuku*, sh.131-133; KUTLU Mustafa: *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

organda toplanmaması gerekir. Anayasa hürriyetlerin tanınması, gerçekleştirilmesi, hayatiyet kazanması ve korunması amacına yardım etmelidir. Bu çerçevede anayasa yapma ve değiştirme hakkı, hürriyetleri fiilen kullanacak veya yararlanacak kişiler topluluğu olan halkta / millette olmalıdır. Kamu erkini (gücünü, kudreti) elinde bulunduranlar bu erke toplumsal yararı gerçekleştirmek için sahiptirler. Dolayısıyla erk sahipleri hukuki olarak söz konusu erkin kendilerine tanıdığı üstünlük ve ayrıcalıkları kişiler üzerinde baskı kurmak için kullanamazlar. Çünkü kamu erklerinin varlık sebebi ve kullanılabilmesi toplumsal ihtiyaçların giderilmesi, kamu yararının somutlaştırılması ve topluma hizmet etmesi, bireyin toplum içinde can ve mal güvenliği korunarak her türlü tehdit ve tehlikeden uzak yaşayabilmesi şartına bağlıdır. Kamu erki toplumsal barış ve birlikteliği amaçlamadığında meşruiyet zeminini de kaybeder. Kamu erkinin kullanılmasında herkesin yani toplumun iyiliğini, çıkarını amaçlamayan baskı, yöntem ve uygulamaları kabul edilemez. Bireyin doğasından kaynaklanan ve doğuşu anında sahip olduğu, iyilik ve değerlerin daha sonra birlikte yaşama sonucunda bozulması dolayısıyla ortaya çıkan sorunların çözümü bireyler arasında yapılacak bir sözleşmeye bağlanmalıdır. İşte bu sözleşme “**Toplumsal Sözleşme**” (içtimai mukavele/*contrat social*)⁷ olarak adlandırılır. Bu Toplumsal Sözleşme aynı zamanda anayasa kavramını da içermektedir.

Bahse konu Sözleşmenin amacı bireylerin hürriyetlerinin tanınması ve güvence altına alınmasıdır. Dolayısıyla erkin mantıklı bir şekilde bir araya getirilen örgütlenmeye ilişkin kurullarla sınırlandırılması gerekir. Bu noktadan hareketle anayasa kavramı bir yandan örgütlenmeye (*organisation*), diğer yandan da yapısal duruma (*structure*) ilişkin kurullar bütünü anlamı taşır. Anayasa ile kamusal yetki kullanan kişiler, siyasi erklerin kullanılmasına ilişkin şartlarla bağımlı hale getirilirler. Hükümet edenler erki ele geçirmede, erki kullanan makamları işgal etmede ve erkten kaynaklanan yetkileri kullanmada keyfi, istedikleri gibi hareket edebilme imkânına sahip değildir. Onun içindir ki demokratik hukuk devletlerinde kamu hukuku anlamında takdir yetkisi kullanan her makam ve kişi bu yetkisini yetkinin tanınma amacına yani en genel ve geniş anlamda toplumun, kamunun yararını gerçekleştirmek için kullanılacaktır ve bu yetkiyi keyfi bir yetki gibi değerlendirip kullanamayacaktır. Kısacası kamu hukukunda takdir yetkisi hukuki bir yetki olup, demokratik ve hukuki esas ve usullere uygun kullanılabilir.

⁷ Bkn. **ROUSSEAU Jean-Jacques**: *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat GÜNYOL, 3.B., T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2008.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

Anayasanın siyasal erklerin kullanılmasının şartlarının belirlenmesi şeklinde tanımını yapan ve kaynağı Montesquieu'nun Kuvvetler Ayrılığı Teorisi olan bu anlayış zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Artık anayasanın kuvvetlerin sınırını belirleyen kurallar olarak tanımlanması yeterli değildir. Günümüz anlayışına göre anayasa aracılığıyla bireylerin devlet organları ve hükümet edenlerin yaptırımı tâbi kılınmasını mekanizmasının uygulamaya konulmak suretiyle bireyin hak ve hürriyetlerine saygı gösterilmesinin sağlanmasına çalışılmaktadır. Bu anlamda artık kuvvetlerin katı ayrılığı anlamındaki tartışma tercih edilen siyasi rejime göre yoğunluğunu yitirmekte ve fakat erklerin hukuka, anayasaya bağımlı kılınmasına dönüşmektedir. Anayasanın üstünlüğü ve bunu sağlama aracı olarak anayasa yargısı bu anlayış değişikliğinin bir sonucudur.

Anayasa kavramı günümüzde hak ve hürriyetlerin tanınması, sürekliliği ve gelişiminin sağlanmasına açık yaşayan bir metin olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle anayasayı yorumlayan ve uygulayan organlara göre anayasa yapıldığı andaki içeriği anlamına hapsedilmiş, kapalı bir metin gibi değerlendirilmemeli, sürekli bir oluşumla birlikte günün şartlarına uyum açısından açıklığı da içermelidir. Bu anlayış sonucunda anayasa yargısı "**anayasallık bloku**" olarak adlandırılan uygulamayı yaratmıştır.

Anayasa kavramının bir sembol, bir metin, tarihi bir doküman, hukuki bir olgu gibi birden fazla şekilde değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ancak hukuki norm, kural olma özelliği makalede öne çıkarılacak ve bu hususa ilişkin açıklama yapılacaktır. Bu bağlamda olmak üzere "*anayasaya iki rejim arası dönemin⁸ açıklanması anlamı yüklenemeyeceği gibi kavram kendisinin değiştirilmesine yönelik kurallar anlamına da indirgenemez.*" varsayımından hareket edilmiştir.

Anayasa Hukuku başlangıçta içeriği dolayısıyla "**Siyasi Hukuk**" (*droit politique*) olarak anlaşılmakta idi.⁹ Bu anlayışın geçerliliği günümüzde de

⁸ Bu dönemler ya bir devrim ya da köklü bir siyasal değişim veya yeni bir devletin ortaya çıkmasını ifade eder.

⁹ Anayasa Hukuku kavramının günlük anlamda kullanılması öncesinde birçok sebebe bağlı olarak "Siyasi Hukuk" ifadesiyle adlandırılmaktaydı. Her şeyden önce siyaset insanların etkinliklerini toplumsal yaşamın sorunlarını çözmeyi amaçlama olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda olmak üzere diğer beşeri etkinlikler gibi siyaset de kurallara tabi kılınmalıdır. Bununla birlikte kavram hukuka bağımlı kılınmanın ötesinde niteliklere de sahiptir. Anayasa, hukukun şekillendirdiği siyasi etkinlikleri gerçekleştirildiği bir alan ve aynı zamanda da hukukun yaratılmasının şartlarının da belirlendiği bir yerdir. Batı anlayışında siyasi erkler meşruiyetlerinden hareketle kendilerini göstermektedirler. (BARANGER Denis: *Le droit*

belli bir ölçüye kadar savunulabilir.¹⁰ Ancak günümüz anlayışında Anayasa Hukuku denilince genel olarak devletin hukuki, siyasal yapısı ve bireyin hak ve hürriyetleri ön plana çıkarılması, bunlara ilişkin kurum ve kuralların hukuki analiz ve değerlendirmesinin yapılması anlaşılmaktadır. Hukuki bir terim olarak anayasa¹¹ siyasi anlamda siyasi isteklerin, temennilerin tamamı veya belirli bir andaki toplumun durumunu açıklamaktadır. Hukuki anlamda ise kavram, hukuk sistemin tamamına göndermede bulunmayı ifade etmektedir. Dolayısıyla anayasa kavramı siyasi, tarihi ve hukuki olmak üzere insicam içinde bulunmayan birçok yan anlamı ihtiva etmektedir.

Modern bir devletin kurumsal aslı, temel örgütlenmesi genel olarak bir anayasaya dayanır. Devletin bünyesindeki siyasi kurumlar zorunlu olarak örgütlenmeyi belirleyen ve söz konusu kurumların işlevleri ile aralarındaki ilişkiyi ortaya koyan kurallara bağlıdır. Bu kurallar aynı zamanda kamu kudretini kullanan kişilere de empoze edilir ve ülkenin temel normu ve dokümanının yani anayasanın içeriğini oluşturur.

Her devletin bir anayasası mevcuttur. Çünkü hükümet edenlerin, yöneticilerin kullandıkları kamu kudretinin kaynağı bizzat kendileri olamaz. İster açıkça yazılı, isterse zımnî nitelikte olsun; bu durum ve bireylerin devlet organları karşısındaki hak ve hürriyetlerinin bir kurala bağlılığı zorunludur. Dolayısıyla anayasa denilince en genel anlamda devlet içinde yer alan kurumların yapısal nitelikleri, yetki görev ve sorumlulukları akla gelir. Özet bir ifade ile anayasa devlet içindeki kuvvetlerin statüsünü belirler. Geleneksel liberal anlayışa göre belirtilen bu husus hukuk devletinin oluşturulmasında belirleyici unsur olma özelliğini taşır. Toplumsal Sözleşme varsayımının derinliklerine inildiğinde anayasalcılığın anayasal rejimleri ve liberal demokratik rejimi tanımladığı gözlemlenir. İşte bu düşünceye bağlı olarak ki, 1789 İnsan ve

constitutionnel, PUF, Que sai-je?, N0:3634, 2ème édition, Paris 2005, sh.5).

¹⁰ Bu nedenledir ki, hâlâ çağdaş devletlerde siyasi ve anayasal kuruluşların (*les institutions constitutionnelles et politiques*) hukuk kurallarına bağımlı kılındığı, söz konusu kuralların kuruluşların işleyişi ve örgütlenmesini belirleyen, hem vatandaşlar hem de kamu kudretini kullananlar için uyulması zorunluluğu belirtildikten sonra; anayasanın tanımı anayasal ve siyasal kurumlara uygulanacak kurallardır denilmekte ve bunun da devletin anayasasını oluşturduğu ifade edilmektedir. Bu anlamdaki kurallar kamu hukukunun bir dalını oluşturur ve anayasa ve siyaset hukuku adını taşır. (AUBY Jean-Marie, AUBY Jean-Bernard: *Droit public, droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif*, T.I, 10ème édition, éditions Sirey, Paris, 1989, sh.15)

¹¹ Anayasa hukukunun siyasi hareketleri şekillendirdiği ölçüde siyasi hareketleri gerçekleştirdiği bir alan ve aynı zamanda da hukuk kurallarının oluşturulmasının şartlarının belirlendiği bir yerdir. (BARANGER Denis: *age*, sh.5)

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesinde “*anayasası olmayan ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin tanınmadığı hiçbir toplumda hakların güvence altına alınması söz konusu değildir.*” denilmektedir. Bu bağlamda hatırlatılmasında yarar bulunan husus; anayasanın toplumsal düzen, kamu kudretini kullanan kurumsal yapının oluşum ve yetkileri ile hürriyet kavramlarına verilen anlamın değiştirilmesine yönelik bir çaba olduğudur. Bu nedenledir ki, her bir anayasa siyasi niteliği haiz değerler içerisinde yapılan bir tercihi yansıtır. Söz konusu tercihe ilişkin değerlendirmeden hareketle geleneksel anayasa doktrini, anayasanın içeriğinde yer alması gereken konular anlamında “kuvvetler ayrılığı” ve “bireysel hak ve hürriyetleri” birinci sıraya yerleştirmektedir.

Devlete ilişkin hukuki kurallarının bütünlüğü içinde anayasa, haklar ve politikaların birleştiği nokta üzerine oturtulmaktadır. Dolayısıyla anayasa birbiriyle karmaşık ilişkiler içinde bulunan bu iki alanın belirsizlikler içeren ilişkilerinin tamamen dışında kalmaz. Bu sebeptendir ki, hukuki işlemlerin zorunluluğuna ilişkin alışlagelmiş değerlendirmeleri anayasa ile başka bir statüye sokulması, niteliğinin başka bir bağlama oturtması söz konusu edilemez. Anayasal zorunluluk, yazılı bir şekilde ifade edilmesi dolayısıyla hukuki bir zorunluluk görüntüsü kazanarak basit bir siyasal zorunluluk gibi dış dünyaya yansımaktadır. Belirtilen bu husus anayasalarda “*anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi*” ile ifade edilmeye çalışılmaktadır.¹² Bahse konu ilke devletlerde farklı yoğunluklarda gözlemlenir. Bu çerçevede anayasanın ne anlam taşıdığına belirginleştirilmesi ve kurucu gücün doğasının tanımlanmasına ihtiyaç duyulur.

I- ANAYASANIN İÇERİĞİ VE TANIMI

1) ANAYASANIN İÇERİĞİ (*Le contenu de la constitution*)¹³

Anayasa Hukuku kavramının gerçekte farklı iki anlamı söz konusudur. Kavramın geniş anlamına göre (*sens large*) devletin anayasal ve siyasi ku-

¹² “Anayasanın diğer kanunlardan ayrılması aynı zamanda anayasaya diğer normlara oranla bir üstünlük tanır ve buna “*anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi*” denilir. Bu üstünlük ve bağlayıcılığın hukuk sisteminde yer bulabilmesi ancak katı anayasa anlayışının kabul edildiği sistemler için söz konusu olabilir. Anayasa metni bu anlamda kurallar piramidinin en üstünde yer alır. Anayasanın üstünlüğü farklı yöntemlerle sağlanmakla birlikte bu yöntemlerle ulaşılmak istenilen nokta hep aynıdır: “*Anayasanın altında yer alan normlar anayasaya uygun olmalıdır, aksi durumda bu aykırılık bir yaptırıma tâbi kılınmalıdır.*” Hukuk sistemlerinde belirtilen bu husus özellikle yargı denetimi yoluyla gerçekleştirilmektedir.” (ATAY Ender Ethem: *Idare Hukuku*, sh.54)

¹³ GEORGES Philippe, SIAT Guy: *Droit public*, 12ème édition, Sirey Edition, Paris 2001, sh.10.

ruluşlarına ilişkin ister yazılı olsun, isterse bu özelliği taşımasın her kural Anayasa Hukukunun içeriğini oluşturur. Anayasanın geniş anlamı önemli bir ölçüde “*maddi anlamda anayasa*” (*la constitution matérielle*) kavramıyla da örtüşmektedir. Anayasa kavramının Batı dillerindeki karşılığının orijini Latince “*constitutio*” kelimesi olup bugünkü anlamının dışında bir anlamı söz konusu idi. Antik Roma’da kavram imparatorun yasama yöntemini, aracını ifade etmek için kullanılmaktaydı. Bizans İmparatoru Justinien’in Kodunda daha belirgin bir ifadeyle Digeste’da VI. Yüzyılda kavram eski Romalı hukukçuların derlemesi anlamında kullanılmaktaydı. Katolik Roman Kilisesi’nin şeri hukukunda kavram her zaman için belirli bir dini düzenin statüsünü ifade etmek için kullanılmıştır. 1758 tarihinde İsviçreli Hukukçu Emeric de Vattel günümüzdeki anlamıyla kavramı kullanmış ve maddi anlamdaki anayasanın içeriği ortaya konulmuştur. Buna göre anayasanın konusu aynı zamanda halkın kimin aracılığıyla yönetilmek zorunda olduğu ve yönetenlerin hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunun net bir şekilde ortaya konulmasıdır. Özetle maddi anlamda anayasa kavramı şekli özellik tanımayan normların tamamına (*un ensemble de normes non formalisé*) yapılan bir yollamadır ve bu normların içerisinde yöneticilerin otoritesinin temel kuralları ile yönetilenlerin temel hak ve hürriyetlerinin güvencesini oluşturan, sağlayan temel normlar bulunmaktadır.¹⁴

Geniş anlamda anayasa kavramıyla ilişkili kurallar hukuki nitelikleri açısından farklılıklar arz etmektedir. Söz konusu kurallar teknik anlamdaki anayasanın, organik kanunların, normal kanunların, meclisin kendi çalışmalarını düzenlemek amacıyla kabul ettiği meclis içtüzüğüne, Cumhurbaşkanının ve Bakanlar Kurulunun çıkardığı kararnamelerin ya da teamüli uygulamaların içinde öngörülebilir. Bahse konu bu düzenlemelerin tâbi kılındıkları hukuki rejim farklı olmamakla birlikte, konuları anlamında aynı hususlara ilişkin düzenlemeler yapmaktadırlar. Geniş anlamda Anayasa Hukuku ifadesi en genel anlamıyla siyasal kuruluşlara ilişkin belirli bir takım yazılı kuralları açıklamak amacıyla kullanılmaktadır. Bu anlayış dar anlamdaki (*sens étroit*) anlayıştan farklı olarak konu anlamındaki birlıkliliği tek başına içermemekte aynı zamanda kuralların tâbi olduğu hukuki rejimlerin ayniyeti ifade etmektedir. Dolayısıyla geniş anlamda anayasa ifadesi ile şekli anayasa ile birlikte maddi anlamda anayasa anlayışının sonucu kabul edilen bütün kuralları ister yazılı, isterse yazılı olmasın anayasa kavramı içinde gibi anlaşılır.

¹⁴ CLAPIÉ Michel: *Droit constitutionnel, Théorie générale*, elipses, Paris 2007, sh.78-79.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

Dar anlamda anayasa ifadesi devletin resmi hüviyet taşıyan anayasasını yani şekli anlamda anayasa kavramını belirtmek üzere kullanılmaktadır. Bu anlamda anayasanın içeriğinde bazen devletin kurumsal yapısı ve işlevi ile bireyin hak ve hürriyetleri dışındaki hükümlerin öngörülmesi mümkündür.

Anayasalar kural olarak kamu kudretinin kimler tarafından kullanılacağını ve bunların örgütlenmesine ilişkin kuralları içerirler. Bununla birlikte, anayasalarda her zaman bu anlamda kurallar yer almaz. Bazen de kamu kudretinin örgütlenmesine ilişkin kurullarla birlikte diğer düzenlemelerde yer alabilirler. Aynı şekilde kamu kudretinin örgütlenmesine ilişkin kurulların tamamı anayasada öngörülmebilir. Bu açıdan bakılınca anayasa genellikle kanunlarla tamamlanır. Örneğin, Ülkemizdeki uygulamanın aksine parlamento üyelerinin seçimine ilişkin rejim alışılageldiği üzere anayasanın düzenlemesinin dışında bırakılır ve bu alanda kanunla düzenleme gerçekleştirilir. Örneğin Fransa'daki uygulama bu yöndedir.¹⁵

Anayasanın içeriğini tamamlayan kanunlar genellikle “organik kanun” (lois organique) olarak adlandırılır. Burada söz konusu edilen kanunlar anayasadaki düzenlemelerin benzeri nitelikte bir içeriğe sahiptir. Ancak söz konusu niteliğe rağmen bu düzenlemeler anayasanın bir parçası değildir ve bunun doğal sonucu olarak da anayasal metinlerin sahip oldukları hukuken anlamdaki üstünlük ve bağlayıcılık özelliğinden yararlanamazlar. Bununla birlikte bu organik kanunlar parlamento tarafından oylanırlar ve özel bir usule tâbi kılınarak kabul edilip, yürürlüğe girerler.

Anayasalar bazı durumlarda sadece kamu kudretinin örgütlenmesine ilişkin kuralları içermeyebilirler. Bazı durumlarda tanımına uygun anlamda anayasa “temel hak ve ödevler” veya “hakların bildirgesi” ya da “dibace” (başlangıç) adını taşırlar ve bu anlamda bireylerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin hususları içerirler. Belirtilen bu nokta bazen de Ülkemizde olduğu gibi anayasanın bizzat içinde bulunur. Ancak burada yapılan düzenlemeler teknik ve içeriği anlamında kamu kudretinin örgütlenmesine ilişkin kurullar değildir. Bu tür bir düzenlemeye gidilmesinin arkasında yatan sebep, bu metinlerin düzenleme konusu ve içeriğine özel bir önem ve güvence sağlanmasıdır. İkinci olarak bu tür düzenleme yapılmakla temel hak ve hürriyetlerin aynı zamanda devlete karşı da ileri sürülebilmesinin yolu hukuken en üst düzeyde güvenceli

¹⁵ “Şekli anayasa anayasal nitelikteki bütün kuralları da içermeyebilir. Örneğin, seçim sistemi ve siyasal partiler anayasal düzenin yapı ve işleyişiyle doğrudan doğruya ilişkili olmakla beraber, anayasalar bu konuları ayrıntılı olarak düzenlemeyip bu işi yasalara bırakmaktadır.” (ERDOĞAN Mustafa: *Anayasa Hukukuna Giriş*, Liberte Yayınları, Ankara 2004, sh.88)

bir tarzda açılmış olur. Bu yolla aynı şekilde devlete, organlarına yani yasama ve yürütme organlarına da temel hak ve hürriyetlere ilişkin tanıma, güvence altına alma ve koruma anlayışının empoze edilebilmesi sağlanabilmektedir. Bir başka ifadeyle ne yasama organının işlemi olan kanunlar, ne de yürütme organından sadır olan düzenleyici işlemler bu durumu tehlikeye sokabilir. Belirtilen bu nokta anayasal metinlerin kanunların üstünde bir değeri haiz olması hususunu ortaya kor ve açıklar. Kamu kudretinin varlık sebebi bireylerin her birinin huzur ve refahı ile toplumsal düzen ve kamu yararının sağlanmasıdır. Bu durum bireyle kamu kudretini kullanan organların karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurur. Bireyin her anlamda kendisinden güçlü, siyasi ve hukuki araçlarla donatılan söz konusu organlara karşı korunması, güvenceli bir statüye oturtulması için bu organların yetkilerinin sınırının belirlenmesi zorunludur. Bu zorunluluğun iyi bir şekilde belirlenip formüle edilmesi ve uygulamaya aktarılması siyasi sisteme demokratik nitelik sağlar ve hukuk devletinin altyapısını oluşturur. İşte bu noktada anayasa devreye girerek birey için güvence sağlama işlevini yüklenir.

Özetle anayasa esas itibarıyla hukuk sistemin en üstünde yer alan normatif bir düzenleme niteliğiyle devletin niteliğini, devlet birey ilişkisinin içeriğini, devlet organlarının yetkilerini ve yetkilerinin sınırını ve öngördüğü düzenlemelerin nasıl ve hangi usul ve esaslara riayet edilerek değiştirilebileceğini öngörür. Bu düzenlemeler anayasanın içeriğinin olmazsa olmaz koşuludur.

2) ANAYASA KAVRAMININ ŞEKLİ VE MADDİ KRİTERE GÖRE TANIMI

Anayasa organları ve siyasi erklerin işlevlerini tanımlayan hukuki kuralların tamamıdır. Genel bir ifadeyle siyasi erkin hukuki statüsü veya devletin hukuki statüsü olarak tanımlanabilir. Anayasa bir devletin veya bir rejimin kurucu işlemi, metnidir. Aynı şekilde devleti hukuk kuralları kaynağından oluşan kurallar bütünüdür. İçerisine hapseder.¹⁶ Devletin statüsünün tanımlamak için kullanılan kavram Aydınlanma dönemi düşünürleri tarafından XVIII. Yüzyıldan itibaren kullanılmıştır. Anayasalcılık kavramının öncüleri olan Locke ve Montesquieu monarka geniş bir takdir yetkisi alanı bırakan ve genellikle soyut ver belirsizlikler içeren geleneksel anayasanın yerini alması gereken yazılı bir anayasayı savunan bir akımı başlatmışlardır. Böylece yazılı anayasa mutlak kraliyet anlayışına karşı modern, liberal bir devletin mücadele aracı gibi kendini göstermiştir. Anayasa monarkın yetkilerini sınırlandırmalı

¹⁶ ZARKA Jean-Claude: *Introduction au droit constitutionnel*, ellipses, Paris 2006, sh.34.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

ve vatandaşların haklarını öngörmelidir. Klasik Anayasalcılık devrim anayasalarının kaleme alınmasıyla doğmuş olmasına karşın Modern Anayasalcılık kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ile ortaya çıkmıştır. Modern Anayasacılık anlayışı anayasanın üstünlüğü yani anayasanın normlar hiyerarşisinde en üst yeri işgal ettiği ve vatandaşların haklarını belirleme noktaları üzerinde ısrarla durmaktadır.¹⁷

Bir ülkenin siyasi örgütlenmesine ilişkin kurallar iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda kurallar ilk olarak geleneklerden, örf ve adetten yani önceki uygulamalardan ve fakat hiçbir surette tek bir resmi metin halinde kodifiye edilmeden bahse konu olurlar. Bu durumda “*geleneksel anayasa*” söz konusudur. Kuralların resmi bir metinde açık bir şekilde yazıldığı ve etkileri anlamında ilgilerine hassasiyet aşıladığı durumlarda da “*yazılı anayasa*” söz konusu olur. Kural olarak devletlerin büyük bir çoğunluğunda anayasa yazılı bir metindir. Ancak anayasal kuruluşların bazen hukukun dışında sadece yazılı olmayan yani geleneklere tâbi kılındığı da bilinmektedir. Yazılı bir anayasaya sahip olma anlamındaki tespit Ülkemiz açısından aşağı yukarı iki asırdan beri geçerli nitelikteki bir durumu yansıtmaktadır. Benzer durum başta Fransa olmak üzere Batı tipi demokrasi anlayışını benimseyen Kıta Avrupa’sı ülkelerinin büyük bir çoğunluğu için de rahatlıkla söylenilmektedir.

Başlangıçta kamu erklerinin işlevlerinin yöntemleri, düzenli bir şekilde sürekli uygulanan uyulması zorunluluğuna ilişkin anlayışın tekrar edilmesinden kaynaklandığı örf ve adet kurallarından oluşmuştur. Bir başka deyişle XVIII. Yüzyıla kadar ülkelerin büyük çoğunluğunda siyasi örgütlenmeye ilişkin kurallar sadece geleneklerle tespit edilmişti. Her ülkede devlet fikri yavaş bir surette ekonomik ve sosyal anlayış ile tarihi, ahlaki ve manevi değerlerin etkisi altında şekillenmiştir. Dolayısıyla bir devlette anayasa tek bir metinden oluşmadığı durumları ifade etmek için “*geleneksel, örf ve âdete dayalı (teamüli) anayasa*” (*constitution coutumière*) kavramı kullanılmaktadır. Bu tür anayasalar tek bir metne dayanmaz ancak konuya ilişkin birden fazla metnin varlığı söz konusudur. Gerçekten de geleneksel anayasal tarihsel bir sürecin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip anayasalar için örnek olarak gösterilen temel ülke, İngiltere’dir.¹⁸ Dolayısıyla İngiltere bir anayasaya sahiptir

¹⁷ CHAMPAGNE Gilles: *L’essentiel du droit constitutionnel, 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, 7ème édition, Gualino, Lextenso éditions, Paris 2008, sh.35.

¹⁸ Bkn. ATAR Yavuz: *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Mimoza, Konya 2000, sh.25 vd.; EROĞUL Cem: *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Ankara 1974, sh.81 vd.

ve fakat söz konusu anayasa yazılı anayasa niteliğini taşımamaktadır. Bu tür anayasaların bir diğer adı da “*tedvin edilmemiş*” veya “*kodifiye edilmemiş*” anayasalardır.

Devletin temel normu, metni, kanunu olan anayasa iki açıdan yani, maddi ve şekli kriterlere göre tanımlanır. Her bir kriterin kendi anlayışı mantıksal bir temele ve yaklaşıma dayanmaktadır. Bu kriterlerin yorumlanması, güçlü benzeşmezliklerle beslenmektedir.

A-) Maddi Anayasa

Anayasa kavramının içeriği anlamında iki tür kabul söz konusudur. İlk kabule göre anayasanın maddi anlamından (*sens matériel*) söz edilebilir. Buna göre düzenleme biçimi ne olursa olsun devletin siyasal kurumlarına ilişkin kuralların tamamı anayasa kavramıyla adlandırılır. Bu kuralların yer aldığı metinler farklılıklar arz edebilir. Bu çerçevede *ilk olarak* söz konusu kurallar teknik anlamda anayasa olarak adlandırılan metnin içinde bizzat yer alabilir. Burada yazılı bir metnin varlığı söz konusu olup; bu metin önceden öngörülen usul ve esaslara göre yetkili organ tarafından hazırlanıp, görüşülüp, oylanarak yürürlüğe sokulmuştur. Bu tip anayasalar için *ikinci olarak* da “**organik kanunlar**” (*lois organiques*)¹⁹ olarak adlandırılan metinlerde yer alan hükümler gösterilmektedir. Bu gibi durumlarda Meclis anayasanın metninde özel bir biçimde tanımlanmış esaslardan hareketle organik kanunları özel bir usule göre oylayarak kabul etmiş ve yürürlüğe sokmuştur. Burada bahse konu kuralların normal kanunlar veya diğer düzenleyici işlemlerle de belirlenebileceği hususunun altı çizilmelidir. Dolayısıyla bu tür anayasa kavramının kaynağı-

¹⁹ Bu kavram ile normlar hiyerarşisinde işgal ettikleri yer açısından farklı iki tür metin ifade edilmektedir. Bu anlamda ilk olarak kamusal erklerin işleyişi ve örgütlenmesine ilişkin olmaları dolayısıyla içeriği maddi anlamda anayasal nitelik taşıyan normal kanunlar (*lois ordinaires*) söz konusudur. Bu tür kanunlar anayasanın öngörüsünün ya da yasakoyucunun kendi inisiyatifi sonucunda oluşturulurlar. Organik kanun kavramı burada sadece uygulamadan kaynaklanmaktadır ve hukuki anlamda sonuçları mevcut değildir. İkinci olarak anayasa ile kanunlar arasında bir yer işgal eden kanunlar söz konusudur. Bu ikinci anlamda kavram özellikle Fransız Hukukunda kullanılmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak organik kanunun ilk anlamındaki benzeri nitelikli maddi anlamda anayasal kanunlar söz konusudur. İkinci grupta zorunluluk olmasına rağmen ayrıntılı kuralları dile getiren erkin bulunmaması dolayısıyla bizzat anayasanın öngördüğü metinleri belirginleştirecek veya tamamlayacak kanunlardır. 1958 Fransız Anayasası bu anlamda Anayasa Konseyi veya Yüce Divan’ın işleyişi örneğinde olduğu gibi birçok konuda organik kanun öngörmüştür. Nihayet normal yasama işlevinin yerine getirilmesinde geçerli olan usul kurallarından hassasiyetine binaen farklı ve özel bir prosedüre göre kabul edilen ve değiştirilen kanunlar üçüncü grup organik kanunları oluşturmaktadır. (HAMON Francis, TROPER Michel: *Droit constitutionnel*, 30ème édition, LGDJ, Paris 2007, sh.49)

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

nın oluşturulması anlamında farklı hukuki rejime tâbi metinlerin varlığı söz konusudur. Değişik hukuki rejime tâbi olma anlamındaki farklılıklarına rağmen bunların ortak bir noktası da bulunmaktadır ki, bu da siyasal kurumların düzenlenmesine ilişkin olmalarıdır. Aynı şekilde geleneksel bir anayasanın varlığı halinde bahse konu kuralların yazılı olma özelliğini taşıması da mümkündür.

Maddi kriterden hareketle anayasanın tanımı devletin işlevi ve örgütlenmesine ilişkin kuralların tamamı olarak yapılmaktadır. Bu anlayışın doğal bir sonucu olarak anayasal ilkeler bir veya birçok kanuni metin içerisinde açıkça yer alabilmektedir. Bu ilk varsayım kabul edildiğinde “*yazılı anayasa*” (*constitution écrite*) kavramına ulaşılır. İkinci varsayım halinde ise kurumsal yapı içinde yer alan açık bir şekilde ifade edilmeyen kurallar da anayasa tanımı içindedir. Bu durumda ise yukarıda da işaret edildiği üzere “*geleneksel (teamüli) anayasa*”dan söz edilir. Teamüli anayasa uygulamaları geçmişte çok yaygındı. Fransa’da mutlak monarşinin geçerli olduğu Eski Rejim döneminde ve 1861 ile 1946 yılları arasında İtalya’da geleneksel anayasa var olmuştur.

Bu çerçevede tarihsel olarak Türkiye’de mukayeseli hukuktaki gelişmeye paralel bir tarzda yazılı anayasa anlamında tercihin varlığı söz konusudur (1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 anayasaları). Benzer bir durum Fransa içinde geçerlidir (1791, 1793, an III, an VIII, an XII, 1814, 1830, 1848, 1875, 1940, 1946, 1958).²⁰ Dolayısıyla XVIII. Yüzyılın sonlarından itibaren Amerika Birleşik Devletleri örneğine²¹ uygun olarak çağdaş devletlerin büyük bir çoğunluğunda yazılı anayasalar kabul edilmiştir. Buna karşılık İngiltere geleneksel anayasaya bağlılığı ve bu anayasa modeline örnek olarak gösterilmektedir.²²

²⁰ “Fransa’da yazılı anayasa dönemi, aşağı yukarı, iki yüzyıllık bir tarihe sahiptir. Bu tarihin hemen hemen yarısı, ani ve hızlı değişmelere sahne olurken, diğer yarısı oldukça durgun geçmiştir. Gerçekten de, Fransa’nın benimsediği on altı yazılı anayasanın on üçü 1789 ile 1875 tarihleri arasında kabul edilmiş, buna karşılık, yazılı anayasa tarihinin ikinci yarısı sadece üç anayasa tarafından işgal edilmiştir.” (EROĞUL Cem: *age*, sh.95)

²¹ Yazılı ilk anayasalar 1776 tarihinden itibaren Kuzey Amerika’daki İngiliz kolonilerinin bağımsızlıklarını kazandıkları dönemlerde 1781 tarihli Konfederasyon Anayasası ve bu Anayasayı izleyip onun yerini alarak federal yapı üzerine inşa edilen Amerika Birleşik Devletleri’nin Anayasası olan 1787 tarihli anayasadır. Ayrıntılı bilgi için bkn. ATAR Yavuz: *age*, sh.39 vd.

²² “Teamüli anayasalar son derece istisnai örneklerdir. Bunun örneklerine esas itibarıyla Büyük Britanya’da ve 1986’ya kadar Yeni Zelanda’da rastlanılmaktadır. Ayrıca İsrail ve komünist işgal öncesi Macaristan da bu kategoriye girmektedir. Ancak anayasanın teamüli olması, bu düzende yazılı kuralların hiç yeri olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim teamüli anayasa düzeninin tipik örneğini oluşturan Birleşik Krallıkta “anayasa” adlı, resmi bir belge bulunmamakla beraber, anayasal konularla ilgili bazı yasal düzenlemeler vardır.” (ERDOĞAN

Bu modellerin her birinde ayrıntıda farklılıklar söz konusudur. Bu bağlamda kelimenin tam anlamıyla mutlak içeriği haiz yazılı bir anayasanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Çünkü değişen şartlara bağlı olarak geniş anlamda anayasa kavramı içerisine dâhil edilecek konularla ilgili olmak üzere yeni düzenlemelerde bulunulması, mevcut kuralların ve kurumsal yapının değiştirilmesi zorunludur. Yapısal nitelik bakımından her bir uygulama, mevcut düzenlemenin lafzı ile ruhuna yüklenen anlam diğerine oranla farklı yorumlanabilmekte ve bu bağlamda söz konusu yorumlardan birisine üstünlük tanınması ayrıcalığını doğal olarak bünyesinde taşımaktadır.

Buna karşılık aynı şekilde kesinkes geleneksel anayasa diyebileceğimiz bir anayasa da kavramın tanımıyla tam uyumlu bir durum söz konusu değildir. Bundan dolayıdır ki, geleneksel anayasanın klasik örneği niteliğindeki İngiltere’de de anayasal özellikleri taşıyan yazılı metinler mevcuttur.²³ Bu metinlerin bir kısmının kabulü, ortaya çıkışı çok eski tarihlere uzanmasına rağmen kadük değildiler. Söz konusu duruma örnek olarak 1215 tarihli *Magna Carta Liberatatum* (Büyük Özgürlükler Fermanı), 1628 tarihli *Petition of Rights* (Haklar Dilekçesi), 1679 tarihli *Habeas Corpus Act*, 1689 tarihli *Bill of Rights* (Haklar Bildirisi) ve 1700 tarihli *Act of Settement* gösterilebilir.

Belirtilen bu metinler anlaşma ve uzlaşma neticesinde somutlaşan kanuni düzenleme niteliği ile birlikte siyasal ahlaki değerler manzumesi olma özelliğini de içermektedir.²⁴ Nasıl ki her dere yatağında yer alan kumlar, alüvyonlar kendisini taşıyan suyun ve suyun mecrasını oluşturan yatağının özelliğini taşır, aynı şekilde de anayasalar uygulanacakları ülkenin siyasal geçmiş ve tecrübesi ile ilgili olduğu toplumun sosyal, kültürel ve ekonomik yapısının özelliklerini içerir. Bu bağlamda anayasal ilkelere yüklenecek anlam ve içerik mevcut metinlerin işlevi, karmaşıklığı, yakın tarihli olması ötesinde bir anlam

Mustafa: *Anayasa Hukukuna Giriş*, sh.81–82) Ayrıca bkn. **EROĞUL Cem:** *age*, sh.89-92.

²³ “1653 yılında, *Cromwell*, “Instrument of Government” adı altında bir yazılı anayasa kabul etmiş ve yeni Parlamento’yu buna göre toplantıya çağırmıştır. 1654’te toplanan Parlamento, bu anayasayı –bazı değişikliklerle- yeniden kabul etmiştir. İşte 1654 tarihinde Parlamento tarafından kabul edilen şekliyle bu anayasa, İngiliz tarihinin birkaç yılı uygulanan tek yazılı anayasası olmaktan başka, İngiltere’de anayasa değişikliğini belli bir usule bağlayan tek resmi metindir. “Instrument of Government”ın koyduğu kurala göre, “bir kişi ve bir parlamentodan” meydana gelen hükümet sistemini değiştiren herhangi bir kanun, Lord Protector tarafından veto edilebilirdi” (**EROĞUL Cem:** *age*, sh.85-86.)

²⁴ “İngiliz Anayasasının son derece önemli bazı kuralları, ne kanuna, ne de mahkeme kararına dayanmakta, sadece saygı gördükleri için var olmaktadır. Örneğin, bugün İngiliz Anayasasının ruhu olarak kabul edilen “kabine sistemi”, bütünüyle bu kurallara dayanmaktadır.” (**EROĞUL Cem:** *age*, sh.84.)

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

taşır. Dolayısıyla anayasa denilen metin veya kurallar bütünü, toplumsal inanç ve değerlerinin bir işlemi (*acte de foi*), somutlaşmış halidir. Bu nedenle İngiliz Anayasası için “*tabusuz (dogması olmayan) din*” (*religion sans dogme*), Fransız Anayasası içinde “*dini olmayan dogma (tabu)*” (*dogme sans religion*) tanımlaması yapılmaktadır.²⁵

Toplumsal ihtiyaç, inanç ve kanaatler anayasal metinlerin içeriğini besler ve aynı şekilde geleneklerin temellerini oluşturur. Bir anayasanın değeri yürürlükte bulunacağı, haklarında uygulamaların yapılacağı toplumun nezdindeki kabul ve benimsenme oranına bağlı bir şekilde tespit edilip değerlendirilmeye tâbi tutulabilir.

Anayasa tanımlanmasına ilişkin yazılı ve geleneksel anayasa uygulamalarının kendine özgü avantajları, yararları söz konusudur. Bu anlamda yazılı anayasa belirginlik ifade etmektedir ve yazılı ilkeleri ile somut olaylara uygulanabilme özelliğini taşımaktadır. Metinlere yapılan referanslar gereksiz mahiyette oluşabilecek tartışmaların önüne geçmektedir.²⁶ Açıklanan ilkelere bağlılık bir dayanışma ve toplumsal konsensüsün tesisini sağlar. Buna bağlı olarak karşıtlıklar şeklinde gündeme gelen tereddütlere sebebiyet verecek yorumların bertaraf edilmesi işlevini yüklenir. Öngörülen ilkelere karşı işlem ve uygulamaların etkili bir şekilde yaptırıma tâbi kılınmasına imkân tanır.

Geleneksel anayasa esneklik anlamında bir takım avantajlar sağlar. Gelenekler toplumsal zikzakların bir araya getirilerek çözümünü sağlamada etkili ve olumlu işlevler üstlenir. Gelişmelere uyum sağlama özelliğiyle karşılaşılan sorunların çözümlenmesi ve aşılmasında olumlu etkileri bünyesinde taşır. Geleneksel anayasaya sahip ülkelerde tabir yerinde ise toplumu derinden etkileme özelliği bulunan yapısal ve toplumsal sarsılma ve irkilmelerin önüne geçilir. Birbirini izleyen kuşakların geleneklerin geliştirilmesi ve yenilenmesinde bunların değerlerini tartışmaksızın ve iyiniyetli yorumlanmasında bir kültürün ve uygulamanın oluşturulmasında olumlu katkıları bulunduğu yadsınamaz bir gerçekliktir.

²⁵ **BAGUENARD Jacques:** “*La Constitution*” in *Droit Public, T.I, Théorie général de l’Etat et Droit Constitutionnel, Droit administratif*, (Sous la direction de Jacques MOREAU) Economica, 3ème édition, Paris 1995, sh.36.

²⁶ Bu açıklama genel olarak doğru olmakla birlikte yazılı anayasa uygulamalarında da benzer sorunla karşılaşılması mümkündür. Ülkemizde yakın tarihte yaşanan Cumhurbaşkanlığı seçimi TBMM toplantı ve karar yeter sayısına ilişkin tartışma ve bu anlamda Anayasa Mahkemesince verilen karar bu durumun en iyi örneklerinden biridir. Bkn. AYMK, 01.05.2007, E.2007/45, K.2007/54; **SELÇUK Sami:** *2007’nin Hukuk Olayı Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı*, Cedit Neşriyat, Ankara 2008.

Belirtilen uygulamadan gözlemlenen bu teorik açıklamalara karşın **günümüzde yazılı anayasa uygulamasını egemen ve yaygın olduğu bilinen bir gerçekliktir**. Siyasal sistem ve devletlerde yaşanan köklü değişimler, esaslı temelden gerçekleştirilen yapısal değişiklikler, var olan devletlerdeki parçalanmalar sonunda ortaya çıkan yeni devletler yazılı anayasa uygulamasının destekleyicisi ve bu anlamdaki oluşumun öncüsü olmuştur. Ancak her şeye rağmen yazılı anayasa yöntem ve uygulaması, keyfilik ve hukuk dışılığın, anti demokratik oluşum ve yapılanmanın önünü kesen bu tür durumları tamamıyla devre dışı bırakabilen bir özelliği her zaman taşımamaktadır. Bahse konu bu durumu destekleyici mahiyette olmak üzere Fransa'da “*artık biz anayasalara, şartlara dayanmıyoruz, ama içsezgi ve ahlaki değerlerimize dayanıyoruz.*” denilmektedir.²⁷

Belirtilen bu husus anayasanın her türlü toplumsal ve siyasal sorunun çözümünde yetersizliğini ve belirli ölçüdeki aczini dile getirme anlamında bir itiraftır. Anayasanın bu anlamdaki işlevi yadsınamaz; ama her şey anayasadan beklenilmemelidir. Nasıl ki her toplumsal ve siyasal sorunun kaynağı anayasa değildir, aynı şekilde karşılaşılan çözüme muhtaç her toplumsal ve siyasal sorunun çözüm kaynağı da tek başına anayasa olamaz.

Özetle maddi anlama göre anayasa içeriğine göre tanımlanır, demokratik veya otoriter özel bir öğretilerden kaynaklanan yazılı veya geleneksel kuralların bütünü ve hükümet edenlerin statüsü ile devletin şeklinin ne olduğunu açıklar.

B-) Şekli Anayasa (*Constitution formelle*)

Anayasa kavramının tanımlanmasında ikinci olarak şekli anlamda (*sens formel*) anayasa söz konusudur. Bu anlamda anayasa kavramı ile önemi, hukuki rejimi ve hukuki etkisi bakımından diğer kurallardan ayrılan, farklılıkları bulunan temel bir metnin varlığı ifade edilmektedir. Şekli anlamda anayasa yazılı diğer kuralların, metinlerin üzerinde yer alır. İkinci tür kural ve metinler şekli anlamdaki anayasaya uygun olmalıdır. Anayasanın diğer kural ve metinlere üstünlüğü hususu, farklı zamanlarda ve özellikle de anayasa metninin hazırlanması aşaması ve değiştirilmesi anında gündeme gelir.

Şekli kritere göre anayasa; “***diğer hukuk kurallarının oluşturulmasından farklı özel bir usule tâbi olarak hazırlanan ve değiştirilebilen hukuki***

²⁷ BAGUENARD Jacques: *agm*, sh.37.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

kuralların tamamı”dır. Bir başka ifadeyle, özel bir yapım usulünün öngörüldüğü ve tamamen bu usule uygun davranılarak anayasa oluşturulduğunda; şekli bir anayasa söz konusudur. “Konusu ne olursa olsun anayasa niteliğini taşıyan bir metinde açıklanan kuralların tamamı şekli anlamda anayasayı oluşturur. Bu kurallara diğer kurallar nezdinde üst derecede bir değer atfedilir. Kelsen’in teorisine göre anayasa devletin hukuk düzeninin doruğunda, normlar hiyerarşisinin zirvesinde yer alır. Bunun anlamı diğerlerinin geçerlilikleri için üst norma uygun olma zorunluluğudur. Bu açıklamalardan hareketle şekli anayasa için iki tanımın yapılması mümkündür: Geniş anlamına göre şekli anayasa bir metinde öngörülün veya öngörülmesin şekli anlamda üstünlük niteliği taşıyan değerleri bünyesinde barındıran kuralların tamamıdır. Şekli anayasanın dar anlamı ise anayasa veya anayasayı hazırlayanlarca resmi ifadelerle anayasada üstünlük değerinin tanındığı kurallardır”²⁸ Maddi anayasadan farklı olarak şekli anayasa her türlü içeriğe sahip olabilir. Bu anlamda tanımı itibarıyla zorunlu olarak tek bir içeriği taşıması gerekir, o da anayasal şeklin kurulmasıdır. Her şekli anayasa kural olarak kendisinin değiştirilmesine ilişkin hükümleri içerir. Bu kurucu özelliği şekli anayasanın maddi içeriğini, yani anayasal normların yaratılmasına ilişkin hususları oluşturur. Bu normlar bizzat kendisine de uygulanması dolayısıyla belli ölçüde bir özgünlüğe sahiptir. Kendi kendine yollamada bulunma özelliği taşır. Maddi Anayasa Hukuku genel ve soyut normların geçerliliğini belirler. Şekilcilik söz konusu ise, anayasal normların geçerliliğinin şartlarını belirleyen normlar mevcuttur. Bunlar genel bir ifade ile “**değişikliğe ilişkin normlar**” olarak adlandırılırlar. Daha teknik anlamda bu kurallar “**şekli anayasanın maddi kısmı**” olarak nitelendirilir. Şekli anayasaların büyük bir çoğunluğu maddi bakımdan anayasal detaylara ilişkindir. Ancak bunların kalitesinin niteliği anayasanın değiştirilmesine ilişkin kuralları içermeden kaynaklanmaktadır.²⁹

Özetle şekli anlama göre anayasa devletin siyasi kurumlarını kurala bağlayan gelenek veya yazılı bir metin olup düzenlemeleri diğer metinlerin düzenlemelerinin üzerinde bir değere sahiptir.

Rahatlıkla kullanılan bu kriterin anayasal kural olma özelliği, bu anlamdaki hukuki statüsü, yani anayasa kuralları için kabul edilen koruyucu hüküm ve ilkelerden faydalanacak kuralları açık bir şekilde belirlemeye yardımcı

²⁸ CLAPIE Michel: *age*, sh.72.

²⁹ FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, ROUX André, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy: *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 1998, sh.130.

olur. Şekli boyuta başvuru katı (*rigide*) ve yumuşak (*souple*) anayasa ayırımı-
nı açıklayıcı niteliktedir. Anayasa ile normal kanunların aynı hukuki değere
sahip bulduklarında “**yumuşak anayasa**” söz konusudur. Bir başka deyişle,
anayasa bu kriterde hiçbir özel statüye tâbi kılınmaksızın bütün kanunlar aynı
hukuki değeri haizdir ve değiştirilmesi esnasında önceden belirlenmiş hiye-
rarşik yapılanma söz konusu değildir. Normal kanunlar gibi değiştirilebilen
anayasa anlayışında yasama yetkisini kullanan anayasal organ yani normal
dönemlerde Parlamento, anayasayı herhangi bir kanun gibi değiştirebilir. Bu
tür anayasalar genellikle geleneksel anayasalar için ifade edilmektedir. Örneğin
İngiltere için Parlamantonun yetkisinin genel nitelik taşıdığı ve bu durum
“*İngiliz Parlamantosunu erkekleri kadın, kadını erkek yapma dışında her şeyi yapabileceğine sahiptir.*” değerlendirilmesiyle ifade edilmektedir.

Buna karşılık **katı anayasalar için şekli anayasa niteliğinin esas-
tır.** Zira bu anayasalar normlar hiyerarşisi üzerine inşa edilmiş olup, anayasa-
nın değiştirilmesi normal kanunların değiştirilmesindeki usullerden farklıdır.
Anayasanın ya Parlamantonun dışında oluşturulan bir organ ya da Parlamento
tarafından hazırlanması halinde de, Parlamento anayasayı normal kanunların
yapılması ve değiştirilmesindeki usul ve esaslardan farklı bir yöntem kullanı-
larak değiştirilebilir. **Katı anayasa ifadesi anayasanın değiştirilemeyeceği
şeklinde yanlış anlaşılmalara; en azından bu anlamda çağrışımlara ne-
den olabilecek bir ifadedir. Ancak gerçekte bu ifadenin anlamı, anayasa-
nın değiştirilmesinin normal kanunlarla aynı olmamasıdır.**

Katı anayasa anlayışına göre temel norm özelliğini taşıyan anayasa, ana-
yasanın üstünlüğü ilkesinden yararlanır. Bu tür bir değerlendirme kural olarak
yazılı anayasalar için geçerlidir. Bazı durumlarda yumuşak anayasalarda gö-
rülen özellikler bu grup anayasalar açısından geçerli olabilmektedir. Örneğin
1938 tarihinde İtalya’da normal bir kanun ile 1848 tarihli Statuto değiştirilmiş
ve Millet Meclisi’nin varlığına son verilmiştir. Aynı şekilde geleneksel ana-
yasalarda katı anayasanın özelliklerine de rastlanılabilir. Örneğin Fransa’da
Eski Rejim döneminde kraliyetin temel kanunları önemli ölçüde geleneksel
anayasa niteliğine sahip olmuştur. Bununla birlikte söz konusu kanunların
değiştirilebilmesi için Millet Meclisi’nin (*états généraux*) onayı aranmıştır.³⁰

Maddi ve şekli kriter birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir. Maddi ana-
yasa anayasanın içeriğini esas alır; şekli anayasa ise anayasanın oluşturulması
ve değiştirilmesiyle ilgilidir. Bu iki anayasanın esaslı noktalarının aynıyeti

³⁰ BAGUENARD Jacques: *agm*, sh.37–38.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

her zaman için söz konusu değildir. İngiltere örneğindeki gibi şekli anayasanın varlığından söz edilmeyebilir. Şekli anayasada yer alan hükümlerin bazen anayasa kapsamı içine girmeyen konulara ilişkin olması da mümkündür. Buna örnek olarak 16 Temmuz 1875 tarihli Fransız Anayasa'nın 1/3. maddesinin “*Parlamentonun açılışını izleyen pazar günkü Tanrıya yöneltilen kilise ve tapınaklarda gerçekleştirilen toplu ayinlerde meclislerin çalışmasına yardımcı olması için dua edilir (yardım talep edilir).*” hükmü gösterilebilir.³¹

Benzer bir tarzda şekli anayasalarda konusu itibariyle anayasanın metninde bulunması gereken düzenlemeler bulunmayabilir. Buna örnek olarak 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasası'nda meclislerin seçimine yönelik düzenlemelerin eksikliği gösterilebilir. Maddi ve şekli kriterler arasında uyumsuzluk söz konusu olunca hukuki planda şekli kriterin üstün geleceğinin kabulü gerekir. Hâkimler Yüksek Kurulu'nun oluşumu düzenleyen 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 85. maddesi ancak Anayasanın değiştirilmesi usulüyle değiştirilebilir. Bu anlamda kısmi değişiklik 19 Temmuz 1993 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Buna karşılık milletvekillerinin seçimi anayasa metninde açıkça düzenlenmediği için bu yöndeki bir değişiklik yasama tasarrufu ile söz konusu olabilir. Nitekim 1985 ve 1986 yıllarında Fransa'da bu yönde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şekil ve usul hükümlerine bağlılık esastır.³²

II- ANAYASANIN HAZIRLANMASI

Yukarıda da belirtildiği üzere günümüzde siyasi rejiminin niteliği ne olursa olsun neredeyse devletlerin tamamında yazılı bir anayasası vardır. Bu anlamda devletler anayasa yapma ve / veya bir anayasaya sahip olma anlamında toplumsal yapının özellikle siyasi anlamda etkilenmesi ve yönlendirilmesi amacıyla söz konusu noktaya büyük bir önem ve özen göstermektedirler. Bir anlayışa göre anayasa devletin siyasi, ekonomik ve sosyal açıdan ulaşmak istediği hedeflerine yardımcı olur ve etkide bulunur.³³ Bununla birlikte anayasa yapmanın önemi özellikle siyasi rejimin meşruluğunun en önemli aracı olmasıdır. Anayasa ile devlet organlarının hukuki, meşru statüsü belirginleştirilir, kamu otoritesi evrensel değerler üzerine oturtulup sınırlandırılır ve belli

³¹ Aynı mahiyette örnek olmak üzere ABD Anayasası'na 1919 yılında konan ve 1934'te kaldırılan içki yasağı, İsviçre Anayasası'nda yer alan kasaplık hayvanların kesim yöntemine ilişkin hüküm ve 1902 Virginia Anayasası'nda düelloyu yasaklayan hükümler gösterilebilir. (ERDOĞAN Mustafa: *Anayasa Hukukuna Giriş*, sh.83-84)

³² BAGUENARD Jacques: *agm*, sh.38.

³³ ERDOĞAN Mustafa: *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, sh.29.

ölçüde de toplumun ulaşmak istediği hedefler ortaya konulur. Çağdaş bir anayasa siyasi sistemi meşrulaştırırken demokratik ve evrensel değerlere önem atfederek, ülkenin uluslararası camiadaki saygınlığını sağlar. Özetle **anayasa yapılmak suretiyle devlet hem anayasal devlet niteliğine, hem de demokratik devlet kimliğine kavuşur.**

Anayasanın hazırlanması doğal ve zorunlu olarak iki durumun varlığına bağlı bir şekilde kendisini göstermektedir.³⁴ **İlk olarak** her şeyden önce mevcut devletin yıkılması veya bir devletten ayrılıp bağımsızlığın ilan edilmesi sonucunda yeni bir devletin doğması halinde yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulur. Bu duruma örnek olarak Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılması üzerine Türkiye Cumhuriyeti'nin ilanı ile yeni bir devletin yaratılması, 1787 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nin kurulması, Afrika'da birçok ülkenin bağımsızlık mücadelesi sonucunda hazırladıkları anayasalar gösterilebilir.

İkinci olarak siyasal bir sistemin çökmesi, kökten değişmesi durumunda yeni bir anayasa yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Bu duruma örnek olarak Ülkemizde hazırlanıp kabul edilen 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları ile Fransız siyasi tarihindeki 1944 bağımsızlık sonrası durum ve IV. Cumhuriyet'in yerine V. Cumhuriyet'in ilan edilmesi gösterilebilir.

Bu iki durumdan hiçbiri tamamıyla uymayan devletin varlığını korumakla birlikte düşmanlarca ülkesinin işgalini müteakiben bağımsızlığın kazanılması durumunda, geçici bir sürede olsa egemenlik yetkisinin kullanılmaması ve milli hukuk sisteminin geçici uygulanamaması dolayısıyla eski durumun canlandırılması için yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulur. 1919 sonrası Türkiye ve II. Dünya Savaşı sonrasında Polonya bu duruma örnek olarak gösterilebilir.³⁵

Yeni bir anayasa yapılması zorunluluğu söz konusu olunca, bu yeni anayasa hangi organın hazırlayacağı veya hazırlaması gerektiği sorunu gündeme gelir. Egemenlik yetkisinin halka / millete ait olduğu demokratik bir sistemde birçok durumda gözlemlendiği üzere kurucu meclis yönteminin (*le système de L'Assemblée constituante*) doğru bir yöntem olduğu söylenilmektedir.³⁶ Bu

³⁴ Bkn. **ESEN Bülent Nuri**: *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 1970, sh.47 vd.

³⁵ **ÖZER Attila**: *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, 2.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2005, sh.18-19.

³⁶ “Yeni anayasanın, hiçbir kısıtlama ve baskı altında olmaksızın toplumun bütün kesimlerinin görüşlerini serbestçe açıklayabildiği bir ortamda, kendi anayasa önerilerini halkın tasvibine sunan her görüşteki siyasi partinin katıldığı bir seçimle oluşturulacak bir “kurucu meclis” tarafından hazırlanacak bir anayasa taslağının yine serbest bir tartışma ortamında yurttaşların onayına sunulması suretiyle yapılması zorunludur.” (**ERDOĞAN Mustafa**: *Anayasa ve Öz-*

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

yöntemin kurucu bir referandumla (*r f rendum constituant*) tamamlanması da söz konusu olabilmektedir. Fransız Hukuku anlamında 3 Haziran 1958 tarihli anayasal kanun (*loi constitutionnelle*) de Gaulle Hükümeti'ne Anayasa Temsilciler Komitesi'nin incelemesi sonrasında bu tür bir yetkiyi tanımış, hazırlanan anayasa aynı yılın 28 Ekim tarihinde halkoyuna sunulmuştur. Bu gibi durumlarda orijinal kurucu gücün (*pouvoir constituant originnaire*) varlığından söz edilmektedir. Zira söz konusu g c hukuki bir boşluğu doldurmaya yönelik olarak işlevini yerine getirmiştir.³⁷

Demokratik olmayan sistemlerde anayasanın hazırlanması halkın katkısına yönelik yöntemlerle hazırlanma düşüncesi ve uygulamasının dışında bırakılarak gerçekleştirilir. Ülkemizde 1808 tarihli Sened-i İttifak ve 1876 tarihli Kanuni Esasi, Fransa için Kral XVIII. Louis'nin lütuf olarak verdiği 1814 tarihli Őart³⁸  rnek gösterilebilir.

1) ANAYASAYI YAPAN VE DEĞİŞTİREN KURUCU G C / İKTİDAR (*Pouvoir constituant*)³⁹

Anayasayı yapan veya değiştiren yani devletin hukuki ve siyasi kimliğini belirleyen güce, “**kurucu g c**”⁴⁰ denir. Nasıl ki yasama organı kanunları yapar ve deĐiŐtirir, aynı Şekilde kurucu g c de anayasayı yapar veya deĐiŐtirir. Kurucu g c “*asli*” (*originnaire*) ve “*türev*” (kurulu / tali / ikincil) (*d riv *) olabilir. **Asli kurucu g c** tamamıyla yeni bir anayasanın yapıldığı durumlarda söz konusudur. Mevcut anayasada bir takım değişikliklerin yapıldığı durumlarda yani kurumsal yapının tarzında değişikliklerin gerçekleştirilmesi halinde **tali kurucu g c** söz konusudur. Mevcut hükmün değişen Şartlara uyum sağlayamaması, toplumsal temel nitelikteki ihtiyaçlara cevap verememesi durumlarının ortaya çıkması, değişikliği zorunlu kılmaktadır.

gürlük, sh.34–35)

³⁷ GEORGES Philippe, SIAT Guy: *age*, sh.8.

³⁸ Anayasa Hukuku tarihinde monark, (kral, hükümdar, padişah) tarafından bahŐolunan anayasalara “*Charte*” adı verilmektedir.

³⁹ Bkn. BAGUENARD Jacques: *agm*, sh.38 vd.; GÖZLER Kemal: *Pouvoir constituant*, Ekin Kitabevi, Bursa 1999; NEGRI Antonio: *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernit *, PUF, Paris 1997.

⁴⁰ “Yazılı anayasa anlayışı anayasanın devlet yönetimi organlarından ayrı bir kurum tarafından yapılmasını gerektirir. Buna kurucu iktidar denir.” (ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.73)

A-) Asli Kurucu Güç / İktidar (*Le pouvoir constituant originaire*)

Yeni bir anayasayı yaratan güce verilen ad olup kavrama bugünkü anlamı ilk olarak 1789 yılında Sieyès tarafından verilmiştir. En genel ifadeyle devlete anayasasını tam anlamıyla hür olarak (*en toute liberté*) veren, ne daha önceden var olan bir kuralla şarta bağlanmış ne de devletin dışındaki bir güç tarafından sınırlandırılmış güçtür. Bu güç ilk olarak anayasada şekli olarak ne yazılması gerektiğine hükmeder⁴¹ ve ikinci olarak da hukuki anlamda bir kesintinin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar ve yeni bir anayasanın hazırlanması anlamında müdahalede bulunur. “Aslı kurucu iktidar, yeni bir hukuk düzeni oluştururken eski hukuk düzeninin ortadan kalktığı ya da hukuki bir boşluk bulunduğu varsayımına dayanır.”⁴² Burada daha önce var olan rejim veya anayasanın dışında bir sürekliliğin sağlanması amacıyla anayasa hazırlanır. Kurucu güç ya daha önceden hiçbir anayasanın mevcut olmadığı ya da var olan anayasaya devrim veya ihtilâl neticesinde artık riayet edilmemesinin sonucu ortaya çıkar.⁴³ Asli kurucu güç hukuken kendisini bağlayan bir kuralın bulunmadığı ve fakat devleti anayasal olarak kuran veya yoktan ya da yeni baştan anayasa yapan güçtür. Bu anlamda ya asli kurucu gücü bağlayan anayasal bir düzen bulunmamaktadır ya da eskiden var ise de, bu anayasal düzen ile geçersiz kılınmıştır.⁴⁴ Asli kurucu güç tanımı itibariyle tam anlamıyla egemen (*souverain*) güçtür. Egemen güc olmasının anlamı devlet erkinin en üst niteliğine sahip olmasıdır.

Asli kurucu güç hem hukuki, hem de fiili bir olgudur. Tamamıyla hukukun dışında sayılamaz ve fakat var olan kuralların -velev ki evrensel niteliği haiz olsun- kabulü veya anayasal düzenleme haline getirilmesi için üzerinde bağlayıcı bir yaptırım uygulanamaz. Ancak bu güç yapacağı anayasanın sürekliliğini ve meşruiyetini sağlamak için hem evrensel değeri haiz kurallara, hem de uygulanacağı ülkenin tarihi, ekonomik, siyasal, kültürel ve sosyolojik yapısından kaynaklanan özellikleri göz önünde bulundurmaya zorundadır. Bir başka ifadeyle kurucu güç, hazırlayacağı anayasanın hükümlerinin belirlenmesinde içinde yer aldığı toplumun iç dinamikleri, dengeleri ve beklentilerinden ve

⁴¹ Bu çerçevede asli kurucu güç anayasanın redaksiyonu aşamasında ne tür hükümlerin üzerine vurgu yapılması ve hangi tür düzenlemeler özü itibariyle anayasada yer alması gerekse de anayasa dışında bırakılmasına karar verir.

⁴² **TEZİÇ Erdoğan:** *Anayasa Hukuku*, 10.B., Beta, İstanbul 2005, sh.149.

⁴³ **DUHAMEL Olivier, MÉNY Yves:** *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris 1992, sh.777-778.

⁴⁴ **ERDOĞAN Mustafa:** *Anayasa Hukukuna Giriş*, sh.89-90.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

uluslararası arenada ortaya çıkabilecek gelişmelerden olumlu sinyaller alabilmek için etkilenecek ve teorik anlamdaki tam bağımsızlığını bu etmenlerin altında yitirecek ve sınırlı bir iktidara dönüşecektir. Diğer yandan anayasanın devletin kimliği olma özelliği, asli kurucu gücün yapacağı anayasanın, devletin varlık sebebi ve felsefesini tamamen reddeden, onun yerine farklı özellik ve nitelikleri taşıyan yeni bir siyasi yapılanmaya genellikle müsait değildir. Bu husus Türk siyasi hayatında hem 1961, hem de 1982 Anayasalarının hazırlanmasında gözlemlenmiştir.

Anayasanın hazırlanması, anayasanın yazılı veya geleneksel niteliğine ve her ülkenin tarihsel geçmişi, sosyal ve kültürel yapısı ve içinde bulunduğu şartlar anlamında her zaman aynı yolun takip edilmesiyle gerçekleşmez.

Hukuki anlamda gelenek kuralları sürekli, açık, belirgin bir uygulanma ve uygulamaya uyulması yönünde bir kanaatin oluşması sonucuna bağlıdır. Bu anlamdaki belirginleşmiş bir uygulamanın yenilenmesi tekrar edici bir özelliğe taşıma anlamına gelir. Böylelikle zaman; kuralın oluşumundaki süre, önlem ve uygulamanın sübjektif olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur. Burada İngiliz Parlamenti Sistemi'nde var olan kurallarının bir buçuk asrı geçen bir süre içindeki uygulamalara bağlı olarak somutlaştığı olgusunun altının çizilmesi gerekir. Bu anlamda II. Jacquen'in Kraliyet makamından düşürülmesini müteakiben Bill of Rights'ın 1689 tarihinde kabulü, 1837 tarihinde Prenses Victoria'nın tahta çıkması ve bu tarihten itibaren Kraliçenin Kabine toplantılarına artık katılmaması açıklaması kanıt niteliğindedir.

Eğer gelenek anlamında süre unsuru zorunluluk arz ediyorsa, gelenek kurallarının oluşumunda bazen sürecin hızlı bir şekilde işleyebileceği de yadsınamaz bir gerçekliktir. Dolayısıyla siyasal bir yapılanmada sistemin ilk yıllarının geleneklerin oluşumunda baskın bir özelliğe sahip olacağı kuşkusuzdur. Oluşan bu kuralların daha sonra uygulanabilirliğini yitirmesi her zaman mümkündür. Ortaya çıkan yeni durumların mevcut gelenek kurallarıyla çatışması, belirsizliklerin ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Bu gibi bir durumda sorun varlığını korumaya devam eder.

Bu çerçeve içerisinde geleneğin zorunluluk gücü ne tür bir temele dayandırılacaktır? Bu soruya verilecek cevap konuya ilişkin çözüm önerenlerin önceliği ve toplumun önceliklerine ilişkin değerlendirmesine göre değişkenlik gösterecektir. Bu nedendir ki "sürenin yeterince uzun bir zaman dili-

mini içermesi”, “toplum vicdanı ve kanaatinde uygulanabilirliği niteliğinde bir inancın oluşumu”, “moral unsurunun ilahi bir dayanağa istinat ettirilmesi” ve “toplumsal güçlerin maddi ilişkilerine yapılan gönderme” gibi ifadeler geleneğin varlığında aranmıştır. René Capitan’a göre “*geleneksel anayasanın oluşumu milli egemenliğin bir görüntüsünden başka bir şey değildir.*” Bu anlayışta hukuki meşru bir uzlaşma ile hukuki yorum yapılabilmesi şeklindeki iki anlayışın karşı karşıya gelmesi söz konusudur. Ancak gerçek olan bir husus vardır ki, o da bu anlamdaki iki görüşün bir arada bulunabilirliği mümkün ve fakat geleneğin olduğu ortamın değerlendirilmesi anlamındaki görüş farklılığı varlığını koruyacaktır.⁴⁵

Yazılı anayasa kurallarının hazırlanması, kamu kudretini kullanan güçlerin ilişkisinin belirlenmesi, şekillendirilmesi olarak tanımlanır ve bu tür bir anayasa demokratik bir özellik taşıyacaksa doğal ve zorunlu olarak tepki ve değerlendirmelere, eleştirilere tahammül edilen bir ortamda hazırlanıp, kabul edilmelidir. Bu tür bir hazırlama ister monarşik, isterse demokratik olsun; çok taraflı veya akdi niteliktedir. Çok taraflılık diktatör rejimler için zorlayıcı formüller olarak belirginleşir. Lütuf mahiyetindeki anayasa hazırlanmasında ise egemen monarkın iradesi ön plandadır ve bu anlamda anayasa bir sembol olma özelliğini taşır. Lütufta bulunan monark kendisi ve egemen niteliğinden emin olarak bir kabullenmeyi, uygun bulmayı gerçekleştirmiştir. Zira erkini kullanmasını kurala bağlı kılma kendisi açısından iyi olarak değerlendirdiği iradesinin bir sonucudur. Bu anlayışın bir göstergesi olarak 4 Haziran 1814 tarihli Şart’ın Dibacesinde XVIII. Louis eşit olmayan durumunu açıkça vurgulayarak; “*Biz isteyerek ve kraliyetin hür iradesiyle inanarak ve tebaamıza lütfederek hem bizler hem de bizlerin ardullarımız her zaman için anayasal şartı kabul ettik ve ediyoruz.*” ifadesini kullanmıştır. Güçler arasında aleyhine gelişmenin ortaya çıkmasında monark belirlenmiş düzenlemenin formülünü uygulamakta karşı bir durum sergileyecektir. Burada Anayasa Hukuku anlamında anayasal monarşinin sembolü olan yani git gide sınırlı bir monarşinin kaynağı niteliğindeki bir pakt söz konusudur. Bu durumda 1830 yılında gerçekleştiği gibi Fransızların -yoksa Fransa’nın değil- kralı olan Louis-Philippe ancak yemin ettikten sonra yani Şart’ın içeriğinde yer alan ilkelere sadık kalacağına söz verdikten sonra kraliyet koltuğuna oturabilecektir. Bahse konu Şart, tip işlem (*acte-type*) değerini taşıyarak bir tür katılım sözleşmesinin (*contrat d’adhésion*) tesisinin nedenidir. Özetle kurucu gücün ortaya çıktığı ilk durumu temsil eden monarşik usulde monarkın tek

⁴⁵ BAGUENARD Jacques: *agm*, sh.39.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

tarafli iradesi ile anayasanın yürürlüğe konulması (ferman anayasalar) birinci durumu, monarkla toplumsal güçler arasındaki bir anlaşma sonucunda anayasanın kabulü (misak veya pakt) ise ikinci durumu açıklamaktadır.

Demokratik yöntem şeklinde nitelendirilen usul, ulusun veya halkın anayasayı hazırlayan kurucu iktidara katılmasına imkân tanır. “Bu yöntemde anayasayı yapmak amacıyla özel olarak temsili meclisin oluşturulması ve anayasanın onun tarafından hazırlanıp yürürlüğe konulması esastır.”⁴⁶

Antidemokratik usullerle hazırlanan bir anayasaya görünüşte meşruiyet sağlamak için Fransa’da an VIII Anayasası’nın kabulü örneğinde başvuru olan “*kurucu plesibit*” demokratik anlamda hiçbir nitelik taşımamaktadır. Hukuki değeri bilinmeyen bu kullanım ve uygulama koşulu gibi algılanan nitelik, kurucu plesibite verilen değerinden nedendir. Bu yöntemi referandumdan ayırt eden husus; referandumda anayasanın hazırlanış ve halkoyuna sunulmasında geçerli olan çoğulcu, hürriyetçi ortamın mevcudiyeti ve çıkan sonuca bağlı olarak söz konusu edilecek ihtimallerin önceden açıklanması ve bilinmesidir. Demokrasi idealine daha fazla uygun düşen asli kurucu gücün anayasayı yapması yöntemi; ulusal egemenliğe müracaat ve bu amacı gerçekleştirmek için seçilen meclise anayasa hazırlama görevini tanınması olacaktır.

Fransa’da 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’na hayatiyet veren Philadelphia Konvansiyonu modelini örnek alan kurucu meclise 1791, 1848 ve 1875 anayasalarının hazırlanması imkânı tanımıştır. Demokratik ilkelere daha yakın olan halk egemenliği referandumun kullanılmasıyla neticelenmiştir. Hiç kuşkusuz anayasal metin bir meclis veya bir komite tarafından hazırlanmalıdır. Ancak referandum zorunlu aşılması gereken bir aşamadır. 1946 yılında olduğu gibi halkın kabul etmemesi durumunda halka sunulan metin dışında bir başka metnin halka sunulması gerekir. 1958 tarihli Fransız Anayasası bu yöntemde uygun kabul edilmiştir. Referanduma başvuru karşıt mahiyetteki birçok düşüncenin oluşumuna yol açmaktadır. Genel oy ilkesi dogmasının kabulü halinde daha demokratik bir usul kabul edilmiş olur. Zorunlu olarak karmaşık nitelikli veya isteyerek açık düzenlemeler içermeyen bir metnin varlığına kesinlikle sebebiyet veren anlayış farklılığının kabulü gerekli gibi görünmektedir.

⁴⁶ ERDOĞAN Mustafa: *Anayasa Hukukuna Giriş*, sh.91.

B-) Türev (Tali / Müesses / İkincil) Kurucu Güç

(Le pouvoir constituant institué ou dérivé)

Anayasanın değiştirilmesi yürürlükte olduğu, uygulandığı toplumun gelişmelere ayak uydurabilmesi zorunluluğunu karşılamak için kabul edilmektedir. Sieyès bizzat anayasa marifetiyle milletin mutlak suretle temsilcilerini bağımlı kılması, bu anlamda mahkum etmesi varsayımının kabulü kadar anlamsız bir şey olamaz. Milletin sadece anayasaya itaat etme mecburiyeti kabul edilemeyeceği gibi, anayasanın da aynı mantığa tabi kılınması kabul edilemez. Dolayısıyla anayasalar değiştirilmez, dogma niteliğini haiz, ilahi metinler değildir. Bu düşüncenin somutlaşmış hali olarak 24 Haziran 1793 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 28. maddesinde “Bir halk her zaman için anayasayı gözden geçirmeye, yeniden şekillendirmeye, değiştirmeye hakkı vardır. Bir kuşak gelecek kuşakları kanunlara mahkum edemez.” Bu anlamda olmak üzere tali kurucu güç özgünlüğü olan bir otorite olarak var olan anayasayı değiştirebilme yetkisine sahiptir. Değiştirilecek anayasanın içeriğinde bizzat kendisinin nasıl değiştirilebileceğine ilişkin öngörülmuş bir prosedür mevcuttur. Anayasanın üzerinde yer alan kurallara kurucu gücün tehdit yaratması söz konusu olamaz.⁴⁷

Tali kurucu güç hukuken yürürlükteki anayasayı bu anayasada öngörülen usul ve esaslara riayet etmek suretiyle değiştirebilen (*modifier, reviser*) ancak tamamıyla yürürlükten kaldıramayan (*abroger*) güçtür. Bu gücün anayasayı değiştirebilme yetkisi, bağımsız bir yetki olmayıp kendinden önce anayasayı yaratan asli kurucu gücün bu anlamda tanıdığı hukuki bir yetkiye dayanmaktadır. Dolayısıyla tali güç aracılığıyla anayasa yine anayasada öngörülen usullere ve şekillere uyulmak suretiyle değiştirilebilmektedir. Bir başka deyişle tali kurucu güç birçok açıdan sınırlandırılmış, egemen niteliği taşımayan bir güçtür. Anayasaların, sürekliliği haiz asli metin olma özelliğinin yanında, devletin siyasi ve hukuki yapısının günün şartlarıyla uyum içinde yürütülmesine imkân tanınması da zorunludur. Anayasaların değiştirilebilirliği sürekliliği ve kalıcılığının sağlanmasının da bir aracıdır. Değiştirilebilme toplumsal ihtiyaçların karşılanması işleviyle birlikte toplumsal gerginliklerin önlenmesi ve giderilmesine de yardımcı olur.

Her anayasa devlet ölçeğinde kurumsal anlamda kuralları hüküm altına alır. Kuvvetler ve bunlara karşı kuvvetlerin güçlerinin karmaşıklığı bulunan

⁴⁷ ZARKA Jean-Claude: *age*, sh.45.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

bir sisteme dayanan anayasa her şeyden önce güvenilirliği ve sürekliliğini sağlamak anlamında bir süreden yararlanması gerekir. Bununla birlikte anayasal bir rejime sahip devletlerde, gelişen toplumsal yapı, bilimsel ve teknik alanındaki buluşlar ve yenilikler ile karşılaşılana ya da karşılaşılması muhtemel tehlikeler sürekli olarak yenilenmektedir. Diğer yandan anayasal sistemin katılığının sağlanması anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile sürekliliğinin oluşturulması anlamında bir zorunluluktur. Dolayısıyla anayasa yapımında ve var olan anayasada yapılacak değişikliklerin gerçekleştirilmesinde asli kurucu güç ve tali kurucu güç olmak üzere yetki ve nitelikleri anlamında farklı iki gücün varlığı söz konusudur. Böylelikle anayasa değişikliği yoluyla uyum sağlamanın hayata geçirilmesinde kurucu güç yönteminin uygulanması her zaman söz konusu olamaz. Buna karşılık her tali kurucu gücün yetkileri sınırlıdır. Bu anlamda anayasanın bazı hükümlerinin tali kurucu güç tarafından değiştirilmesi mümkün olmayacak şekilde açıkça hüküm öngörülmektedir. Bu anlamda 1982 Anayasası'nın 4. maddesine benzer bir hüküm mukayeseli hukukta 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın "*Cumhuriyet hükümet şekli değişiklik konusu edilemez.*" hükmüdür.

Tali gücün yetkilerinin sınırlılığına ilişkin ikinci husus anayasanın kabul edilip yürürlüğe konulmasından itibaren belirli bir dönem için değişiklik yapılamayacağıdır. Son olarak bazı hükümlerin değiştirilemeyeceği açıkça öngörülebilir. Buna göre Fransız Anayasası 89. maddesinde "*anayasa değişikliğine ilişkin hiçbir usul ülke bütünlüğüne tehdit teşkil ettiğinde görüşülemez ve izlenemez.*" anayasal ilkesini getirmiştir.

Tali gücün yetkisi üstü kapalı olarak da süreklilik arz edecek bir şekilde sınırlandırılabilir. Bu anlamda anayasanın değiştirilmesine yönelik usul anayasanın tamamının bütünlüğünü, birliğini ortadan kaldırmaya yol açacak şekilde gerçekleştirilemez. Aynı şekilde bu anlamdaki değişiklik yöntemini tekrar gündeme getirecek mahiyette bir değişiklik söz konusu edilemez.

Böylelikle belirli zorunluluklar çerçevesinde sınırlandırılmış alanda her türlü değişiklik usulü zorlaştırılmış ve fakat imkânsız hale getirilmemiştir. Değişiklik yapılmasına ilişkin tali gücün yetkisini kullanarak siyasal rejimin üzerine oturduğu ilkelerin tartışmalı hale getirilmesi engellenir. Tali güce tanınan anayasanın değiştirilmesine ilişkin kabul edilen yetki formülündeki seçim, siyasal olmaktan ziyade hukuki bir nitelik taşır. Zira kabul edilen anayasanın formülüne göre tesis edilen dengenin geliştirilmesi veya var olan erkler arasındaki dengenin desteklenip daha da pekiştirilmesi söz konusu edilebilir.

Anayasanın değiştirilmesi inisiyatifinin kullanılmasını müteakiben değişikliğin sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı sorunu önem kazanır. Kural olarak anayasanın değiştirilmesi yetkisi meclise aittir ve bu yetki kaynağını ulusal egemenlikten alır. Bu anlamda Fransız Anayasası'na göre değişiklik yapma yetkisi parlamentonun iki kanadını oluşturan Millet Meclisi ve Senato'ya aittir.

Nihayet anayasa değişikliği anlamında belirleyici olan üçüncü aşama değişikliğin nihai kabulüne ilişkindir. Değişiklik yapılmasına ilişkin hususların içeriğinde zorunlu olarak yapısal bir önemin bulunduğu ölçüde değişikliğin kabulü nitelikli bir çoğunluğun oylarıyla yapılması gerekir. Fransız Anayasası'nın 89. maddesine göre Kongre'de kullanılan oyların 3/5'inin olumlu oyuna ihtiyaç vardır veya referanduma gidilmesi gerekir.

2) ANAYASA HAZIRLANMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ YÖNTEMLERİ

Anayasanın hazırlanması tamamıyla yeni bir anayasa hazırlama anlamında kullanıldığında anayasayı hazırlayan güç, asli kurucu güç olur ve ilk varsayımına göre bu anlamda bir anayasa yeni bir devletin kurulması anında söz konusudur. Bu duruma örnek olarak Orta Çağın sonlarında Avrupa'da anayasal olarak kurulan devletler gösterilebilir. Bununla birlikte bu tip yeni devletler ekseriyetle feodal sistemlerin çöküntüleri üzerine inşa edildiklerinden kurulmaları anında hemen yazılı bir anayasaya sahip olmamışlar ve devlet düzeni yavaş yavaş geleneklerin uygulanmasına bağlı olarak şekillenmiştir. Buna karşılık XX. Yüzyılda bahse konu durumla oldukça az karşılaşılmaktadır. Çünkü bu dönemde ortaya çıkan devletlerin büyük bir çoğunluğu coğrafi anlamda geniş bir arazi üzerine yayılmış nüfus anlamında oldukça fazla kişiden oluşan toprak parçalarında yaşanan parçalanmaların sonucunda belirmişlerdir. Söz konusu toprak parçalarında yaşlı Avrupa'nın kolonilerinin bulunduğu özellikle altı çizilmelidir. Yeni devletin ortaya çıkması daha önceden varolan devletlerin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları federatif yapıda da söz konusu edilmesi mümkündür. Bu duruma ilk örnek olarak 1787 yılında 1776 tarihinden buyana bağımsız 13 eski İngiliz kolonisinin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları Amerika Birleşik Devletleri gösterilebilir. Benzer bir durum 1848 tarihinde federal bir anayasayla federal devlet hüviyetini kazanan İsviçre için de rahatlıkla söylenebilir.

İkinci varsayımda ise devlet mevcut olmakla birlikte devletin siyasal sisteminde köklü bir değişiklik gündeme gelmiştir. Burada istisnai mahiyetteki

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

şartlar yeni bir rejim kurulmasına sebebiyet vermiştir. Söz konusu köklü rejim değişiklikleri genel olarak 1789 Fransa'sında ve 1907 Rusya'sı örneklerinde görülen ihtilallerin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Rejimdeki köklü değişiklikler askeri darbeler sonrasında da görülebilir. Bu durumda mevcut rejimi güç kullanmak suretiyle yıkanlar onun yerine bir veya birkaç kişiden oluşan ya da bir grubun oluşturduğu arkasını orduya dayayan bir gücün inisiyatif kullanarak anayasayı hazırlaması ile sonuçlanır. Savaş sonunda kaybeden tarafın siyasi sisteminde radikal değişiklikler ve yönetimi elinde bulunduranların köklü bir tasfiyeye tabi tutulması da mümkündür. Netice itibarıyla yeni bir anayasanın oluşturulmasının arkasında yatan sebep ne olursa olsun önceki anayasanın içeriği hazırlanan yeni metindeki düzenlemeler gereğince eskisi gibi olmaz.⁴⁸

Devletin en üst hukuk normu niteliğini kazanacak metnin kabulünde farklı başoyuncuların müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Geleneksel anlamda anayasanın kabulüne halkın katılmasının söz konusu edilmediği (*l'exclusion du peuple*) ve halkın katılımıyla (*la participation du peuple*) kabul edilen anayasal şekilde bir ayırım yapılmaktadır. Anayasanın bir **lütuf, ihsan** olarak verildiği durumlarda halkın sürecin dışında tutulması esastır. Anayasanın bahşildiği durumlarda idare edenlerin asli kurucu güç yetkisini ellerinde bulundurması söz konusudur. Bu varsayımda anayasa monark tarafından halka bahşedilmiştir. Bu durumda halk karşılıksız olarak bir bağıştan yararlanan durumundadır. Bağışta bulunan sıfatıyla monarkı bu tür bir davranış sergilemeye hukuken zorlayan bir husus söz konusu değildir. Anayasanın monokratik kabul usulünün bu türüne **ferman yoluyla anayasanın kabulü** denilmektedir. Bu duruma örnek olarak 1876 Kanun-u Esasisi ve 1848 tarihli İtalyan Anayasası gösterilebilir. Tek taraflı olmayan akdi bir dokümanın kabulüne bağlı olarak oluşturulan anayasaların yani pakt anayasaların (*Pacte constitutionnel*) kabulü sürecinde de halkın devre dışı kalması esastır. Anayasanın monokratik kabul usulünün başlıca örnekleri 1215 *Magna Carta Libertatum* ve 1808 *Senedi İttifak-ı* olan bu ikinci türüne **misak veya misak-ı milli şeklinde anayasanın kabulü** denilmektedir. Dolayısıyla ister bahşetmek suretiyle (ferman) isterse belli bir ölçüde pazarlıklar neticesinde bir anayasanın kabulü (misak) söz konusu edildiği durumlarda halkın anayasanın kabulü sürecinin dışında bırakılması kuraldır.

⁴⁸ CLAPIÉ Michel: *age*, sh.85-86.

“Demokratik anayasalar, milli irade ve milli hâkimiyet temellerini gerçekleştirmek gayesini güder ve anayasanın yapılması milli hâkimiyetin sahibi olan halka ait anayasalardır. Milli iradenin eseri olan anayasalar, demokratik anayasalardır.”⁴⁹ Demokratik sistemlerde şematik bir biçimde anayasa hazırlanmasında kullanılan yöntem olarak üç belli başlı yöntemin varlığından söz edilmektedir. Bu yöntemlerin tamamında ortak nokta yoğunlukları farklı olmakla birlikte halkın anayasanın hazırlanmasında katılmasıdır. Zira kabul edilen düşünce ve varsayımına göre kurucu güç yetkisi halka aittir. Halkın anayasanın kabulü sürecine dâhil edilmesi doğrudan veya dolaylı olabilmektedir. Dolaylı katılımda anayasa kurucu meclis tarafından hazırlanmıştır. Bu durumda söz konusu meclisin üyeleri halk tarafından seçilmiş ve fakat anayasanın hazırlık çalışmaları ve bu çalışmaların sonucunda ortaya çıkan metin üzerinde yaptırım niteliği taşıyan halkın herhangi bir gücü ve yetkisi bahse konu değildir. Hazırlanan anayasanın kabulü, resmîyet kazanması anlamında halkın her hangi bir rolü bulunmamaktadır.

Halkın anayasanın hazırlanmasına doğrudan katılması, yazımında taraf olmadığı kaleme alınmış bir anayasa metni taslağının kabulü veya onaylanması için öngörülen prosedürel durumda söz konusudur. Bu varsayımda iki ihtimal ortaya çıkmaktadır: İlk ihtimale göre halk kurucu güç niteliğini hiçbir şekilde taşımaksızın -hatta bu anlamda olmak üzere popüler anlamda bir yetkilendirmenin dahi yapılmadığı- bir kurucu meclis tarafından hazırlanan anayasa taslağını referandum yoluyla onaylamaya davet edilir. İkinci ihtimalde halk yine oluşumda taraf olmadığı hazırlanan bir projenin onaylanması için referandumda oy kullanmaya davet edilir. Burada anayasa tasarısını hazırlayanlar kurucu meclis örneğinden farklı olarak sınırlı sayıda katılımcıdan oluşan bir komisyonun üyeleri olmasıdır. Bu bağlamda olmak üzere son durumdaki örneği biraz demokratikleştirmek için Parlatentonun Hükümeti yetkilendirmesine binaen uzman kişilerden oluşan bir komiteye belli bir takım ilkelere uyulmak şartıyla tanınan serbesti içinde hazırlatılan yeni anayasanın halkın onayına referandum aracılığıyla getirilmesidir. Bu yöntem Fransız Anayasa Hukuku tarihinde V. Cumhuriyet Anayasası olarak anılan 1958 tarihli anayasanın hazırlanmasında uygulanmış bir yöntemdir.

A-) Konvansiyon Yöntemi (*Le procédé de la convention*)

Amerikan kurucu meclisleri “*convention*” ismini taşımaktadır. Burada normal yasama yetkisi bulunmayan yani sırf anayasayı oluşturma yetkisiyle

⁴⁹ **DAL Kemal:** *Anayasa Hukuku*, Yeniden Basım, Alter, Ankara 2006, sh.71.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

donatılmış meclislerin varlığı söz konusudur. Ancak meclisler sadece anayasa hazırlama ve kabul etmesi için oluşturulmuştur.⁵⁰ Bu sistem kurucu operasyonun orijinal niteliği üzerine vurgu yapmaktadır. Çünkü özel kurucu bir topluluk toplanmaktadır. Söz konusu yöntemle kurucu gücün elinde kuvvetlerin toplanmasında kaçınma özelliği ön plana çıkmaktadır. Çünkü kuvvetlerin tek elde toplanması muhtemel tehlikelere sebebiyet verebilmektedir. “Bu sistem iktidarları aynı elde toplamaktan doğacak engelleri önler. Onun için beğenilmiştir.”⁵¹ Söz konusu yöntemin yakın tarihli uygulaması 29 Ekim 2004 tarihinde Avrupa Birliği’nin anlaşmayla oluşturulan bir anayasası niteliğine kavuşacak olan eski Fransız Cumhurbaşkanı Valéry Giscard d’Estaing başkanlığında oluşturulan komisyonun hazırladığı anayasal anlaşmadır (*traité constitutionnel*).

B-) Kurucu ve Yasama Meclis Yöntemi

(Le procédé de l’Assemblée constituante et législative)

Geleneksel olarak Fransız Anayasa Hukuku tarihinde anayasa hazırlanmasında kullanılan yöntemdir. Yöntem birtakım mahzurlu unsurlarına rağmen 1848, 1871, 1945–1946 tarihlerinde anayasa hazırlanmasında Fransa’da uygulanmıştır. Bununla birlikte 1946 Anayasası’nın hazırlanması sırasında karşılaşılan zorluklara ilişkin hatıra 1958 tarihli Anayasa’nın hazırlanma yönteminin esası olarak gözlemlenmektedir. Bu durumda belirli ölçüde kuvvetlerin temerküzü söz konusudur. Bizde de 27 Mayıs 1960 ihtilâlden sonra 14.02.1960 gün 157 sayılı Kanunla kurulan Kurucu Meclis hem anayasayı yapmış, hem de yasama yetkisini kullanmıştır.⁵²

C-) Kurucu Referandum Yöntemi (*Le procédé du référendum constituant*)⁵³

Bu sistem kurucu meclis sistemine eklenerek uygulanabilmektedir. Burada Hükümetçe veya bir çalışma grubunca hazırlanan anayasa metninden hareketle kurucu referanduma başvurulmaktadır.

İlk ihtimal durumunda anayasa kurucu meclis tarafından hazırlanır oynanır ve onaylanmak üzere halkın oyuna sunulur. Bu yöntem yarı doğrudan

⁵⁰ Fransız Hukukunda her dört yılda cumhurbaşkanlığı seçimlerinde adayları belirlemek amacıyla bir toplanan konvansiyonlarla karıştırılmaması gerekir.

⁵¹ ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.48.

⁵² ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.49.

⁵³ GEORGES Philippe, SIAT Guy: *age*, sh.8–9.

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

demokrasi uygulamasının anayasa hazırlanması anlamında kullanılmasından (*l'élaboration de la constitution des procédés de démocratie semi-directe*) başka bir şey değildir. Böylelikle söz konusu edilen kamusal erklerin örgütlenmesi esaslarının özellikle kabul edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

İkinci ihtimal durumunda referanduma Hükümet veya özel bir çalışma grubu tarafından hazırlanan metnin doğrudan onaylanması için başvurulur. Bu sistem gerçekte Hükümete gerçek anlamda kurucu güç olabilme imkânı tanır ve genellikle etkili netice verse de, bir önceki yöntemle oranda daha az demokratiktir.

III- ANAYASALARIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Yazılı anayasanın ortaya çıkışından bu yana öğreti anayasanın hazırlanması yöntemlerinin ve bu durumun hukuki bir olgu olarak yorumlanmasına yardım edecek teorilerin sınıflandırılmasını gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Aynı zamanda öğretinin daha önceden tesis edilmiş anayasanın değiştirilmesi yöntemlerini çözümlenme ve anlamaya çalıştığı da bilinmektedir. Bu tür değerlendirmelere ilişkin kurallar hukuki çözümler, siyaset felsefesi ve ideolojiler arasındaki sınırları kaldırmaya yönelik bir daveti oluşturur. Ancak bu anlamda belirtilen noktaların birbirine karıştırılmaması önem arz etmektedir.

Hukuki bir yorum bu nedenle katı bir şekilde olgulara ilişkin aynı durumda ortaya çıkabilen hazırlama ve değiştirme noktalarını ayırt edebilmelidir. Her iki durumda da bir metin tartışılıp, üzerinde pazarlıklar yapılacak, kaleme alınıp kabul edilerek yürürlüğe konulacaktır. Bahse konu metin genel hatlarıyla aynı içerik üzerinde yoğunlaşacaktır. Bu nedenle çağdaş şekli bir anayasaya yakın tarihte kavuşan devletler, görünüşte uyumluluk gösteren noktalar olarak belirtilen ve günümüzde paylaşılan demokratik düşüncenin gereklerine saygı gösterilmesinin sağlanması anlamında endişe duymaktadır. Ancak buradaki teklik tamamıyla farklı durumları içerir. Siyasal nitelikli köklü bir değişim ehemmiyetsiz bir anayasa değişikliği ile neticelendirilebilir. Benzer bir şekilde de tamamen yeni bir anayasanın kabulü güçlerin ilişkisinin sürekliliğinin derin bir ifadesini oluşturabilir. Fakat bundan dolayı yeni bir anayasa yalnızca eski anayasanın değiştirilmesidir. Anayasa metninde yapılacak küçük bir değişiklik kavramların hukuki anlamında bir devrimi de saklayabilir. Süreklilik ve kesintiye uğramaya ilişkin hüküm tesis etme yetkisi bu anlamda hukukçulara düşer.⁵⁴

⁵⁴ FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis,

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

Anayasanın değiştirilmesi yürürlükte bulunan anayasanın, anayasa değişikliğine ilişkin öngördüğü usul ve esas düzenlemelerine sadık kalınarak anayasanın içeriğinde gidilen değişikliklerin gerçekleştirilmesidir. Alışıldığı üzere ve yukarıda da işaret edildiği gibi öğreti değişikliğinin kolayca yapılabildiği yumuşak anayasa ile değişikliğin gerçekleştirilmesinin zorlaştırıldığı katı anayasa arasında bir ayrım yapmaktadır. Katı anayasa söz konusu ise, kural olarak, değişiklik için önceden öngörülmüş özellik arz eden usulün izlenmesi zorunluluğu, değişiklik yapılması anlamında belirli süre için bu yola gidilemeyeceği ya da belli hükümler için belli süre değişikliğe gidilemeyeceğine ilişkin öngörülmüş olan süreler veya değişikliğin onaylanmasının bazı organların ya da *ad hoc* bir organın inisiyatifine bırakılması, iki değişiklik arasında geçmesi zorunlu minimum bir sürenin varlığı ve nihayet bazı düzenlemeler için değişikliğe gidilmesinin yasaklanması sıkça başvurulan uygulamalardır. Bu anlamda anayasa değişikliklerinin güçleştirilmesinin arkasında yatan sebep; anayasanın sürekliliğinin güvence altına alınması ve çoğunluğu ele geçirenlerin istem ve tercihlerine bağlı olarak sık sık anayasanın değiştirilmesi yolunun kapatılmasıdır. Böylelikle değişikliklerin üzerinde toplumsal oyaşmanın (konsensüsün) bulunduğu anayasal paktın temel görünüşünün altının çizilmesine yönelik önlemlerle çevrenmesi sağlanır.⁵⁵

Anayasanın değiştirilmesi zorunluluğu ortaya çıktığında tali gücün müdahalesi söz konusudur. Burada değişiklik anayasanın bizzat kendisinin öngördüğü şekil ve mekanizmalara göre gerçekleştirilir. Tali güç demokratik rejimlerde ya bizzat tek başına parlamento ya da halk veya birbirini izleyerek her ikisi tarafından kullanılır. Halk değişiklikleri referandum yoluyla onaylar. Bununla birlikte tali gücün anayasayı değiştirmeye ilişkin yetkisi asli kurucu güç tarafından sınırlandırılmıştır. Bu anlamda anayasa birtakım değişikliklerin yapılmasını yasaklayabilir. Öncelikle maddi anlamda bir yasaklama söz konusu olabilir. Örneğin 1982 Anayasası'nın 4. ve 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 89. maddesinde öngörüldüğü üzere hükümet şeklinin Cumhuriyet olduğunun değiştirilememesi gibi. Belirli bir süre değişikliğe gidilememesi anlamında bir düzenlemeye anayasa yer verebilir. Bu anlamda

ROUX André, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy: *age*, sh.119. "Ayrıntılı hükümler taşıyan anayasaların uygulandığı ülkelerde yargısal ve bilimsel görüşlerin yerleşmesi zordur. Yorum gerektiğinde çoğu halde değiştirme yoluna gidilir. Zira metnin içindeki hükümlerin çok oluşu bu hükümleri sanki dondurmuştur." (ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.49)

⁵⁵ **DUHAMEL Olivier, MÉNY Yves:** *age*, sh.932. "Anayasayı değiştirmeye kalkışıldıkta korkulacak şey pervâsız bir hükümetin eline anayasanın sözünü ve ruhunu hiçe saymak fırsatının verileceğidir. Onun içindir ki, anayasaların değiştirilmesi kolayca yapılabilecek bir şey olmaktan çıkarılmıştır." (ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.51)

olmak üzere ilk olarak anayasanın kabulünden itibaren belli bir süre geçmedikçe anayasa değiştirilemez. (3 Ekim 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın 3. maddesi)⁵⁶ İkinci olarak ülkenin topraklarının bir bölümünün tehdit ve tehlike altında bulunması (1946 tarihli Fransız Anayasası'nın 94 ve 1958 tarihli Anayasanın 89. maddesi) veya Devlet Başkanı'nın tatilde bulunduğu süre içinde (1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 7. maddesi) örneğindeki gibi belli şartların varlığı halinde anayasa değişikliğine gidilemez. Bununla birlikte getirilen bu farklı sınırlamalar teorik olma niteliğinin ötesine geçemez. Ancak doğal hukuktan kaynaklanan bir takım sınırlamaların aşılması pratikte pek mümkün olamaz. Gerçekten de anayasayı değiştirecek gücün ilk önce sınırlandırmayı öngören düzenlemeyi değiştirmesi veya kaldırması ve daha sonrada istediği değişikliği gerçekleştirmesi yeterlidir.⁵⁷

Kural olarak anayasaların değiştirilmesi anayasaların hazırlanmasında olduğu ölçüde sorun yaratmaz.⁵⁸ *İlk olarak*, yeni bir anayasal statünün oluşturulması söz konusu değildir. *İkinci olarak* anayasayı değiştirmeye yetkili organın belirlenmesi anayasanın hazırlanmasında olduğu gibi sorun yaratmaz. *Sonuncu olarak* ta değiştirilmeye ilişkin usul ve yöntem anayasanın bizzat kendisi tarafından önceden belirlenmiştir. Dolayısıyla anayasanın değiştirilmesi durumunda en genel anlamda tali kurucu iktidar söz konusudur. Özetle anayasaların değiştirilmesi içeriğinde öngörülen siyasi görünümünden ziyade teknik anlamda sorunlar yaşanmaktadır. Ancak bu noktanın siyasal sistemin niteliği anlamında tartışmanın bulunmadığı, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin kabullenilip kurumsallaştığı, ülkenin bölünme tehdit ve tehlikesi altında bulunmadığı durumlarda geçerli olduğunun altının çizilmesi gerekir.

⁵⁶ “Buna göre, anayasanın iki yasama dönemince değiştirilmesi teklif olunamayacaktı. Burada amaç anayasanın devamlılığını sağlamaktır.” (ESEN Bülent Nuri: *age*, sh.72)

⁵⁷ COUDEVYLLÉ André: *age*, sh.24.

⁵⁸ Ancak anayasanın oluşturduğu sistemin nitelik ve özellikleri üzerinde toplumsal odaya ve uzlaşmanın bulunmadığı hallerde anayasanın değiştirilmesi de önemli sorun ve tartışmalara yol açabilmektedir. Bu anlamda olmak üzere anayasayı değiştirmek isteyen irade bu yolla anayasanın öngördüğü temel nizam ve felsefeyi de değiştirmeyi amaçlayıp, bu yönde hareket edebilecektir. Bu gibi durumlarda anayasayı değiştirmek isteyen iradenin anayasada öngörülen usul ve esasların dışına çıkma, anayasaya karşı hile yöntemlerini kullanması da söz konusu olabilecektir.

1) ANAYASANIN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN MUKAYESELİ HUKUKTA GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Batılı bazı ülkelerde anayasa değişikliği için öngörülen usuller aşağıda kısaca açıklanmıştır⁵⁹:

Almanya'da anayasa değişikliği için Bundestag'ta oylama ve Bundestat'ı oluşturan her iki mecliste üye sayısının 2/3'ünün kabulü gerekir.⁶⁰

Belçika'da anayasa değişikliği girişimini Millet Meclisi veya Senato başlatabilir. Her iki Meclisin yetkileri bu anda sona erer ve yenilenmeleri için seçime gidilir. Meclislerin toplantı yeter sayısını oluşturan 2/3 üye ile toplanılma ve burada kullanılan oyların 2/3 çoğunluğunun oylarıyla anayasa değişikliği onaylanmış olur.⁶¹

Danimarka'da değişiklik önerisi Folketing'de oylanır. Meclis kendiliğinden fesholur ve yeni Meclisin oluşturulması için seçim yapılır. Folketing'de yeniden anayasa değişikliği görüşülür, karar bağlanır ve 6 aylık süre içinde referanduma sunulur.

İspanya'da değişiklik için Parlamento'nun her bir kanadının üye sayısının 3/5 çoğunluğu zorunludur. Kongre ile Senato arasında uzlaşmanın sağlanması için eşit sayıda verilecek üyelerden oluşacak bir komisyonun (*commission paritaire*) kurulması da söz konusu olabilir. Senato'nun salt çoğunluğu ve Kongre'nin 2/3'te çoğunluğuyla değişikliğin kabulü mümkündür. Her bir meclisin üye sayısının 1/10'uyla kabul edilen değişikliklerin referanduma sunulmasını talep edebilir. Anayasanın toptan değişikliği ya da temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi durumunda her bir meclisin üye sayısının 2/3 çoğunluğunun oyunun alınması gerekir. Bu durumda Cortes'in kendiliğinden feshi söz konusu olup, seçimlerle kurulan yeni meclisler 2/3 çoğunlukla yeni metni kabul edebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde anayasa değişiklikleri Temsilciler Meclisi ve Senato'nun veya federe devletlerin 2/3'nün talebi üzerine oluşturulan ad hoc Konvansiyon'un üyelerinin 2/3 çoğunluğunun kabul oyuyla gerçek-

⁵⁹ DUHAMEL Olivier, MÉNY Yves: *age*, sh.933-934.

⁶⁰ PFERSMANN Otto: "La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites" in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993, sh.7-65.

⁶¹ DELPÉRÉE Francis: "Le processus de modification de la Constitution belge" in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993, sh.67-77.

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

leştirilir. Onaylanması federe devletlerin 3/4'ünün yasama organları veya Konvansiyon'un üyelerinin 3/4'ü tarafından kabulü halinde söz konusu olur.

İngiltere'de çağdaş anlamda yazılı bir anayasanın bulunmaması dolayısıyla anayasa değişikliği için özel bir usul öngörülmemiştir. 1911 ve 1949 yıllarında iki Parliament Acts normal yasama usulüne göre değiştirilmiştir. "İngiltere'de anayasa değişikliği, başlıca iki şekilde olmaktadır: 1) Belli bir kuralın fiilen yerleşmesi veya ortadan kalmasına yol açan günlük uygulamalarla, 2) Önemli bir meseleyi halletmek için özel olarak konulan kurullarla. Birinci yöntemde, yetki sahibinin kim olduğunu sormaya imkân yoktur. Siyasi organlar, toplum içinde değişen kuvvet dengesini adeta insiyaki olarak yansıtır ve anayasayı çoğu kez farkına dahi varmadan değiştirirler. Buhranlar, siyasi organlar bu sezgi kabiliyetini göstermedikleri dönemlerde doğarlar. O zaman, kuvvet dengesinde kim hakimse, onun kabul ettiği veya ettirdiği yeni bir anayasa kuralı doğar. İngiliz anayasa tarihinde göze çarpan büyük sıçramalar, hep bu ikinci yöntemle gerçekleştirilmiştir."⁶²

Yunanistan'da anayasa değişikliği için en az birer aylık süre sonunda birbirinden ayrı iki toplantıda Millet Meclisi üye tam sayısının 3/5'inin çoğunluğuyla uygun bulunma gerekir. İzleyen yeni Millet Meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla değişikliğin içeriği, esası hakkında karar verir. İki değişiklik arasında en az 5 yıllık bir sürenin geçmesi gerekir.

İtalya'da birbirini izleyen iki toplantıda en az üç aylık bir sürede her iki meclisin anayasa değişikliğini uygun bulması gerekir. İkinci oylamada meclislerin üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Her bir meclis üye sayısının 1/5'i, 500 000 seçmen veya beş bölge meclisinin talebi üzerine üç aylık süre içinde anayasal referanduma gidilmesi de mümkündür. Ancak ikinci oylamada her bir mecliste üye tamsayısının 2/3'nün olumlu oyu alınmışsa mümkün değildir.⁶³

İrlanda'da değişiklik önerileri Parlamento'da oylanır ve zorunlu olarak referanduma sunulur.

Lüksemburg'da değişik yapılması zorunluluğu Millet Meclisi açıklar ve daha sonra Millet Meclisi kendiliğinden fesholur. Değişiklik için üyelerin

⁶² EROĞUL Cem: *age*, sh.84-85.

⁶³ Bkn. LUCIANI Massimo: "La revisione costituzionale in Italia" in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993, sh.117 vd.; BAUDREZ Mryse, ESCARRAS Jean-Claude: "La révision de la Constituion italienne: doctrine et complexité des faits" in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993, sh.140 vd.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

3/4'ünün katıldığı oturumda kullanılan oyların 2/3'ünün alınması değişiklik için zorunludur.

Hollanda'da Parlamentoca oylanarak değiştirilen değişiklik önerisi yayımlanır ve Millet Meclisi'nin iki kanadı da fesholur. Yeni Parlamento kullanılan oyların 2/3 çoğunluğuyla değişikliği kabul eder.

Portekiz'de anayasa değişikliği Mecliste mevcut üye tamsayısının 2/3'ünün kabulünün sağlanması için oylanır. İki değişiklik arasında geçmesi zorunlu minimum süre 5 yıldır.

2) ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SÜRECİNİN BAŞLATILMASI

Burada değişiklik yapılmasına kimin karar vereceği sorunu söz konusudur. Duruma bağlı olarak süreç Hükümet, Parlamento veya bir seçim heyetine bu yetki tanınmaktadır. Fransa'da anayasa değişikliği önerisinde bulunma inisiyatifi sırasıyla Cumhurbaşkanı ve Parlamento üyelerine aittir. 1958 Anayasası'nın 89. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Anayasanın değiştirilmesi inisiyatifi sırasıyla Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı ve Parlamento üyelerine aittir.*"

Bir başka ifadeyle anayasanın değiştirilmesinde inisiyatif bazen sadece yürütme erkine yani Cumhurbaşkanı ve Hükümete tanınmıştır. Bu tür bir uygulama kendi içinde farklılaşabilmektedir. Buna göre söz konusu yetki yürütme erkini oluşturan Cumhurbaşkanı veya Hükümetin⁶⁴ her birine münferiden veya bunlardan sadece birine ve nihayet bu organlardan birinin önerisi üzerine diğerinin bu anlamda bir yetki kullanması şeklinde söz konusu edilebilmektedir.

İkinci olasılıkta anayasanın değiştirilmesinde inisiyatifi sadece Parlamentoya⁶⁵ yani yasama erkine tanınmıştır. Nihayet söz konusu yetkinin aynı zamanda yasama ve yürütme erkine tanınması da mümkündür.⁶⁶ Yukarıdaki durumlara ilaveten bazı durumlarda da anayasayı değiştirebilme inisiyatifi halkın kurucu güç vasfını taşıdığı durumlarda, bizzat halka aittir. Hiçbir zaman uygulama imkânı bulmamış olmakla birlikte 24 Haziran 1793 tarihli Karadağ Anayasası bu anlamda bir düzenleme öngörmektedir ve aynı şekilde İsviçre

⁶⁴ 4 Ağustos 1802 tarihli Fransız İmparatorluk Anayasası.

⁶⁵ 14 Haziran 1852 tarihli Fransız Anayasası.

⁶⁶ Almanya ve Belçika Anayasalarında öngörülen sistem. 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 89. maddesine göre anayasa değişikliğini her bir parlamentere önerebileceği gibi Başbakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı da yapabilir.

Anayasasında anayasayı değiştirme prosedürünü başlatabilme inisiyatifi için en az 50 000 vatandaşın imzasını taşıyan dilekçeden hareketle İsviçre halkına tanınmıştır. Anayasanın değiştirilmesine ilişkin karar verilmiş ve prosedür harekete geçirildiğinde anayasanın değişikliğe ilişkin düzenlemelerine uygun kalınarak öngörülen prosedürün takip edilmesi zorunludur.⁶⁷

3) ANAYASA DEğIşIKLIğI USULÜ

Her türlü varsayımda bir defa karar verildiğinde anayasanın değiştirilmesi bizzat anayasa tarafından bu amaçla öngörülen prosedür içinde şekillendirilmelidir. Bu zorunluluk “*bir erk kendiliğinden kaynaklandığı özel kurallara bağlıdır.*”⁶⁸ şeklindeki özdeyişten doğmuş gibi görünmektedir. Eğer bu ilke zorlayıcı ise bundan şekilde ve usulde paralellik ilkesinin hafifletilmesi daha az olarak devam etmez. Söz konusu ilkenin harfiyen tatbikinin anlamı anayasanın değiştirilmesine ilişkin şekil ve usul kurallarının anayasanın hazırlanması şekil ve usul kurallarına aynen uymak zorunda olmasıdır. Asli kurucu güce tali bir kurucu güç oluşturmaya egemen bir şekilde karar verebilme veya daha doğru bir ifadeyle anayasanın hazırlanması ve kabulündeki öngörülen şartlardan farklı şartları uygulayacak belirlemeye hiçbir şey zorlamamaktadır. Genellikle uygulanmakta olan bu durumdur.

Asli kurucu güç değiştirilme süreci için anayasanın orijinal metnini değiştirilmesini sağlamak için basitleştirilmiş bir usul getirebilir ve hatta bu değişikliğin asli kurucu güçten farklılıklara sahip türev kurucu güç tarafından yerine getirilebileceğini öngörebilir. Bu anlamda olmak üzere normal yasama işlevini yüklenen parlamentoya değişikliği gerçekteştirebilme yetkisi tanıyabilir. Bu gibi durumda anayasa değişikliği için özel görüşmeler için öngörülen toplantı ve karar almaya ilişkin kuralları uygulama zorunluluğu getirilebilir. Bir başka ifadeyle yasama organı normal yasama işlevini yerine getirirken uygulamak durumunda olduğu usul ve prosedür kurallarının üstündeki bir çoğunlukla yani salt çoğunluk ya da mevsuf bir çoğunlukla anayasa değiştirilebilir. Bu tür uygulamanın örnekleri mukayeseli hukukta Fransa’da III. Cumhuriyet Rejimini oluşturan 1875 Anayasasının ilgili düzenlemesi ve hâlihazırda geçerli olan ve V. Cumhuriyeti kuran 1958 tarihli Anayasasının getirdiği anayasanın değiştirilmesine ilişkin düzenlemelerinde görülmektedir.

⁶⁷ CLAPIÉ Michel: *age*, sh.95.

⁶⁸ *Tu patere legem quam fecisti.*

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

Benzer hükümler 1924⁶⁹, 1961⁷⁰ ve 1982⁷¹ Anayasalarının düzenlemelerinde söz konusudur.

Bu noktaya türev kurucu gücün anayasayı değiştirme prosedürünü değiştirebilme yetkisini kullanması anlamında engelleyen herhangi bir kural söz konusu değildir. Bu anlamda Fransa'da 1946 Anayasasının değiştirilmesine ilişkin düzenleme örnek gösterilebilir. 1982 Anayasası'nın ilk hali 17.05.1987

⁶⁹ ***Orijinal Metin:*** Madde 102.- "İşbu Teşkilâtı Esasiye Kanununun tadili aşağıdaki şeraite tabidir: Tadil teklifi Meclis âzayı mürettebesinin lâakal bir sülüsü tarafından imza olunmak şarttır. Tadilât ancak adedi mürettebin sülûsan ekseriyeti ârasiyle kabul olunabilir. İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tagyiri hiçbir suretle teklif dehi edilemez."

—***Sadeleştirilmiş Metin:*** Madde 102- "Anayasada değişiklik yapılması aşağıdaki şartlara bağlıdır: Değişiklik teklifinin Meclis tam üyesinin en az üçte biri tarafından imzalanması şarttır. Değişiklikler ancak tam sayısının üçte iki oy çokluğu ile kabul edilebilir. Bu kanunun, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki birinci maddesinde değişiklik ve başkalaştırma yapılması hiçbir türlü teklif dahi edilemez."

⁷⁰ ***L. Anayasanın değiştirilmesi:*** Madde 155 – "Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesine ilişkin teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, 1'inci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir."

⁷¹ ***Anayasa'nın 175. Maddesi: Anayasanın Değiştirilmesi, seçimlere ve halkoymasına katılma*** "Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis geri gönderilen Kanunu, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoymasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoymasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoymasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

Halkoymasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahalli genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dâhil gerekli her türlü tedbir alınır."

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

tarihinde 3361 sayılı Kanunun 3. Maddesiyle değiştirilerek bugünkü halini aldığı hatırlanması yerinde olacaktır.

Anayasada değişiklikler için uygulanan usulleri farklılık arz etmektedir ve genellikle karşılaştırılması muhtemel iki önemli sorundan kaçınmayı sağlayacak şekilde kullanılmaktadır. İlk olarak değişikliğin kolay yapılması tercih edildiğinde anayasal istikrarsızlığın yolu açılabilir. İkinci olarak ta değişikliğin sıkı şartlara tâbi kılınması durumunda da gerekliliğin ortaya çıkmasına rağmen anayasa değişikliği girişimleri başarısızlıkla sonuçlanma riskine maruz kalır.

Anayasa değişikliği uygulamalarında üç tür sistem söz konusudur.

Parlamentoca özel bir oluşum sonucunda veya bu tür bir uygulamaya gidilmeksizin özel görüşme ve kabul usulleri sonucunda değişiklik gerçekleştirilebilir.

Anayasa değişikliğinin bu amaçla seçim sonucunda oluşturulan bir meclis tarafından gerçekleştirilmesi yöntemi benimsenebilir.

Anayasa değişiklik sürecine halkın referandum yoluyla katılımının sağlanması yöntemi kabul edilebilir.

Fransız sisteminde Meclis ve halk birlikte anayasa değişikliğinde müdahil olmaktadır. Anayasa değişikliği tasarısı veya önerisi öncelikle Parlamento tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu değişikliğin kesin bir nitelik kazanması ancak referandum yoluyla kabulü sonucunda mümkündür. Bununla birlikte referandum Cumhurbaşkanının Parlamento'nun iki kanadının birlikte toplantısına anayasa değişikliği tasarısı veya önerisini sunmaya karar verdiği durumlarda kullanılması söz konusu olmaz. Bu durumda Anayasanın 89. maddesi uyarınca tasarı veya öneri birlikte toplanan Parlamentonun toplam üye sayısının 3/5 tarafından nitelikli çoğunlukça kabul edilmedikçe onaylanmış sayılmaz.

SONUÇ

Anayasa temel ve en üst norm olması dolayısıyla hukuk sisteminde diğer normlarda farklılık arz eder. Genel kurala göre anayasa diğer bütün normların üstünde hukuki ve siyasal üstünlüğü olan, kişiler ve kurumlar üzerinde bağlayıcılık özelliği bulunan kurallar bütünüdür. Bu farklılık özellikle anaya-

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

sanın hazırlanması ve değiştirilmesinde önem kazanır. Anayasayı hazırlayacak gücün yetkisi asli veya tali kurucu güç olmasına göre değişir. Birincisinin yetkisinin sınırı teorik ve hukuki anlamda bulunmaz. Ancak söz konusu asli kurucu güç uygulamada evrensel değerler ve ülkenin şartlarıyla işin doğasından kaynaklanana bir sınırlandırmaya tâbidir. Tali kurucu güç asli kurucu gücün kendisine tanıdığı alan ve sınırlar içinde anayasanın içeriği üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanılmasında asli kurucu güç anayasanın sürekliliği ve istikrarı ile çoğunluğu eline geçiren iktidarın istediği gibi ve ölçüde değişiklikte bulunmasını önlemek için bir takım kayıtlayıcı usul ve ilkeler koymuştur. Anayasa değişikliklerinde bunlara uyulması kuraldır.

Anayasanın değiştirilemezliğini savunmak nasıl hukuki ve mantıklı olmazsa; anayasanın değiştirilmesini veya yeni bir anayasa yapılmasını sadece belli bir iktidara veya düşünceye bırakılması çok büyük sorunların doğumuna neden olur. Anayasa yapımı ve değiştirilmesinde bütün kural ve ilkelerin pozitif metinlerde aranması sağlıklı bir yaklaşım değildir. Bu anlamda ilgili ülkenin tarihi geçmişi ve mukayeseli hukuktaki deneyim ve uygulamalardan yararlanmak tercih edilmesi gereken yoldur.

Anayasaların yapımı ve değiştirilmesi her halükarda bu anlamda ortaya çıkan güçlü, zorlayıcı şartların varlığına bağlıdır. Anayasa bu anlamda karşılaşılan güçlüğü aşmayı amaçlaması doğal bir sonuç gibidir. Bu kabul her anayasanın bir tepki olması anlamına gelir. Ancak tepkinin normatif anlamda somutlaşmasında duygusallıktan sıyrılmak, temel normun meşruiyetini tartışma konusu edecek bir süreç içinde hazırlanması tercihinden mümkün olduğu ölçüde kaçınılmalıdır. Anayasalar toplumsal uzlaşma metni olma özelliğini taşımalıdır. Anayasanın yapılışında kaynak halk hedef insan onuru olmalıdır. Anayasa ile oluşturulacak hukuki ve siyasi düzen uygulanacağı ülkenin şartlarını dikkate alan evrensel değerlerle uyum içinde bulunmalıdır. Anayasanın değiştirilmesinde türev kurucu gücün katı anayasa sisteminde bir şekilde sınırlandırıldığı bilinen bir gerçektir. Bu durum sadece Ülkemizde geçerli olmayıp diğer Batılı demokratik ülkelerde de gözlemlenen bir gerçekliktir. Türev kurucu gücün bu anlamda yetkisinin sınırlanmasında söz konusu sınırın aşılması elzem ise, nasıl bir çözüm aranmalıdır? Teorik anlamda akla gelen ilk çözüm tarzı bu gibi durumlarda anayasa değişikliğinin iki aşamalı gerçekleştirilebileceğidir. İlk aşamada anayasanın değiştirilmesi mümkün olmayan hükümlerine ilişkin düzenlemenin değiştirilerek, anayasa değişikliğinin yolu açılmalı ve bu

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

yolda ikinci aşamada da anayasa değişikliğine gidilmelidir. Ancak bu çözüm tarzı anayasa değişikliği anlamında toplumsal uzlaşmanın olmadığı bir ortamda sağlıklı sonuç vermez.

Bu çerçevede olmak üzere tali kurucu gücün yetkisinin sınırı ne olursa olsun; anayasanın değiştirilmesinde işin doğasına bağlı olarak düzenleme, değiştirme konusu yapılamayacak bir sınır söz konusudur. Bu sınır, anayasayı değiştirecek gücün devletin unsurları anlamında bir değişiklik yapma yetkisine sahip olamayacağıdır. İkinci olarak ta devletin özü, varlık sebebi olan yani hükümlerlik (egemenlik/souveraineté) anlamındaki özelliği değiştirilemez.⁷² Belirtilen bu sınırın açıkça öngörülmesi zorunluluğu yoktur. Çünkü tali kurucu güç ancak anayasa gereğince var olabilir ve bir anayasa değişikliği aracılığıyla devletin oluşturulması anlamında bir yetkiyle donatılmamıştır. Bu tespit kamu hukukunda geçerli olan bir özdeyişe dayanmaktadır. Buna göre devredilen yetkinin bir daha devredilemeyeceğidir.⁷³

⁷² CLAPIÉ Michel: *age*, sh.99.

⁷³ *Delagata potestas non potest delegari.* (CLAPIÉ Michel: *age*, sh.99.) “Kurulu iktidar anayasadan almış olduğu yetkilerin dışında başka bir yetki kullanamayacağı gibi, gene anayasanın izni olmadan bu yetkileri de devredemez. Kurulu iktidara verilen yetkiler bir hak değil, bir fonksiyonun ifadesi olduğundan yetkisini devreden kurulu iktidar anayasanın, dolayısıyla kurucu iktidarın üstünlüğü prensibini çiğnemiş olur.” (HAZIR Hayati: *Anayasa Hukuku*, 4.Bası, Alter Yayınları, Ankara 2007, sh.48-49)

KAYNAKÇA

- **ATAR Yavuz:** *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Mimoza, Konya 2000.
- **ATAY Ender Ethem:** *Demokrasi ve İnsan Hakları Ders Kitabı*, Tütibay Yayınları, Ankara 2003.
- **ATAY Ender Ethem:** “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği*”, Danıştay 2008 İdari Yargı Sempozyumuna sunulan tebliğ.
- **ATAY Ender Ethem:** *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- **AUBY Jean-Marie,**
AUBY Jean-Bernard: *Droit public, droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif, T.I*, 10ème édition, éditions Sirey, Paris, 1989.
- **BAGUENARD Jacques:** “*La Constitution*” in *Droit Public, T.I, Théorie générale de l’Etat et Droit Constitutionnel, Droit administratif*, (Sous la direction de Jacques MOREAU) Economica, 3 ème édition, Paris 1995.
- **BARANGER Denis:** *Le droit constitutionnel*, PUF, Que sai-je?, N0:3634, 2 ème édition, Paris 2005.
- **BAUDREZ Mryse,**
ESCARRAS Jean-Claude: “*La révision de la Constituion italienne: doctrine et complexité des faits*” in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993.
- **BURDEAU Georges:** *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 17ème édition, LGDJ, Paris 1976.
- **CHAMPAGNE Gilles:** *L’essentiel du droit constitutionnel, 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, 7ème édition, Gualino, Lextenso éditions, Paris 2008

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

- **CLAPIE Michel:** *Droit constitutionnel, Théorie générale*, ellipses, Paris 2007.
- **COUDEVYLLE Andrée:** *Précis de droit public*, ellipses, Paris 2005.
- **DAL Kemal:** *Anayasa Hukuku*, Yeniden Basım, Alter, Ankara 2006.
- **DELPÉRÉE Francis:** “*Le processus de modification de la Constitution belge*” in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993.
- **DUHAMEL Olivier,**
MÉNY Yves: *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris 1992.
- **ERDOĞAN Mustafa:** *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- **ERDOĞAN Mustafa:** *Anayasa Hukukuna Giriş*, Liberte Yayınları, Ankara 2004.
- **EROĞUL Cem:** *Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)*, Ankara 1974.
- **ESEN Bülent Nuri:** *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara 1970.
- **FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, ROUX André, PFERSMANN Otto, SCOFFONI Guy:** *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 1998.
- **GEORGES Philippe, SIAT Guy:** *Droit public*, 12ème édition, Sirey Edition, Paris 2001.
- **GOYARD-FABRE Simone:** *L'État figure modern de la politique*, Armand Colin, Paris 1999.
- **GÖZLER Kemal:** *Pouvoir constituant*, Ekin Kitabevi, Bursa 1999.
- **HAMON Francis,**
TROPER Michel: *Droit constitutionnel*, 30ème édition, LGDJ, Paris 2007.

Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki

- **HAZIR Hayati:** *Anayasa Hukuku*, 4.Bası, Alter Yayınları, Ankara 2007.
- **KUTLU Mustafa:** *Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletin Kökenleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- **LUCIANI Massimo:** “*La revisione costituzionale in Italia*” in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993.
- **MONTESQUIEU:** *De l'esprit des lois*, GF-Flammorion, 2 Tomes, Paris 1979.
- **NEGRI Antonio:** *Le pouvoir constituant, Essai sur les alternatives de la modernité*, PUF, Paris 1997.
- **ÖZER Attila:** *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, 2.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- **PFERSMANN Otto:** “*La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites*” in *La Révision de la constitution*, EconomicA, Paris 1993.
- **ROUSSEAU Jean-Jacques:** *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat GÜNYOL, 3.B., T. İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2008.
- **SELÇUK Sami:** *2007'nin Hukuk Olayı Anayasa Mahkemesi'nin 367 Kararı*, Cedit Neşriyat, Ankara 2008.
- **TEZİÇ Erdoğan:** *Anayasa Hukuku*, 10.B., Beta, İstanbul 2005.
- **TURHAN Mehmet:** *Anayasal Devlet*, 4.Bası, Naturel Yayıncılık, Ankara 2005.
- **ZARKA Jean-Claude:** *Introduction au droit constitutionnel*, ellipses, Paris 2006.

BOŞ

ANAYASA YAPIMINA YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Faruk BİLİR*

ÖZET

Toplumsal hayatın işleyişi ve şekillenmesinde önemli işlevlere sahip olan anayasaların kimler tarafından ve nasıl yapıldıkları konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasanın yapımına ilişkin tercih edilen yöntem, çoğu kez onun içeriğinin nasıl olacağına dair ciddi ipuçları da verir. Anayasayı kimin yapacağı, aynı zamanda egemenliğe kimin sahip olduğu sorusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Egemenliğin halka ya da millete ait olduğu demokratik sistemlerde, anayasa yapma yetkisi de halka veya millete aittir. Başka bir ifadeyle demokratik sistemlerde asli kurucu iktidarın kaynağı toplumdur.

ANAHTAR KELİMELELER

Anayasa, Anayasa Yapımı, Kurucu İktidar, Kurucu Meclis

ABSTRACT

The subject of making Constitutions in which way and by whom is very important as the Constitutions have fundamental functions in shaping and conduct of social life. Generally, the method that is choosen to make a Consitution gives clues about its content. The question that who is going to make the Constitution depends closely to the question that who is holder of the sovereignty. In Democratic States where the sovereignty belongs to public, the power to make the Constitution is also belong to public, nation. In other words, in democratic systems the society is the ultimate source of the founding power.

KEY WORDS

Constitution, Constitution making, Founding Power, Founding Assembly

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Ülkemizde yaşanan anayasal krizler, sivil ve demokratik bir anayasanın yapılması yönündeki talep ve beklentileri yükseltmektedir. Sürekli ülke gündeminde olan yeni ve sivil anayasanın nitelikleri kadar, yapılmasında nasıl bir yol izleneceği de önemlidir. Sivil anayasadan anlaşılması gereken, anayasanın yapılış yöntemi ve içeriği olarak sivil olmasıdır. Yani anayasanın yöntem ve içeriğinin demokratik olması, özgürlüğü temel alması gerekir. Sivil anayasada önemli olan zihniyet ve toplumsal temsil anlayışıdır¹. Anayasalar bir toplumun temel düzenini belirleyen metinlerdir. Anayasanın toplumsal bir sözleşme olduğu düşünüldüğünde, bu sözleşmenin toplumsal uzlaşma ile düzenlenmesi gerektiği açıktır. Anayasa değişikliği sürecinde siyasi partilerin, sivil toplum örgütleri ve meslek birliklerinin katılımı sağlanması son derece önemlidir. Toplumun tüm kesimlerinin hazırlanmasına katıldığı bir anayasa toplum ihtiyaçlarını karşılayacaktır. Yeniden yapılacak bir anayasanın temelleri insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi olmalıdır. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünü esas alan, demokrasinin tüm kurum ve kurallarıyla işlediği ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı yepyeni bir anayasa.

Anayasa yapımı, yeni baştan bir anayasanın hazırlanması ve kabul edilmesini ifa eder. Yürürlükte bulunan bir anayasanın değiştirilmesi için revizyon ya da anayasanın değiştirilmesi kavramları kullanılmaktadır². Anayasa yapımı hukuksal yönü yanında siyasal önemi de çok büyük olan bir süreçtir³.

Toplumsal hayatın işleyişi ve şekillenmesinde önemli işlevlere sahip olan anayasaların kimler tarafından ve nasıl yapıldıkları konusu büyük önem taşımaktadır. Anayasanın yapımına ilişkin tercih edilen yöntem, çoğu kez onun içeriğinin nasıl olacağına dair ciddi ipuçları da verir⁴. Anayasayı kimin ya-

¹ “Sivil anayasa”yı, toplumsal yaşamın ve siyasal sistemin temel ilkelerinin yurttaşlar topluluğu tarafından belirlendiği ana belge olarak tanımlayabiliriz. Zira anayasayı bir toplumsal sözleşme olarak görmek, anayasayı toplumun yapmasını, yani “kurucu iktidar”ın toplumda olmasını kabul etmeyi gerektirir. Sözleşme fikri, tarafların eşit özneler olarak görülmesi öncülüne dayanır. Hannah Arendt’in deyişiyle, “yatay toplum sözleşmesi”, bireylerin birbirlerini muhatap aldıkları ve birbirlerine sözler verdikleri bir ilişkiler yumağı yaratır. Bu nedenle, bir siyasal toplum meydana getirmek, ideal anlamda anayasanın başlıca işlevidir. Başka bir anlatımla, bir topluluk, kendi anayasasını yapmak bir “siyasal toplum” haline gelir”, SAN-CAR, Mithat, “Hukuk Devleti İçin Sivil Anayasa”, Yeni Şafak Gazetesi, 16. 07.2007.

² KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 21.

³ TUNÇ, Hasan, Anayasa Yapım Sürecine Yönelik Tartışmalar”, [http://www.2023gentr/ekim2007/4htm.\(04.06.2009\)](http://www.2023gentr/ekim2007/4htm.(04.06.2009)).

⁴ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Yeni Anayasa İçin ‘Kurucu İrade’ Şart mı”, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

pacağı, aynı zamanda egemenliğe kimin sahip olduğu sorusuna sıkı sıkıya bağlıdır. Egemenliğin halka ya da millete ait olduğu demokratik sistemlerde, anayasa yapma yetkisi de halka veya millete aittir. Başka bir ifadeyle demokratik sistemlerde asli kurucu iktidarın kaynağı toplumdur⁵.

Yöntem konusunda önemli olan anayasa yapım sürecini halkın katılım ve katkısına açık tutmaktır. Yöntemin demokratik meşruluğunun derecesi, bu katılım ve katkının derecesiyle yakından ilişkilidir. Anayasa yapımının her aşamasında halkın katılımını anayasa yapım sürecinin demokratik meşruiyetini güçlendirici etki yaratacaktır⁶. Yapım süreci demokratik olan anayasalar, genellikle üzerinde uzlaşma bulunan anayasalardır⁷.

1- NASIL BİR ANAYASA?

Demokratik ve özgürlükçü toplumlarda anayasaların devletin temel yapısını ve işlevini düzenlemek, devlet iktidarını hukuk kurallarıyla çerçeveleyerek onun keyfiliğe kaçmasını önlemek ve iktidar karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla yapıldıkları bilinmektedir. Bu anlamda anayasacılık düşüncesi açısından anlamlı ve değerli olan anayasalar, güçlü devlet karşısında güçsüz bireyin haklarını koruyan garantist anayasalardır. Bundan farklı bir amaca hizmet eden anayasaların meşruluğu yoktur. Anayasanın değişiklikler öncesi orijinal metni otoriter ve devletçi bir felsefi görüş üzerine inşa edildiği daha sonradan yapılan değişikliklerin yani yamaların kendi içinde çelişkiler doğurması ve temel sorunlarımızdan biri olan anayasa sorunumuzu bütünüyle görmemizi engellemekte olduğu bir gerçektir. Bunlarında ötesinde ülkemizde 1921 Anayasası haricinde bugüne kadar toplumun kendi inisiyatifiyle bir anayasa yapamamış olması ayıbının ortadan kaldırılması ve toplumun kendinden bir parça olarak göreceği bir anayasaya sahip olmak adına bir anayasanın yapılması gerektiğini söylemek mümkündür. Bunun yanı sıra anayasa yapımının çeşitli yöntemleri olmakla birlikte ülkelerin kendi tarihsel toplumsal, siyasal koşullarına göre farklı yöntemlerin benimsenebileceğini söyleyebiliriz⁸.

⁵ BATUM, Süheyl, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 47.

⁶ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

⁷ BATUM, s. 252.

⁸ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

İlk olarak sorulması gereken soru, ülkemizin yeni bir anayasaya⁹ ya da mevcut anayasa üzerinde köklü değişikliklere ihtiyacı var mıdır? Anayasanın sistematik ve bütüncül bir şekilde tartışılmasını ve çağdaş bir anayasa yapımını amaçladığımızı göre sorunun cevabı “evet” olmalıdır. Zira mevcut anayasa gerek yapılış şekli gerekse içeriği itibarıyla yürürlüğe girdiğinden bu yana tartışılmakta ve bir takım değişikliklere maruz kalmaktadır. Ancak bu değişiklikler dahi tartışmaları sona erdirmemiştir. Anayasa gerçek anlamda toplumsal sözleşme belgesi haline gelmeden tartışmalar devam edecektir.

Yeni bir anayasadan anlaşılması gereken kısmı değişikliklerden ziyade yeni baştan yazılacak bir anayasadır. Yeni bir anayasanın yapılması söz konusu olduğunda asli kuruculuk işlevi ortaya çıkmaktadır. Asli kuruculuk yetkisinin hukuksal anlamda sınırsız bir yetkidir. Bu nedenle asli kurucu iktidarın önceki anayasal ve yasal kurullarla bağlı olmaksızın hareket etme kabiliyetine sahip bulunduğu kabul edilir¹⁰. Buna karşılık mevcut anayasaya bağlı kalınarak bu anayasanın öngördüğü usuller çerçevesinde ve anayasanın izin verdiği ölçüde anayasada değişiklik yapılması anlamına gelen tali kurucu iktidar yetkisinin kullanımında gelişen olaylar ve duyulan ihtiyaçlar nedeniyle anayasanın değiştirilmesi söz konusu olmaktadır¹¹.

Anayasada bir takım temel değerlerin vurgulanması gerekir. Ülkemizin kazanımlarının ve ülke gerçeklerinin bu anlamda göz önünde tutulması gerekir. Cumhuriyetin temel değerlerini esas alan, özgürlük odaklı ve ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü koruyan bir anayasa ülkemiz açısından son derece önemlidir. Yasama, yürütme ve yargı dengesinin sağlanması, özgürlüklerinin sınırlandırılmasının yeniden ele alınması, anayasada katılımcılığın benimsenmesi gerekir. Yeni yapılacak bir Anayasada, temel hak ve hürriyetlerin uluslar arası insan hakları belgelerindeki standartlara getirilmesi ve hukukun üstünlüğünü gerçekleştirecek düzenlemelerin yapılması öncelikli hedef ol-

⁹ “Yeni bir anayasadan ne anlaşılması gerekir, yeni bir değişiklik midir, anayasayı değiştirmek midir, yoksa anayasayı yenilemek midir? Buna öncelikle karar vermek gerekir. Yeni bir anayasa herhalde bugüne kadar yapılan 15 değişikliğe bir yenisini eklemek değildir. 1982 anayasasında çok büyük çapta değişikliğe tabii tutmakta, yeni bir anayasa olmasa gerek. O halde yapılması gereken 82 anayasasını bir yana bırakıp anayasayı yenilemektir kastedilen. Anayasa yenilenecekse anayasanın yeni bir meclis tarafından yapılması gerekiyor. Ancak tabii anayasa yenilenmez, anayasada bütünsel bir değişikliğe gidecek olursak o zaman da yine yöntem üzerinde çok ciddi bir tartışma yapmak gerekir”, KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Tartışmaları Paneli, <http://www.bgst.org/keab/atp20080504.asp>.27.04.2009.

¹⁰ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 147.

¹¹ TÜLEN, Hikmet, “Yeni Anayasa Önerileri: Tanıdık Bir Serüvende İlginç Açıklamalar”, Türkiye Günlüğü, Sayı: 91, Güz 2007, s. 64.

malıdır. Anayasa insan hakları ve özgürlüklerine dayalı olmalı ve bu hak ve özgürlükleri güvence altına almalıdır. Anayasacılık düşüncesinde bireyin devlet karşısında korunması esastır. Başka bir ifadeyle, anayasacılık düşüncesi devletin sınırlandırılmasını esas alır. Yapılacak bir anayasa, devlet karşısında bireyi koruyan ve onu temel alan çağdaş demokratik bir anayasa olmalıdır.

2- ANAYASA YAPIM YÖNTEMLERİ

Türkiye’de yeni bir anayasa yapılması ile ilgili meseleler birkaç başlık altında toplanabilir. İlk olarak yeni bir anayasa mı yapılmalıdır yoksa anayasada yapılacak kısmi bir değişiklik mi yetinilmelidir sorusu gündeme gelmektedir. Ancak yeni bir anayasa yapılması ilkesi benimsendiğinde de, ilk üç madde değiştirilemeyeceği için ortaya çıkacak metnin yeni bir anayasa olmayacağı da iddia edilebilir¹². Başka bir ifadeyle değiştirilemez maddelerin varlığı karşısında anayasa ne kadar yeni olabilir?¹³ Anayasa yapımı konusunda tartışılması gereken ikinci sorun anayasayı nasıl bir meclisin yapacağı sorunudur. Bu konuda karşılaştırmalı örneklerine bakıldığında, anayasa yapmak üzere oluşturulmuş ve bu görevi yerine getirdikten sonra dağılan bir kurucu meclis uygulamasının veya mevcut yasama meclisinin yasama işlevine ek olarak anayasa yapma görevini de üstlendiği uygulamaların bulunduğu görülmektedir. Her iki yöntemin de olumlu ve olumsuz yanları bulunmakla birlikte, demokratik anayasa yapım süreci bakımından birini diğerine üstün tutmak da mümkün değildir. Anayasa yapım sürecinde önemli olan, bu iki yöntemden hangisi benimsenirse benimsensin, anayasayı yapacak olan meclisin toplumdaki güç dengesini doğru bir şekilde yansıtabilmesi ve geniş bir uzlaşma tabanına yayılabilmesidir. Sivil toplum kuruluşlarının da bu süreçteki önemi büyüktür¹⁴.

Anayasa yapımı ve değiştirilmesi yöntemleri genel olarak üç kategori halinde incelenmektedir. Bunlar; hiyerarşik yöntem, organik yöntem ve sözleşme yöntemidir. Hiyerarşik yöntemde anayasa yapımı, anayasanın, bir kişi, kurul ya da temsili olmayan bir meclisçe kabul edilmesi biçiminde gerçekleşir.

¹² Anayasa Platformu 1.Ulusal Çalıştayı Sonuç Raporu, <http://www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA.ANKARA.CALISTAY.SONUC.RAPORU.pdf>, s. 3.

¹³ KÖKER, Levent, “Türkiye’nin Anayasa Sorunu: Toplumsal Uzlaşma Mı Toplum Sözleşmesi Mi?”, Zaman Gazetesi, 21.05.2009.

¹⁴ Anayasa Platformu 1.Ulusal Çalıştayı Sonuç Raporu, <http://www.anayasaplatformu.net/indir/ANAYASA.ANKARA.CALISTAY.SONUC.RAPORU.pdf>, s. 3.

Bu yöntemde anayasa yapımı adeta “tepeden inme” bir usulle gerçekleştirilir. Bu yöntemin klasik uygulaması, hükümdar veya monarkın tek taraflı bir idari tasarrufu ile ferman biçiminde bir anayasayı ilan etmesidir¹⁵. Bu yöntem demokratik bir yöntem değildir. Çünkü halkı temsil etmeyen kişi veya kurullarca hiyerarşik olarak, tek taraflı bir anayasa yapımı söz konudur.

Organik yöntem ise, anayasanın mevcut anayasal kurumlar tarafından yürürlükteki usul ve kurallara göre, genellikle yasama işlemi biçiminde yapıldığı yöntemdir. Tali kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilen anayasa yapımı ve değiştirme çalışmaları organik yöntemin uygulanması şeklindedir. Tali kurucu iktidar, asli kurucu iktidarın belirlediği sınırlar çerçevesinde anayasa yapan ve değiştiren iktidardır. Bu yöntemde, anayasanın yapılması ya da değiştirilmesi, yürürlükteki anayasanın öngördüğü usul ve kurallara göre seçilmiş yetkili organlar tarafından gerçekleştirilir¹⁶. Dolayısıyla demokratik bir yöntemdir. Ancak, toplumun önemli kesimlerine bu yöntemde yer verilmeyebilir. Parlamentoda anayasayı değiştirme çoğunluğuna sahip bir iktidar partisinin tek başına anayasa yapımı söz konusu olduğu durumlarda, organik yöntemden söz edebiliriz. Çünkü ortada halk tarafından seçilen bir parlamento çoğunluğunun anayasa yapımı söz konudur. Ancak toplumun önemli kesimlerini kapsamadığı için sözleşme yöntemi değil organik yöntem söz konudur. Organik yöntemin, sözleşme yöntemi ile birleşmesi mümkündür. Yani, anayasadaki usullere göre anayasayı değiştirecek olan organlar, toplumun önemli kesimlerinin görüşlerini alarak onları da sürece dahil edebilirler¹⁷.

GÖZLER Tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını ifade etmektedir. GÖZLER’e göre, “Anayasayı değiştirme iktidarı yani tali kurucu iktidar bir anayasanın değiştirilemeyecek maddeleri hariç geri kalan bütün maddelerini ve eğer anayasada değiştirilemeyecek bir madde yoksa anayasanın bütününe değiştirebilir. Ancak bu şekilde yapılan bir anayasa dahi yeni bir anayasa değil önceki anayasanın devamıdır. Bunun dışında tali kurucu iktidarın mevcut bir anayasayı yıkıp yeni bir anayasa yapması veya mevcut anayasada değiştirilemeyecek maddeleri değiştirmesi hukuken mümkün değildir. Böyle bir şey bizzat tali kurucu iktidarın tanımı ve varlık sebebiyle çelişir. Tali kurucu iktidar anayasa tarafından kurulmuş ve kendisini kuran anayasanın öngördüğü sınırlar dahilinde çalışır. TBMM’nin beşte üç veya üçte

¹⁵ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza yayınları, Konya 2007, s. 364.

¹⁶ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 148.

¹⁷ ATAR, Anayasa Hukuku, s. 365; ATAR Yavuz, “Yeni Anayasada Hayati Maddeler Neler Olmalı?”, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler

iki çoğunluğu veya hatta halk oylaması yoluyla iradesini açıklayan halk asli kurucu iktidar değil tali kurucu iktidardır. Dolayısıyla TBMM'nin veya halk oylaması yoluyla iradesini açıklayan halkın yeni bir anayasa yapması mümkün değildir. Tali kurucu iktidar olarak yapabilecekleri tek şey arzu ediyor ve güçleri yetiyorsa, mevcut anayasanın ilk üç maddesi dışında geri kalan bütün maddelerini değiştirmektir. Ancak bu takdirde de üç madde haricinde bütün maddeleri değiştirilen Anayasa, yeni bir anayasa değil 1982 Anayasasının devamı olur. Türkiye'de 1982 Anayasası yerine yani bir Anayasa örneğinin '2008 Anayasası'¹⁸ yapmanın bir hukuki yolu yoktur. Hukuken yapılması mümkün olan tek şey, Anayasa değişikliğidir¹⁹.

Sözleşme yöntemi, anayasa yapımının, toplumu temsil eden siyasal güçler (grup ya da partiler) veya seçilmiş bir kurul ya da kurucu meclis tarafından "katılma ve uzlaşma" ilkelerine dayalı olarak "toplumsal sözleşme" biçiminde gerçekleştirilmesidir. Bu yöntemle anayasa yapımında, bütün siyasal grupların katılımının sağlanarak konsensüse dayalı olması önemlidir²⁰.

Demokratik kuram, anayasaların biçimsel meşruluğunu halkın iradesinde bulur. Yani anayasaların hazırlanma ve kabul edilmelerine halkın katılımını öngörür. Halkın katılımını öngören anayasa yapımında üç farklı yöntemden söz edilir. Bunlardan birincisi, sadece anayasa yapmak üzere seçilen bir kurucu meclisin ya da olağan yasama faaliyetlerini yürütmek amacıyla oluşturulan parlamentonun anayasayı hazırlayıp kabul etmesidir. İkincisi, iktidarda bulu-

¹⁸ Ergun ÖZBUDUN başkanlığındaki Komisyon tarafından hazırlanan Anayasa Önerisi'nin Anayasasının yürürlüğe girmesi başlıklı 137. maddesinde Anayasa Önerisi'nin kabul edilmesi halinde 1982 Anayasası'nın yürürlükten kalkacağı, yeni kabul edilen Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti Ana Anayasası olarak yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Bu Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilip Cumhurbaşkanınca Resmi Gazetede yayımlandığı ya da halkoylamasına sunulması halinde halkoylaması sonucu kabul edilip Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olarak yürürlüğe girer ve bu tarihte 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yürürlükten kalkmış olur".

¹⁹ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa 2008, s. 593.

²⁰ ATAR, Anayasa Hukuku, s. 366; ÖZBUDUN'a göre, "bir demokraside siyasi değerler veya politikalar üzerinde bir konsensüs aranması, gerçekçi olmadığı gibi, demokrasinin özüne de aykırıdır. Çünkü demokratik ve çoğulcu bir toplumda değişik halk kesimlerinin değişik değer, talep ve hassasiyetlere sahip olması ve bu değişik hassasiyetleri temsil eden siyasi partilerin serbestçe iktidar yarışmasına girebilmeleri doğaldır. Anayasanın belli siyasi veya ideolojik değerleri, anayasa hükmü haline getirmesi, bu serbest ve eşit yarışmayı bozar ve bazı partileri avantajlı, bazılarını ise peşinen avantajsız duruma getirir. Anayasaların ideolojik değerlerden arındırılmış, tarafsız ya da 'renksiz' metinler olması gerektiği görüşünün temelinde bu gerçek vardır", ÖZBUDUN, Ergun, "Arato, Konsensüs Arayışı ve Yeni Anayasa", Zaman Gazetesi, 29.08.2008.

nanlarca hazırlanan anayasa taslağının halkoyuna sunulup kabul edilmesidir. Üçüncüsü ise, kurucu meclis ya da olağan meclis tarafından hazırlanan anayasa taslağının halkoyuna sunulmasıdır. Birinci yöntemde anayasanın demokratik meşruiyeti, seçilmiş meclislerin temsili niteliğiyle doğrudan ilintilidir. İkinci ve üçüncü yöntemlerde ise bir anayasanın demokratik meşruiyeti, anayasa taslağı lehinde ve aleyhinde görüş bildirmenin ve propaganda yapmanın serbest olduğu bir ortamın varlığını gerektirir²¹. Toplum sözleşmesi niteliğindeki sivil ve demokratik bir anayasa bütün kesimlerin katılımıyla yapılmalıdır. Geniş ve katılımlı bir süreç sonucunda kurucu meclis veya olağan yasama meclisi tarafından yapılan bu anayasa mutlaka halka sunulmalıdır.

Anayasa'nın serbest ve dürüst seçimler yoluyla seçilmiş ve milli iradeyi gerçek anlamda temsil eden bir yasama meclisi tarafından serbest tartışmalar ve uzlaşmalar yoluyla yapılması son derece önemlidir. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın, belli güçler tarafından tepeden inme yöntemlerle dayatılması değil, toplumun beklenti ve taleplerine uygun şekilde ve geniş bir toplumsal katılımı ile hazırlanmasıdır²². Toplumun geniş kesimlerinin anayasayı yapma sürecine katılmış sayılabilmesi için, kurucu iktidar yetkisini kullanacak özel veya genel meclisin serbest bir ortamda ve mümkün olan en geniş katılımı ile seçilmiş olması şarttır. Ayrıca, anayasa yapım sürecinin her aşamasında toplumun tüm kesimlerinin görüşlerini özgürce açıklayabilecekleri hukuksal ve fiili şartların da oluşturulmasına ihtiyaç var²³. “Bir anayasanın demokratik yöntemlerle yapılmış sayılması için halkın iradesi doğrultusunda ortaya çıkması ve yürürlüğe girmesi gerekir. Anayasanın bir “sosyal sözleşme” olarak görüldüğü bu tür anayasa yapım süreçlerinde amaç, halkın katılımı ve temsiliyi esas alarak, mümkün olan en geniş uzlaşmayla bir anayasa ortaya çıkarmaktır. Demokratik anayasa yapım yönteminde halk her aşamada karşımıza çıkar. Birincisi, anayasayı yapacak olanlar mutlaka halk tarafından serbest ve adil seçimler yoluyla seçilir. İster kurucu meclis olsun, ister normal meclis olsun anayasayı yapacak olan organ halkın iradesiyle belirlenmeli ve mümkün olan en geniş biçimde toplumsal dengeleri yansıtmalıdır. İkincisi, anayasanın kaleme alınması aşamasında mutlaka sivil toplum örgütlerinin fikri alınmalıdır. Anayasayı kaleme alacak olan meclis de olsa, anayasa sivil toplumdan gelen talep, öneri ve eleştiriler doğrultusunda şekillendirilmelidir. Üçüncüsü,

²¹ ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Göstere Göstere Hayır”, Taraf Gazetesi, 07.11.2008.

²² ÖZBUDUN, Ergun, Sivil Anayasa Tartışmaları Eleştiriler ve Cevaplar (2), Zaman Gazetesi, 5.12.2007.

²³ SANCAR, Yeni Şafak Gazetesi, 16. 07.2007.

anayasa yapım sürecinde son sözü halk söylemeli, yani anayasanın yürürlüğe girme aşamasında “halkoylaması”²⁴ yöntemine başvurulmalıdır”²⁵.

3- KURUCU MECLİS

Demokratik kurucu iktidar halkın iradesine dayanır ve onu temsil eder²⁶. Demokratik anayasa yapım yönteminde anayasa temsili bir meclis tarafından yapılır²⁷. Bu iki biçimde olabilir; kurucu meclis yönteminde anayasa esas görevi anayasayı yapmak olan bir meclis tarafından, olağan meclis yönteminde ise, yasama işlevini yerine getirirken aynı zamanda anayasa yapma görevini üstlenen bir meclis tarafından yapılır²⁸. Kurucu meclis, teorik olarak, milli egemenlik ilkesine dayanır ve temsili demokrasi ilkesinin anayasaların hazırlanmasına uygulanması anlamına gelir. Konvansiyon ya da kurucu meclis anayasayı yapmak için halk tarafından seçilmiş özel bir meclis demektir²⁹. Başka bir ifadeyle kurucu meclis, sadece bir anayasa hazırlamak amacıyla halkın seçtiği temsilcilerden oluşan bir meclistir³⁰. Kurucu meclis, halktan aldığı asli kuruculuk yetkisini kullanarak anayasayı hazırlar ve kabul ederek yürürlüğe koyar. Genellikle askeri ya da sivil darbe, devrim, ihtilal, iç savaş ya da bağımsızlık savaşı gibi olağanüstü şartlarda başvurulmuş bir yöntemdir³¹. Kurucu meclislerin görevleri anayasanın hazırlanması ve kabulüyle sona erer. Bu nedenle, bu meclislerin geçici olarak öngörülmesi ve üyelerinin bu geçiciliği kabullenmeleri önemlidir. GÖZLER, kurucu meclisler ile olağan yasama meclisleri arasındaki farkı şu şekilde belirtmektedir: Pratikte, her iki meclisin de yapısı özdeşdir. Her iki meclis de doğrudan ve genel oyla seçilir. Gerçeklikte ise, kurucu meclisler ile olağan meclisler, seçimleri esnasında

²⁴ “Anayasaların kabulü ve yürürlüğe girmesi için halkoyuna başvurulması yaygın bir yöntemdir. Ancak böyle bir yöntemin başlı başına bir meşruiyet sağladığını kabul etmek mümkün değildir. Halkoylamasının hangi şartlarda gerçekleştirildiği, halkın görüşünün serbestçe ifade edilebileceği bir ortamın sağlanıp sağlanmadığı, kabul veya ret yönünde bir kararın çıkması halinde sonucun ne olacağı gibi bazı kritik noktaların aydınlatılmış olması gerekir”, ŞENTOP, Mustafa, “Demokratik Bir Anayasa Nasıl Olmalı?”, Zaman Gazetesi, 9. 08.2007.

²⁵ “Anayasa Nedir, Ne Değildir?”, <http://www.anayasaplatformu.net/s/anayasa-nedir-ne-degildir>, 27.04.2009.

²⁶ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Adres Yayınları, Ankara 2004, s. 99.

²⁷ TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 37.

²⁸ “Anayasa Nedir, Ne Değildir?”, <http://www.anayasaplatformu.net/s/anayasa-nedir-ne-degildir>, 27.04.2009.

²⁹ GÖZLER, Kemal, Kurucu İktidar, Ekin Kitabevi, Bursa 1998, s. 83.

³⁰ ÖZER, Attila, Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.20.

³¹ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

kendilerine verilen güvenin kapsamıyla birbirinden ayrılırlar. Kurucu meclis seçimlerinde seçmen, milletvekillerine anayasa yapma konusunda güven verir; diğer bir ifadeyle kurucu iktidarını onlara devreder. Oysa olağan meclis seçimlerinde seçmenler, milletvekillerine olağan yasa yapma konusunda bir vekalet verirler; ama, kurucu iktidarlarını kendilerinde saklarlar³².

Ülkemizde kurucu meclis tartışmaları, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemeleri iptal etmesi üzerine yeniden gündeme gelmiştir. Anayasa'da yapılacak değişiklikleri bundan böyle Anayasa Mahkemesi'nce denetlenecektir. Mevcut anayasada değişiklik yapılması çalışmaları Anayasa Mahkemesi'nin mutlak denetimi altında olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin mutlak denetimini ortadan kaldırmanın yolu kurucu meclis oluşturma düşüncesidir. Kurucu meclis oluşturulmasının tek bir yolu yoktur. Ama şu ihtimaller düşünülebilir: 1- Meclisten ayrı bir Anayasa Kurulu, yani kurucu meclis. Seçimle oluşturulabilir, ya da uzmanların ağırlıkta olduğu sivil toplum temsilcileri meslek örgütleri temsilcileri, siyasi parti temsilcileri gibi geniş bir katılımı oluşturulabilir. Bu kurulun oluşum tarzına ilişkin bir kanun çıkarılabilir ve ayrıntılar bu kanunda gösterilebilir. 2- Meclis bir seçim kararı alır ve siyasi partiler, kendilerine oy verilmesi halinde Kurucu Meclis gibi çalışacağını taahhüt ederler.

Kurucu meclis oluşumuna ilişkin Anayasa'nın 175. maddesinde bir değişiklik öngörülmesi de düşünülebilir. Çünkü Anayasa, 175. maddesinde Anayasa'nın nasıl değiştirileceğini öngörmüştür. Anayasa'da Anayasa'nın yenilenmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla 175. maddede kurucu meclis ve bu meclisin oluşumuna ilişkin hükümler öngörülebilir.

“Aslında kurucu meclis, esas itibarıyla, demokratik siyasi rejimin ihtilal, darbe, iç savaş, bölünme, yabancı işgal veya totaliter yönetim gibi, ciddi bir anayasal kesintiye uğradığı durumlarda başvurulmuş bir yöntemdir. Bu durumlarda yeni anayasayı yapacak meşru bir organ ve meşru usuller mevcut olmadığından, böyle bir yöntem başvurulması zorunludur. Demokratik siyasi hayatın kesintiye uğramadan normal şekilde sürdüğü durumlarda ise, seçilmiş yasama meclisinin, mevcut Anayasa'daki anayasayı değiştirme kurallarına uymak şartıyla, anayasada istediği değişiklikleri yapabileceği tabiidir. 1982 Anayasası da, 4'üncü (ilk üç maddenin değişmezliğini öngören hüküm) ve

³² GÖZLER, Kurucu İktidar, s. 85.

Anayasa Yapımına Yönelik Değerlendirmeler

175'inci (anayasa değişikliğinin yöntemini düzenleyen hüküm) maddelerine uyulması şartıyla buna açıkça cevaz vermiştir³³.

GÖZLER'e göre, mevcut anayasa ancak asli kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Asli kurucu iktidar ise ancak hukuk boşluğu ortamında ortaya çıkar. GÖZLER'e göre, "1982 Anayasası'nı yürürlükten kaldırıp, yeni bir anayasa yapmak isteyenlerin öncelikle 1982 Anayasasını yürürlükten nasıl kaldıracaklarını açıklamaları gerekir. 1982 Anayasası tüm diğer anayasalar gibi kendisinin ilga edilmiş usulünü öngörmemiştir. Bu anayasanın yine kendisi tarafından kurulmuş bir iktidar olan tali kurucu iktidar tarafından ilga edilebileceğini söylemek ise hukuken ve mantıken tutarsızdır. Mevcut bir anayasa ancak asli kurucu iktidar tarafından ilga edilebilir. Asli kurucu iktidar ise ancak hukuk boşluğu ortamında belirir. Hukuk boşluğu ise durup dururken ortaya çıkamaz. Kısacası asli kurucu iktidar her zaman ortaya çıkabilecek devamlı bir iktidar değildir. Türkiye'de 1982 Anayasasının ilga edilip yerine yenisini yapmayı arzu edenlerin öncelikle asli kurucu iktidarın devamlı bir iktidar olduğunu ispat etmeleri gerekir ki, anayasa hukuku doktrininde bu ispatlanmış bir şey değildir³⁴.

Anayasanın yapım sürecinde bütün toplum kesimlerinin temsil edilebilmesi için kurucu iktidar yetkisine sahip özel bir meclisin oluşturulması ve anayasa yapımının bu meclise verilmesi gerektiği düşüncesi dile getirilmektedir. Bununla birlikte bir anayasanın sadece kurucu meclis eliyle yapılmış olması onun demokratik meşruluğunu temin noktasında gerekli ancak yeterli bir şart olmadığını söylemek mümkündür. Bunun yanında, anayasanın içeriğinin de demokratik ilkeler standartları ve kurumlara sahip olması gerekmektedir³⁵. ERDEM'in belirttiği gibi, demokratik yöntemlere uygun olarak hazırlanıp kabul edilen anayasaların içeriğinin demokratik ve özgürlükçü olacağı, antidemokratik yöntemlerle yapılan anayasaların içeriğinin ise antidemokratik ve baskıcı olacağı varsayılır. Ancak bu önerme, her zaman için doğruyu ifade etmez. Zira, demokratik usullere uygun bir yolla özgürlük karşıtı bir anayasa yapmak mümkün olduğu gibi, bunun tam tersi de mümkün olabilir. Bu nedenle anayasa yapımında yöntem konusuna aşırı önem ve değer atfetmek doğru değildir. Yönteme, amaçsal değil, araçsal bir değer atfetmek gerekir. Tercih

³³ ÖZBUDUN, Ergun, Sivil Anayasa Tartışmaları Eleştiriler ve Cevaplar (1), Zaman Gazetesi, 4.12.2007.

³⁴ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 593.

³⁵ DURSUN, Davut, "Anayasa ve Demokratik Meşruiyet Sorunu", Yeni Şafak Gazetesi, 09.08.2007.

edilen yöntem, anayasacılığın anlamına (devlet iktidarını sınırlama, hak ve özgürlükleri güvence altına alma) uygun bir anayasanın yapımına ve bunun uygulanmasına hizmet edecekse önemli ve değerlidir³⁶.

Ülkemiz bakımından, kurucu meclis yetkilerine sahip bir parlamentonun oluşturulması, yeni bir anayasa için gereklidir. Genel seçimler öncesinde yeni anayasa yapma düşüncesi kamuoyunda çok canlı hale getirilmiş olursa, yapılacak seçimlerle oluşacak parlamentonun yeni bir anayasa yapacağı fikri güçlenmiş olur. Siyasi partiler de seçimden önce temel unsurlarını hazırladıkları birer anayasa taslağı açıklayabilirler. Dolayısıyla bu şekilde oluşturulacak Meclis'te kurucu meclis gibi çalışabilir ve asli kuruculuk işlevini yerine getirebilir. Bu Meclisin niteliğinin sağlanmasında önemli bir yeri olan Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Kanunları'ndaki demokratik olmayan hükümlerin ortadan kaldırılması gerekir. Ayrıca toplumun büyük kesiminin parlamentoda temsilini sağlamaya yönelik ülke genelinde uygulanan %10 luk barajın yüksekliği dikkate alındığında bununla ilgili temsilde adaletsizliği giderecek uygun ve gerekli düzenlemelerin de yapılması gerekir³⁷.

Anayasa yapımında önemli olan kurucu iradenin varlığıdır. Dolayısıyla, toplumdaki temel eğilimleri önemli ölçüde içinde barındıran ve bir hayli yüksek temsil gücüne sahip olan bir Meclisin, kurucu iradesini ortaya koyarak yeni bir anayasa yapabilmesi mümkündür³⁸. Demokratik bir anayasa yapım sürecinin meşruiyetinin, her şeyden önce, yapılması düşünülen anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak toplumun mümkün olduğunca geniş kesimlerinin görüş, öneri ve eleştirilerinin alınmasına ve bunların anayasa yapımına dahil edilmesine bağlıdır³⁹.

Anayasaların yapılması veya değiştirilmesi sürecinde anayasal değişmeye neden olan faktörlerin neler olduğu, değişimin amacı, zamanlaması, beklenen sosyal siyasal fayda, geniş bir toplum kesiminin katılımı ve bunlar arasında uzlaşmanın sağlanması önemlidir. Bu süreçte uzmanlardan oluşan komisyonlar, parlamentolar, yürütme organları, kurucu meclisler ve halk rol alabilmektedir. Şayet bir ülkede anayasal sistem düzenli bir şekilde işlemiyor ve yetersiz kalıyorsa bu durumda köklü bir değişimi ve yapılanmayı sağlayacak geniş

³⁶ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

³⁷ YAZICI, Serap, Sivil Anayasa Formu 1, Taraf Gazetesi, 04.05.2009.

³⁸ ERDEM, Yeni Şafak Gazetesi, 28.04.2009.

³⁹ HEKİMOĞLU, M. Merdan, "Bu Meclis Anayasa Yapabilir Mi?", http://www.ekonomikyorumlar.com.tr/dergiler/gundem/Gundem_1_Sayi_511.pdf. s. 10.

katılımlı bir kurucu meclis ya da yeni seçilmiş bir parlamentonun anayasayı yenilenmesi uygun bir çözüm yolu olabilir⁴⁰.

Anayasa yapım sürecinde dikkat edilmesi gereken bir konu da zamanlama konusudur. İstikrarlı ve iyi bir anayasa yapılabilmesi için en uygun zamanın seçilmesi oldukça önemlidir⁴¹. Anayasa yapım sürecinde zamanlama konusu anayasanın gelecekteki başarısını etkileyen önemli bir unsurdur. Yeni bir anayasa yapımı konusunda uygun şartlar oluştuğunda bu fırsatı iyi değerlendirerek geniş katılımlı bir anayasa hazırlamak, mevcut olan veya yakın zamanda yaşanması mümkün olan birçok sorunu çözecektir. Ülkemiz açısından bilim çevreleri, sivil toplum kuruluşları, siyasi partiler mevcut sorunların birçoğu için 1982 anayasasını suçladığı, anayasanın bazı hükümlerinin demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmadığını öne sürdüğü açıktır. Bu sürekli gündeme gelen anayasa taslaklarından, değişiklik isteklerinden ve birçok partinin programlarına bu tür maddeler koymasından da anlaşılmaktadır. Bu nedenle zamanlamayı kullanarak, diretmeler ve çatışmalardan vazgeçip uzlaşmaya dayanan yeni bir anayasa hazırlamak için bu fırsat iyi değerlendirilmelidir. Uzlaşmaya dayalı hazırlanan yeni anayasanın tüm gruplar için en mükemmel anayasa olmayacağı açıktır. Uzlaşma sağlanabilmesi için herkesin bazı tavizler vermesi gerekecektir. Ancak böyle bir anayasanın da yürürlükteki anayasamız gibi kimsenin beğenmediği bir anayasaya göre tercih edilebilir olduğu da ortadadır.

SONUÇ

Anayasaların yapılması ve değiştirilmesi sürecinin özellikleri, ortaya çıkacak anayasanın kalitesini ve istikrarını büyük ölçüde etkilemektedir. Bu süreçte, anayasal değişmeye neden olan faktörlerin ve anayasal tercihlerin neler olduğunun doğru bir şekilde belirlenmesi, zamanlamanın iyi seçilmesi, anayasa yapımı sürecine geniş kesimlerin katılımı ile bunlar arasında olabildiğince uzlaşmanın sağlanması ve son olarak anayasa değişikliğinin hangi yöntemler kullanılarak ve hangi aşamalardan geçilerek gerçekleştirileceğinin kararlaştırılması temel öneme sahiptir⁴².

Siyasal tercihlerin hukuka dönüşmesinin güçlüğü dikkate alındığında anayasa, uzlaşma sağlanması zor bir alandır. Bu uzlaşmanın sağlanmasında her fikre açık bir şekilde sabırlı olmak yararlı olacaktır. Dolayısıyla yeni bir anayasa yapılacaksa bunun hiçbir kısıtlama ve baskı altında olmaksızın toplumun bü-

⁴⁰ ATAR, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

⁴¹ Atar, Yavuz, Demokrasilerde Anayasal Değişimin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 151.

⁴² ATAR, Zaman Gazetesi, 4.9.2007.

tün kesimlerinin görüşlerini serbestçe açıklayabildiği bir ortamda yapılmalıdır. Her görüşteki partinin katılımıyla oluşturulacak bir kurucu meclis tarafından mutabakata varmak suretiyle hazırlanacak bir anayasa taslağının özgür bir tartışma ortamında halkoyuna sunulmak suretiyle yapılması yerinde olacaktır. Yapılacak anayasa, kendi içinde çelişkileri olmayan, ideolojik yönü olmayan, ayrıntıya girmeyen, insan haklarına dayanan bir devlet yapısı öngören, katılımcı, özgürlükçü, demokratik, laik ve çoğulcu olmalıdır.

Günümüzde birkaç istisna dışında rejiminin niteliği ne olursa olsun yazılı bir anayasaya sahip olmayan bir ülke yok gibidir. Anayasalar önemli belgeler olduğundan toplumlar yazılı anayasa yapmaya büyük önem vermektedirler. Anayasa yapmanın amacı, siyasi özgürlüğü garanti üzere devlet iktidarını birey hakları ile sınırlamak ve onun kullanımını kurallara bağlamaktır. Ancak kimi otoriter ve totaliter ülkelerde yazılı bir anayasaya sahip olmanın arkasında siyasal sisteme meşruluk kazandırma kaygısının varlığı da bir gerçektir. Dolayısıyla bu belgelerin nasıl, hangi şartlar altında hangi esaslarla yapıldığı önemlidir. Anayasa hazırlama süreci önemlidir. Bir ülkede anayasa yapılacağı zaman şu sorunun sorulması gerekir. Bir anayasayı nasıl ve hangi yöntemle, hangi usul ve yöntemlere uymak suretiyle yapabiliriz ya da yapılmış bir anayasa yine hangi usul ve yöntemlere uyarak değiştirebiliriz. Zira anayasalar siyasi açıdan devlet örgütünü, birey haklarını, belli bir dönemin mevcut siyasal ve sosyal verilerine bağlı olarak saptamaktadır. Bu veriler zamana göre değişeceğine göre anayasaların da zaman içinde değişebilmesi mümkündür.

Demokratik ülkelerde anayasaların yapılması ve değiştirilmesi genellikle anayasal tercihlerin politika kararlaştırıcılar tarafından belirlenmesinin ardından uzmanlardan oluşan komisyonların anayasa taslağını hazırlaması parlamentolar ya da kurucu meclislerin bu metni görüşerek kabul etmesi ve nihayet yeni anayasanın halkın onayına sunulması gibi aşamaları takip etmektedir⁴³.

Konusu, kapsamı, ilgi alanı ve hitap ettiği toplum kesimleri itibarıyla sınırlı nitelikteki bir Anayasa değişikliğinin; toplumun beklentilerini karşılamada ve birikmiş sorunları çözmede yetersiz kalacaktır. Bu nedenle belli konularla ilgili Anayasanın kısmi değiştirilmesi değil; mevcut Anayasa'nın tümünden ele alınmasıyla topyekûn ve yeni bir anayasanın hazırlanması; özü, biçimi ve içeriği yönünden çağdaş ve demokratik bir anayasanın gerektirdiği tüm özellikleri taşıması gerekir⁴⁴.

⁴³ ATAR, Zaman Gazetesi, 04.09.2007.

⁴⁴ SARAN, Ulvi, "Yeni Bir Anayasa Gereği ve Sivil Toplumun Rolü", Radikal Gazetesi, 12. 05. 2009.

ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMUNUN VERDİĞİ PARA CEZALARININ UYGULANMASI SORUNU ÜZERİNE

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN*

Yrd. Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN**

ÖZET

Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun verdiği para cezalarının infazı öncesinde yapılan lehe yeni düzenlemenin nasıl uygulanacağı özellik arz eden bir durumdur. Lehe olan yeni düzenleme kurulun takdir yetkisini kullanmasını gerektirmeyecek şekilde belirli bir ceza miktarı öngörmüş ise, Kurulun yetkilendirdiği ilgili daire, lehe olan ceza miktarını belirleyip gelir idaresine göndermelidir. Bu surette gelir idaresi, kurulun önceki kararında yer alan ceza miktarını değil, lehe olan kanunda düzenlenen ceza miktarını tahsil etmelidir. Zira gelir idaresinin kendiliğinden, lehe olan kanunu uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Eğer eski kanundaki ceza miktarı sabit ise ve yeni kanun bu miktarı düşürmüş veya tamamen ortadan kaldırmış ise, kurulun yeni bir karar almasına gerek bulunmamaktadır. Eğer eski kanunda ceza, alt ve üst sınırları olan basamaklı bir ceza olarak düzenlenmiş ve yeni kanunda cezanın alt ve üst sınırlarında, kişinin lehine olarak bir değişiklik yapılmışsa, bu durumda yeni bir kurul kararı alınması gerekir.

ANAHTAR KELİMLER

EPDK, Para cezası, Lehe olan kanunun uygulanması, Geriye yürüme yasağı, Derhal uygulanma ilkesi

ABSTRACT

Implementation of the new laws in favour entered into the effect before the execution of fines given by the Energy Market Regulatory Authority is an important issue. If the new law in favor, stipulates a specific fine which does not require the use

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, EPDK Hukuk Danışmanı

Doç. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN / Yrd. Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN

of discretionary power of the Authority, the relevant department authorized by the board should determine the amount of the fine and send it to revenue administration, since the revenue administration does not have power to apply new law ex officio. In tis case, the revenue administration, shall charge the fine set by the new law in favor, instead of the fine determined by the previous law. If the fine in the repealed law is a fixed one, and the new law has lessen or eliminated it, than the board doesn't need to deliver a new decision. But if the repealed law determined a fine with lower and upper limits and the new law lessened the amount of fine in favour of individuals, then the board has to deliver a new decision.

KEYWORDS

Energy Market Regulatory Authority, Fine, implementation of the law in favour, prohibition of retroactivity, principle of immediate application

GİRİŞ

Hukuk düzenini ihlâl edici eylemler, suç ya da kabahat olarak nitelendirilip belli bir müeyyideye bağlanmaktadır. Genel olarak suçların karşılığı olarak tatbik edilen müeyyidelere, “ceza”, kabahatlerin karşılığı olarak uygulananlara ise “*idari yaptırım*” denilmektedir. Cezalara mahkemelerce hükmedilirken, idari yaptırımlara ise idare tarafından karar verilmektedir.

İdari yaptırımı Uyuşmazlık Mahkemesi¹ “...*kanunun öngördüğü bir cezanın İdarenin bir organı eliyle uygulanabilmesi*” şeklinde tanımlarken, Anayasa Mahkemesi², “*İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlara, verdiği cezalara idarî yaptırım denilmektedir*” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır.

Kısaca idarî yaptırımları “*yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, İdarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle uyguladığı müeyyideler*” şeklinde tanımlayabiliriz³.

İdari düzeni ihlal eden eylemler ve bunlar karşılığında uygulanan idari yaptırımlar, muhtelif düzenlemelerde yer almaktadır. İdari yaptırımlara ilişkin hükümler içeren yüzün üzerinde kanun bulunmaktadır.

Önceki ceza kanunu olan 765 sayılı kanun, suçları “cürüm” ve “kabahat” olarak ikiye ayırarak düzenlemekte idi. Bu ayırım da eylemler için öngörülen müeyyideye göre yapılmaktaydı. Ağır hapis, hapis, ağır para cezası, kamu görevinden men müeyyidelerini gerektirenler cürüm, hafif hapis, hafif para cezası, belli bir meslek ya da sanatın icrasından men müeyyidelerini gerektirenlere de kabahat denilmekteydi⁴.

Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda 2005 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır*” (m.45) şeklinde bir düzenleme ile ikili ayırımı terk ederek, kabahatleri ceza kanunu dışında bırakmıştır.

¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1998/10, K.1998/12, T.8.5.1998, RG.6.6.1998-23364.

² Anayasa Mahkemesi, E.1996/48, K.1996/41, T.23.10.1996, AMKD, C.1, S.33, s.181.

³ ÖZAY, İlhan, İdarî Yaptırımlar, İstanbul 1985, s.135.

⁴ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Ankara 2006, s.25.

Ceza Kanunu dışına çıkarılan kabahatler tamamen müeyyidesiz bırakılmayıp, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanun da idari yaptırımları “idari para cezası” ve “idari tedbirler (mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer tedbirler)” olarak belirlemiştir.

Cezalar ve idarî yaptırımların koruduğu menfaat açısından aslında aralarında pek fark bulunmamaktadır. Her ikisi de sosyal düzenin korunmasını amaçlamaktadır. Birbirinden farklı usul ve yöntemlerle de olsa, her ikisi de sosyal düzeni bozucu eylemleri engellemeyi hedeflemektedir. Ancak her ikisi arasında, amaçları, müeyyide türleri, uygulama usulü, neticeleri açısından farklar bulunmaktadır⁵.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesi “*genel kanun niteliği*” başlığını taşımakta ve “(1) *Bu Kanunun; a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır*” hükmünü taşımaktadır.

Dolayısıyla Kabahatler Kanununun genel hükümleri, diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar açısından da uygulanacak demektir. Bu genel hükümlerden birisi de Kabahatler Kanununun 5. maddesinde yer alan “*zaman bakımından uygulama*” hükmüdür.

İşte bu çalışmada Danıştay Dava Dairelerinin Kararına konu olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca verilen bir para cezasının, zaman bakımından uygulanması konusunu incelemeye çalışacağız.

I. DANIŞTAY KARARINA KONU OLAYLA SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Hukuk normunun ihlali şeklindeki eylem gerçekleştiğinde, bunun müeyyidesi tatbik edilecektir. Eylem suç niteliğinde ise, “ceza”, eylem kabahat niteliğinde ise “idari yaptırım” uygulanacaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, cezalar mahkemelerce, idari yaptırımlar ise idari otoritelerce uygulanmaktadır.

Eylemin gerçekleştiğinde, o eylem için kanunlarda öngörülen müeyyide (ceza ya da idari yaptırım) uygulanır. Ancak, eylemin gerçekleştiği an ile

⁵ Bu farklar hakkında detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, age., s.27. vd.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması

müeyyidenin uygulanması arasında belli bir zaman aralığı bulunmaktadır. Bu zaman aralığındaki safhaları şu şekilde sıralayabiliriz:

-Eylemin gerçekleşmesi aşaması: Kanunun suç ya da kabahat olarak nitelendirdiği bir eylemin, bir kişi tarafından işlenmesidir.

-Soruşturma aşaması: Eylem gerçekleştikten sonra, suçlar bakımından iddianame ve yargılama, idari yaptırımlar açısından inceleme ve soruşturma aşaması başlar.

-Karar aşaması: Cezalar açısından mahkûmiyet, idari yaptırımlar açısından idari otoritelerce yaptırıma karar verilmesi ve bu kararların kesinleşmesi aşamasıdır.

-İnfaz (uygulama) aşaması. Verilen kararlar uygulanacak yani infaz edilecek. İnfaz aşaması, hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından ceza infaz kurumlarına konulma, adli para cezası ve idari para cezaları bakımından ise bu paraların devletçe tahsil edilmesini ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere bu aşamalar tamamlayıncaya kadar hayli zaman geçmektedir. İşte bu zaman diliminde bazı hukuki değişiklikler ortaya çıkabilir. Bu süreç devam ederken, olaya ilişkin kanunlarda değişiklik yapılmış olabilir. Yeni bir kanun yapılarak, eylem suç ya da kabahat olmaktan çıkarılabilir yahut yeni kanun aynı eylemin müeyyidesini ağırlaştırabilir veya hafifletebilir. Bu yeni kanun, önceki kanun döneminde işlenmiş olan eyleme nasıl tatbik edilecektir? Burada “zaman bakımından uygulanma” sorunu ile karşılaşmış olmaktadır. Sorunu Danıştay Dava Dairelerinin 2009 tarihli kararına⁶ konu olayla somutlaştıralım. Dava konusu olayın aşamaları şu şekildedir.

(a) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), bayilik lisansı olmaksızın akaryakıt ticareti yapan bir kişiye, bu tarihte yürürlükte olan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 19/1-b maddesine dayanarak **23.11.2005** günlü, 582/86 sayılı kararıyla idari para cezası vermiştir.

(b) 5015 sayılı Kanun’un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde lisansız piyasa faaliyetinde bulunmak hali birinci derecede kusur sayılarak sorumlular hakkında ikiyüz milyar (ikiyüzbin) TL para cezası öngörülmüş, bayiler için bu cezanın beşte biri uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca EPDK, lisansız bayilik yaptığı kesin olan kişiye 57.156 TL para cezasına karar vermiştir.

⁶ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, E.2008/3398, K.2009/60, T.19.2.2009.

(c) 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun ihlalin tespiti tarihinde yürürlükte olan "İdari para cezaları" başlıklı 19. maddesinde, "...*idari para cezalarının miktarları her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmak suretiyle uygulanır...*" hükümlerine yer verilmek suretiyle tahsil, zamanaşımı, artırım konularında özel düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim maddede yer alan artırım hükmüne dayanılarak, 19. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendindeki ceza miktarı 2004 yılında 257.000.- TL'ye, **2005 yılında 285.784.- TL'ye**, 2006 yılında 313.790.- TL'ye, 2007 yılında 338.265.- TL'ye ve 2008 yılında da 362.62.- TL'ye yükseltilmiştir. Kısaca ihlalin gerçekleştiği tarih olan 2005 yılında yaptırım miktarı **285.784 TL** dir.

(d) Kişi bu karara karşı Danıştay'da dava açmıştır. Dava devam ederken, 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 522⁷. maddesi ile 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 19. maddesi değiştirilmiş ve lisanssız bayilik faaliyeti yapmanın cezası **ikiyüzelli liraya** indirilmiştir.

(e) Danıştay 13. Dairesi 30.06.2008 tarihli kararında, ihlalin sabit olduğunu ve EPDK tarafından verilen cezanın hukuka uygun olduğunu tespit ettikten sonra, davacının lehine olan yeni düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmiştir.

Daire, "...*adli para cezaları ile idari para cezaları arasındaki en önemli farkın, adli para cezasının yapılan yargılama sonucunda mahkeme kararı ile verilmesi, idari para cezasının ise yetkili idari mercilerce tesis edilmesi olduğu; bu itibarla, adli para cezasına konu eylem hakkındaki uygulanacak cezada davanın görülmesi sırasında bir değişiklik olduğu takdirde, eylemin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan ceza ile sonraki tarihli ceza arasında farklılık olması halinde, mahkemece kişi lehine olan hükmün uygulanacağını genel cezalandırma kuralı olduğu; ancak, idari para cezalarının da yer aldığı idari yaptırımlarda, yetkili idare tarafından idari işlem tesis edildikten sonra verilen idari para cezasına esas alınan yasa hükmünde bir değişiklik olduğu takdirde, işlemin sonuçlanarak hukuk alanında yer almış olması nedeniyle dayanak alınan yasa hükmünün idari yaptırımlarda tekrar uygulanmasına olanak bulunmadığı; bu durumda, uyuşmazlık konusu olayda, idari para cezasına dayanak alınan 5015 sayılı Kanun'un 19. maddesinde, 5728 sayılı Kanun'un*

⁷ Her ne kadar Danıştay kararında, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 19. maddesindeki değişikliğin, 5728 sayılı kanunun 528.maddesi ile yapıldığı ifade edilmekte ise de, bu değişiklik 522. maddesi ile yapılmıştır.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması

528. maddesiyle yapılan değişikliğin, dava konusu işlemin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunca yasa değişikliğinden önce 23.11.2005 tarihinde tesis edilmiş olması karşısında uygulanmasına olanak bulunmadığı ve işlemin hukuki denetiminin tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan yasa hükmüne göre yapılacağına açık olduğu...” gerekçeleri ile davanın reddine karar vermiştir.

(f) Dairenin Kararının temyiz edilmesi neticesinde, konuyu ele alan Danıştay Dava Daireleri Kurulu 19.02.2009 tarihli kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu öncelikle dosyada bulunan 5.8.2005 günlü tutanaktan davacı şirketin lisansı olmadığı halde bayilik faaliyetinde bulunduğu anlaşıldığından, idari para cezası uygulanmasına ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davayı reddeden Daire kararının bu konudaki gerekçesinde hukuki isabetsizlik görülmediğine hükmetmiştir.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu ikinci olarak, 5015 sayılı Kanun’un 19. maddesinin, 8.2.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun’un 522. maddesiyle değiştirilmiş olması nedeniyle bu durumun dava konusu işlemin hukukiliğini etkileyip etkilemeyeceğini değerlendirmiş ve bu değerlendirmede şu hususlara değinmiştir.

(aa) 5015 sayılı kanunun 19. maddesini değiştiren 8.2.2008 tarihli 5728 sayılı Kanun, 8.2.2008 tarihinden önce Kurulca verilen idari para cezalarının tahsilinde eski hükümlerin geçerli olacağı yönünde bir **geçici madde düzenlemesi de yer almamıştır.**

(bb) 24.5.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5496 sayılı Yasa’nın 5. maddesi ile 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun 15. maddesine eklenen (e) fıkrası ile Enerji Piyasası Kurumunun, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine tabi olmadığı düzenlenmişken⁸, yine 5728 sayılı Kanun ile (m.578) bu düzenleme de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, 5015 sayılı Kanun’un 19. maddesi uyarınca ilgililere verilen idari para cezalarının takip ve tahsilinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmıştır.

⁸ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 15/e maddesinin 2008 tarihinden önceki şekli: “*Kurum, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine tâbi değildir.*”.

(cc) Kabahatler Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmüne yer verilmiştir.

(dd) Yukarıda değinilen yasal hükümler karşısında; idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nca ihlalin tespit edildiği tarih esas alınarak idari para cezası uygulanması gerekmele birlikte, işlem tarihindeki veya cezanın tahsili tarihindeki ceza miktarındaki lehe düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması zorunludur denilerek, Daire kararının gerekçesi değiştirilerek onanmasına⁹ karar verilmiştir.

Yukarıya aktardığımız kararda da görüleceği gibi, idari yaptırımlarda, sonradan yürürlüğe giren kanunların ne şekilde uygulanacağı, başka bir ifade ile idari yaptırımlara ilişkin olarak lehe olan kanunun geçmişe yürüyüp yürümeyeceği konusu önem arz etmektedir. Bu hususta Danıştay 13. Dairesi ile İdari dava Daireleri Kurulu farklı düşünmektedir.

Bu konu, "idari yaptırımlara ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanması" sorunudur. Aşağıda bu hususu açıklamaya çalışacağız.

II. İDARİ YAPTIRIM KARARLARININ ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMASI

1. Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler

Kabahatler Kanununun "*genel kanun niteliği*" başlığını taşıyan 3/1-b maddesinde bu kanunun "*genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin*

⁹ İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesinde, temyiz incelemesi sonucunda gerekçe değiştirilerek onamaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinin son fıkrasında, hükmün sonucu esas bakımından usul ve kanuna uygun olmakla beraber gerekçesi doğru değilse, temyiz yerinin, gerekçeyi düzelterek onama kararı vereceği hükme bağlanmıştır. İdari yargıda da bu hükmün uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması

kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır” hükmüne yer vermektedir.

Dolayısıyla Kabahatler Kanununun genel hükümleri, diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar açısından da uygulanacak demektir. Bu genel hükümlerden birisi de Kabahatler Kanununun 5. maddesinde yer alan “*zaman bakımından uygulama*” hükmüdür.

Kabahatler Kanununun 5. maddesinin hükmü “(1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir” şeklindedir.

Kabahatler Kanununun 3. ve 5. maddelerinden çıkan sonuçları şu şekilde ortaya koyabiliriz:

—Kabahatler Kanunu, genel bir kanun olup, diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar hakkında da uygulanacaktır.

—Kabahatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri dışındaki diğer genel hükümleri, tüm idari yaptırımlar için de uygulanacaktır.

—Kabahatler Kanununun genel hükümlerinden birisi olan 5. maddede düzenlenen “zaman bakımından uygulama”, tüm kabahatler için geçerli olacaktır.

—Kabahatler Kanununun 5. maddesi, zaman bakımından uygulama konusunda Türk Ceza Kanununa yollamada bulunmaktadır. Bu durumda Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkeleri, kabahatler bakımından da uygulanacak demektir. Bu ilkeler ise “geçmişe yürüme yasağı”, “lehe olan kanunun geçmişe yürümesi”, ve “derhal uygulama” ilkeleridir.

Kabahatler Kanununun yollamada bulunduğu Türk Ceza Kanununun “zaman bakımından uygulama” başlığını taşıyan 7. maddesi hükmü şu şekildedir.

“Madde 7- (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz.

Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) (Değişik üçüncü fıkra: 29/6/2005 – 5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir”.

2. Ceza Hukukunun Zaman Bakımından Uygulamaya İlişkin İlkeleri ve İdari Yaptırımlara Tatbiki

Zaman bakımından uygulama, cezaya ilişkin bir kanunun zaman dilimi itibariyle hangi andan itibaren uygulanabileceğinin belirlenmesiyle ilgili bir konudur. Zaman bakımından uygulama konusunda Türk Ceza Kanunu “*failin işlendiği zamanı*” esas almıştır. Buna göre failin işlendiği zamanda yürürlükte olan kanununa göre bir değerlendirmede bulunulacak demektir¹⁰.

Zaman bakımından uygulamaya esas olarak “*geriye yürüme, derhal uygulama, ileriye yürüme*” şeklinde üç ilke yön vermektedir. Bir kanun, yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fillere uygulanıyorsa, kanunun *geriye yürümesinden* söz edilir. Bir kanun, yürürlüğe girmesinden itibaren ilgili olduğu tüm olaylara uygulanması öngörülmüş ise, kanunun *derhal uygulanmasından* bahsedilir. Yine bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen, yürürlükte bulunduğu sürede meydana gelen olaylara uygulanmaya devam ediyorsa, *kanunun ileriye yürümesi* söz konusudur¹¹. Ceza hukukunun bu ilkeleri idarî yaptırımlar açısından da geçerli olacaktır¹².

a. Fiilin İşlendiği Zamanın Tespiti

Türk Ceza Kanununun 7. maddesinde, bir fiil işlendiği zaman kanunen suç sayılmayan bir fiilden dolayı, kimseye ceza verilemeyeceği, suçun işlen-

¹⁰ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2008, s.56.

¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.56.

¹² GÖZÜBÜYÜK A.Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C.II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999, s.625.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulaması

diği zamanın kanununa göre lehe olan kanunun geçmişe etkili olacağı belirtilmektedir. Bu bakımdan “suçun işlendiği zamanın” tespiti önem arz etmektedir. Zira  nceki-sonraki kanun nitelmesi, suçun işlendiği ana göre yapılırdır. Suçun işlendiği an da, neticenin gerçekleştiği andır¹³.

Bir suç ne zaman işlenmiş sayılır? Bu sorunun cevabı, suçun ani suç veya neticeli suç olmasına göre farklılık arz etmektedir. Bu durumları kısaca Şöyle belirtebiliriz¹⁴.

—Neticesi harekete bitişik olan suçlarda, başka bir ifade ile hareketin yapılması ile suçun gerçekleştiği durumlarda, ani suçtan söz edilir. Örneğin hakaret suçunda, hareketin yapıldığı anda suç gerçekleşmiş olur.

—Hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi arasında bir süre bulunuyorsa, neticeli suçtan bahsedilir. Bu gibi suçlarda suçun ne zaman işlendiğine ilişkin kanunda açıklık bulunmadığı zaman üç yaklaşım bulunmaktadır¹⁵. 1. Suç, hareketin yapıldığı anda işlenmiş sayılır (hareket teorisi). 2. Suç, neticenin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır (netice teorisi). 3. Failin lehine olmasına göre ikisinden birisi kabul edilir (karma teori)¹⁶.

Kabahatler Kanunu’nun 5/2. maddesinde “*Kabahat, failin icraı veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz*” hükmi yer almaktadır.

Bu h kmiyle Kabahatler Kanunu, ceza hukukundan, suç neticenin gerçekleştiği anda işlenmiş sayılır y nindeki hâkim görüşten ayrılmaktadır. Zaman bakımından uygulamayı Kabahatler Kanunu, “hareketi esas alarak” (hareket teorisi) düzenlemiştir. Buna göre, kabahat, hareketin yapıldığı anda işlenmiş sayılacak, bu andaki norma göre yaptırım uygulanacaktır. Yapılan hareketin ihmali ya da icraı olması açısından da bir fark olmayacaktır. Neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesi, zaman bakımından uygulamada dikkate alınmayacaktır. Başka bir ifade ile, önceki-sonraki kanun, lehe olan kanun gibi nite-

¹³ YURTCAN Erdener, Kabahatler Kanunu, s.7-8.

¹⁴ DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, C.I, s.208-209; DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2005, s.124; KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.61; ARTUK M. Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları), İstanbul 1983, s.130.

¹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C.1, s.368 vd.; ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989, C.1, s.140 vd.; TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1991, s.38.

¹⁶ DEMİRBAŞ, age., s.124; KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.s.61; ARTUK, age., s.131; CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT  zlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Bası, İstanbul 2006, s.55-56.

lendirmeler, kabahatin işlenmiş sayıldığı an olan, hareketin yapıldığı ana göre belirlenecektir, neticenin gerçekleştiği an ise dikkate alınmayacaktır.

b. Geçmişe Yürüme Yasağı

Anayasanın 38/1. maddesinde yer alan hükme¹⁷ benzer şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 7/1. maddesinde “İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” denilmektedir. Bu hüküm, ceza kanunlarının geçmişe yürümeyeceğini, fiilin işlendiği zamanda yürürlükte olan kanuna tabi olduğunu ifade etmektedir¹⁸. Esasen Kanunun 2. maddesinde yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi¹⁹, ceza kanunlarının geriye yürütülmesine engel teşkil etmektedir²⁰.

Geçmişe yürüme yasağı, bir ceza kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş fiillere uygulanmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bir kanun ancak yürürlüğe girdikten sonra işlenen fiillere uygulanabilir²¹. Geçmişe uygulama yasağı, suçun tüm unsurları, objektif cezalandırılabilme şartları, ceza ve cezanın sonuçları bakımından da geçerlidir²².

Şu halde, Kabahatler Kanununun 5. maddesindeki yollama gereğince, “geçmişe yürüme yasağı” idari yaptırımlar (kabahatler) açısından da geçerli olacak demektir. Buna göre, idari yaptırım gerektiren bir fiil, işlendiği zaman yürürlükte olan kanunlara göre kabahat teşkil ediyorsa, idari yaptırım uygulanabilecektir. Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanun, o fiili kabahat haline getirip idari yaptırım öngörmüş ise, kanun geçmişe yürütülerek faile idari yaptırım uygulanamaz.

¹⁷ Anayasa Madde 38/1: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

¹⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.56.

¹⁹ **Madde 2-**“ (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz”.

²⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, age., s.115.

²¹ ÖZGENÇ İzzet/ŞAHİN Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3.Bası, Ankara 2001, s.46.

²² KOCA/ÜZÜLMEZ, s.57.

c. Lehe Olan Kanunun Geriye Yürümesi

Lehe olan kanunun geriye yürümesi, ceza kanunlarının geriye yürüme yasağının bir istisnasını oluşturmaktadır. Geriye yürüme yasağı, faili korumaya matuf olup, failin aleyhine olan durumlarla sınırlıdır. Failin lehine olan durumlarda geriye yürüme kabul edilmektedir²³. Nitekim TCK'nın 7. maddesinin 2. ve 3. cümlelerinde “İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir filden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar” ve aynı maddenin 2. fıkrasında “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” denilerek, failin lehine olan kanunların geçmişe etkili olacağı ifade edilmektedir.

Lehe olan kanun, mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra yürürlüğe girmiş olsa da, lehe olan yeni kanunun hükme etki ederek geriye yürür şekilde uygulanacağı kabul edilmektedir²⁴. Nitekim TCK'nın 7. maddesinde, “böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar” ve yine “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” denilerek bu durum açıkça ortaya konulmuştur. Ceza hukuku bakımından, özellikle mahkûmiyet sonrası yürürlüğe giren lehe olan kanunun uygulanmasında iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşıma göre, geçmişe etkililik kendiliğinden olur ve infaz savcılığı yeni kanuna göre işlemleri yapar. İkinci yaklaşıma göre, yargı yeri yeniden yargılama yapmalıdır²⁵.

Lehe olan kanunun tespiti konusunda şu şekilde bir yaklaşım söz konusu olabilir²⁶.

- (a) Her iki kanunun öngördüğü müeyyidenin türü aynı, miktarı farklı ise;
- Her iki kanun sabit miktarlı müeyyide öngörüyorsa, miktarı az olan lehedir.

²³ İÇEL Kayıhan/DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, Birinci Kitap, 3.Bası, İstanbul 1999, s.97; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.61.

²⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.59.

²⁵ DEMİRBAŞ, age., s.126; DÖNMEZER/ERMAN, C.1, s.192.

²⁶ DEMİRBAŞ, age., s.127-128.

- Her iki kanunun öngördüğü müeyyide basamaklı ise; yukarı sınırları aynı, aşağı sınırları farklı ise, aşağı sınırı az olan lehedir. Aşağı sınırları aynı, yukarı sınırları farklı ise, yukarı sınırı az olan lehedir.

- Aşağı ve yukarı sınırları da farklı ise, üst sınırı az olan kanunun lehe olduğu kabul edilmelidir.

(b) Eski ve yeni kanun arasında müeyyidelerin türü açısından bir fark varsa, bu durumda geçiş hükümleri öngörülmemelidir.

Kabahatler Kanununun 5. maddesindeki yollama nedeniyle, lehe olan kanunun geriye yürümesi ilkesi, idari yaptırımlar açısından da geçerli olacak demektir. İdari yaptırım kararları, infaz edilinceye kadar, kişinin lehine yeni bir kanun yürürlüğe girer ise, bu kanun geçmişe etkili olarak uygulanır. Kabahatin işlendiği anda yürürlükte olan kanuna göre idari yaptırım kararı verildiği, ancak bu karar henüz infaz edilmeden yeni bir kanun yürürlüğe girerek, failin lehine bir düzenleme getirdiği durumda, bu yeni kanuna göre hareket edilecektir. Örneğin yeni kanun, işlenen eylem için öngörülen idari para cezasının miktarını azaltmış veya fiil tamamen suç olmaktan çıkarılmış ise, failin lehine olan bu kanun uygulanacak demektir. Örneğin, 09.07.2008 tarihli ve 5784 sayılı kanunun 27. maddesiyle 04.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (39) numaralı bendinde değişiklik yapılarak, taşıma faaliyetinin kapsamından karayolu ile taşıma çıkartılmış, bu surette karayolu ile petrol taşımacılığı lisansa tabi faaliyet olmaktan kurtulmuştur. Dolayısıyla, bu kanun değişikliği öncesinde karayoluyla lisansız petrol taşınması sebebiyle kesilen para cezalarının, lehe olan kanun uygulanır ilkesi gereğince tahsil edilmemesi gerekmektedir.

Lehe olan kanunun, infaz aşamasında olan müeyyideler bakımından uygulanacağına bir tereddüt bulunmamaktadır. Acaba infaz gerçekleştikten sonra lehe bir kanun çıkarsa bu da uygulanacak mıdır? Örneğin ceza hukuku bakımından bir fiilin cezası 5 yıl iken bu cezaya mahkûm olup cezasını çektikten sonra, bu fiilin cezasını 3 yıla indiren bir kanun çıkarsa, lehe olan kanunun uygulanacağı gerekçesiyle fazladan çekilen iki yıllık mahkumiyet için tazminat talep edebilir mi? Yine idari yaptırımlar açısından, bir fiilin karşılığı olan 100.000 TL tahsil edildikten sonra yürürlüğe giren kanun, ceza miktarını 50.000 TL'ye indirirse, fail, lehe kanunun geçmişe yürümesi ilkesi gereğince 50.000 TL'yi geri isteyebilir mi? Bu hususun da tartışılması gerekir.

d. Derhal Uygulama

Bir kanun, yürürlüğe girmesinden itibaren ilgili olduğu tüm olaylara uygulanması öngörülmüş ise, kanunun *derhal uygulanmasından* bahsedilir. Ceza hukuku bakımından, muhakeme hukukuna ve infaz rejimine ilişkin kanunlarda “*derhal uygulama ilkesi*” kabul edilmektedir.

Bu bakımdan “geçmişe uygulama yasağı”, yargılama kurallarına ilişkin kanunlarda geçerli değildir²⁷. Muhakeme hukukuna ilişkin kanunların zaman bakımından uygulanmasında “*derhal uygulama*” prensibi geçerlidir²⁸. Suç işlendikten sonra yargılama safhasında iken, muhakeme kurallarına ilişkin bir kanun yürürlüğe girerse, bu kanununun kişinin lehine ya da aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır²⁹.

Muhakeme Hukukuna ilişkin kanunların derhal uygulanması ilkesinin şu dört sonucu ortaya çıkmaktadır³⁰:

- Yargılama işlemlerinin mutlaka yürürlükteki kanunlara göre yapılması.
- Yargılaması devam eden olaylara da yeni kanunun uygulanması.
- Önceki kanun zamanında yapılan işlemlerin geçerli olması.
- Lehe ya da aleyhe olmasına bakılmaksızın yeni kanunun uygulanması.

Yargılama hukukuna ilişkin kanunların derhal uygulanması kuralı, idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. Örneğin idari yaptırımlara karşı yargısal başvuruda, yeni kanun yargı yolunu (adli mahkeme yerine idare mahkemesi gibi) değiştirirse, bu kanun derhal uygulanır.

Türk Ceza Kanununun 7/3. maddesinde “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır*” hükmü bu yer almaktadır. Bu hükme göre, erteleme koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin istisnalar dışında, infaz rejimine ilişkin kanunlarda yapılan bir değişiklik, kişinin lehine ya da aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Bu kurallarda geçmişe uygulama yasağı geçerli değildir³¹.

²⁷ İÇEL/DONAY, age., s.95.

²⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, age., s.109; DEMİRBAŞ, age., s.136; KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.58.

²⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.58.

³⁰ TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.13-14.

³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, age., s.57.

e. İdari Yaptırımlarda Derhal Uygulama

Kabahatlerin zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesinin 1. bendinde "Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır" denildikten sonra "*Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir*" hükmünü getirmektedir.

Bu hükme göre ceza hukukunun zaman bakımından uygulamaya ilişkin ilkeleri, idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. Ancak "idari yaptırım kararlarının uygulanmasında derhal uygulama kuralı" geçerlidir. Dolayısıyla genel ilkelere bir istisna getirilmektedir. Buradaki istisna infaz rejimine ilişkindir. Başka bir ifade ile idari yaptırım kararı verildikten sonra, bu kararın yerine getirilmesi aşamasında, kararın yerine getirilmesine ilişkin yeni bir kanun yürürlüğe girerse, bu kanun kişinin lehine yahut aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır.

Kabahatler Kanununun 17. maddesinde idari para cezaları ile ilgili kurallar yer almaktadır. Burada idari para cezasının infazına ilişkin kurallar da bulunmaktadır. Mesela şu düzenlemeler idari yaptırım kararlarının infazına ilişkin kurallardır.

- "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsaait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir" (m.17/3).

- "İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez" (m.17/6).

Yukarıdakiler gibi, idari yaptırımların infazına ilişkin kurallarda değişiklik yapan yeni kanun, kişinin lehine ya da aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Örneğin kabahat işlendikten sonra, kanunda değişiklik yapılarak taksitlendirme kaldırılırsa, tahsil edilmeyen tüm parasal idari yaptırımlar için bu değişiklik derhal uygulanacaktır. Dolayısıyla, taksitlendirmenin kaldırılması kişinin aleyhine olmasına rağmen, yeni kanun olduğu için uygulanacaktır.

SONUÇ

Yukarıda yer alan açıklamalar doğrultusunda genel olarak Şu sonuçlara ulaşılacaktır.

1- Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar açısından bir genel kanundur. Nitekim Kanunun 3/1-b maddesinde yer alan, bu kanunun “*genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır*” Şeklindeki hüküm ile açıkça ortaya konmuştur.

2- Kabahatler Kanununun genel hükümlerinden birisi de 5. maddede düzenlenen “*zaman bakımından uygulama*” düzenlemesidir. Maddede “*5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır*” denilerek, ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulamasına ilişkin ilkelerinin, idari yaptırımlar açısından da geçerli olduğunu belirtmektedir.

3- Ceza normlarının za-man bakımından uygulanmasına esas olarak, “*geriye yürüme, derhal uygulama, ileriye yürüme*” Şeklinde üç ilke yön vermektedir.

a- Geçmişe yürüme yasağı: Bir fiil, işlendiği anda yürürlükte olan kanuna göre değerlendirilir. Buna göre suç ya da kabahat olup olmadığına karar verilir. Fiil işlendikten sonraki kanuna göre değerlendirme yapılamaz. Buna göre, idari yaptırım gerektiren bir fiil, işlendiği zaman yürürlükte olan kanunlara göre kabahat teşkil ediyorsa, idari yaptırım uygulanabilecektir. Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanun, o fiili kabahat haline getirip idari yaptırım öngörmüş ise, kanun geçmişe yürütülerek faile idari yaptırım uygulanamaz.

b- Lehe olan kanunun geriye yürümesi: Bir fiil işlendikten sonra yürürlüğe giren kanun, fiili işleyen kişinin lehine ise, bu kanun geriye yürür, kanun yürürlüğe girmeden önce işlenmiş fiillere de uygulanır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, lehe olan kanunun geçmişe yürümesi kuralı, maddi hukuka ilişkin kanunlar bakımından geçerlidir. Yargılama ve infaz rejimine ilişkin kanunlarda bu kural geçerli değildir.

Lehe olan kanunun geçmişe yürümesi ilkesi idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. Fiilin işlenmesinden infazın tamamlanmasına kadar geçen sürede failin lehine yeni bir kanun yürürlüğe girer ise, bu yeni kanun geçmişe etkili olarak uygulanır. Henüz idari yaptırım kararı verilmemişe, yeni kanuna göre karar verilecektir. Karar verilmiş infaz geekleşmemişe, yeni kanuna göre

belirlenen yaptırım infaz edilecektir. Örneğin yeni kanun fiil için öngörülen idari para cezası miktarını azaltmış ise, idari para cezası yeni miktar üzerinden tahsil edilecektir.

Lehe olan kanunun infaz aşamasında olan idari yaptırımlar için uygulanacağına bir tereddüt bulunmamaktadır.

c- Derhal uygulama: Yargılama usulüne ve infaz rejimine ilişkin kanunlar ise derhal uygulanır. Yargılama ve infaz rejimine ilişkin yeni kanun, failin lehine ya da aleyhine mi olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanır. Nitekim Kabahatler kanunu 5/1. maddede “*Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir*” denilerek bu husus açıkça belirtilmiştir. Örneğin idari para cezasını gerektiren bir fiil işlendikten sonra, kanun taksitlendirmeyi kaldırır, artık taksitlendirme yapılmayacak, defaten tahsil yoluna gidilecektir.

Danıştay kararına konu olan somut olay bakımından da şu değerlendirmeleri yapabiliriz.

1- Olayda idari yaptırım gerektiren fiil işlendikten sonra, yeni bir kanun yürürlüğe girmiş ve idari para cezasında indirim yapmıştır. Bu yeni düzenleme maddi hukuka (suç ve cezaya yahut fiil ve yaptırıma) ilişkin bir düzenleme olduğundan, lehe olan kanunun geriye yürümesi kuralı gereğince, yeni kanuna göre hareket edilmelidir. Bu bakımdan Danıştay Dava Daireleri Kurulunun yaklaşımı isabetlidir.

2- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun lehe olan kanunu nasıl uygulayacağına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira kanunda öngörülen eski veya yeni cezanın sabit veya değişir miktarlı ceza olup olmasına göre uygulama farklılık arz edecektir.

Eğer lehe düzenleme, kurulun takdir yetkisini kullanmasını gerektirmeyecek şekilde belirli bir ceza miktarı öngörmüş ise bu durumda Kurul, lehe olan ceza miktarının belirlenip gelir idaresine gönderme konusunda, bir dairesini yetkilendirebileceği kanaatindeyiz. Böyle durumlarda ilgili daire başkanlığı lehe olan ceza miktarını tespit ederek, cezanın infazı amacıyla hazırlayacağı yazıyı gelir idaresine göndermesi gerekir. Bu surette gelir idaresi, kurulun önceki kararında yer alan ceza miktarını değil, lehe olan kanunda düzenlenen ceza miktarını tahsil eder. Zira gelir idaresinin kendiliğinden, lehe olan kanunu uygulama yetkisi bulunmamaktadır. Gelir idaresinin böyle bir yetkisi

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Verdiği Para Cezalarının Uygulanması

bulunmadığı gibi, böyle bir uygulamanın gelir idaresi tarafından yapılması uygulamada birçok sorunla karşılaşılmasına sebep olabilir.

Eğer eski kanundaki ceza miktarı sabit ise ve yeni kanun bu miktarı düşürmüş veya tamamen ortadan kaldırmış ise, kurulun yeni bir karar almasına gerek bulunmamaktadır.

Lehe olan kanun yaptırımı ilişkin olarak, idarenin takdir yetkisi kullanabileceği bir ceza miktarı getiriyor ise, bu durumda kurulun her bir fiil bakımından yeni bir karar alması gerekir.

Lehe olan düzenlemenin kurulun takdir yetkisini kullanmasına imkân verip vermediği ise cezaların miktarına göre farklılık arz etmektedir.

Eğer eski kanunda ceza, alt ve üst sınırları olan basamaklı bir ceza olarak düzenlenmiş ve yeni kanunda cezanın alt ve üst sınırlarında, kişinin lehine olarak bir değişiklik yapılmışsa, bu durumda yeni bir kurul kararı alınması gerekir. Zira yeni kanuna göre alt ve üst limit arasında bir cezanın belirlenmesi gerekir. Bunun da Kurul tarafından yapılması gerekir.

Eğer yeni kanun alt ve üst sınırları olan bir ceza miktarı öngörmüş ise, kurul yeni bir karar alarak, bu karar gereğince tahsil mercilerine göndereceği yazı ile yeni kanun hükümleri uyarınca hesaplanan ceza miktarının tahsilinin talep edilmesi gerekmektedir.

BOŞ

VERGİ KALKANI : DOLAYSIZ VERGİLERE ÜST SINIR UYGULAMASI VE FRANSA ÖRNEĞİ

Yrd. Doç. Dr. Elif
PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR*

ÖZET

Vergi kalkanı, mükelleflerin ödemeleri gereken dolaysız vergilere elde ettikleri gelirler oranında sınırlama getiren bir müessesedir. Vergi kalkanı uygulamasıyla, mükelleflerin ödeyecekleri dolaysız vergilerinin tutarı, gelirlerinin belli bir yüzdesini geçmemektedir.

Fransa'da, vergi kalkanı ile ödenmesi sınırlanan vergiler; Gelir Vergisi, Servet Vergisi ve mükelleflerin ikâmetgahları ile ilgili olarak ödedikleri yerel nitelikli bazı vergileri (Oturma Vergisi ve Emlâk Vergisi) kapsamaktadır. Vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınan gelirler ise, Gelir Vergisi kapsamında vergilendirilen gelirler ve Gelir Vergisi'nden istisna olmasına rağmen vergi kalkanının hesaplanmasında farklı düzenlemelerle dikkate alınan gelirlerden oluşmaktadır.

Birçok ülkenin, vergi kalkanı müessesesini uygulamaya koyduğu görülmektedir. Vergi kalkanı uygulamasının temelini, Laffer'in arz yönlü iktisat teorisi çerçevesinde, marjinal vergi oranlarının düşürülmesine yönelik düzenlemeler oluşturmaktadır. Laffer teorisi, marjinal vergi oranlarının arttırılmasının, belli bir noktadan sonra, vergi hasılatında azalmaya yol açacağı varsayımına dayanmaktadır.

Bu çalışmada, vergi kalkanı müessesesinin olumlu ve olumsuz yönleri incelenmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Vergi kalkanı, dolaysız vergiler, vergi adaleti, vergi hasılatı.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı öğretim üyesi

**LE BOUCLIER FISCAL: LE PLAFONNEMENT DES IMPÔTS DIRECTS
ET L'EXEMPLE DE LA FRANCE**

RÉSUMÉ

Le bouclier fiscal, est un système qui consiste un plafonnement aux impôts directs en fonction des revenus. Avec l'adaptation du bouclier fiscal, les impôts directs payés par un contribuable, ne peuvent être supérieures d'un pourcentage de ses revenus.

En France, les impôts pris en compte pour la détermination du bouclier fiscal sont; l'Impôt sur le Revenu, l'Impôt de Solidarité sur la Fortune, et les impôts locaux (la taxe d'habitation et la taxe foncière) supportés à la raison de l'habitation principale du contribuable. Les revenus pris en compte, sont les revenus soumis à l'Impôt sur le Revenu et exonérés auxquels sont appliquées certaines corrections.

Plusieurs pays ont mis en place un mécanisme spécifique de bouclier fiscal. Le bouclier fiscal consiste des mesures de réduction des taux marginaux d'imposition dans une logique influencée par la théorie de l'économie de l'offre de Laffer. La théorie de Laffer indique que'au-delà d'un certain seuil d'imposition, l'augmentation des taux de l'imposition marginaux entraîne à la diminution des recettes fiscales.

Dans ce travail, les conséquences favorables et défavorables du bouclier fiscal sont essayées d'être analysé.

LES MOTS CLÉS

Bouclier fiscal, impôts directs, l'équité fiscale, recette fiscale.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

GENEL AÇIKLAMALAR

Vergi kalkanı¹, mükelleflerin ödemeleri gereken dolaysız vergilere sınırlama koyan bir müessese olup, son yıllarda birçok yabancı ülkede uygulaması yaygınlaşmıştır.

Vergi kalkanı müessesesi ile, tam veya dar mükellef bir gerçek kişinin, bir takvim yılı içerisinde ödeyeceği dolaysız vergilerin belli bir sınırın üzerine çıkması engellenmek istenmektedir.

Vergi kalkanı uygulamasının temelini; Robert Mundell ve Arthur Laffer'in arz yönlü iktisat teorisi ve buna bağlı olarak da marjinal vergi oranlarının düşürülmesi oluşturmaktadır.

Bu teorinin temelinde; marjinal vergi oranları arttıkça, vergi hasılatının belli bir noktaya kadar artacağı, bu noktanın ilerisinde marjinal vergi oranlarının arttırılmasının ise, vergi hasılatını arttırmayacağı aksine azaltacağı varsayımı yatmaktadır.

Vergi kalkanı müessesesinin temel amacı; marjinal vergi oranlarının düşürülmesi suretiyle vergi hasılatının arttırılmasıdır. Marjinal vergi oranlarında indirim gitmek suretiyle, ülke içinde sermaye birikiminin desteklenmesi, ülke dışındaki yabancı sermayenin ülke içine çekilmesi, kayıt dışı ekonomiyle mücadele, orta gelir gruplarının desteklenmesi gibi çeşitli amaçları bulunan vergi kalkanı müessesesi, uygulandığı ülkelerde birçok eleştiriye maruz kalmıştır.

Vergi kalkanı müessesesinin Fransa'daki uygulama biçimi, amaçları, olumlu ve olumsuz yönleri aşağıda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I- VERGİ KALKANI UYGULAMASINI GERÇEKLEŞTİREN ÜLKELER

Avrupa'da; Fransa'da % 50, Danimarka'da % 59, İspanya'da % 60, Finlandiya'da % 60 ve İsveç'te % 60 oranlarında uygulanmaktadır².

¹ Le bouclier fiscal olarak adlandırılmaktadır. İngiltere (The shield), Almanya'da (Steuerschield) olarak adlandırılan vergi kalkanı; İngiltere ve Almanya'da, mükelleflerin vergi yüklerini azaltma şeklini ifade etmektedir.

² Améliorer l'Accès aux Renseignements Bancaires à des Fins Fiscales, OCDE, Paris, 2008, s. 16.

Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ise, vergi kalkanının farklı uygulama biçimleri ortaya konulmuştur³. Almanya'da, 22 Haziran 1995 tarihinde, Anayasa Mahkemesi Karlsruhe, mükellefin ödeyeceği Servet Vergisi'ni⁴ % 50 ile sınırlanan vergi kalkanı müessesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Bununla birlikte, bir başka kararıyla, mükellefin ödeyeceği gelir vergisinin “çok yüksek” olması durumunda % 50 oranının kabul edilebileceğini belirtmiştir⁵.

Ancak, Fransa ve Finlandiya dışındaki ülkelerde, vergi kalkanının hesaplanmasında sosyal güvenlik kesintileri dikkate alınmamaktadır⁶.

Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ise; vergi indirimi, istisna ve muafiyetlerin çok fazla olması ve mükelleflerin ödemeleri gereken verginin gelirlerine kıyasla çok düşük olması durumunda, vergi hasılatında bir düşüşe maruz kalmamak amacıyla, Alternate Minimum Tax (AMT) adı altında bir vergi güvenlik müessesesi oluşturulmuştur⁷.

II- VERGİ KALKANI MÜESSESESİ VE FRANSA UYGULAMASI

Vergi kalkanı, ilk olarak Fransa'da 1988 yılında Fransız Servet Vergisi⁸'ne yönelik olarak uygulanmıştır. Bu dönemdeki vergi kalkanı uygulamasıyla; mükelleflerin bir takvim yılı içinde ödeyecekleri Servet Vergisi, mükelleflerin Gelir Vergisi kapsamında elde ettikleri gelirlerinin % 70 i ile sınırlandırılmıştır.

Vergi kalkanı müessesesinin uygulama esasları Fransa'da, 2006 yılı Bütçe Kanunu'nun (Loi de Finances) 74. maddesinde belirtilmiş ve Fransız vergi yasası, Code Général des Impôts (CGI) Md.1.'de “Bir mükellef tarafından ödenecek olan dolaysız vergilerin toplamı, mükellefin toplam gelirinin % 60'ından fazla olamaz” hükmü ile de, Fransız vergi mevzuatında yerini almıştır⁹. 12 Haziran 2008'den itibaren de, oran % 50'ye düşürülmüş ve bu uygulama kapsamına dar mükellefler de dahil edilmiştir¹⁰.

³ Bouclier fiscal, http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal, Erişim tarihi: 25.06.2009.

⁴ 2002 yılında Almanya'da Servet Vergisi kaldırılmıştır.

⁵ Karlsruhe'nin 18 Haziran 2006 tarihli kararı “çok yüksek” ifadesinin belirsizliğini de beraberinde getirmektedir.

⁶ Bouclier fiscal: Un Outil Pour Les Riches?, <http://www.edubourse.com/guide/guide.pdf?fiche=bouclier-fiscal>, Erişim tarihi: 26.06.2009.

⁷ Bouclier fiscal, http://http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal, Erişim tarihi: 25.06.2009.

⁸ Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF)

⁹ Vergi kalkanı uygulamasının esasları ve şartları; CGI Art.1649-0 A'da açıklanmıştır.

¹⁰ 842 sayılı Loi sur la Modernisation de l'Économie isimli Kanun.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

1- Vergi Kalkanı ile Sınırlandırılan Dolaysız Vergiler

Fransa’da vergi kalkanı ile miktarı sınırlandırılan dolaysız vergiler¹¹; Gelir Vergisi, Servet Vergisi, Oturma Vergisi¹² ve Emlâk Vergisidir¹³. Oturma Vergisi ve Emlâk Vergisi, Fransa’da yerel yönetim vergileri kapsamında bulunmaktadır.

Fransa’da mükelleflerin bir takvim yılı içinde ödeyecekleri dolaysız vergilerin miktarı, vergi kalkanı müessesesi ile sınırlandırılırken, bu dolaysız vergilerin hangi vergileri kapsadığı CGI Md. 1’de ve Bütçe Kanunu (Loi de Finances) Md. 74’te belirtilmiştir.

Vergi kalkanı ile ödenmesine sınırlama getirilen vergiler aşağıdaki gibidir.

a- Gelir Vergisi

Vergi kalkanı müessesesi ile miktarı sınırlandırılan vergilerin başında Gelir Vergisi gelmektedir. Fransa’da Gelir Vergisi sekiz gelir unsurundan oluşmaktadır. Bunlar; ücret gelirleri, zirai kazançlar, sınai ve ticari kazançlar, ticari olmayan kazançlar (özellikle serbest meslek erbabının elde ettiği gelirleri kapsamaktadır), menkul sermaye iratları, gayrimenkul sermaye iratları, şirketlerin yönetici ve ortaklarına dağıtılan kâr payları ve değer artış kazançlarıdır.

Artan oranlı vergi tarifesine göre hesaplanan ve ödenmesi gereken Gelir vergisi, 2008 yılı gelirleri için, mükellefin bir takvim yılı içinde Gelir Vergisi’ne tabi gelirlerinin % 50’sini geçmemektedir.

b- Servet Vergisi

Fransa’da, vergi kalkanı müessesesi, mükelleflerin ödemeleri gereken Servet Vergisi’nin miktarına da bir sınırlama getirmektedir.

Fransa’da Servet Vergisi uygulamasında aile bir bütün olarak dikkate alınmaktadır. Mükellefin kendisinin, eşinin ve 18 yaşından küçük olan çocuklarının servet vergisine konu olan mal ve hakları bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

¹¹ Gervais MOREL - David ECOCHARD, Fiscalité, Placement et Réduction d’Impôts, RB Revue Banque, Cours La Ville, 2008, s. 338.

¹² Taxe d’habitation olarak adlandırılmaktadır.

¹³ 2008 yılında, vergi kalkanından 20.177 vergi mükellefi yararlanmış ve iade olarak aldıkları vergi miktarı 800.000 Euro olmuştur (Bkz.http://www.Minefi.org.fr/bouclier-fiscal_2008.pdf). Erişim tarihi: 25.06.2009.

Servet vergisinin konusunu mal ve haklar oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, menkul mallar, gayrimenkuller alacaklar ve haklar, servet vergisinin konusunu oluşturmaktadır¹⁴.

Fransa'da, mal varlığı 2008 yılı için, malvarlıkları toplamı 7.700 Euro'yu geçen mükellefler artanoranlı vergi tarifesine göre hesaplanan Servet Vergisi'ni (ISF) ödemekle yükümlüdürler¹⁵.

c- Oturma Vergisi.

Oturma Vergisi'nin mükellefleri, bir konutun maliki, kiracısı veya konutta bedelsiz olarak oturanlardır. Oturma Vergisi bir yerel yönetim vergisi niteliğinde bulunmaktadır.

Ebeveynler, çocuklarının temel barınma yani; lojman (yurt) ihtiyaçlarını karşılamakla yükümlü oldukları için, 18 yaşından büyük çocuklarının kendileri ile oturmaları durumunda, mevcut ikâmetgahları lojman olarak kabul edilmekte ve oturma vergisi açısından mükellefiyet oluşmaktadır. Mükellefin birden fazla konutu varsa, sadece ikâmetgah olarak belirlenen konut ile ilgili olarak Oturma Vergisi ödenmesi gerekmektedir¹⁶.

Vergi kalkanı ile, mükelleflerin bir takvim yılı içerisinde ödemeleri gereken Oturma Vergisi'ne de sınırlama getirilmektedir.

d- Emlâk Vergisi

Emlâk Vergisi¹⁷ de, vergi kalkanının hesaplanmasında, mükellefin ikâmetgahı olarak belirlenen tek konutu ile sınırlandırılmıştır. Diğer bir ifadeyle, Fransa'da tek konutu olan mükelleflerin ödeyecekleri Emlâk Vergisi'nin miktarı da, vergi kalkanı müessesesi ile sınırlandırılmıştır.

e- Genelleştirilmiş Sosyal Kesinti¹⁸, Borçlanmanın Geri Ödenmesi Kesintisi¹⁹ ve Sosyal Kesintidir.

Genelleştirilmiş Sosyal Kesinti (CSG), serbest meslek kazançları, menkul ve gayrimenkul sermaye iratları üzerinden yapılmaktadır. Borçlanmanın

¹⁴ Elisabeth VIROL, Fiscalité, Manuel Pratique, Edition d'Organisation, Paris, 1999, s. 44.

¹⁵ Les Impôts en Europe 2008, Delmas, Euraudit International, Paris, 2008, s. 92.

¹⁶ Nicolas SÉRAQUI, Le Fiscal de la Gestion de Patrimoine, Guide Séraqui, Paris, 2009, s.12.

¹⁷ Taxe Foncière olarak adlandırılmaktadır.

¹⁸ CSG, Contribution Sociale Généralisée olarak adlandırılmaktadır.

¹⁹ CRDS, Contribution pour le Remboursement de la Dette Sociale olarak adlandırılmaktadır.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

Geri Ödenmesi Kesintisi (CRDS)'ye gelince, 1996 yılında, 2014 yılına kadar uygulanması kararlaştırılan bu kesinti, gerçek kişilerin elde ettikleri tüm gelir unsurları üzerinden yapılmaktadır. Sosyal Kesinti (PS) ise, menkul sermaye iratlarından yapılan kesintidir.

2- Vergi Kalkanının Hesaplanmasında Dikkate Alınan Gelirler²⁰

Vergi kalkanında üst sınırın belirlenmesinde dikkate alınacak olan gelirler ise aşağıdaki gibidir;

a- Artan oranlı Gelir Vergisi tarifesine göre hesaplanan Gelir Vergisi kapsamına giren kazanç ve iratların safi tutarı (Gayrisafi tutardan indirimler yapılmakta ve geçmişe dönük 6 yılın zararları mahsup edilmektedir).

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Gelir Vergisi hesaplanırken dikkate alınan tüm muafiyet istisna ve indirimlerin, vergi kalkanının hesaplanmasında aynı şekilde dikkate alınmadığıdır. Vergi kalkanı hesaplanırken, bazı istisna ve muafiyetlerin oranları ve miktarları farklı belirlenmiştir. Aynı şekilde Gelir Vergisi matrahının tespitinde dikkate alınan indirimler, vergi kalkanının hesaplanmasında farklı şekillerde dikkate alınmaktadır.

b- Götürü usulde vergiye tabi bazı gelirler hesaplama dahil edilmektedir. Menkul ve gayrimenkul malların elden çıkarılmasından doğan kazançlar, faiz geliri kapsamındaki menkul sermaye iratları ve arızı olarak gerçekleştirilen serbest meslek faaliyeti sonucunda elde edilen kazançlar bu kapsamda yer almaktadır.

c- Tam veya dar mükelleflerce istisna kapsamında yer alan bazı gelirler hesaplama dahil edilmektedir. Emeklilik ödemeleri, sağlık yardımları, işsizlik sigortası ödemeleri, kıdem tazminatları, aile yardımı, iş kazaları sonucu yapılan ödemeler, emekli ikramiyeleri, öksüz ve yetimlere yapılan yardımlar vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınan gelirlerdendir.

d-İsteğe bağlı veya bireysel emeklilik sistemi çerçevesinde yapılan kesintiler ve ödenen primler, Tasarruf Sandığı Ödemeleri²¹ ve Medeni Kanun hükümlerine göre, çocuk ve bakmakla yükümlü bulunulan ebeveynlere yönelik olarak gerçekleştirilen yiyecek yardımları, hesaplanan gelirin tespitinde dikkate alınacaktır²².

²⁰ MOREL - ECOCHARD, a.g.e., s. 338.

²¹ PERP (Plan d'Épargne Populaire).

²² La Fiscalité, Étude Broché, Repères Pratiques, Paris, 2008, s. 20.

e- Gelir Vergisi'nden istisna bulunan bazı gelirler, vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu gelirler, Gelir Vergisi'nden istisna olmalarına rağmen, vergi kalkanı ile ilgili sınırın belirlenmesinde dikkate alınan gelire ilâve edilmektedir. Sakatlık ve malullük ödemeleri, tek bir kişinin gelir elde etmesi durumunda yapılan aile yardımı, çocuk yardımı ve eğitim yardımı bu kapsamda yer almaktadır²³.

Bütün bu hesaplamalar sonucunda, mükelleflerin bir takvim yılı içinde ödeyecekleri dolaysız vergilerin toplamı, aynı takvim yılı içerisinde elde ettikleri gelirlerinin % 50'sini geçemeyecektir.

Mükellef, izleyen mali yıl içerisinde müracaat etmek suretiyle, ödemiş olduğu verginin vergi kalkanı sınırını, vergiyi doğuran olayın ortaya çıktığı yılı izleyen takvim yılı başından itibaren aşan kısmını talep etme hakkına sahiptir. Ödenmiş olan verginin vergi kalkanı sınırını aşan kısmı, vergi idaresince mükellefe iade edilecektir²⁴. Fransa'da, 2009 yılından itibaren (2008 yılı gelirleri için) mükelleflere, ödedikleri dolaysız vergilerin, vergi kalkanı sınırını aşan kısmını Gelir Vergisi matrahlarından doğrudan indirme hakkı tanınmıştır²⁵.

III - VERGİ KALKANININ UYGULANMA NEDENLERİ

1- Vergilemenin Mali Etkisi ve Vergi Hasılatının Arttırılması

Vergilemenin mali etkisi, Laffer'in marjinal vergi oranlarındaki artışın, optimal noktaya kadar vergi hasılatını arttıracığı, bu noktanın ilerisinde, vergi oranlarındaki artışın vergi hasılatını azaltacağı teorisine dayanmaktadır²⁶.

Mali etki, aynı nitelikteki faaliyetlere çeşitli ödeme şekillerinin söz konusu olduğu ve farklı vergi oranlarının uygulandığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Meslek sahipleri, kendilerini örgütlemek suretiyle, normal gelirden sermaye kazancına doğru etkin bir şekilde yönelebilmektedirler. Mükellefler, şirketlerini birleştirerek sermaye kazançları elde edebilmekte, hisse senedi portföylerinde değişiklik yaparak daha düşük vergi oranlarına maruz kalabilmektedirler²⁷.

²³ Les Impôts en Europe, a.g.e., s. 55.

²⁴ MOREL - ECOCHARD, a.g.e., s. 338.

²⁵ La Fiscalité, a.g.e., s. 20-21.

²⁶ Abdurrahman AKDOĞAN, Kamu Maliyesi, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 482.

²⁷ Hale BALSEVEN, "Vergilerin Emek Arzı Üzerindeki Gelir, İkâme ve Mali Etkileri", Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2003, s. 218.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

Vergiden kaçınma, açık veya gizli ekonomide yeni oluşumlarla ortaya çıkmaktadır. Vergi sistemi, bu nedenle, mali örgütlerin şeklinin ve işlemlerin yapısının değişmesine neden olabilmektedir. Marjinal vergi oranlarının belirli bir noktayı aşması durumunda, vergi oranlarındaki artış vergi hasılatını düşürecektir. Bunun tersine; vergi oranlarındaki bir indirim de, belli bir aşamaya kadar, vergi hasılatında bir artışa neden olacaktır²⁸.

Vergi kalkanı müessesesinin uygulamaya konulmasının amacı, temelde bu teorinin işlevsel hale getirilmesi ile vergi hasılatında bir artış yaratmaktır.

Vergi kalkanı müessesesi ile amaçlanan, marjinal vergi oranında indirim yapmak suretiyle vergi hasılatındaki azalmayı önlemek, hatta bir artış yaratmaktır.

2- Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri ile Mücadele

Uluslararası vergi rekabeti, uluslar arası sermayenin, düşük vergi oranının uygulandığı ülkelere doğru kaymasına neden olmaktadır. Ülkeler, ülke içinde sermaye birikimini desteklemek ve ülke dışındaki sermayeyi ülke içine çekmek için yabancı yatırımcılara çeşitli vergi avantajları sağlamaktadırlar.

Vergi kalkanının bu bağlamda, vergi oranlarını düşürmek suretiyle, ülkeyi sermaye birikimi ve yatırımlar açısından cazip hale getireceği ve ülke içinde sermaye birikimini arttırıcı rol oynayacağı düşünülmektedir.

Vergi kalkanı mekanizmasıyla ülke, uluslar arası vergi rekabetinde avantaj elde etmiş olacaktır.

Geniş anlamda vergi rekabeti, ülkelerin vergi politikalarının diğer ülkeler üzerinde yarattığı etkiler olarak tanımlanmaktadır²⁹. Bir başka tanıma göre ise, vergi rekabeti; bir ülkenin önemli ölçüde vergileri düşürme ve avantajlar sağlama yoluyla yatırım faaliyetleri ve işletmeleri çekmek için olanak sunma davranışdır³⁰.

Ülkelerin, bireylerin ve kurumların yatırım ve üretim kararlarını cezbetmeye ve üretim faktörlerini ve özellikle sermaye dolaşımını etkilemeye çalış-

²⁸ AKDOĞAN, a.g.e., s. 482.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Savaş ÇEVİK, "Küreselleşen Dünyada Vergi Politikası: Vergi Politikasında Dönüşüm ve Küresel Sorunlar", Vergi Dünyası, Yıl: 23, Sayı: 270, Şubat 2004, s. 154 vd.

³⁰ Semih ÖZ, Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mart 2005, s. 53.

ması, uluslararası vergi rekabetine yol açmaktadır³¹. Ülkelerin sağladıkları vergi avantajlarından dolayı sermaye çekmeleri, sermayenin çıktığı ülke açısından zararlı vergi rekabeti yaratmaktadır.

Vergi cenneti bir ülke, genellikle düşük vergi oranlarına sahip yer olarak tanımlanmaktadır³². Vergi cennetleri, düşük vergi oranlarının uygulandığı, ticari gizlilik taşıyan ve çoğunlukla off-shore (kıyı bankacılığı) finans merkezleri olarak bilinen yerlerdir³³.

Vergi kalkını uygulaması, sermayenin vergi cenneti ülkelere kaymasını engelleyici rol oynaması sonucunu yaratacağı ve yatırımları arttıracığı düşüncesiyle de uygulamaya konulmuştur.

3- Kayıt Dışılığın Engellenmesi

Vergi cennetleri ve off-shore uygulamaları, uluslar arası sermayenin kayıt dışında olmasına ve buna bağlı olarak da vergilendirilememesine neden olmaktadır.

Vergi cennetlerinin temel özellikleri; bu ülkelerde hiç vergi olmaması veya düşük oranda vergi olması, bilgi değişiminden kaçınılması, sistemin şeffaflıktan yoksun olması ve belirli düzeyde faaliyette bulunma zorunluluğunun olmamasıdır³⁴.

Vergi cennetlerinin bir özelliği de, bu ülkelerde faaliyette bulunan kişilere ilişkin olarak, her türlü bilginin saklanması ve sıkı mahremiyet kurallarıyla korunmasıdır. Bu uygulamalar sonucunda da kara paranın aklanması ve vergi kaçakçılığı yapma gibi faaliyetler için elverişli bir ortam sağlanmaktadır³⁵.

Off-shore bankalar ise, bir ülkenin topraklarında kurulmakla birlikte, yurt dışında topladıkları mevduatı yine yurt dışında kullandıran ve dolayısıyla, o ülkenin vergi ve bankacılık mevzuatına tabi olmadan faaliyet gösteren bankalardır³⁶.

³¹ ÖZ, a.g.e., s. 57.

³² Bkz. İhsan GÜNAYDIN, "Vergi Cennetlerinin Özellikleri ve Kullanımları", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 126, Mart 1999, s. 76.

³³ Habib YILDIZ, Küreselleşmenin Vergileme Üzerine Etkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 54.

³⁴ Mehmet Akif ÖZMEN, Gelir ve Kurumlar Vergisi Mevzuatında Vergi Güvenlik Müesseseleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 382.

³⁵ YILDIZ, a.g.e., s. 58.

³⁶ ÖZ, a.g.e., s. 167.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

Vergi kalkanı düzenlemesinin bir amacı da; düşük vergi oranları uygulamak suretiyle sermayeyi kayıt altına almak ve kayıt altına alınan sermayenin vergilendirilmesinde etkinliği sağlamak suretiyle vergi hasılatında bir artış meydana getirmektir³⁷.

Vergi kalkanı müessesesi ile, sermayenin ülkeye konulması ve daha düşük bir vergi oranı uygulamak suretiyle ekonomide kayıt dışılığın azaltılması ve vergi hasılatında buna bağlı olarak bir artış sağlanması amaçlanmaktadır³⁸.

4- Ülke İçinde Vergi Hasılatının Arttırılması

Vergi kalkanı müessesesinin getirilmesinin amacı yalnızca ülke dışındaki sermayenin ülke içerisine çekilmesi veya ülke içerisindeki sermayenin ülke dışına kaçmasının engellenmesinden ibaret bulunmamaktadır. Vergi kalkanı uygulaması ile, ülke içinde bulunan ve kayıt altında olan sermayenin desteklenmesi amacıyla, vergi oranlarında indirim yapmak ve vergi harcamalarını azaltıcı diğer düzenlemeleri gerçekleştirmek suretiyle, vergi hasılatının artırılması amaçlanmaktadır³⁹.

5- Orta Gelir Düzeyindeki Mükelleflerin Desteklenmesi

Vergi kalkanı müessesesinin bir diğer amacı da, Gelir Vergisi tarifesinin orta dilimlerinde yer alan mükellefler ile orta düzeyde servet birikimine sahip olan mükelleflerin korunmasıdır⁴⁰.

Orta gelir grubundaki mükelleflerin, bu birikimlerini özellikle gayrimenkulde değerlendirme saikiyle hareket ettikleri ve buna bağlı olarak da özellikle yüksek bir Emlâk Vergisi yüküne maruz kaldıkları düşünülmektedir.

Vergi kalkanı müessesesinin, mükelleflerce ödenecek Emlâk vergisi ve Servet Vergisi'ne sınırlama getirmesi nedeniyle, gelir dağılımında adaleti düzeltceği düşünülmektedir⁴¹.

³⁷ Améliorer l'Accès..., a.g.e., s. 11-12.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için Bkz. SÉRAQUI, a.g.e., s. 23 vd.

³⁹ Améliorer l'Accès..., a.g.e., s. 13.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Olivier PUREN, Guide de l'Impôt sur la Fortune, Comment Déclarer, Paris, 2009, s. 34.

⁴¹ Bouclier fiscal, [http:// http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal](http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal), Erişim tarihi: 25.06.2009.

IV- VERGİ KALKANI MÜESSESESİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

1- Vergi Adaleti ile Bağdaşmayacağı Düşüncesi

Vergi kalkanı müessesesi, yüksek gelir gruplarının vergi yükünü düşüreceği ve vergilendirmede adalet ilkesine ters düşeceği düşüncesiyle tartışmalara neden olmuştur. Vergi kalkanının uygulanmasının, üst gelir gruplarının daha az vergi ödemelerine neden olurken, düşük gelir gruplarının vergi yükünü azaltmamasının vergilendirmede adalet ilkesi ile bağdaşmayacağına yönelik eleştiriler bulunmaktadır⁴².

Servet unsurlarının daha düşük oranda vergilendirilmesinin de, vergi ödeme gücü ilkesiyle de bağdaşmadığı ve yüksek gelir gruplarına yönelik bir vergi avantajı sağlama niteliğinde olduğu konusunda görüşler bulunmaktadır⁴³. Vergi kalkanı yoluyla, gelir ve servet unsurlarının bir arada değerlendirilmek suretiyle vergilendirilmesinin de, vergi ödeme gücünün belirlenmesinde olumsuzluklara yol açacağı ve vergi adaletine ters düşeceği birçok yazar tarafından ortaya konulmaktadır⁴⁴.

2- Vergilemenin Sosyal Amacına Uygun Düşmeyeceği Düşüncesi

Doktrinde yerleşik görüş, servet vergilerinin temel amacının, vergi gelirlerini arttırmaktan ziyade, dikey ve yatay eşitliği sağlamak olduğudur. Diğer bir ifadeyle, servet vergileri, vergilemenin sosyal amacına hizmet etmektedir⁴⁵.

Servet vergisi uygulaması nedeniyle, servet vergisinin üst dilimlerinde yer alanların vergi yüklerinin azalmasına neden olacağı konusunda eleştiriler bulunmaktadır. Servet vergisi, vergilendirmenin sosyal amacı doğrultusunda, gelir dağılımında adaletin sağlanması amacıyla alınmaktadır⁴⁶.

⁴² Béatrice GRANDGUILLOT - Francis GRANDGUILLOT, *Fiscalité Française* 2009, Gualino, Paris, 2009, s.17.

⁴³ Camille PEYRACHE, "Favoriser l'Équité ou la Cohérence Fiscale", *Bulletin France, Sénat, Juin (Haziran) 2008*, Paris s. 2.

⁴⁴ Bkz. Claire GÉLAUD "Le Bouclier Fiscal Nourrit le Débat sur l'Équité Sociale", *Bulletin France, Sénat, Paris, Mars (Mart) 2009*, s. 2 ve GRANDGUILLOT - GRANDGUILLOT, a.g.e., s. 18.

⁴⁵ Annie VALLÉE, *Pourquoi l'Impôt, Voyager à Travers le Paysage Fiscal*, Pube-Union Édition, Paris, 1997, s. 148.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. PUREN, a.g.e., s. 38.

Vergi Kalkanı: Dolaysız Vergilere Üst Sınır Uygulaması ve Fransa Örneği

Vergi kalkanı müessesesinin, yüksek gelir gruplarının vergi yükünün azaltacağı ve gelir dağılımında adaleti bozacağı gerekçesiyle, servet vergisinin alınma amacıyla bağdaşmayacağı düşünülmektedir⁴⁷.

3- Düşük Gelir Gruplarına Yönelik Düzenlemelerin Gerçekleştirilmemiş Olması Düşüncesi

Vergi kalkanı müessesesinin orta gelir grubunda yer alan ancak mal varlığı bulunan mükellefler için de avantajlı olacağı ileri sürülmüştür. Bu mükellef grubu, yüksek oranda Emlâk Vergisine maruz kalmaktadırlar⁴⁸.

Vergi kalkanı müessesesi ile, orta gelir gruplarının servet edinmesi ve koruması desteklenirken, düşük gelir gruplarının vergi yükünü azaltmaya ve gelir dağılımında adaletsizliği ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmediği konusunda eleştirilere maruz kalmaktadır⁴⁹.

4- Vergi Harcamalarında Azalma Sağlamayacağı Düşüncesi

Vergi kalkanı müessesesi, vergi harcamalarında bir azalma yaratmayacağı düşüncesiyle de çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.

Vergi kalkanı ile ödenecek vergilerin üst sınırının hesaplanmasında, gelir unsurlarına yönelik çeşitli indirim, istisna ve muafiyetlerin dikkate alınmasının; vergi harcamalarında bir azalışa yol açmayacağı, sadece, mükelleflerin vergiden kaçınma yollarındaki seçimlerinde değişikliğe yol açabileceği görüşünü savunanlar bulunmaktadır⁵⁰.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Marjinal vergi oranlarının artırılmasının vergi hasılatını belli bir noktaya kadar arttıracığı, bunun üzerinde yapılan artışın vergi hasılatını düşüreceği teorisine uygulamaya konulmuş bulunan “vergi kalkanı” müessesesi, gelir ve servet unsurlarını bir arada değerlendirmekte ve mükelleflerce ödenmesi gereken dolaysız vergilere bir sınırlama getirmektedir.

Kayıt dışı ekonominin boyutlarının azaltılması, vergi hasılatının artırılması/azalmasının engellenmesi, vergi cennetleri ile mücadele, ülke dışındaki

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. La Fiscalité, a.g.e., s. 21.

⁴⁸ Bouclier fiscal, http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal, Erişim tarihi: 25.06.2009.

⁴⁹ Cyrille LACHÉVRE “Le bouclier fiscal à % 50: Une Réforme Indirecte de l’ Impôt sur la Fortune”, Bulletin France, Sénat, Décembre (Aralık) 2007, s. 1.

⁵⁰ Plafonnement Global des Niches Fiscales, <http://www.ifrap.org/Plafonnement-global-des-niches-fiscales/0313.html>. Erişim tarihi: 25.06.2009.

yabancı sermayenin ülke içine çekilmesi, ülke içindeki sermayenin ülke dışına çıkarılmasının engellenmesi amaçlarıyla, Fransa ve birçok ülkede son yıllarda uygulanmaya başlanan vergi kalkanı müessesesi, başta vergi adaletiyle bağdaşmadığı olmak üzere çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmıştır.

Yüksek gelir gruplarının vergi yükünü azaltmak suretiyle vergi adaletine ters düştüğü, servet vergilerinin sosyal adaleti sağlama fonksiyonunu devre dışı bıraktığı, vergi hasılatında bir artış yaratmadığı gerekçeleriyle, vergi kalkanının kaldırılması veya yeniden düzenlenmesi üzerindeki tartışmalar devam etmektedir.

Vergilemenin sosyal amacı dikkate alındığında; vergi kalkanı müessesesinin yüksek gelir gruplarının marjinal vergi oranını düşürdüğü açıktır. Bu yönüyle, vergilemede adalet ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Vergi yasalarında düşük gelir gruplarına yönelik düzenlemeler yapmak suretiyle düşük gelir gruplarının vergi oranlarında indirimle gidilmesi, vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınan gelirler ile ilgili olarak, indirim, istisna ve muafiyetlerin sınırlandırılması, vergi kalkanı müessesesine karşı oluşan tepkileri azaltabilecektir.

Vergi kalkanı uygulamasının, yurt dışındaki sermayeyi yurt içine çekmekten ziyade, yurt içindeki sermayeye vergi avantajı sağladığı düşünülmektedir. Vergi kalkanı müessesesinin çok yeni bir müessese olması (uygulamada ikinci yılını doldurması) ve kriz ortamından dolayı yurt dışındaki sermayenin oynaklığı nedeniyle, bu müessesenin yurt dışındaki sermayeyi ülke içine ne ölçüde getirdiğinin veya ülke içindeki sermayenin ülke dışına çıkmasının ne ölçüde engellendiğinin tespiti oldukça güçtür.

Ancak, vergi kalkanı müessesesinin yüksek gelir gruplarının vergi yükünü azalttığı kuşkusuzdur.

Vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınan gelirler, çeşitli indirim, istisna ve muafiyetleri kapsadığından dolayı, vergi harcamalarında da bir azalışa yol açma olasılığı düşük görünmektedir. Vergi kalkanının hesaplanmasında dikkate alınan gelirlere yönelik muafiyet istisna ve indirimlerin yeniden düzenlenmesi ve kapsamının daraltılması, vergi hasılatında bir artışa neden olabilecektir.

Vergilemede, vergi ödeme gücüne ulaşmada, gelir ve servet unsurlarının bir arada değerlendirilmesinin de vergi adaleti ile bağdaşmadığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN Abdurrahman, Kamu Maliyesi, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006.

Améliorer l'Accès aux Renseignements Bancaires à des Fins Fiscales, OCDE, Paris, 2008.

BALSEVEN Hale, "Vergilerin Emek Arzı Üzerindeki Gelir, İkâme ve Mali Etkileri", Gazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2003.

Bouclier fiscal, http://www.Minefi.org.fr/bouclier-fiscal_2008.pdf. Erişim tarihi: 25.06.2009.

Bouclier fiscal, http://fr.wikipedia.org/wiki/Bouclier_fiscal, Erişim tarihi: 25.06.2009.

Bouclier fiscal: Un Outil Pour Les Riches?, <http://www.edubourse.com/guide/guide.pdf?fiche=bouclier-fiscal>, Erişim tarihi: 26.06.2009.

ÇEVİK Savaş, "Küreselleşen Dünyada Vergi Politikası: Vergi Politikasında Dönüşüm ve Küresel Sorunlar", Vergi Dünyası, Yıl:23, Sayı:270, Şubat 2004.

GÉLAUD Claire, "Le Bouclier Fiscal Nourrit le Débat sur l'Équité Sociale", Bulletin France, Paris, Mars (Mart) 2009.

GRANDGUILLOT Béatrice - Francis GRANDGUILLOT, Fiscalité Française 2009, Gualino, 2009.

GÜNAYDIN İhsan, "Vergi Cennetlerinin Özellikleri ve Kullanımları", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı: 126, Mart 1999.

LACHÉVRE Cyrille "Le bouclier fiscal à % 50: Une Réforme Indirecte de l'Impôt sur la Fortune", Bulletin France, Sénat, Décembre (Aralık) 2007.

La Fiscalité, Étude Broché, Repères Pratiques, Paris, 2008.

Les Impôts en Europe 2008, Delmas, Euraudit International, Paris, 2008.

MOREL Gervais - David ECOCHARD, Fiscalité, Placement et Réduction d'Impôts, RB Revue Banque, Cours La Ville, 2008.

ÖZ Semih, Uluslar arası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri, Maliye ve

Yrd. Doç. Dr. Elif PÜRSÜNERLİ ÇAKAR

Hukuk Yayınları, Mart 2005.

ÖZMEN Mehmet Akif, Gelir ve Kurumlar Vergisi Mevzuatında Vergi Güvenlik Müesseseleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2008.

PEYRACHE Camille, “Favoriser l’Equité ou la Cohérence Fiscale”, Bulletin France, Sénat, Juin (Haziran), Paris, 2008.

Plafonnement Global des Niches Fiscales, <http://www.ifrap.org/Plafonnement-global-des-niches-fiscales/0313.html>. Erişim tarihi: 25.06.2009.

PUREN Olivier, Guide de l’Impôt sur la Fortune, Comment Déclarer, Paris, 2009.

SÉRAQUI Nicolas, Le Fiscal de la Gestion de Patrimoine, Guide Séraqui, Paris, 2009.

VALLÉE Annie, Pourquoi l’Impôt, Voyager à Travers le Paysage Fiscal, Pube-Union Édition, Paris, 1997.

VIROL Elisabeth, Fiscalité, Manuel Pratique, Edition d’Organisation, Paris, 1999.

YILDIZ Habib, Küreselleşmenin Vergileme Üzerine Etkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

DEVLET SİYASİ PARTİLERE HAKÇA VE YETERLİ DÜZEYDE YARDIM YAPIYOR MU?

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN*

ÖZET

Demokrasinin hayata geçirilmesinde en temel unsur olan siyasi partilerin finansmanına ilişkin düzenlemelerin bir ülkedeki demokrasinin düzeyi ve kalitesi üzerinde doğrudan etkisinin olduğu söylenebilir. Bu nedenle demokratik ülkelerde parti finansmanı konusu ciddiyetle ele alınmakta ve düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Dünyada olduğu gibi ülkemizde de partilerin gelir ve giderlerine ve bunun kontrolüne ilişkin düzenlemeler hem Anayasada hem de yasalarımızda yer almaktadır. Anayasamızın 68. maddesinde 1995 yılında yapılan değişiklikle devletin siyasi partilere “hakça ve yeterli düzeyde” yardım yapması ilkesi benimsenmiştir. Ancak Siyasi Partiler Kanunumuz devlet yardımının tüm partilere değil sadece milletvekili genel seçimlerine katılan ve geçerli oyların en az % 7’sini alan partilere yapılmasını öngörmektedir.

Siyasi partilere devlet yardımı konusu çeşitli nedenlerle birkaç kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Son olarak itiraz yoluyla önüne gelen Siyasi Partiler Kanunu hükmünü Mahkeme 18.3.2009 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 20.11.2008 günlü ve E:2008/42, K: 2008/167 sayılı kararıyla Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu yazıda Anayasa Mahkemesinin son kararı çerçevesinde siyasi partilere devlet yardımı konusunun etraflı bir şekilde tartışılması amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER

Siyasi Parti Finansmanı; Devlet Yardımı; Hakça ve Yeterli Düzeyde; Anayasal Hakların Sınırlanması; Ölçülülük İlkesi

(IS FINANCIAL ASSISTANCE TO POLITICAL PARTIES ENOUGH AND EQUITABLE?)

ABSTRACT

Financing of political parties plays a crucial role on the quality of democracy in a given country. Therefore, regulation of party financing is an important issue in

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Anayasa Mahkemesi Raportörü

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

democratic world. Like in other democratic countries, the Turkish Constitution and laws include provisions relating to financing of political parties. The following provision was added in Article 68 of the Constitution by the constitutional amendment of 1995. “The state shall provide the political parties with adequate financial means in an equitable manner.” But, according to the Law on Political Parties (Law No:2820) political parties can be eligible for financial assistance only if they participate in general elections and obtain at least 7 % of the valid votes.

This paper aims to discuss compatibility of 7 % threshold with the enough and equitable principle of the Constitution under the light of the recent judgment of the Constitutional Court in this regard.

KEY WORDS

Financing of Political Parties; Public Financing; Enough and Equitable Principle; Limitation of Constitutional Rights; Proportionality

DEVLET SİYASİ PARTİLERE HAKÇA VE YETERLİ DÜZEYDE YARDIM YAPIYOR MU?

A- SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI

Siyasi partiler çoğulcu bir demokratik sistemde hayati işlevlere sahiptirler. Toplumsal talepleri devşirirler, sistematik hale getirirler ve uyumlulaştırarak siyasal sisteme ulaştırırlar, böylece yurttaş ile siyasal sistem arasındaki etkileşime aracılık ederler. Aynı şekilde farklı siyasal görüşleri örgütleyerek siyasal sistemin çoğulculaşmasına katkıda bulunurlar. Diğer taraftan siyasal ilgi ve yeteneği olan bireyleri tespit ederek siyasal konularda eğitirler ve Devlet yönetimine hazırlarlar. Seçimlere katılarak toplumsal iradenin ortaya çıkmasına ve bu iradenin Devlet yönetimine katılmasına aracılık ederek ulusal egemenliği hayata geçirirler.¹ Bütün bu işlevleri nedeniyle siyasi partiler Anayasa tarafından demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilmişlerdir.

Siyasi partiler bu işlevleri yerine getirebilmek için ihtiyaç duydukları finansmanı genellikle kendi gelirlerinden karşılarlar. Partilerin özel gelir kaynakları üyelerinden aldıkları aidatlar, milletvekillerinden alınan milletvekilliği aidatı, özel gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılan bağışlar ve parti faaliyetlerinden elde edilen gelirlerden oluşmaktadır. Avrupa'da genellikle sol gelenekten gelen partiler ilişkide buldukları sendikalardan büyük bağışlar elde ederken, sağ gelenekten gelen partilere yapılan bağışların büyük çoğunluğu seçkin zenginler tarafından yapılmaktadır.²

Ancak iletişim teknolojilerinin ve yöntemlerinin gelişmesiyle birlikte siyaset yapma biçimi değişmiş ve büyük ölçüde yazılı ve görsel medyaya bağımlı hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak siyasetin maliyeti oldukça artmıştır. Artan finansman ihtiyacının en azından bir kısmının kamusal kaynaklardan karşılanması gerektiği yönünde bir yaklaşım 1960'lardan itibaren Avrupa'da yaygınlık kazanmaya başlamış ve bugün bazı istisnalar dışında hemen hemen bütün Avrupa'da siyasetin finansmanına kamunun bir şekilde katılması kabul edilmiştir.³ Ancak kamu kaynaklarının ne şekilde, hangi faaliyetlerin finans-

¹ Bkz. Osman Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, (Seçkin Yayınları Ankara, 2005) s. 28 vd.

² Ingrid van Biezen,, **Financing Political Parties And Election Campaigns –Guidelines**, (Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003) s. 37.

³ Nahit Yüksel, **Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı)**, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını (Ankara, 2007) s. 7.

manı amacıyla ve hangi ölçülere göre siyasal partilere aktarılacağı konusunda ülkeden ülkeye büyük farklılıklar görülmektedir.

Kamu kaynaklarının siyasetin finansmanına katılmasında çok farklı yöntemler kullanılmaktadır. Kamunun katılımı doğrudan para verme şeklinde olabileceği gibi, özel bağışların vergiden düşülmesine izin verilmesi, parti gelirlerinin vergi dışı bırakılması, belli hizmetlerden (posta, televizyon yayınları, ilan panoları vb.) partilerin indirimli veya tamamen ücretsiz yararlandırılması gibi dolaylı yöntemlerle de olabilmektedir.⁴

Doğrudan kamusal yardıma olanak sağlayan sistemlerde de yardımın seçime katılan adaylar, parti merkez teşkilatı ya da parti meclis grubuna veya bunlardan herhangi ikisine ya da tamamına yapılması da mümkündür. İrlanda ve İngiltere gibi bazı ülkelerde Devlet yardımı sadece parti meclis grubuna yapılırken, bazı ülkelerde hem parti merkez teşkilatına hem de parti meclis grubuna Devlet yardımı yapılmaktadır. Bazı ülkelerde ise seçime katılan adaylara seçimde yaptıkları harcamaların belli bir oranı geri ödenmektedir.

Parti merkez teşkilatına yardım yapılmasını kabul eden sistemlerde de bu yardımın hangi esaslara göre, ne ölçüde ve ne zaman yapılacağı konusunda oldukça farklı yöntemlerin benimsendiği görülmektedir. Ancak bu yöntemlerin tartışmasına geçmeden önce partilere Devlet yardımı yapılmasının lehindeki ve aleyhindeki görüşlere kısaca değinmekte yarar vardır. Zira yardımın nasıl yapılacağı sorusuna doğru yanıt bulabilmek için öncelikle niçin yardım yapılması gerektiğini tespit etmek gerekir.

Genellikle siyasi partilere doğrudan mali yardım yapılmasını savunanlar üç temel gerekçe ileri sürmektedirler. Bunlar siyasetin artan maliyetinin ancak kamunun desteği ile karşılanabileceği, tüm siyasi partiler için adil bir siyasi rekabet ortamı ve fırsat eşitliği sağlamak için böyle bir yardımın gerekli olduğu ve siyasi partileri büyük ekonomik güce sahip olan özel gerçek ve tüzel kişi bağışçıların hâkimiyetinden kurtarmak ve siyasi yolsuzlukların önüne geçmek için Devlet yardımının gerekli olduğu savlarıdır⁵.

İlk savdan başlamak gerekirse, yukarıda da değinildiği gibi iletişim teknolojisi ve yöntemlerinin gelişmesine paralel olarak siyaset yapma maliyetleri hızlı bir şekilde artmıştır. Siyasi partiler kendi görüş ve programlarını toplu-

⁴ Mesut Aydın, "Türkiyede Siyasal Partilere Devlet Yardımı" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, Sayı 4 (2005) s.241.

⁵ Biezen,, a.g.e. s.35-36.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

ma ulaştırabilmek için giderek daha fazla yazılı ve görsel medyayı kullanma, profesyonel kampanya tekniklerinden ve uzman halkla ilişkiler şirketlerinden yararlanma ihtiyacı duymaktadırlar. Bunun için ücretli olarak profesyonel insanları çalıştırma gerekliliği doğmuştur. Ayrıca yazılı ve görsel medya araçlarından ve ilan ve reklâm panolarından yararlanmak için de oldukça büyük finansman kaynaklarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ülke çapında örgütlenme, bürolar açma ve bu büroların idamesi için gerekli personel ve işletim giderleri siyasi partilere büyük maliyetler çıkarmaktadır. Diğer taraftan ise bireylerin siyasete olan ilgisinin azalmasına paralel olarak siyasi parti gelirlerinde de önemli bir düşüş yaşanmıştır. Hem gönüllü olarak çalışanlar azaldığı için ücretli insan çalıştırma zorunluluğu doğmuş hem de üye sayılarındaki düşüş nedeniyle partilerin üyelik ödentilerinden elde ettiği gelirler büyük ölçüde azalmıştır. Partilerin çoğulcu demokratik bir siyasal sistemde oynadıkları rol dikkate alındığında, artan maliyetler ve azalan gelirler karşısında siyasi partilerin hayatiyetini devam ettirebilmesi için kamusal kaynaklarla desteklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Partilerin finansmanına devletin katkısını savunmak için ileri sürülen ikinci temel gerekçe ise sağlıklı bir siyasal rekabet ortamının oluşturulabilmesi ve siyasal çoğulculuğun korunabilmesi için tüm siyasi partilere adil fırsat eşitliği sağlanmasının gerekliliğidir. Parti faaliyetlerini sürdürebilmek için gerekli olan mali kaynakları özel bağışlar ve ödentiler yoluyla sağlama bakımından yerleşik ve büyük partilerin küçük partilere göre büyük bir avantajı vardır. Özellikle programları büyük varlık sahibi kişi ve kuruluşların ilgisini çekmeyen küçük partiler finansman sağlamada büyük zorluklarla karşılaşacaktır. Küçük partilerin de görüşlerini topluma ulaştırabilmesi, büyük partilerle daha adil koşullarda rekabet edebilmesi ve onlar karşısında hayatta kalabilmesi için kamu kaynaklarıyla desteklenmeleri gerektiği ileri sürülmektedir.

Devlet yardımını savunanların ileri sürdüğü üçüncü sav ise özel finansörlerin parti üzerindeki etkisini ve siyasal süreci yozlaştırma potansiyelini sınırlama gerekliliğidir. Yukarıda izah edilen nedenlerle partiler gittikçe artan bir ekonomik yük ile karşı karşıyadırlar ve bu yükü kaldırmak için tamamen özel bağışçıların desteğine muhtaç olmaları halinde, parti politikalarında ve seçilmişlerin kararlarında kamu yararı veya genel yarardan ziyade finansmanı sağlayanların özel yararlarının belirleyici hale gelmesi olasıdır. Siyasal sistemi yozlaştıracak bu etkiyi en aza indirmek için özel finansörlerin parti üzerindeki etkisinin mümkün olduğunca sınırlandırılması gerekir. Devlet yardımı siyasi partileri özel bağışlara bağımlılıktan kurtaracağı için yozlaşmanın

önlenmesine katkıda bulunacaktır. Benzer kaygılarla özel bağışların şeffaflaşması ve bağışlara bir üst sınır getirilmesi de yaygın bir uygulamadır.

Siyasal partilere Devlet yardımına karşı çıkanlar ise vergi mükelleflerinin siyasi görüşlerini beğenmedikleri bir siyasi partinin faaliyetlerinin finansmanına zorunlu olarak katılmaya zorlanmamaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca Devlet yardımlarının statükoyu koruyarak sisteme yeni partilerin girmesine engel olacağı da savunulmuştur. Başka bir önemli eleştiri de Devlet yardımının siyasi elitlerle yurttaşlar arasındaki mesafeyi açarak siyaset kurumunu toplumsal taleplere karşı duyarsızlaştıracağı yönündedir. Ancak bu eleştirilere karşın siyasi partilere Devlet yardımı Avrupa'da giderek yaygınlaşmış ve bugün İrlanda ve İngiltere dışında siyasi partilere bir şekilde kamu bütçesinden transfer sağlamayan ülke kalmamıştır.

Ancak bu yardımların hangi partilere, hangi esaslara göre ve ne miktarda dağıtılacağı konusunda her ülke oldukça farklı sistemler benimsemiştir.

Devlet yardımlarının dağıtılmasında objektif, adil ve makul ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Partilere yapılacak mali yardımın miktarının belirlenmesinde objektif ölçüt olarak partinin elde ettiği oy sayısı, partinin parlamentoda sahip olduğu sandalye sayısı ya da her ikisinin bileşiminden yararlanılmaktadır. Bunların dışında uygulamada daha az rastlanmakla birlikte partinin kayıtlı üye sayısı da ölçüt olarak esas alınabilir.

Devlet yardımının partilere dağıtılmasında iki temel ilke söz konusudur; oranlılık ve eşitlik. Oranlılık ilkesi, partinin alacağı Devlet yardımı miktarının partinin toplumda sahip olduğu destekle orantılı olmasını gerektirir. Partinin sahip olduğu toplumsal desteğin göstergesi olarak da genellikle partinin seçimlerde elde ettiği oy ya da parlamentoda sahip olduğu sandalye sayısı esas alınmaktadır. Eşitlik ilkesi ise her parti ya da adayın elde ettiği oy ya da sandalye sayısına bakılmaksızın eşit miktarda Devlet yardımı almasını gerektirir. Uygulamada bazen her iki ilke belli ölçülerde uzlaştırılarak bir arada kullanılmaktadır. Mesela, Macaristan'da dağıtılacak Devlet yardımının % 25'i parlamentoda en az bir milletvekili olan tüm siyasi partilere eşit olarak dağıtılmakta geriye kalan %75 ise partilere parlamento seçimlerinin ilk turunda elde ettikleri oy oranında paylaştırılmaktadır.⁶

Çek Cumhuriyetinde ise en az % 3 oy alan siyasi partilere belli bir miktar para yardımı yapılmakta ve bu paranın miktarı %5 oy oranına ulaşıncaya

⁶ Biezen, s.44.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

kadar her % 0.1 (binde bir) oy fazlası için artırılmakta ancak % 5 oy oranını geçen bütün partilere eşit miktarda yardım dağıtılmaktadır. Ayrıca partilere parlamentoda sahip oldukları her sandalye için de yıllık olarak belli bir meblağ yardım yapılmaktadır.

Devlet yardımının dağıtılmasında eşitlik ilkesine ağırlık veren sistemler küçük partiler için daha avantajlı bir durum yaratmaktadır. Bu şekilde küçük partiler de büyük partilere eşit ya da yakın miktarda Devlet yardımı almakta ve onlarla eşit koşullarda rekabet etme olanağına kavuşmaktadır. Oranlılık ilkesinin esas alınması halinde ise siyasi partiler seçimlerde aldıkları oy ya da parlamentoda kazandıkları sandalye sayısı oranında Devlet yardımından yararlanmakta dolayısıyla büyük partiler küçük partilere göre daha fazla Devlet yardımı almaktadırlar. O nedenle oranlılık sistemi büyük partiler lehine bir durum oluşturmaktadır.

Siyasi partilere Devlet yardımı yapılmasının ve bu yardımın dağıtımında esas alınacak ilkelerin anayasallığını ortaya koyabilmek için karşılaştırmalı hukuka bakılmasında yarar vardır. O nedenle Türkiye’de siyasi partilere Devlet yardımı konusuna geçmeden önce kısaca karşılaştırmalı hukuktan bazı örneklere değinilecektir.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI

1. Almanya

Almanya’da 1959 yılından beri devam eden Devlet yardımı uygulamasını, çoğunlukla, Federal Anayasa Mahkemesi kararları yönlendirmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1955 -1992 yılları arasında parti finansmanına ilişkin olarak yedi kez karar vermiş ve her karardan sonra parlamento yeni düzenlemeler yaparak sisteme müdahalede bulunmuştur. Sistemin bugünkü halini almasında Federal Anayasa Mahkemesinin 1992 yılında verdiği Parti Finansmanına ilişkin VII. kararın⁷ büyük rolü olmuştur. Mahkeme bu kararda daha önceki⁸, partilere sadece seçim kampanyalarının finansmanı amacıyla Devlet yardımı yapılabileceğine ilişkin içtihadını değiştirmiş ve partilerin Devlet yardımını her türlü harcamaları için kullanabileceğine hükmetmiştir. Ayrıca bir birey tarafından bir siyasi partiye bir yıl içinde yapılabilecek mak-

⁷ BVerfGE 85, 264 (1992)

⁸ Almanya’da partilere Devlet yardımının tarihsel gelişimine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz, Nahit Yüksel , *Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı)*, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını (Ankara, 2007) s.26-31.

simum bağış miktarını, partinin deklare etmesi gereken gelirlerin alt sınırını ve vergiden düşülebilecek bağış miktarını belirlemiştir. Mahkeme devlet yardımları toplamının partinin özel gelirlerinden fazla olamayacağına hükmetmiş ve küçük partilere daha fazla yardım yapılmasını sağlayan düzenlemeleri eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.⁹ Bu karardan sonra 1 Ocak 1994'te yürürlüğe girmek üzere Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddelerinde köklü değişiklikler yapılmış ve sistem büyük ölçüde bugünkü halini almıştır.¹⁰

Alman Siyasi Partiler Kanunu'nun 18. maddesinde, siyasi partilerin anayasa tarafından kendilerine yüklenen işlevleri yerine getirebilmeleri için Devlet tarafından kısmen desteklenmeleri öngörülmüştür. Partilerin Devlet tarafından desteklenmesinde temel ölçüt partilerin toplumda kabul edilme düzeyleridir. Bu, bir taraftan partinin en son genel, eyalet veya Avrupa parlamentosu seçimlerinde elde ettiği oy diğer taraftan da üye sayısı ve partiye yapılan bağışlar ile ölçülmektedir.

Siyasi Partiler Kanunu'nun 18. maddesinin dördüncü paragrafına göre bir partinin Devlet yardımından yararlanma hakkı elde edebilmesi için son genel seçimlerde ya da Avrupa parlamentosu seçimlerinde parti listesine geçerli oyların % 0.5'ini veya eyalet parlamentosu seçimlerinde geçerli oyların % 1'ini almış olması gerekmektedir. Parti, liste ile seçime girme hakkı elde edememiş ise en az bir seçim çevresinde oyların %10'unu alması halinde Devlet yardımına hak kazanmaktadır.¹¹

Siyasi Partiler Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü paragrafına göre yukarıdaki koşullarda Devlet yardımına hak kazanan partiye en son seçimde elde ettiği her oy için ilk beş milyon oya kadar 0.85 €, beş milyonun üstündeki oylar için ise oy başına 0.70 € yardım yapılmaktadır. Ayrıca partiye her bağış

⁹ Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Duke University Press, 1997) s. 214.

¹⁰ <http://www.bundestag.de/cgi-bin/druck.pl> (Erişim tarihi 13.08.2008); Almanya'daki yardım uygulamasının 1992 yılına kadarki biçimi için, bkz. Karl Tempel, *Die Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, (Lesket BudrichOpladon, 1987) s. 52-65 ve Alf Mintzel-Heinrich Oberreuter (Hrsg.), *Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, (Leske+ Budrich, Opladon, 1992) s. 564-567. Almanya'da 1992 yılından sonraki Devlet yardımları için bkz. Hans Hoffmann, "Die Neuregelung der staatlichen Parteienfinanzierung," *Die Öffentliche Verwaltung*, (Juni 1994) s. 504-515.

¹¹ Almanya'da karma bir seçim sistemi uygulanmaktadır. Federal milletvekillerinin yarısı tek turlu çoğunluk sistemine göre dar bölgeden, yarısı da nispi temsil sistemine göre geniş bölgeden seçilmektedir. Seçmenler o nedenle her seçimde birisi dar bölge diğeri ise geniş bölge için iki ayrı oy kullanmaktadırlar. Partinin Devlet yardımına hak kazanıp kazanmadığını tespit etmek için geniş çevrede parti listesine verilen oylar dikkate alınmaktadır.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

yapan kişi başına (3300 Euro'ya kadar) yıllık 0.38 € yardım yapılmaktadır. Ancak Kanun'un 18. maddesinin ikinci paragrafına göre Devletin siyasi partilere yapacağı toplam yardımın bir üst sınırı vardır ve yukarıdaki esaslar çerçevesinde hesaplanan yardımların toplamı bu miktarı aşarsa her partinin alacağı yardım miktarı orantılı olarak indirilir. Bu toplam üst sınır 2002 yılından bu yana yıllık olarak 133 milyon € olarak uygulanmaktadır.¹²

Ayrıca Siyasi Partiler Kanun'unun 18. maddesinin beşinci paragrafına göre bir partinin Devletten alabileceği yardım miktarı özel gelirlerinden fazla olamaz. O nedenle yukarıdaki esaslar çerçevesinde hesaplanan yardım miktarı partinin o yıl elde ettiği özel gelirlerden fazla ise yardım miktarı özel gelirlerin toplamına kadar indirilir.

Devlet yardımının partilere dağıtımından Federal Millet Meclisi (Bundestag) Başkanı sorumludur ve her yıl 1 Aralık tarihinde o yıl için her partinin alacağı yardım miktarını tespit etmesi gerekmektedir. Ancak partiler 15 Şubat, 15 Mayıs ve 15 Ağustos tarihlerinde bir önceki yıl aldığı Devlet yardımının % 25'ini geçmemek kaydıyla avans çekebilirler. Partilerin aldıkları Devlet yardımını federal ve yerel düzeydeki örgütlerine nasıl dağıtacaklarına ilişkin de ayrıntılı düzenlemeler Siyasi Partiler Kanunu'nda yer almaktadır.

Almanya'da ayrıca partilerle ilişkili vakıfların eğitim faaliyetleri için de oldukça kapsamlı kamu finansmanı sağlanmaktadır ve bütün büyük partilerin bu nitelikte vakıfları vardır.

2. Avusturya

Avusturya'da siyasal partilere özgü bir yasa çıkarılmasındaki en önemli etken, diğer birçok ülkede olduğu gibi, "Devlet yardımı"dır. Yardım uygulaması 1963 yılında başlamıştır.¹³

Federal Siyasi Partiler Kanunu'nun (PartG) 2. maddesine göre Millet Meclisi'nde (Nationalrat) grubu olan partilerle (en az 5 milletvekili), grubu olmamakla birlikte seçimlerde % 1'in üstünde oy alan partilere talep etmeleri halinde, halkla ilişkiler faaliyetleri için belli bir miktar Devlet yardımı yapılmaktadır. 2005 yılından beri siyasi partilere yardım amacıyla bütçeden

¹² http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/party_funding/index.html

¹³ Ömer Faruk Gençkaya, , "Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlandırılması," Ali Çarkoğlu vd., *Devlet Reformu: Siyasi Partilerde Reform*, içinde, İstanbul, TESEV, 2000, s.146.

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

yıllık 14,383,200 Euro ayrılmaktadır. Bu miktar enflasyon oranına göre artırılabilir.¹⁴

Devlet bütçesinden ayrılan ödeneğin dağıtımında, önce parlamentoda grup kurabilen partilere belirli miktarda (218,019 €) bir taban ödemesi yapılmakta, ödeneğin geri kalan tutarı parlamentoda temsilcisi olan partilere aldıkları oy oranına göre dağıtılmaktadır.

Parlamentoda temsilcisi olmamakla birlikte son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların en az % 1'ini alan partilere seçim yılında yukarıdaki esaslara göre Devlet yardımı yapılmaktadır (PartG m.2 (2)/c).

Bu genel yardım yanında 1989 yılından bu yana partiler talep etmeleri halinde ayrıca seçim giderleri için de devletten yardım almaktadır (PartG m.2a). Yapılacak seçim yardımının miktarı oy hakkına sahip seçmen sayısının 1.94 € ile çarpılmasıyla bulunmaktadır. Seçimden önce talep etmeleri halinde, seçimden sonra parlamentoda temsil hakkı elde eden partilere seçimde aldıkları oy oranında seçim masrafları için devlet yardımı yapılmaktadır.

1996'da yapılan bir değişiklikle seçim giderleri yardımı Avrupa seçimleri için de verilmeye başlanmıştır (PartG m.2b).

Ancak, partilere yapılan Devlet yardımı Partiler Yasası'nda öngörülenin üstündedir. Partilerin Meclis grupları özel bir yasaya göre ayrı bir Devlet yardımı aldığı gibi, siyasal partilerin eğitim çalışmaları (Parteiakademien) için de özel bir yasa uyarınca yardım yapılmaktadır. Ayrıca, eyalet düzeyinde de Devlet yardımına ilişkin birçok düzenleme vardır.¹⁵

3. Fransa

Fransa'da 1988 yılına kadar Devlet yardımı yalnızca seçime katılan adayın seçim kampanyası için yapılmakta iken, 1988 tarihli Yasa partiye de yardım yapılmasını öngörmüştür. Partilere Devlet yardımını düzenlemek üzere 1988-2003 yılları arasında pek çok yasal düzenleme yapılmıştır. Siyasette yozlaşmayla mücadele amacıyla 1995 yılında siyasal partilerin her türlü tüzel kişiden yardım alması yasaklanmış ve bunun yerine partilere devletin yardım etmesi ilkesi benimsenmiştir. Devlet yardımından seçime katılan adaylar da yararlanabilir, ancak bunun için seçim kampanyasında kullanılacak bütün pa-

¹⁴ <http://ris.bka.gv.at/englische-rv/>

¹⁵ Nahit Yüksel , *Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasal Partilere Devlet Yardımı)*, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını (Ankara, 2007) s.27.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

raların, gelir ve harcamaların aday tarafından tayin edilen bir kişi tarafından yönetilen tek bir hesap üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Her yıl siyasi partilere dağıtılacak Devlet yardımı bütçe kanununda yer almaktadır.¹⁶ Mesela 2007 yılı Bütçe Kanunu'nda partilere dağıtılmak üzere 73,283,613 € ayrılmıştır, bu para kırktan fazla siyasi parti ve grup arasında paylaşılmıştır. Bu paranın yarısı siyasi partilere son milletvekili genel seçiminde aldıkları oy oranında dağıtılmaktadır. Bir siyasi partinin bu dağıtımdan pay alabilmesi için en az 50 seçim bölgesinde aday göstermesi¹⁷ ve son milletvekili genel seçiminde geçerli oyların en az %1'ini almış olması gerekmektedir.¹⁸

Bütçeden ayrılan paranın diğer yarısı ise parlamentoda temsil edilen partiler arasında paylaştırılmaktadır. Ancak burada da paylaşıma katılabilmek için önceki yardımdan yararlanmış olmak gerekmektedir. Yani en az 50 aday gösterme ve % 1 oy alma şartlarını gerçekleştirmiş olmak gerekmektedir. Bu şartın amacı da sırf Devlet yardımından yararlanabilmek için parlamentoda yeni partiler kurulmasının önüne geçebilmektir.

Ayrıca Anayasa Konseyinin yeni fikirlerin ve görüşlerin ifade edilmesini engellememe talebini karşılayabilmek amacıyla yeni kurulan partilere, partinin finansal temsilcisinin en az 10,000 gerçek kişiden bağış toplamış olması şartıyla maktu bir yardım yapılmaktadır. Bu yardımın miktarı 2005 yılı için 304,900 €'dur.

Fransa'da Ulusal Mecliste ya da Senatoda grupları olması koşuluyla siyasi partilere Devlet radyo ve televizyonlarında ücretsiz yayın hakkı tanınması, parti gelirlerinin vergi dışı bırakılması gibi dolaylı yardımlar da söz konusudur.

Devlet, adayların seçim kampanyaları sırasında yaptığı masrafları geri ödeme yoluyla da Devlet yardımında bulunmaktadır. Ancak bir adayın geri ödeme talebinde bulunabilmesi için geçerli oyların % 5'ini alması gerekmektedir. Bunun yanı sıra seçim hesabının da Kampanya Hesapları

¹⁶ http://www.assemblee-nationale.fr/english/synthetic_files/file_13.asp

¹⁷ Fransa'da iki türlü dar bölge çoğunluk sistemi uygulanmaktadır. Dolayısıyla burada belirtilen seçim çevresi dar çevredir.

¹⁸ %1 oy şartı 2003 yılında getirilmiştir. Bu şart yok iken sırf Devlet yardımından yararlanmak amacıyla küçük partiler de aday göstermeye başlamış ve aday sayısında çok hızlı bir artış gözlenmiştir. 1988 yılında yapılan genel seçimlerin birinci turundaki aday sayısı 2888 iken bu sayı 2002 yılı genel seçimlerinde 8444'e çıkmıştır. Bu artışı önlemek amacıyla Devlet yardımından yararlanabilmek için partilere böyle bir asgari oy alma şartı getirilmiştir.

ve Siyasal Finansman Ulusal Komitesi tarafından ibra edilmiş olması gerekmektedir. Fransa'da kampanya harcamalarını denetim altında tutmak amacıyla sıkı tedbirler getirilmiştir. Buna göre her aday kendisine bir finansal temsilci tayin etmek zorundadır. Bu finansal temsilci bir kampanya hesabı açarak kampanyanın tüm gelirlerini ve harcamalarını bu hesap üzerinden yürütmek zorundadır. Tüzel kişilerin kampanya sırasında bağış yapması yasak olmakla birlikte gerçek kişiler kişi başına 4,600 €'u geçmemek üzere adaylara bağışta bulunabilirler. Ancak seçim kampanyalarında yapılabilecek harcamalar için bir üst sınır getirilmiştir. Buna göre her aday 38,000€ + seçim çevresindeki seçmen sayısının 0,15 € ile çarpılmasıyla elde edilen rakamın üzerinde harcama yapamaz. Bunu desteklemek amacıyla bazı pahalı propaganda yöntemleri yasaklanmıştır. Bir adayın bu kurallara uyması ve yukarıda belirtilen koşulları sağlayarak hesaplarının ibra edilmesi halinde kampanya üst sınırının % 50'sine kadar harcamalarının geri ödenmesini talep edebilir. Yani harcamalarının üst sınırın yarısını geçirmeyecek seviyede tutması halinde, tüm harcamalarının geri ödenmesini talep etme hakkı vardır.¹⁹

4. İspanya

İspanya'da Devlet yardımı partilerin olağan harcamalarına yönelik, seçim giderlerini karşılamak üzere ve parlamento grubu çalışmalarını finanse etmek üzere üç kategoride verilmektedir. Bu yardımlar parti gelirlerinin % 90'ından fazlasını oluşturmaktadır.

Devlet partilerin ulusal seçimlerde yaptığı harcamaları da geri ödemektedir. Seçim harcamalarının geri ödenmesi uygulaması her düzeydeki seçim için geçerlidir. Devlet yardımının dağıtımında bir taraftan partinin seçimlerde aldığı oy oranı, diğer taraftan da partinin Milletvekilleri Meclisi ve Senatoda sahip olduğu sandalye sayısı dikkate alınmaktadır.

2000 yılında partiler Parlamentonun her iki kanadında sahip oldukları her sandalye için 11,807 € ve Milletvekilleri Meclisi seçimlerinde elde ettikleri her oy için 0.44 € ve Senato seçimlerinde elde ettikleri her oy için 0.18 € Devlet yardımı almışlardır. Yapılacak Devlet yardımının toplam tutarı her yıl bütçe kanununda belirtilmektedir. Bu rakamın tespitinde genellikle seçmen sayısı esas alınmakta ve her seçmen için belli bir rakam dikkate alınmaktadır (1998 yılı için seçmen başına 1.39 €). Belirlenen toplam rakamın 1/3'ü parlamentodaki sandalye sayılarına göre, geri kalan 2/3

¹⁹ http://www.assemblee-nationale.fr/english/synthetic_files/file_13.asp

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

ise parlamento seçimlerinde elde edilen oy oranı dikkate alınarak dağıtılmaktadır.²⁰

İspanya'da siyasi partilerin seçim masraflarını geri isteyebilmesi için seçim çevreleri düzeyinde % 3'ün üzerinde oy alması gerekmektedir. Bu da büyük partiler lehine bir durum yaratmaktadır. İki büyük parti seçim yardımlarının çok büyük çoğunluğunu elde etmektedir. Mesela 1986 ve 1996 yılları arasında seçim yardımlarının %82'si ile %89'u Partido Popular-Halk Partisi (PP) ile Partido Socialista Obrero Espanol (PSOE) tarafından alınmıştır oysa aynı dönemde bu iki partinin elde ettiği toplam oy oranı %65 ile %76 arasında değişmiştir. Senato üyelikleri esas alınarak yapılan yardım da büyük partiler lehine büyük avantaj yaratmaktadır çünkü senato seçimleri çoğunluk sistemine göre yapılmaktadır. Mesela 1996 yılında yapılan seçimlerde Izquierda Unida 6.8 milyon oy alarak üçüncü olmasına rağmen Senatoda hiçbir sandalye elde edememesi nedeniye yardım alamamıştır.²¹

5. Portekiz

Portekiz'de partilere Devlet yardımı yapılmasına 1977 yılında başlanmıştır. Başlangıçta Devlet yardımı yalnızca partilerin olağan giderlerini karşılamak amacıyla yapılırken 1993 yılında yapılan kanun değişikliği ile seçim kampanyalarına yönelik harcamalar için de yardım yapılması kabul edilmiştir.

Portekiz'de partilere yapılacak yardımların tümü asgari ücretle ilişkilendirilmiştir. Partilere yapılacak normal yardımın miktarı, partinin en son parlamento seçimlerinde elde ettiği oyun, aylık asgari ücretin 1/225'i ile çarpılmasıyla bulunmaktadır. Seçim yardımı miktarı da asgari ücretle ilişkilendirilmiştir. Devletin yapacağı toplam seçim yardımı ulusal ve yerel seçimlerde 2500, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde 1250 ve bölgesel seçimlerde 250 asgari ücret olarak belirlenmiştir. Bu miktarın partilere dağıtılmasında eşitlik ve oranlılık ilkeleri birlikte uygulanmaktadır. Buna göre dağıtılacak miktarın % 20'si bütün seçime katılan partiler ve adaylar arasında eşit olarak paylaştırılmakta, geriye kalan % 80'i ise partilerin ve adayların elde ettiği oy ile orantılı olarak dağıtılmaktadır.

Yasaya göre partilerin normal Devlet yardımından yararlanabilmesi için 50.000 oy almış olmaları gerekmektedir ki bu kayıtlı seçmenlerin % 0,6'ına

²⁰ Financing of Political Parties: Methods of Funding, s.3.
http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DICE_Content/OTHER_TOPICS/Miscellaneous/M050_FINANCING_OF_POLITICAL_PARTIES/Fin-pol-par-meth.pdf

²¹ Beizen, s. 47

tekabül etmektedir. Seçim yardımından yararlanabilmek için ise seçim çevrelerinin en az %51'inde seçime girmeleri ve en az % 2 oy almış olmaları gerekmektedir, bu asgari oy Cumhurbaşkanlığı seçimine katılan adaylar için % 5'tir.²²

6. Polonya

Polonya'da bir siyasal partinin Devlet yardımına hak kazanabilmesi için parlamentoda üyesi bulunması veya nispi temsil esasına göre yapılan Millet Meclisi seçimlerinde en az % 3 oy alması gerekmektedir. Partilerin yanı sıra "başka sùjeler" de Devlet yardımından pay almaktadır. Bunlar ortak bir liste ile Millet Meclisi veya Senato seçimlerine katılma amacıyla bir araya gelen "seçim birlikleri"dir. Parlamento seçimlerine katılmaları dolayısıyla devletçe yapılacak yardımın % 60'ı partilerin tüzüklerine uygun harcamaları, geri kalan % 40'ı ise parlamento seçimlerine katılma giderlerinin karşılığı olarak ödenmektedir. % 60'lık bölümün ödenmesi ÷lke çapında en az % 3 oy alınmasına bağlıdır. Bir partinin seçim harcamaları için devletten yardım alması seçimler sonunda parlamentoda en az bir milletvekili veya senatörce temsil edilmesine bağlıdır. Her bir partiye tüzüğüne uygun harcamaları için yapılacak yardımın miktarı, alınan oyların oranına göre, seçime katılma giderlerine ilişkin yardımın miktarı ise, elde edilen milletvekili ve senatör oranına göre belirlenmektedir.²³

Genel olarak doğu Avrupa ÷lkelerinde de batı Avrupa ÷lkelerine benzer şekilde hem partilerin alacakları yardım türleri hem de bu yardımdan yararlanabilmek için gerekli olan asgari koşullar bakımından çok farklı düzenlemeler vardır. Mesela yardıma hak kazanma bakımından iki farklı ön koşul aranmaktadır. Bosna Hersek, Estonya ve Slovenya'da yardımdan yararlanabilmek için bir partinin parlamentoda en az bir temsilcisinin olması gerekmektedir. Arnavutluk, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Makedonya, Rusya ve Slovakya'da asgari bir oy oranına ulaşmaları halinde partiler Devlet yardımına hak kazanmaktadır. Bu asgari oy oranı genellikle %1 ile %3 arasında değişmektedir. Mesela Bulgaristan'da bir partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için % 1 oy alması yeterli iken bu oran Litvanya'da %3 olarak tespit edilmiştir. Romanya'da da Polonya'da olduğu gibi partilerin Devlet yardımından yararlanabilmesi için ya en az bir milletvekiline sahip olması ya da asgari bir oy oranına ulaşması gerekmektedir.²⁴

²² Biezen . s. 49

²³ Yüksel, s.34.

²⁴ Dr Marcin Walecki "Recommendations prepared for the Latvian Corruption Prevention and Combating Bureau" 2 June 2006, http://www.knab.gov.lv/uploads/eng/public_fun-

7. Avrupa Konseyi'nin Siyasi Partilere Devlet Yardımına Yaklaşımı

Avrupa Konseyi'nin çeşitli organları parti finansmanına ilişkin olarak çalışmalar yürütmüşler ve kararlar almışlardır. Bu çerçevede Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2001 yılında Siyasi Partilerin Finansmanına ilişkin 1516 sayılı Tavsiye kararını yayınlamıştır.

Siyasi partilerin faaliyetlerini yürütme koşullarının değiştiğine ve partilerin görünürlük kazanmak ve fikirlerine siyasi destek bulabilmek için ciddi finansal kaynaklara ihtiyacı olduğuna vurgu yapılarak, siyasi partilere ilişkin düzenlemelerin bu gerçekleri dikkate alınarak yapılması gerektiği ve siyasi partilerin işlevlerini gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyacakları kaynakları elde etmelerine olanak tanınması gerektiği hatırlatılmıştır.²⁵

Siyasi partilerin ve seçim kampanyalarının finansmanına ilişkin düzenlemelerin şu ilkelere dayanması gerektiği belirtilmiştir: özel ve kamusal finansman arasında makul bir denge, Devlet yardımlarının partilere dağıtımında hakkaniyete uygun ölçütler bulunması, özel bağışların sıkı kurallara tabi tutulması, seçim kampanyalarına yönelik parti harcamalarına bir taban getirilmesi, hesaplarda tam bir şeffaflık, bağımsız bir denetim mekanizmasının oluşturulması ve kuralları ihlal edenlere yönelik caydırıcı yaptırımların bulunması.²⁶

Devlet yardımlarına ilişkin olarak da, siyasi partilerin özel bağışçılara bağımlılıktan kurtulması ve partiler arasında fırsat eşitliğinin garanti altına alınması amacıyla Devlet bütçesinden yardım almaları gerektiği belirtilmiştir. Devlet yardımlarının partilere dağıtımında bir taraftan partinin arkasındaki toplumsal desteğin dikkate alınması, bunun için siyasi partinin elde ettiği oy ve kazandığı sandalye sayılarının göz önünde tutulması, diğer taraftan da yeni partilerin siyasal arenaya çıkışına ve yerleşik partilerle adil koşullarda rekabet etmesine imkân verilmesi tavsiye edilmiştir.²⁷ Aşırı Devlet yardımının parti ile seçmenleri arasındaki bağı zayıflatacağından, Devlet tarafından yapılacak yardımının yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirecek miktarları aşmaması gerektiği de vurgulanmıştır.

Parlamenterler Meclisinin bu tavsiye kararını Bakanlar Komitesi de benimsemiş ve 8 Nisan 2003 tarihinde yapılan 835. toplantısında Siyasi Parti-

[ding_in_latvia.pdf](#).

²⁵ Parliamentary Assembly, Recommendation 1516 (2001), Financing of Political Parties, m.6.bkz. <http://assembly.coe.int/Documents/AdaptedText/ta01/EREC1516.HTM>.

²⁶ A.g.y. m. 7.

²⁷ A.g.y. m.8/A-ii

lerin ve Seçim Kampanyalarının Finansmanında Yolsuzluklara Karşı Ortak Kurallara ilişkin üye devletlere tavsiye kararını almıştır.²⁸

Ortak Kuralların, Siyasi Partilere Özel ve Kamusal Yardım Başlıklı 1. maddesinde, Devletin siyasi partilere yardım etmesi ve bu yardımın makul bir katkı ile sınırlı olması gerektiği düzenlenmektedir. Aynı maddede Devlet yardımlarının dağıtımında objektif, adil ve makul kuralların uygulanması ve Devletin, özel ya da kamusal herhangi bir yardımın partinin bağımsızlığına müdahale etmemesini sağlaması gerektiği yer almaktadır.

Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) da 9-10 Mart 2001 tarihinde yapılan 46. toplantısında Parti Finansmanına ilişkin Rehber İlkeleri kabul etmiştir.²⁹ Rehber ilkelerin kamusal finansmana ilişkin bölümünde şu ilkeler yer almıştır:

“3. Kamusal finansman parlamentoda temsil edilen her partiyi kapsamalıdır.

4. Ancak, farklı siyasi partiler arasında fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla kamusal finansman seçmenlerin önemli bir kısmını temsil eden ve seçimlerde aday gösteren partileri de kapsayabilir. Kamusal yardımın düzeyi yasama organı tarafından, periyodik bazlı olarak ve objektif kriterler esas alınarak tespit edilir.

Vergi muafiyetleri, sadece partilerin faaliyetleri ile sıkı sıkıya bağlı olan işlemler için tanınabilir.

5. Siyasi partilerin kamusal fonlardan yararlanması ancak hesaplarının kamusal organlar tarafından (mesela, Sayıştay) denetlenmesi koşuluyla mümkün olmalıdır. Devlet kamusal yardımdan yararlanan siyasi partilerin finansal şeffaflığını sağlayacak bir politika benimsemelidir.”

Avrupa Konseyinin bağlayıcı olmayan, sadece tavsiye niteliğinde olan yukarıdaki her üç belgesinde de özetle Devletin siyasi partilere yardım yapması gerektiği, ancak bu yardımın makul bir düzeyi aşmaması ve yardımın

²⁸ Recommendation Rec (2003) 4 of the Committee of Ministers to the member states on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns. Bkz. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2003\)4&Language=lanEnglish&Ver=origin&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogo=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2003)4&Language=lanEnglish&Ver=origin&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogo=FDC864).

²⁹ Guidelines and Report on the Financing of Political Parties, CDL-INF(2001)8 bkz. [http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF\(2001\)008-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF(2001)008-e.asp).

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

dağıtımında objektif, makul ve adil ölçütlerin kullanılması gerektiği belirtilmektedir.

Eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de siyasi partilere Devlet yardımıyla ilgili çeşitli başvuruları incelemiştir. Devlet yardımından yararlanabilmek için geçerli oyların en az %3' ünü almış olma zorunluluğu getiren bir yasayla ilgili olarak Güney Kıbrıs aleyhine yapılan bir başvuruda, Sözleşmenin partilere Devlet yardımını düzenlemediğini hatırlatan Komisyon, Sözleşmeye ek 1. Protokolün 3. maddesinde yer alan "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler" hükmünün Sözleşme organları tarafından, adaylara ve siyasi partilere seçimlere katılma hakkı tanıdığı şeklinde yorumlandığını hatırlatmıştır.³⁰ Mahkeme ve Komisyon içtihadında bu hükümde yer alan "halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde" ibaresinin seçimlere katılma ve oy haklarının kullanılmasında devletin bütün yurttaşlara eşit davranma yükümü bulunduğu işaret ettiği belirtilmiştir.³¹ Ayrıca Sözleşmenin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Komisyona göre Sözleşmeye ek 1. Protokolün 3. maddesi tek başına ve 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde Devlet yardımının partilere nasıl dağıtılacağı konusunda Devletin sahip olduğu takdir yetkisine belli sınırların getirildiği anlaşılmaktadır.³²

Ancak Komisyon yeterince destekçisi olan görüşlerin temsil edilmesi amacıyla belli bir seçim barajı konulmasını meşru gördüğü gibi Devlet yardımının da belli oranda desteğe sahip olan partilere özgülmesinin Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Ne var ki Komisyon Devlet yardımının dağıtılmasında Sözleşmenin taraf Devletlerin sahip olduğu takdir yetkisine getirdiği sınırın ne zaman devreye gireceğini açıkça tartışmaktan kaçınmıştır. Benzer bir kararı da Mahkeme Antonopoulos/Yunanistan başvurusunda vermiştir.³³ Mahkemenin yaklaşımına göre siyasi partilerin seçimlerde elde ettiği oy oranında Devlet yardımından yararlandırılması bir taraftan partilerin dışarıdan gelecek baskılara karşı ko-

³⁰ Gitonas and Others v. Greece, judgment of 1 July 1997, Reports 1997-IV, p. 1233, para. 37.

³¹ Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113, p. 24, para. 54

³² New Horizons v. Cyprus, Application No:40436/98, Decision of the Commission, 10.09.1998.

³³ Antonopoulos v. Greece, Application No:58533/00, Decision of Second Section, 20.03.2001

runması, diğer taraftan da her birinin gerçek önemini göstermesi açısından Sözleşmeye aykırı değildir ve uygulanabilir niteliktedir.³⁴

C. TÜRKİYE'DE SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI

Türkiye'de de dünyadaki gelişime paralel olarak siyasi partilere Devlet tarafından yardım edilmesi 1960'lı yıllardan sonra tartışılmaya başlanmıştır. 1961 Anayasası'nın ilk halinde siyasi partilere Devlet yardımı öngörülmemekle birlikte 1965 tarihinde 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 74. maddesi ile siyasi partilere Devlet tarafından yardım yapılması esası getirilmiştir. Bu maddede yardımın amacı "parti ihtiyaçları ve parti çalışmalarında kullanılmak"³⁵ olarak gösterilmiştir. Bu maddenin ilk haline göre, bir önceki milletvekili genel seçimlerinde en az % 5 oy almış siyasi partilere, aldıkları geçerli oy oranları dikkate alınarak (kademeli olarak), her yıl Devletçe sabit miktarda yardım yapılacaktır. Bu maddenin 1967 yılında 1017 sayılı yasa ile değiştirilmesiyle, maddi yardımın, seçimlere katılmamış, ancak Meclis'te üye tam sayısının en az yüzde beşine sahip olup, il ve ilçe merkezlerinin en az üçte birinde örgütlenip, yönetim kurullarını kuran partilere de yapılacağı kabul edilmişti.³⁶

Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesince adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. E. 1968/26 sayılı kararda, partilere yardım yapılması ilke olarak Anayasa'ya aykırı görülmemiş, ancak yardım biçimi, partiler arasında ayırım yaratılmış olması ile yardımın nasıl harcanacağına ilişkin kural öngörülmemiş olması iptal gerekçesi sayılmıştır.³⁷

1970 tarihinde 1219 sayılı Kanun'la Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda yeniden düzenlenen 74. madde Türkiye genelinde % 5'i geçen partilere aldıkları oy oranında yardım yapılmasını öngörmüş, ayrıca yardımın ancak parti ihtiyaçları için kullanılabilmesi hükmünü getirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 2.2.1971 tarihli kararıyla partilere yardımı ilke olarak Anayasaya aykırı görerek önceki kararından ayrılmış ve Yasayı iptal etmiştir.³⁸

³⁴ Van Dijk, van Hoof, van Rinj, Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Intersentia, Antwerpen: 2006) s.914.

³⁵ Mustafa KOÇAK, "*Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları*" (Turhan, Ankara: 2002), s.125.

³⁶ Bu değişikliğin amacı 1967 yılında CHP'den ayrılarak kurulan Güven Partisine mali destek sağlamak olduğu ifade edilmektedir. (Bkz., *Gençkaya*, a.g.e., s. 167).

³⁷ AYMK, Esas No: 1968/26, Karar No: 1969/14, K.T. 18-19.02.1969, AYMKD 7, 237.

³⁸ AYMK, Esas No: 1970/12, Karar No: 1971/13, K.T. 02.02.1971, AYMKD 9, 281.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

Anayasa koyucu Mahkeme kararına Anayasa değişikliği ile karşılık vermiş ve 1971 yılında 1421 sayılı Kanun’la Anayasanın 56. maddesine son fıkra olarak “Son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde beşini alan veya bu seçimlerde Millet Meclisinde grup teşkil edecek sayıda milletvekilliği kazanmış bulunan siyasi partilere Devletçe yapılacak yardım kanunla düzenlenir.” hükmü eklenmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra 648 sayılı Kanun’un 74. maddesi 1974 tarihinde 1802 sayılı Kanun’la yeniden düzenlenmiştir. Buna göre:

“Son milletvekili genel seçimlerine katılan ve Türkiye itibariyle toplam geçerli oy sayısının en az % 5’ini alan veya bu seçimlerde Millet Meclisi’nde grup kuracak sayıda³⁹ milletvekilliği kazanmış bulunan siyasî partilere her yıl Hazinece ödenmek üzere, o yılki genel bütçe gelirleri “(B) cetveli” toplamının beş binde biri oranında ödenek malî yıl bütçesine konur.

Bu ödenek; yukarı ki fıkra gereğince Devletçe yardım yapılacak olan siyasî partiler arasında, o siyasî partinin son milletvekili genel seçimlerinde Türkiye itibariyle almış olduğu geçerli oyların, bu partilerin toplam olarak aldıkları geçerli oylar oranına göre bölüştürülerek her yıl ödenir”.

Bu hükümle yardımın dağıtılmasında eski aşamalı sistem terk edilerek her partinin alacağı yardım miktarı partinin genel seçimde aldığı oy ile orantılandırılmıştır.⁴⁰

1982 Anayasası’nın ilk şeklinde, siyasi partilere Devlet yardımına ilişkin olarak her hangi bir hüküm yer almamıştır. 22.04.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun ilk halinde de konuya ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Konuyla ilgili olarak, Anayasa Komisyonu’nun Siyasi Partiler Kanunu ile ilgili gerekçesinde siyasi partilerin kamu kuruluşu olmadıkları, Devletin demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez kuruluşları olan siyasal partilere yardım etmek zorunda olmadığı, Devlet yardımı olsa bile, siyasal partilerin başka yollardan çıkar sağlamalarının söz konusu olabileceği ve Anayasa’da Devlet yardımına yönelik bir ibarenin konulmadığı belirtilmiştir.⁴¹

³⁹ Anayasanın 85/2. maddesine göre en az 10 milletvekili.

⁴⁰ 1961 anayasası dönemindeki gelişmeler için bkz. Nahit Yüksel, s. 37-64; Reşit Gürbüz, “Siyasi Partilere Devletçe Yapılan Malî Yardımın Hukuki ve Siyasal Analizi” *Türk İdare Dergisi*, s.183; Mesut Aydın, “Türkiyede Siyasal Partilere Devlet Yardımı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, Sayı 4 (2005) s.235.

⁴¹ *Siyasi Partiler Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 14, S. Sayısı 333, s. 32-33.

Buna karşılık 27.6.1984 tarih ve 3032 sayılı Kanunla 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 61. maddesine (j) bendi eklenerek partilerin gelir kaynakları arasında Devlet yardımlarına yer verilmiştir. Buna bağlı olarak "Devletçe yardım" başlıklı Ek Madde ve Geçici 11. maddeyle siyasi partilere Devlet yardımı uygulamaya konulmuştur.

Geçici 11. maddeye 9.4.1987 tarih ve 3349 sayılı Kanun ile yeni fıkralar eklenmesi üzerine Devlet yardımı konusu yeniden Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir.

Anayasa'ya aykırılık başvurusunda esas olarak getirilen hükümlerin objektif ve genel nitelikte olmadığından hukuk devletine aykırı olduğu ileri sürülmekteydi. Buna karşılık, ilke olarak, siyasi partilere hazine yardımının yapılması dava konusu yapılmamıştı. Anayasa Mahkemesi, getirilen düzenlemeleri anayasaya aykırı bulmamıştır.⁴²

7.8.1988 tarih ve 3470 sayılı Kanun'la da Devlet yardımı konusunu düzenleyen Siyasi Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesine bazı fıkralar eklenmiştir. Getirilen düzenlemede,

"Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların % 7'sinden fazlasını alan siyasî partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasî partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazanlıkları oyla orantılı olarak yapılır. Ancak bu yardım üç yüz elli milyon liradan az olamaz. Bunun için her yıl Maliye ve Gümrük Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur.

Yukarıdaki fıkralarda öngörülen yardım miktarları; bu yardımdan faydalanabilecek siyasî partilere, milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıl üç katı; mahalli idareler genel seçim yılı için iki katı olarak ödenir. Her iki seçim aynı yıl içerisinde yapıldığında bu ödemenin miktarı üç katı geçemez. Bu fıkra gereğince yapılacak katlı ödemeler, Yüksek Seçim Kurulu'nun seçim takvimine dair kararının ilanını izleyen 10 gün içinde yapılır." denilmiştir.

3470 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle, siyasi partilere Devlet yardımıyla ilgili Anayasa'ya aykırılık sorunu yeniden gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında siyasi partilerin işlevlerinden hareketle Devlet tarafından siyasi partilere mali yardım yapılmasının Anayasaya aykırı olmadığını

⁴² AYMK, Esas No: 1987/14, K.arar No: 1988/1, K.T. 05.11.1988, RG. 23.08.1988, S. 19908, s. 7-13.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

belirtmiştir.⁴³ Anayasa Mahkemesi bu kararında Anayasa’da açık bir yasaklama hükmü olmamasına dayanarak Devlet yardımını Anayasa’ya uygun bulmuştur. Mahkeme 3470 sayılı Kanunla Ek 1. Maddeye eklenen yukarıdaki fıkraların Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 68. maddelerine aykırılığı savını yerinde görmeyerek iptal istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “seçimlere katılabilme koşullarını sağlayamayan ve seçimlere katıldığı halde aldığı oyla yeterli oranda seçmen kitlesinin güvenini kazanamadığı anlaşılabilir bir siyasi partinin milli iradenin oluşmasına, daha büyük seçmenin güvenini kazanan güçlü partiler gibi katkıda bulunacağı düşünülemez. Dava konusu düzenlemeyle partiler arasında bir ayırım yapılmamış, büyüklük ve güçlerine göre sağladıkları kamu yararı göz önünde tutularak farklı davranılmıştır. Bu durum Anayasa’nın 10. maddesine aykırı değildir.”⁴⁴

31.10.1990 tarih ve 3673 ve 24.3.1992 tarih ve 3789 sayılı Kanunlarla da siyasi partilere Devlet yardımının kapsamı genişletilmiştir. 3673 sayılı Kanunla 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’na Geçici 16. madde eklenmiştir. Getirilen düzenlemede,

“31.10.1990 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde 10 veya daha fazla milletvekili bulunup da Devlet yardımı alamayan siyasal partilere, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak ilk genel seçimlere kadar, Siyasî Partiler Kanununun “Ek Madde 1” de öngörülen esaslar dairesinde en az Devlet yardımı alan siyasî partiye yapılan Devlet yardımı kadar, Devlet yardımı yapılır.” denilmiştir.

3789 sayılı Kanun ile Geçici 16. madde değiştirilmiştir. Maddede,

“Türkiye Büyük Millet Meclisinde 10 veya daha fazla milletvekili bulunup da Devlet yardımı alamayan ve seçimlere girme hakkını elde edecek şekilde teşkilatlanmasını tamamlamış siyasî partilere, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, Siyasî Partiler Kanununun “Ek Madde 1” de öngörülen esaslar dairesinde en az Devlet yardımı alan siyasî partiye yapılan yardım kadar Devlet yardımı yapılır. Bu partilerin 10’dan az olmakla birlikte en az 3 veya daha fazla milletvekiline sahip olmaları halinde kendilerine en az Devlet yardımı alan siyasi partiye yapılan yardımın ¼’ü tutarında Devlet yardımı yapılır.” denilmiştir.

⁴³ AYMK, Esas No. 1988/39, Karar No. 1989/29, K.T. 06.07.1989, RG. 08.02.1990, S. 20427, s. 45-46.

⁴⁴ AYMK, Esas No: 1988/39, Karar No: 1989/29, K. T. 6.7.1989, AMKD Sayı 26, s. 28.

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun'la Anayasa'da değişiklik yapılarak siyasi partilere Devlet yardımı konusu anayasal bir dayanağa kavuşmuştur. Bu değişiklikle Anayasanın 68. maddesine son fıkra olarak "*Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.*" hükmü eklenmiştir.

29.4.2005 tarih ve 5341 sayılı Kanun'la Siyasi Partiler Kanunu'nun Geçici 16. maddesi yürürlükten kaldırılarak, siyasî partilere Devlet yardımının kapsamı daraltılmıştır. 5341 sayılı Yasa itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme Devlet yardımının kapsamının daraltılmış olmasını Anayasaya aykırı görmemiştir.⁴⁵

Kısaca özetlemek gerekirse, 1982 Anayasası döneminde önce yasayla %10'luk seçim barajını geçen partilere yardım yapılması kabul edilmiş, daha sonra yardımın kapsamı seçim barajını aşmamakla birlikte en az %7 oy alan partileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Daha sonra yardımın kapsamı bu şartları taşımamakla birlikte TBMM'de önce en az 10 milletvekiline, daha sonra en az üç milletvekiline sahip olan partileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Son olarak sadece milletvekiline sahip olmak nedeniyle Devlet yardımı alma olanağı ortadan kaldırılarak, Devlet yardımından yararlanabilmenin ön koşulu genel seçimlerde geçerli oyların en az %7'sini almak haline getirilmiştir.

D. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARI VE %7 OY EŞİĞİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI SORUNU

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesi itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. İtiraz yoluna başvuran mahkeme SPK Ek 1. maddesinin Anayasanın 2., 5., 10. ve 68. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Ek Madde 1 şu şekildedir:

"Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve 2339 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33 üncü maddesindeki genel barajı aşmış bulunan siyasi partilere her yıl Hazineden ödenmek üzere

⁴⁵ AYMK, Esas No: 2007/59, Karar No: 2007/75, K.T. 30.7.2007, RG Tarih 26.01.2008 Sayı: 26768.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

o yılki genel bütçe gelirleri “(B) Cetveli” toplamının beşbinde ikisi oranında ödenek mali yıl için konur.

Bu ödenek, yukarıdaki fıkra gereğince Devlet yardımı yapılacak siyasi partiler arasında, bu partilerin genel seçim sonrasında Yüksek Seçim Kurulunca ilan edilen toplam geçerli oy sayıları ile orantılı olarak bölüştürülmek suretiyle her yıl ödenir. Bu dönemlerin o yılki genel bütçe kanununun yürürlüğe girmesini takip on gün içinde tamamlanması zorunludur.

Bu yardım sadece parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanılır.

Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %7’sinden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır. Ancak bu yardım üçyüzelli milyon liradan az olmaz. Bunun için her yıl Maliye ve Gümrük Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur.

Yukarıdaki fıkralarda öngörülen yardım miktarları; bu yardımdan faydalanabilecek siyasi partilere, milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıl üç katı, mahalli idareler genel seçim yılı için iki katı olarak ödenir. Her iki seçim aynı yıl içerisinde yapıldığında bu ödemenin miktarı üç katı geçemez. Bu fıkra gereğince yapılacak katlı ödemeler, Yüksek Seçim Kurulunun seçim takvimine dair kararının ilanını izleyen 10 gün içinde yapılır.

Bu Kanunun 76 ncı maddesi hükmü dairesinde gelirleri Hazineye irad kaydedilen ve taşınmaz malları Hazine adına tapuya tescil edilen siyasi partilere, bu madde gereğince yapılacak Devlet yardımında, Hazineye irad kaydedilen gelirin Hazine adına tapuya tescil edilen taşınmazların toplam değerinin iki katı indirilir.”

Bu madde hükmüne göre bir siyasi partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için Yüksek Seçim Kurulunca seçimlere katılma hakkı tanınması ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 33. maddesindeki genel barajı aşmış olması gerekmektedir. Bu baraj %10’dur. Bir siyasi parti bu barajı aşmamakla birlikte milletvekili genel seçiminde geçerli oyların %7’sinden fazlasını almışsa bu partiye de yardım yapılacaktır.

Devletin yapacağı yardımın toplamı genel bütçe gelirleri (B) Cetveli toplamının beşbinde ikisidir ve bu miktar o mali yıl için ödenek olarak konulur.

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

Ayrıca %7 oy oranını aşan siyasi partilere ödenmek üzere her yıl Maliye Bakanlığı bütçesine ödenek ayrılır.

Ayrılan ödeneğin siyasi partilere paylaşılmasında partilerin en son genel seçimde elde ettikleri geçerli oy sayıları dikkate alınır. Ödemeler yıllık olarak yapılır ve o yılki genel bütçe kanununun yürürlüğe girmesini takip eden on gün içinde tamamlanması zorunludur.

Partiler bu yolla elde ettikleri gelirleri sadece parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanabilirler.

Milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıllarda siyasi partilere yukarıdaki esaslara göre belirlenecek yardım miktarının üç katı, mahalli idareler seçimlerinin yapılacağı yıllarda ise iki katı tutarında yardım yapılır. Her iki seçimin birlikte yapıldığı yıllarda verilecek yardımın miktarı üç katı geçemez.

Son olarak Siyasi Partiler Kanunu'nun 76. maddesine göre yaptırım uygulanarak gelirleri Hazineye irat kaydedilen ve taşınmazları Hazine adına tapuya tescil edilen partilere yapılacak yardımdan Hazineye irat kaydedilen ve tapuda Hazine adına kaydedilen taşınmazın değerinin iki katının indirileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi incelemesini sadece partilerin devlet yardımından yararlanma koşullarını düzenleyen hükümlerle sınırlandırarak maddenin diğer hükümlerinin davada uygulanacak kural olmadığına karar vermiştir.⁴⁶

Devlet yardımından yararlanma miktarını düzenleyen hükümlerin de anayasaya uygunluğunun tartışılması gerekmektedir. Yasa bu konuda temel olarak oranlılık ilkesini benimsediğinden Anayasada yer alan hakkaniyet ilkesine açık bir aykırılık gözükmemektedir. Temel sorun yardımdan yararlanma koşullarıyla ilgilidir o nedenle biz de incelememizi devlet yardımından yararlanma koşullarıyla sınırlı tutacağız. Ancak yeri geldikçe yardım miktarının tespitinde saf oranlılık sistemi yerine karma bir sistemin benimsenmesinin mümkün olup olmadığını da tartışacağız.

Siyasi Partiler Kanununun Ek 1. maddesinde devlet yardımından yararlanma koşulları birinci fıkradaki “*Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve 2339 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33 üncü maddesindeki genel barajı aşmış bulunan siyasi partilere*”

⁴⁶ AMK, E:2008/42, K: 2008/167, KT: 20.11.2008, RG. T:18.3.2009, S: 27173.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

ibaresi ve dördüncü fıkrada yer alan “*Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %7’sinden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır.*” şeklindeki birinci cümlesinde düzenlenmiştir.

Buna göre bir siyasi partinin devlet yardımından yararlanabilmesi için temelde iki koşulu yerine getirmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki seçimlere katılma hakkını elde etmesi, diğeri de genel seçimlerde geçerli oyların en az % 7’sini elde etmiş olmasıdır. Ancak geçerli oyların % 7’sini almakla %10’luk barajı aşmak arasında alınacak devlet yardımının hesaplanması ve kaynağı açısından farklılık vardır. Bütçe gelirlerinin beş binde ikisi miktarında ayrılan devlet yardımı ödeneği esasen %10’luk barajı geçen partilere oyları oranında dağıtılacaktır. Yani bütçeden ayrılan miktar %10’dan fazla oy alan partilerin elde ettikleri toplam oy miktarına bölünerek her oy için ödenecek meblağ belirlenecek ve Partilerin aldıkları oylar bu meblağ ile çarpılarak her partinin o yıl alacağı hazine yardımı tespit edilecektir. Bu şekilde %10’u aşan partilerin alacağı yardım belirlendikten sonra en az yardım alan partinin aldığı oy ve yardımla orantılı olarak %7’yi aşan partilerin alacağı yardım miktarı belirlenecektir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi esasen seçimlere katılma hakkını elde etmiş olma ve genel seçimlerde geçerli oyların en az % 7’sini alma koşullarının Anayasallığını incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi bu koşulları yukarıda belirtildiği gibi 1993 yılında da incelemiş fakat Anayasaya aykırı bulmamıştı. Ancak mahkeme bu kararı verdiği zaman Anayasa’da Devlet yardımına ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. 23.07.1995 tarihli 4121 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 68. maddesine son fıkra olarak “*Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.*” hükmü eklendiğinden Yasada öngörülen koşulların Anayasanın bu hükmü ışığında yeniden incelenmesi gerekmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu hüküm ışığında siyasi partilerin devlet yardımından yararlanma koşullarını düzenleyen yasa hükmünü incelemiş ve Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu kararını 6/5 çoğunlukla vermiştir. Mahkeme çoğunluğu devlet yardımından yararlanabilmek için bir siyasi partinin milletvekili genel seçiminde geçerli oyların en az %7’sini alması koşulunu hakça yardım ilkesine aykırı bulmazken azınlıkta kalan beş üye %7 oy eşiğini hakça yardım ilkesine aykırı görmüş ve bu yönde karşı oy yazmışlardır.⁴⁷

⁴⁷ AMK, E:2008/42, K: 2008/167, KT: 20.11.2008, RG. T:18.3.2009, S: 27173.

Anayasa Mahkemesi daha önceki bir kararında 68. maddede yer alan “yeterli düzeyde” ve “hakça” ifadelerinin yardımı tabi olacağı ilkeleri belirleyecek olan yasa koyucunun takdir alanının sınırlarını çizdiğini belirterek bu kavramları tanımlamıştı. Mahkeme eski kararındaki bu tanımları değiştirmeden yeni kararında da yer vermiştir.

Buna göre “‘yeterli düzeyde’ ifadesi seçimlerde toplumsal onaya ulaşmak için yapılması gereken siyasal faaliyetleri karşılamaya elverişli parasal miktar ile ilgilidir. Siyasi partiler ulusal iradenin oluşumunu sağlarken üye aidatları ya da bağışlarla yeterli parasal kaynağa ulaşamadıkları durumda, çok partili demokratik düzenin gerekli kıldığı ölçüde Devlet yardımından yararlandırılması, onların paraca güçlü bazı kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altında düşmesini engeller. Tüm harcamaların Devlet bütçesinden karşılanması da siyasal partilerin toplumla ilişkisini kopararak ulusal iradenin oluşumunu engeller. O halde yapılacak yardımın “yeterli düzeyde” olması, bir yandan siyasi partilerin Devletin ya da özel kişi ve kuruluşların güdümüne girmesini engelleyici, diğer yandan toplumla ilişkisini destekleyici düzeyde olmasını ifade etmektedir. Kuşkusuz, yeterli düzeydeki parasal tutarın ne kadar olduğunun, ülkenin ekonomik, siyasal ve sosyal koşullarına göre değişkenlik göstermesi nedeniyle yasa koyucu tarafından somutlaştırılması gerekir.

‘Hakça’ ifadesi hangi siyasi partilere ve ne oranda Devlet yardımı yapılacağını belirleyen temel ölçüttür. Bu kavram, siyasi partilere yapılacak yardımın miktarının adaletli bir ölçüde göre saptanmasını zorunlu kılmaktadır. Devlet yardımının hangi ölçütleri yerine getiren siyasi partilere verileceği hususu ile bu ölçütleri yerine getiren partilerin hangi oranda Devlet yardımı alabileceği yasa koyucu tarafından belirlenecektir.

Hakça ifadesi, belirli örgütlenme yaygınlığına ulaşmış ve belirli toplumsal onaya mazhar olmuş partilerin, seçimlerde elde ettiği başarı düzeylerine göre Devlet yardımından yararlanacağı biçiminde anlaşılmalıdır.⁴⁸ Kuşkusuz bu yönde kamu yararını daha isabetli biçimde karşılayabilecek sistem ve yöntem tercihi yasa koyucunun takdiri içinde kalmaktadır.⁴⁹

⁴⁸ Mahkemenin bu yaklaşımından hakça kavramının sadece oranlılık ilkesine dayanan bir sistemi gerektirdiği sonucu çıkarılabilir. Bunun sonucu olarak eşitlik ilkesini esas alan uygulamaların anayasaya aykırı olacağı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce böyle bir çıkarım isabetli olmaz. Pekâlâ, kısmen eşitlik kısmen de oranlılık ilkesine dayanan bir Devlet yardımı sistemi Anayasaya uygun olacaktır. Ancak dava konusu olmadığından ayrıntılı incelemeye gerek görülmemiştir.

⁴⁹ AYMK, Esas No: 2007/59, Karar No: 2007/75, K.T. 30.7.2007, RG Tarih 26.1.2008 Sayı: 26768.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

Mahkeme yeterli düzeyde ve hakça kavramlarını bu şekilde tanımladıktan sonra, yasa koyucunun takdir yetkisinin sınırlarına değinmiştir. Buna göre yasama organının sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını çizebilmek için 68. madde hükmünün Anayasa'nın diğer hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletinin belirgin özelliği yönetimde keyfilikğin ortadan kalkması ve yönetimin tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etmesidir. Keyfi davranmama yükümlülüğü diğer Devlet organları gibi yasama organı için de bağlayıcıdır. Özellikle haklardan yararlanmayı düzenlerken yasama organı (gerçek veya tüzel) kişiler arasında keyfi ayırımlarda bulunmamalıdır. Bu aynı zamanda 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesinin de bir gereğidir. Yasama organı haklardan yararlanma konusunda kişiler arasında ancak objektif ve makul nedenlerle ve ölçülü olarak farklılık yaratabilir. Objektif ve makul nedenlere dayanmayan ya da ölçülü olmayan bir farklılığın Anayasa'ya uygun olduğu düşünülemez.⁵⁰ Mahkeme kararında değerlendirme ölçütünü bu şekilde ortaya koyduktan sonra Siyasi Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesinde devlet yardımından yararlanabilmek için bir siyasi partinin en az %7 oy almasını öngören hükmü bu ölçütler açısından değerlendirmiştir.

Mahkeme çoğunluğunun görüşüne göre yasa hükmü devlet yardımından yararlanma bakımından örgütlenmesini tamamlayarak milletvekili genel seçimlerine katılan ve geçerli oyların en az % 7'sini alan partilerle, bu oranda oy alamayan partiler arasında bir farklılık yaratarak sadece bu koşullara sağlayan partilerin devlet yardımından yararlanmasını öngörmektedir. *“Siyasi partilerin temel amacı seçimlere katılarak milli iradenin ortaya çıkmasına aracılık etmek ve yeterli seçmen desteğini elde ederek yönetime katılmaktır. bu nedenle, seçimlere katılma koşullarını sağlayamayan veya seçimlere katıldığı halde aldığı oyla yeterli oranda seçmen kitlesinin güvenini kazanamadığı anlaşılan bir siyasi partinin milli iradenin oluşumuna, daha büyük seçmen kitlesinin güvenini kazanan güçlü partiler gibi katkıda bulunacağı düşünülemez. Dava konusu düzenlemeyle partilerin büyüklük ve güçlerine göre demokratik siyasi hayata katkıları ölçüt olarak dikkate alınmak suretiyle devlet yardımından yararlanmaları öngörülmüştür. Bu ölçütün objektif ve makul olmadığı söyleneceği gibi itiraz konusu kurallarda yer alan oranların da ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılamaz.”*⁵¹

⁵⁰ AYMK, Esas No: 2008/42, Karar No: 2008/167, K.T. 20.11.2008, RG Tarih 18.3.2009 Sayı: 27173.

⁵¹ A.g. k.

Mahkemenin genel yaklaşımını makul bulmakla birlikte ulaştığı sonuca katılmaya olanak yoktur. Çoğunluğun görüşüne katılmayan beş üyenin karşı oy gerekçelerinde ileri sürdükleri görüşleri de dikkate alarak bundan sonraki bölümde yasa hükmüne ilişkin kendi değerlendirmelerimize yer vereceğiz.

E. ANAYASAYA UYGUNLUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Siyasi Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesine ilişkin yasama tutanaklarında bu hükmün getiriliş amaçları belirtilmiştir. Siyasi partilerin sadece üyelerinin verdiği ödentilerle işlevlerini yerine getiremeyeceği, varlıklarını sürdürmek için bağış toplamanın da, iktidar partilerinin lehine "fırsat eşitsizliği" yaratacağı, düzenleme ile siyasi partilerin yüksek gelir gruplarının baskısından kurtulacağı, ancak yardım yapılırken parti enflasyonuna yol açılmaması için iyi ölçütlerin getirilmesi gerektiğine değinilmiştir.⁵²

Kanun'un gerekçesinde hem siyasi partilere niçin Devlet yardımı yapılması gerektiği hem de niçin sadece belli partilerin bu yardımdan yararlanacağı açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre sadece üyelik ödentileri ile siyasi partilerin işlevleri yerine getirilemez. Özel bağış toplama konusunda ise iktidar partileri diğer partilere göre daha avantajlı durumdadır, o nedenle partiler arasında fırsat eşitliği sağlamak ve adil rekabet ortamı oluşturabilmek için Devlet yardımına gereksinim vardır.

Niçin sadece belli oranda oy alan partilere Devlet yardımı yapılması gerektiği konusunda ise parti enflasyonuna neden olmama amacı gösterilmiştir. Bu amaç parti kurma hakkının kötüye kullanılmasını önlemek, böylece tek amacı Devlet yardımından pay almak olan siyasi partilerin kurulmasına engel olmak şeklinde ifade edilebilir. Dolayısıyla yasama organı hakkın amacına aykırı kullanımını engellemek için gerekli tedbirleri alabilir.

Siyasi partiler, 2820 sayılı Yasanın 3. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "*Siyasî partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahallî idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile millî iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır.*"

⁵² TBMM Tutanak Dergisi, 17. Dönem, Cilt 4, Birleşim 84, Oturum 3, Tarih 9.4.1987, Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

Bu tanımdan siyasî partilerin; 1- Ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmaları gereken, 2-Bu teşkilat ile millî iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve; 3- Parti içi çalışmalarını demokrasi esaslarına uygun düzenlemek zorunda bulunan kuruluşlar olduğu anlaşılmaktadır.

O nedenle yasama organı Devlet yardımını bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli partilerle sınırlandırabilir. Siyasi partinin temel hedefi seçimlere katılarak ulusal iradenin ortaya çıkmasına aracılık etmektir. Buna bağlı olarak Devlet yardımından yararlanabilmek için bir partinin seçimlere katılmış ve asgari bir toplum desteğini elde etmiş olması şartı getirilebilir.

Ek 1. madde hükmünde de bir siyasi partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için Yüksek Seçim Kurulu tarafından seçimlere girmesine izin verilmiş olması koşulu getirilmektedir. Bu iznin verilebilmesi için Siyasi Partiler Kanunu'nun 36. maddesine göre *“Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az yarısında oy verme gününden en az altı ay evvel teşkilat kurmuş ve büyük kongrelerini yapmış olması veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunması şarttır.*

Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dâhil o ilin ilçelerinin en az üçte birinde teşkilat kurmayı gerektirir.”

Seçimlere katılacak örgütlenmeyi sağlayamayan bir partinin ulusal iradenin oluşumuna katkıda bulunamayacağı açıktır. Bu nedenle, her ne kadar Anayasanın 67. maddesinde herhangi bir ayırım yapmaksızın devletin siyasi partilere yardım yapacağı hükmüne yer verilmiş ise de bu koşulu sağlayamayan siyasi partilere devlet yardımı yapılmamasında Anayasa'ya aykırılık olmadığı söylenebilir. Çünkü, partilere devlet yardımının amacı yukarıda da değinildiği gibi ulusal iradenin oluşumuna katkıda bulunacak olan siyasi partilerin eşit koşullarda demokratik yarışmaya katılmasını sağlayabilmek için fırsat eşitliği tanımak, partileri özel bağışçıların kontrolünden kurtarmak ve demokratik mücadele için partilerin harcamalarına katkıda bulunmaktır. Seçime katılma koşullarını sağlayamayan bir siyasi partinin ciddi bir demokratik katılımcı olduğu söylenemez. Devlet yardımı için asgari bir koşul aranmaması halinde sadece devlet yardımı almak amacıyla pek çok tabela partisinin kurulması olasıdır. Seçimlere katılma amacı taşımayan ve herhangi bir dernekten farklı olmayan siyasi partilere devlet yardımı yapılması kamu kaynaklarının

boşa harcanması anlamına gelecektir. Bu nedenle 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı söylenebilir.

2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesinin birinci fıkrasındaki “*ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33. maddesindeki genel barajı aşmış bulunan*” ibaresi ile dördüncü fıkrasındaki “*Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %7'sinden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır.*” cümlesinde bir partinin devlet yardımından yararlanabilmesi için sahip olması gereken asgari toplumsal destek düzenlenmektedir. Bu hükümlerin anayasaya uygun olup olmadığı birlikte değerlendirilmelidir.

Bu konuda yasama organının bir takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur. Ancak bu takdir yetkisinin sınırı ne olacaktır? Devlet yardımından yararlanabilmek için gerekli toplum desteğinin ne olduğunu yasama organı sınırsız bir şekilde takdir edebilir mi?

Bu konuda yasama organının sahip olduğu takdir yetkisinin sınırsız olduğunu söylemeye olanak yoktur. Mesela parlamento çoğunluğuna sahip iktidar partisi sadece kendisinin Devlet yardımından yararlanmasına olanak tanıyacak bir yasal düzenleme yapması halinde bunun yasama organının takdir yetkisi içinde olduğu söylenemez.

Bir hukuk devletinde bir haktan yararlanabilmek için getirilecek koşulların keyfi olmaması gerekir. Ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesinin en temel gereklerinden birisi ve somut uygulanma aracıdır. Bir kamusal tedbirin keyfi olup olmadığını ölçülülük ilkesi ile değerlendirebiliriz. Ölçülülük ilkesinin ilk unsuru kullanılan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasıdır. Bir diğer unsur ise aracın amacı gerçekleştirmek için gerekli olması, yani daha hafif bir tedbir ile aynı amaca ulaşmanın mümkün olmamasıdır. Nihayet üçüncü unsur da sınırlama ile kamu yararı arasında makul bir denge bulunmasıdır.

Dolayısıyla Devlet yardımından yararlanabilmek için gerekli koşullar belirlenirken hem sınırlama amacı hem de Devlet yardımının amacı dikkate alınmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi Devlet yardımının temel amaçlarından birisi Anayasanın öngördüğü çoğulcu demokratik siyasal sistemin sürdürülebilmesi için her türlü görüşün Anayasa'nın belirlediği sınırlar içinde özgürce siyasi partiler şeklinde örgütlenebilmesi, adil bir rekabet ortamında görüşlerini topluma ulaştırabilmesi ve seçimler yoluyla ulusal iradenin oluşumuna katkıda

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

bulunabilmesi için olanaklar sağlamaktır. Yani büyük partiler yanında küçük partilerin de siyasal rekabete eşit koşullarda katılmasını sağlamaktır. O nedenle Devlet yardımından hangi koşulları sağlayan partilerin yararlanabileceğini düzenlerken yasama organı bu amacı göz ardı etmemelidir.

Diğer taraftan getirilen koşullar sınırlama amacı olan parti enflasyonunu önleme hedefini gerçekleştirmek için gerekli olduğu ölçüde meşru kabul edilebilir. Tek amacı Devlet yardımından yararlanmak olan partilerin kurulmasını engellemeye yetecek koşullar ancak ölçülü olarak nitelendirilebilir. O nedenle sadece yeterli toplumsal desteğe sahip olan partilerin Devlet yardımından yararlandırılması ölçülülük ilkesine uygun gözükmektedir. O zaman bir siyasi parti hangi oranda oy aldığı takdirde yeterli toplumsal desteğe sahip olduğu varsayılacaktır? Ya da SPK ek 1. madde hükmünde olduğu gibi geçerli oyların en az %7'sini almış olma koşulu ölçülülük ilkesine uygun mudur?

Yeterli toplumsal desteğin göstergesi olarak kesin bir rakam belirleme olanak yoksa da tespit edilen bir rakamın ölçülü olup olmadığını Anayasa Mahkemesinin değerlendirebileceği düşünülebilir. Bu konuda karşılaştırmalı hukuktan yararlanılabilir. Yukarıdaki incelemelerde de görüldüğü gibi bir siyasi partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için hemen hemen bütün ülkelerde bazı asgari koşulların sağlanmış olması aranmaktadır. Bu genellikle parlamentoda temsil ediliyor olmak ya da seçimlerde asgari bir oy almış olmak veya bu koşullardan herhangi birisini sağlamak şeklinde belirlenmiştir.

Elbette bu koşulların gerçek niteliği o ülkede uygulanan seçim sistemine ve uygulanan seçim barajlarına bağlı olarak tespit edilebilir. Mesela çoğunluk seçim sistemi uygulanan bir yerde alınması gereken asgari oy oranı nispi olarak daha yüksek olacaktır çünkü bu sistemlerde genellikle daha az aday ya da parti seçime katılmaktadır oysa nispi temsile dayalı seçim sistemlerinde siyasi yapı daha fazla bölünmüştür ve küçük partilerin de seçimlerde sandalye kazanma olanağı vardır. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Devlet yardımından yararlanabilmek için bir siyasi partinin elde etmesi gereken asgari oy oranlarının %0.5 ile %3 arasında değiştiği görülmektedir. Avrupa'nın en yüksek nüfusa sahip ülkesi olan Almanya'da bu oran %0,5'tir. Bu oranın belirlenmesinde Federal Anayasa Mahkemesinin büyük rolü olmuştur. Yasanın % 2,5 olarak belirlediği koşulu Federal Mahkeme 1968 tarihli parti finansmanına ilişkin IV. kararında Anayasanın 3. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve 38/1 maddesinde düzenlenen genel oy ilkesine aykırı bularak iptal etmiş ve asgari % 0.5 (167.000) oy

alan bir partinin seçim yarışında ciddi bir aday olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.⁵³

Portekiz’de bir siyasi partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için yasa 50.000 oy almasını yeterli görmüştür. Bu kayıtlı seçmenlerin %0,6’ına tekabül etmektedir. Pek çok ülkede Devlet yardımına hak kazanması için bir siyasi partinin % 1 oy alması yeterli görülmektedir. Litvanya, Güney Kıbrıs, Yunanistan, Bulgaristan ve Polonya gibi ülkelerde ise bu oy oranı asgari % 3 olarak uygulanmaktadır. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla Avrupa’da % 3’ün üzerinde asgari oy alma şartı koyan bir ülke yoktur.

Mahkeme kararlarında kesin bir oran tespitinin mümkün olmadığı görülmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi Alman Federal Anayasa Mahkemesi % 2,5 oranında asgari oy alma koşulunu eşitlik ve genel oy ilkesine aykırı bulmuş ve % 0,5 oy alan bir partinin ciddi bir seçim yarışçısı olduğunu kanıtladığına karar vermiştir. Oysa Fransız Anayasa Konseyi % 5’lik koşulu Anayasaya aykırı bulmuş fakat % 3’lük bir oy oranını elde etme koşulunun Anayasa’ya aykırı olmayacağına karar vermiştir.⁵⁴ Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Güney Kıbrıs’ta % 3’lük asgari oy alma koşulu getirilmesinin Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir.⁵⁵ O nedenle bu oran her ülkenin kendi koşullarında değerlendirilmelidir.

Türkiye’de kayıtlı seçmen sayısı 48 milyon civarındadır.⁵⁶ Tüm seçmenlerin seçime katıldıkları varsayıldığında bir partinin Devlet yardımından yararlanabilmesi için üç milyonun üzerinde oy alması gerekmektedir. Bu koşulun gerekli olduğu yani ölçülülük ilkesine uygun olduğu kuşkuludur. Çünkü bu daha az bir oy oranının mesela 2.500.000 oyun sadece Devlet yardımından yararlanmak amacıyla bir parti etrafında toplanabileceğini varsaymaktadır. O nedenle çok daha küçük bir oranın istenilen amacı gerçekleştirmeye yetebileceği görülmektedir. Mesela %1’lik bir oy oranı tüm seçmenlerin seçime katılması halinde yaklaşık 480.000 oya tekabül etmektedir. 480.000 oy alan bir siyasi partinin yeterince ciddi bir siyasi aktör olduğu söylenebilir. Bu oranın % 2 olması halinde 960.000 civarında bir oy anlamına gelmektedir. Hakkın

⁵³ 24 BVerfGE 300 (1968), bkz. Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, London 1997, s. 210.

⁵⁴ Nahit Yüksel, s. 35.

⁵⁵ New Horizons v. Cyprus, Application No:40436/98, Decision of the Commission, 10.09.1998.

⁵⁶ Yüksek Seçim Kurulunun verilerine göre 29 Mart 2009 genel yerel seçimlerinde oy kullanma hakkına sahip kayıtlı seçmen sayısı 48.049.446’dır.

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

kötüye kullanımını engellemek için görüldüğü gibi çok daha küçük oy oranları yeterli görülebilir. Buna rağmen Devlet yardımından yararlanabilmek için gerekli oy oranının % 7 gibi yüksek bir oranda tutulması ölçülü, dolayısıyla hakkaniyetli olmadığı gibi siyasi partiler arasında fırsat eşitsizliği yaratmakta ve küçük partileri daha zor koşullarda seçim yarışına katılmaya zorlamaktadır ki bunun demokrasi ve serbest seçim ilkelerine de aykırı olduğu söylenebilir.

Mesela, bir milyon oy desteğine sahip olan küçük bir siyasi partinin etkin bir muhalefet yapamayacağı söylenemez. Aksine demokratik devletin gerektirdiği çoğulcu yapı içerisinde çok farklı fikirlerle iktidar politikalarını eleştirerek ulusal iradenin şekillenmesine katkıda bulunabilir. Ancak bunu yapabilmesi için öz kaynakları yetersiz ve siyaset yapmak pahalı olduğundan küçük partilerin Devlet yardımına ihtiyacı olduğu açıktır.

Ayrıca Anayasanın 69. maddesine 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanunla eklenen hükme göre “Anayasa Mahkemesi, ... temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.” Bu hükümlerle, Anayasa Mahkemesi, “parti kapatma” yaptırımından başka yaptırımlar da uygulama olanağına kavuşmuştur. Bu hükümlerle bir siyasi partinin eylemlerinin ağırlığına göre kapatmadan daha hafif bir yaptırımla yeniden siyasal alanın içinde tutulmasına imkân verilmektedir.⁵⁷ Gerçekten, kapatmanın dışında farklı yaptırımlar getirilerek demokratik düzenin korunması ve uygulanacak yaptırımlar arasında bir oranın belirlenmesi, dolayısıyla, yaptırımların basamaklandırılarak yeniden düzenlenmesi, Türkiye'nin demokratikleşme çabasına çok olumlu bir katkıdır.⁵⁸

Ancak bu hüküm Siyasi Partiler Kanununun Ek 1. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde uygulanacak yaptırımlar açısından siyasi partiler arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Çünkü Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımı yalnızca bu yardımdan yararlanan partiler açısından uygulanabilir niteliktedir. Eğer bir siyasi parti Devlet yardımından yararlanmıyor ise onun açısından yardımdan yoksun bırakma yaptırımı işlevsel değildir ve Mahkemeyi daha

⁵⁷ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2002, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 19, s.563.

⁵⁸ Cem EROĞUL, “Altıncı Anayasa Değişikliği”, *Mülkiye*, Cilt: XXV, Kasım-Aralık 2001, s. 281.

ağır bir yaptırım olan kapatma yaptırımına yönlendirebilecektir. Bu ise Devlet yardımından yararlanan ve yararlanmayan partiler arasında büyük bir eşitsizlik yaratmaktadır. Mesela, aynı fiilleri işleyen iki partiden birisinin % 6 değerinin ise % 8 oy aldığı ve her iki parti hakkında da kapatma davası açıldığı varsayıldığında, fiillerin Anayasa Mahkemesince sabit görülmesi halinde % 6 oy alan parti için teorik olarak devlet yardımından mahrumiyet yaptırımı mümkün ise de bu işlevsel olmadığından uygulanabilir tek yaptırım kapatma kararı olacakken, % 8 oy alan parti için Anayasa Mahkemesi devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını da değerlendirme olanağına sahiptir. Bu nedenle devlet yardımından yararlanabilmek için öngörülen asgari oy eşiğinin çok yüksek tutulması, partilere uygulanacak yaptırımlar açısından da eşitsizlik yaratmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında hükmün bu boyutuna değinmezken, Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesindeki emredici hükümlere uymayan siyasi partiler hakkında ihtar verilmesi ve ihtara uymayan partiler hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına devlet yardımından mahrumiyet cezası verilmesi amacıyla dava açılmasına imkân veren hükmü kendisi Anayasa'ya aykırı görerek ön sorun haline getirmiş ve bu hükmü iptal etmiştir. Mahkemenin aynı durumu SPK ek 1. maddesi açısından değerlendirmemiş olması anlaşılır değildir.

Partilerin Devlet yardımından yararlanma eşiğinin yüksek tutulmasının nedenlerinden birisinin de radikal partilerin güçlenmesini engelleme amacı olduğu ileri sürülebilir. Ancak Anayasa bu tür partilere ilişkin tedbirleri öngörmüş ve düzenlemiştir. Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında partilerin uyması gereken ilkeler belirlenmiş ve yasak olan faaliyetler düzenlenmiştir. Eğer bir siyasi parti Anayasaya aykırı amaçlar taşıyor veya faaliyetlerde bulunuyorsa buna ilişkin yaptırım da yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'nın 69. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bir siyasi partinin tüzük veya programı 68. maddenin dördüncü fıkrasına aykırı ise ya da parti bu tür fiillerin odağı haline gelmişse Anayasa Mahkemesi temelli kapatılmasına ya da eylemlerin ağırlığına göre kısmen ya da tamamen Devlet yardımından mahrum bırakılmasına karar verebilir.

Dolayısıyla eğer bir parti gerçekten Anayasa'ya aykırı amaçlar güdüyor ve bu yönde faaliyetlerde bulunuyorsa ve bu durum Mahkeme tarafından tespit edilmişse temelli kapatılabilir ya da devlet yardımından mahrum bırakılabilir. Bu nedenle yardımdan yararlanma eşiğinin yüksek tutulması ile

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

radikal partilerin faaliyetleri arasında ilişki kurulamaz. Yardım eşiğinin yüksek tutulmasından bütün küçük partiler etkilenmektedir. Bu ise Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan modern ceza hukuku ilkelerine aykırıdır. Ayrıca yardımdan yararlanma eşiğinin yüksek olması devlet yardımından mahrumiyet yaptırımını marjinal partiler açısından etkisizleştirmekte ve Anayasa'ya uymaları konusunda teşvik edici olmaktan çıkarmaktadır. Oysa bu partiler devlet yardımından yararlanmaları halinde bu haklarını kaybetmemek için Anayasal ilkelere uyma konusunda daha özenli davranmaya çalışacaklardır.

Bu nedenle yaptırımlar konusunda Ek 1. maddeden kaynaklanan eşitsizliğin Anayasaya aykırı olduğu söylenebilir.

Ancak Anayasa Mahkemesi 6/5 oy çokluğuyla aldığı kararında, Siyasi Partiler Kanunu'nun Ek 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararında devlet yardımının dağıtılmasında partilerin büyüklük ve güçlerine göre demokratik siyasi hayata katkılarının esas alındığı ve bu ölçütlerin objektif ve makul olduğu, diğer taraftan %7'lik eşiğin ölçülü olmadığına söylenemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında biz % 7'lik eşiğin ölçülü olmadığını düşünüyoruz.

Mahkemenin bu kararında 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun Geçici 16. maddesini yürürlükten kaldıran 29.4.2005 günlü, 5341 sayılı Kanun'un 1. maddesine ilişkin daha önceki kararın⁵⁹ büyük etkisi olduğu görülmektedir. Bu karar da 6/5 çoğunlukla red yönünde çıkmış ve aynı üyeler karşı oy kullanmışlardır. Oysa dava konusu iki hüküm arasında oldukça önemli farklılıklar vardır. Öncelikle geçici 16. madde en az üç milletvekili olan siyasi partilerin devlet yardımından yararlandırılmasını öngörmekteydi. %10 barajlı nispi temsil seçim sisteminin uygulandığı ülkemizde bir siyasi partinin milletvekili çıkarabilmesi için geçerli oyların asgari %10'unu alması gerekmektedir. %10'u geçen herhangi bir parti zaten SPK Ek 1. maddesine göre devlet yardımına hak kazanmaktadır. Diğer taraftan böyle bir partinin en azından 30-40 milletvekili çıkarması kaçınılmazdır. Dolayısıyla Ek 16. maddedeki hükmün amacı milletvekili transferi yoluyla parlamentoda temsil hakkı kazanan partilere devlet yardımı yapılmasını sağlamaktır. Bu partilerin toplum desteği olması gerekmediği gibi seçime katılacak örgütlenmesi olup olmadığı bile dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla yukarıda dile getirilen anayasaya aykırılık savlarından hiç birisi bu hüküm için geçerli değildir.

⁵⁹ AYMK, K. T. 30.7.2007, E:2007/59, K:2007/75, Resmi Gazete T. 26.01.2008, S. 26768.

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi 5341 sayılı Kanun'un 1. maddesini iptal etmiş olsaydı bile *Abrogata lege abrogante non revivescit lex abrogata* (bir kanunu ilga eden kanunun ilgası önceki kanunun yürürlüğe girmesini sağlamaz) kuralı gereği Siyasi Partiler Kanunu'nun eski ek 16. maddesi yürürlüğe giremeyeceğinden bu konuda yeni bir düzenlemenin yapılmasına ihtiyaç duyulacak ve Anayasa Mahkemesi kararı istenilen sonucu doğurmayacaktı. Ne var ki, Mahkeme çoğunluğu bu karardaki pozisyonunu yeni kararda da aynen muhafaza ederek devlet yardımından yararlanabilmesi için bir siyasi partinin en az % 7 oy almasını gerektiren hükmü Anayasaya aykırı bulmamışlardır. Böylece, demokratik siyasetin önündeki engellerden birisinin kaldırılmasına ilişkin fırsat bir kez daha kaçmıştır. Yasama yoluyla bu engel kaldırılmadığı sürece bir on yıl daha Anayasa mahkemesinin önüne getirilemeyecektir.

KAYNAKÇA

AYDIN, Mesut “Türkiyede Siyasal Partilere Devlet Yardımı” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.54, Sayı 4 (2005)

BİEZEN, Ingrid van, *Financing Political Parties And Election Campaigns –Guidelines*, (Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2003)

CAN, Osman, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, (Seçkin Yayınları Ankara, 2005)

Council of Europe, Recommendation Rec (2003) 4 of the Committee of Ministers to the member states on common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns.

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2003\)4&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2003)4&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1516 (2001), Financing of Political Parties, <http://assembly.coe.int/Documents/AdaptedText/ta01/EREC1516.HTM> .

EROĞUL, Cem, “Altıncı Anayasa Değişikliği”, *Mülkiye*, Cilt: XXV, Kasım-Aralık 2001

GENÇKAYA, Ömer Faruk, “Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlandırılması,” Ali Çarkoğlu vd., *Devlet Reformu: Siyasi Partilerde Reform*, içinde, (İstanbul, TESEV, 2000)

GÜRBÜZ, Reşit “Siyasi Partilere Devletçe Yapılan Malî Yardımın Hukuki Ve Siyasal Analizi” *Türk İdare Dergisi*, Sayı 450, (Mart, 2006)

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2002, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 19

HOFFMANN, Hans “Die Neuregelung der staatlichen Parteienfinanzierung,” *Die Öffentliche Verwaltung*, (Juni 1994)

KOÇAK, Mustafa, “*Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*” (Turhan, Ankara: 2002)

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

KOMMERS, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, (Duke University Pres, 1997)

OBERREUTER, Alf Mintzel-Heinrich (Hrsg.), *Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, (Leske+ Budrich, Opladon, 1992)

DANIŞMA MECLİSİ, *Siyasi Partiler Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu*, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 14, S. Sayısı 333

TBMM Tutanak Dergisi, 17. Dönem, Cilt 4, Birleşim 84, Oturum 3, Tarih 9.4.1987, Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu.

TEMPEL, Karl *Die Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*, (Lesket BudrichOpladon, 1987)

Van Dijk, van Hoof, van Rinj, Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Intersentia, Antwerpen: 2006)

Venice Commission, Guidelines and Report on the Financing of Political Parties, CDL-INF(2001)8 [http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF\(2001\)008-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF(2001)008-e.asp)

WALECKI, Marcin “Recommendations prepared for the Latvian Corruption Prevention and Combating Bureau” 2.6.2006 http://www.knab.gov.lv/uploads/eng/public_funding_in_latvia.pdf

YÜKSEL, Nahit, *Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı)*, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını (Ankara, 2007)

İnternet Siteleri

<http://www.bundestag.de/cgibin/druck.pl> (Erişim tarihi 13.08.2008)

http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/party_funding/index.html

<http://ris.bka.gv.at/englische-rv/>

http://www.assemblee-nationale.fr/english/synthetic_files/file_13.asp

http://www.cesifogroup.de/portal/page/portal/DICE_Content/OTHER_

Devlet Siyasi Partilere Hakça ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor mu?

TOPICS/Miscellaneous/M050_FINANCING_OF_POLITICAL_PARTIES/
Fin-pol-par-meth.pdf

AİHM Kararları

Antonopoulos v. Greece, Application No:58533/00, Decision of Second Section, 20.03.2001

Gitonas and Others v. Greece, judgment of 1 July 1997, Reports 1997-IV

New Horizons v. Cyprus, Application No:40436/98, Decision of the Commission, 10.09.1998.

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYMK, Esas No: 1968/26, Karar No: 1969/14, K.T. 18-19.02.1969, AYMKD 7, 237.

AYMK, Esas No: 1970/12, Karar No: 1971/13, K.T. 02.02.1971, AYMKD 9, 281.

AYMK, Esas No: 1987/14, Karar No: 1988/1, K.T. 05.11.1988, RG. 23.08.1988, S. 19908.

AYMK, Esas No: 1988/39, Karar No: 1989/29, K.T. 06.07.1989, RG. 08.02.1990, S. 20427

AYMK, Esas No: 2007/59, Karar No: 2007/75, K. T. 30.7.2007, RG. 26.01.2008, S. 26768.

AYMK, Esas No: 2008/42, Karar No: 2008/167, KT: 20.11.2008, RG. T:18.3.2009, S: 27173

BOŞ

1982 ANAYASASI'NDA DEMOKRATİK DEVLET İLKESİ: KAVRAMSAL VE YAPISAL BİR ANALİZ DENEMESİ*

Fatih DEMİRCİ**
fdemirci@hotmail.com

*Demokratik istikrar, seçmenleri
pasif ve hatta onları parti sistemi
içinde örgütlemek suretiyle siyasete
karşı ilgisiz tutmaya dayalıdır.*

(B. Berelson'dan aktaran Richard Bellamy)

*Eğer ordu sivil iktidara itaat etmezse,
ya da eğer sıradan yurttaşlar, parlamenter
yöntemlere olan güvenlerini yitirmişlerse,
demokrasi, kaçınılmaz bir şekilde istikrarsızdır
ve belki de yok olmaya mahkûmdur.*

Raymond Aron

ÖZET

1982 Anayasası'nın ikinci maddesinde devletin temel nitelikleri arasında demokratik devlet niteliği de yer alır. Demokrasi, devletin temel nitelikleri arasında sayılmakla birlikte, anayasanın demokrasi kavramını kullanmaması ile devlet kurumlarının yapısını düzenleyişi ele alındığında, 1982 Anayasası'nın hem kavramsal açıdan hem de yapısal açıdan demokrasiyle ilişkisinin problemli olduğu görülür. Anayasa metninde, devletin temel amaç ve görevleri arasında Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak sayılmaktadır ki bu, demokrasinin kavramsal olarak benimsendiğinin bir ifadesidir. Ancak demokrasinin somut kurallarına uygunluk söz konusu olduğunda, anayasada bariz çelişkiler karşımıza çıkmaktadır. Demokrasinin somut tezahürleri üzerine ciddi çalışmalar yapan Robert Dahl ve *Arendt Lijphart*'ın da tespit ettiği somut kriterler açısından

* Bu çalışma, 24-27 Eylül 2009 tarihleri arasında Isparta'da Süleyman Demirel Üniversitesi tarafından düzenlenen Uluslararası Davraz Kongresi'nde "1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi" başlığıyla sunulan tebliğin gözden geçirilmiş tam metnidir.

** Yrd. Doç. Dr. Dumlupınar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü, Kütahya

Yrd. Doç. Dr. Fatih DEMİRCİ

anayasa oldukça ciddi problemler yaşamaktadır. Anayasa soyut demokrasi anlayışını benimsemekte ama somut demokrasi kriterlerine yeterince uygunluk taşıyamamaktadır. Örneğin, atanmışlardan oluşan bir kısım anayasal kurumlar, sadece “idari” değil “siyasi” bir fonksiyon içeren görevleri üstlenen devlet kurumlarının bir parçası olarak ülkenin genel siyasetini belirlemede önemli bir konumda yer almakla birlikte, demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olan “siyasî sorumluluk” taşımamaktadırlar.

ANAHTAR KELİMELEER

Soyut demokrasi, somut demokrasi, modernleşme, atanmış-seçilmiş ilişkisi, hürriyetçi demokrasi, demokratik toplum düzeni, ideoloji

THE PRINCIPLE OF DEMOCEATIC STATE IN THE 1982 CONSTITUTION: AN ATTEMPT FOR A CONCEPTUAL AND STRUCTURAL ANALYSIS

SUMMARY

Democratic character of the state is mentioned in the second clause of the 1982 Constitution which describes fundamental properties of the Turkish state. As we take both the use of democracy concept in the constitution and the configuration of state institutions by this very constitution in to the hand, it will appear that the 1982 Constitution is problematic in both conceptual and structural terms. In the constitutional text, the independence and unity of Turkish nation, indivisibility of the country, and the protection of republic and democracy are being counted as the main objectives and tasks of the state. This can be accepted as a statement for the adopting of democracy in concept. When it comes to the compliance with the concrete rules of democracy, however, some overt contradictions become apparent in the constitution. In regard of the criteria determined by scholars like Robert Dahl and Arendt Lijphart on the concrete aspects of democracy, the constitution faces severe problems. That is the constitution seems to have adopted the understanding of abstract democracy yet lacks the compliance with the criteria of concrete democracy. For instance, some constitutional institutions staffed with appointed members not only carry “administrative” but also “political” functions that determine the country’s general politics while having no political responsibility.

KEY WORDS

Normative (abstract) democracy, ampiric (concrete) democracy, modernization, appointed-elected relationship, pro-liberty democracy, democratic social order, ideology.

GİRİŞ

1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde, anayasanın “*demokrasiye âşik Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi*” olduğu belirtildikten sonra, değiştirilmesi mümkün olmayan maddelerden biri olan 2. maddede demokratik devlet, devletin temel nitelikleri arasında sayılır ve 5. maddede de, “*demokrasiyi korumak*”, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılır. Anayasanın daha sonraki bölümlerinde de demokrasiden sıklıkla bahsedildiğine göre, 1982 Anayasası'nın demokrasiyi nasıl anladığı ve devlet kurumlarının demokrasi kurallarına uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Buna karşılık 1982 Anayasası'nın benimsediği demokrasi modelinin Batı tipi liberal özgürlükçü demokrasi anlayışı mı, yoksa kendine özgü bir demokrasi anlayışı mı olduğu konusunda fikir birliği oluşmamıştır (Hakyemez, 2000: 156–157).

1. 1982 ANAYASASINDA DEMOKRASİ: KAVRAM

1.1. Modernleşme ve Demokrasi: Modernliğin Bir İdeolojisi Olarak Demokrasi

Demokrasi karmaşık bir kavramdır. Demokrasiyle ilgili tanım yapan eserlere bakıldığında ilk dile getirilen şeyin, bu kavramın belirsizliği olduğu görülür (Marshall, 1999: 140). Sartori'nin dikkat çektiği üzere, diğer alanlardan farklı olarak siyasette dilin, düşünceyi açıklama alanı olmaktan çok, düşünceyi önlemenin veya gizlemenin bir aracı olduğu (Sartori, 1996: 278) görüşünün doğrulandığı alanlardan biri, demokrasi ile ilgili tanımlar ve söylemlerdir.

Demokrasiyi tanımlamanın zorluğunun temel nedeni, demokrasinin yaygın kavramsal kabulüdür. Zira demokrasi, çağdaş dünyanın hâkim siyasal doktrindir (Özbudun, 1998: 60) ve son birkaç asır içinde demokrasi kavramı yüksek bir duygusal mazhariyet kazandığı için, onu, kendi taraftar olduğu rejim tipine uygulamak ve rakiplerini eleştirmek için kullanmak, yaygın yöntemlerden biri olmuştur (Benn, 2006: 699). İki Dünya Savaşı arası dönemdeki aksine, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, bazı fundamentalistler hariç, ne kadar otoriter bir yönetimleri olursa olsun, bütün siyasetçiler için, devletlerini ve yönetimlerini demokratik olarak nitelemek bir zorunluluk haline gelmiştir (Hoffman, 2007: 38). Nitekim Adolf Hitler, Üçüncü Reich'i gerçek bir Alman demokrasisi olarak adlandırmış, Benito Mussolini, İtalyan faşizmini “demokrasinin en saf biçimi” olarak nitelemiş ve komünist rejimler de kendilerine “halk demokrasileri” demişlerdi (Harrison and Boyd, 2003: 60). Yine Cezayir,

tek parti döneminde kendisini demokratik olarak tanımlamış, en otoriter yönetimlerle yönetilirken bile Kamerun, Guyana, Gabon, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Mali de aynı iddiaya sahip olmuşlardır (Badie, 2000: 158–159).

Demokrasi bir anlam genişlemesine uğramış olmakla birlikte, modern anlamda demokrasinin bir tanımı olmadığı da söylenemez. Demokrasinin üzerinde uzlaşılan ilkesel tanımı, Abraham Lincoln'un ünlü ifadesiyle, *“halkın halk tarafından halk için yönetimi”*dir Buradaki yönetimden kasıt, siyasal kararları almak ve uygulamaktır (Erdoğan, 2001: 195). 1961 Anayasası'nda da devletin nitelikleri arasında demokrasi sayıldığı için, bu anayasanın yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi de, demokrasiyi şöyle tanımlanmıştır:

“Egemenliğin bir kişi, zümre veya sınıf tarafından belli sınıflar yararına kullanılmadığı, serbest ve genel seçimin iktidara gelmede ve iktidardan ayrıl-mada tek yol olarsak kabul edildiği ve iktidarın bütün millet yararına kullanıldığı, kısaca demokrasi prensiplerinin hâkim olduğu idare biçimi” (Tanör, 1996: 296).

Bugünkü teori ve pratikte demokrasi, iki dikkat çekici niteliğe sahiptir. Birincisi, demokrasi; ilerleme, meşruiyet, hakkaniyet ve pozitif olarak görülen diğer evrensel değerlerle yakından özdeşleştirilir. Dünyanın pek çok bölgesinde ve hatta büyük oranda demokratik olarak görülmeyen siyasi liderlerin bile, eğer destek kaybetmek istemiyorlarsa “demokrat” etiketini kullanmaktan nadiren kaçındıkları görülür. Demokrasinin etimolojisindeki, bir elit ya da bir tür otokrat yerine “halk tarafından yönetim”in arzu edilirliliği, şimdi gönüllü olarak dünyanın neredeyse her parçasındaki her bir kişiye veya büyük bir çoğunluğuna bahşedilmekteydi. Siyaset ve toplum teorisyenleri de, demokrasinin meşruiyetini araştırırken tartışmalar, demokrasinin arzu edilir olup olmamasından çok, onun ne olduğu ve elde edilebilir olup olmadığı üzerinde yoğunlaşır. Güncel demokrasi yaklaşımlarına yönelik ikinci dikkat çekici ve kavramın bu kadar geniş kabul görmesine yol açan özellik, demokrasinin, ya “liberal”, “temsili” ya da “doğrudan” gibi genel terimlerle veyahut “birleştirici”, “sosyal” veya “kozmpolit” gibi nisbeten daha kesin kavramlarla niteliksizin derinlemesine tartışmanın imkânsız olduğu olağanüstü derecede geniş kapsamlı bir kavram olmasıdır. Gerçekte de, demokrasi kavramının olağanüstü belirsizliği, iki yüz seneden beridir demokrasinin ne olduğu ve nasıl elde edileceği üzerine tartışmalara yol açmaktadır (Hewlett, 2000: 165).

Demokrasi üzerine bir inceleme yapan ve onun modernleşmeyle ilişkisini inceleyen Nick Hewlett'a göre halkın yönetimi ilkesi, kabaca Fransız

İhtilali'nden beri modernitenin şüphesiz en başarılı “*ideoloji*”lerinden¹ biri olmuştur. Ona göre bugün artık ulusların, devletlerin ve hatta bazı durumlarda da uluslararası örgütlerin, hükümetlerini düzenlemek için en iyi yol olarak gördükleri ve onayladıkları demokrasiyi bir ideoloji olarak adlandırmak tuhaf görünebilir ama şüphesiz ki bir ideolojinin, bütün zamanlar için geçerli bir siyasal örgütlenme biçimi olmaktan çok, sadece belirli şartlarda ve belirli zaman dönemlerinde meşru görünen fikirler bütünü olduğu unutulmamalıdır. Gerçekte de demokrasinin popüler olması, nispeten yakın zamanlarda vuku bulmuştur ve Aydınlanma'nın öz değerleriyle yakından ilişkilidir: akıl, yurttaşların eşit hakları, kanun önünde eşitlik, bireysel özgürlük, ifade ve siyasal örgütlenme özgürlüğü, din, doğum, sınıf veya zenginlikten kaynaklanan iktidarın yokluğu. Bu özelliklerin çoğu, dünyanın pek çok parçasında iyi hükümetin moda sözcükleri haline gelmiş ve kutsal yönetme hakkı, diktatörlük, otokrasi, oligarşi ve siyaset üzerinde aşırı mistik ve dinî etki gibi tümü ya modern öncesi dönemlerle veya siyasal açıdan gayrimeşru görülen yakın dönem siyasal sistemlerle özdeşleştirilen arkaik kavramların yerine geçen meşru kavramlar olarak görülmüştür (Hewlett, 2000: 166–167). Batı dışı toplumların

¹ David Javorsky'nin ideoloji tanımı bu konuyu daha iyi açıklayabilir. Ona göre:

“Biz bir inancı ideolojik olarak adlandırdığımızda, onunla ilgili en az üç şeyi kastederiz: doğrulanmamış ya da doğrulanması imkânsız olsa bile, o inanç belli bir grup tarafından doğrulanmış olarak kabul edilir; çünkü o inanç, o grup için sosyal fonksiyonları yerine getirir”

Diğer bir ifadeyle, bir inanca (ideolojiye) sahip olanlar, bu inançların bazı rasyonel veya bilimsel test yöntemleriyle test edilerek ispatlanmış olmasına ihtiyaç duymazlar. İnananlara göre bu inançlar, “hakikat”tir, “gerçek”tir. Bütün siyasal ideolojiler, “özgürlük, eşitlik, adalet ve en ‘iyi’ toplum”un doğru tanımlarına sahip oldukları iddiasında bulunurlar. Yukarıda bahsedilen belli bir grup” çeşitli olabilir: sınıf, ulus, meslek, dini örgüt, parti veya baskı grubu. Hepsi de, sorgulanmaksızın “doğru (proper)” kabul edilen bir dizi ideolojik varsayımlara sahiptir. İdeolojilerin gerçekleştirdikleri sosyal fonksiyonlar da çok sayıdadır. İdeolojiler, bir grup dayanışması duygusu ve o grubun paylaşılan ortak ideolojik değerler yoluyla üyeler arasında birliğin yaratılması, geçmişin bir açıklaması, bugünün analizi ve genellikle daha iyi bir geleceğin nasıl gerçekleşeceğine dair bazı tanımların yer aldığı bir gelecek anlayışı oluştururlar. İktidarlarını haklılaştırmak ve insanları itaat etme, onları izleme ve desteklemeye ikna etmek için yöneticiler, değişik türde ideolojiler kullanırlar. Son ikiyüz yıl öncesine kadar çoğu toplumda hakim olan inanç türü dindi. 17. ve 18. yüzyıllardan sonra rasyonel ve bilimsel düşünce biçimleri dine gittikçe artan bir şekilde meydan okudu. 18. Yüzyılda dinle seküler düşünce arasında keskin bir gerilim oluştu. Aydınlanma'nın en önemli özelliklerinden biri, dinî inançların rasyonel eleştirisiydi ve dinin siyasete etkide bulunması kötü olarak algılandı. Din ve diğer irrasyonel düşünce biçimleri bir kere siyasal söylemden çıkarıldıktan sonra, rasyonel programların beşeri toplumu daha iyi bir duruma götüreceğine dramatik biçimde inanıldı.

Bu “rasyonel” düşünce biçimleri, Fransa'da Fransız Devrimi'nden sonra eski rejimin (ancien regime) eleştirisine de katkı sağladı ve bugün bizim “siyasal ideolojiler” olarak adlandırdığımız görüşler, sonraki iki yüzyıl boyunca Avrupa ve dünyada siyasal tartışmaya egemen oldu. İdeolojik düşünce biçimleri, siyasete yeni rasyonellik biçimleri getirmekten çok uzak bir şekilde, yeni “irrasyonel” düşünme ve harekete geçirme biçimleri oluşturmaya ve pek çok açıdan dinin duygusal bağlılığına benzeyen derin siyasal tutkuları ortaya çıkarmaya başladılar. Siyasal ideolojiler, bu nedenle “*din benzeri inanç sistemleri*” olarak adlandırılırlar (Harrison and Boyd, 2003: 137-138).

modernleşmesini ve demokrasiyle ilişkisini inceleyen kapsamlı bir çalışmada, bu devletlerde demokrasi gibi Batılı referansların kullanılmasının, negatif bir şekilde diğer referansların gayrimeşrulaşmasına hizmet ettiği (Badie, 2000: 130) vurgulanır ve demokrasi ve demokratikleşme konularının, gündelik dile çevrilmeksizin, siyasal tartışmaların temel unsurlarını oluşturduğu belirtilir. Demokrasinin bu devletlerde ikili bir anlayışla ele alındığı görülür. Birincisi, demokrasinin, bu ülkelerde yakın veya uzak bir geçmişe yerleştirilmesi, ikincisi, demokrasinin içeriğini tanımlamayı reddetmek ve oybirliğine dayalı ve demokrasiyi tepkisel modernleşmenin bir fonksiyonu olarak sürdürmek (Badie, 2000: 159).

Batı dışı siyasal düşünceyi inceleyen Parekh, modernleşmeyi savunan yazarlar ve elitlerin, Batı modernliğini duygusal olarak benimsediklerini belirtir (Parekh, 2005: 556). Modernistler, bilim ve teknolojiye olduğu gibi devlet konusunda da duygusaldırlar. Onların nazarında devlet, modernliği; toplum, geleneği savunur; devlet bir rasyonellik alanı, toplum ise irrasyonel inançların ve geri güçlerin alanıdır; devlet değişimi temsil eder, toplum ise âdetlerin kör uyumuna dayalıdır. Ahlaki ve kültürel yenilenme ağır görevini yapabilmesi için devlet, toplumun üstünde olmalıdır ve devlet bunu ancak aydınlanmış bir bürokrasi tarafından desteklenen modernist bir siyasal elit öncülüğünde yapabilir. Bu sebeple modernistler, halkı eğitmenin bir yolu ve seçkinlerin hesap verebilir olmasını muhafaza ettiği için demokrasiye taraftar olmalarına rağmen, niteliksiz (degenerate) kitlelere iktidarı verme konusunda da endişelidirler. Modernistlerin bir kısmı, modernist proje çerçevesinde kitleleri mobilize etme yeteneklerine güvenirken, diğerleri, “rehberli” (guided) veya “ayarlanmış” (regulated) demokrasiyi savunurlar (Parekh, 2005: 559).

Kısaca modernleşmenin hararetle benimsendiği batı dışı toplumlarda demokrasi, iyi yönetimin, ideal yönetimin adıdır ki, onun sayesinde devlet varlığını korur ve güçlenir. Oysa demokrasinin tanımlanmasından kaynaklanan hataların en başta geleni, demokrasinin tanımlanması sorunu ile demokrasinin iyi bir şey olup olmadığı sorununun karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra “demokrasi” ve “demokratik” sözcükleri siyaset sözlüğünün en yaygın olumlama sözcükleri haline geldiği için, demokrasi kavramı, herhangi bir anlam taşımaksızın, sadece olumlanan ve onaylanan herhangi bir siyasal düzene eş anlamlı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Yirminci yüzyıla kadar demokrasi karşıtları ile taraftarları, demokrasinin tanımı konusunda hemfikirdi ama onun arzu edilebilirliği konusunda ayrışma vardı. Günümüzde ise, demokrasi karşıtları açıkça anti-demokratik

görünmekten çekindikleri için, bu defa, demokrasinin arzu edilirliliği konusunda hemfikir olanlar, onun ne olduğu ve neyi kapsadığı konusunda ayrışmaktadır (Beetham, 2006: 3).

1.2. 1982 Anayasası'nda Demokrasi

Anayasa'nın 176. maddesine göre Anayasa metnine dâhil olan Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmında Anayasanın, TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, “demokrasiye âşık” (abç) Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunduğu belirtilir. Burada anayasa romantik bir dille kaleme aldığı başlangıç bölümünde demokrasiyle duygusal bir ilişki, bir aşk ilişkisi kurmaktadır. Bu nedenle Taha Parla hafifçe romantik olduğunu ileri sürdüğü 1961 Anayasası'na karşılık, 1982 Anayasası'nın tamamen metafizik olduğunu ileri sürmektedir (Parla, 2002: 31). Çünkü anayasa, demokrasiyi ütopyacı mükemmel bir toplum modeli gibi dile getirmektedir.

Anayasanın başlangıç bölümündeki bu ifadenin ironik bir boyutu olduğunu da Zühtü Arslan dile getirmektedir.

“1982 Anayasası da, 61 Anayasası'nı izleyerek, anayasanın “TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatları”na emanet edildiğini belirtiyor. Buradaki ironi iki yönlüdür. Birincisi anayasanın “Türk milleti tarafından” hazırlandığının ifade edilmesidir. Bunu, hazırlanan belgeye “demokratik meşruiyet” kazandırma girişimi olarak okuyabiliriz. Nitekim, Milli Güvenlik Konseyi'nin beş komutanı tarafından son şekli verilen anayasa, bir halkoylaması sonucu kabul edilmiştir. Bu halkoylaması yasaklamalar ve sınırlamalar ile malûl olsa da hazırlanan belgeye “toplum sözleşmesi” niteliği vermek için yapılmıştır. Ancak, milletin serbest iradesiyle ve tüm kesimlerin temsiliyle anayasanın hazırlık sürecine katılmadığı, dolayısıyla bunun gerçek bir “toplum sözleşmesi” olmadığı da bilinmektedir. Ironinin ikinci boyutu Türk milletinin hazırladığı anayasayı “demokrasiye âşık Türk evlatları”na emanet etmesinde ortaya çıkıyor. Aslında Türk milleti anayasayı kendi kendisine emanet ediyor. Emanet eden ve edilen, özne ile nesne, yöneten ve yönetilen aynıdır: Vatan ve millet sevgisiyle dolu ve demokrasiye âşık Türk evlatları. Ne var ki, “Türk milleti adına” anayasayı “Türk evlatları”na emanet edenler, aynı zamanda demokratik anayasal düzeni yıkıp yerine askerî bir yönetim tesis edenlerdir.”(Arslan, İronik Demokrasi-2, 17.06.2007 tarihli Zaman Gazetesi).

Benzer durum, Anayasanın 120. maddesi için de geçerlidir. Olağanüstü

hal ve sıkıyönetimin ilan edilme şartlarından ilki, “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması*” durumudur. Buradaki sözdizimi, anayasa ile kurulan yerleşik düzen ile demokrasi özdeşleştirilmekte ve yerleşik düzenin kendiliğinden (per se) demokrasi olduğu zımnen ifade edilmektedir. Dolayısıyla Anayasaya göre yerleşik anayasal düzene karşı şiddet hareketleri, demokrasiye karşı şiddet hareketleriyle aynı anlama gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle, Anayasanın nazarında demokrasiyle kastedilen şey, yürürlükteki anayasal düzenden başkası değildir (Kuzu’dan aktaran Erdoğan, 2007: 196).

Demokrasi ile anayasada ne kastedildiğini yeniden düşündüğümüzde, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlanmasında kullanılan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının neyi içerdiğini anlayabiliriz:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Burada sadece olağan dönemde geçerli olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının sınırı olarak “demokratik toplum düzeni” kriteri getirilmiştir. Yine de bu kriterin ne anlama geldiği ve neyi içerdiği ise tartışma konusudur. Kenan Evren’in anayasayı tanıtmak için 25 Ekim 1982’de Trabzon’da yaptığı bir konuşmada bu kriterle ilgili şunu söylemektedir:

“Temel hak ve hürriyetler ile ilgili genel ve özel sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.” Yani, sana bu temel hak ve hürriyetleri veriyorum ama demokrasinin haricinde kullanamazsın. (Evren, 1982: 15)

Burada demokrasi ile kastedilen şeyin ne olduğu yeterince açık değildir. Çünkü burada hakları sınırlamanın bir sınırı olarak belirtildiğine göre, bu sınır yeterince açık ve net olmalıdır. Anayasa Mahkemesi, 1986 tarihli bir kararında bu duruma bir açıklık getirmiş ve “*yasa koyucu... demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle, hiç kuşkusuz Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur*” (aktaran Atar, 2007: 123–124) ifadeleriyle mevcut yerleşik düzeni demokratik toplum düzeni olarak

nitelendirmiştir.

Yine Anayasa'nın hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalar esnasında, Anayasa Komisyonunun, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasındaki temel hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağına dair görüşünün Danışma Meclisi'ndeki tartışmalarında, bu ölçütün “*bu anayasada kararlaştırılan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması*” biçiminde belirtilmesi gerektiği önerisi üzerine Anayasa Komisyonu adına söz alan Feyyaz Gölcüklü şunu söylemiştir: “*Bu anayasada öngörülen'e gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi, bu Anayasadaki demokrasidir, bu anayasanın hükümlerine tâbi demokrasidir...Onun için demokratik rejim dedik,. Zaten bundan anlaşılın da Anayasamızın demokratik toplumdur. Standardı da bellidir.*” Bu sözlerden Anayasanın benimsemiş olduğu demokrasinin, milli anlamda demokrasi olduğu anlaşılmalıdır. Ancak Komisyon sözcüsünün daha sonra yaptığı açıklamadaki “*Bizim Batı dünyasından ayrı bir demokrasi anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz*” şeklindeki ifadesi, demokratik toplum düzeninin, Batı tipi demokrasi olduğu anlaşılmalıdır (Hakyemez, 2000: 157–158). Ancak Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında demokrasiyi, özgürlükçü-çoğulcu Batılı model anlamında yorumlarken, başka bazı kararlarında bu kavramı Türkiye'nin anayasal düzeniyle özdeşleştirmiştir (Erdoğan, 2007: 196).

Bu bağlamda mevcut anayasal düzenin demokratik açıdan tartışılır yanları olmakla birlikte, anayasanın bu düzeni daha baştan demokratik olarak nitelendirmesi, mevcut düzeni koruma kaygısının demokratik kaygıdan önce geldiğinin bir göstergesi sayılabilir.

Demokrasinin felsefi temellerini inceleyen pek çok araştırmacıya göre, demokrasinin mükemmelen uyumlu bir toplum idealinin adı olarak kullanılması, demokrasinin gayrimeşru ütopyacı bir algılamasına yol açacaktır. Çünkü demokrasinin görevi, bütün tartışmaların sona erdiği uyumlu bir sosyal düzeni tanımlamak değildir. Bilakis, demokratik düzen, demokratik meşruiyetin ilkelerini berrak bir şekilde tanımlamalıdır (Stotzky, 1999: 161).

1.3. Hürriyetçi demokrasi

Anayasada sözü edilen demokrasi “saf demokrasi” değil, hürriyetçi demokrasidir. Özbudun'a göre burada kastedilen demokrasi, “liberal demokrasi” ve “Batı demokrasisidir (Özbudun, 1998: 60). Bu yorum elbette ki doğ-

rudur, ancak Anayasa yapıcı bu kavramları kullanması mümkün olduğu halde kullanmayı tercih etmemiştir. Türk modernleşmesi sürecinde “hürriyet” kavramının kullanılışı göz önüne alınırsa, hürriyetçi demokrasi kavramının başka çağrışımları içerdiği de düşünülebilir. Türkiye’nin demokratikleşme süreci, hürriyet kavramıyla bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. Osmanlı aydınları, hukukî ve sosyal anlamda köleliğin karşıtı olan, felsefî anlamda ise, irade serbestliğini ifade eden bu kavram çerçevesinde dönemlerinin yöneticilerini ve yönetim tarzlarını eleştirmişlerdir. Bu nedenle Türk demokrasi tarihinde bu iki kavram (hürriyet ve demokrasi) özdeş hale gelmiştir (Köktaş, 2001: 121). Anayasanın bütünü göz önüne alındığında, bu kavramın -bir şeyin ne olmadığını gösterdiği için- negatif nitelikte bir kavram olduğunu, bu bağlamda da anayasanın “saf anlamda demokrasi”yi benimsemediğini gösterir. Zira “*saf anlamda demokrasi*” (pure democracy), çoğunluğun desteğini kim elde ederse onun yönetmesini (rule) ileri sürer. Buna karşılık, Pareto, Mosca ve Weber gibi elitist teorisyenlere göre demokrasiye en büyük tehlike, kitleden ve çoğunluktan gelir (çoğunluğun despotizmi) ve elitlerin kitle baskısından uzakta kalması, popülist demagojinin baştan çıkarmalarından kaçınmak için hayati önemdedir. İstikrarlı bir demokrasi ise, parti sistemi içinde örgütlenmesi yoluyla seçmenlerin pasif ve siyasete karşı ilgisiz tutulmasına dayalıdır (Bellamy, 2005: 93–101).

Mardin’in de belirttiği üzere hürriyet kavramı, Yeni Osmanlılarla beraber Türkiye’de yerleşmiştir ama hürriyet, Türk kamuoyuna romantik bir şekilde girdiği için, örneğin Hume’un anlattığı tarzda “*hürriyet, insanın tercih ettiği şekilde hareket etmesidir*” gibi bir anlama değil, daha çok Ali ve Fuat Paşa’nın başında bulunduğu bürokratik seçkinler zümresinin baskısından kurtulmak anlamına geliyordu. Daha sonraki süreçte de hürriyet kavramının benzer şekilde anlaşıldığını ve Türk siyasi literatüründe hürriyet kavramının *mad-di gerçekler üzerine bina edilmeyen müphem bir arzu* (abç) olarak kaldığını görmekteyiz (Mardin, 1994a: 174–177). 1908’de ilan edilen II. Meşrutiyet’in ilanının da “Hürriyetin İlanı” olarak duyurulduğunu (Akşin, 1990: 181) hatırlarsak, hürriyetin Türk siyasal literatüründeki algılanışına dair ipuçları daha belirgin hale gelebilir.

Hürriyetin romantik algılanışı, gerçek anlamda hürriyetin gerçekleşmesinin önündeki engel de olabildiği için, Türk siyasetindeki romantik hürriyet anlayışını Ahmet Hamdi Tanpınar, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*’nde, ironik bir dille şöyle eleştirir:

“Politikada hürriyet, bir yığın hürriyetsizliğin anahtarı veya ardına kadar açık duran kapısıdır... Ben bu kadar kendi zıddı ile beraber gelen ve zıtlarının altında kaybolan nesne görmedim. Kısa ömrümde yedi sekiz defa memleketimize geldiğini işittim. Evet, bir kere bile kimse bana gittiğini söylemediği halde, yedi sekiz defa geldi; ve o geldi diye biz sevincimizden, davul zurna sokaklara fırladık” (aktaran Arslan, 2005: 131).

2. 1982 ANAYASASINDA DEMOKRASİ: YAPI VE KURUMLAR

Tarihsel olarak bakıldığında, demokrasi kavramının birbiriyle bağlantılı olan iki boyut içinde geliştiğini ve anlamlandırıldığını görmekteyiz. Bunlardan birincisi, demokrasi kavramının felsefi ve kuramsal olarak tartışıldığı ve genellikle bir idealleştirme çabasının egemen olduğu normatif boyuttur. İkincisi ise, demokrasinin sadece bir yönetim şekli olarak belirli bir kurumsal düzenleme ve örgütlenme biçimi olarak ele alındığı pratik boyuttur. Bu iki boyutun değişik dönemlerde göreceli olarak önem kazanıp o dönem için geçerli olan demokrasi anlayışını oluşturduğunu söyleyebiliriz (Üstüner, 1999: 55).

Çok sayıda siyasal sistem ve ideolojinin sahip çıkmasından dolayı, demokrasinin gündelik kullanımının fiilen anlamsızlaşmaya yüz tutması (Marshall, 1999: 140) nedeniyle, onun daha somut kriterlerinin ortaya konması zorunluluğu gündeme gelmiştir. Böylece demokrasinin, olması gereken ideal bir yönetim biçimi, bir ilke olarak kabul edilmesini ifade eden “normatif” teorisinin yanında, somut olarak demokrasinin kriterlerini ortaya koyan “ampirik demokrasi” teorisi şeklinde iki türü oluşturulmuştur. Bunlardan ampirik demokrasi teorisi, demokrasiyi, gelecekte var olacak olan ideal bir rejim olarak ele almak yerine, onun somut kriterlerinden yola çıkarak bugün ve şimdi hangi ülkelerin veya rejimlerin gerçek anlamda “demokratik” olarak nitelenebileceğini ortaya koyar.

Bu bağlamda, demokrasi üzerine inceleme yapan çeşitli düşünürlerin tespitlerinden yola çıkarak ampirik demokrasinin altı kriteri olduğu söylenebilir ki bunlar aynı zamanda demokrasinin asgari şartlarıdır:

1. *Etkin siyasal makamlar seçimle işbaşına gelmelidir*
2. *Seçimler düzenli aralıklarla yapılmalıdır*
3. *Seçimler serbest olmalıdır*
4. *Birden çok siyasal parti var olmalıdır*

5. *Muhalefetin iktidar olma şansı olmalıdır*

6. *Temel kamu hakları tanınmış ve güvence altına alınmış olmalıdır* (Gözler, 2006: 112-114)

Buradaki kriterler açısından bakıldığında, bir anayasanın demokratik ilkeyi benimsemiş olmasından çok, devlet organlarının kuruluş ve işleyişinin demokratik ilkelere göre düzenlenip düzenlenmediğine bakmak gerekir. 1982 Anayasası'nda bu açıdan çeşitli sorunlar mevcuttur.

2.1. Seçilmiş-Atanmış İlişkisi

Bunlardan ilki, seçilmiş-atanmış ilişkisinin anayasada nasıl düzenlendiğidir. Etkin siyasal makamların seçimle işbaşına gelmesi ilkesi, ülke yönetiminde seçilmişlerin üstünlüğünü ifade eden ilkedir. Yani ülke yönetiminde seçilmişlerin üstün ve etkin olması demektir. Bu ilkeye göre, ya seçimle gelenler ülke yönetiminde etkin olmalı, ya da ülke yönetiminde etkin olanlar seçimle gelmelidir. Oysa Türk Anayasal sisteminde 1961 Anayasası'yla başlayan süreçte seçilmiş meclisin üstünlüğüne son verildiği gibi, seçilmişlerin üstünlüğü fiilen de geçersiz hale getirilmiştir. Özellikle MGK ve silahlı kuvvetler ile bazı atanmış sivil organların anayasal sistem içinde ağırlığının artması, devletin demokratik niteliğini zedelemektedir.

Seçilmişlerin üstünlüğü ilkesi, demokrasinin felsefi boyutuyla yakından ilişkilidir. Çünkü pek çok yazara göre demokrasinin ahlaki meşruiyetinin dayanağı "*otonomi*"dir (Weale, 1999: 64). Otonomiye sahip bir varlık olarak insanın istisnai bir konumda olması nedeniyle Beetham, demokrasinin iki temel ilkeye dayandığını belirtir: Eşit insan onuru düşüncesi ve insanın kendi kaderini belirleme kapasitesine yani otonomisine duyulan inançtır. Otonomi düşüncesinin gereği olarak insan, kendi hayatını ilgilendiren kararlar konusunda kimseye tâbi olamaz; bu kararları kendi vermelidir. Bu açıdan bakıldığında demokrasiyle liberalizm aynı temele sahiptir. Aradaki önemli fark, demokrasideki otonomi düşüncesinin "bireysel" değil "toplular" otonomi olarak, yani bireyin üyesi olduğu ve otoritesine tabi olduğu topluluğun kurallarının ve politikalarının belirlenmesine katılması olarak algılanmalıdır (Beetham, 2006: 10-11). Temsili demokrasilerde ise, bireyler, sahip oldukları toplumsal konularda "nihai karar alma" yetkilerini seçimle temsilcilerine devrederler. Dolayısıyla demokrasilerde seçilmişlerin üstünlüğü ilkesi, ahlaki bir ilke olarak, ülke yönetimiyle ilgili "nihai karar alma" yetkisinin seçilmişlerde olması anlamına gelir. Seçilmişlerin nihai karar alma yetkisi, onların halk tarafından

seçim yoluyla “yetkilendirilmiş” olmalarından kaynaklanır. O halde temsili demokrasilerde nihai karar alma yetkisi, sadece yetkilendirilmeye dayalıdır ve bu yetkilendirilmiş olanlar ise seçilmiş siyasilerdir.

2.2. Demokrasinin Yerleşikleşmesi ve 1982 Anayasası

David Beetham, bir ülkenin demokrasiye geçişi ile o ülkede demokrasinin yerleşikleşmesi arasında farklar olduğunu söyler ve “demokrasiye geçişi” önemsemekle beraber, asıl üzerinde durulması gereken noktanın “demokrasinin yerleşikleşmesi” olduğunu da ekler. Ona göre demokrasinin yerleşikleşmesi açısından, önceki rejimin niteliği ile demokrasiye geçiş şekli olmak üzere iki unsur, çok önemlidir. Bu açıdan bakıldığında, demokrasiye geçilmeden önceki rejimin niteliği ile demokrasiye geçiş şekli, demokrasinin yerleşik hale gelmesini de etkilemektedir.

Beetham’a göre önceki rejimin niteliği açısından iki tür yönetim şekli, yerine geçen rejime özel bir gündem bırakmaktadır. Bunlardan biri, askeri rejimden demokrasiye geçiş, diğeri de komünist rejimden demokrasiye geçiş durumudur. Askeri rejimden demokrasiye geçişte karşılaşılan en önemli sorun, askeri güçlerin depolitize edilmesi ve bir daha siyasete müdahale etmelerini önleyecek tedbirlerin alınması ve askeri makamların siyasi yetkilerden arındırılması sorunudur. Beetham, askeri rejimin, Yunanistan ve Arjantin örneklerindeki gibi askeri bir yenilgi sonucu itibar kaybederek sonlandığı durumlarda, bu depolitizasyonun nisbeten kolay olduğunu, ancak, askerin demokratik siyasette kendisi için veto yetkisi benzeri bir siyasi güç elde etmeyi başardığı ülkelerde, demokrasinin yerleşikleşmesinin sorunlu olduğunu (Beetham, 2006: 111) belirtir. 1982 Anayasası’nın 12 Eylül askeri darbesinden sonra hazırlandığı ve hazırlanan Anayasanın askeri güçlerin 1961 Anayasası’ndaki konumlarını (özellikle 1971 ve 1973 değişiklikleriyle daha da artırılan ve sağlamlaştırılan) muhafaza ettiğini hatırlarsak, bu değerlendirmenin en iyi örneklerinden birinin Türkiye olduğunu söyleyebiliriz.

Cizre’ye göre Türk ordusunu siyasi özerklik bağlamında Üçüncü Dünya’nın ordularından farklı kılan çok önemli bir özellik, ordunun demokrasiyi ve sivil iktidarı tanımasıdır. Ordu benimsediği *rafine bir özerklik anlayışıyla* kendi fikir ve inançları doğrultusunda siyasetçileri kontrol etmektedir. Türk ordusu, sivil-asker sınırını yok etmemiş, doğrudan askerî bir hükümet fikrini benimsememiştir. Ordu, sivil kurumlara sızılmaktan, onların bir parçası olmaktan ziyade, çoğu kez dışarıdan bir güç olarak Silahlı Kuvvetler kanalıyla

siyaset sahnesine ağırlığını koymuştur. Bakanlar Kurulu ve bürokraside asker politikacı olarak görev yapan Tayland ve Endonezya örneklerinin aksine Türk ordusu, siyasete, sivil otoritenin dışında kalarak müdahale etmekte ve onu şekillendirmektedir. Bunun sonuçlarından biri, ordunun rejimin meşruiyetini ve iktidarını kabul etmesiyle siyasetteki ağırlığını maskeleyememesi zorunda kalmış olması, dolayısıyla siyasetteki varlık ve etkinliğinden dolayı tedirginlik yaratmamaya özen göstermiş olmasıdır. Bu bağlamda 1982 Anayasası, ordunun siyasal sistem içindeki veto gücünü öylesine artırmıştır ki, artık siyasete kaba askerî müdahalelere gerek kalmamıştır (Cizre, 1999: 61–62). Türkiye, Mısır ve Cezayir’de ordunun siyasetteki ağırlığını inceleyen ve bu ülkelerdeki orduyu “yönetmeden hükmeden ordular” olarak tanımlayan Steven Cook, Türkiye’de ordunun sahip olduğu bu konumu “*enformel iktidar*” (gizli iktidar) olarak tanımlamakta ve bu tür bir iktidarın ordu açısından üç faydası olduğunu tespit etmektedir:

İlk olarak, Bu durum Türk toplumunu özünde Batılı olan demokratik medeniyet seviyesine ulaştırmayı amaçlayan modernleşme söylemine uyum sağlar. İkinci olarak, subaylar, Türkiye’nin demokratik görünümlü kurumlarını, kendilerini siyasetten yalıtılmak için kullanırlar. Ordunun profesyonelliğini korumak adına gündelik siyasetin çalkantılarından uzak durmak, ordu açısından önemlidir. Üçüncü olarak, demokratik görünümlü kurumlar, Türk halkının büyük çoğunluğunun saygı ve takdirini kazandırır. Demokratik bir yapıyı andıran kurumların varlığı, halkın herhangi bir hoşnutsuzluğuna karşı onlara siper olur. Dolayısıyla askeri kurumlar, genelde sitem ve suçlamaların dışında kalır (Cook, 2008: 251–253).

Anayasada yapılan değişiklikler de bu ve benzeri açılardan demokrasinin yerleşikleşmesini yeterince sağlayamadığı için, bazı yazarlarca Türkiye’deki demokrasi “*yarı demokrasi*” olarak nitelenmekte ve Türkiye’nin de dâhil edildiği yarı demokrasi türü şöyle tanımlanmaktadır: Bu sistemde iktidar, orduya, bürokrasiye ve büyük iş çevrelerine kaymış olduğundan, seçilmiş yöneticilerin çok az yetkisi vardır. Kısaca bu rejimlerde seçim yerleşik olsa da, seçimler *nihai kararı verme yetkisini* kullanacak olanı belirleme işlevi görmezler. Bunların birçoğunda silahlı kuvvetler, sivil kararlar üzerinde “sessiz bir veto” yetkisi kullanan, ulusun koruyucusu veya vasisi konumundadırlar.

Erdoğan’a göre yarı demokrasinin bu tanımı Türkiye’ye uymaktadır. Zira Türkiye’de olağan dönemlerde dahi, seçimden çıkan hükümetler, demokratik temsilin gerektirdiği kapsamda bir “yönetme hakkı”na sahip olmamışlardır.

Başka bir ifadeyle Türkiye'de seçim ilkesi, kamu işleri hakkında nihai karar verme yetkisinin sahibini belirleme işlevi görmemektedir. Bu niteliğinden dolayı, Türkiye'nin, demokrasiye geçiş halindeki bir sistemden çok, kalıcı bir rejim tipi olarak "*istikrarlı bir yarı demokrasi*" (Erdoğan, 2007: 231–233) olduğu yorumları yapılmaktadır.

2.3. Milli Güvenlik Kurulu ve Anayasadaki Yeri

Türk anayasal sisteminde temel siyasal kararların alınması sürecinde, yasa organı ve hükümetin yanısıra, Milli Güvenlik Kurulu'nun (MGK) da önemli bir rolü vardır. Ordu-siyaset ilişkisine dair incelemeleriyle tanınan Ümit Cizre'ye göre MGK, ordunun siyasi hegemonyasını iyice pekiştirmesinin ve iyice özerk olmasının en ortadaki örneğidir. İlk kez 1961 Anayasası'yla oluşturulan MGK, halkın seçtiği parlamentoda bürokrasi hâkimiyetinin bir tezahürüdür ve 1982 Anayasası'yla etkinliği daha da artırılmıştır. MGK'nın güvenlik ve askerlikle ilgili olmayan alanlarda da, örneğin okullarda müfredatın belirlenmesi, bazı milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılması, televizyon yayın saatlerinin düzenlenmesi, bazı hapisane ve televizyon kanallarının kapatılması..vs gibi konularda kararlar almasının (Cizre, 1999: 69-70) da gösterdiği gibi, bu organ, esasen yürütmeye ilişkin kararlar almakla birlikte, ne seçimle gelmektedir, ne de herhangi bir organa karşı sorumlu olmaktadır. Bununla ilgili ilginç bir nokta, Anayasada yürütmenin, parlamenter sistemden farklı bir şekilde "üç başlı" olarak düzenlenmiş olmasıdır. Parlamenter sistemde sivil otoriteye, özellikle de Başbakan ya da Bakanlar Kurulu'na tâbi olması esas olan silahlı kuvvetler, hem 1961 hem de 1982 Anayasalarında sivil otorite karşısında önemli bir özerklik kazanmış ve askeri bürokrasi, Anayasada "İdare" başlığı altında değil "Yürütme" başlığı altında zikredilmiştir. Anayasanın sistematigi şöyledir:

- II. Yürütme
- B. Cumhurbaşkanı
- C. Bakanlar Kurulu
- D. İdare

Askeri bürokrasinin yeri, **C. İdare** başlığı altında yer alması gerekirken, **B.Yürütme** başlığı altında ve Bakanlar Kurulu'yla eşdeğer düzeyde bir alt başlıktır (Parla, 2002: 87). Üstelik Genelkurmay başkanının Anayasada Baş-

bakana karşı sorumlu olduğunun belirtilmesi ama kime bağlı olduğunun belirtilmemiş olması da tartışılan diğer konulardan biridir. Nitekim genelkurmay başkanının kime bağlı olduğu belirsiz olmakla birlikte, -Başbakanlık web sitesinde sorumlu kuruluşlar başlığı altında yer almasının da gösterdiği gibi- Başbakanı karşı sorumludur (Çelik, 2008: 169). Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirtildiği üzere (E.1967/39, K.1968/41, 10.10.1968), “*Genelkurmay başkanlığının, görevlerini bir bakan adına veya bakanlığın bir dairesi gibi değil, kendi adına ve Başbakanı karşı sorumlu olarak yürütmesi gerekmektedir*”. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararından, Genelkurmay Başkanının Başbakanı bağlı olarak değil “kendi adına karar verdiği”, ancak Başbakanı karşı sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum, Üskül’ün de belirttiği üzere Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesine aykırılık teşkil etmektedir (Üskül, 2006: 76).

2.4. Siyasal Katılım

1982 Anayasası’nı tanıtmak üzere Ekim 1982’de Diyarbakır’da halka hitap eden, Org. Kenan Evren, demokrasi ve siyasal katılımı ilgili şunları söylemektedir:

“Bildiğiniz gibi demokrasilerde vatandaş, devletin ve memleketin yönetimine katılır... İşte vatandaşın, Devletin ve memleketin yönetiminde söz sahibi olmasına imkân veren haklara siyasi hak ve hürriyetler diyoruz... Bu hak ve hürriyetlerin demokrasi denilen idare tarzına uygun bir biçimde kullanılabilmesi için birinci şart, vatandaşın çekimser davranmayıp, bütün seçimlere katılması ve her zaman Devletin ve memleketin gidişatı üzerindeki fikirlerini, görüşlerini söyleyebilmesidir. O halde demokrasinin birinci şartı katılımdır.

...

Haklar ve hürriyetler bir nimettir. Her nimetin karşılığında da mutlaka bir külfet vardır... Bu mutluluğa ulaşılabilmesi için, her vatandaş memleket meseleleri ile daima meşgul olmalıdır. Memlekette ne olup bittiğini devamlı bir şekilde kollamalıdır... Fakat sürekli bir mücadele içine de girmemeli; siyasi tartışmayı, çekişmeyi bir yana bırakmalı, evde, işyerinde sokakta, her gün siyasi meselelerle uğraşıp kendini bu kavgaın içine de atmamalıdır” (Evren, 1982: 37–38).

1982 Anayasası’nın ciddi oranda bir depolitizasyonu içerdiği, yani siyasetten uzaklaşmayı amaçladığı (Özbudun, 1998: 43) 1982 Anayasası’yla ilgili

en çok dile getirilen noktalardan biridir ama yukarıdaki ifadeler, bunun net göstergelerinden biridir. Buna göre vatandaşın siyasetle ilgilenmesi bir hak ve görevdir ama siyasetle ilgilenirken asla bir çatışma ve mücadeleye içine girmemelidir. Oysa siyasi partilerin temel fonksiyonlarından biri, menfaatlerin birleştirilmesidir (Özbudun, 1979: 92-93) ve her parti farklı menfaatlere sahip olduğu için bunların çakışmaması imkânsızdır. Buradaki siyasal katılım anlayışı, romantik bir tarzda dile getirilen siyasal katılım, mükemmel ideal düzen olan demokrasiyi sağlayacak olan katılımdır. Depolitizasyonun Hitler'i iktidara getiren en önemli amiller arasında olduğunu, çünkü Alman aydınlarının günlük politikayı bir hayli kirli bir alış-veriş saymış olduklarını hatırlatan Şerif Mardin'in demokrasiyi açıklayan ifadeleri bu görüşe bir cevap gibidir:

“Demokratik politika, demokratik kelimesinin ifade ettiği bütün telakkilere rağmen, esasında bir cemiyetin içindeki menfaatlerin ne suretle tayin eden ameliyedir. Bu bakımdan mücadelelerle dolu olması tabiidir. Demokratik politikanın demokratik olduğu için diğer rejimlerdeki siyasi alışverişten tamamıyla ayrılacağına inanmakla kendi kendimizi aldatmış oluruz. Gafletin veya dürüst sayılmayan politika oyunlarının mevcudiyeti, şu veya bu rejimin değil, insan tabiatının ve medeniyet seviyesinin bir fonksiyonudur. Fakat demokratik politika ameliyesi, her yerde mevcut siyasi mücadeleyi oyunun kaideleri diye vasıflandırabileceğimiz bazı esaslara bağlamıştır ve bu şekilde siyasi alışverişte şimdiye kadar tatbik edilen sistemlerin hiçbirinin sağlayamadığı bazı gelişme imkânları bahsetmiştir”(Mardin, 1993: 289–291).

68. maddeye göre “siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır”. Bununla birlikte, 1995 ve 2001 yılında yapılan değişikliklerle getirilen kısmî serbestliğe rağmen, siyasi partilere; amaçları, örgütlenme ve çalışmaları bakımından demokrasilerde pek görülmeyen birçok yasak ve sınırlama getirilmiş ve siyasi partilerden kapatılması da oldukça kolaylaştırılmıştır (Atar, 2007: 69). Herhangi bir eylem sözkonusu olmasa bile partilerin sadece programlarından dolayı kapatılabiliyor olmasını, Özbudun, 1982 Anayasası'nın, Alman Anayasasından ve onun dayandığı, hür demokrasiyi kaldırmaya yönelik partilere siyaset alanını kapatmak olan *militan demokrasi* anlayışından esinlenmiş olmasına bağlar (Özbudun, 1998: 66). Siyasal parti dışında diğer siyasal katılım kanalları daraltılmış olduğu için, vatandaşların ülke yönetimine etkide bulunacak bir baskı grubu oluşturması zorlaştırılarak Anayasada siyasal katılım imkânları azaltılmıştır. Bu imkânın verildiği yerlerde de, içeriği naif ve romantik bir şekilde düzenlendiği için, anayasada tam anlamda bir siyasal katılım hakkının verilmesi söz konusu olmamıştır.

SONUÇ

Demokrasi, modern siyaset anlayışının popüler kavramlarından biri olduğu için, modernleşme yanlısı devletler ve anayasalar, büyük oranda demokrasiyi ilkesel olarak kabul etmişler ve ideal yönetim biçimi olarak kabul etmişlerdir. Ancak demokrasinin ilkesel kabulünden daha önemli bir boyutu ise, anayasal kurum ve kuruluşların yetki ve hiyerarşilerinin yapısal olarak bu çerçevede düzenlenmiş olmasıdır. Demokrasinin pratik unsurları ve somut boyutu ihmal edilirse, eksik demokrasi veya yarım demokrasi diyebileceğimiz durumlar kaşımıza çıkar ki 1982 Anayasası, bunun en tipik örneklerinden biri kabul edilebilir. Buna karşılık, anayasal kurumların demokrasinin ilkelerine uygun bir şekilde tasarlanması sağlanır ve etkin siyasal makamların seçime işbaşına gelmesi, seçimlerin düzenli aralıklarla ve serbestçe yapılması, birden çok siyasal partinin seçime katılması ve muhalefetin iktidar olma şansının mevcut olması ile ayrıca temel kamu haklarının tanınmış ve güvence altına alınmış olması ilkeleri hayata geçirilirse ancak demokrasinin asgari şartları sağlanmış olacaktır. Oysa 1982 Anayasası, demokrasiyi ilkesel olarak kabul etmekle birlikte, demokrasinin somut kriterleri açısından oldukça problemlidir. Anayasanın seçilmişlerle atanmışları, yürütme yetkisini kullanma bakımından eşit kabul etmesi, atanmış bazı kurumlara yargı yolunu kapatması, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceleri kaldırması, parti içi demokrasiyi ülke içi demokrasiden daha önemsemesi ve atanmış organların siyasalere ait olması gereken nihai karar alma yetkisine sahip olması gibi hükümleri, onun demokratik olarak nitelenmesini zora sokmaktadır. Siyaset teorisinde toplum mühendisliğinin meşruiyeti tartışmalı olduğu halde, anayasaların hazırlanmasının esası olan “kurumsal mühendislik” veya “anayasal mühendislik” araçları kullanılarak devlet yönetiminin demokratikleşmesi mümkündür ve yapılması gereken de budur.

Kaynakça

- Akşin, Sina (1990), “Siyasal Tarih”, Editör: Sina Akşin, *Türkiye Tarihi 3*, Cem Yayınevi, İstanbul.
- Arslan, Zühtü (2005), *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Arslan, Zühtü (2007), İronik Demokrasi–2, 17 Haziran 2007 tarihli Zaman Gazetesi
- Atar, Yavuz (2007), *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya.
- Badie, Bertrand (2000), *The Imported State, The Westernization of the Political Order*, Stanford University Press, Stanford.
- Beetham, David (2006), *Demokrasi ve İnsan Hakları*, Çev. Bilal Canatan, Liberte Yayınları, Ankara.
- Bellamy, Richard (2005), “The Advent of Masses and the Making of the Modern Theory of Democracy”, Editors: Terence Ball and Richard Bellamy, *The Cambridge History of Twentieth Century Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, s.70-103.
- Benn, Stanley I. (2006), “Democracy”, *Encyclopedia of Philosophy*, Editor: Donald M. Borchert, Volume 2, 2nd Edition, Thomson Gale Corporation, New York.
- Cizre, Ümit (1999), *Muktedirlerin Siyaseti*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Cook, Steve (2008), *Yönetmeden Hükmeden Ordular*, Türkiye, Mısır, Ceza-yir, Çev. Bahar Şahin, Hayykitap, İstanbul.
- Çelik, Seydi (2008), *Osmanlı'dan Günümüze Devlet ve Asker*, Askeri Bürokrasinin Sistem İçindeki Yeri, Salyangoz Yayınları, İstanbul.
- Erdoğan, Mustafa (2001), *Anayasal Demokrasi*, 4. Baskı, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara.
- Erdoğan, Mustafa (2007), *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Orion Yayınları, Ankara.

Yrd. Doç. Dr. Fatih DEMİRCİ

Evren, Kenan (1982), Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Yeni Anayasayı Devlet Adın Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar, TBMM Basımevi, Ankara.

Gözler, Kemal (2006), Anayasa Hukukuna Giriş, 8. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2000), Militan Demokrasi ve 1982 Anayasası, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

Harrison Kevin, Boyd, Tony (2003), Political Ideas and Movements, Manchester University Press, Manchester

Hewlett, Nick (2000), "Democracy: Liberal and Direct", Editors: Gary Browning, Abigail Halcli and Frank Webster, *Understanding Contemporary Society: Theories of the Present*, Sage Publications, London, s.165-177.

Hoffman, John (2007), A Glossary of Political Theory, Edinburgh University Press, Edinburgh.

<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=552435&keyfield=69726F6E696B2064656D6F6B72617369206172736C616E>

Köktaş, Arif (2000), "Türkiye'de Demokrasinin Gelişmesine Kısa Bir Bakış", Editör: Davut Dursun, *Demokrasi Sorunu ve Türk Demokrasisi*, Şehir Yayınları, İstanbul.

Mardin, Şerif (1993), Türkiye'de Din ve Siyaset, İletişim Yayınları, İstanbul.

Mardin, Şerif (1994a), Türkiye'de Toplum ve Siyaset, Derleyenler: Mümtaz'er Türköne ve Tuncay Önder, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.

Marshall, Gordon (1999), Sosyoloji Sözlüğü, Çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara.

Özbudun, Ergun (1998), Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

Parekh Bhikhu (2005), "Non-Western Political Thought", Editors: Teren-

1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz...

ce Ball and Richard Bellamy, *The Cambridge History of Twentieth Century Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, s.553–578.

Parla, Taha (2002), *Türkiye'de Anayasalar*, 3. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.

Sartori, Giovanni (1996), *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara.

Stotzky, Irwin P. (1999), “Creatin the Conditions for Democracy”, Editors: Harold.Hongju and Ronald C. Slye, Yale University Press, London.

Tanör, Bülent (1996), *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri 1789–1980*, 3. Baskı, Afa Yayınları.

Üskül, Zafer (2006), *Türk Demokrasisinde 130 Yıl, 1876–2006*, TÜSİAD Yayını, İstanbul.

Üstüner, Fahriye (1999), “Türkiye’de Çok Partili Döneme Geçerken Demokrasi Tartışmaları”, Editör: Mete Tunçay, *75 Yılda Düşünceler Tartışmalar*, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, s.55–66.

Weale, Albert (1999), *Democracy*, Macmillan Press Ltd, London.

BOŞ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI BAKIMINDAN
YARGILAMANIN YENİLENMESİ NEDENİ OLUP
OLMAYACAĞI SORUNU**

Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER*

Arş. Gör. İsmail KÖKÜSARI**

ÖZET

Avrupa Birliği uyum sürecinde birçok yasal düzenlemelerin yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının iç hukukta yargılamanın yenilenmesi nedeni olmasını sağlayan düzenlemeler de yapılmıştır. Bu nedenle Anayasa yargısında da yargılamanın yenilenmesi ile AİHM'nin ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır.

Çalışmada, AİHM'nin ihlal kararlarının Anayasa Mahkemesi kararları açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olup olmayacağı konusu ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER

Anayasa Mahkemesi, yargılamanın yenilenmesi, karar

ABSTRACT

Besides the many legal arrangements arranged by the Parliament in the European Union accession period, new arrangements arranged about the European Court of Human Rights ECHR's decisions as a reason of new trial in national law. Because of this the problem of new trial in constitutional jurisdiction and problem of whether or reason of new trial ECHR's decisions have appeared.

In the research, whether or reason of new trial for Constitutional Court's decisions ECHR's decisions is analysed.

KEY WORDS

Constitutional Court, new trial, decision

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Uluslararası alanda insan haklarına verilen önemin gün geçtikte arttığı ve insan hakları sorununun artık devletlerin iç sorunu olmaktan çıkıp uluslararası bir sorun haline geldiği görülmektedir. Bu ekseninde devletler, insan haklarına ilişkin uluslararası koruma mekanizmalarının denetim organlarının kararları doğrultusunda, kendi iç hukuk düzenlerinde çeşitli uyarlamalar yapmak zorunda kalmaktadır. Ülkemizde de bu gelişmelere uygun olarak insan haklarına verilen önem gereği, AIHM'nin Türkiye aleyhine verilen kesinleşmiş ihlal kararları adli ve idari yargıda yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

Bu açıdan bakıldığında, adli ve idari yargı kollarına dahil olmayan Anayasa Mahkemesinin özel yetkili bir mahkeme olarak, siyasi partilerin kapatılması davalarında ve Yüce Divan yargılamasında, cezai nitelikte bir yargılama yapması ve kesin olan kararlarına karşı gidilecek bir denetim merciinin de olmaması, yargılamanın yenilenmesi kurumunun ve özellikle de kesinleşmiş AIHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olup olmayacağı sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle genel olarak yargılamanın yenilenmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği ve AIHM kararlarının bazı özellikleri ele alınacaktır. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararları bakımından yargılamanın yenilenmesine değinilerek, özellikle AIHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarının Anayasa Mahkemesi kararları bakımından yargılamanın yenilenmesi nedeni olup olmayacağı üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken egemenlik bakımından bir sorun teşkil edip etmediği hususuna da değinilecektir.

I. GENEL OLARAK YARGILAMANIN YENİLENMESİ KURUMU

Eski dilde 'iade-i muhakeme' yolu olarak da adlandırılan yargılamanın yenilenmesi kurumu, ceza ve hukuk yargılamasının yanında idari yargıda da mevcuttur. Anayasa yargısı açısından ise, Anayasa Mahkemesinin bazı kararları bakımından yargılamanın yenilenmesinin mümkün olup olmadığı hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Yargılamanın amacı gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Mahkemelerin verdiği kararlar, kesin hüküm halini almakla, gerçeğe uymasa bile, hukuksal gerçek olarak kabul edilir.¹ Fakat bazı hallerde bir taraf elinde olmayan nedenlerle

¹ Gözübüyük, Şeref A., Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 526.

AİHM Kararları ve Yargılamanın Yenilenmesi

haksız duruma düşmüş² veya dava sırasındaki bazı önemli hatalar sonradan ortaya çıkmış olabilir³. Bu gibi durumlarda haksızlığı anlaşılan bir mahkeme kararına dokunulmaması, başka bir haksızlık doğurur. Böyle hallerde hukuk düzenince maddi anlamda kesin hükme bağlanan uyuşmazlığın kesin olarak çözüldüğü şeklindeki etkinin ortadan kaldırılması gerekir. Hukuk düzenleri bu etkinin kaldırılmasını sağlamak üzere olağanüstü bir kanun yolu kabul etmiştir ki, buna yargılamanın yenilenmesi (iadesi) adı verilmektedir.

Kesin hükme bağlanmış olan bir davaya yeniden bakılamayacağına ilişkin kuralın en önemli istisnasını oluşturan yargılamanın yenilenmesi, bazı ağır yargılama hatalarından ve eksikliklerinden dolayı maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması ve daha önce kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur.⁴ Bu şekilde yargılamanın yenilenmesi yolu, daha önceki bir dava ile konusu, tarafları ve sebebi aynı yeni bir dava açılmayacağı anlamına gelen maddi anlamda kesin hükmün bir istisnasını oluşturmaktadır.⁵

Yargılamanın yenilenmesi yolu, olağanüstü bir kanun yolu olması sebebiyle istisnai bir yoldur ve ancak kanunda gösterilen sayılı hallerde uygulama imkanı bulur. Adli ve idari yargıda genel olarak yeni bir senedin ortaya çıkması, davada beyanı esas alınan tanığın daha sonra yalancı tanıklıktan mahkum olması, aynı şekilde bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor verdiği kesin hükümle sabit olması gibi dava sonucunda verilecek hükmün esasını etkileyen sebepler yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak sayılmıştır. Bu gibi sebeplere, 2003 yılında çıkarılan 4793 Sayılı Kanunla⁶ adli ve idari yargı kararları bakımından yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kesinleşmiş AİHM kararları da eklenmiştir. Böylece, bir mahkeme niteliğine sahip olmakla birlikte, ne adli ne

² Gözübüyük, s. 526.

³ Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 19. Bastı, Ankara 2008, s. 741.

⁴ Kuru, s. 741.

⁵ Kuru, s. 741.

⁶ Resmi Gazete, Sayı 25014, Tarih 04.02.2003. Aslında daha önce 4771 Sayılı Kanunla böyle bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesine bu kanun hakkında iptal davası açılmış ve Mahkeme iptal talebini reddetmiştir. Ayrıca 4771 Sayılı Kanunda AİHM'nin ihlal kararları "ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa" yargılamanın yenilenmesi nedeni olabiliyordu. 4793 Sayılı Kanunda ise böyle bir şart yoktur. (Kanun metni için bkz. Resmi Gazete, Sayı 24841, Tarih 09.08.2002; Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve 2002/146 E. 2002/201 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-201.htm>, ET: 05.04.2009).

de idari yargı koluna dahil olan Anayasa Mahkemesinin özellikle siyasi parti kapatma yargılaması ile Yüce Divan yargılamasını yaparken vermiş olduğu kararlara karşı, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesinin sebebi olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu sorun üzerine yoğunlaşmıştır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI BAKIMINDAN YARGILAMANIN YENİLENMESİ

A. Genel Olarak Anayasa Mahkemesi Kararlarının Kesinliği

Hukuk düzeninde mahkeme kararlarına belirli bir dereceye kadar denetim yolu açık tutulmuş ve zorunlu olarak bu denetim bir aşamada kesilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararları açısından, Anayasa'nın 153. maddesinin ilk fıkrasında 'kararlarının kesin' olduğu belirtilerek herhangi bir denetim yolu tanınmamış ve daha ilk aşamada hükmün kesinliği kabul edilmiştir.

Diğer hukuk dalları açısından mahkeme kararlarının kesinliği, hem o hüküm hakkında bir yargı yoluna başvurulamayacağı, hem de aynı taraflarca, aynı sebebe dayanarak aynı konunun bir daha uyuşmazlık konusu yapılamayacağı anlamına gelmektedir.⁷ Mahkeme kararlarının kesinliği (muhkem kaziyeye) ile mahkeme kararlarına doğruluk karinesi yüklenerek, tarafların ve toplumun hukuki güvenlik ve istikrar içerisinde olması amaçlanmıştır.⁸

Mahkeme kararlarının kesinliği, diğer ifadeyle kesin hüküm, şekli ve maddi anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, verilen karara karşı artık olağan bir kanun yoluna (temyiz, karar düzeltme vs.) başvurulamamasıdır.⁹ Bir mahkeme kararına karşı kanun yolu hiç öngörülmemişse veya öngörülmeyle birlikte bu yollar tüketilmişse, bu karar şekli olarak kesinleşmiş demektir.¹⁰ Maddi anlamda kesin hüküm ise, sebebi, konusu ve tarafları aynı olan bir davanın bir daha görülememesi ve uyuşmazlık konusu yapılamamasıdır. Diğer bir deyişle bir davanın ikinci defa açılmayacağı anlamına gelir.¹¹ Böylece taraflar arasındaki hukuki ilişki bütün gelecek için

⁷ **Kuru**, s. 715.

⁸ **Domaniç, Hayri**, Hukukta Kazıyyeye Muhkeme ve Nispi Kuvveti, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1964, s. 4; bkz. aynı yönde **Kuru**, s. 715.

⁹ **Kuru**, s. 716.

¹⁰ **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2008, s. 517.

¹¹ **Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000. s. 920. Örneğin siyasi parti kapatma davası sonucunda ret kararı verilmişse maddi kesinlik nedeni ile aynı nedenle bir siyasi parti hakkında tekrar dava açılmayacaktır (**Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa 2008. s. 224); Gözler, maddi anlamda kesinliği bağlayıcılık

kesin olarak tespit edilmiş ve düzenlemiş olmaktadır.¹² Bunun amacı da hukuk güvenliği sağlamak ve mahkemelerin önceden karar verilmesine rağmen aynı konularla sürekli olarak meşgul olmasını engellemektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliğine şekli ve maddi anlamda kesinlik ayrımı açısından yaklaştığımızda, şekli anlamda kesin olduğunu kolaylıkla söyleyebiliriz. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı herhangi bir olağan kanun yolu mevcut değildir.¹³ Anayasa Mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesinliği ise, o karara konu olan uyumsuzluğun aynı taraflarca aynı nedenlere dayanarak yeni bir dava konusu yapılamamasını ifade eder.¹⁴ Durum böyle olmakla birlikte Türk Anayasa yargısı sisteminde Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü tanınırken; norm denetimi sonucu vermiş olduğu ret kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü tanınmamıştır. Çünkü iptal davası yoluyla verilmiş olan ret kararlarına rağmen, aynı norm hakkında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkündür.¹⁵ Yine Anayasanın 152. maddesinin son fıkrasındaki “*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 karşısında da Anayasa Mahkemesinin ret kararlarının maddi anlamda kesinliğini ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü on yıl geçtikten sonra, aynı kanun hakkında itiraz yoluna gidilebilecektir.

olarak ifade etmiştir. Ama ret kararları ve bazı hallerde iptal kararlarının (iptal edilen kanunun yasama tarafından yeniden çıkarılması) maddi anlamda kesin hüküm niteliğini taşımadığını düşünürsek, bu hallerde Mahkemenin kararının bağlayıcı olmadığını ileri sürmek olur ki, bu durumu da benimsemek mümkün değildir.

¹² **Kuru**, s. 715.

¹³ **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 919; **Gören, Zafer**, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 305; **Kaboğlu, Ö. İbrahim**, *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4. Bası, İmge Kitabevi, İstanbul 2007, s. 151. Örneğin Yüce Divan kararları kesindir ve bu kararlara karşı temyiz karar düzeltme gibi olağan kanun yollarına başvurulamayacaktır (**Yanık, Murat**, Yüce Divan, Derin Yayınları, İstanbul 2008, s. 235).

¹⁴ **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 919-920; **Atar, Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınevi, 4. Bası, Konya 2007, s. 324; **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 8. Bası, İstanbul 2006, s. 522; **Döner, Aghan**, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan (Anayasa Hukuku-C. II), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 217.

¹⁵ **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 921; **Atar**, 349; **Döner**, “...Gerekçelerinin Bağlayıcılığı...”, s. 217.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kararları olağan bir kanun yolu mevcut olmadığından şekli anlamda kesinlik niteliğine sahipken, yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı maddi anlamda kesinlik niteliğini tam anlamıyla haiz değildir. Kararların kesinliği, olağan kanun yollarına başvurmaya engel olmakla birlikte, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmaya da engel midir? Bu sorunu çözüme kavuşturmak gerekmektedir. Diğer bir deyişle -norm denetimi sonucundaki kararlar bakımından ne olağan ne de olağanüstü kanun yolu mevcut olamayacağı için- özellikle yüce divan ve parti kapatma kararları bakımından olağanüstü kanun yollarının mevcut olup olmadığı sorunu açıklığa kavuşturulmalıdır.

B. Anayasa Mahkemesinin Çeşitli Kararları Açısından Yargılamanın Yenilenmesi

Şunu öncelikle belirtelim ki, yargılamanın yenilenmesi yolu norm denetimi sonucunda verilen kararlar için mümkün değildir. Çünkü itiraz ve iptal yolu bir dava değil, inceleme ve uygunluk denetimidir.¹⁶ Bir an için böyle bir yolun mümkün olduğunu düşünsek dahi, sonuçları açısından kamu düzenini ve hukuki güvenliği bozacak durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin daha önce iptal edilerek hukuk düzeninden silinmiş olan bir kanunu, yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar hukuk düzenine kazandırmak mantık dışı olduğu gibi, uygulamada da birçok güçlülere yol açabilecektir. Bu nedenle anayasa yargısında yargılamanın yenilenmesi kurumunu Yüce Divan yargılaması ve siyasi parti kapatma kararları açısından değerlendirmek gerekir.

Gerek Anayasa'da gerekse 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da¹⁷ yargılamanın yenilenmesine ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir. Kanaatimizce siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen kararlarının niteliği ve AYM Kanununun 33 ve 35. maddelerindeki Ceza Muhakemesi Kanununa (CMK) yapılan atıflar dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin bu kararlarına karşı, yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Buna rağmen bu konu doktrinde tartışılmaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul edip etmemek bir anlamda siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılamasının niteliğinin ortaya konulmasına

¹⁶ **Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 428; **Baysal, Mustafa**, "Anayasa Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi Kurumu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 614.

¹⁷ Resmi Gazete, Sayı 18220, Tarih 13.11.1983.

bağlıdır. Doktrinde siyasi parti kapatma davalarının niteliği, özellikle de cezai bir nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bir grup yazar,¹⁸ siyasi parti kapatma davalarının cezai nitelik taşıdığını savunmuşlar ve gerekçe olarak özellikle AYM Kanununun 33. maddesinde¹⁹ CMK'ya yapılan atfı²⁰ ve/veya parti kapatma davalarında da iddia-yargılama -karar şeklinde cezai özellik gösteren bir yargılamanın yapıldığını ileri sürmüşler.²¹ Bir grup yazar²² ise, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığını ve CMK'ya yapılan atfın bu davalara cezai bir özellik vermeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşü savunanların bazıları, kapatma davalarının ve sonuçta verilen kararların siyasi parti tüzel kişiliğini sona erdiren bir tespit kararı²³ olduğunu; bazıları

¹⁸ **Aliefendioğlu, Yılmaz**, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 232-233; **Kunter, Nurullah/Yenisey, Ferudun /Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, 14. Bası, s. 150; **Durmuş, Arzu**, Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları), Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 53-54. Baysal da kapatma ve devlet yardımından yoksun bırakmanın bir yaptırım olduğunu ve siyaset yasağının da cezai nitelik taşıdığını belirtmiştir (**Baysal**, s. 621); **Şahbaz, İbrahim**, "AİHS'ne Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması (Sempozyum)*, TBB Yayını (No 72), Ankara 2004, s. 615; **Özbudun**, s. 428-429.

¹⁹ AYM Kanununun 33. maddesinin birinci fıkrasına göre "Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinde incelenir ve karara bağlanır".

²⁰ Aliefendioğlu, siyasi parti kapatma davalarında duruşma dışında diğer tüm yargılama safhalarında CMK'nın uygulandığını ileri sürerek cezai bir dava olduğunu savunmuştur (**Aliefendioğlu**, s. 232-233); Özbudun da AYM Kanununun 33. maddesinde CMK'ya yapılan atfı bir dayanak göstermenin yanında, siyasi parti kapatma kararlarının fer'i sonuçları olan milletvekilliğinin düşmesi ve siyasi yasakların cezai nitelikte olduğunu da belirtmiştir (**Özbudun**, s. 428-429).

²¹ **Durmuş**, s. 53-54. Durmuş, bu duruma iddia, yargılama ve karar safhaları açısından bakarak, siyasi parti kapatma davasının bir iddiayı içerdiğini, partinin kapatılması için üyeler ya da parti organlarınınca yapılan fiilin SPK'daki bir kuralı ihlal etmesi gerektiğini (suç) ve isnat edilen fiillerin sabit olması halinde kapatma kararıyla da bir yaptırımın ortaya çıktığını ileri sürerek cezai niteliği savunmuştur (**Durmuş**, s. 53).

²² **Akartürk, Ekrem A.**, Avrupa Birliğine Uyum Süreci Açısından Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları, YÜHF Yayını (No 13), İstanbul 2008, s. 230; **Teziç, Erdoğan**, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2005, s. 327; **Koçak, Mustafa**, Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 161-162; **Sağlam, Fazıl**, Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s. 137 ve 143; **Can, Osman**, "Siyasal Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler", Anayasa Yargısı İncelemeleri 1 (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 451-524, s. 452. Can, odaklaşma kavramının bir cezai niteliğinin olmadığını belirterek kapatma davalarının önleyici bir tedbir özelliğinde olduğunu eklemiştir. Ayrıca Can, kapatma davalarının cezai nitelikte olmaması, CMK'daki yargılama güvencelerinden faydalanılamayacağını göstermez, demiştir (**Can**, s. 452).

²³ **Teziç**, s. 327; Teziç'e göre "parti kapatması cezai yaptırım değildir; bu karar siyasi parti tüzel kişiliğinin sona erdirilmesi niteliğinde bir tespit kararıdır" (**Teziç**, s. 327).

ise kapatma davalarının kendine özgü (sui generis) davalar²⁴ olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Kanaatimizce, gerek CMK'ya yapılan atıf ve buna paralel olarak kapatma davası yargılamasının ceza yargılamasına benzer bir şekilde işlemesi, gerekse sonuçta bir partinin kapatılması ve üyelere siyasi yasak getirilmesi gibi cezai nitelikte bir yaptırıma hükmedilmesi, bu davaların cezai nitelikte olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi 625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 15. maddesindeki “*Kanun, tüzük ve yönetmeliklere veya umumi emirlere aykırı hareketi veya aykırı harekette ısrarı tesbit edilen özel öğretim kurumu, hareketinin ağırlık derecesine göre, geçici veya sürekli olarak Milli Eğitim Bakanlığınca kapatılabilir*” kuralının iptaline karar verirken, gerekçesini ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesine dayandırmıştır.²⁵ Yani Milli Eğitim Bakanlığı tarafından bu madde gereğince yapılan kapatma işlemlerini bir cezai işlem olarak görmüştür. Bu doğrultuda siyasi partilerin kapatılmasını da cezai bir nitelikte görebiliriz.²⁶

Yukarıdaki gerekçeler doğrultusunda siyasi parti kapatma davalarının cezai nitelik taşıdığı kabul edilirse, bu durumda siyasi parti kapatma davaları açısından yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü AYM Kanununun 33. maddesindeki bu atıf genel bir atıftır ve AYM Kanununda olmayan tüm haller için CMK'nın uygulanmasını gerektirir. Diğer yandan, siyasi parti kapatma davalarını cezai bir dava olarak görmemek bile, kanaatimizce yargılamanın yenilenmesi yolu yine mümkün olmalıdır. Çünkü AYM Kanununun 33. maddesindeki bu atfın kapatma davalarına cezai nitelik yüklemeyeceğini ileri sürenler bile, duruşmaların yapılması ve özellikle sanık hakları gibi yargılama güvencelerinin kapatma davası yargılamasında da uygulanması gerektiğini, bu atfa dayandırmışlardır.²⁷ Bu doğrultuda adaletin gerçekleşmesi için kesin hükmün otoritesinin bile aşıldığı yargılamanın yenilenmesi yolunu, diğer sanık haklarına nazaran değersiz görmek mümkün değildir. Dolayısıyla cezai nitelikte olmasa bile siyasi parti kapatma dava-

²⁴ **Akartürk**, s. 230; Akartürk, Anayasa Mahkemesinin Refah Partisi kararındaki içtihadını benimseyerek parti kapatma davalarının ceza davası olmadığını, kendine özgü (sui generis) bir dava olduğunu savunmuştur. Ayrıca siyasi partilerin bir gerçek kişi olmaması nedeniyle sanık sıfatını taşımayacaklarını da belirtmiştir (**Akartürk**, s. 230).

²⁵ Anayasa Mahkemesi, 15.2.2006 tarihli ve 2002/40 E. - 2006/20 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2006-20.htm>, ET: 15.05.2009.

²⁶ **Baysal**, s. 621.

²⁷ **Can**, s. 452; **Akartürk**, s. 233.

ları sonucunda verilen kararlar için yargılamanın yenilenmesi yolu, sadece CMK'ya yapılan atıf gereğince mümkün olabilmelidir.

Yüce Divan yargılamaının cezai nitelikte olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı yoktur.²⁸ AYM Kanununun 35. maddesinin ikinci fıkrasında, Yüce Divan kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Bu kesinlik yukarıda da belirtildiği gibi olağan kanun yollarına gidilememesi anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle kesin hükümler hakkında başvuru yolu olan yargılamanın yenilenmesine gidilebilmesi mümkündür. Çünkü öncelikle AYM Kanununun 35. maddesine göre “*Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir*”. Bu hüküm gereğince CMK'nın diğer hükümleri gibi yargılamanın yenilenmesine ilişkin 311 ve devamındaki maddelerinin de, Yüce Divan yargılamaında uygulanabilirliği vardır.²⁹ ³⁰ Diğer yandan, ceza hukukunda adalet ilkesi gereğince maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, hukuk devletinin de en önemli gereklerinden olduğu için de yargılamanın yenilenmesi yolu mümkün olmalıdır.³¹

²⁸ **Özbudun**, s. 428; **Yanık**, s. 236; **Okur, Nurdan/Atalay, Ayşegül**, “Yüce Divan Yargılaması”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 430; **Kanadoğlu, Korkut**, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 204; **Durmuş**, s. 16; **Arslan, Çetin**, *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayınevi, Ankara 1999, s. 113; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 150.

²⁹ **Yanık**, s. 236.

³⁰ CMK'nın 311. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi nedenleri “*a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa. b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa. c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise. d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise. e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa. f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir*”. Ayrıca 314. maddede sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesi “*a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa. b) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmiş ise. c) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa*” yine mümkün olacaktır.

³¹ **Yanık**, s. 236.

Nitekim doktrinde de, şartları varsa Yüce Divan yargılamasında yargılamanın yenilenmesinin mümkün olduğunu ileri süren yazarlar³² olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi de bir kararında daha önce verilmiş olan Yüksek Adalet Divanı kararının yargılamanın yenilenmesi talebini ilk incelemede kabule değer görmüş, fakat sonuçta yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin gerçekleşmemesi sebebi ile ret kararı vermiştir. Diğer bir ifadeyle, Mahkeme, Yüce Divan kararlarında yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğunu kabul etmiştir, ama ilgili dava açısından koşulların gerçekleşmemesi nedeni ile ret kararı vermiştir.³³

III. AİHM KARARLARININ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI BAKIMINDAN YARGILAMANIN YENİLENMESİ NEDENİ OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

A. AİHM Kararlarının Etkinliği Bağlamında Yargılamanın Yenilenmesinin Önemi

AİHM, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) öngörmüş olduğu insan haklarını koruma mekanizmasının denetim organıdır.³⁴ Sözleşmeye göre, AİHM'nin kararları kesin ve bağlayıcı kararlardır (AİHS m. 44-46). Yani AİHM'nin kararlarına karşı herhangi bir ulusal ya da uluslararası mercie itiraz mümkün değildir ve bu kararlara taraf devletler uymakla yükümlüdür.³⁵

³² **Kanadoğlu**, s. 205; **Aslan, Ç.**, s. 136-137; **Yanık**, s. 237-238; **Surlu, Mehmet H.**, Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 94.

³³ Anayasa Mahkemesi, 9.12.1997 tarihli ve 1996/1 (Değişik İşler) E. - 1997/4 K. sayılı karar. Bu davada, Fatin Rüştü Zorlu'nun kızı Sevin Zorlu, Yüksek Adalet Divanı'nın 5.1.1961 günlü, Esas 1960/3 sayılı kararına karşı yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur. Mahkeme kararında, AYM Kanununun 35. maddesindeki Yüce Divan yargılamasının yapılması esnasında yürürlükteki kanunların uygulanacağı hükmü doğrultusunda Eski CMK'nın 327. maddesindeki yargılamanın yenilenmesi nedenlerini davada uygulanacak kural olarak görmüştür. Bu doğrultuda davacıların istemlerini değerlendirmiş ve Eski CMK'nın 327. maddesindeki yargılamanın yenilenmesi koşulları gerçekleşmediği için iade-i muhakeme talebinin oy birliği ile reddine karar vermiştir. Ayrıca karara muhalefet şerhi yazan üye Güven Dinçer, Yüksek Adalet Divanının bir mahkeme olmadığını bu nedenle usul yönünden bu talebin nazara alınmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat esasa ilişkin görüşünde ise, en azından adaletin yerine gelmesi ve tarih önünde adil yargılama yapılması için yargılamanın yenilenmesi gerektiğini belirtmiştir. (Kararın tam metni için bkz. **Demirer, M. Arif**, 6 Eylül 1955 Olaylarına 50. Yılında Yeni Bakış, Demokratlar Kulübü Yayını, 1. Bası, Ankara 2006, s. 117-121).

³⁴ **Eren, Abdurrahman**, Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması; Uluslararası Koruma Mekanizması ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 545 ve 552; **Döner, Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 81, 89.

³⁵ **Eren**, s. 595.

AİHM Kararları ve Yargılamanın Yenilenmesi

Mahkemenin kararlarının uygulanabilirliği de insan haklarının korunmasının etkinliği açısından çok önemlidir. AİHS'nin 46. maddesine göre taraf devletler, Mahkemenin kararlarına uymak zorundadır ve yine aynı maddeye göre Bakanlar Komitesi, kararların uygulanmasını denetlemektedir.³⁶

Genel olarak AİHM yargılamasına bakıldığında AİHM, tarafların dostane çözüme ulaşamaması halinde, davanın esastan incelenmesine geçmekte ve aleyhine başvuru yapılan devletin Sözleşmeyi ihlal etmediği kanısına varması halinde başvurunun reddine; yok eğer sözleşmeyi ihlal ettiği kanısına varırsa, başvurunun kabulüne karar vermektedir. Mahkemenin Sözleşmede tanınan bir hakkın, aleyhine başvuruda bulunulan devlet tarafından ihlal edildiğine karar verilmesi halinde, Sözleşmenin 41. maddesi gereğince başvuru sahibinin "hakkaniyete uygun bir surette zarar gören tarafından tatminine" diğer ifadeyle tazminata hükmeder. Dolayısıyla, Mahkemenin devletin Sözleşmeye aykırı işlemini, -konumuz açısından bakıldığında bir yargı kararını- iptal etme yetkisi yoktur. Bu açıdan bakıldığında, AİHM'nin kesinleşmiş kararından sonra taraf devletin hükmedilen tazminatı ödemiş olmasına rağmen, iç hukuk düzenindeki mevcut işlemin sebebiyet verdiği ihlalin bütün sonuçlarının telafisi mümkün olamayabilir. Bu durumda ilgili devletin iç hukuk düzeninde bu tip ihlalleri ortadan kaldıracak gerekli tedbirleri almasına ihtiyaç vardır. İç hukukta ihlale sebebiyet veren işlemlerden birisi de yargı kararlarıdır. Yargı kararlarının Sözleşmenin ihlaline sebebiyet vermesi halinde ise, bu ihlalin sona erdirilmesinin araçlarından biri yargılamanın yenilenmesi kurumudur. Yargılamanın yenilenmesi kurumuyla AİHM kararlarının etkinliği daha da arttırılmakta; bu durum insan haklarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, AİHS'ye taraf birçok devlet, yargı kararları nedeniyle oluşan ihlal durumunu bertaraf etmek için, AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarını, kendi hukuk sistemleri açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmişlerdir.³⁷

Bu doğrultuda, Türkiye de, çeşitli tarihlerde çıkartılan 4771³⁸, 4793³⁹, 4928⁴⁰ Sayılı Kanunlar ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile

³⁶ Eren, s. 596, 599.

³⁷ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancakdar, Oğuz, Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 139 vd.

³⁸ Resmi Gazete, Sayı 24841, Tarih 09.08.2002.

³⁹ Resmi Gazete, Sayı 25014, Tarih 04.02.2003.

⁴⁰ Resmi Gazete, Sayı 25173, Tarih 19.07.2003.

AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarını adli ve idari yargı açısından yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul etmiştir.

B. Normatif Dayanak ve Uygulama Açısından Bakış

AİHM tarafından verilen kesinleşmiş ihlal kararlarının ceza yargılaması sonucunda verilen kararlar açısından yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu CMK'da yer almaktadır. 2003 yılında yapılan 4793 Sayılı Kanunla⁴¹, eski CMK'nın ilgili maddeleri değiştirilerek AİHM kesinleşmiş kararlarının da yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu kabul edilmiştir. Yeni CMK'nın yapılışı esnasında bu kanunlar doğrultusunda AİHM'nin kesinleşmiş kararları, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 311. maddesinin (f) bendine göre "Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması...[halinde] yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir". Bu düzenleme kabul edilmeden önce de doktrinde Eski CMK'nın 327. maddesi kapsamında AİHM kararlarının, siyasi parti kapatma kararları açısından 'yeni vakıa ve yeni delil' olarak nitelendirilerek yargılamanın yenilenmesinin mümkün olacağını savunan yazılar vardı.⁴²

Yukarıda açıklandığı üzere, norm denetimi dışındaki Anayasa Mahkemesi kararlarından siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesi yolu mümkündür. Bu doğrultuda siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılamasının cezai niteliğe de sahip olması nedeniyle AYM Kanununun 33. ve 35. maddelerindeki atıf gereğince, CMK'nın 311 ve devamındaki yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden olan "kesinleşmiş AİHM kararının bulunması" durumu aynı şekilde siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen karar

⁴¹ Daha önce 4771 Sayılı Kanunla bu değişiklik getirilmiş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesine bu kanun hakkında iptal davası açılmış ve Mahkeme iptal talebini reddetmiştir. (bkz. Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı için Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve 2002/146 E. 2002/201 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IP-TALITIRAZ/K2002/K2002-201.htm>, ET: 05.04.2009).

⁴² Arslan, Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 17, Y. 2000, s. 289; Durmuş, s. 87. Durmuş da Sözleşmenin ihlal edildiğinin kesin bir kararla belirlenmesinin -Eski CMK'da AİHM kararları yargılamanın yenilenmesi nedeni olmadığı için- yeni vakıa ve delil niteliğinde görülecek yargılamanın yenilenmesinin mümkün olacağını ileri sürmüştür (Durmuş, s. 87).

bakımından da bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olmalıdır. Doktrinde de siyasi parti kapatma Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen kararlar bakımından, kesinleşmiş AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğunu - özellikle AYM Kanununun 33. ve 35. maddesinde CMK'ya yapılan atıf ve parti kapatma davalarının cezai nitelik taşıdığı gerekçesiyle - savunan yazarlar bulunmaktadır.⁴³

Konumuz açısından Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)'nin kesinleşmiş AİHM kararı nedeniyle yargılamanın yenilenmesi başvurusunun, Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi ve gerekçeleri önemlidir. Anayasa Mahkemesi 2008 yılında vermiş olduğu bu kararında, kesinleşmiş AİHM kararı nedeniyle yargılamanın yenilenmesine ilişkin TBKP'nin başvurusunu değerlendirmiştir. Bilindiği üzere, TBKP, 1991 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararı⁴⁴ ile kapatılmıştır. Kapatılan TBKP, bu karara karşı AİHM'ye başvuru yapmıştır. AİHM ise, Sözleşmenin 11. maddesindeki dernek kurma ve toplantı özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 1999 yılındaki kararında, TBKP'nin yargılamanın yenilenmesi talebini, AİHM kararları 'yeni delil ve vakıa' niteliğinde olmadığı için, yargılamanın yenilenmesi nedeni olamayacağı gerekçesiyle reddetmişken;⁴⁶ TBKP'nin ka-

⁴³ Şahbaz, s. 615; Özbudun, s. 429. Özbudun Anayasa Mahkemesinin TBKP'nin yargılamanın yenilenmesi talebini reddetmesini ve gerekçesini haksız bularak, siyasi parti kapatma davalarının cezai nitelikte olduğunu da vurgulayarak, bu davalar hakkında AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olabileceğini belirtmiştir (Özbudun, s. 429); Özcan/Yanık, 4793 Sayılı Kanunla AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının siyasi parti kapatma kararları bakımından yargılamanın yenilenmesi nedeni olacağını ileri sürmüşlerdir (Özcan, Hüseyin/Yanık, Murat, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2007, s. 118); bkz. aksi yönde görüşler için Kanadoğlu, s. 231. Kanadoğlu bu davaların tam anlamıyla ceza davası olmadığı gerekçesini ileri sürmüştür (Kanadoğlu, s. 231); Baysal, s. 616; Erdem, M. Ruhan/Korkmaz, Mustafa, "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlali", *DEÜSBED*, Sayı 2, C. 5, Y. 2003, s. 206. Erdem/Korkmaz, AYM Kanununun 33. maddesindeki CMK'ya yapılan atfın, siyasi partilerin kapatılması davaları açısından da yargılamanın yenilenmesini sağlayacak kadar geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir (Erdem/Korkmaz, s. 206, dn. 117); Sağlam, Fazıl, "Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış", [http://www.barobirlik.org.tr/](http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/) yayinlar/makaleler/, s. 10, dn. 9, ET: 06.04.2009.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 16.7.1991 tarihli ve 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma) E. - 1991/1 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/SPK/K1991/K1991-01.htm>, ET: 05.04.2009.

⁴⁵ AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi /Türkiye Davası, Başvuru tarihi 30.01.1998, Başvuru no 133/1996/752-951, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf, ET: 05.04.2009.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, 16.02.1999 tarihli ve 1998/4 E. - 1999/2 K. sayılı karar (Bilir, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi", *Erciyes ÜHFD*, Sayı 2, C. I, Y. 2006, s. 18'den naklen).

patma kararına karşı yaptığı 2008 yılındaki yargılamanın yenilenmesi başvurusunun CMK'nın 318. maddesine göre kabule değer olduğuna karar vermiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi bu davada, AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarının CMK'nın 321. maddesi gereğince hükmün esasına etkili olup olmadığını değerlendirmiş ve "Ceza Muhakemesi Kanununun 321. maddesi uyarınca yargılanmanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için ilk hükmün verilmesinde esas alınan olgularla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirecek nitelikte maddi bir olgunun bulunduğu hükmün kesinleşmesinden sonra saptanması gerekir. Söz konusu ihlal kararında ise yargılama sonrasında ortaya çıkan ve kesin hükmün esasını etkileyecek nitelikte olan maddi bir olgunun varlığına değil, kapatılmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayanılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu, mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılarak hüküm kurulmasını temyiz nedeni olarak kabul etmekle birlikte yargılanmanın yenilenmesini gerektirecek bir neden olarak görmemektedir" şeklindeki gerekçeyle yargılamanın yenilenmesi istemini esassız olması nedeniyle reddetmiştir.⁴⁷ Karara, karşı oy yazan dört üye ise, CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendindeki kesinleşmiş AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olacağını ve mevcut başvuru açısından yargılamanın yenilenmesi yoluyla davanın tekrar görülerek -Anayasanın 90. maddesindeki değişiklik gereğince AİHS'ye aykırı SPK'nın yerine- AİHS'nin ilgili maddelerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁸

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009.

⁴⁸ Karara karşı oy yazan üyelerden Haşim Kılıç ve Sacit Adalı, hem Anayasanın 90. maddesi hem de CMK'nın 321. maddesi açısından karşı görüşlerini gerekçelendirmişlerdir. Bu iki üyeye göre, CMK'nın 321. maddesinde sadece 311. maddenin (a) ve (b) bendi ile 314. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki hallerde yargılamanın yenilenmesi talebinin esassız olduğuna karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle CMK'nın 311. maddesinin (f) bendindeki kesinleşmiş AİHM kararlarının bu maddeye göre esassız bir talep olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. Diğer yandan bu üyeler TBKP'nin kapatılmasından sonra Anayasanın 90. maddesindeki değişiklik gereğince artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme (olayda AİHS), bir kanunla çelişiyorsa (olayda SPK) ilgili sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle yargılama yenilenerek dava tekrar görülmeli ve davada AİHS'nin ilgili maddeleri uygulanmalıdır.

Yine bu karara karşı oy yazan üyelerden Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perktas'a göre de "CMK'nın 321. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddiaların yeterli derecede doğrulanmaması kapsamında değerlendirilerek esassız olması nedeniyle reddi, 311. maddenin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin özelliği ve getiriliş amacıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü (f) bendi uyarınca yenilenme istemi, fıkranın diğer bentlerinden farklı olarak bir iddiaya değil, Sözleşme'nin ihlâl edildiğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir tespitine dayandırılmaktadır... Öte yandan,

AİHM Kararları ve Yargılamanın Yenilenmesi

Bu kararda, Anayasa Mahkemesi parti kapatma davaları açısından yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğunu açıkça kabul etmiştir. Fakat AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu yönündeki talebi kabule değer görmekle birlikte, ret kararı ve gerekçesi, kesinleşmiş AİHM kararı nedeni ile yargılamanın yenilenmesini oldukça zorlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, ceza muhakemesi anlamında yargılamanın yenilenmesinin ancak hükümden sonra ortaya çıkan yeni bir maddi olgunun tespiti halinde mümkün olabileceğini; yoksa mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapılmasının, bir yargılamanın yenilenmesi değil, temyiz sebebi olabileceğini belirterek; AİHM'nin dava konusu kesinleşmiş ihlal kararında sadece mevcut maddi olguların Anayasa Mahkemesi tarafından hatalı değerlendirildiğine dayanıldığı ve yeni maddi olguların olayda bulunmadığı gerekçesiyle, yargılamanın yenilenmesinin mümkün olmayacağını ileri sürmektedir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı yerinde değildir. Birincisi, CMK'nın 311. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendine bakıldığında, AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarının diğer yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden bağımsız bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir.⁴⁹ Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin iddiasının aksine yeni maddi olguların varlığından bağımsız olarak başlı başına AİHS ve eki protokollerinin ihlali suretiyle ceza hükmünün verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi, bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Diğer ifadeyle 311. maddenin yazılışı dikkate alındığında, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen her bir konunun birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu ve AİHM'nin kesinleşmiş ihlal kararlarının yeni maddi olgular olmasa dahi başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi nedeni sayıldığı görülmektedir.

İkincisi, Anayasa Mahkemesinin CMK 321. madde gereğince “*kabule değer görülen istemin dayanağını oluşturan yargılanmanın yenilenmesi nede-*

321. maddenin çoğunluk görüşü doğrultusunda yorumlanması, öncelikle Anayasa'nın 90. maddesine eklenen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas” alınacağına ilişkin kuralın, yaşama geçirilmesini, bu bağlamda temel hakların korunmasıyla ilgili çağdaş normların tartışılıp değerlendirilmesini de engellemektedir”. (Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmî Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009).

⁴⁹ Özbudun, s. 429;

ninin (ihlal nedeninin) doğruluğunun ve hükmün esasına etkili nitelikte olup olmadığına da araştırılması, doğru ve hükmün esasına etkili olmadığına anlaşılmaması halinde istemin esassızlık noktasından reddi, ...gerekmektedir” şeklindeki görüşü de yersizdir. Zira karara muhalif kalan dört üyenin haklı olarak belirttiği üzere⁵⁰, Anayasa Mahkemesinin dayanak olarak gösterdiği CMK’nın 321. maddesi, sadece 311. maddenin (a) ve (b) bendi ile 314. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki hallerde yargılamanın yenilenmesi talebinin esassız olduğuna karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle CMK’nın 311. maddesinin (f) bendindeki kesinleşmiş AİHM kararlarının bu maddeye göre esassız bir talep olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin ihlal edildiğine ilişkin kesinleşmiş AİHM kararı varsa, artık ayrı bir incelemeye gerek kalmadan yargılamanın yenilenmesi yoluyla dava tekrar görülmelidir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin, CMK 321. madde gereğince, yargılamanın yenilenmesi isteminde ileri sürülen iddiaların yeterli derecede doğrulanmadığı iddiası da yersizdir. Çünkü ortada ihlal tespitini yapan ve CMK’nın 311. maddesinin (f) bendi tarafından bağımsız bir şekilde yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılan AİHM’nin kesinleşmiş bir kararı vardır.

Yüce Divan kararları açısından yargılamanın yenilenmesinin mümkün olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları bulunmakla birlikte⁵¹, AİHM kararlarının Yüce Divan yargılaması için de bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olup olmayacağı konusunda, herhangi bir Anayasa Mahkemesi kararı olmadığı için, Mahkemenin bu konudaki görüşünü henüz tespit etmek mümkün değildir. Fakat buna rağmen yukarıda da belirtildiği üzere Yüce Divan yargılamasının niteliği ve AYM Kanununun 35. maddesindeki atıf gereğince kesinleşmiş AİHM kararları Yüce Divan kararları bakımından da yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilecektir.⁵²

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi, 9.12.1997 tarihli ve 1996/1 (Değişik İşler) E. - 1997/4 K. sayılı karar. Bu davada, Fatin Rüştü Zorlu’nun kızı Sevin Zorlu, Yüksek Adalet Divanı’nın 5.1.1961 günlü, 1960/3 Esas sayılı kararına ilişkin yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur. Mahkeme kararında, davacıların istemlerini değerlendirmiş ve Eski CMK’nın 327. maddesinin 2. ve 5. bentlerindeki yargılamanın yenilenmesi nedenlerinin hiçbiri gerçekleşmediği için iade-i muhakeme talebinin oy birliği ile reddine karar vermiştir (Kararın tam metni için bkz. **Demirer**, s. 118).

⁵² Doktrinde aynı yöndeki görüşler için bkz. **Yanık**, s. 242-243; **Şahbaz**, s. 614; **Hacıoğlu, B. Caner**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, *AÜEHFD*, Sayı 1-2, C. VIII, Y. 2004, s. 113.

C. Egemenlik Açısından Bir Değerlendirme

AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesinin egemenlik açısından bir sorun teşkil edip etmediği önemli bir sorundur. Egemenlik, en yüksek ve asli güç olarak⁵³ ifade edilmekle birlikte, Anayasal açıdan “devlet hayatının hukuk düzenini belirleyen en yüksek irade” olarak tanımlanmıştır⁵⁴. Egemenlik aslilik, hukukilik, en üstünlük ve kayıtsız-koşulsuzluk gibi niteliklere sahiptir.⁵⁵ Egemenliğin en üstün, mutlak, devredilemez ve bölünmez olduğu şeklindeki klasik anlayış artık eleştirilmekte ve yerini çağdaş egemenlik anlayışına bırakmaktadır.⁵⁶ Bu eleştiriler mutlaklık ve kayıtsızlık niteliğine karşı devletin hukuki kişiliğe sahip olması⁵⁷ ve hukuk devleti,⁵⁸ bölünmezlik niteliğine karşı federal devlet yapılanmaları⁵⁹ ve kuvvetler ayrılığı ilkesi⁶⁰; en üstünlük niteliğine karşı uluslararası ilişkilerde devletlerin eşitliği ilkesi⁶¹ ve bazı supranasyonal yapılanmaların varlığı⁶² şeklinde kendini göstermiştir.

1982 Anayasası açısından baktığımızda ise 6. maddede egemenliğin kayıtsız ve şartsız milletin olduğu ve yetkili organlar eliyle kullanılacağı belirtilmiştir. Egemenliği kullanacak olan yetkili organlar, Anayasanın 7. 8. ve 9. maddelerinde, yasama yetkisinin TBMM’ye, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kuruluna, yargı yetkisinin ise bağımsız mahkemelere ait olduğu ifade edilerek ortaya konulmuştur.⁶³ Ayrıca Anayasanın 6.

⁵³ **Özer, Attila**, “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Karşısındaki Durumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 20, Y. 2003, s. 187; **Teziç**, s. 120.

⁵⁴ **Teziç**, s. 120.

⁵⁵ **Teziç**, s. 120; bkz. aynı yönde **Özer**, s. 187-188.

⁵⁶ **Özer**, s. 188; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sunay, Reyhan**, *Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları*, Ankara 2007, s. 78. vd.

⁵⁷ **Teziç**, s. 120.

⁵⁸ **Kapani, Münci**, *Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi*, 17. Bası, Ankara 2003, s. 59; **Koçak, Mustafa**, *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 131-132; **Hakyemez, Yusuf Ş.**, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 107.

⁵⁹ **Kapani**, s. 60; **Teziç**, s. 121; **Koçak**, s. 138-139; **Hakyemez**, s.110-111.

⁶⁰ **Koçak**, s. 134-135; **Kapani**, s. 61; **Hakyemez**, s. 105.

⁶¹ **Teziç**, s. 120-121.

⁶² **Koçak**, s.143.

⁶³ **Özer**, s. 189-190; Karakaş ise, spesifik olarak AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olup olmayacağına değinmemekle birlikte, Avrupa Topluluğu (Birliği) hukukunun Türkiye’de uygulanabilirliği ve sonuçta Birliğe katılım için Anayasada yasama, yürütme ve yargı yetkisine ilişkin değişikliklerin yapılması gerektiğini vurgulamıştır (**Karakaş, A. Işıl**, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınları, İstanbul 1993,

maddesine göre hiçbir organ kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaz. Özer' e göre, AİHM kararlarının Türkiye'de verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararları açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi, AİHM'yi Türk yargı örgütüne dahil ederek, onun üstünde bir mercii konumuna getirmiştir. Özer, AİHM'nin yargının üst mercii konumuna getirilmesinin Anayasal bir dayanağı olmadığını, Anayasanın yukarıda belirttiğimiz 6. maddesindeki 'kaynağını anayasadan almayan hiçbir yetkinin kullanılmayacağı' hükmüne ve Anayasanın 146. maddesi ve devamında Türk yargı örgütündeki yüksek mahkemelerin arasında AİHM'nin bulunmadığı savına dayandırmıştır.⁶⁴ Özer, sonuç olarak, AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmesini, Anayasadaki egemenlik anlayışına aykırı bulmuş ve bu aykırılığın giderilmesi için çağdaş egemenlik anlayışına da uygun olarak Anayasanın 6, 9 ve 90. maddelerine yeni eklemelerin yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁵

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, 4771 Sayılı Kanun ile AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmesine ilişkin 6. ve 7. maddelerinin (A) fıkralarının iptali davasında, düzenlemelerin egemenlik açısından Anayasaya aykırılık teşkil etmediği kanaatine varmış ve bu durumu gerekçesinde, "...[yeniden yapılacak olan] yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir" şeklinde ifade etmiştir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen TBKP'nin yargılamanın yenilenmesi talebinde de AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olmasını egemenlik açısından bir değerlendirmeye tabi tutmayarak AİHM kararlarını bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceğini ve bu durumun 1982 Anayasasının egemenlik anlayışına aykırı olmadığını zımnen kabul etmiştir.⁶⁷

s. 220-223).

⁶⁴ Özer, s. 190-191.

⁶⁵ Özer, s. 192.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve 2002/146 E. - 2002/201 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-201.htm>, ET: 05.04.2009.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009.

Kanaatimizce, klasik egemenlik anlayışı çeşitli açılardan eleştiriliyor ve çağdaş egemenlik anlayışı kabul görüyorsa, Anayasalarda da bu yönde düzenleme yapılarak çağın gelişmelerine uyumlu hale getirilmelidir. Ayrıca Döner'in haklı olarak belirttiği üzere "bugün bir devletin saygınlığı artık demokrasi ve insan hakları kavramlarına vermiş olduğu önemle ölçülür hale gelmiş, adeta insan hakları egemen iktidarların meşruluk temeli olmuştur".⁶⁸ Bu anlamda ülkemizde de Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çeşitli yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Bunlardan birisi de yukarıda belirttiğimiz gibi AİHM kararlarının iç hukukta yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesidir. Her ne kadar yorum yoluyla AİHM kararlarının iç hukukta yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesinin Anayasanın egemenlik anlayışına aykırı olmadığı sonucuna varılabilirse de, daha yerinde olanı doktrindeki tereddütlerin giderilmesi adına Anayasada gerekli değişikliklerin yapılmasıdır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi temel görevi olan çeşitli normların Anayasaya uygunluk denetimi yanında siyasi partilerin kapatılması ve Yüce Divan yargılaması gibi görevleri de bulunmaktadır. Mahkeme bu görevleri yerine getirirken nihai kararlar vermekte ve bu kararlar kesinlik niteliğini haiz bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği, şekli ve maddi anlamda bir kesinlik olup, bu kararlara karşı kendisi dahil herhangi bir başvuru yolu olmadığı ve aynı konunun yeni bir dava konusu olamayacağı anlamına gelmektedir. Ancak kararların kesinliği, sadece olağan kanun yollarına başvuru için bir engel teşkil eder. Norm denetimi sonucunda verilen kararlar hariç, yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü kanun yolları bakımından böyle bir engel mevcut değildir.

Fakat, ne Anayasada ne de AYM Kanununda Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı yargılamanın yenilenmesi yolu açıkça öngörülmüştür. Ancak siyasi partilerin kapatılması ve Yüce Divan yargılamasının niteliği ve AYM Kanununun 33 ve 35. maddelerindeki atıflardan yola çıkarak bu davalar neticesinde verilen kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yolunun mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi Yüce Divan yargılamasında, AYM Kanununun 35. maddesindeki "Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir" ifadesi gereğince CMK'yı uygulayacağı ve Yüce Divan yargılaması cezai nitelikte bir yargılama olduğu için, bu yargılama sonucunda

⁶⁸ Döner, *İnsan Haklarının ...Korunması...*, s. 31.

verilen kararlar bakımından yargılamanın yenilenmesi mümkün olmalıdır.

Aynı şekilde, AYM Kanununun 33. maddesindeki “*Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinde incelenir ve karara bağlanır*” hükmü nazara alındığında, siyasi partilerin kapatılması davalarında CMK’nın uygulanması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi mümkündür. Bu sonuca siyasi parti kapatma yargılamasının ve yargılama sonucunda verilen kararların (örneğin partinin kapatılması ve siyaset yasağı) cezai niteliğe sahip olması nedeniyle de ulaşılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çalışma içerisinde ele aldığımız bazı örnek kararlarında da görüldüğü üzere, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı yargılamanın yenilenmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.

Yargılamanın yenilenmesi mümkün olduğu kabul edilince, tabii olarak, AİHM’nin kesinleşmiş ihlal kararlarının da bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, günümüzde insan haklarının etkin korunması amacıyla AİHM’nin kesinleşmiş ihlal kararlarından sonra nasıl ki adli ve idari yargıda yargılamanın yenilenmesi mümkün oluyorsa, anayasa yargısında da Yüce Divan ve siyasi parti kapatma davalarında AİHM’nin kesinleşmiş ihlal kararından sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmelidir. Fakat, Anayasa Mahkemesinin TBKP hakkında vermiş olduğu karardaki uygulama (kesinleşmiş AİHM kararının yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilmesi için bu kararın “Anayasa Mahkemesi kararının esasını etkileyecek herhangi bir maddi olgunun yokluğuna dayanması” gerektiği şartı) gerçekten bu kanun yoluna başvuruyu olumsuz yönde etkileyecektir. Kanaatimizce AİHM’nin kesinleşmiş ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilmesi için, bu kararın Anayasa Mahkemesi kararının esasını etkileyen bir maddi olgunun yokluğuna dayanması gerekmemelidir.

KAYNAKÇA

AIHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi /Türkiye Davası, Başvuru tarihi 30.01.1998, Başvuru no 133/1996/752-951, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/133_1996_752_951.pdf, ET: 05.04.2009.

Akartürk, Ekrem A.; *Avrupa Birliğine Uyum Süreci Açısından Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları*, YÜHF Yayını (No 13), İstanbul 2008.

Aliefendioğlu, Yılmaz; *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Anayasa Mahkemesi, 16.7.1991 tarihli ve 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma) E. - 1991/1 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/SPK/K1991/K1991-01.htm>, ET: 05.04.2009.

Anayasa Mahkemesi, 15.2.2006 tarihli ve 2002/40 E. - 2006/20 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2006-20.htm>, ET: 15.05.2009.

Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 tarihli ve 2002/146 E. - 2002/201 K. sayılı karar, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-201.htm>, ET: 05.04.2009.

Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009.

Anayasa Mahkemesi, 8.1.2008 tarihli ve 2003/6 (Değişik İşler) E. - 2008/4 K. sayılı kararı, 22.03.2008 tarihli ve 26824 sayılı Resmi Gazete, <http://rega.basbakanlik.gov.tr>, ET: 05.04.2009.

Arslan, Çetin; *Yüce Divan Olarak Anayasa Mahkemesi*, Nobel Yayınevi, Ankara 1999.

Arslan, Zühtü; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 17, Y. 2000, s. 274-293.

Atar, Yavuz; *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınevi, 4. Bası, Konya 2007.

Baysal, Mustafa; “Anayasa Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi Kurumu”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 609–634.

Bilir, Faruk; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Erciyes ÜHFD*, Sayı 2, C. I, Y. 2006, s. 3–29.

Can, Osman; “Siyasal Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 451-524.

Demirer, M. Arif; *6 Eylül 1955 Olaylarına 50. Yılında Yeni Bakış*, Demokratlar Kulübü Yayını, 1. Bası, Ankara 2006.

Domaniç, Hayri; *Hukukta Kazıyeyi Muhkeme ve Nispi Kuvveti*, Fakülter Matbaası, İstanbul 1964.

Döner, Ayhan; *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Döner, Ayhan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gereçlerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan* (Anayasa Hukuku-C. II), Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 215-233.

Durmuş, Arzu; *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak* (Anayasa Mahkemesi Kararlarına Karşı Olağanüstü Kanun Yolları), Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

Erdem, M. Ruhan/Korkmaz, Mustafa; “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İhlali”, *DEÜSBED*, Sayı 2, C. 5, Y. 2003, s. 182-212.

Eren, Abdurrahman; *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması; Uluslararası Koruma Mekanizması ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Gören, Zafer; *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Gözler, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008.

Gözler, Kemal; *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa 2000.

AİHM Kararları ve Yargılamasının Yenilenmesi

Gözübüyük, Şeref A.; *Yönetsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Hacıoğlu, B. Caner; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal Kararının Türk Ceza Muhakemesi Usulü Hukukunda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, *AÜEHFD*, Sayı 1-2, C. VIII, Y. 2004, s. 93-113.

Hakyemez, Yusuf Ş.; *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Kaboğlu, Ö. İbrahim; *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4. Bası, İmge Kitabevi, İstanbul 2007.

Kanadoğlu, Korkut; *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

Kapani, Münci; *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, 17. Bası, Ankara 2003.

Karakaş, A. Işıl; *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınları, İstanbul 1993.

Koçak, Mustafa; *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi: Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

Koçak, Mustafa; *Siyasal Partiler ve Türkiye’de Parti Yasakları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

Kunter, Nurullah/Yenisey, Ferudun /Nuhoğlu, Ayşe; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006.

Kuru, Baki; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 19. Bası, Ankara 2008.

Okur, Nurdan/Atalay, Ayşegül; “Yüce Divan Yargılaması”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1* (Ed. Mehmet Turhan-Hikmet Tülen), AYM Yayınları, Ankara 2006, s. 401–431.

Özbudun, Ergun; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Özcan, Hüseyin/Yanık, Murat; *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2007.

Özer, Attila; “Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hak-

Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER / Arş. Gör. İsmail KÖKÜSARI

ları Karşısındaki Durumu”, *Anayasa Yargısı*, AYM Yayını, C. 20, Y. 2003, s. 187-194.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2008.

Resmi Gazete, Sayı 25014, Tarih 04.02.2003

Sağlam, Fazıl; “Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış”, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/>, s. 10, dn. 9, ET: 06.04.2009;

Sağlam, Fazıl; *Siyasî Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.

Sunay, Reyhan; *Tartışılan Egemenlik*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Surlu, Mehmet H.; *Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Şahbaz, İbrahim; “AIHS’ne Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması (Sempozyum)*, TBB Yayını (No 72), Ankara 2004, s. 580-632.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 8. Bası, İstanbul 2006.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancakdar, Oğuz, *Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2005.

Yanık, Murat; *Yüce Divan*, Derin Yayınları, İstanbul 2008.

CEZA MUHAKEMESİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hüseyin ERTUĞRUL*

ÖZET

Günümüz ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin *'her ne pahasına olursa olsun araştırılması'* ilkesi kabul edilmemektedir. Delil yasakları ve oranlılık / orantılılık ilkesi gereği bazı sınırlar getirilmektedir. Bu sınırlar çerçevesinde özellikle şüpheli veya sanık, rızası olmasa dahi, ceza muhakemesi işlemlerine katlanmak durumunda kalabilmektedir.

Sanık, şüpheli ya da mağdurun, soruşturma ya da kovuşturma evresinde, ceza muhakemesi işlemlerine muhatap olup bir şeyi yapma veya yapmama yükümlülüğü altına girebileceğini ve buna katlanmak zorunda olduğunu ifade eden *'katlanma yükümlülüğü'* nün sınırları ve süresi maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından büyük önem arz etmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Oranlılık ilkesi, katlanma yükümlülüğü

ABSTRACT

In present criminal judgement, it is not turned thumbs up on to everything ascertainable rule. It is brung round some limits according to proof bans and proportional rule. According to this limits, criminal judgement subjects even if not their approval, can be folded criminal judgement processes.

When accused or suspect or victim were exposed to criminal judgement institution in investigation stage or prosecution stage, he or she can be interlocutors to criminal judgement processes or have to be in sufferance duty and the most important is its limits and period of time, for the trues appear.

KEY WORDS

Proportional rule, sufferance duty

* Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Tarihte totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak ve özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Ceza yaptırımının kendisinin bir amaç olarak görüldüğü bu devletlerde, cezaya katlanmak mutlaklıdır.¹ Demokratik hukuk devletlerinde ise, bireyin sahip bulunduğu hukuki değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Burada ceza yaptırımına katlanmak mutlak olmamakla birlikte, oranlılık ilkesi başta olmak üzere anayasalarda katlanma yükümlülüğüne bazı sınırlamalar getirilmektedir.

Günümüz ceza muhakemesi yargılamasında, *'ilgilinin kişiliğinin korunması'* ile mümkün olduğu kadar *'etkin bir ceza muhakemesi yargılaması yapılması gerekliliği'* birbiriyle devamlı çatışma içerisinde bulunmaktadır. Bu menfaatler arası çatışma, ceza muhakemesi uygulaması açısından iki önemli sonucu doğurmaktadır. Birincisi, ne pahasına olursa olsun ceza muhakemesinin yapılamayacağı; ikincisi ise, bireylerin ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün olmasıdır.

Devletin suçla mücadelesinde, toplum menfaatiyle - birey menfaati çatıştığında, toplum menfaatinin üstün gelmesi, bireylerin temel haklarına müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Haliyle bu müdahalenin yapılabilmesi, muhatabın buna katlanmasıyla mümkün olacaktır. Hatta rızası bile bulunmayan ilgiliden bunun zorla yapılması yoluna dahi gidilebilecektir. Çünkü burada kamu menfaati öncelikli konumda bulunmaktadır. Mesela, şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasında; ilgiliden bunun yapılamaması, ceza muhakemesi safhalarının akışında bir tıkanma meydana getirir, hatta bazı durumlarda savcının eli kolu bağlanmış dahi olabilir. Oysa iddia, savunma ve yargılamadan ibaret bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu gibi durumlarda ancak şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine *katlanmasıyla* maddi gerçeğe ulaşılacaktır.

Anayasamızın ilgili hükümleri, ileride değineceğimiz oranlılık ilkesine dayanak oluşturmaktadır. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *'Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi de-*

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2008, sh.409 vd. / www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20icerik/Ahmet%20TAŞKIN.htm, TAŞKIN, Ahmet, Türk Ceza Kanununun Amacı, 26.11.2009.

neylere tâbi tutulamaz.' amir hükmü, *'tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında'* diyerek, kişinin vücut dokunulmazlığının sınırlarını da çizmektedir.

II. ORANLILIK / ORANTILILIK İLKESİ

Oranlilik ilkesi, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir.² Bu bakımından, ne kadar ağır bir suç söz konusu olursa, o ölçüde ağır önlemlere başvurulabilecektir. Başka bir ifadeyle, daha hafif bir önleme başvurarak ceza muhakemesi yargılaması amacına ulaşılabilecekse, bu hafif önlemlerle yetinebilmeli, daha ağır bir önlemden yararlanılmamalıdır.³ Esasen oranlilik ilkesinin asıl gayesi de, aşırılığın önlenmesidir.

Oranlilik ilkesi, adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır. Keza ceza muhakemesi yargılamasının temel amacı, maddi gerçeği hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarmaktır; ancak bu hedef, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmelidir. Burada bireye insan onuruyla bağdaşmayacak cezalara ve yükümlülükler yükletilemeyecek, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamalar ise kesinlikle yasaklanacaktır.⁴

Ceza muhakemesi önlemlerinin kişinin hak ve özgürlüklerini sınırladığı bir gerçektir. Bunun bir sonucu olarak, başvurulacak önlemin ağırlığı ve o eylemden ötürü o sanığa verilecek cezanın az ya da çok oluşuna göre değişebilmeli ve bununla orantılı olmalıdır. Nitekim hâkim kararını verirken, oranlilik ve ikincillik ilkeleri ile bağlıdır.⁵

Mesela, bir olayda tutuklama koşulları gerçekleşmiş olmasına rağmen, sanığın yurt dışına çıkmasının yasaklanması ile o sanığın el altında tutulması

² YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2007, s. 490.

³ ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, 2005, s. 241.

⁴ Bu husus, yeni ceza hukuku felsefesini oluşturan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke gereği, bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması gerekir (TBMM, Yasama Yılı ve Dönem: 2/22, Sıra Sayısı: 664, sh. 220). Benzer görüşler için bkz: KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, sh. 37 / ÖZGENÇ, İzzet, *Genel Hükümler*, sh.62 vd.). Kanaatimizce oranlilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin sağladığı bu güvencedeki dengelyi sağlayan bir ceza hukuku enstrümanıdır.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı*, Ankara, 2005, s. 259.

sağlanabileceksen; sanığı tutuklamadan fakat yalnızca yurtdışına çıkmasını yasaklayarak ceza yargılamasını sürdürmek mümkündür.

III. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yükümlülük, kişiye veya şeye yükletilen görevdir. Bu görev kural olarak, kanundan kaynaklanır ve emrediciliği olmasından bahisle, yerine getirilmemesi halinde, bir yaptırıma muhatap olunur. Hak kavramından farklı olarak, buradaki edim, ihtiyari değildir; aksine yapılması/yapılmaması bir müeyyideye bağlanmıştır. Hak da ise, yerine getirip getirmemek, kişinin isteğine bağlıdır. İsterse kişi, hakkından feragat edebilir. Feragatın bir müeyyidesi yoktur. Yükümlülük de ise, yerine getirilmesi istenen edimin yerine getirilmemesi durumunda ya karşılığında bir yaptırım öngörülmektedir ya da zorla yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

Ceza Hukuku açısından ise; yükümlülük, korunan hukuki değerle, suçun konusu arasında kişiden beklenen ve yaptırıma bağlanan edimdir. Buradaki hukuki değer, kişiden soyut bir kavramdır; konu ise, somut bir kavramdır ve belli bir kişi ile irtibatlıdır.⁶ Mesela, kasten yaralama suçunun konusu, yaralanan kişinin vücududur; bu suça ilişkin tanımla korunan hukuki değer ise, kişilerin vücut dokunulmazlığıdır. Burada beklenen yükümlülük ise, sınırları Anayasayla çizilmiş, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmemesi yükümlülüğüdür. Ceza muhakemesi açısından ise yükümlülük, ceza muhakemesi işlemleri açısından ceza muhakemesi sünelerine yükletilen edimleri ifade eder.⁷ Burada daha çok sanık veya şüpheli için söz konusu olacak ve ileride ayrıntılı değinmeye çalışacağımız bu yükümlülüğü, 'katlanma yükümlülüğü' olarak ifade etmekteyiz.

Katlanma yükümlülüğü, ceza muhakemesi safhaları açısından etkin bir önem arz etmektedir. Şahin, bir örnekle bu durumu şu şekilde ifade eder: '*Maddi gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması gerekli olabilir. Örneğin, mağdur üzerinde yapılacak olan incelemeler, iddia ve savunma açısından önemli bulguları ortaya koyabilir. Beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının amacı suça ait delil bulunup bulunmadığını saptamak*

⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku*, s. 204.

⁷ Mesela, CMK m.75/1(şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması), m.76/1(diğer kişilerin vücudundan örnek alınması), m.145(İfade ve sorguda hazır bulunma yükümlülüğü) ve m.147/1-a ve g bentleri(Şüpheli veya sanığın kimliği ile ilgili bilgi verme, kişisel ve ekonomik durumıyla ilgili soruları cevaplandırma yükümlülüğü).

veya irsiyeti belirlemek olacaktır. Örneğin cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması durumunda, hamile kalınan çocuğun soy bağının tespitine ihtiyaç bulunabilir.⁸ Gerçekten de, mağdurenin elbisesinden elde edilen cinsel salgı ile, şüpheliden/sanıktan alınacak bulgunun eşleştirilmesi, soruşturmanın/kovuşturmanın neticeye bağlanması için büyük önem arz edebilir. Bazı durumlarda, ancak şüpheliden/sanıktan alınacak bulguyla, suçun kimin tarafından işlendiği anlaşılabilir.⁹ Bu gibi durumlarda, şüpheli veya sanığın rıza göstermemesi durumunda bile, beden muayenesinin yapılması gerekliliği, soruşturma/kovuşturmada bir tıkanmaya neden olmadan devamını sağlayacaktır. Yani, şüpheli/sanığın bu muayeneye katlanmak zorunda olması, maddi gerçeğe ulaşmamıza yardımcı olabilir veya maddi gerçeğe ulaşmamızı sağlayabilir.

IV. BEDEN MUAYENESİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Soruşturma veya kovuşturma evresinde, ilgili suça ilişkin delil elde etmek amacıyla¹⁰ başvuru yeni ceza muhakemesi enstrümanlarından birisi de beden muayenesidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, gelişen teknolojiyle birlikte delil değerine sahip bazı verilere ulaşabilme bakımından önemli bir delil kazanma yöntemi niteliğindedir.¹¹

Beden muayenesi ile ilgili hükümlerin çoğu, 5353 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi¹² olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre, iç beden muayenesi ancak tabip ya da bir sağlık görevlisi tarafından yapılabilecek iken, dış beden muayenesi için herhangi bir karara gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.¹³

⁸ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 245.

⁹ YAŞAR, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, 2005, sh.406. / YURTCAN, Erdener, *CMK Şerhi*, İstanbul, 2005, sh. 211.

¹⁰ Nitekim beden muayenesiyle ilgili 5271 sayılı CMK'nın 75. ve 76. maddesi, 'bir suça ilişkin delil elde etmek için / amacıyla' ifadeleriyle başlamaktadır.

¹¹ HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, 2007, sh. 133. / YAŞAR, sh. 406.

¹² İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt alt dokularının incelenmesini ifade etmektedir. Dış beden muayenesi ise, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini, ifade etmektedir (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, madde:3/1).

¹³ Hemen belirtelim ki, beden muayenesiyle ilgili yönetmeliğin (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik) 5. maddesinin 2. fıkrasında, 'şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır'

a. Tabibin veya sağlık personelinin yaptığı muayene bir bilirkişi incelemesidir.

Beden muayenesini yapan sağlık personeli, bilirkişi niteliğindedir.¹⁴ Dolayısıyla yapılan muayene de, bir bilirkişi incelemesidir. Gerçekten de, sağlık personeline gönderilen şüpheli veya sanık, tedavi edilmesi amacıyla değil, bir suçla ilişkin delil elde etme amacıyla gönderilmektedir.

Burada muayeneyi yapan doktor, şüpheli/sanığın muayeneye rızasının olmamasından bahisle, muayeneden sarfı nazar edemez. Çünkü burada şüpheli/sanık, doktora tedavi maksadıyla gönderilmemektedir, sadece ilgili suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla bir bilirkişi incelemesi yaptırmak maksadıyla gönderilmektedir.

b. Muayeneye zorlamanın sınırları oranlılık ilkesi çerçevesinde belirlenecektir.

Beden muayenesine karar vermek bakımından oranlılık ilkesine uyulması zorunludur. Yani, beden muayenesi veya vücutta örnek alınabilmesi için, kişinin sağlığı açısından bir zarar tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması ile elde edilecek yarar ile, muhtemel ortaya çıkabilecek zarar arasında bir orantı değerlendirilmesi yapılacak, eğer ceza muhakemesi açısından yarar daha fazla ise, beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına karar verilebilecektir. Nitekim Kanun, bu konuya açıklık getirecek bir hüküm sevk etmiştir: *İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir(m.75/2)*. Yani kişinin muayene edilmesinde sağlığı açısından zarar görme tehlikesi varsa, burada beden muayenesinden sarf-ı nazar edilecektir. Esasen burada, eğer iç beden muayenesinin yapılması zorunluluğu ortaya çıkarsa, oranlılık ilkesinin kanunen uygulandığını görmekteyiz.

Özer, bu konuya şu şekilde bir misal getirir. Mesela, özellikle organize suçlulukla mücadele bakımından, yutulan bir şey bir suikast planını içeren bir kağıt parçası ve bunun doğal yollardan çıkmasını beklemek delilin yok ol-

demek suretiyle CMK m.75²'de düzenlenmeyen bir hususu düzenlemektedir ve Kanuna ve gerekçesine ters düşmektedir. Dolayısıyla yönetmeliğin bu hükmü, Kanuna uygun hale getirilmesi gerekmektedir(Benzer görüş için bkz: ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 241/ ÖZBEK, sh. 259).

¹⁴ ÖZBEK, beden muayenesinin hem bilirkişi, hem keşif niteliğine sahip olduğunu belirtmekle birlikte, koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığını ifade etmektedir(ÖZBEK, sh. 257).

masına sebebiyet verecekse, burada bir ameliyatın yapılması pekala mümkün olabilir.¹⁵ Eğer bu kâğıdın kusturma¹⁶ yöntemiyle çıkarılma durumu varsa, o zaman ameliyattan da pekala vazgeçebilir. Yani burada olduğu gibi, her somut olayda oranlılık ilkesinin göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekmektedir.

Keza CMK m. 75/5’de ifade edildiği gibi; üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda başvurulamayacak olması, oranlılık ilkesinin yasal olarak da arandığını göstermektedir.¹⁷

CMK m. 76/2. fıkrasına göre, ‘Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.’ demek ki, mağdurun rızası yoksa 1. fıkra hükmüne göre alınacak bir karar sonucu, beden muayenesine katlanmak zorunda olacaktır. Mağdur için bu söz konusuysa, elbette ki sanık için de, bu söz konusu olacaktır. Bu durumda sanığın da, rızasının varlığı halinde ilgili kararın alınmasına gerek duyulmayacaktır.

c. Şüpheli veya sanığın yada mağdurun aktif katılma yükümlülüğü yoktur.

Şüpheli veya sanık ya da ilgili, beden muayenesine katlanmak zorundadır.¹⁸ Bu konuda rızası da aranmamaktadır. Ancak ilgili, beden muayenesine aktif olarak katılmaya zorlanamayacaktır.¹⁹ Beden muayenesine aktif katılma yükümlülüğü olmayan sanık, bu muayenede gerekli keşfin yapılmasına direnir, tabip ve kolluk kuvvetlerine zorluk çıkarırsa; ilgili yönetmeliğin²⁰ 18. maddesine göre, ‘... örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın in-

¹⁵ ÖZBEK, sh. 255.

¹⁶ Tıp ilminde, yarım saat kadar önce yenilmiş yiyecekler, çeşitli ve basit kusturma yöntemleriyle geri çıkartılabilmektedir(Ayrıntılı bilgi için bkz: Kaya, Esin Yardım, **The Importance of Non-Pharmacological Methods at Prevention of Postoperative Nausea-Vomiting**, Tıpta Uzmanlık Belgesi, Trabzon, 2009, sh.21 vd.).

¹⁷ ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 242.

¹⁸ DEMİRTAŞ, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos, 2005; Şahin de ‘Şüpheli veya sanık beden muayenesine, bedeninin keşif konusu yapılmasına katlanmak zorundadır. Bu konuda onun rızası aranmamaktadır. Ancak şüpheli veya sanık, beden muayenesi işlemlerine aktif bir katılıma da zorlanamayacaktır.’ diyerek ilgilinin aktif bir katılma yükümlülüğünün olmadığını belirtir(ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 241).

¹⁹ ŞAHİN, Cumhuriyet, **Gazi Şerhi**, s. 241.

²⁰ 1 Haziran 2005 gün ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

Hüseyin ERTUĞRUL

fazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasına sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığında gerekli önlemler alınır’ denilmektedir. Yani, muayeneyi yapacak tabip, zorluk çıkararak sanık için, gerektiği ölçüde kolluk kuvvetinden yararlanabilir. Kanaatimizce, beden muayenesine katılmak istemeyen fakat, kolluk marifetiyle muayenesi yapılan kişinin muayenesi sağlıklı bir şekilde neticelenemeyebilir. Bu durumun, doktor raporuyla ifade edilmesi gerekmektedir.

Eğer beden muayenesi hukuka uygun olarak yapılmamışsa, hemen belirtilmelidir ki, hukuka aykırı olarak yapılacak beden muayenesi ve örnek alınması sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. Nitekim 217/2’e göre, *‘Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.’* Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m.141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.²¹

V. KORUMA TEDBİRLERİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi işlemlerinin etkin bir şekilde yapılabilmesi için hükümden önce muhakeme sürecinde başvurulabilen ve gerektiğinde zor kullanmak suretiyle, temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren tedbirlerdir.²² Bu tedbirlerin bir kısmı, muhatapın özgürlük hakkına yönelik iken (yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol) diğer bir kısmı ise, özel hayata (arama ve elkoyma, iletişimin denetlenmesi, teknik araçla izleme) ilişkin olabilmektedir.

Koruma tedbirleri mahiyeti gereği, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirdiğinden, bu durum, koruma tedbirinin muhatapı açısından bu tedbire katlanması yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Koruma tedbirinin muhatapı bu tedbire rıza göstermese de, bu tedbir yerine getirilecek, bu kişinin temel hakkını sınırlanacaktır.²³

²¹ ÖZBEK, sh. 255.

²² ŞAHİN, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, Ankara, 2007, sh.197.

²³ ÖZBEK, sh.311.

a.Koruma tedbirlerinin yerine getirilmesinde, oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Her koruma tedbirinde dikkate alınması gereken oranlılık ilkesi, keyfi ceza tedbirlerine ve temel hak ve özgürlüklere müdahalenin aşırıya kaçmasına karşı, olması gereken dengeyi sağlayacak bir ceza muhakemesi ilkesidir.²⁴ Nitekim 5271 sayılı CMK'da aşağıda ifade etmeye çalışacağımız örneklerde, bunun dikkate alındığını yasal olarak da görmekteyiz:

- *Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır(m.91/2).*

Gözaltına alma tedbiriyle ilgili olarak, bu hükümle ifade edilen oranlılık ilkesi, kanaatimizce bu tedbirinin soruşturma yönünden zorunlu olmasıdır. Böylelikle uygulayıcıların keyfi uygulamalarının önüne geçilmek istenmektedir.²⁵

- *Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir(m.93/1).*

Bu maddede, kelepçe takma yetkisinin ne zaman mümkün olacağı oranlılık ilkesi gözetilerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre, kaçacaklarına ilişkin belirtilerin varlığı ve hayati ve beden bütünlükleri bakımından bir tehlikenin arz etmesi durumunda, ancak kelepçe takılması mümkün olabilecektir.

- *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez(m.100/1).*

Kanaatimizce burada 'ölçülü olmaması halinde' ifade edilen ibare, ölçülülük ilkesinden çok oranlılık ilkesini ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi, üç ana alt ilkeden oluşmaktadır: Elverişlilik, gereklilik ve oranlılık.²⁶ Anılan

²⁴ ÖZBEK, sh.536.

²⁵ Benzer görüş için bkz: ÖZBEK, sh.328.

²⁶ ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005, sh.316 / ÖZBEK, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini sayarken, oranlılık ilkesi yerine 'yararlılık' ibaresini kullanmaktadır(ÖZBEK, sh.347).

maddede ifade edilen 'ölçülü olmama' ifadesi, aşırılığın önlenmesi durumudur ki, kanaatimizce bu durum, oranlılık ilkesine karşılık gelmektedir. Çünkü oranlılık ilkesinin asıl amacı, aşırılığın önlenmesidir.

- 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir(m.109/1).

Bu maddede 100. maddeye yapılan yollamadan dolayı, adli kontrol tedbirinde, 'ölçülü olma(oranlı olma)' kriteri dikkate alınması gerekecektir.²⁷ Fakat birazdan ifade etmeye çalışacağımız hususlardan dolayı bu ilkenin içinin boşaltıldığı kanaatindeyiz. CMK m. 100/4'te, 'adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı bir yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemez' denilmiştir. Dolayısıyla, adli kontrol tedbiri, belirli bir süre (1-3 yıl arası) hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklamaya seçenek bir tedbir niteliğindedir. Böylelikle adli kontrol tedbirinin uygulama alanı büyük ölçüde daralmakta, adli kontrol için geçerli söz konusu ölçülülük(oranlılık) ilkesi de, büyük ölçüde anlamını yitirmektedir.

- Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir(m.134/1).

Burada ifade edilen oranlılık ilkesi, başkaca tedbirlerle delillere ulaşabilme imkânının bulunmamasıdır. Yani, daha az temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektirecek koruma tedbirleriyle, mevcut delillere ulaşabilme imkânı varsa, ilgili tedbire başvurulamayacaktır.²⁸

İfade etmeye çalıştığımız bu örneklerin yanı sıra, CMK'nın bazı maddelerinde ise, oranlılık ilkesine yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mesela, CMK m.137 vd. maddelerde ifade edilen, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve

²⁷ ŞAHİN, sh.317.

²⁸ ÖZBEK'e göre, aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilmesi, oranlılık ilkesinin bir sonucudur(ÖZBEK, sh.504). Kanaatimizce burada hem 'oranlılık ilkesi' hem de 'gereklilik ilkesi' gözetilmiştir.

kayda alınması tedbirinin özellikle örgütlü suçluluk bakımından uygulanacağı süreyle ilgili herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir.²⁹ Kanaatimizce oranlılık ilkesi gereği, bir üst sınırın belirlenmesi gerekmektedir.

b.Koruma tedbirlerinin yerine getirilmesinde, muhatabın aktif katılma yükümlülüğü yoktur.

Kural olarak, koruma tedbirinin muhatabı, ilgili koruma tedbirine katlanmak zorundadır, bu konuna onun rızası aranmayacaktır. Fakat burada muhatabın aktif katılma yükümlülüğü de yoktur. Mesela, kanuna uygun çıkarılmış bir arama kararı gereği, evinde arama yapılan kişiden aramaya yardımcı olması elbette istenmeyecektir. Nitekim CMK'da, koruma tedbirleriyle ilgili böyle bir yükümlülük, kişilere yükletilmemiştir.

VI. İFADE VE SORGUDA KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İfadede ve sorguda bulunma, hem hak, hem de yükümlülük niteliği taşıdığından çift taraflı bir durum arz etmektedir. Şüpheli veya sanık için, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmada ifade vermesi veya sorguya katılması haktır; devlet açısından ise, bu ortamı hazırlama ve beklenen kamu faydasının gerçekleşmesi için gerekirse sanığı ifade ve sorguda zorla hazır bulundurması, yükümlülüktür.³⁰

Gerçekten de, şüpheli veya sanığın ifadede veya sorguda hazır bulunması, rızasının olmaması halinde, gerektiğinde zorlanabilmesi(m.145), şüpheli veya sanık açısından bir katlanma yükümlülüğü arz etmektedir. Yine ceza muhakemesinin diğer işlemlerinde olduğu gibi, burada da aktif katılma yükümlülüğü şüpheli veya sanık açısından söz konusu değildir.³¹ Fakat kanaatimizce, ilgilinin hazır bulunmasında aktif katılma yükümlülüğü yokken; kişinin kimliği ile ilgili bilgileri konusunda doğru bilgileri verme konusunda aktif katılma yükümlülüğü vardır. Gerçekten de, CMK m.147/1-(a) ve (g) bendine göre, şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerine ve ekonomik durumuna ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü kılınmıştır.

²⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz: ÖZBEK, sh.576.

³⁰ ŞAHİN, sh. 143.

³¹ ŞAHİN,sh.143.

VII. SONUÇ

Bir hukuk normunun uygulanmasında, gerekli ölçüde ve uygun önlemleri almak, işlemleri yapmak ve aşırıya kaçabilecek önlem ve işlemlerden kaçınmak için, oranlılık ilkesine ihtiyaç vardır.

Keza insan onuruna zarar vermeden ve hiçbir şekilde işkenceye ve benzeri müdahalelere başvurmadan ceza muhakemesi işlemlerini yerine getirebilmek için yasalarda oranlılık ilkesine yer verilmektedir. Nitekim yeni CMK'da buna uygun düzenlemeler yapılmıştır. Oranlılık ilkesinin yer aldığı düzenlemelerde, ilgili için bir katlanma yükümlülüğü mevcuttur.

Özellikle şüpheli/sanık için konulan ve temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı bu yükümlülükler, maddi gerçeğe ulaşmak açısından büyük önem arz etmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda daha çok koruma tedbirleri ile ilgili bu yükümlülükler, şüpheli veya sanık karşı koyamamakta hatta bu konuda rızasının bulunmamasının bile bir önemi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- DEMİRTAŞ, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos, 2005.
- HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2008.
- KAYA, Esin Yardım, **The Importance of Non-Pharmacological Methods at Prevention of Postoperative Nausea-Vomiting**, Tıpta Uzmanlık Belgesi, Trabzon, 2009.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı**, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, R. Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Ankara, 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005.
- YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, 2007.
- YURTCAN, Erdener, **CMK Şerhi**, İstanbul, 2008.
- www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, 01.09.2009.
- www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Ergin%20ERGUL.htm,02.09.2009.
- www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20icerik/Ahmet%20TAŞKIN.htm, TAŞKIN, Ahmet, **Türk Ceza Kanununun Amacı**, 26.11.2009.

BOŞ

İPTAL DAVALARINDA KENDİLİĞİNDEN ARAŞTIRMA İLKESİ

Arş. Gör. Çınar Can EVREN*

ÖZET

İdarenin denetlenmesini sağlayacak pek çok yol olmakla birlikte bunlardan en önemli ve etkili şüphesiz ki idarenin yargısal denetimidir. İdari işlemlerin hukuka aykırı oldukları iddiasıyla açılacak olan iptal ve idarenin işlem veya eylemlerinden doğan zararların tazmini için açılacak olan tam yargı davaları, idari yargı sistemimizde kabul edilmiş olan iki dava türüdür. İptal davalarında, tam yargı davalarında olduğu gibi sadece zarar gören tarafın zararının karşılanması değil, bundan daha geniş olarak, idarenin yapacağı işlemlerde hukuka uygun davranmasının sağlanması istenmekte ve bu sayede kamu yararının tesisi amaçlanmaktadır.

İptal davasına konu olacak idari işlemler büyük çoğunlukla ilgilisi tarafından kendisine uygulanana kadar bilinmemekte ve menfaati ihlal edilen kişi ancak kendisine bu işlem uygulandıktan veya işlem metni tebliğ edildikten sonra dava açabilmektedir. Bunun da ötesinde idari işlemler idarenin bünyesinde ve kapalı kapılar ardında yapıldığı için ilgili, işlemin hangi aşamalardan geçtiğini, gerekçesinin ne olduğunu da çoğu zaman bilememektedir. İptal davasının kişilerin bireysel menfaatlerinin ötesinde kamu yararına hizmet etmesinin sonucu olarak, idari yargı hâkimine önüne gelen davalarda sadece tarafların ileri sürdüğü belge ve bilgilerle yetinmemesini ve aynı zamanda davanın çözümünde gerekli gördüğü bütün araştırmayı da kendisinin yapma yetki ve görevini veren bu ilkeye kendiliğinden araştırma ilkesi denilmektedir.

ANAHTAR KELİMELEER

İdari yargı, idari yargılama usulü, iptal davaları, hukuk devleti, kendiliğinden araştırma ilkesi.

SUMMARY

Although there are lots of ways to force administration to act lawfully, the most important and effective one is, without any doubt, to open a case with the claim of “contradiction to law” of administrative acts and a case with the claim of damage ari-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku

Arş. Gör. Çınar Can EVREN

sing from an administrative act or an action. However, the aim of the case for nullity is not only to compensate the damage but also to provide administration to act lawfully and to secure public interest.

Administrative acts that are subject to the action for nullity are usually (or generally) not known by its drawee until it applied to him so, this person can only open a case after the application of the act or after having been notified about the act. Beyond that fact, since administrative acts are being made behind closed doors, the person concerned usually hasn't got any little information about the decision-making process and about the justification of the administrative act. Therefore, in order to the aim of action for nullity that place person's individual interests beyond the public interest, there is an authority given to judges working in the field of administrative jurisdiction that is called inquisition without preoccupation. That authority makes judges not satisfied with the documents and information that was given by the parties and to make all the necessary research for the resolution of the case by themselves with their own powers and duties.

KEY WORDS

Administrative jurisdiction, administrative litigation procedure, action for nullity, rule of law, inquisition without preoccupation.

I-GENEL OLARAK

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının "a" bendinde iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. Aynı fıkranın "b" bendinde ise "*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan*" tam yargı davaları idari yargıdaki bir diğer dava türü olarak düzenlenmiştir.

İptal davaları özel hukuk alanında bulunmayan, tamamen kamu hukukuna özgü, en önemli ve fonksiyonel bir davadır. Bu dava ile idarenin kamu gücüne dayanarak tek yanlı iradesiyle tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenmektedir.

A-İptal Davasının Özellikleri

Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber iptal davalarında hâkimin sahip olduğu kendiliğinden araştırma ilkesinin nedeni bu davalara hakim olan objektiflik niteliğidir.

İptal davasının özelliklerini kısaca şu şekilde belirtebiliriz¹:

1) İptal davası, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan yolların en önemlilerinden biri olduğu için, kolay işleyen, karmaşık olmayan bir yol olarak düşünülmüştür.

2) İptal davası, idari işlemlerin (işlemin bireysel veya düzenleyici işlem olması arasında iptal davasına konu olabilme bakımından herhangi bir fark yoktur) hukuka aykırılığı durumunda açılabilir. İptal davalarıyla idari işlemin yerindeligi denetlenemez. Yapılacak olan hukuki denetim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2. maddesinde de belirtildiği gibi idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat öğeleri üzerinde hukuka uygunluk deneyimiyle sınırlıdır. Aynı husus Anayasa'nın 125. maddesinde de "*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez*" ifadesiyle açıkça vurgulanmıştır.

¹ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut: İdari Yargılama Hukuku Cilt 2, Turhan Kitabevi Ankara 2006, s.307.

3) İptal davalarıyla idari işlemin tümünün ya da bir bölümünün iptal edilmesi sağlanır. Ancak davayı görmeye görevli ve yetkili mahkeme, işlemde hukuka aykırılık gördüğü takdirde onu sadece iptal etmekle yetkilidir. İptal dışında idari işlem niteliğinde yargı kararı vermesi gerek Anayasa gerekse İYUK'da açıkça yasaklanmıştır.

4) İptal davası açabilmek için bir menfaatin ihlal edilmiş olması yeterlidir. Tam yargı davasını düzenleyen İYUK madde 2/1-b'de bu davanın açılabilmesi için hakkın muhtel olması şartı aranırken iptal davalarında davacıya ilişkin olan bu koşul yumuşatılmıştır. Davacının dava konusu işlemle arasında meşru, güncel ve kişisel bir menfaatinin ihlal edilmiş olması, iptal davasının görülebilmesi için diğer usul şartlarını da taşıması halinde, yeterlidir².

5) İdari işlemlerden ancak tek yanlı ve icrai olanlar iptal davasına konu olabilir. İYUK madde 14/3-d'de bu husus, "kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem" ifadesiyle düzenlenmiştir.

6) İdari işlemin iptali halinde bu iptal kararından sadece davacı değil aynı zamanda kararla ilgisi bulunan herkes etkilenir.

7) İptal davası, kamu düzenine ilişkin bir dava türü olup bu davadan önceden feragat etmek geçersiz olduğu gibi Anayasa'nın 125/1 hükmü uyarınca kanunlarla iptal davası açma yolunun kapatılamayacağı ifade edilmiştir.

8) İptal davaları, kapsam olarak genişleme eğilim gösteren davalardır.

Bu sayılan özellikler aynı zamanda iptal davasının, kamu yararına ve kamu düzenine ilişkin objektif bir dava olmasının sonuçlarıdır. Yani, iptal davaları "*objektif*" davalardır.

İdarenin, işlem ve eylemlerinde hukuka uygun davranması, etkili bir yargılama ile gerçekleşir. Bu ise objektif nitelikte olan iptal davası yoluyla sağlanır³. Gözübüyük/Tan, hukuk kuralının ya da nesnel hukuksal durumların ihlaline dayanan davaları objektif dava olarak nitelendirmektedir⁴.

İptal davalarında bir hakkın ihlal edildiği araştırılmadığı gibi böyle bir ihlal sonucunda ortaya çıkacak zararın tazmini de söz konusu olmamaktadır⁵.

² DİDDK: 06.10.2005, E: 05/2008, K: 05/2297, D6D: 09.02.2007, E:06/3763, K:07/702, **DBB**.

³ **GÜNDAY** Metin: İdari Yargı Ders Notları, Beta Copy, Ankara 2005.

⁴ **GÖZÜBÜYÜKTAN**: s.288.

⁵ **ASLAN** Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s.11, (Yürütmenin Durdurulması).

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

Bu ise iptal davasının objektif niteliğini gösterir. İdari Dava Daireleri'nin verdiği bir kararda “*kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları, objektif ve somut nitelikte olup; bütünüyle kamu yararını amaçlamaktadır*”⁶ denmektedir. İptal davaları, kişisel menfaatlerin ihlal edilmesinin engellenmesinden çok idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla açılan davalardır. Bu bakımdan iptal davalarında her ne kadar davalı taraf gösterilmek zorunda olsa da (İYUK 3/2), yargılanan, davalı taraf değil işlemin hukuka uygunluğudur.

Yapılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere; iptal davaları, idari işlemin hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalini; işlemin hukuki etkilerini ortadan kaldırmayı amaç edinen ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaya yönelik bu niteliğiyle de objektif olarak nitelendirilen bir davadır.

İptal davalarının “*objektif*” dava olmasının çeşitli sonuçları vardır: İptal davasının objektiflik özelliğinin sonuçlarından biri bu davalarda davacının ve davalının önemli olmamasıdır. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi yargılanan, idari işlemin kendisidir ve bu işlemi mahkemenin önüne kimin getirdiği önemli değildir. Ancak Türk İdari Yargısı'nda bu husus sınırsız kabul edilmiş ve iptal davası açabilmek için bir takım sübjektif kıstaslar getirilmiştir. Kişinin davacı olabilmesi için en azından işlemle arasında bir ilişki “*menfaat*” aranmaktadır. Bunun yanında İYUK 26/II'de “*yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir*” hükmüyle iptal davasına başka bir sübjektif nitelik eklenmiştir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, iptal davalarında önemli olan işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi olup dava dilekçesinde davalının gösterilmemesi ya da yanlış gösterilmesi önemli değildir. Zira iptal davası yanlış hasım gösterilerek açılmışsa, mahkeme gerçek davalı idareyi bizzat tespit edip, dava dilekçesini bu gerçek hasma tebliğ edecektir (İYUK madde 15/1-c).

Bu durumda sorulması gereken soru iptal davalarının objektiflik özelliğine neden bazı sübjektif düzenlemeler getirildiğidir. İptal davalarının objektifliği sınırsız kabul edilirse, dava açma süresinin aranmaması, davacı için menfaat şartının aranmaması, herkesin davacı olabilmesi ve hatta mahkemelerin herhangi bir dava açılmadan kendiliğinden hukuka aykırı gördükleri işlemleri re'sen iptal edebilme yetkileri olması gerekirdi. Böyle bir durum ise idarenin yapmış olduğu işlemleri her zaman iptal edilme tehdidi altında bırakır

⁶ İDDK: 21.10.2004, E:2004/861, K:2004/745, **DBB**.

ve idarenin hareket olanağı kısıtlanırdı. Bunun yanında, iptal davasının tam anlamıyla objektif olarak kabul edilmesi, herkesin her türlü işlem için dava açmasına neden olur bu ise mahkemelere taşıyamayacakları bir yargısal yük bindirirdi.

İptal davalarının objektif kabul edilmesinin bir diğer sonucu ve bizim makale konumuzu ilgilendiren kısmı ise idari yargı hakimine tanınan re'sen tahkik (kendiliğinden araştırma) yetkisi ve görevidir. Mahkemenin bir davayı çözümlenmede sahip olduğu bu yetkiyi incelemeye geçmeden önce bu yetkinin yöneldiği ispat ve delil hususları üzerinde de kısaca durmak gereklidir.

B- İspat Yükü ve İdari Yargıda Delil:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) davacının iddiasını hangi tür delillerle ispat etmesi gerektiği adı geçen Kanun'da (HUMK madde 236-374) ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Oysa İdari Yargılama Usulü Kanunu'na bakıldığında, delillere ilişkin getirilen düzenlemeler 3. maddede dilekçelerde delillerin gösterilmesi, 31. maddede delillerin tespitinin HUMK hükümlerine göre yapılacağı ve 58. maddede delillerin nasıl tespit edilmesi gerektiği gibi hususlara ilişkin olup, hangi iddiaların ne tür delillerle ispat edilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu bakımdan İYUK'da geçerli olan sistemin delil serbestisi sistemi olduğu söylenebilir. İYUK 20/1 fıkrası uyarınca da bu husus kabul edilmiştir.

İspat, şahit ve delil gibi çeşitli araçlardan yararlanılarak ileri sürülen iddianın (vakıaların) doğru olduğunu hâkime inandırmaya yönelik faaliyetler olarak tanımlanabilir⁷. İdari Yargıda ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kamu düzenine ilişkin davalarında istisnaları⁸ olmakla birlikte ispat yükü iddia sahibine aittir⁹. Danıştay kararlarına bakıldığında bu ilkenin idari yargıda

⁷ ŞENLEN Süheyla: "İdari Yargılama Usulü'nde İspat Ve Delil", Argumentum, , Y. 3, S. 33, s.586; YILMAZ Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8. Bası, Yetkin Yay, Ankara 2004, s. 574.

⁸ "...İlke olarak tüm hukuk davalarında; hakim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlıdır)." YİBK: 19.01.2007, E:05/1, K:07/1, www.hukuktürk.com.

⁹ HUMK'nda taraflarca hazırlama ilkesine istisna getirilmesinin nedeni kamu yararının varlığıdır. Buna göre Medeni Usul Hukukunda re'sen tahkik ilkesinin uygulanabildiği davalar tarafların kendi aralarında serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, boşanma, babalık davası (Y2HD: 02.03.2006, E:06/1223, K:06/2652, Y2HD: 12.09.2005, E:05/9793, K: 05/11787, www.hukuktürk.com); evlenmenin butlanı, nüfus davaları, kamulaştırma işlemlerinde bedele ilişkin davalar (YHGK: 21.12.2005, E:05/18-567, K:05/757, www.hukuktürk.com); tescil davaları (YİBK: 19.01.2007, E:05/1, K:07/1, www.hukuktürk.com); "Sosyal güvenlik hakkı kamu düzenine ilişkin olduğundan bu hakka ilişkin davalarda kendiliğinden araştırma ilkesi

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

da geçerli olduğu “*iddia sahibi iddiasını isbat zorunda olduğundan*” gerekçesiyle verilen kararlarla da teyit edilmiştir¹⁰. Ancak bu isbat yükü idari yargıda Hukuk Usulü Muhakemelerinde olduğu gibi katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Örneğin Danıştay, düşük not takdir edilmesi üzerine açılan bir davada “*uyuşmazlığın çözümü uyuşmazlığa konu idari işlemin sebebinin ortaya konulmasının olduğu ve bu sebebin, davalı idarece ileri sürülmesinin yanında bilgi ve belgeyle ispatlanması gerekliliği de dikkate alındığında; somut bilgi ve belgeye dayandırılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde ve ispat külfeti, öncelikle olayda aktif durumda bulunan davalı idareye yükletilmesi gerekeceğinden, sicil orta düzeyde belirlenmesi sırasında sicil amirlerince objektif davranılmadığının ortaya konulması hususunun davacıya yükletilmesi suretiyle davanın reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” gerekçesiyle düşük not verilmesinin nedeninin ispat yükünün davalı idarede olduğuna hükmetmiştir¹¹.

İYUK madde 20/1 de geçerli olan kendiliğinden araştırma ilkesi uyarınca mahkeme gerekli incelemeyi re’sen de yapabilir¹². İster iddia sahibi isterse de mahkeme tarafından yapılacak olan bu ispat, piyasa rayiç araştırmaları¹³,

uygulanır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hakim kararını (hükmünü) tarafların bildirmiş oldukları vakıalara dayandırılabilmesi için onların varlığına kanaat getirmiş olması gerekir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları da hakim kendiliğinden inceleme konusu yapar. Bundan başka hakim tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da kendiliğinden araştırıp kararını bu vakıalara dayandırabilir ve davanın ispatı için bütün delillere kendiliğinden başvurabilir.”, YHGK: 20.12.2006, E:06/21-797, K: 06/820, www.hukuktürk.com vb. davalardır. Ayrıca bkz. Ayrıca bkz. **KURU** Baki-**ARSLAN** Ramazan-**YILMAZ** Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2003 s.408 vd.

¹⁰ D3D: 21.05.1999, E:98/1581, K:99/2041, D3D: 26.11.1992, E:90/110, K:92/3584, D3D: 03.12.1986, E:86/3214, K:86/2449, D3D: 27.11.1985, E:84/3013, K:85/3091, D7D: 21.10.1986, E:86/1318, K:86/2375, D9D: 26.10.1995, E:94/5041, K:95/2697, **DBB**.

¹¹ D2D: 31.01.2005, E:04/6213, K:05/329, **DBB**.

¹² D7D: 21.10.1986, E:86/1318, K:86/2375, **DBB**.

¹³ AYİM3D: 12.04.2007, E:06/1637, K:07/555, **AYİMD**, S 23, Ktp. 2, s.769.

bilirkişi raporları¹⁴, jüri raporları, idari raporlar, makbuzlar¹⁵, vergi kayıtları¹⁶, stok bildirimleri, serbest meslek gelir kayıt defterleri, keşif sonucunda düzenlenen tutanaklar, kasko değerleri¹⁷ gibi delillerle yapılabilecektir. İYUK madde 3'e göre idari dava açıldığı zaman bu delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi gerekir. Dava dilekçesi ve savunmalarda ileri sürülmeyen deliller, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkan bulunmadığına mahkemece kanaat getirilmesi halinde kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir (İYUK mad. 21).

II- KENDİLİĞİNDEN ARAŞTIRMA İLKESİ

Re'sen tahkik ilkesi yönetsel yargılama usulünün özelliklerinden birisidir¹⁸.

Gerek yargı içtihatlarında ve gerekse doktrinde bu ilke, kendiliğinden inceleme¹⁹, kendiliğinden araştırma²⁰, resen tahkik²¹, resen araştırma²², resen inceleme²³, idari yargı yerinin inceleme bağımsızlığı, kendiliğinden harekete geçme gibi değişik ifadelerle dile getirilmektedir²⁴.

¹⁴ "...tarafalara tebliğ olunan ve süresinde itiraz olunmayan bilirkişi raporu ilmi verilere, yerleşik uygulamalara uygun bulunmuş...bilirkişi doğrultusunda uygulama yapılmasına karar verilmiştir." AYİM2D: 02.05.2007, E:06/200, K:97/423, AYİM2D: 17.01.2007, E:06/129, K:07/39, AYİMD, S 23, Ktp. 2, s. 801-808; D10D: 20.10.2006, E:03/4153, K:06/5848, DD, Y 37, S 114, s.295.

"... dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu saptandıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir." D10D: 10.04.2006, E:05/1870, K:06/2294, DD, Y 36, S 113, s.307.

D10D: 21.11.1995, E:95/2314, K:95/6009, D10D: 10.10.1995, E:94/1511, K:95/4299, BAL Yakup-ŞAHİN Yahya-KARABULUT Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.232.

¹⁵ D3D: 14.05.2003, E:00/2570, K:03/3077, AKYILMAZ Bahtiyar-SEZGİNER Murat-KAYA Cemil: İdari Yargı Mevzuatı, Savram Yayınları, Konya 2007, s.420.

¹⁶ D10D: 24.10.1996, E:95/4309, K:96/6400, D10D: 24.08.1993, E:95/805, K:96/6023, BAL ŞAHİN\KARABULUT: s.994-1001.

¹⁷ D10D: 10.12.2001, 2344/4644, D10D: 09/06/1999, 12/3050, ATAY Ender Ethem\ODABAŞI Hasan\GÖKCAN Hasan Tahsin: İdarenin sorumluluğu Ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları Ankara 2003, s.215-216.

¹⁸ Yazılılık ve yargılamanın basit ve az masraflı oluşu diğer iki özeldir. GÖZÜBÜYÜK A. Şeref: Yönetsel Yargı, Güncelleştirilmiş 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.342.

¹⁹ D5D: 11.06.1987, E:85/1286, K:87/967, VDDGK:05.02.1988, E:87/29, K:88/5, DBB.

²⁰ D4D: 04.06.1984, E:84/1458, K:84/2373, D5D: 23.01.2001, E:99/656, K: 01/105, D5D: 02.07.1992, E:92/2004, K:92/2168,D7D: 26.03.1996, E: 95/697, K: 96/1165, DBB.

²¹ D7D: 12.04.1985, E:84/3570, K:85/1039, DD, S.60-61, Y:1986, s.333.

²² D3D: 27.12.1990, E:90/2307, K:90/3629, D3D: 12.12.1990, E:89/1724, K:90/3422, D3D: 21.05.1987, E:87/73, K:87/1316, D9D: 22.01.1997, E:95/3871, K: 97/239, D11D: 05.03.1997, E: 96/5263, K:97/688, D11D: 04.03.1996, E: 95/3983, K:96/765, DVDD: 13.12.2002, E:02/389, K:02/492, DVDD: 09.02.2001, E: 00/299, K: 01/73, DBB.

²³ D7D: 12.12.1984, E: 83/1467, K:84/2544, DBB.

²⁴ ERGÜN Çağdaş Evrim: "Vergi Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi", AÜHFHD, Y.2006,

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

Re'sen araştırma ilkesi, bir taraftan yargılamada, gözönüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlarda mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir hukuka uygunluk denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle önemli bir ilkedir²⁵. Mahkemenin sahip olduğu bu yetki aynı zamanda davacılara da güvence sağlar niteliktedir²⁶.

İYUK madde 20/1'e göre hakimin sahip olduğu araştırma ve inceleme yetkisinin birbirinden farklı şeyler olduğu, dosyanın incelenmesi ile anlaşılacak hususların ve bunun için de ilk inceleme konularının inceleme yetkisi içine girdiği; maddi olayın ve gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan incelemelerin hakim tarafından yaptırılmasının ise araştırma olduğu ifade edilmiştir. Ancak ister araştırma ister inceleme olsun ikisinin de amacı maddi gerçeği tespit ve hukuka uygun karar vermek olduğu için böylesi bir ayırma gitmek gerekli görünmemektedir. Bunun yanında kendiliğinden araştırma ilkesi, içerisinde evleviyetle inceleme yetkisini de barındıran hakimin sahip olduğu bir yetkidir²⁷.

İdari uyuşmazlık ve davalar kökeni, tarafları, konusu, amaç ve neticeleri itibariyle hukuk ve ceza davalarından farklılıklar gösterir. Böyle olunca da idari davaların ceza ve özel hukuk davalarından ayrı yargılama usullerine tabi olmalarını normal karşılamak gerekir²⁸.

C.55, S.2, s.69.

²⁵ D12D: 27.03.2006, E: 05/5195, K:06/1109, DBB. Re'sen tahkik ilkesine ilişkin kararlar için bkz. D2D: 31.10.2005, E:04/6213, K:05/329; D3D: 20.03.1996, E:95/3462, K:96/834; D8D: 07.05.2004, E:03/4513, K:04/2136; DİDDK: 17.10.1997, E:95/769, K:97/525, **DBB**. Ayrıca bkz: DVDDGK 26.1.1996, E:95/160, K:95/193, **DD**, Y.1997, S.92, s.194-197.

²⁶ DİDDK: 17.10.1997, E: 95/769, K: 97/525, **DBB**.

²⁷ Bu sonuca aynı zamanda İYUK madde 14 hükmü incelendiğinde de varılabilir. Şöyle ki, Dilekçeler Üzerinde İlk İnceleme başlıklı madde hükmünde dilekçelerin maddede belirtilen sıraya göre inceleneceği ifade edilmektedir. İYUK madde 20'de yer alan ve hâkimin davanın yürütülmesinde tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmamasına imkân veren madde hükmünü de sadece inceleme şeklinde anlayacak olursak bu durumda 20. madde, 14. madde-nin bir tekrarıdır ibaret olacaktır. **ERGÜN**: s.70.

²⁸ **YORGANCIOĞLU** Erçetin: "İdare Hukuku ve İdari Yargı İle ilgili İncelemeler", Ankara 1976, Danıştay Yayınları No:21, s.219.

Medeni yargılama hukukunda asıl olan taraflarca hazırlama ilkesidir. Dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında hakimin de görevli olmasına, kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesi denir. Bu ilke taraflarca hazırlama ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır²⁹.

2577 sayılı Kanun'un 20. maddesinde³⁰ idari davalar için, ceza davalarında da uygulanan bir ilke olan "re'sen tahkik" ilkesi benimsenmiştir. Bu madde ve ilkeye göre idari bir davanın çözümlenmesi için gerek gördüğünde mahkeme, davaya ait her çeşit incelemeyi kendiliğinden yapabilecektir³¹.

Re'sen araştırma yetkisi, idari yargılama usulünde, mahkemenin davanın açıldığı andan nihai karar verilinceye kadar geçen safhada, davanın sevk ve idaresi, maddi olayın mevcudiyetinin araştırılması³², delillerin elde edilmesi, incelemenin bizzat yapılması veya yaptırılması³³, maddi olayın hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespiti, olayın hukuki nitelendirmesinin yapılması, iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılması³⁴, işlemin gerekçesinin tespiti³⁵, İYUK madde 14'de yer alan ilk inceleme konuları olan görev ve yetki³⁶, idari merci tecavüzü, ehliyet³⁷, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre³⁸, husumet, delillerin takdiri, kamu düzeninden sayılan hususlar³⁹, idarenin sorumluluk esaslarının tespiti, tam yargı davala-

²⁹ KURU\ARSLAN\YILMAZ: s.409.

³⁰ İYUK madde 20'ye benzer bir hüküm Danıştay Kanunu 49. maddede düzenlenmiştir. Ancak bu maddede Danıştay'a verilen gerekli bilgi ve belgeleri isteme ve kendiliğinden harekete geçme yetkisi, Danıştay'ın incelemekte olduğu idari işler hakkında kullanılabilir.

³¹ ÖZAY İlhan: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi İstanbul 2004, s.258.

³² D9D: 22.01.1997, E:95/3871, K: 97/239, DVDD:09.02.2001, E: 00/295, K: 01/69, **DBB**.

³³ "...mahkemelerin bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliklerinden yaparak gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini ve bilgilerin verilmesini ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hükmü, taraflar ve üçüncü şahıslardan istenen belgelerin süresinde gönderilmemesi halinde, istenen belgeleri denetleme yetki ve görevini haiz resmi mercilerden bu belgelerin gerekli görülen açılardan incelenmesi ve sonucunun bildirilmesini isteyebilecekleri anlamını da ifade etmektedir." D4D: 04.06.1984, E:84/1458, K:84/2373, **DBB**.

³⁴ D5D: 02.07.1992, E:92/2004, K:92/2168, **DBB**.

³⁵ "İdare kararında yaptığı işlemin nedenini göstermiyorsa, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi uyarınca gerekçeyi ve delillerini yargıya sunmak zorundadır." D6D: 10.03.2006, E: 05/6379, K: 06/984, D6D:27.03.2006, E:04/1374, K:06/1416, **DBB**.

³⁶ D11D: 07.11.2003, E: 02/2064, K: 03/4822, **DBB**.

³⁷ D5D: 23.01.2001, E:99/656, K: 01/105, **DBB**.

³⁸ D12D: 06.02.2006, 05/6399, K:06/220, **DBB**.

³⁹ D12D: 27.03.2006, E:05/5195, K: 06/1109, D12D: 06.02.2006, 05/6399, K:06/220, **DBB**.

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

rında hükmedilecek tazminatın miktarı⁴⁰ ve hatta tarafların hiç değinmedikleri olaylar ile üzerinde uzlaştıkları vakıalar ve delillerin elde edilmesi ile ilgili olarak, tarafların talebine ihtiyaç duymaksızın, dava ile ilgili kendiliğinden yaptığı tüm araştırmalara verilen addır⁴¹.

Danıştay bir kararında “*Bu ilke uyarınca idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kurallarını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip oldukları gibi maddi olayı belirleme yönünden de her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yaparak iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabilir; tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırıp, maddi olayın çözümü için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler. Bu tür inceleme ve araştırmaların resen inceleme yetkisinin gereği olarak yapılması, idari yargı yetkisinin kullanımına 2577 sayılı Yasanın 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamaya aykırı değildir.*” gerekçesiyle aynı hususu vurgulamıştır⁴².

İdari yargının amacı; idareyi denetlemek ve hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Bu denetimde ise kamu yararının varlığı tartışmasızdır. Buna bağlı olarak da mahkemenin aktifliği ilkesi benimsenmiştir⁴³.

İdari yargıda denetlenen, kamu idareleri tarafından yapılan tasarrufların, hukuka uygunluğudur. İdari tasarrufların yapılmasında idare diğer tarafa göre güçlü konumdadır ve idari tasarrufa ilişkin bilgi ve belgeler genellikle işlemi tesis eden idarenin elindedir. Bu nedenle idari yargıcın sadece tarafların sunduğu delillerle davayı doğru şekilde sonuçlandırması mümkün olmayacaktır⁴⁴. Bu sebeple idari yargı hakimine geniş bir araştırma yetkisi tanınmıştır.

Hakimin maddi olayın araştırılması hususunda haiz olduğu yetki bağlı bir yetkidir. Hakim, maddi olayın ortaya çıkarılması için araştırmaya girişip giriş-

⁴⁰ D10D: 11.10.1995, E: 94/2455, K: 95/4327, **DBB**.

⁴¹ **SENLEN** Süheyla: “*İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*”, İstanbul 1997, s.12, (İspat Ve Delil).

⁴² DVDD: 21.02.1997, E:95/209, K:97/124, ayrıca bkz. DVDD: 04.10.1996, 95/119, K:96/294, **DBB**.

⁴³ **GÜNDAY**: s.68.

⁴⁴ **ÇAĞLAYAN** Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2001, s.52; **SENLEN** Süheyla: “*4001 Sayılı Kanun İle İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişikliğe Göre İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma Ve Gizlilik İlkeleri*”, Argumentum, Y.5, S.46, s.132, (Gizlilik İlkesi).

memekte serbest değildir⁴⁵. Danıştay İdari Dava Dairelerinin 1993 tarihli bir kararında da; “İdari yargı mercilerine, bakmakta oldukları davalarla ilgili her çeşit incelemeyi, tarafların iddia ve savunmalarına bağlı kalmaksızın bizzat yapma yetkisi tanıyan ve aynı zamanda yükümlü kalan 20. maddesi 1. fıkrası karşısında...” denilmek suretiyle, bunun mahkeme için aynı zamanda bir görev olduğu açıkça vurgulanmıştır⁴⁶.

Mahkemenin sahip olduğu re’sen inceleme yetkisi ancak davanın açılmasından sonra kullanılabilecek bir yetkidir⁴⁷. İdari yargı hakiminin davayı açmak konusunda sahip olduğu “re’sen” bir yetkisi söz konusu değildir. Mahkemeler kendilerine bir talep olmadıkça bir durumun hukuka uygunluğunu kendiliğinden denetleyemezler. Ancak idari yargılama usulünde hakim, dava açıldıktan sonra, bütünüyle aktif bir konumda olup uyuşmazlığın çözülmesinde gerekli her türlü araştırma ve incelemeyi talep olsun olmasın kendiliğinden yapacaktır⁴⁸.

Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ilişkin her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapar. Fakat bu yetki idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır⁴⁹. İdarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte bir yetki mahkemelere tanınmamıştır.

Mahkeme lüzumu halinde gerekli evrakın ve belgelerin verilmesini davanın taraflarından ve hatta ilgili diğer yerlerden isteyebilir. İlgili diğer yerlerden kastedilen ise davada taraf olmamakla beraber davayla ilgili bilgi ve belgelere sahip olan şahıs veya makamlardır. Danıştay, ilgili diğer yerlerden alınan bilginin hükme esas teşkil etmesi için bilgisine başvurulanın o konuda görevli ve yetkili kılınması veya bilgi istenen konunun olağan faaliyetleri kapsamına girmesi, verilen bilgi ve yanıtın sorumluluğunun bulunması gerektiği gibi verilen bilginin dayanaklarının gösterilmesi gerektiğine işaret etmiş ve Ticaret ve Sanayi Odası, yolcu taşımacılığında kullanılan motorlu taşıtların ticaretini yapmadığı; üyelerinin bu tür işler ile doğrudan bir ilgisi bulunmadığı gibi vergi mahkemesine gönderilen yazıda belirtilen piyasa kıymetinin ne şekilde saptandığı da belirsiz kaldığından Ticaret ve Sanayi

⁴⁵ YORGANCIOĞLU: s.244.

⁴⁶ DİDDK: 24.12.1993, E:93/654 K: 93/279, **DBB**.

⁴⁷ SENLEN: s.1, (İspat Ve Delil).

⁴⁸ ASLAN Zehreddin: “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, İÜSBFD, No:23-24, (Re’sen Araştırma İlkesi).

⁴⁹ SENLEN, s.14, (İspat Ve Delil).

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

Odasından alınan bilginin davanın çözümlenmesinde esas alınamayacağını belirtmiştir⁵⁰.

Uygulamada re'sen inceleme yöntemleri olarak bazı bilgi ve belgelerin taraflardan veya ilgili diğer yerlerden istenmesi ve uyuşmazlığa ilişkin, işlem ve sicil dosyaları ile diğer mahkemelerce verilen kararların getirilmesi önemli bir yer tutmaktadır. Öte yandan keşif ve bilirkişi incelemesi⁵¹ yaptırılması da en çok başvurulmuş re'sen inceleme yöntemlerinden birisidir⁵².

İYUK madde 20/1 de dayanağını bulan re'sen tahkik yetkisinin sadece Danıştay, idare ve vergi mahkemelerine verildiği ve bölge idare mahkemelerinin bu yetkiye sahip olmadığı gibi bir izlenim doğmaktadır. Ancak bölge idare mahkemeleri tek hakim tarafından verilen kararlar ile Kanun'da belirtilen ve heyet halinde verilen kararları itirazın incelenirken, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görmezse, gerekli araştırmayı kendisi yapmak suretiyle nihai kararını vermektedir. Bu nedenle, bölge idare mahkemeleri de incelemelerinde re'sen tahkik yetkisine sahiptirler⁵³. İYUK madde 45 hükmü uyarınca, bölge idare mahkemesi evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya itiraz sadece hukuki noktalara ilişkin ise veya itiraz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verecek, aksi halde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verecektir. Bölge idare mahkemelerinin dava için yapacağı bu inceleme ve tahkikat sırasında pek tabidir ki kendiliğinden araştırma yetkisini kullanabilir.

Danıştay bu yetkiyi sadece ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda kullanabilir. Zira Danıştay, temyiz mahkemesi olarak baktığı davada ilk derece yargı yerince yapılan incelemeyi yeterli bulmazsa, kararı bozar, inceleme yapıldıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, dosyayı ilk derece yargı yerine gönderir⁵⁴. İYUK madde 49 hükmü uyarınca Danıştay'ın temyiz

⁵⁰ D3D: 20.02.2003, E:00/2255, K:03/903, **DBB**.

⁵¹ "...vergi mahkemesince davacının defter ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin verdiği re'sen araştırma yetkisi kullanılmadan ve bu konuda herhangi bir inceleme yaptırılmadan salt gider belgelerinin içeriği itibarıyla sahte ve yanıltıcı olduğundan bahisle karar verilmesinde yasal isabet görülmemiştir." D3D: 21.101.1997, E:96/3153, K:97/3537; ayrıca bkz. D3D: 25.05.2005, E: 04/354, K:05/1301, D9D: 22.01.1997, E: 95/3871, K:97/239, **DBB**.

⁵² **ASLAN**: s.5, (Yürütmenin Durdurulması).

⁵³ **KARAVELİOĞLU** Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. baskı, Ankara 2006, s.1208.

⁵⁴ **GÖZÜBÜYÜK Şeref –DİNÇER** Güven: İdari Yargılama Usulü, 2. Baskı, Ankara 2001, s.633.

yeri olarak yapacağı inceleme, görev ve yetki, hukuka aykırılık ve usul hükümlerine uyulup uyulmadığı noktasında olacaktır. Nitekim Danıştay Beşinci Dairesi “...idarenin temyiz aşamasında öne sürdüğü yeni sebeplerin incelenmesi, temyizin amacını ve sınırlarını aşması nedeniyle mümkün değildir.” gerekçesiyle bu hususu vurgulamıştır⁵⁵. Ancak, İYUK madde 49 uyarınca Danıştay’ın temyiz incelemesi yaparken re’sen inceleme yetkisini kullanamayacağını söylemek çok da uygun görünmemektedir. Zira İYUK madde 49’da sınırlandırılan temyiz incelemesinin hangi alanlarda yapılacağıdır. Danıştay, görev ve yetki, hukuka aykırılık ve usul hükümlerine uyulup uyulmadığı sınırları içinde kalmak şartıyla dilediği incelemeyi kendiliğinden yaptırabilmelidir. Bunun yanında temyiz aşamasında, İYUK 54. maddede düzenlenen karar düzeltmedeki gibi “Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları ile bölge idare mahkemeleri, kararın düzeltilmesi isteminde ileri sürülen sebeplerle bağılırlar.” şeklinde bir sınırlamanın da olmayışı bu görüşü destekler niteliktedir.

Gerek Danıştay’ın gerekse bölge idare mahkemelerinin karar düzeltme aşamasında baktıkları davalarda kendiliğinden araştırma yapmaları söz konusu olmayacaktır. Zira, İYUK’nun 54. maddesinde, yukarıda da ifade edildiği gibi, karar düzeltmeyi inceleyecek olan mahkemenin kararın düzeltilmesi isteminde ileri sürülen sebeplerle bağılı olduğu ifade edilmiştir.

İYUK 20. maddenin 2. fıkrasında “Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.” denilmektedir. Danıştay eski tarihli bir kararında, iki ara kararına rağmen vergi dairesince durumun açıklığa kavuşturulmamasını ve yapılan işlemin belgelerinin gönderilmemesini davacının iddialarının doğruluğu olarak kabul etmiştir⁵⁶. Ara kararın yerine getirilmemesi bazen işlemin iptaline; bazen davanın reddine ve bazen de karar verebilmek için başkaca inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte olabilir. Doğacak sonucu, ihtilafın niteliği ve özelliği ile çözümünde gereksinim duyulan husus ve şartlar belirler⁵⁷. Bundan çıkarılması gereken sonuç ise, idarenin vermediği bir belge ya da bilginin sonucunda işlemin iptal edileceğine dair kesin bir yargının olmamasıdır. Burada mahkemenin yapması gereken taraflardan birinin ya da ilgililerin herhangi bir neden-

⁵⁵ D5D: 08.12.1987, E: 85/815, K: 87/1723, **DBB**.

⁵⁶ D9D: 16.10.1973, E:72/436, K:73/1977, **GÖZÜBÜYÜK**: s.343, (Yönetmelik Yargı).

⁵⁷ **KARAVELİOĞLU**: s.1221.

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

le davaya ilişkin bilgi ve belgeleri verememesi halinde mahkemenin hemen davayı bu nedenle sona erdirmemesi fakat başkaca inceleme yapma imkanına sahipse bu incelemeleri yaparak hukuka uygun bir karara varmak olmalıdır.

Mahkemenin sahip olduğu re'sen tahkik yetkisi uyarınca yapabileceği inceleme sadece davanın taraflarıyla sınırlı değildir. Davayı çözümlenmekle görevli mahkeme gerekli gördüğü ilgili diğer yerlerden de her türlü bilgi ve belgenin getirilmesini isteyebilir. Ancak davanın tarafı dışındaki kişilerden istenen bu bilgi ve belgelerin gönderilmemesi halinde bu durumda uygulanabilecek herhangi bir müeyyide olmadığı ifade edilmektedir⁵⁸. Ancak, İYUK madde 28/4 hükmü uyarınca bu kararı kasten uygulamayan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılacağı gibi idari yargıda da idareye karşı bir tam yargı davası açılacağı unutulmamalıdır.

Uygulamada mahkemeler istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi halinde “*davanın reddine*” ya da “*işlemin iptaline*” şeklinde değil de “*dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verileceği*” şeklinde genel ifadeler kullanmaktadırlar. Bunun nedeni ise, hem yargı yerinin kendisini önceden vereceği kararlarla bağlamamak istemesinde hem de mahkemenin oyunun önceden belli etmekten kaçınmasıdır⁵⁹.

Mahkemelerin sahip olduğu re'sen tahkik ilkesinin içeriğini belirleyecek olan her davanın özelliğidir. Şöyle ki, mahkeme re'sen başvuracağı yöntemleri her davanın özelliklerine göre ayrı ayrı belirleyecek, kimi davalar için belgelerin getirilmesini isteyebilecekken kimileri için keşif veya bilirkişi incelemesine karar verecektir. Gerek hangi bilgi ve belgenin isteneceği gerekse bilirkişi ve keşfe karar verilmesinde tarafların bu konuda talepleri olabilmekle birlikte kesin kararı verme yetkisi davayı görecektir olan mahkeme veya hakime aittir.

Her ne kadar idari yargıda maddi gerçeği ortaya çıkarmak için re'sen tahkik ilkesi kabul edilmiş ve gerekli incelemenin ne olduğuna karar vermek ve bu incelemeyi yapmak için hakime geniş bir takdir yetkisi verilmişse de bu kuralın, bütün gerekli araştırmanın mahkeme tarafından yapılması gerekir şeklinde geniş yorumlanmaması gerekir. Danıştay Vergi Dava Daireleri

⁵⁸ İYUK madde 20/2’de “*taraflardan biri ara kararın icaplarını yerine getirmediği takdirde bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.*” ibaresi yer almaktadır. Bu hükümde sadece taraflardan bahsedilmektedir.

⁵⁹ KARAVELİOĞLU: s.1220.

Kurulu 1988 yılında verdiği bir kararda “2577 sayılı Kanunun göndermede bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 415.maddesinde “re’sen icrası emrolunan muamelelerin istilzam ettiği masrafı iki taraftan birinin veya her ikisinin tediye etmesine karar verilir ve bunun için takdir olunacak meblağ mahkeme kalemine tevdi olunur. Tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tediye olunmaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet hazinesinden tediye olunmasına karar verilebilir” hükmü yer almış olup, madde hükmü ile mahkemenin bilirkişi incelemesine kendiliğinden (re’sen) karar vermiş olması halinde taraflardan hiçbirinin giderleri ödememesi durumunda bu giderlerin Devlet hazinesinden ödenmesine karar verilebileceği açıklanmıştır. Söz konusu madde hükmü hakim in gerçeğe ulaşabilmesi için kendiliğinden inceleme yapılması gereken tüm işlemleri kapsamakta olup, sadece yasaların yapılmasını emrettiği işlemlere ilişkin değildir. taşınmazların gerçek rayiç bedelinin tesbiti için mahkeme tarafından re’sen bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiş olması karşısında yukarıda anılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 415. maddesindeki hüküm uyarınca keşif için gerekli ödeneğin Adalet Bakanlığında istenilerek gerekli bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yükümlünün keşif gideri için istenilen avansı mahkeme veznesine yatırmadığı...” gerekçesiyle keşif kararından vazgeçilerek yükümlünün iddialarının dayanağını ispatlayamamış sayılması ve tarhiyatın onanması yolunda verilen kararda ısrar edilmesinde hukuki isabet görmemiştir. Ancak bu kararın karşı oyunda haklı olarak “Herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu ilkesi, dava giderlerinin taraflara aidiyeti ve ödeme güçlüğü içindekiler için konulmuş mali yardım müessesesi gibi hususlar gözönüne alındığında, H.U.M.Kanununun 415.maddesi fıkrasında yer alan “Tayin olunan müddet içinde işbu muameleye ait masraf tediye olunamaz ise ileride icap edenlerden istifa olunmak şartıyla Devlet Hazinesinden tediye olunmasına karar verilebilir.” yolundaki hükmün, bir istisna hükmü olduğunu kabul zorunludur. İdari yargıda “re’sen araştırma ilkesini” maddede yer alan “re’sen icrası emrolunan muamele” ile kavram ayniyeti ifade ettiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir. H.U.M.Kanununun 415. madde 2. fıkrası “masraf tediye olunamaz ise;” ifadesiyle tarafların mali gücüne yönelik bir şart öngörülmekte “Karar verilebilir” ifadesiyle de mahkemeye bir takdir yetkisi tanımaktadır. Temyiz merciinin, maddedeki şartın gerçekleştiğini açıkca göstermeden, davanın bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın sonuçlandırılmasından, yalnız davacının menfaatinin değil, kamu düzeni ve yararında zedeleneceğini saptamadan, mahkemeye tanınmış bu takdir yetkisinin kullanılmayışını bir bozma sebebi

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

olarak ele alması, temyiz incelemelerinin yasayla belirlenmiş sınırlarını zorlamak olur. Hele bu zorlama, Sayın...ın ayrışık oyunda belirttiği gibi, masrafların tediyesi konusunda, davanın diğer tarafına başvurulmadan gerçekleştirilirse, 415.maddenin lafzına ve hukuka aykırı düşer. Nihayet davacı, gerek ilk dava, gerekse temyiz ve ısrar safhalarında, masrafları ödeyemeyecek durumda olduğunu iddia ve isbat etmediği gibi, ödemeye hazır olduğunu da belirtmeyerek, hüsniyetli bir davranış için de olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Çoğunluk kararıyla, bu davranışında himaye gördüğü “Kanun hakkın suistimalini himaye etmez” ilkesinde böylece zedelendiği görülmektedir.” gerekçesiyle Mahkeme kararının hukuka uygun olmadığı ifade edilmiştir⁶⁰.

Karşı oy gerekçesinde de ifade edildiği üzere bilirkişi incelemesi gibi masraf yapılmasını gerektiren hususlarda mahkeme öncelikle bu giderlerin taraflarca yatırılmasını istemeli ancak davacı tarafından bu güce sahip olmaması halinde masrafı sonradan haksız çıkan taraftan alınmak üzere devlet hazinesinden alınmasına karar verilmelidir. Aksi halin kabulü, yani mahkemenin tarafların bilirkişi ücretini yatırmamaları durumunda doğrudan kendisinin yaptırması uygulamada bu türlü ödeneklerin her zaman bulunamaması nedeniyle zaten yavaş işleyen yargı sisteminin daha da yavaş işlemesine neden olacaktır. Nitekim İYUK madde 31’de HUMK’na yapılan atıflar arasında adli yardım da yer almaktadır. HUMK 465 ila 472 maddesinde düzenlenen adli yardıma göre, yargılama için ödeyeceği lazım gelen masrafların ödenmesi halinde kendisinin veya ailesinin geçimi güçleşecek olan kişiler adli yardımdan yararlanabilirler. 466. Maddede ise, adli yardımın neleri kapsayacağı belirtilmiş ve bunların içinde bilirkişi ve şahit ücretlerinin avans olarak devletçe karşılanacağı ifade edilmiştir⁶¹.

⁶⁰ DVDDK: 05.02.1988, E:87/29, K:88/5, **DBB**.

⁶¹ Danıştay’ın adli yardıma ilişkin kararları için bkz. “Adli Yardım, harç ve posta pulunu da kapsayacak şekilde tüm yargılama giderlerinden davada taraf olanların muaf kılınmasını amaçlayan bir müessesedir.” D6D: 16.04.1987, E:87/331, K:87/377, **DBB**.

“Görevsiz mahkeme tarafından verilen adli yardım talebinin kabulüne ilişkin kararın görevli mahkemeyi bağlamayacağı, adli yardım koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin görevli idare mahkemesince yeniden değerlendirileceği tartışmasıdır. Öte yandan, davanın avukat aracılığıyla takip edilmesi, tek başına adli yardım talebinin reddedilmesi için yeterli olmayıp diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gereken bir husustur. Nitekim, dosyada bulunan avukatlık ücreti-sözleşmesinde, davacıların peşin ücret ödemedikleri ve ücretin dava sonucunda hükmedilecek tazminattan alınacağını belirtildiği görülmektedir.” D10D: 07.11.2000, E:98/1484, K:00/5524, **DBB**.

“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda kanun yollarına başvurulması hallerinde adli yardım istenebileceğine yada daha önce mahkemece verilen adli yardım isteminin kabulüne dair kararın kanun yollarına başvurulması durumunda da geçerliliğini koruyacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir ... harç pulunun tamamlanması hususunun davacı vekiline

Re'sen tahkik yetkisi hakime çok geniş yetkiler tanımakla birlikte sınırsız bir yetki de değildir. İlk olarak, mahkeme idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte bir yetkiye sahip değildir.

Mahkeme sahip olduğu bu yetkiyi hukukun genel ilkelerine uygun ve hukuk mantığı çerçevesinde kullanmalıdır⁶². Örneğin duruşma yapmadan, hariçen ilgilinin bilgisine başvurarak karar veremeyecektir⁶³. İdari yargıda re'sen tahkik ilkesi kabul edilmiş olsa da ilk derece mahkemesince re'sen araştırma ve inceleme yapılırken kanunun düzenlemediği yöntemlerle inceleme yapılamayacağından Danıştay, duruşmaya ilişkin İYUK'da gösterilen esaslar dışında mükellefin bilgisine başvurulmasını isabetli görmemiştir⁶⁴.

Tarafların inceleme imkanı olmayan bir belgeye dayanılarak hüküm kurulamaz. Yargı yeri elde ettiği bilgileri taraflara bildirmek zorundadır⁶⁵. İYUK 20. maddenin 3. fıkrasına göre; istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerek-

26.3.2002 tarihinde tebliğ edildiği, davacı vekilince idare mahkemesi kayıtlarına 4.4.2002 tarihinde giren dilekçede adli yardım talebinin daha önce kabul edildiği bu nedenle harç tamamlama talebinin usulsüz olduğunun beyan edildiği, verilen 15 günlük sürede eksik olan harcın yatırılmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle temyiz isteminden vazgeçilmiş sayılmasına..." D10D: 18.04.2002, E:02/1023, K:02/1155, **BAL\KARABULUT\ŞAHİN:** s.789.

⁶² ÇAĞLAYAN: s.57.

⁶³ "her ne kadar, idari yargıda resen araştırma ve inceleme ilkesi geçerli ise de bu olgu mahkemece araştırmaların keyfi ve şekilde yürütülebileceği anlamına gelmez. Nitekim 2577 sayılı Kanununun 1.maddesinin 1.fıkrasında Danıştay Bölge İdare Mahkemeleri, İdare ahkemeleri, Vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinde yapılacağı belirtilmiştir. Aynı Kanununun 31. maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan atıfta, madde hükmünde sayılan hallerle sınırlanmış olup Vergi Mahkemesince re'sen araştırma ve inceleme yapılırken yukarıda açıklandığı şekilde kanunda gösterilen bir araştırma yapmaksızın mükellefe tuz satan kişinin sözlü olarak ifadesine başvurmasında isabet görülmemiştir." D3D: 12.12.1990, E:89/1724, K:90/3422, **DBB.**

"2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20 nci maddesiyle idari yargı yerlerine geniş bir resen araştırma yetkisi tanınmış olup, bu hüküm uyarınca mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.Ancak bu yetkinin varlığı, inceleme aşamasında idarenin yasaca inceleme yapmaya yetkili kılınan elemanları tarafından yapılması gerekirken yapılmamış bulunan tespitleri, dava aşamasında mahkemenin davalı idareye yaptırması sonucunu doğurmaz. Gerçeğin saptanmasını güçleştirecek noksan incelemeye dayalı bir tarhiyat dava konusu olduğunda, mahkemenin dava aşamasındaki söz konusu noksanlığı bu şekilde gidermeye çalışması yargı denetimini aşan bir uygulamadır." DVDD: 20.04.2001, E: 00/347, K: 01/198, **DBB.**

⁶⁴ D3D: 25.10.1989, E:89/452, K:89/2340, **GÖZÜBÜYÜK:** s.344, (Yönetsel Yargı).

⁶⁵ **YORGANCIOĞLU:** s.247.

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

çesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Ancak verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez⁶⁶. Bu istisnai yetkinin yalnızca Başbakan veya ilgili bakan tarafından bizzat kullanılması gerekir yoksa onlar adına başka bir yetkili tarafından kullanılması mümkün değildir⁶⁷.

İdare tarafından yapılan savunma, devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile yabancı devletlere de ilişkin bilgi ve belgelere dayanıyorsa ve idare bu belgeleri gerekçesini göstererek göndermiyorsa, idare tarafından yapılan savunmaya itibar edilmeyecek ve idare davayı kaybedebilecektir⁶⁸. Burada dikkat çekici bir husus vardır; maddede “*devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise*” ifadesiyle neyin kastedildiği anlaşılammaktadır, ifade muğlaktır. İfadenin içeriğinin doldurulmasına da idare karar vermektedir. İdarenin bu taleple mahkemeye başvurması ve mahkemenin gizlilik kararı vermesi gereklidir. Zira idare peşinen bu tür bilgi ve belgelerin gönderilmeyeceğini vurgulayarak hakime olan güvensizliğini de belirtmektedir. Danıştay, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20.maddesinin 4. fıkrasında⁶⁹ yer alan “*Getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf veya vekillerine incelettirilmmez.*” hükmünün anlam ve kapsamına da değinmek gerektiğini ifade etmiş ve “... *gizli kelimesiyle idarede de gizli olan ve yetkili memurların dışında hiç kimseye gösterilmemesi gereken belge ve dosyaların kastedildiğinde kuşkuya yer yoktur. Dolayısıyla idarenin gönderirken üzerine “gizlidir” kaydını koyması veya ek bir yazıyla gizli olduğunu belirtmesinin kendiliğinden o belge veya*

⁶⁶ “...Böyle bir durumda mahkemenin verilmeyen bilgi ve belgelere dayalı olarak yapılmış savunma hariç dosyada yer alan diğer bilgi ve belgeleri esas alarak ulaşacağı kanaate göre karar vermesi gerekmektedir.” D5D: 25.09.1996, E: 96/1345, K: 96/2819, **DBB**.

⁶⁷ **KARAVELİOĞLU**: s.1230.

⁶⁸ **ŞENLEN**: s.20 vd.

⁶⁹ Bu fıkra, “*Madde ile 2577 sayılı Kanunun 20. maddesinin 3. fıkrasının sonuna eklenen cümle ile bu fıkrada sayılan haller nedeniyle mahkemeye verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemeyeceği öngörülerek, adalete gölge düşürmesinin önüne geçilmesi ve yargılama hukukunun delil sistemi korunmak istenmiştir. Yargılama usulü hukukunda amaç, davaya dayanak yapılan tüm belge ve delillerin tarafların bilgisine sunulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkması ve bu suretle hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Taraf ve vekillerine incelettirilmeyen belge ve dosyaya dayanılarak karar verilmesi, davacılar gerçek anlamda iddiasını kanıtlama hakkı tanınmadığını gösterdiği gibi adalete de gölge düşürmektedir. Kaldı ki, uygulamada gizlilik taşımayan belge ve dosyalara gizlilik damgası vurularak bunların ilgililere incelettirilmesi engellenmektedir. Bu nedenle de, Kanunun 20. maddesinin 4. fıkrası da yürürlükten kaldırılmaktadır.*” gerekçesiyle 10.06.1994 tarih ve 4001/10 sayılı Kanun’la yürürlükten kaldırılmıştır.

dosyaya gizlilik niteliğini kazandırmayacağı açık olduğundan Mahkemenin bu çerçevede gerekli incelemeyi re'sen yaparak belge ve dosyanın "gizli" olup olmadığını bizzat saptaması ve sonucuna göre usuli işlemleri yapması çağdaş hukuk devleti olmanın bir gereğidir." gerekçesiyle belgenin gizli olup olmadığına karar verme yetkisinin kendisinde olduğunu ifade etmiştir⁷⁰.

İstenecek bilgi ve belgenin veya re'sen tahkik ilkesi uyarınca davanın çözümünde hangi tür delillerin tespit edilmesi gerektiğine ilişkin yetkinin münhasıran davayı görmekte olan mahkemeye ait olması, davanın çözümlenmesinde gerekli bilgilerin getirilmesinin hakimden istenmesi ve bunun kabul edilmemesi durumunda adil yargılanma hakkını zedeleyeceği ifade edilmiştir⁷¹. Bu itiraz yerinde olmakla birlikte kabulü, davacı veya davalı tarafından konuyla ilgili olmayan ve temini zor olan bilgi ve belgelerin istenmesi ve bu suretle yargılamanın geç sonuçlanması tehlikesini de doğurabilecek niteliktedir.

Yargı yerlerinin sahip olduğu re'sen araştırma yetkisinin bir diğer sınırı ise bu yetkinin kullanılıp idarenin işlemlerinin yerindeliliğinin denetlenememesidir. Zira idarenin yargısal denetimi işlemlerinin hukuka uygunluğu ile sınırlıdır (Anayasa 125, İYUK 2/2).

III- SONUÇ

İptal davalarının objektif özelliği nedeniyle iptal davalarında amaç hukuka aykırılığın tespiti ve giderilmesidir. Bahsedilen kamu yararını gerçekleştirmek için de hakim en önemli silahlarından biri incelediğimiz re'sen tahkik ilkesidir. Mahkemeler maddi gerçeğe ulaşmak için sadece önüne getirilen delillere göre hüküm kurmamakta, kendisi de davanın çözümünde yararlı ve gerekli olduğunu düşündüğü her çeşit inceleme ve araştırmayı kendiliğinden yapmaktadır.

Hukuk devleti olabilmenin en önemli yolu idarenin yargısal denetime tabi olmasıdır. Bu yargısal denetimin sağlanmasında en etkili dava türü ise şüphesiz ki iptal davasıdır. Diğer yandan iptal davaları ilgililer tarafından idareye ve onun tesis ettiği işlemlere karşı açılır. İdarenin tesis ettiği işlemler ise çoğu zaman kendi bünyesinde şekillenir ve son olarak ilgisine uygulanır. Yani ilgilinin bu işlem hakkında önceden bilgi sahibi olması mümkün olmadığı gibi sadece işleme maruz kalmakta ve ne hazırlık işlemlerinden ne gerekçesinden

⁷⁰ D5D: 06.06.1991, E:90/4297, K:91/1099, **DBB**.

⁷¹ **ERGÜN**: s.74.

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

hiçbir unsurundan haberdar olamamaktadır. Bunun yanında idare ile kişilerin eşit olduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira idare kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında idari yargıda idareyle bireyi aynı statüye koymak ve ilgilinin elinde hiçbir imkan yokken ispat yükünü eşit dağıtmak adaletin yerine getirilmesine engel olacaktır. Bu nedenle İYUK da isabetli olarak re'sen tahkik ilkesi kabul edilerek hakime geniş yetkiler tanınmış ve uyuşmazlık konusunu tarafların getirdikleri ya da ileri sürdükleri belge ve bilgilerden bağımsız olarak inceleme yetkisi verilmiştir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ** Bahtiyar-**SEZGİNER** Murat-**KAYA** Cemil: İdari Yargı Mevzuatı, Savram Yayınları, Konya 2007.
- ASLAN** Zehreddin: “*Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi*”, İÜSBFD, No:23-24, (Re’sen Araştırma İlkesi).
- ASLAN** Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, s.11, (Yürütmenin Durdurulması).
- ATAY** Ender Ethem**ODABAŞI** Hasan**GÖKCAN** Hasan Tahsin: İdarenin sorumluluğu Ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları Ankara 2003.
- BAL** Yakup-**ŞAHİN** Yahya-**KARABULUT** Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan: İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2001.
- ERGÜN** Çağdaş Evrim: “*Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi*”, AÜHFD, Y.2006, C.55, S.2.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 25. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref-**TAN** Turgut: İdari Yargılama Hukuku Cilt 2, Turhan Kitabevi Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK** Şeref –**DİNÇER** Güven: İdari Yargılama Usulü, 2. Baskı, Ankara 2001.
- GÜNDAY** Metin: İdari Yargı Ders Notları, Beta Copy, Ankara 2005.
- KARAVELİOĞLU** Celal: İdari Yargılama Usulü Kanunu, 6. baskı, Ankara 2006.
- KURU** Baki-**ARSLAN** Ramazan-**YILMAZ** Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2003.
- ÖZAY** İl Han: Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, Filiz Kitabevi İstanbul 2004.
- SENLEN** Süheyla: “*İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*”, İstanbul 1997, (İspat Ve Delil).

İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi

ŞENLEN Süheyla: “4001 Sayılı Kanun İle İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Değişikliğe Göre İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma Ve Gizlilik İlkeleri”, *Argumentum*, Y.5, S.46, (Gizlilik İlkesi).

ŞENLEN Süheyla: “İdari Yargılama Usulü’nde İsbat Ve Delil”, *Argumentum*, Y. 3, S. 33.

YILMAZ Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 8. Bası, Yetkin Yay, Ankara 2004.

YORGANCIOĞLU Erçetin: “İdare Hukuku ve İdari Yargı İle ilgili İncelemeler”, Ankara 1976, Danıştay Yayınları No:21.

BOŞ

AMERİKAN TOPLUMU VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ*

Philip SELZNİCK**

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL***

ÖZET

Hukukun üstünlüğü kavramı bir ideali, bir kriteri veya sadece gayriresmi iyi hal standardı olarak aranan şeyi işaret etmektedir. Hukukun üstünlüğü hukuki nitelik taşıyan standartlardır. Hukukun egemen olduğu bir sistemde ne kadar güçlü olursa olsun hiçbir makam hukuktan üstün değildir. Dar anlamıyla hukukun üstünlüğü, gücün kötüye kullanılmasına karşı bir teminatır. Eskiden beri söylenir ki, hukukun üstünlüğü güçsüzü güçlüye karşı koruyan, uyuşmazlıkları uzlaştıran, ekonomik işlemleri kolaylaştıran, özel hayat ve girişimciliğin ilerlediği etkili bir ortam oluşturan bir rejimdir. Bu daha keskin ve daha olumlu görüş, gücün kötüye kullanılmasından daha fazla şey söyler. Amerika'da hukukun üstünlüğünün en belirgin koruyucusu, 1787'de özel bir toplantıda oluşturulan Anayasa'dır. Etkili ve sınırlı bir hükümet için oluşturulan bu çerçeve, Amerikan hukuk kültürünün esasıdır.

ANAHTAR KELİMELER

Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti, Amerikan Anayasası, Eşitlik, Özgürlük.

ABSTRACT

The phrase rule of law refers to an ideal, something that is looked to as a criterion or standard of good conduct, especially but not exclusively official conduct. The rule of law is law plus standards. In a system governed by the rule of law no official however mighty, is above the law. Narrowly conceived the rule of law is a set of safeguard against

* Bu makale, "American Society and The Rule of Law" başlığıyla The Syracuse J. Int'l L. & Com. Vol: 33, 2005-2006'da yayınlanmış aslından, yazarının izni alınarak yapılmış aynen çeviridir.

** Kaliforniya Üniversitesi Hukuk Sosyolojisi Fahri Profesörü. Bu makale, 16 Temmuz 2002 tarihinde Çin'in başkenti Pekin'de Pekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerine bir toplantıda sunulmuştur.

***Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
Gsm: 0505 6423947, e-mail: cengizgul2002@yahoo.com

Yrd. Doç. Dr. Cengiz GÜL

the abuse of power. The rule of law, it is said and not only, very recently, is a regime that protects the weak against the strong; provides for peaceful settlement of disputes; facilitates economics transactions and creates an effective framework within which private life and enterprise can go forward. In The United States, the most visible bulwark of the rule of law is the Constitution, which was drafted by a special convention in 1787. This framework for effective and limited government is the centerpiece of American legal culture.

KEY WORDS

The rule of law, Law State, The American Constitution, Equality, freedom.

GİRİŞ

Daha önce Asya'da defalarca bulunmama ve II. Dünya Savaşı sırasında Filipinler'de Amerikan askeri olmama rağmen, Çin'i ilk kez ziyaret ediyorum. Bu muhteşem ülkeyi, insanların, özellikle de öğrencilerini görmekten çok memnun ve heyecanlıyım. Ülkemde Çin sanatına hayran olduğum müzeleri gezdim ve özellikle de Çin bahçelerine ilgi duymaktayım. New York'ta oldukça yeni ve etkileyici bir Çin "bilim bahçesi" var ve Kanada'nın Vancouver şehrinde "Dr. Sun Yat Sen klasik Çin bahçesi" bulunmakta. Bu yüzden eşim ve ben modern Çin ve kültürel hazinesini görmeyi umuyoruz.

Elbette Beida'da Çin hakkında konuşmak için bulunmuyorum. Amacım; hukukun üstünlüğünün anlamını kavrama sürecinde, kendi ülkemin deneyimlerini paylaşmak ve bu konudaki sözünü tutmak. Yargı sistemi ve ayrıca Amerikan hukuk tarihi ile ilgili bazı konuları ele almak zorunda kalacağım. Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi kavramlarını birleştirdiğim için özür dilemiyorum, çünkü bu birleşim Berkeley Kaliforniya Üniversitesi Boalt Hukuk Fakültesi'ndeki Hukuk Felsefesi ve Sosyal Politika Programı'nda başarmaya çalıştığımız şeyleri aynen yansıtıyor. Sosyal Politika Programı büyüyor ancak bana göre hala sevimli ve biz bundan gurur duyuyoruz.

Benden resmi olmayan bir konferans vermem istendi, bu yüzden konuyu rahat bir şekilde ele almaya çalışacağım. Size -tıpkı bir resim yapar gibi- konuyu geniş hatlarıyla takip etmenizi öneriyorum zira ben tıpkı bir ressam gibi dağları ve vadileri çizerek konunun ana hatlarından bahsedip ince detaylara başka bir zaman değineceğim.

Konuşmama hukukun üstünlüğünün anlamı ile ilgili yorumlarla başlayacağım. Daha sonra vatansever bir şarkıda "özgür olanın ve cesur olanın ülkesi"¹ olarak adlandırılan ülkemizde, günümüzde yaşanan sorunları da dâhil ederek Amerikan tarihinin önemli derslerinden bahsederek devam edeceğim.

1. Hukukun Üstünlüğü Hakkında İki Görüş

İlk olarak söylememiz gereken şudur ki, hukukun üstünlüğü kavramı bir ideali, bir kriteri veya sadece resmi yönden olmayan iyi hal standardı olarak aradığımız şeyi işaret etmektedir. "Hukukun üstünlüğüne göre, bir yasal sisteminin kural ve prosedürleri, kaynağını doğruluk ve adaletten alan test ve stan-

¹ John Adams, Novanglus Papers, No. 7, in 4 THE WORKS OF JOHN ADAMS 106. (Charles Francis Adams ed., 1851).

dartları karşılamak zorundadır. Bu yüzden söylemeliyiz ki, hukukun üstünlüğü, hukuki nitelik taşıyan standartlardır. Bu standartlar bize hangi resmi işlemlerin gerçekten yasal olduğunu ve hangilerinin kanuna aykırı, gerekçesiz veya gücün kötüye kullanılması yönünden eleştirilebileceğini gösterir. Hukukun ege-men olduğu bir sistemde ne kadar güçlü olursa olsun hiçbir makam hukuktan üstün değildir. Her makam mali yönden sorumludur; her kural, her karar bir otorite tarafından ispatlanmalıdır. Gerekçe isteyen her şey eleştiriyi de beraberinde getirir. Hukukun üstünlüğünde avukatlar yardımıyla kişi veya grupların ‘hangi otoriteyi temsil ediyorsun? Otoritenin sınırı ne kadar geniş veya limiti nedir?’ türünden sorular sormalarını doğal karşılıyoruz. Sonuç: resmi muhakemenin, makamların kendi kararlarıyla bir şeyler yapmasının kısıtlandığı bir sistemdir. Örneğin, polisin ateşli silah kullanmamasına ilişkin sıkı kurallarımız vardır veya hükümet temsilcileri bazı kuralları uygulamaya çıkarmadan önce oturum düzenlemek zorundadır. Yargının sınırlandırılması, potansiyel açıdan keyfi, bencil kararların alınmasından kaçınmanın bir yoludur. Bu ülkü hiçbir zaman tümüyle başarılamamıştır. Hiçbir zaman sadece veya tamamen “insan değil hukuk devleti” şeklinde bir sisteme sahip olamayız.² Bu kural insanoğ-lunun tutku ve ilgilerinin, seçenek ve stratejilerinin yasal işlemde bertaraf edilmesi gibi bir anlama gelmemektedir. Daha doğrusu hâkimler, kanun ko-yucular, polisler, savcılar, yönetim makamları tarafından alınan kararlar res-mi standartlara göre düzenlenmelidir. Standartları düzenlemek için kural ve kararların nasıl çıkarıldığına ilişkin detaylı bir çalışma yapmamız gerekir. Bu çalışma kısmen karmaşıktır, çünkü farklı tür kural ve kararlar için farklı stan-dartlar gerekir. Uygunsuz park cezası gibi ufak tefek sorunlar için endişelen-miyoruz. Daha büyük sorunlarımız var ve bu yüzden haksızlığa karşı daha çok önleme ihtiyacımız var. Örneğin, bir kişi ağır bir şekilde cezalandırıldığında hapisaneyeye gönderilir veya hatta öldürülebilir. Dahası, resmi muhakeme yok edilecek kadar da fena değildir. Çoğu kez savunulabilir ve hatta gereklidir. Devlet işlerinin yürümesini zorlaştırdığı için kurallarla ilgili çok fazla kural veya çok sıkı standartlar olsun istemeyiz.

Hukukun üstünlüğü, değerlendirmenin ortadan kaldırılması anlamına gel-mez. Hükümeti gereksiz kılan anarşist bir strateji değildir. Bunun yerine bili-nen şeyler hakkında olduğu sürece gerekli ve uygun kısıtlamaları yapar. Örneğin, polis uygun olduğunu düşündüğü şekilde hareket ederse neler yapabilir. Polisin kontrolünde kullanılan standartlar hâkim, jüri ve yönetici gibi diğer makamların yargılanmasında kullanılan standartlardan farklıdır. Bu yüzden

² U.S. CONST. art. VI cl. 2.

Amerikan Toplumu ve Hukukun Üstünlüğü

yaptıkları işleri, kaynaklarının ve çalışma şartlarını da dahil ederek farklı makamlar hakkında detaylı bir çalışma yapmamız gerekir. Bütün bunlar hukuk sosyoloji çalışmasını gerekli kılar.

Hukuk sosyolojisine meydan okuyan diğer bir karmaşa ise hukukun üstünlüğünün tek bir modele dayanmamasıdır. Hukukun egemen olduğu toplumlarda, belirli uygulama, kural ve kurumlar ülküyü geliştirir mi yoksa zayıflar mı konusuna ilişkin bir tartışma vardır. Bazı hâkimler seçilir, diğerleri ise seçilmiş makamlar tarafından atanır. Hangi yöntem en iyisidir? Amerikalılar jüriye büyük güven duyarlar, ancak Britanya ve Avrupa kıtasında jüriye daha az güven vardır. Doğrusu, teamül hukuku ile medeni hukuk arasındaki farklılıklara rağmen yasal sistemler önemlidir ve hangisinin daha iyi olduğuna dair keskin bir tartışma söz konusu değildir. Çoğunlukla bu sistemler aşağı yukarı eşit seçenekler olarak görülür ve her ikisinin de farklı yönlerden başarılı ve eksik yönlerinin olduğu kabul edilir. Tarihin bazı iddialarını da göz ardı edemeyiz. Özellikle de sık sık salt çoğunluğun önemli kararlar aldığı düşünürsek, demokratik hükümetin bir parçası olan Amerika Temyiz Mahkemesi'ne karşı eleştiriler olabilir. Ancak, Amerikalılar Temyiz Mahkemesi kurumundan memnundurlar ve bu yüzden onu değiştirmeye eğilimli değildirler veya hakkındaki eleştirileri fazla önemsemezler. Hukukun üstünlüğü standartlarını neler karşılayabilir konusundaki bu değişim ortaya pek çok soru çıkarır. Zaruri olan nedir? Hukukun vaatlerini iyileştirmede hangi farklı ama makul yöntemler kabul edilebilir?

Bu soruları cevaplamak için genel ilkeleri özel ilke ve uygulamalardan ayırmamız gerekir. Adalet, uygun delil ve iddiaları kullanarak tarafsız, bağımsız ve amacına göre yargılanma fırsatını gerektirir. Yalnız, bunun nasıl uygulandığı farklı kültür ve tarihlere göre değişiklik gösterebilir.

Hukukun üstünlüğünün anlamı ile ilgili önemli bir açıklama daha yapacağım. Bunu göz ardı edemem çünkü gerçekten çok önemli. Negatif, düşük riskli hukuk yaklaşımı ile daha olumlu, çaba gerektiren ve daha riskli bir hukuk anlayışı arasındaki fark aklımdadır. Dar anlamıyla hukukun üstünlüğü, gücün kötüye kullanılmasına karşı bir teminattır. Makamlar, mahkemelerin hiyerarşisi gibi kurumsal düzenlemeleri ve kanıtları da içeren anayasal kısıtlamalar ve muhakeme usulü kuralları tarafından gözlenmek durumundadırlar. Bu dar veya olumsuz kavram oldukça ilgi çekicidir. Makamların yapabileceği en ciddi yanlışlara dikkat eder ve mahkemenin bağımsızlığı gibi yaygınca tanınan ilkeler ve tarihi başarılar tarafından desteklenir. Bununla beraber, tama-

men memnun edici bir bakış açısı değildir. Hukuk üstünlüğü ile ilgili günümüz tartışmalarında, resmi makamların görevlerini kötüye kullanmasının kısıtlanmasının olumsuz etkilerini de aşan şeyler görürüz. Eskiden beri söylenir ki, hukukun üstünlüğü güçsüzü güçlüye karşı koruyan, uyuşmazlıkları uzlaştıran, ekonomik işlemleri kolaylaştıran, özel hayat ve girişimciliğin ilerlediği etkili bir ortam oluşturan bir rejimdir. Bu daha keskin ve daha olumlu görüş, gücün kötüye kullanılmasından daha fazla şey söyler. Yasal bir süreçte sadece korunmayan, aynı zamanda fark edilen değerlere de seslenir. Bu değerler makama saygı ile kişi ve grupların etik olarak eşitliğini kapsar. Farz edelim ki her ne kadar bir parça kısıtlama içerse de hukukun üstünlüğü ufkumuzu genişletir.

2. Amerikan Anayasası ve Hukukun Üstünlüğü

Amerika’da hukukun üstünlüğünün en belirgin koruyucusu, 1787’de özel bir toplantıda oluşturulan Anayasa’dır. Etkili ve sınırlı bir hükümet için oluşturulan bu çerçeve, Amerikan hukuk kültürünün esasıdır. Bütün hükümet memurları Temyiz Mahkemesi’nce açıklanıp yürütülen Anayasaya uymak için ant içerler. Anayasa “memleketin yüce hukuk normlarıdır”³ ve Temyiz Mahkemesi’nin, Anayasa’nın anlamını söylemeye ve söylediklerini uygulamaya yetkisi vardır. “Yargısal denetim” kurumu ile uygun olarak Mahkeme, Kongre, eyalet yasama meclisi veya idari karar tarafından geçirilen bir kanunun anayasaya uygunsuz ve bu yüzden de hükümsüz olduğunu beyan edebilir.

Anayasanın pek çok özel hükümleri vardır. Örneğin, her eyaletin iki senatörü vardır ve Başkanın görev süresi dört yıldır.⁴ Diğer taraftan Anayasa itinalı ve yaratıcı yorumlar gerektiren pek çok genel fikir ve kavramları da içerir. Bu yüzden. Anayasa Kongre’ye eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisini verir, ancak bu manaları doğrudan telaffuz etmez. Cumhuriyetin kuruluşundan sonra kabul edilen ve Anayasadaki ilk on değişiklik olan Haklar Beyannamesi, başlıca “ifade özgürlüğü”, “normal kanun yolu”, ve “işkence veya barbarlık teşkil eden ceza” konularından bahseder.⁵ 1866’daki kanlı İç Savaş sonrası kabul edilen 14. Düzenleme bütün “şahısların” “kanunun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması” hakkına sahip olduğunu bildirir.⁶ Bunlar ve diğer genel kavramlar, değişen yorumlar almıştır ve büyük ölçüde Amerikan anayasal tarihinin esası olmuştur.

³ *Id.* Arts. 1, 3, cl. I and II, 1, cl. 1.

⁴ *Id.* amends. I, V, VIII.

⁵ *Id.* amend. XIV, 1.

⁶ THE DECLARATION OF INDEPENDENCE (Bağımsızlık Bildirisi), para. 2 (U.S. 1776).

Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü

Tarih, Amerika'nın hukukun üstünlüğünü gösterme çabasının zor, bazen kanlı, bazen de 1960'lardaki medeni haklar (kişi hakları) harekâtı veya 19. ve 20. yüzyıllarda sermaye ve işgücü arasındaki büyük çatışma gibi çalkantılı olduğunu göstermiştir. Uğraşların çoğu, bütün insanların faydalanabileceği yasal bir sistemin oluşturulması için harcanan çabayı göstermektedir.

Anayasa oluşturulup kabul edildiğinde, Bağımsızlık Bildirgesi'nde "bütün insanlar eşit yaratılmıştır" şeklinde yazılı olmasına rağmen, kölelik sorunu ile henüz yüzleşilmemişti.⁷ Derisinin rengi siyah pek çok Amerikalı, dayanılmaz ama yasal baskılara maruzdu. Ancak, kölelik tek sorun değildi. 19. yüzyılda, "sözleşme özgürlüğü" adı altındaki ideolojik bir perdenin ardında işverenlerin iş yerinde mutlak güce sahip olmalarına izin verilmiş, bu esnada kadın haklarının eşitliği de göz ardı, hatta ihmal edilmişti.

Yüksek Mahkeme yeni şeyler, yeni durumlar ve özellikle de sosyal adalet için yeni umutları dikkate aldıkça, bu kanunların çoğu özellikle de 20. yüzyılda değiştirildi. Resmi yargıdan, bağımsız yargıya doğru büyük bir eğilim oldu. Bu değişiklik yasal eşitliğin ne olduğuna dair geniş çaplı bir açıklamayı gerektirdi. Genel fikir yeni değildi. Hukukun üstünlüğünün dar ve daha kısıtlı yorumları bile, politik bir toplumda yönetilen herkesin kanun hükümlerinden eşit olarak yararlanması ilkesini onayladı. Bununla birlikte, dar anlamıyla yorumlanan standart sadece kuralların tutarlı uygulanmasını gerektirir. Kurallar ve sınıflar mahkemece dikkatle eleştirilmeden oldukları gibi alınabilir. Bu yüzden, kanun kusursuz düzenlemeyle uygulanan genel kuralları içerebilir, ancak bağımsızlık ve kadınlara, ırksal gruplara, göçmenlere veya sıradan işçilere karşı ön yargıyla ilgili yaklaşımlara dayandırılabilir. Bu Amerikan anayasal tarihinde bir hatadır.

İç Savaş'ı takip eden on yıllar boyunca, Yüksek Mahkeme'den 14. Düzenleme'nin Eşit Koruma Şartı'nı yorumlaması istendi. Yaklaşık elli yıldır bu konudaki yorum sınırlı ve şekilciydi. Örneğin 1883'te yargı, siyahlarla beyazlar arasında evlilik ve cinsel ilişkileri yasaklayan bir kanun çıkardı.⁸ Kanunun, her iki ırkın tüm üyelerine eşit şekilde hitap ettiği için anayasaya uygun olduğunu iddia ettiler.⁹ On üç yıl sonra, mahkeme siyah ve beyazlar için toplu taşıma ve eğitim gibi diğer hizmetlerde "ayrı ama eşit" fırsatların kanunun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanmasını karşılayacağına karar verdi.¹⁰

⁷ Pace v. Alabama, 106 U.S. 583, 584 (1883).

⁸ *Id.* 585.

⁹ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., karşı oy).

¹⁰ Brown v. Board of Educ., 347 U.S. 483 (1954).

20. yüzyılın ortalarına kadar, kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması kavramı radikal bir şekilde gözden geçirildi. Yüksek Mahkeme yasal eşitlik anlayışını Anayasaya aykırı olarak bazı kişilerin doğası gereği ırk, cinsiyet ve etnik yönden diğerlerinden daha değerli olduğu ilkesine ters düşerek gözden geçirmesi, medeni haklarla ilgili derin bir kaygıyla ileri sürüldü. Yargı, bloke edilmiş fırsatlar ve sosyal adaletin diğer yönlerini de dikkate alan yeni bir yasal eşitlik anlayışı arayışına girdi. Anladılar ki eğer hukukun kendisi de zalim olursa insanlar yargı önünde eşit değildir.

Bu çağın en önemli anayasal kararı, 1954'te ünlü *Brown vs. Board of Education* davasında alınan karardır.¹¹ Bu kararda Yüksek Mahkeme; devlet okulları ve diğer hizmetlerdeki ırksal ayırım, kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanmasını sağlayabilir anlayışını terk etti. Aynı zaman dilimi boyunca Mahkeme, kadınların, azınlıkların ve ceza davalarında sanıkların haklarını korumaya ilişkin pek çok şey yaptı. Bu süreçte Mahkeme kendini toplumun temel prensiplerinin farkına varmasında aktif bir güç olarak gördü.

Şimdi hukukun üstünlüğü konusunda kendi yollarını çizmeye çalışan diğer ülkelerin de yararlanabileceği Amerikan hukuk kültürü dersleri açısından bütün bunların ne demek olduğuna bakalım.

İlk ders şudur ki; Amerikan Anayasası bazı yönlerden tutarlı, diğer yönlerden de boşluklarla doludur. Gerçekte, şimdiki Amerikan nesli atalarının koyduğu kural ve kavramlarla yaşamayı kabul etmiştir. Bu Anayasayı kabul etmek ne demektir, bunu kısmen açıklamaktadır. Dahası, Anayasa, gücü olanları kısıtlar ve bu da seçilmiş temsilciler de dahil olmak üzere bütün memur ve makamları kapsar.¹²

Bu yüzden, anayasal bir sistemde demokrasi sınırlıdır. Anayasanın kontrolü altındadır. Halkın iradesine değer versek de “bu irade nasıl kullanılacak?” diye de sorarız. Anayasal demokrasi bu soruyu; Thomas Jefferson'un “Anayasa zinciri” biçiminde adlandırdığı yakıştırmayla yanıtlar.

Diğer taraftan, Anayasa boşluklarla doludur, çünkü gelecek nesillere karar vermeleri gereken çok şey bırakır. Anayasa, özyönetimin ilerleyebileceği bir çatı olmalıdır. Bu da demektir ki, her nesil anayasal kural ve ilkeleri çiğnemediği sürece pek çok konuda kendileri için uygun politikalara karar verebilir.

¹¹ Thomas Jefferson, *Draft Kentucky Resolutions para. 8* (1798).

¹² Thomas Jefferson, *Draft Kentucky Resolutions para. 8* (1798).

Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü

Anayasa başka bir yönden daha boşluk içerir. Soyut hükümleri, yeni durumlar ve anlayışlara göre yorumlanmalıdır. Bu yüzden bazılarımız Anayasa'nın "yaşayan", "gelişen" ve "uyumlu" bir müessese olduğunu söyler. Cezalandırmaya ilişkin değişen değer ve fikirleri dikkate almadan, neyin 'işkence veya barbarlık teşkil eden ceza' olduğunu bilemeyiz. Bir hükümetin neler yapabileceğini veya nasıl yapabileceğini bilmeden 'normal kanun yolunun' ne olduğunu bilemeyiz. Örneğin, avukat tutamayan sanıklara yasal destek verirken modern ekonominin nasıl organize edildiğini gösteren 'adli tebligatı' dikkate almadan 'ticaret' ne demek yorumlayamayız. Yüksek Mahkeme'nin ırkçılıkla ilgili kararları yüzeysellik ve ırk ayrımının ilgisizliği hakkındaki modern bilimsel bilgiyi yansıtmaktadır.

Çıkarılması gereken diğer bir ders de, Anayasa'nın şüphecilik ve iyimserlikle ilgili verdiği ikili bir mesajdır. Amerika hukuk düzeni bu iki tutum ve duruşu hep diri tutar. Şüphecilik kanundaki en belirgin olanı destekler ki bu, şahısları kontrol için bir dizi tertiptir. Gizlilik/güven daha incedir ama daha az yaygın değildir. Yasa ne zaman güven, işbirliği, iyi niyet ve kişisel çıkarı dayanırsa bu apaçık ortadadır. Şüphecilik ve gizliliğin konuları yasa ve yargının çelişen görüşlerini hatırlatır. Ahlaki şüpheliğin bir görüşüne göre hukuk, kısıtlayıcı kurallardan oluşan bir sistemdir. Hukuk vardır, çünkü o olmazsa kaos veya baskı ya da her ikisi de olacaktır. Hukukun temel görevi huzuru sağlamak ve gücün kötüye kullanılmasını engellemektir. Bu durumda alternatif hukuku beşeri özlemin aracı olarak görmektir. Bu görüşe göre, yasal deneyim bir tür düzene ve sosyal kontrole işaret eder. Hukuka sadık olunan yerlerde, düzen hiçbir bedelle satın alınamaz. Zira o, maliyetleri empoze eder ve beklentileri karşılar.

İnsanlar sosyal düzenin, polis baskısı olmadan, sıradan-günlük yaşamın gereklerine saygı ile sağlanabileceğini düşünürler. Sonuç tehdide değil doğruluğa, adalete, sivil katılıma dayanan bir hukuk anlayışı olmalıdır.

Her yasal sistem şüphecilik ve gizliliğin/güvenin eşsiz bir birleşimidir. Amerika'da gizliliği/güveni yasal düzenin esası yapmaya ilişkin önüne geçilemeyen bir eğilim vardır. Anayasa, yürütme ve yargı kuvvetlerinin ayrılması ve karşılıklı olarak birbirlerini denetlemesini ve sınıflandırmasını da içererek bir kısıtlama mesajı verse de, aynı zamanda toplu irade ve toplu istihbaratı harekete geçirerek daha iyi bir ulus oluşturmak için demokrasinin neler yapabileceği alanında idari özerkliği teşvik etti. Bazı kurucular böyle bir sonucu istemiş olsalar da Anayasa, sert veya disiplinli bir politika üretmedi. Açık sınırlar

ve genişleyen endüstrinin olduğu bir ortamda yargılama, savunma ve kanun koyma işi daha düzensiz, daha verimli ve daha demokratikti. Hukuk, sanayi, ticaret, göç ve şehirlerin büyümesindeki değişikliklere ayak uydurmak zorundaydı. Bu da kontraklar, maliye ile banka ve sigorta şirketleri hakkındaki yeni kanuni fikirlere açık olmayı da içeren bir güven duygusunu gerektiriyordu. Aydınlanmanın çocukları olarak hatırlamalıyız ki, kurucu babalarımızın insan aklı etkili kurumlarca temsil edildiğinde bencilliğe ve uygunsuz tutkulara hükmedebilir anlayışına olan sonsuz inancı vardı. Bir insan kurumlara güvenin yanı sıra, kişilerin zaaf ve akılsızlıklarıyla ilgili bir şüphe duyar. Ancak insan-öğlü hakkında tamamen şüpheci değildirler. İddialarına göre herkes günahkâr değildir, bundan ziyade inanırlar ki kurumsal kısıtlamaları haklı çıkaracak kadar yeterince suç işleme riski vardır. Dahası, politik veya ekonomik güç kötü olmak zorunda değildir, (güç bir şeyleri bozabileceği gibi bir takım şeyleri de mümkün kılabilir. Bununla birlikte, iyi niyete güvenemeyiz, yalnız ahlaki akıl ve mükemmelliğe biraz da olsa güvenebiliriz. Bu yüzden, kurumları düzenlerken neye dikkat edeceğimizi ve nelere güvenebileceğimizi bilmeliyiz. Bunlar şüpheci önermelerdir ama güven inşa edilebilecek esaslardır.

Şüpheciliğin yini (Çin felsefesinde dişil öge) iyimserliğin yangı (Çin felsefesinde kâinatın etkin eril ögesi) olarak adlandırabileceğimiz bu değer, Amerikan hukukunda hep bir tartışmanın kaynağı olmuştur. Ancak bilinmelidir ki zıt kutuplar her zaman birbiriyle gerilim halindedirler, ancak birbirlerinin gelişmesini de sağlarlar. Muhafazakâr jüriler hep şüphecilik ve ihtiyat felsefesine dikkat etmişlerdir. Bu da ‘adli eylemcilik’ üzerine yapılan tartışmalardan doğmuştur. Liberal jüriler, özellikle de genel şartlan ve anayasal ilkeleri yorumlarken. Anayasa’yı gelişen bir organizma olarak görmeye daha eğilimli olmuşlardır. Muhafazakârlar, Anayasa’nın; hukuku ‘yorumluyoruz’ ‘kanun koymuyoruz’ metnini uyguladıklarını iddia ederler. Muhafazakârlar, yargısal yaratıcılığın sınırlı olması gerektiği konusunda kanun koyanların söyledikleri, amaçladıkları ve öncekiler de dikkate alınca haklıdırlar. Ancak, yargısal yaratıcılık gerçeği de inkâr edilemez. Aslında, kanun ‘koyma’ ve ‘yorumlama’ arasındaki çizgi açık ve net değildir ve olamaz da. Burada bir riyakârlık vardır çünkü muhafazakâr hâkimler genelde eylemci olmuşlardır ve önceki örneklerle ilgilenmemişlerdir. Anayasadan suç, kürtaj ve Federal Hükümetle ilgili olarak kendi fikirlerine göre anlam çıkarmak istemişlerdir. Bununla beraber, Anayasanın anlamı ile ilgili hep bir tartışma olmuştur.

3. Özel İdare ve Hukukun Üstünlüğü

Her ne kadar Amerika kamu yönetiminin hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmasını başarmış olsa da, özel idareler için aynı başarıyı sağlayamamıştır. “Özel idare” deyimini bazen hukuk öğrencileri ve toplum tarafından, toplumun çok önemli bir özelliği olan büyük ve karmaşık organizasyonların yönetimi anlamında kullanılmıştır. Bu tür organizasyonların liderleri, genelde büyük iş ortaklıklarını, işçi sendikalarının, kiliselerin, üniversitelerin ve diğer kurumların işçileri, sermaye güvenliği, ürün güvenliği ve büyük bir müessesede olabilecek pek çok şey üstünde güce sahip olmuşlardır. Liderler, bir bütün olarak bir teşebbüsten, bir işletmeden sorumlu oldukları için yöneticidir. Sıradan insanların yaşamasını sağlayan kurallar koyar; kamu yararına, güvenliğine, çevresel korumaya, işçilerin çalıştırılması ve terfisinde adalete ilişkin kararlar alırlar. Eğer liderler bunları ihmal eder veya kötüye kullanırlarsa, kullanılan gücün keyfi ve baskıcı olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür uygulamaların hukukun üstünlüğü tarafından kontrolü fazlasıyla istenir. Bu durum ise, hukukun üstünlüğü ile ilgili anlayışımızın kamu idaresinin yanı sıra özel idareleri de kapsamadığı sürece sağlanamaz. Ancak bu adım, Amerikan hukuku için büyük bir meydan okumadır.

Bu meydan okumayla, sınırlı bir şekilde de olsa, toplu sözleşme olarak adlandırdığımız işveren ve işçi sendikaları arasındaki sözleşmelerin ortak yönetim sistemleri oluşturabileceğini kabul ederek karşılaşılabılıriz. Ortak yönetim sistemi, işçi ve yönetimin kabul ettiği kurallara dayalı olan işyerinde adaleti; anlaşmazlık ve haksızlıklarla mücadele için kabul edilmiş yöntemleri sağlayan bir tür anayasal düzendir. Bu Alman Mitbestimmung (yönetime katılma, ortak karar alma) müessesesinin daha zayıf Amerikan halidir ki ortak yönetim olarak adlandırılabilir.

Bu ilerlemeler bir dereceye kadar büyük çaplı işler için ekonomik kar tutarlı personel politikasını da içeren bürokratik rasyonalizm tarafından desteklenmiştir. Bununla birlikte son yıllarda işçi sendikalarının gücü zayıflamış ve bu da şirket yönetimlerinin gücünü artırmıştır.

Bu sene Amerikan iş dünyası liderlerinin kanunsuz idarelerine ilişkin çok şey ortaya çıkmıştır. Muhtemelen Enron Şirketinden; muhasebecilere, müdürlere, şirket yöneticilerine güveni sarsan borsayı vuran iflaslar ve diğer skandallardan haberdarsınızdır. Pek çok iş adamının zenginleşmek için fırsatlara tamah ettikleri aşikârdır. Herkes faydalandığı sürece bu haksız bu iyileşme fazla sorun oluşturmayabilir. Aslında, iflaslarla birlikte pek çok imtiyazsız kişinin,

işini, emeklilikte veya çocuklarının eğitiminde kullanmayı planladığı yatırımlarını kaybettiği de ortadadır.

Bu kanunsuzlukların çoğu, kurumsal yönetimimizdeki zayıflığı ve özellikle de yönetimdeki kişilerin ne kadar güvenilir olduğuyula ilgilidir. Bencillik, hile ve çıkar çatışması ile ilgili pek çok kanıt vardır. Bu suiistimali kontrol etmesi ve gözlemlemesi gereken devlet görevlileri zayıf ve korkak olmuş, sorumluluğu geliştiren kurallara karşı çıkmış ve iddialı olması gereken pek çok kişi sessiz kalmıştır. Örneğin borsanın büyük bir kısmı, büyük yatırım fonları ve emeklilik sistemleri tarafından işletilmektedir, ancak bu fonların yöneticileri inisiyatifi ele alma konusunda çok az şey yapmış, muhasebenin dürüst ve şirket kazançlarının doğru bir şekilde rapor edildiğini gözlemlemekte güçlerini yeterince kullanmamışlardır.

Bu tür hatalar hukukun üstünlüğünün, açıklık ve hesap sorulabilirlik üzerine kurulu olmasının ne kadar önemli olduğu ve hukukun üstünlüğü standartlarının, kararların nasıl alındığına ilişkin detaylı bir çalışma, rüşvetlerin nasıl olduğuna ve nasıl kontrol edilebileceğiyle ilgili dikkatli inceleme gerektirdiğini göstermiştir.

İşte burası, avukatların iş dünyası uygulamaları ve yönetim bilimi alanında uzmanlarla karşılaştığı yerdir. Bir kuralı neyin işler yaptığını veya rasyonel yönetim üzerine dayanılmaz yükler uygulamaksızın yönetsel otoritenin nasıl sınırlandırılabilirliğini bilmeden, kurumları nasıl hesap sorulabilir yapacağımızı, hukukun üstünlüğü standartlarına nasıl şekil vereceğimizi bilemeyiz. Amerika'da iş adamları ve onların politik sözcüleri her tür kısıtlamanın çok fazla olduğu eğilimdedirler. Önceden işçi sendikalarına karşı çıkarak birleşik bir yönelimin gerekli olduğunu ve iş yerinde kontrolün paylaşılamayacağını söylüyorlardı. Bu itirazlara, şüpheyile nelerin yapılabileceği veya yapılması gerektiği anlayışıyla yaklaşılmalıdır. 20. yüzyılın en büyük hukuk öğrencilerinden biri olan Profesör Lon Fuller, haklı olarak hukukçuların toplumsal örgütün mimarları olduklarını söylemiştir.¹³ Yapıyı tasarlamak ve ticari bakış açısından anlamlı olan kuralları tanzim etmek ve aynı zamanda yönetimin kararlarından etkilenen herkesin hak ve çıkarını korumak onların işidir.

Bu çok geniş çaplı bir konu ve üzgünüm detaylara inmek için zamanım yok. Bu yüzden kamunun gözünde bir meslek olarak hukukla ilgili yorumlarımla konuşmamı bitireceğim. Etiği öğretmemize ve politika liderlerine sorun

¹³ LON L. FULLER, The Lawyer as Architecht Of Social Structure, in THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER: SELECTED ESSAYS OF LON L. FULLER 264 (1981).

Amerikan Toplumunu ve Hukukun Üstünlüğü

oluşturmamıza rağmen, hatip veya politikacılar gibi olmasa da kamu yararına hizmet ediyoruz. Dahası, doğru idarenin ve yargının idealleri ile bizi bu ideallerden uzaklaştıran yasal amaçlar ve talepler arasındaki mesafeyi kavramalarında topluma yardım ederek kamu yararına çalışmış oluyoruz. Önemli görev, özellikle de çıkar ve güçleri doğru organize ederek ahlaki değerleri onaylamaktır. Ancak bunu toplumun ilerlemesini de sağlayacak şekilde yapmak gerekir. Zor olan, hukuka zayıf/güvenilmez bir nam vermektir, çünkü her zaman kabul edilebilir takasların, pratik uzlaşmaların, girişimciliği engellemeden ve işletmeleri sıkmadan kişisel çıkarı ehlileştirme arayışı içindeyizdir.

Demokrasi ruhunun, insan sevgisinin ve ideallere bağlılığın her zaman sizinle olması dileğiyle.

BOŞ

LİZBON ANTLAŞMASI SONRASINDA AVRUPA BİRLİĞİ

Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M.(Münster)*

ÖZET

AB üyesi yirmi yedi ülkenin devlet ve hükümet başkanları tarafından 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan ve 1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği için yeni bir hukuki temel öngörmektedir. Birlik organlarını daha şeffaf ve etkili bir duruma getirme, Birliğin aldığı kararların demokratik meşruiyetini artırma ve temel hakların Birlik alanında korunması konusunda iyileştirmeler sağlama, Lizbon Reform Antlaşması'nın erişmek istediği en önemli hedeflerdir. Bu bakımdan Lizbon Antlaşması, olumsuz neticelenen referandumlardan dolayı yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması ile aynı amaçlara yönelmektedir. Lizbon Antlaşması, içerik bakımından da Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Bu çalışmamızda, Lizbon Antlaşması'nın öngördüğü önemli hukuki yenilikler ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELER

Lizbon Antlaşması, Avrupa Anayasa Antlaşması, AB-Anayasası, AB-Reform süreci

DIE EUROPÄISCHE UNION NACH DEM VERTRAG VON LISSABON

ZUSAMMENFASSUNG

Der am 13.12.2007 von den Staats- und Regierungschefs der 27 Mitgliedstaaten der EU unterzeichnete und am 1.12.2009 in Kraft getretene Vertrag von Lissabon stellt die Europäische Union auf eine neue rechtliche Grundlage. Der Reformvertrag von Lissabon soll vor allem die Transparenz und Effizienz der Organe, die demokratische Legitimation der Entscheidungen und den Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene verbessern. Der Vertrag von Lissabon übernimmt daher die Funktion des gescheiterten Europäischen Verfassungsvertrages. Auch der Inhalt des Vertrages von Lissabon orientiert sich weitgehend am Europäischen Verfassungsvertrag. In dieser Abhandlung wird versucht, die wesentlichen rechtlichen Neuerungen des Vertrages von Lissabon eingehend zu erläutern.

SCHLÜSSELWÖTER

Vertrag von Lissabon, Europäische Verfassungsvertrag, EU-Verfassung, Reformprozess der EU

* Öğr. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Giriş

A. AB Anayasa Antlaşması'ndan Lizbon Reform Antlaşması'na Giden Yol

13 Aralık 2007 tarihinde Avrupa Birliği üyesi ülkelerin devlet ve hükümet başkanları tarafından imzalanan ve 1 Aralık 2009'da resmen yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'yla,¹ Avrupa Birliği'nin gelişim seyri yeni bir mecraya girmiştir. Lizbon Antlaşması bir bakıma, 2004 ve 2007 yıllarında yeni devletlerin katılımı ile üye sayısı on beşten yirmi yediye çıkan Avrupa Birliği'nin karşılaştığı sorunlara bir yanıt niteliğindedir.² Ancak Avrupa Birliği'nin bu son dönemde yaşadığı genişleme süreci ile karşı karşıya kaldığı sorunların çözümü yolundaki çabalarının daha eskiye dayandığı görülmektedir. 25 Ekim 2004 tarihinde Birlik üyesi ülkeler tarafından Roma'da imzalanan Avrupa Birliği Anayasa Antlaşması,³ bu sorunlara kapsamlı bir çözüm arayışının ilk somut ifadesi olarak görülebilir. Fakat Avrupa Birliği'nin hedeflediği bütünleşme sürecini güvence altına alarak, son genişleme dalgası ile ortaya çıkan sorunların çözümünde kilit bir rol üstlenmesi beklenen bu anayasa taslağı, 2005 yılında Fransa ve Hollanda'da gerçekleştirilen referandumların olumsuz sonuçlanması nedeniyle yürürlüğe girememiştir.⁴ Böylelikle, Avrupa Birliği'nin gerek iç işleyişini önemli ölçüde kolaylaştırması gerekse de 21. yüzyılda dünya politikasında daha güçlü bir aktör olarak boy göstermesi bakımından büyük önem atfedilen Avrupa Birliği Anayasası'ndan beklenen neticeler elde edilememiştir.

Ancak Avrupa Birliği bünyesindeki reform çalışmalarının sadece Lizbon Antlaşması ve Avrupa Birliği Anayasası'ndan ibaret olmadığını da belirtmek

¹ Tam adı: Avrupa Birliği'ne Dair Antlaşmayı ve Avrupa Topluluğu'nun Kuruluşuna İlişkin Antlaşmayı Değiştiren Antlaşma, ABl. 2007 Nr. C 306, s. 1. <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=de> linkinden Lizbon Antlaşması'nın çeşitli Avrupa dillerindeki metnine erişmek mümkündür.

² Karş. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, s. 18; *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, s. 16 vd.

³ Tam adı: Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma, ABl. 2004 Nr. C 310, s. 1. İlgili antlaşmanın Türkçe metnine <http://www.abgm.adalet.gov.tr/euanayasa.pdf> adresinden erişilebilir. Avrupa Birliği Anayasası konusunda daha ayrıntılı olarak bkz. *Hobe*, *Europarecht*, N. 1049a; *Oder*, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasalcılık*, s. 226 vd.

⁴ Avrupa Birliği Anayasası'nın Fransa ve Hollanda'daki halkoylamalarında reddedilmesinin temel nedenleri olarak, Avrupa Birliği'nin ulus-devletler üzerindeki gücünün artacak olması, bu anayasanın tanıtımına yönelik kampanyaların yetersizliği, üye devletlerin bu anayasaya karşı kayıtsızlığı, anayasa metninin çok uzun olması, karmaşıklığı ve ekonomi merkezli yaklaşımı gösterilmiştir. Ayrıca karş. *Terhechte*, *EuR* 2008, s. 145; *Schiffauer*, *EuGRZ* 2008, s. 1 vd.; *Fischer*, *Der Vertrag von Lissabon*, s. 17 vd.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, s. 27 vd.

gerekir. Nitekim bütünleşmiş bir Avrupa düşüncesinin hayata geçirilmesi yolunda ilk önemli adımlar, Avrupa Birliği'nin kuruluşunu sağlayan Maastricht Antlaşması ile 1992 yılında atılmıştır. Amsterdam Antlaşması (1997) ve Nice Antlaşması (2001) ise, Maastricht Antlaşması'nı değiştiren ve tamamlayan hükümler getirerek, Avrupa bütünleşmesinin önündeki engelleri kaldırarak, bütünleşme sürecini hızlandırma gayesini gütmüştür. Bununla birlikte Avrupa Birliği Anayasası'nı kendinden önce gelen diğer düzenlemelerden ayıran en önemli özellik, bu anayasa taslağının çok geniş çapta ve köklü değişiklikler içermesidir. Avrupa Birliği üyesi ülkelerin siyasi bir birlik kurma yolunda attıkları en önemli adımı teşkil eden Avrupa Birliği Anayasası, Avrupa Birliği'nin temelini oluşturan kurucu antlaşmalar ile bugüne kadar onları değiştiren tüm antlaşmaları tek ve yeni bir metinde bütünleştirerek, Avrupa Birliğinin üç sütunlu yapısına son vermeyi amaçlamıştır. Avrupa Birliği Anayasası bu bağlamda, bir yandan öngördüğü kurumsal anlamdaki değişikliklerle Birliğin işleyişini kolaylaştırmayı ve demokratik meşruiyetini güçlendirmeyi, diğer yandan ise Birliğin politika alanını genişletmeyi amaçlamıştır. İçerdiği siyasi sembol ve terimlerle yeni bir devletin oluşumunu çağrıştıran Avrupa Birliği Anayasası ayrıca, 2001 yılında imzalanan Nice Antlaşmasında kabul edilen Temel Haklar Şartı'nı da bünyesine dâhil etmiştir. Avrupa Birliği Anayasası bir bakıma, 90'lı yılların başında Doğu Bloğu'nun yıkılması ile birlikte yeni bir yapılanma ihtiyacının sonucu olarak Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulan reform taleplerinin en üst basamağını temsil etmekte idi.⁵

Avrupa Birliği Anayasası'nın on sekiz üye devlet tarafından onaylanmasına rağmen Fransa ve Hollanda'daki referandumlara takılarak yürürlüğe girememesi, anayasanın onay sürecinin Avrupa Birliği tarafından askıya alınmasına neden olmuştur. Bunun sonucunda Avrupa Birliği, 2005 yılından itibaren bir düşünme sürecinin (*Reflexionsphase*)⁶ içine girerek, Avrupa Birliği projesinin geleceğine ilişkin perspektiflerini somutlaştırmaya çalışmıştır.⁷ Mart 2007'de Berlin'de gerçekleşen 50. yıl kutlamalarının sonunda imzala-

⁵ Karş. *Luczak*, Die europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, s. 311 vd.; *Oppermann*, DVBl 2008, s. 474 vd.; *Streinz*, Europarecht, s. 21 vd.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, s. 19.

⁶ Karş. *Streinz*, Europarecht, s. 22; *Schiffauer*, EuGRZ 2008, s. 2; *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, s. 19 vd.; *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, s. 46.

⁷ Bu konuda daha detaylı olarak bkz. *Terhechte*, EuR 2008, s. 145 vd.; *Oppermann*, DVBl 2008, s. 474 vd.; *Luczak*, Die europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, s. 11 vd.

nan bir deklarasyonla bu düşünme sürecine resmen son verilmiş ve Haziran 2009'da gerçekleştirilecek Avrupa Parlamentosu seçimlerinden önce Avrupa Birliği'nin acilen ihtiyaç duyduğu reformların gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸ Avrupa Birliği reform süreci, böylece yeni bir başlangıç elde etmiştir. Haziran 2007'de gerçekleştirilen Avrupa Konseyi Zirvesi'nde ise, ileride gerçekleştirilmesi planlanan reformların yolunu açacak Hükümetlerarası Konferans (HAK) üzerinde uzlaşa sağlanmıştır. Temmuz 2007'de toplanan bu konferansta, Avrupa Birliği Anayasası'nın yerini alacak bir reform antlaşmasının taslağı hazırlanmış ve bu taslak Portekiz'in dönem başkanlığı altında 13 Aralık 2007'de yirmi yedi üye devlet tarafından Lizbon'da imzalanmıştır.

B. Genel Hatlarıyla Lizbon Antlaşması ve Onay Süreci

Avrupa Birliği'nin ekonomik, kültürel ve sosyal bütünleşme sürecine yeni bir ivme kazandırması hedeflenen Lizbon Antlaşması, Maastricht, Amsterdam ve Avrupa Birliği Anayasası Antlaşmaları'ndan farklı olarak, Avrupa Birliği için yeni bir antlaşma metni niteliğinde olmayıp, mevcut Avrupa Birliği Antlaşması'nı (ABA) ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'yı (ATA) değiştiren hükümler içermektedir. Lizbon Antlaşması bu nedenle, Avrupa Birliği Reform Antlaşması olarak da adlandırılmaktadır. Lizbon Antlaşması ile ABA'nın ismi muhafaza edilirken, ATA'nın ismi Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma (ABÇUİA) olarak değiştirilmiştir. Kurucu antlaşmaların isminde gerçekleştirilen bu değişikliklerin dışında, Avrupa Birliği'ne temel teşkil eden bu iki antlaşmanın metinlerinde de önemli değişiklikler yapılmış, antlaşmalara yeni hükümler eklenmesinin yanı sıra birçok maddenin numarası değiştirilmiştir. Lizbon Antlaşması'nda ayrıca, ABA ve ABÇUİA'nın aynı düzeyde olduğu ve Avrupa Birliği'nin tek bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmiştir. Avrupa Birliği Anayasası'nda öngörüldüğü gibi Lizbon Antlaşması'nda da, üç sütunlu yapı tek çatı altında birleştirilmiş; "Topluluk" ifadesi terk edilerek "Avrupa Birliği" adı altında tek bir kurumsal çerçeve oluşturulmuştur.

Lizbon Antlaşması esas olarak, bir önsöz (*Präambel*) ve 441 maddeden oluşmaktadır. Lizbon Antlaşması bunun yanı sıra, 37 protokol ve birçok ulusal veya ortak deklarasyon ile tamamlanmaya çalışılmıştır.⁹ Sayısı 65'e varan bu

⁸ Karş. *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, s. 27 vd.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, s. 18 vd.

⁹ Avrupa Birliği Anayasası taslağı ise buna karşın, 448 madde, 36 protokol ve 2 ekten oluşmakta idi.

Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği

deklarasyonlar, hukuki bağlayıcılıktan yoksun olmakla birlikte, yargı organlarının yapacağı yorumlarda veya vereceği kararlarda yardımcı bir işleve sahiptir.¹⁰ Esas olarak ABA ve ATA üzerine kurulu Lizbon Antlaşması, AB Anayasası Antlaşması'ndan farklı olarak AB Temel Haklar Şartı'nı içermemekte, bu şarta sadece atıfta bulunmaktadır. Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesinin 2. fıkrası ayrıca, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olacağını belirtmektedir.

İçerik bakımından ise, Lizbon Antlaşması'nın çok küçük farklılıklar dışında 2004 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Anayasası'nın içeriğini aynen benimsediği görülür. Dikkat çeken bir diğer nokta, Lizbon Antlaşması'nın Avrupa Birliği Anayasası'nda devletsel bir yapılanmayı çağrıştıracak şekilde kullanılan bazı kavramları kullanmaktan özellikle imtina etmesidir. Bunların başında, anayasa, bayrak ve marş gibi kavramlar gelmektedir. Zira genel kanı, Avrupa Birliği Anayasası'nın onay sürecinde sorunlar yaşanmasının en önemli nedeninin, Anayasa metninde yeni bir devletsel yapılanmayı çağrıştıracak ibarelerin varlığının Birlik vatandaşlarının ulusal devletlerin egemenliğini yitireceğine dair korkularını körüklediği olmuştur. Bu bağlamda Lizbon Antlaşması'nı pragmatik bir reform antlaşması olarak nitelemek yanlış olmayacaktır.¹¹ Birliğin daha demokratik, etkili ve şeffaf bir yapıya kavuşturulması, Avrupa Birliği Anayasası'nda olduğu gibi Lizbon Antlaşması'nda da erişilmek istenen en temel hedefler olarak belirlenmiştir.

Lizbon Antlaşması'nda yer alan hükümler, bu antlaşmanın yürürlüğe girebilmesini yirmi yedi üye devletin tamamının antlaşmayı onaylamasına bağlamıştır. Üye ülkelerin iç hukukları çerçevesinde bu antlaşmayı onaylayarak, antlaşmanın yürürlüğe girmesi için öngörülen en son tarih ise, 1 Ocak 2009 olarak belirlenmiş idi. Ancak, Lizbon Antlaşması'nın zorunlu olarak halkoylamasına sunulacağı tek ülke olan İrlanda da 12 Haziran 2008 tarihinde gerçekleştirilen referandumda alınan olumsuz sonuçlar, bu antlaşmanın planlanan tarihte yürürlüğe girmesine engel olmuştur.

Kasım 2009 itibarıyla, Lizbon Antlaşması'nın yirmi beş üye devletteki iç hukuk onay süreci tamamlanmış, iki devlette ise durum farklılık arz etmekte idi. İrlanda Anayasası hükümleri gereği, uluslararası antlaşmaların yürürlük kazanabilmesi için halkoylamasına sunulması gerekli olduğundan, başarısızlıkla sonuçlanan ilk referandumun ardından İrlanda, bu antlaşmayı 2 Ekim

¹⁰ ABl. 2007 Nr. C 303, s. 2.

¹¹ *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 1.

2009 tarihinde ikinci kez halkoylamasına sunmaya karar vermiştir. Lizbon Antlaşması'nın kaderini belirlemesi açısından hiç kuşkusuz büyük önem taşıyan bu halkoylaması olumlu sonuçlanmıştır. İrlanda'dan elde edilen bu sonuçlar, Avrupa Birliği'nin anayasa taslağının onay sürecinde yaşadığı hayal kırıklığının tekrarlanmasına da engel olmuştur. Halkoylamasının akabinde, İrlanda Altmeclisi 10 Ekim 2009 tarihinde Lizbon Antlaşmasını onaylamıştır. İrlanda Senatosu ve devlet başkanının da onayının alınması ile, 23 Kasım 2009 tarihinde Lizbon Antlaşması'nın İrlanda'daki iç hukuk onay süreci tamamlanmıştır. Lizbon Antlaşması'nın iç hukuk çerçevesinde onay sürecinin Kasım 2009 itibarıyla henüz tamamlanamadığı diğer bir ülke ise, Çek Cumhuriyeti idi. Gerçi bu tarihte Lizbon Antlaşması, Çek Cumhuriyeti'nin yasama organlarınca onaylanmış, ancak devlet başkanı tarafından henüz imzalanmamış idi. Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus, 2 Ekim 2009 tarihinde İrlanda'da gerçekleşen referandumdan önce Lizbon Antlaşması'nın Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nin parlamentolarınca zaten onaylandığı, ilgili devlet başkanlarının ise, İrlanda'daki referandumun sonucuna göre bu antlaşmayı imzalayıp imzalamayacağına karar vereceğini belirtmiş olduğudur. Nitekim 10 Ekim 2009 tarihinde Polonya devlet başkanı, Lizbon Antlaşması'nı onaylamıştır. Çek Cumhuriyeti'nin devlet başkanı ise, ülkesine AB Temel Haklar Şartı konusunda ülkesine muafiyetler tanınmadıkça bu antlaşmayı onaylamayacağını belirtmiştir. Çek Cumhuriyeti devlet başkanının bu açıklamasından önce ise, Lizbon Antlaşması'nın ve bu antlaşmanın kabulüne ilişkin yasaların anayasaya aykırılığı iddiasıyla Çek Cumhuriyeti anayasa mahkemesinde Eylül 2009'da iki dava açılmış idi. 29 Ekim 2009 tarihinde gerçekleşen zirvede Avrupa Birliği devlet ve hükümet başkanlarının Çek Cumhuriyeti'nin Temel Haklar Şartı konusunda talep ettiği muafiyetleri kabul etmesi ve Çek Cumhuriyeti anayasa mahkemesinin 3 Kasım 2009 tarihinde verdiği kararda Lizbon Antlaşması'nın anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varması, 3 Kasım 2009 tarihinde Çek devlet başkanının Lizbon Antlaşması'na onay vermesini sağlamıştır. 13 Kasım 2009 tarihinde ise, onay belgeleri Çek Cumhuriyeti tarafından depoziter devlete teslim edilmiştir. Yeni ABA'nın 54. maddesinin 2. fıkrası gereği Lizbon Antlaşması, antlaşmayı iç hukuku çerçevesinde onaylayan son devlet olan Çek Cumhuriyeti'nin onay belgesini teslim ettiği ayı takip eden ayın ilk günü, yani 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

II. Lizbon Antlaşması'nın Öngördüğü Yenilikler

Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nin gerek kurumsal yapısına gerekse de işleyişine dair çok köklü yenilikler getirmektedir. Çalışmamızın bundan

sonraki kısmında Lizbon Antlaşması ile öngörülen bu yenilikler farklı başlıklar altında daha ayrıntılı bir şekilde incelenmeye çalışılacaktır.

A. Birliğin Kurucu Antlaşmalarına İlişkin Yenilikler

Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu'nun Avrupa Birliği adıyla tek ve yeni bir çatı altında birleştirilmesi, hiç kuşkusuz Lizbon Antlaşması'nın öngördüğü en önemli yeniliktir. Lizbon Antlaşması'nın onaylanması ile yürürlüğe girmesi planlanan yeni ABA'nın (YABA) 1. maddesinin 3. fıkrası bu bağlamda, Avrupa Birliği'nin temelini Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma'nın hükümlerine dayandığını ifade ederek, bu iki temel antlaşmanın hukuki bakımdan eş düzeyde olduğunu belirtmiştir. YABA'nın 1. maddesinin 3. fıkrasında buna ek olarak, Avrupa Birliği'nin Avrupa Topluluğu'nun yerine geçerek bu topluluğun hukuki halefi olacağı düzenlenmiştir. Lizbon Antlaşması ile her ne kadar Avrupa Topluluğu, Avrupa Birliği'ne dâhil edilerek Topluluğun varlığına son verilmişse de, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun (Euratom) devletlerüstü bağımsız bir kuruluş olarak bu birleşmenin dışında tutulmuştur. Bununla birlikte Euratom, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun Kuruluşuna Dair Antlaşma'yı değiştiren 2 numaralı Protokol ile kurumsal bakımdan Avrupa Birliği'ne bağlı hale getirilmiştir. Lizbon Antlaşması'nda kurucu antlaşmalara ilişkin öngörülen yeniliklere yönelik dile getirilen en önemli eleştiri, Avrupa Birliği Anayasası'ndan farklı olarak Lizbon Antlaşması'nın ABA ve ATA'yı ilga edip, bunların yerine tek bir metin getirmek yerine, Avrupa Birliği'nin hukuki temelini Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma adları ile iki farklı metne dayandırılmasının, pratikte bir fayda sağlamayacağı noktasındadır.¹² Tek bir metin oluşturmak yerine mevcut antlaşmalarda bazı değişiklikler öngörmek ancak, Lizbon Antlaşması'nı hazırlayan iradenin Avrupa Birliği Anayasası'na şekli benzerliklere mahal vermeme kaygı ve çabasının bir sonucu olarak görülebilir.¹³

B. Birliğin Tek Hukuki Kimliğinin Oluşturulması

Avrupa Birliği'nin tek bir tüzel kişiliğinin oluşturulması, uzun bir süredir çeşitli kesimler tarafından önemine dikkat çekilen ve Lizbon Antlaşması ile hayata geçirilmesi yönünde önemli bir fırsat elde edilen diğer bir konudur. 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan Avrupa hukuku hükümleri çerçe-

¹² Karş. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1761.

¹³ Karş. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1761; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 477 vd.

vesinde, yalnızca Avrupa Toplulukları'nın bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan söz etmek mümkün idi. Genel olarak kabul gören görüşe göre, ABA sarıh veya zımni bir şekilde Avrupa Birliği'ne bir tüzel kişilik tanımamaktadır.¹⁴ Lizbon Antlaşması ile yürürlüğe girmesi planlanan YABA'nın 32. maddesi Birliğin Tüzel kişiliğine ilişkin talepleri karşılamak gayesiyle, Avrupa Birliği'nin tek bir tüzel kişiliği olduğunu belirtmiştir. Tek bir tüzel kişiliğe sahip olması, Avrupa Birliği'nin artık bir ortak çatı olarak değil de bir bütün olarak değerlendirilmesini sağlayacak ve Birliğin üye devletler veya üçüncü devletlerle ilişkilere girerek, uluslararası hukukta öngörülen hakların ve yükümlülüklerin bizzat muhatabı olmasının önünü açacaktır.¹⁵

C. Birliğin İlke ve Hedefleri

Lizbon Antlaşması, YABA'nın 2. maddesinde Birliğin bağlı olduğu değer ve ilkelere yer vermiştir. İnsan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve insan haklarının korunması, burada yer alan değer ve ilkelerdir. Bu değer ve ilkeler, ileride bilhassa Birlik hukukunun yorumlanmasında kılavuz işlevi görecektir.¹⁶ Lizbon Antlaşması bunun yanı sıra YABA'nın 3. maddesinde, Birliğin hedeflerine yer vermiştir. Burada yer alan başlıca hedefler, barışın, Birlik değerlerinin ve halkların refahının ilerletilmesidir. Aynı maddede Birliğin ayrıca, vatandaşlarına iç sınırların bulunmadığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı ile tek bir pazar sunacağı ifade edilmiştir. Tek Pazar düşüncesi bu bağlamda, Avrupa Birliği bütünleşme sürecinin önemli bir unsuru olarak kalmaya devam edecektir. YABA'nın 3. maddesinde, Birliğin sosyal dışlama ve ayrımcılıkla mücadele edeceğine değinilmesi de bir yenilik teşkil eder. Birliğin sahip olduğu zengin kültür ve dil çeşitliliğine saygı gösterip, Avrupa'nın kültürel mirasının korunması ve geliştirilmesi için çaba göstereceğinin ifade edilmesi, Lizbon Antlaşması ile getirilen başka bir yeniliktir. Birliğin, kurucu antlaşmalarda belirlenmiş yetki kuralları çerçevesinde uygun araçlarla hedeflerine ulaşacağını belirtilmesi, YABA'nın 3. maddesinde yer alan önemli bir diğer düzenlemedir. Birliğin faaliyetlerini yürütürken antlaşmalardaki yetki kurallarına ve de bilhassa sınırlı yetki prensibine saygılı davranacağına ilişkin bu vurgu birçok açıdan önem taşımaktadır.

¹⁴ Karş. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1761; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 39; *Terhechte*, EuR 2008, s. 147 vd.

¹⁵ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1762; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 39; *Terhechte*, EuR 2008, s. 147 vd.

¹⁶ *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 8.

D. Birlik ve Üye Devletler Arasındaki Yetki Bölüşümünün Yeniden Düzenlenmesi

Lizbon Antlaşması ile değişiklikler öngörülen diğer bir konu, Avrupa Birliği ve üye devletler arasındaki yetki bölüşümüdür. Lizbon Antlaşması, bu alanda da birçok önemli değişiklik getirmektedir. Bu konuda belirtilmesi gereken ilk husus, Birlik ve üye devletler arasındaki yasama yetkisinin kullanımına ilişkin olarak Avrupa Birliği Anayasası'nda öngörülen değişikliklere Lizbon Antlaşması'nda da aynen yer verildiğidir. YABA'nın 5. maddesinin 1. fıkrası bu bağlamda, Birlik ve üye devletler arasında yasamaya ilişkin yetkinin paylaşımında sınırlı yetki ilkesinin geçerliliğini sürdüreceğini ifade etmektedir. Aynı maddenin 3. ve 4. fıkralarında ise, Birliğin yetkili olduğu alanlarda bu yetkisini subsidiarite ve ölçülülük ilkelerini gözeterek kullanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra subsidiarite ve ölçülülük ilkelerin somutlaştırılması amacıyla, bu ilkelerin uygulanması hakkında bir protokol kabul edilmiştir. Bu protokol ile bilhassa ulusal parlamentoların etkinliğinin artırılması amaçlanmıştır.

Birliğin yetki türleri ve alanları ise, ABÇÜİA'nın 2-6. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan düzenlemelerin de büyük ölçüde Avrupa Birliği Anayasası'nda yer alan düzenlemelerle örtüştüğü görülür. Burada yer alan yetki türlerini, Birliğin münhasır yetkisi, Birlik ve üye devletler arasında paylaştırılmış yetki ve Avrupa hedefine yönelik tedbirler olarak üç başlık altında toplamak mümkündür. Avrupa Birliği'nin münhasır yetkisi, ABÇÜİA'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Gümrük Birliği, iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının tespiti, para birimi Euro olan üye devletlere yönelik para politikası ve ortak balıkçılık politikası çerçevesinde biyolojik deniz zenginliğinin korunması, burada zikredilen konulardan bazılarıdır. Bunun haricinde 3. maddenin 2. fıkrasında, belli durumlarda uluslararası antlaşmaların imzalanması hususunda da Birliğin münhasıran yetkiye sahip olduğundan bahsedilmiştir. Birlik ve üye devletler arasında paylaştırılmış yetkiye ise, ABÇÜİA'nın 4. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre Birlik ve üye devletler arasında paylaştırılmış yetki, kapsamı ABÇÜİA'nın 3. maddesinde belirlenen münhasır yetki ve 6. maddesinde yer alan Avrupa hedefine yönelik tedbirlerin söz konusu olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bu bakımdan Birlik ve üye devletler arasında paylaştırılmış yetki, diğer iki durum karşısında kural niteliğindedir.¹⁷ Çevrenin korunması, trafik, tüketicinin korunması, enerji

¹⁷ Weber, EuZW 2008, s. 12; Hatje/Kindt, NJW 2008, s. 1762.

ve tarım alanları, 4. maddede Birlik ve üye devletler arasında paylaştırılmış yetkinin söz konusu olduğu alanlar arasında sayılmıştır. ABÇUİA'nın 6. maddesinde son olarak, Avrupa hedefine yönelik tedbirlere yer verildiği görülür. ABÇUİA'nın 6. maddesi Avrupa Birliği'ni Avrupa hedefine yönelik tedbirlerin söz konusu olduğu hallerde, üye devletlerin aldığı önlemleri destekleyecek, koordine edecek ve tamamlayacak tedbirleri almakla mükellef kılmaktadır. İnsan sağlığının korunması, endüstri, kültür, turizm, genel ve mesleki eğitim, gençlik ve spor, doğal felaketlerden korunma ve idari işbirliği, Avrupa hedefine yönelik tedbirlerin söz konusu olduğu alanlardandır.

E. Birlik Hukukunun Bir Bütün Olarak Önceliği

Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu'nun Avrupa Birliği adı altında birleşmesinin gerekli kıldığı bir diğer durum ise, Avrupa hukukunun önceliği ilkesinin¹⁸ tüm Birlik hukukunu kapsayacak şekilde genişletilmesidir. Avrupa Birliği Anayasası'nda da Birlik hukukunun bir bütün olarak ulusal hukuktan üstün olduğuna ve bu nedenle ulusal hukuka göre öncelikli uygulanması gerektiğine açık bir şekilde yer verilmiş iken, Lizbon Antlaşması'nda Birlik Hukukunun önceliğine açık bir şekilde yer veren bir hükme rastlanmamaktadır. Ancak Lizbon Antlaşmasına eklenen 17 numaralı Deklarasyon'da, Birlik antlaşmalarının ve bu antlaşmalara dayanarak oluşturulan hukukun, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın daimi bir şekilde sürdürdüğü içtihadı uyarınca ve bu içtihadta vurgulanan şartlar altında ulusal hukuka göre öncelikli olduğu belirtilmiştir. Bu deklarasyonda ayrıca, Birlik hukukunun önceliği ilkesinin Lizbon Antlaşmasına eklenmemesinin, bu ilkenin varlığını hiçbir şekilde etkilemeyeceği ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın bu ilkenin uygulanması hususundaki mevcut içtihadını değiştirmeyeceği ifade edilmiştir. Lizbon Antlaşması'nda Birlik hukukunun bir bütün olarak önceliğine Avrupa Birliği Anayasası'nda olduğu gibi açık bir şekilde yer verilmeyip, Birlik hukukunun önceliği ilkesine ait süregelen içtihadın devam edeceğine antlaşmaya eklenen deklarasyonlarla dile getirilmesi, her ne kadar Birlik hukukunun önceliği ilkesinin uygulanması konusunda bir garanti teşkil etse de, bu ilkenin Birliği oluşturan ikinci ve üçüncü sütunlarda uygulanabilirliği üzerine yürütülen tartışmaları sona erdiremeyeceği açıktır.¹⁹

¹⁸ Bu ilke ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. *Tekinalp/Tekinalp*, Avrupa Birliği Hukuku, s. 147 vd.; *Bozkurt/Özcan/Köktaş*, Avrupa Birliği Hukuku, s. 187 vd.; *Oder*, Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasalcılık, s. 488 vd.

¹⁹ Bu hususta karşı. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1762; *Terhechte*, EuR 2008, s. 154 vd.; *Weber*, EuZW 2008, s. 12.

F. Birliğin Hukuki Tasarrufları

Birliğin ikincil hukuk sistemi karşısındaki tavrı, Lizbon Antlaşması'nı Avrupa Birliği Anayasası'ndan ayıran diğer bir noktadır. Zira Avrupa Birliği Anayasası, Birliğin ikincil hukukuna yeni bir düzen vermek amacıyla, Avrupa kanunu, Avrupa çerçeve kanunu, Avrupa tüzüğü, Avrupa kararı ifadelerini tercih etmiş; tavsiye ve görüş terimlerini ise aynen muhafaza etmiştir. Lizbon Antlaşması bu konuda da, devletsel bir yapıyı çağrıştıracak ifadeleri kullanmaktan özenle sakınarak, tüzük, yönerge, karar, tavsiye ve görüş ibarelerini kullanmıştır. Bununla birlikte Lizbon Antlaşması, Birliğin ikincil hukuk kaynakları arasında "yasama işlemleri ve kanun niteliği haiz olmayan hukuki tasarruflar" adıyla bir ayırım getirmiştir. Bu ayırım esas itibarıyla ilgili hukuki tasarrufun şekline değil de, hazırlanış usulüne dayanmaktadır. ABÇUİA'nın 289. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, olağan yasama usulü çerçevesinde hazırlanmış hukuki tasarruflar yasama işlemi olarak adlandırılır. Kanun niteliği haiz olmayan hukuki tasarruflar ise, Antlaşmalarda öngörülmemiş olan bir yasama usulü çerçevesinde hazırlanmış olan hukuki tasarruflardır. Son olarak ABÇUİA'nın 288. maddesinin 5. fıkrasında, tavsiye ve görüşlerin hukuken bağlayıcı olmayan tasarruflar olduğu dile getirilmiştir.

G. Temel Haklar Şartı ve AİHS'ye Katılım

Lizbon Antlaşması'nın hazırlanma sürecinde uzun tartışmalara neden olmuş konulardan biri de, 2000 yılında açıklanmakla birlikte, hukuki açıdan bir bağlayıcılık kazanamayan AB Temel Haklar Şartı'nın statüsüdür. Temel Haklar Şartı'na ilişkin olarak bu süreçte dile getirilen en büyük endişe, bu hakların hukuki bağlayıcılığının kabulünün Avrupa Birliği düzeyindeki yetki paylaşımı kurallarının felce uğramasına neden olabileceğiydi.²⁰ Bununla birlikte, Avrupa Birliği hukukundaki temel hakların korunması konusundaki açıkların kapatılması gereği de bu tartışmalarda dile getirilmiştir. Temel hakların Avrupa Birliği düzeyinde korunması ile ilgili diğer bir husus, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olmadığı, bu nedenle bu sözleşmede öngörülen temel hakların Avrupa Birliği tasarruflarının hukuki denetiminde bir ölçüt olarak ele alınamayacağıdır.²¹ Avrupa Birliği hukukunun temel haklardan tamamıyla bağımsız bir alan olarak düşünülmemesi için ise ATAD, üye devletlerin anayasal geleneklerini ve AİHS'de yer alan temel hak-

²⁰ Karş. *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 428; *Terhechte*, EuR 2008, s. 170 vd.; *Mayer*, EuR 2009, s. 87 vd.; *Klingenbrunner/Raptis*, JRP 2008, s. 139 vd.

²¹ *Jarass*, EU-Grundrechte, s. 419 vd.; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 428.

ları referans alarak Avrupa Birliği çapında geçerli olacak bazı temel hakların varlığını kabul etmiştir. Mülkiyet hakkı, düşünce hürriyeti, çalışma hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti, adil yargılanma hakkı ve konut dokunulmazlığı, ATAD'ın bu bağlamda kabul ettiği temel haklardan bazılarıdır.²²

AB Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Anayasası'na Bölüm II olarak dâhil edilmişken, YABA'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında sadece, Avrupa Birliği'nin AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları tanıdığı belirtilerek, Temel Haklar Şartı ve Birliğin Antlaşmalarının eş düzeyde olduğu ifade edilmiştir. Lizbon Antlaşması böylelikle, Temel Haklar Şartı'nı Birliğin birincil hukukuna katmıştır. YABA'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının devamında ise, Temel Haklar Şartı'nda yer alan düzenlemelerin Birliğin antlaşmalarında belirlenen yetkileri hiçbir şekilde genişletmeyeceği dile getirilmiştir. Bu düzenleme bir bakıma, Temel Haklar Şartı'nın Birlik çapındaki yetki paylaşımı kurallarını olumsuz etkileyeceği yönündeki endişenin bir yansımasıdır. Birliğin iktidarını sınırlaması işlevinin bir sonucu olarak Temel Haklar Şartı, öncelikle Birlik organlarını yasama ve yürütme faaliyetlerini yürütürken bağlar. Temel Haklar Şartı, üye devletleri ise ancak Birlik hukukunun üye devletlerce uygulandığı durumlarda bağlar.²³ Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesinin 2. fıkrasında, Temel Haklar Şartı'nın Birlik bakımından ne yeni ödevler öngörebileceği ne de antlaşmalarda tespit edilmiş yetki bölüşüm kurallarını değiştirebileceği vurgulanmıştır.²⁴ ATAD içtihatlarına dayanan bir koruma yerine, Avrupa Birliği çapında bağlayıcılığı haiz Temel Haklar Şartı'nın kabulü, özellikle bireylerin yargısal korunmasının daha iyi bir düzeye gelmesi ve hukuki güvenliği artırılması açısından Lizbon Antlaşması'nın getirdiği en önemli yeniliklerdendir.²⁵

YABA'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen Avrupa Birliği'nin AİHS'ye katılacağı hususu, Lizbon Antlaşması'nın getirdiği bir diğer yeniliktir. YABA'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında ayrıca, AİHS'ye gelecekteki katılımının Birlik içindeki yetki paylaşım kurallarını değiştirmeyeceği belirtilmiştir. Avrupa Birliği'nin AİHS'ye katılımı ise ABÇUİA'nın 218. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, ancak Konsey'in oybirliği ile vereceği ve tüm üye

²² Karş. *Herdegen*, *Europarecht*, s. 146 vd.

²³ Bu bağlamda karş. *Lindner*, *EuR* 2007, s. 160 vd.

²⁴ Burada belirtilmesi gereken bir husus, Lizbon Antlaşması'na eklenen bir protokol ile Temel Haklar Şartı'nın uygulanması açısından Birleşik Krallık ve Polonya için istisnai durumların öngörüldüğüdür. Karş. *Hatje/Kindt*, *NJW* 2008, s. 1767; *Klingenbrunner/Raptis*, *JRP* 2008, s. 140.

²⁵ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, N. 60; *Mayer*, *EuR* 2009, s. 87 vd.

Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği

devletler tarafından onaylanacak bir karar ile mümkündür. Bu bakımdan, Avrupa Birliği'nin AİHS'ye katılımı konusunda her üye devletin bir veto hakkına sahip olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır.²⁶ Avrupa Birliği'nin AİHS'ye taraf olmasının doğuracağı en önemli netice, AİHS'nin Birlik için hukuken bağlayıcı niteliğe bürünmesi olacaktır. Bir başka deyişle, Birliğin AİHS ile bağlı olması, Birliğin hukuki tasarruflarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) vereceği kararlar çerçevesinde AİHS ile de uygun olma zorunluluğunu da doğuracaktır.²⁷ Bu durumda AİHM, Avrupa Birliği'nin hukuki tasarruflarını AİHS'de yer alan temel haklara uygunluk açısından denetleyebilecektir. Avrupa Birliği'nin uluslararası hukuk açısından muhatabı olacağı bir yükümlülük ise, AİHS'ye aykırılık teşkil edecek tasarruflardan sakınmak olacaktır. Avrupa Birliği'nin AİHS'ye taraf olması, böylelikle iki önemli sonuç doğuracaktır. Birincisi, AİHS'ye uygunluk şartı, Avrupa Birliği hukukunun daima yerine getirmek zorunda olacağı bir kural olacak. İkincisi, AİHM, ATAD'ın da verdiği kararları denetleme yetkisine sahip Avrupa Birliği hukuk düzeninin en üst mahkemesi durumuna gelecektir.²⁸ Avrupa Birliği'nin AİHS'ye katılımı bilhassa, temel haklar konusunda ATAD ve AİHM içtihatları arasında uzun zamandan beri eksikliği hissedilen eşgüdümün sağlanması ve böylelikle Avrupa Birliği çapında temel haklar konusunda ilerlemeler kaydetmek açısından büyük önem taşımaktadır.²⁹ Burada aydınlatılması gereken son bir husus, AB Temel Haklar Şartı ve AİHS arasındaki ilişkiye dairdir. Her ne kadar Lizbon Antlaşması, Temel Haklar Şartı ve AİHS'yi temel hakların Avrupa Birliği çapındaki kaynakları olarak nitelemişse de, bu iki düzenleme arasındaki ilişkiye dair bir hükme yer vermemiştir. Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrası ise, Temel Haklar Şartı'nda yer verilen temel hakların AİHS'de yer alanlarla çakışması durumunda ilgili hakların kapsamının, Temel Haklar Şartı AİHS'ye göre daha yüksek bir koruma seviyesi öngörmediği sürece, AİHS'ye göre belirleneceğini ifade etmektedir.³⁰

²⁶ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1767; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 429; *Schwarze*, EuR 2009, s. 18.

²⁷ *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 429.

²⁸ *Starck*, JZ 2006, s. 76 vd.; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 429. Ayrıca karşı. *Terhechte*, EuR 2008, s. 172; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1767.

²⁹ *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 475; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 429; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 61.

³⁰ Ayrıca karşı. *Schwarze*, EuR 2009, s. 18; *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 33; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 62; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 429; *Klingenbrunner/Raptis*, JRP 2008, s. 140 vd.

H. Birliğin Yetki Alanının Yeniden Düzenlenmesi

Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nin sahip olduğu yetkileri kısmen yeni baştan düzenlemiş kısmen de genişletme yoluna gitmiştir. Bu bağlamda 1 Aralık 2009 tarihinden önce geçerli olan ABA'da Başlık V altında düzenlenmiş olan ve Avrupa Birliği'nin ikinci sütununu oluşturan Ortak Dış ve Güvenlik Politikası'nın (ODGP) ismi, "Birliğin Dış İlişkilerine İlişkin Hükümler ve Ortak Dış Güvenlik Politikasına İlişkin Özel Hükümler" olarak değiştirilmiştir. Bu başlık altında ise "Birliğin Dış Faaliyetlerine İlişkin Hükümler" ve "Ortak Dış ve Güvenlik Politikasına İlişkin Özel Hükümler" başlıkları ile iki bölüm yer almakta, ikinci bölüm ise, "Ortak Hükümler" ve "Ortak Güvenlik ve Savunma Politikasına İlişkin Hükümler" başlıklı iki kısımdan oluşmaktadır.

YABA'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında ise, Birliğin dış ve güvenlik politikası alanındaki yetkisinin dış politika ile ilgili tüm alanları ve ortak bir savunma politikasının belirlenmesi de dâhil olmak üzere, Birliğin güvenliğine ilişkin tüm konuları kapsadığı belirtilmiştir. Üye devletler arasında savunma alanındaki işbirliğinin nasıl gerçekleşeceği hususuna ise, Lizbon Antlaşması'nda değinilmemiştir. 24. maddenin 2. fıkrasında ise, ODGP'ye ilişkin bazı özel hükümler yer almaktadır. Buna göre, başka türlü bir hüküm mevcut olmadığı sürece ODGP Avrupa Konseyi ve Konsey tarafından oybirliği ile tespit edilip, yürütülmelidir.

Avrupa Birliği'nin üçüncü sütununu oluşturan ve 1 Aralık 2009 tarihinden önce geçerli olan ABA'da Başlık VI altında düzenlenmiş olan Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Politikası'nın (AİİP) ise, ABCÜİA'da yer alan Başlık V altında "Özgürlük, Güvenlik ve Hukuk Alanı" adıyla yeniden düzenlendiği görülür. 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan Avrupa hukuku kuralları çerçevesinde ağırlıklı olarak hükümetler arası (*intergovernmental*) alana dâhil olan AİİP'de kararların alınmasında öncelikle üye devletler belirleyici olup, bu alanda Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın müdahalesi en alt düzeydedir. Lizbon Antlaşması, birkaç istisna dışında AİİP'nin topluluk alanına dâhil edilmesini öngörmektedir.³¹

İ. Kurucu Antlaşmaların Değiştirilme Usulü

Avrupa Birliği'ne temel oluşturan antlaşmaların değiştirilmesi hususuna, YABA'nın 48. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddede antlaşmaların değiştiri-

³¹ Ayrıca karşı. *Weber*, BayVBl. 2008, s. 485 vd.; *Weber*, EuZW 2008, s. 13; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1763; *Terhechte*, EuR 2008, s. 172 vd.

Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği

rilme usulü, olağan ve basitleştirilmiş değiştirme usulü (*ordentliches – vereinfachtes Änderungsverfahren*) adlarıyla iki başlık altında toplanmıştır. Her iki değişiklik usulünde de ortak olan nokta, yapılan antlaşma değişikliklerin yürürlüğe girebilmesi için ilgili devletlerin iç hukuk kurallarınca uygunluğunun onaylanma zorunluluğudur. Olağan değiştirme usulünde, kural olarak antlaşmaların herhangi bir hükmü değiştirilebilir. Buna karşın basitleştirilmiş değiştirme usulü çerçevesinde, sadece belirli antlaşma hükümleri değiştirilebilir.

YABA'nın 48. maddesinin 2-5. fıkralarında düzenlenmiş olan olağan değiştirme usulü çerçevesinde, herhangi bir üye devletin hükümeti, Avrupa Parlamentosu veya Komisyon, antlaşma değişikliğine ilişkin tasarısını Konseye sunar. Bu değişiklik tasarısı, daha sonra Konsey tarafından Avrupa Konseyi'ne iletilip, ulusal parlamentolar bu tasarıdan haberdar edilir. Daha sonra Avrupa Konseyi, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in bu tasarı hakkındaki görüşünü alıp, bu değişiklik tasarısına ilişkin basit çoğunlukla bir karar alır. Avrupa Konseyi'nin bu kararı takiben, Avrupa Konseyi'nin başkanının çağrısı üzerine ulusal parlamentoların temsilcileri, üye devletlerin devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Parlamentosu ve Komisyon'un temsilcilerinden oluşan bir kurul toplanır. Bu kurul öncelikle değişiklik tasarılarını inceleyerek, uzlaşma usulüyle belirleyeceği tavsiyeleri hükümetlerin temsilcilerinin katılacağı konferansa bildirir. Bu konferansta son şekli verilen antlaşma değişiklikleri, üye ülkelerdeki onama sürecinden sonra yürürlüğe girer.

Basitleştirilmiş değişiklik usulü, olağan değişiklik usulüne göre çeşitli açılardan farklılıklar içermektedir. YABA'nın 48. maddesinin 6. fıkrasına göre, üye devletlerin onayı alındıktan sonra Avrupa Konseyi alacağı bir karar ile ABÇUİA'nın üçüncü kısmında yer alan hükümlerin tümünü veya bir kısmını değiştirebilir. Bunun yanı sıra 48. maddenin 7. fıkrasında, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra oybirliği ile vereceği bir kararlar, oybirliği yerine nitelikli oy çoğunluğuyla karar alabileceği, antlaşmaları da bu hükme dayanarak değiştirebileceği belirtilmiştir. 48. maddenin 7. fıkrasında dile getirilen bu imkânın hayata geçirilmesinin şartı ise, ilgili önerinin tüm ulusal parlamentolar tarafından kabulüdür.

J. Birliğe Giriş ve Birlikten Ayrılma

YABA'nın 49. ve 50. maddelerinde yer alan düzenlemelerle Birliğe giriş usulü ve Birlikten ayrılma imkânı ele alınmıştır. 50. maddede yer alan düzenleme ile Lizbon Antlaşması, uzun bir süredir çeşitli tartışmalara neden olmuş, üye bir devletin Birlikten ayrılma imkânının mevcudiyeti konusundaki soruyu

kesin bir şekilde cevaplamıştır.³² Lizbon Antlaşması'nın bu hükmüne göre, Birlikten ayrılıp ayrılmama konusunda esas olarak ilgili devletin iradesi belirleyicidir. Bir başka deyişle, üye bir devletin tek taraflı irade beyanı bu devletin Birlikten çıkabilmesi için yeterlidir.³³ Birlikten ayrılmanın doğuracağı hukuki sonuçlar ise 50. maddenin 2. fıkrası uyarınca, ilgili üye devlet ve Birlik arasında akdedilecek bir antlaşma ile düzenlenmelidir. Birliğin bütünleşme sürecini engelleyen veya Birliğin temel değerlerini ihlal eden veyahut diğer bir üye devlete zarar verici faaliyetlerde bulunan üye devletin Birlikten atılması hususunda gerek YABA'da gerekse de ABÇÜİA'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tür ihlalleri gerçekleştiren üye devlete karşı sadece YABA'nın 7. maddesinde yer alan müeyyide usulü işletilebilecektir. Burada değinilmesi gerekli bir başka husus, Birlikten daha önce ayrılmış bir üye devletin Birliğe tekrar katılabilmesi için genel katılım şartlarını yerine getirmesinin gerekli olduğudur.³⁴ Üye devletlere Birlikten ayrılma hakkının tanınması, Birliğe dâhil olsalar bile üye devletlerin egemenlik haklarını esasında elinde bulundurdularının bir ifadesi olarak yorumlanabilir.³⁵

YABA'nın 49. maddesinde ise, Birliğe giriş usulünün düzenlendiği görülmür. Bu maddenin içeriği her ne kadar, ABA'nın 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan metninin 49. maddesinde yer alan ifadelerle benzese de, maddenin yeni düzenlemesinde daha dikkatli ifadelerin kullanılmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir. Zira eski metinde yer alan ibareye göre, aday ülke 6. maddede yer alan ilkeleri gözetmekle mükellef kılınmış iken, YABA'nın 49. maddesi aday ülkelerin 2. maddede ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiş olan Birliğin değerlerini gözeterek, bunları geliştirmesi yükümlülüğünden bahsetmiştir.³⁶ YABA'nın 49. maddesi bunun haricinde, Konseyin ilgili devletin üyeliğinin kabulü konusunda vereceği kararda "Avrupa Konseyi tarafından belirlenen kriterlerin" de dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu kriterlerden kasıt, 1993 yılında kabul edilen Kopenhag Kriterleridir. Birliğin zorlanmadan yeni üyeleri alabilme imkânı, bu kriterler arasında yer aldığından, aday bir ülkenin Birliğe kabulü için gelecekte üye ülkelerin AB'ye giriş yeterliliği tek başına yeterli olmayacak, bunun yanı sıra Birliğin gücünü kay-

³² *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 51.

³³ *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 479.

³⁴ Karş. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1763; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 427; *Terhechte*, EuR 2008, s. 153.

³⁵ *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 427; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 479; *Terhechte*, EuR 2008, s. 151 vd.

³⁶ Karş. *Terhechte*, EuR 2008, s. 151.

betmeden yeni üyeyi hazmetme kabiliyeti de objektif bir kriter olarak göz önünde tutulacaktır.³⁷

K. Birliğin Sembolleri

Lizbon Antlaşması'nın Avrupa Birliği Anayasası karşısında farklı bir düzenlemeye gittiği hususlar arasında en çok göze çarpanlardan biri de Birliğin sembolleridir. Nitekim Avrupa Birliği Anayasası'nda, Avrupa Birliği'nin bayrağı, marşı, sloganı (çeşitlilikte birleşmiş), para birimi ve Avrupa gününün 9 Mayıs olduğuna dair bir düzenlemeye ver verilmiş iken, Lizbon Antlaşması devletsel bir oluşumu çağrıştırabilecek bu tür düzenleme getirmekten bilinçli olarak kaçınmıştır. Bu bakımdan Lizbon Antlaşması, Birliğin sembollerini birincil hukuk çerçevesinde ele almak yerine, 1 Aralık 2009 tarihinden önce olduğu gibi bunlara ikincil hukuk kuralları çerçevesinde yer verilmesini tercih etmiştir. Bununla birlikte Lizbon Antlaşması'na eklenen bir deklarasyon ile on altı üye devlet, Birliğin bayrağı, marşı, sloganı, para birimi ve ortak gününün kendileri açısından Avrupa Birliği'nde yaşayan insanların beraberliğinin simgeleri olduğunu ve bu simgelerin Birlik vatandaşlarının Birliğe olan bağlılıklarını ifade ettiğini belirtmiştir.

L. Birliğin Yeni Politika Sahaları

Lizbon Antlaşması, kurucu antlaşmalara gerek yeni politika alanları ekleyerek gerekse de eskiden beri mevcut olan politika alanlarının kapsamını genişleterek, Birliğin faaliyetlerini yürüteceği sahayı bir hayli büyütüştür. Spor (ABÇUİA md. 165), uzay (ABÇUİA md. 179), enerji (ABÇUİA md. 194), turizm (ABÇUİA md. 195), yönetsel işbirliği (ABÇUİA md. 197), fikri hakların korunması (ABÇUİA md. 118), insan sağlığının korunması (ABÇUİA md. 168) ve doğal afetlerden korunma (ABÇUİA md. 165), Lizbon Antlaşması ile öngörülen yeni politika alanlarının en önemlileridir.

Yeni politika alanlarının yanı sıra, Birliğin mevcut faaliyet alanlarının bazıları Lizbon Antlaşması ile genişletilmiştir. Lizbon Antlaşması'nın bu bağlamda getirdiği önemli bir yenilik olan üye devletlerin yardım ve dayanışma yükümlülüğü, özellikle Ortak Dış ve Güvenlik Politikası'ndaki birtakım eksiklikleri gidermeye yöneliktir.³⁸ Dayanışma yükümlülüğü (ABÇUİA md. 75), terörist bir saldırı durumunda üye devletlerin karşılıklı desteğini; yardımlaşma yükümlülüğü (YABA md. 27) ise, böylesi bir durumda üye devlet-

³⁷ *Oppermann*, DVBI 2008, s. 481.

³⁸ Karş. *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, s. 80.

ler arasında karşılıklı yardımlaşmayı öngörmektedir. Bunun haricinde, çevre politikasının temel hedeflerinin zikredildiği ABÇUİA'nın 191. maddesinin 1. fıkrasında, iklim değişikliği ile mücadele konusuna da yer verilmiştir. Bununla birlikte bazı kesimler,³⁹ Lizbon Antlaşması'nın çevrenin korunması konusunda 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan antlaşma hükümleri ile kıyaslandığında önemli değişiklikler getirmediğini, bilakis bu alanda bazı gerilemelerin söz konusu olacağını vurgulamıştır. Zira çevrenin korunması, bir yandan YABA'nın 3. maddesinin 3. fıkrasında yer alan diğer birçok hedeften sadece biri haline gelmiş, diğer yandan ise 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan ATA'nın 6. maddesinde göze çarpan konumunu yitirmiştir. Lizbon Antlaşması'nın Birliğin sosyal politikası alanında getirdiği değişiklikler de önem arz etmektedir. Bu bağlamda yeni yatay sosyal hüküm (ABÇUİA md. 9) ve sosyal ortaklığa ilişkin düzenlemeler (ABÇUİA md. 154 vd.), sosyal güvenlik ve istihdamın korunmasının Birliğin görevi olduğuna önemli bir vurgu yapmaktadır. Bunun haricinde Birliğin organları politikalarını belirlerken ve yürütürken artık, yüksek bir istihdam düzeyini teşvikin, uygun bir sosyal korumanın temininin, sosyal dışlayıcılığa karşı mücadelenin, yüksek bir düzeydeki genel ve mesleki eğitimin ve sağlığın korunmasının gereklerini dikkate almak zorunda kalacaktır.⁴⁰ İleride önemli bir rol üstlenmesi beklenen diğer bir alan ise, ABÇUİA Başlık XXI'de yer verilen Birliğin enerji politikasıdır. Birliğin, enerji politikasına ilişkin hükümlere daha önce de Avrupa Birliği Anayasası'nda yer verilmiş olmasına rağmen, Lizbon Antlaşması'nda yer alan düzenlemelerin Avrupa Birliği Anayasası'ndan farklı olarak dayanışma fikrine daha güçlü bir vurgu yaptığı ve enerji ağlarının ara bağlantılarının (*Interkonnektion*) teşvik edilmesini Birliğin bir hedefi olarak ele aldığı görülür (ABÇUİA md. 194). Bilhassa enerji ağlarının ara bağlantılarının teşviki, Komisyon tarafından amaçlanan bir "enerji ortak piyasası" oluşturulması açısından büyük öneme sahiptir.⁴¹

Her ne kadar YABA ve ABÇUİA'nın birçok hükmünde sınırlı yetki ilkesine vurgu yapılmışsa da, Birliğin faaliyet yürüteceği alanların sayısı Lizbon Antlaşması ile artmaktadır. Bu durum, üye devletlerin yalnızca kendi düzen-

³⁹ *Terhechte*, EuR 2008, s. 173 vd. Ayrıca karşı. *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 42. Ayrıca karşı. *Raschauer*; Hanse Law Review 2008, C. 4 S. 1, s. 45 vd.

⁴⁰ Karşı. *Schiffauer*; EuGRZ 2008, s. 5; *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 43.

⁴¹ *Terhechte*, EuR 2008, s. 173 vd.; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, s. 33.

lemeleri ile üstesinden gelebilecekleri alanların gün geçtikçe azaldığının göstergesidir.⁴² Özellikle enerji, iklim değişikliği gibi alanlar, mevcut sorunlara ortaklaşa çözüm arayışının artık zorunlu bir hale geldiğinin somut ifadesidir.

M. Kurumsal Yenilikler

Lizbon Antlaşması'nın en önemli gayelerinden biri de, Avrupa Birliği'nin kurumsal tertibinin yeniden düzenlenmesi idi. 2004 yılı ile başlayan genişleme sürecinin sonunda üye sayısı neredeyse iki kat artan Avrupa Birliği'nin organlarının görevlerini etkili bir biçimde yerine getirebilmelerinin sağlanması, bu reformların temel amacı olarak görülebilir. YABA, 1 Aralık 2009 tarihinden önce yürürlükte olan ATA'nın 7. maddesinde sayılan organlara ek olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Merkez Bankası'na da organ statüsü tanınmıştır. Diğer önemli değişiklikler ise, Avrupa Parlamentosu'nun yasama sürecindeki rolünün artırılması, Avrupa Konseyi'nde bir başkanlık makamının oluşturulması, Konsey'deki çoğunluk kararlarına ilişkin değişiklikler, Avrupa Komisyonu'nun üye sayısının azaltılması ve Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilciliği'nin oluşturulmasıdır. Lizbon Antlaşması ile Birliğin kurumsal yapısında yapılan değişiklikler dikkate alındığında, Birliğin iç işleyişinin iyileştirilmesi ve daha şeffaf ve daha demokratik bir yapıya kavuşturulmasının bu reformların merkezinde yer alan hedefler olduğu görülür.⁴³

1. Avrupa Parlamentosu

Lizbon Antlaşması'nın Avrupa Parlamentosu'nu ilgilendiren değişikliklerine bakıldığında, bu değişikliklerin öncelikle Avrupa Birliği'ndeki karar alma süreçlerini daha demokratik hale getirme ve Avrupa Parlamentosu'nun işleyişini kolaylaştırmak amacına yönelik olduğu görülür. Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilen daha önceki reformlarda olduğu gibi Lizbon Antlaşması ile de Avrupa Parlamentosu, diğer kurumlar karşısında gücünü ve etkinliğini artırarak, bu antlaşmadan en kazançlı kurum olarak çıkmıştır.⁴⁴

⁴² Karş. *Terhechte*, EuR 2008, s. 174; *Schiffauer*, EuGRZ 2008, s. 6; *Oppermann*, DVBl 2008, s. 481.

⁴³ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1763; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 475; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 45 vd.; *Oppermann*, DVBl 2008, s. 478; *Terhechte*, EuR 2008, s. 161.

⁴⁴ *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 475; *Schwarze*, EuR 2009, s. 12 vd.; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 431; *Weber*, EuZW 2008, s. 9; *Özler/Mindek*, AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, s. 41.

Avrupa Parlamentosu'nun Lizbon Antlaşması ile elde ettiği kazanımların en önemlisi, yasama sürecinde Konsey'e denk bir yasa koyucu organ haline getirilmesidir. Lizbon Antlaşması ile Avrupa Parlamentosu'na ayrıca, siyasi denetim, antlaşma hükümleri çerçevesinde danışma ve Komisyonun başkanını seçme görevleri yüklenmiştir. Lizbon Antlaşması hükümleri uyarınca Avrupa Parlamentosu, Birlik vatandaşlarının temsilcisi olan ve sayıları Parlamento başkanı haricinde 750'yi geçemeyecek olan üyelerden oluşacaktır. Bu bakımdan Avrupa Parlamentosunun üye sayısı, gelecekte 751 olacaktır. YABA'nın 14. maddesinin 2. fıkrası ise, üye ülkelerin Avrupa Parlamentosu'nda en fazla 96, en az 6 koltuğa sahip olabileceğini belirtmiştir. Lizbon Antlaşması'nın ortaya çıkardığı bir diğer durum, Avrupa Parlamentosu'nun Birliğin yasama yetkisinin kullanılmasında daha etkin bir konuma gelmesidir. Gerek ABÇUIA'nın 289. maddesinin 1. fıkrasında ortak karar alma usulünün adının olağan yasama usulü olarak değiştirilerek, bu usulün kural haline getirilip, uygulanacağı alanların sayısının otuz beşe çıkarılması, gerek YABA'nın 14. maddesinin 3. fıkrasında, Avrupa Parlamentosu'nun yasama sürecinde Konsey'e denk bir organ olduğunun belirtilmesi, Avrupa Parlamentosu'nun Birliğin yasama yetkisinin kullanılmasındaki rolünün eskisine göre ciddi bir şekilde arttığının göstergesidir.⁴⁵ Avrupa Parlamentosu'nun etkinliğinin artması ise, kuşkusuz Avrupa Birliği'nin daha demokratik bir nitelik kazanmasına neden olacaktır.⁴⁶

2. Avrupa Komisyonu

Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği organlarının oluşturduğu sistem içindeki görev ve rolü bakımından Avrupa Komisyonu için büyük çapta değişiklikler getirmemiştir. Lizbon Antlaşması Avrupa Komisyonu'na ilişkin hükümlere genel olarak, YABA'nın 17. maddesinde ve ABÇUIA'nın 244 vd. maddelerinde yer vermiştir. Bu düzenlemelerde öngörülen değişiklikler ise, daha ziyade Avrupa Komisyonu'nun yapısı ve işleyişine ilişkindir. Bu bağlamda gerçekleştirilen ilk reform, Komisyondaki komiser sayısının azaltılmasına dairdir. Buna göre, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten 31 Ekim 2014 tarihine kadar geçen zamanda Komisyon, her üye devletten bir komisere yer verecektir. 1 Kasım 2014 tarihinden itibaren ise, üye devletler arasında uygulanacak eşitlikçi rotasyon yöntemi ile Avrupa Birliği üye sayısının 2/3'ünü kapsayacak şekilde Komisyonun üye sayısında azaltılmaya gidilecektir. 1 Kasım 2014 tarihinden itibaren Komisyon, bir başkandan, başkan

⁴⁵ *Terhechte*, EuR 2008, s. 163.

⁴⁶ Karş. *Weber*, EuZW 2008, s. 9; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 475; *Oppermann*, DVBl 2008, s. 478 vd.

Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği

yardımcısı konumundaki Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ve diğer komiserlerden oluşacaktır. Bu yeni sistem, bilhassa nüfusu az olan üye devletlerin lehine olacaktır.⁴⁷ Her üye devletin Komisyonda temsil edilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeye son verecek olan bu hüküm, Komisyonu Konsey karşısında güçsüz hale getireceği iddiasıyla eleştirilmiştir.⁴⁸ Komisyon üyelerinin azaltılması yönündeki bu değişikliğin temel amacı, Komisyonun işleyişini kolaylaştırmak ve Komisyon üyelerinin üye ülkelerden bağımsız bir şekilde Birliğin temel menfaatlerini koruyup, temsil etmesini sağlamaktır.⁴⁹

Komisyonun seçimi konusuna Yeni ABA'nın 17. maddesinin 7. fıkrasında ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Buna göre Komisyon başkanını seçmeye yetkili kurum, Avrupa Parlamentosudur. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Parlamentosu seçiminin sonuçlarını dikkate alarak nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla önerdiği bir adayı basit çoğunlukla Komisyon Başkanı seçer. Komisyonun başkan yardımcısı konumundaki Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi ise, Avrupa Konseyi tarafından nitelikli çoğunlukla alınacak bir karar ile Komisyon başkanının onayı da alındıktan sonra atanır. Komisyon üyelerinin seçiminde ise, Komisyon başkanı öncelikle bir liste hazırlayarak bu listeyi Avrupa Parlamentosu'nun onayına sunar. Avrupa Parlamentosu'nun onayını alan Komisyon üyeleri, Konseyin nitelikli çoğunlukla alacağı bir kararla atanır.

3. Avrupa Konseyi

Avrupa Birliği'nin esas yönetim organı olarak politikalarının belirlenmesinde kilit bir rol üstlenen Avrupa Konseyi'ne, Lizbon Antlaşması ile kurum statüsü verildiğine yukarıda değinilmiş idi. YABA'nın 15. maddesinde, Avrupa Konseyi'nin yapısı ve görevlerine yer verilmiştir. Buna göre Avrupa Konseyi, devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Konseyi'nin başkanı ve Avrupa Komisyonu'nun başkanından oluşacaktır. YABA'nın 15. maddesinde her ne kadar Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'nin Avrupa Konseyi'nin toplantılarına katılabileceği belirtilmiş ise de, bu düzenlemeden Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yük-

⁴⁷ *Oppermann*, DVBl 2008, s. 479.

⁴⁸ *Weber*, EuZW 2008, s. 10. Ayrıca karşı. *Özler/Mindek*, AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, s. 47 vd.

⁴⁹ Karşı. *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 431; *Terhechte*, EuR 2008, s. 164; *Schwarze*, EuR 2009, s. 13.

sek Temsilcisi'nin de Avrupa Konseyi'ne üye olduğu sonucuna varmak doğru olmayacaktır.⁵⁰

Avrupa Konseyi'ne ilişkin olarak Lizbon Antlaşması ile öngörülen yeniliklerden bir diğeri, başkanlık makamıdır.⁵¹ YABA'nın 15. maddesinde, Avrupa Konseyi'ne başkanlık edecek kişinin görev süresi 2,5 yıl olarak belirlenmiş; ancak aynı kişinin ikinci bir kez daha seçilme imkânının var olduğuna da değinilmiştir. Lizbon Antlaşması bu bakımdan, 6 aylık dönem başkanlıklarının yerine 2,5 yıllık daimi Avrupa Konseyi başkanlığını öngörmektedir. Avrupa Konseyi'ne başkanlık edecek kişinin, ulusal düzeyde hiçbir görevinin bulunmaması gerekir. Dönem başkanlığı sisteminin kaldırılarak, bunun yerine daimi bir başkanlık makamının tesisi ile güdülen temel amaç, Avrupa Konseyi'nin etkinliklerini daha uyumlu, daha şeffaf ve devamlılık arz edecek tarzda sürdürebilmesini ve Avrupa Birliği'nin uluslararası arenada daha iyi bir şekilde temsilini sağlamaktır.⁵² Avrupa Konseyi başkanı esas olarak, Avrupa Konseyi'nin çalışmalarına başkanlık edip, bu çalışmaların eşgüdümlü ve düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamakla mükelleftir. Ortak Dış ve Güvenlik Politikası (ODGP) kapsamında Avrupa Birliği'nin dışarıda temsili ise, Avrupa Konseyi başkanının diğer bir görevidir. Avrupa Konseyi başkanı bu dış temsil görevini ise, ancak ilgili mevzunun Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'nin görev alanına girmediği durumlarda yürütebilir. Zira ODGP'nin yürütülmesinde, esas olarak Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi yetkilidir. Bu açıdan bakıldığında, Avrupa Konseyi başkanına yüklenen görevlerin büyük ölçüde temsili nitelikte olduğu söylenebilir.⁵³

4. Konsey (Bakanlar Konseyi)

Konsey ile ilgili hükümlere YABA'nın 16. ve ABÇUIA'nın 237-243. maddelerinde yer verilmiştir. Lizbon Antlaşması'nın bu çerçevede öngördüğü yeniliklerin daha çok Konsey'in yapısı, yetkileri ve karar alma usulüne dair olduğu söylenebilir. Lizbon Antlaşması ile Konsey, Birliğin yasama ve yürütmeye ilişkin görevlerini yerine getiren ve her üye devletin bakanlar düzeyin-

⁵⁰ *Weber*, EuZW 2008, s. 9.

⁵¹ 19 Kasım 2009 tarihinde Herman Van Rompuy Avrupa Konseyi başkanlığına getirilmiştir.

⁵² *Terhechte*, EuR 2008, s. 161; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1763; *Bozkurt/Özcan/Köktaş*, Avrupa Birliği Hukuku, s. 68; *Özler/Mindek*, AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, s. 51 vd.

⁵³ *Weber*, EuZW 2008, s. 9; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 476; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 430; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1763.

deki bir üyesinden oluşan organı olma özelliğini muhafaza etmiştir. Bunun yanı sıra YABA'nın 16. maddesinin 1. fıkrasında, Konseyin Avrupa Parlamentosu ile birlikte yasama yetkisini ve mali yetkileri kullanacağı ifade edilerek, Birliğin bir kısım politikalarının belirlenmesi ve Antlaşmaların hükümleri çerçevesinde eşgüdümün sağlanmasının da Konseyin görevleri arasında bulunduğu belirtilmiştir. Lizbon Antlaşması ile getirilen diğer bir değişiklikle ise, Konsey'in yasama yetkisini olağan yasama usulü çerçevesinde Avrupa Parlamentosu ile paylaşacağı belirtilmiş; böylelikle Avrupa Parlamentosu ve Konsey arasındaki kurumsal yapının Avrupa Parlamentosu lehine değişiminin önü açılmıştır.⁵⁴

Lizbon Antlaşması'nın hazırlanması sürecinde en yoğun tartışmalara neden olmuş konulardan biri de, Konsey'de yapılacak oylamalarda nitelikli çoğunluğun gerekli görüldüğü hallerde bu çoğunluğun nasıl belirleneceğidir.⁵⁵ Zira kararlarını ekseriyetle nitelikli çoğunlukla alan Konsey'in, kendine yüklenen görevleri daha iyi bir şekilde yerine getirebilmesi için, karar alma usullerinde değişiklikler yapılması, Lizbon Antlaşması ile ulaşılmak istenen en önemli hedeflerden biri olmuştur. Konsey'deki oylamalarda nitelikli çoğunluğun belirlenmesine ilişkin esaslar, YABA'nın 16. maddesinin 4 vd. fıkrasında, ABÇUİA'nın 238. maddesinde ve Lizbon Antlaşması'na eklenen iki farklı protokolde yer almaktadır. Bununla birlikte bu düzenlemelerin karmaşık yapı ve içeriği, bunların gelecekte elde edeceği başarı konusunda bazı kesimlerde ciddi şüphelerin oluşumuna neden olmuştur.⁵⁶ Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi durumunda Konsey'deki karar alma süreçlerinin alacağı görünümü ana hatları ile şu şekilde ifade edebiliriz:

Öncelikle, genel kural niteliğindeki YABA'nın 16. maddesinin 3. fıkrası gereği, antlaşmalarda aksi belirtilmediği sürece, Konsey her kararını nitelikli çoğunluk ile alacaktır. Nitelikli çoğunluğun nasıl hesaplanması gerektiği konusunda ise, üç farklı zaman dilimi arasında ayrıma gitmek gerekir.

1- YABA'nın 16. maddesinin 5. fıkrası gereği, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten 31 Ekim 2014 tarihine kadar geçen zaman diliminde, Geçiş Dönemi Hükümlerine İlişkin Protokol'ün öngördüğü kurallar geçerli ola-

⁵⁴ Weber, EuZW 2008, s. 9.

⁵⁵ Karş. Terhechte, EuR 2008, s. 166 vd.; Hatje/Kindt, NJW 2008, s. 1764; Pache/Rösch, NVwZ 2008, s. 477; Oppermann, DVBl 2008, s. 479.

⁵⁶ Karş. Lindner, BayVBl. 2008, s. 430; Terhechte, EuR 2008, s. 167; Pache/Rösch, NVwZ 2008, s. 477; Hatje/Kindt, NJW 2008, s. 1763.

caktır. Bu protokolün 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, 31 Ekim 2014 tarihine kadar Nice Antlaşması ile belirlenmiş oylama esasları uygulanacaktır.⁵⁷

2- 1 Kasım 2014 tarihinden itibaren ise, Konsey üyelerinin % 55'i ve Birliğin toplam nüfusunun en azından % 65'ini içeren en az 15 üye devletin desteğinin alındığı durumlarda nitelikli çoğunluktan söz edilebilecektir. Burada belirtilmesi gereken bir nokta, bu yeni oylama usulünün aslında daha önceden Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe gireceği tarihten itibaren geçerli olacağı kararlaştırılmış olduğu, fakat Polonya'nın bu konudaki itirazları sonucunda bu düzenlemenin yürürlüğünün 2014 yılına kadar ertelendiğidir. Öte yandan Geçiş Dönemi Hükümlerine İlişkin Protokol'ün 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında 1 Kasım 2014 ve 31 Mart 2017 tarihleri arasındaki zaman dilimini kapsayan geçiş dönemine ilişkin bir kural yer almaktadır. Buna göre, ilgili kararın nitelikli çoğunlukla alınması gerektiği durumlarda, Konsey'in herhangi bir üyesi, ilgili kararın Nice Antlaşması'nda öngörülen nitelikli çoğunluğa göre alınmasını talep edebilir. 1 Kasım 2014 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi hedeflenen oylama sistemi, Konsey'de nitelikli çoğunluğun tespitinde 1 Aralık 2009 tarihinden önce geçerli olan ve üye ülkelerin Konsey'deki temsilcilerinin sayısının belirleyici olduğu sisteme göre kuşkusuz daha demokratik olup, Konsey'in aldığı kararların meşruiyetini artırmaktadır.⁵⁸ Bu bakımdan bu oylama sistemi, 1 Aralık 2009 tarihinden önce geçerli olan usule göre daha ileri bir niteliğe sahiptir. Ancak, Lizbon Antlaşması'nda öngörülen engelleyici azınlık (*Sperrminorität*) imkânı ve Ioannina Uzlaşısı, bu kuralın uygulamasına önemli sınırlamalar getirmektedir. YABA'nın 16. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen engelleyici azınlık için, kural olarak Konsey'in en az dört üyesinin karşı oyu gereklidir. Dört üye devletin karşı oyunun söz konusu olmadığı durumlarda, nitelikli çoğunluğa ulaşıldığı kabul edilecektir. Engelleyici azınlık imkânı öncelikle, büyük üye devletlerin Konsey'deki ağırlığını azaltmaya yöneliktir, zira büyük devletlerin kendi aralarında koalisyonlar kurması çoğu kez zor görünmektedir.⁵⁹ Ioannina Uzlaşısı ise, Lizbon Antlaşması'na 7 numaralı Deklarasyon ile eklenmiştir. Ioannina Uzlaşısı esas olarak, Konsey'de çoğunluk oluşturmayan üye devletlere, Konsey'in karar almasından önce görüşmelerin tekrarlanmasını talep etme yönünde bir hak tanımaktadır. Ioannina Uzlaşısı gereği, bu tür bir talepte bu-

⁵⁷ Nice Antlaşması gereği, üye devletler arasında bölüştürülmüş olan 345 oy en az 255'inin olumlu olması, AB nüfusunun en az % 62'sinin temsil edilmesi ve üye devletlerin çoğunluğunun öneriyi destekliyor olması durumunda, nitelikli çoğunluktan söz edilebilecektir.

⁵⁸ *Terhechte*, EuR 2008, s. 167.

⁵⁹ *Terhechte*, EuR 2008, s. 167.

lanabilecek üyelerin ya engelleyici azınlık için gerekli olan Birlik nüfusunun 3/4'ünü ya da engelleyici azınlık için gerekli olan üye devlet sayısının 3/4'ünü temsil etmeleri gerekmektedir. Ioannina Uzlaşısı niteliği gereği, ucu açık bir pazarlık yükümlülüğü olarak görülebilir.⁶⁰ Lizbon Antlaşması'na eklenen bir başka protokolde ise, Ioannina Uzlaşısı'nda öngörülen hükümlerin ancak oybirliği ile değiştirilebileceği belirtilmiştir. Ioannina Uzlaşısı'na yöneltilen başlıca eleştiri, burada yer alan hükümlerin Konsey'in çalışmalarını zorlaştırarak, karar alma süreçlerini tıkayacak nitelikte olduğudur.⁶¹

3- 1 Nisan 2017 tarihinden itibaren ise ABÇUIA'nın 205. maddesinin 2. ve 3. fıkraları herhangi bir geçiş dönemi kuralına tabi olmaksızın geçerli olacaktır. Nitelikli çoğunluk için Konsey üyelerinin % 55'i ve Birliğin toplam nüfusunun en azından % 65'ini barındıran en az 15 üye devletin desteğinin aranmasına ilişkin kural, bu bağlamda herhangi bir kısıtlama söz konusu olmadan uygulanacaktır. Ancak, Ioannina Uzlaşısı'nın 1 Nisan 2017 tarihinden sonra da geçerliliğini devam ettireceğini belirtmek gerekir.

YABA'nın 16. maddesinin 8. fıkrasında, Konseyin yasama işlemlerine ilişkin tasarılarını görüştüğü veya oyladığı durumlarda oturumların herkese açık olması gerektiği belirtilmiştir. Bu kuralın çiğnenmesi, ABÇUIA'nın 263. maddesinin 2. fıkrası gereği ilgili işlemin yokluğuna sebebiyet verecektir. Lizbon Antlaşması ile getirilen bir diğer değişiklik ise, Konsey başkanlığının yürütülmesinde eşitlikçi rotasyon sisteminin kabulüdür. Bu bağlamda 9 numaralı Deklarasyon'da, Konsey başkanlığının on sekiz aylık bir zaman dilimini kapsayacak şekilde, üç üye ülkeden oluşacak bir grup tarafından yürütülmesi gerektiği ve her üyenin altı ay boyunca Konsey'e başkanlık yapacağı ifade edilmiştir. Konsey başkanlığının eşitlikçi rotasyona dayalı yürütüleceğinin istisnası, dışişlerine ilişkin birleşimlerdir; zira bu tür birleşimlere Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi başkanlık eder.

5. Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi

Lizbon Antlaşması, olumsuz neticelenen referandumlardan dolayı yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği Anayasası'nın Birliğin dışa yönelik temsiline ilişkin hükümlerini çok büyük ölçüde aynen kabul etmiştir. "Birliğin Dışişleri Bakanı" yerine "Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi" ifadesinin kullanılması, Lizbon Antlaşması'nın bu bağlamda öngördüğü tek farktır.

⁶⁰ Pache/Rösch, NVwZ 2008, s. 477; Weber, EuZW 2008, s. 10.

⁶¹ Karş. Oppermann, DVBl 2008, s. 479; Pache/Rösch, NVwZ 2008, s. 477.

Avrupa Birliği'nin dış ilişkiler ve güvenlik politikası alanındaki çalışmalarında daha güçlü bir eşgüdüm sağlamak, Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'nin gerçekleştirmesi gereken başlıca amaçtır.⁶² Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi bu bağlamda, Birliğin ortak dış ve güvenlik politikasını yönetmek, önerileri ile bu politikaların belirlenmesine katkıda bulunmak, ortak güvenlik ve savunma alanında da buna uygun yetkileri kullanmak, Konsey'in dışişlerine ilişkin birleşimlerine başkanlık etmek ve Komisyon'un başkan yardımcılığını yürütmekle görevli kılınmıştır.

Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi YABA'nın 18. maddesi uyarınca, Komisyon başkanının onayı ile Avrupa Konseyi tarafından nitelikli çoğunlukla atanır.⁶³ Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'nin görevine, aynı usulle son verilmesi mümkündür. Birliğin ilk Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe gireceği tarihte göreve başlayacak ve görev süresi bu tarihte göreve başlayan Komisyon'un görevinin devam ettiği tarihe kadar devam edecektir. Lizbon Antlaşması bunun haricinde, Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi'nin çalışmalarına yardımcı olması amacıyla Avrupa Dış Faaliyetler Servisi'nin kurulmasını öngörmektedir. Avrupa Dış Faaliyetler Servisi, Konsey sekreteryası, Komisyon ve üye devletlerin göndereceği diplomatik personelden oluşacaktır.

6. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

Avrupa Birliği kurumları arasında Lizbon Antlaşması ile yapısal ve işlevsel bakımdan en az değişikliğe uğrayan kurum, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'dır. Lizbon Antlaşması'nın Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na (ATAD) ilişkin düzenlemeleri, YABA'nın 19. maddesi ve ABÇUİA'nın 251-281. maddelerinde yer almaktadır. Avrupa Birliği'nin yargı sistemindeki mahkeme isimlerinin değiştirilmesi, Lizbon Antlaşması ile getirilen değişikliklerin ilkidir. Nitekim YABA'nın 19. maddesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Divan, Genel Mahkeme ve Uzman Mahkemeler'den oluştuğunu belirtmektedir. Buna göre Lizbon Antlaşması, bir yandan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nı Divan, İlk Derece Mahkemesi'ni Genel Mahkeme ve Uzmanlaşmış Yargı Dairleri'ni Uzman Mahkeme olarak adlandırmakta, diğer yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nı hem bir Birlik mahkemesi olarak nitelemekte hem

⁶² Karş. *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 478; *Terhechte*, EuR 2008, s. 162.

⁶³ Catherine Ashton, 19 Kasım 2009 tarihinde Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi görevine getirilmiştir.

de tüm Birlik mahkemelerinin kurumsal bir çerçevesi olarak ele almaktadır.⁶⁴ ATAD'ın yapısında gerçekleştirilen bir değişiklik, ATAD'da görev yapan savcılarının sayısının sekizden on bire çıkarılmasıdır. YABA'nın 19. maddesinde öngörülen diğer bir yenilik ise, Birlik hukukunun kapsamına giren tüm alanlarda etkili bir yargısal korumayı güvence altına alacak şekilde, üye devletlerin gerekli hukuk yollarını oluşturmakla mükellef kılınmasıdır. Lizbon Antlaşması ile getirilen bir başka değişiklik, ihlal davasına ilişkindir. Bu değişiklik ile, ihlalle itham edilen devlete ATAD'ın devreye girmesine gerek kalmadan ihlali bertaraf etme imkânı sunan idari aşama kaldırılmış, ihlalle itham edilen devlete görüşlerini sunma imkânı sağlandıktan sonra, Komisyon'a ATAD'a başvurarak doğrudan doğruya ihlal davası açma imkanı tanınmıştır. ATAD'la ilgili olarak Lizbon Antlaşması'nda getirdiği bir diğer değişiklik, YABA'nın 260. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre Komisyon, usulüne uygun hazırlanmış bir yönergenin iç hukuka uyarlanmasına yönelik önlemler hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle bir üye devlete karşı ihlal davasını açtığı durumlarda, bir tutar ya da para cezasının da ilgili üye devletçe ödenmesini ATAD'dan talep edebilir. Böylelikle ilgili devlet, muhatabı olduğu ihlal davasında bir ikinci ikaz kararına gerek kalmadan bir tutar ya da para cezasını ödemekle yükümlü kılınabilir. YABA'nın 263. maddesinin 4. fıkrasında ise, bireysel iptal davalarına ilişkin çok önemli bir değişikliğe yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre her gerçek veya tüzel kişi, kendisine yönelmiş veya kendisini doğrudan ve şahsi bakımdan ilgilendiren eylemlere ve tüzük karakteri haiz, yani kendilerini doğrudan ilgilendiren ve herhangi bir uyarılma işlemine gerek kalmadan doğrudan uygulanma yeteneğine sahip hukuki tasarruflara karşı dava açabilecektir. Bu düzenleme, Avrupa Birliği'nin yargısal korunma sisteminde yer alan ciddi bir açığı kapatmaya yönelik kuşkusuz olumlu bir adımdır.⁶⁵ Lizbon Antlaşması'nda yargısal korunma ile ilgili olarak YABA'nın 267. maddesinde öngörülen son bir yenilik, tutuklu bir şahsı ilgilendiren önkarar usullerinin ATAD tarafından en kısa zamanda karara bağlanması gerektiğine ilişkindir. Böylece, Birliğin üçüncü sütununu oluşturan Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Politikası'nın da ATAD'ın yetkisinin kapsamına girmesi olanaklı olacaktır. Gerçi ABÇUİA'nın 276. maddesinde, ATAD'ın Özgürlük, Güvenlik ve Hukuk Alanı'nın tüm kısımlarında yetkili olacağı belirtilmiştir. Buna karşın ABÇUİA'nın 275. maddesinde, Ortak Dış

⁶⁴ Karş. *Weber*, EuZW 2008, s. 11; *Can*, DEÜHFD C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 1108 vd.

⁶⁵ *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 432; *Schwarze*, EuR 2009, s. 15; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 478; *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1767. Ayrıca karş. *Linder*, ZRP 2007, s. 54 vd. *Everling*, EuR 2009, s. 71 vd.

ve Güvenlik Politikası'nı ilgilendiren kuralların ve bu kurallara dayanılarak düzenlenen hukuki tasarrufların ATAD'ın yetkisi kapsamında olmadığı dile getirilmiştir.⁶⁶

N. Birliğin Demokratik Meşruiyetinin Artırılmasına Yönelik Yenilikler

Lizbon Antlaşması ile getirilen düzenlemelerin en önemli gayelerinden birinin, Avrupa Birliği'nin giriştiği faaliyetlerin demokratik meşruiyetinin artırılması olduğuna daha önce değinmiştik. Lizbon Antlaşması, bu bağlamda çok önemli düzenlemeler içermektedir. Lizbon Antlaşması ile ABA'ya ilk defa Avrupa Birliği'ndeki demokratik ilkelere ilişkin bir başlık eklenmiştir. Bu başlık altında YABA'nın 9-12. maddelerine yer verilmiştir. YABA'nın 9. maddesinde, Birliğin vatandaşlarının eşitliği ilkesine saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir. Buna ilaveten, üye devletlerin her vatandaşının Birlik vatandaşı olduğu ve Birlik vatandaşlığının ulusal vatandaşlığa ek olup, onun yerini almayacağı ifade edilmiştir. Avrupa Birliği çapında demokratik meşruiyeti artırmak amacıyla Lizbon Antlaşması'nda öngörülen düzenlemeleri dört başlık altında toplayabiliriz.⁶⁷

1. Birliğin Organları Vasıtasıyla Temsil

YABA'nın 10. maddesinde Avrupa Birliği'nin çalışma usulünün temsili demokrasinin esaslarına dayandığı ve Avrupa Parlamentosu'nun Birlik düzeyinde vatandaşları doğrudan temsil ettiği belirtilmiştir. Üye devletler ise, Avrupa Konseyi'nde kendi devlet veya hükümet başkanları tarafından, Konsey'de ise hükümetleri aracılığıyla temsil edilecektir. Bu maddede ayrıca, tüm vatandaşların Birliğin demokratik yaşamına katılma hakkına sahip olduğu ve Birlik organlarının kararlarını mümkün olduğunca şeffaf ve halka yakın bir tarzda alması gerektiği ifade edilmiştir. YABA'nın 11. maddesinde ise, Birliğin faaliyetlerini vatandaşların katılımını mümkün kılacak bir şekilde sürdürmesi ve Birlik organlarının sivil toplum örgütleri ile açık, şeffaf ve düzenli bir diyalog içinde bulunması gerektiği dile getirilmiştir. YABA'nın 11. maddesinin 3. fıkrasında ise, Birliğin faaliyetlerinde eşgüdüm ve şeffaflığın sağlanabilmesi amacıyla, Komisyonun ilgililerin görüşünü kapsamlı bir şekilde alması gerektiği belirtilmiştir. ABÇUIA'nın 15. maddesinde de, Birliğin organları,

⁶⁶ Bu konuda karşı. *Can*, DEÜHFD C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 1110 vd.; *Everling*, EuR 2009, s. 71 vd.

⁶⁷ Ayrıca karşı. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1766 vd.; *Lindner*, BayVBl. 2008, s. 425; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 62b vd.

kurumları ve diğer mercilerinin faaliyetlerini, idari sorumluluğu teşvik etmek ve sivil toplum kuruluşlarının katılımını güvence altına alabilmek amacıyla, açıklık ilkesine uygun bir şekilde yürütmesi gerektiği vurgulanmıştır. Burada ayrıca, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in yasamaya ilişkin birleşimlerinin açık olması gerektiği de belirtilmiştir. ABÇUİA'nın 15. maddesinde düzenlenen bir başka husus, Birlik vatandaşlarının veya bir üye ülkede ilgili düzenlemelere uygun bir ikametgâha sahip gerçek ve tüzel kişilerin, Birliğin organları, kurumları ve diğer mercilerindeki belgelere erişim hakkıdır.

2. Avrupa Parlamentosu'nun Güçlendirilmesi

Avrupa Birliği'nde yaşanan daha önceki reform süreçlerinde olduğu gibi Lizbon Antlaşması'nda da, en kazançlı çıkan Birlik organının Avrupa Parlamentosu olduğunu daha önce de vurgulamıştık. Temel hedeflerinden biri Avrupa Birliği'nin demokratik meşruiyetini artırmak olan Lizbon Antlaşması, bu hedefini hayata geçirecek adımlardan biri olarak Avrupa Parlamentosu'nun etkinliğini artırmaya çalışmıştır. Lizbon Antlaşması bu bağlamda, birçok yenilik öngörmüştür. YABA'nın 14. maddesine göre, Avrupa Parlamentosu ileride Birlik vatandaşlarının temsilcilerinden oluşacaktır. Avrupa Parlamentosu'nda görev alan milletvekillerinin artık halkların vekili değil de vatandaşların vekili olarak nitelendirilmesine, bilhassa bir Avrupa halkının oluşturulması hedefi bakımından önem atfedilmiştir.⁶⁸ Avrupa Parlamentosu'nun üye sayısının 751 ile sınırlanarak üye ülkelerin sahip olabileceği koltuk sayısının yeniden belirlenmesi de, Avrupa Parlamentosu'nun etkinliğini artırmaya yönelik bir adımdır. ABÇUİA'nın 223 vd. maddelerinde Avrupa Parlamentosu için öngörülen yeni yetkiler ise, Avrupa Parlamentosu'nu yasama faaliyetlerinde Konsey'e denk bir organ haline getirmiştir.⁶⁹ Avrupa Parlamentosu'nun yetkili olduğu politika alanlarının artırılması ise, etkinliğinin artmasına neden olan diğer bir gelişmedir.

3. Ulusal Parlamentoların Etkisinin Artırılması

Yeni ABA'nın 12. maddesi üye devletlerin ulusal meclislerine, Avrupa Birliği'nin çalışma usulünün daha iyi hale getirilmesine katkıda bulunmalarını sağlamak için çeşitli imkânlar tanımıştır. Bu imkânlar altı başlık altında sunulmuştur. Buna göre üye devletlerin parlamentoları, 1) Birliğin yasama

⁶⁸ Karş. *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1766.

⁶⁹ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1766; *Pache/Rösch*, NVwZ 2008, s. 477; *Terhechte*, EuR 2008, s. 161; *Luczak*, Die europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, s. 323 vd.

faaliyetlerine daha aktif bir rol üstlenmeli, 2) Birliğin yetkisini kullanırken uy-
mak zorunda olduğu genel prensiplerden subsidiarite ve ölçülülük ilkelerine
uygun davranılıp davranılmadığının denetleyebilir, 3) Özgürlük, Güvenlik ve
Hukuk Alanı'nda daha büyük bir rol üstlenebilir, 4) Antlaşma değişikliklerine
katılabilir, 5) Aday devletlerin Birliğe katılım süreçlerine katılabilir, 6) Av-
rupa Parlamentosu ile birlikte gerçekleştirilen parlamentolar arası işbirliğine
katkı sunabilir. Ulusal meclislere tanınan bu yeni imkânların nasıl hayata ge-
çirileceği, bu konuya ilişkin protokollerde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.
Avrupa Birliği Anayasası'nda öngörülmeyip Lizbon Antlaşması ile getirilen
bu yenilikler, ulusal parlamentoların bilhassa Birliğin yasama faaliyetlerine
daha güçlü bir şekilde katılmasını sağlamaya, böylece Birliğin yasama işlem-
lerinin meşruiyetini artırmaya yöneliktir.⁷⁰

4. Yurttaş Girişimi

Avrupa Birliği vatandaşlarının katılımına ilişkin diğer bir hüküm, yurttaş
girişimi (*Bürgerbegehren*) müessesini düzenleyen YABA'nın 11. maddesinin
4. fıkrasıdır. Doğrudan demokrasiye uygun bir yenilik olarak görülebilecek
yurttaş girişimine,⁷¹ Avrupa Birliği Anayasası'nda da yer verilmiş idi. Buna
göre, belirli bir sayıda üye devletten en az bir milyon vatandaş, Birliğin Ant-
laşmaların uygulanması amacıyla bir hukuki tasarrufa gereksinim duyduğu-
nu düşündüklerinde inisiyatif alıp, Komisyon'dan yetkileri çerçevesinde uy-
gun bir öneri sunma yönünde bir talepte bulunabilirler. Bu tür bir vatandaş
inisiyatifinin usul ve şartlarının daha ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi ise,
ABÇUİA'nın 24. maddesi uyarınca Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e yük-
lenmiştir. Bu bağlamda belirtilmesi gereken bir nokta, Komisyon'un yurttaş
girişimi ile dile getirilen talepleri uygulama zorunluluğunun bulunmadığıdır.
Ancak yurttaş girişimi, gerek Birlik kurumları üzerinde kamuoyu baskısı ya-
ratılması gerekse vatandaşların Birlik ile ilgili konuları yakından takip etme-
lerinin sağlanması açısından önem taşımaktadır.⁷²

⁷⁰ *Terhechte*, EuR 2008, s. 158; *Schiffauer*, EuGRZ 2008, s. 5; *Schwarze*, EuR 2009, s. 19;
Hobe, Europarecht, N. 1069i; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, N. 62c vd.; *Lindner*,
BayVBl. 2008, s. 425; *Schwarze*, EU-Kommentar, Einführung: Der Reformvertrag von Lis-
sabon, N. 34 vd.; *Luczak*, Die europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement
europäischer Integration, s. 334.

⁷¹ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, s. 1767; *Schiffauer*, EuGRZ 2008, s. 3; *Schwarze*, EU-Kommentar,
Einführung: Der Reformvertrag von Lissabon, N. 37.

⁷² *Özler/Mindek*, AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, s. 65; *Hobe*, Europarecht, N.
1069j.; *Fischer*, Der Vertrag von Lissabon, s. 82.

III. Sonuç

1 Aralık 2009 tarihinde resmen yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Birliği'nin 21. yüzyılda dünya siyasetinde daha güçlü bir aktör olarak yerini alabilmesi için Birliğin kurumsal yapısı ve işleyişine dair bir sürü yeni düzenleme içermektedir. Bu yeni düzenlemeler esas olarak, Birliğin demokratik, etkili ve şeffaf bir yapıya kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bu bakımdan Lizbon Antlaşması, gerek güttüğü amaçlar gerekse de içerik bakımından, 2005 yılında Hollanda ve Fransa'da gerçekleştirilen referandumlardan dolayı yürürlüğe giremeyen Avrupa Birliği Anayasası ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Lizbon Antlaşması'nı bu nedenle örtülü bir Avrupa Birliği anayasası olarak niteleyebiliriz.

Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu'nun Avrupa Birliği adıyla tek ve yeni bir çatı altında birleştirilmesi, Lizbon Antlaşması'nın öngördüğü en önemli yeniliklerden biridir. Lizbon Antlaşması'nda ayrıca, Avrupa Birliği'nin temelini Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma'nın hükümlerine dayandığı ifade edilerek, bu iki temel antlaşmanın hukuki bakımdan eş düzeyde olduğu belirtilmiştir. Temel Haklar Şartı'na yapılan gönderme ve Birliğin AİHS'ye taraf olmasının yanı sıra Birliğin yetki alanının yeniden düzenlenmesi, Lizbon Antlaşmasının getirdiği önemi haiz diğer yeniliklerdir. Lizbon Antlaşması bunun haricinde, Birliğin faaliyet sahalarına enerji, iklim değişikliği ve terörizmle mücadele ile ilgili güncel hususları katması bakımından da önem taşımaktadır.

Lizbon Antlaşması'nın önemli hedeflerinden biri de, Avrupa Birliği'nin kurumsal düzenine ilişkin reformların gerçekleştirilmesi idi. 2004 yılı ile başlayan genişleme sürecinin sonunda üye sayısı nerdeyse iki kat artan Avrupa Birliği'nin organlarının görevlerini etkili bir biçimde yerine getirebilmelerinin sağlanması, bu reformların temel amacı olarak görülebilir. Bu bağlamda Lizbon Antlaşması, ATA'nın 7. maddesinde sayılan organlara ek olarak Avrupa Konseyi ve Avrupa Merkez Bankası'na da organ statüsü tanımıştır. Diğer önemli değişiklikler ise, Avrupa Parlamentosu'nun yasama sürecindeki rolünün artırılması, Avrupa Konseyi'nde bir başkanlık makamının oluşturulması, Konsey'deki çoğunluk kararlarına ilişkin değişiklikler, Avrupa Komisyonu'nun üye sayısının azaltılması ve Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilciliği'nin oluşturulmasıdır. Lizbon Antlaşması ile Birliğin kurumsal yapısında yapılan değişiklikler dikkate alındığında, Birliğin iç işleyişinin iyileştirilmesi ve daha şeffaf ve daha demokratik bir

Dr. Ahmet M. GÜNEŞ

yapıya kavuşturulmasının bu reformların merkezinde yer alan hedefler olduğu görülür. Lizbon Antlaşması'nın Birliğin karar alma süreçleri için öngördüğü değişiklikler her ne kadar, Birliğin alacağı kararların demokratik vasfını ve etkinliğini artırabilecek nitelikteyse de, karar alma süreçlerini düzenleyen hükümlerin karmaşık yapısının Birliğin karar alma süreçlerinin tıkanmasına neden olabileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

Lizbon Antlaşması ile getirilen düzenlemelerin en önemli gayelerinden biri de, Avrupa Birliği'nin giriştiği faaliyetlerin demokratik meşruiyetinin artırılmasıdır. Bu bağlamda, ABA'ya ilk defa Avrupa Birliği'ndeki demokratik ilkelere ilişkin bir başlık eklenmiştir. Birliğin vatandaşlarının eşitliği ilkesine saygı göstermesi gerektiği, üye devletlerin her vatandaşının Birlik vatandaşı olduğu ve Birlik vatandaşlığının ulusal vatandaşlığa ek olup, onun yerini almayacağı hususuna da Lizbon Antlaşması'nda yer verilmiştir. Birliğin organları vasıtasıyla temsili, Avrupa Parlamentosunun güçlendirilmesi, ulusal parlamentoların etkisinin artırılması ve yurttaş girişimi adıyla yeni bir katılım müessesesinin getirilmesi, Avrupa Birliği çapında demokratik meşruiyeti artırmak amacıyla Lizbon Antlaşması'nda öngörülen diğer düzenlemelerdir.

KAYNAKÇA

- **Bieber, Roland/ Epiney, Astrid/ Haag, Marcel:** Die Europäische Union, 8. Auflage, Baden-Baden 2009
- **Bozkurt, Enver/ Özcan, Mehmet/ Köktaş, Arif:** Avrupa Birliği Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008
- **Can, Hacı:** Avrupa Birliği Antlaşması'nın düzenleme alanlarında yargısal denetim, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s.1081 vd.
- **Everling, Ulrich:** Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1, s. 71 vd.
- **Fischer, Klemens H.:** Der Vertrag von Lissabon, Baden-Baden 2008
- **Günuğur, Haluk:** Avrupa Birliği'nin Hukuk Düzeni, Ankara 2007
- **Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias:** Europarecht, 6. Auflage, Tübingen 2009
- **Hatje, Armin/ Kindt, Anne:** Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung?, NJW 2008, s. 1761 vd.
- **Herdegen, Matthias:** Europarecht, 9. Auflage, München 2007
- **Hobe, Stephan:** Europarecht, 4. Auflage, Köln 2009
- **Jarass, Hans D.:** EU-Grundrechte, München 2005
- **Klingenbrunner, Alexander/ Raptis, LEMONIA:** Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, s. 139 vd.
- **Lindner, Franz Josef:** Der Vertrag von Lissabon zur Reform der Europäischen Union, BayVBl. 2008, s. 421 vd.
- **Lindner, Franz Josef:** Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz – Plädoyer für eine Optimierung der Europäischen Grundrechtscharta, ZRP 2007, s. 54 vd.
- **Lindner, Franz Josef:** Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik, EuR 2007, s. 160 vd.
- **Luczak, Jan-Marco:** Die europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration, Berlin 2009
- **Mayer, Franz C.:** Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechte, EuR 2009, Beiheft 1, s. 87 vd.

Dr. Ahmet M. GÜNEŞ

- **Oder, Bertil Emrah:** Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasalcılık, İstanbul 2004
- **Oppermann, Thomas/ Classen, Claus Dieter/ Nettesheim, Martin:** Europarecht, 4. Auflage, München 2009
- **Oppermann, Thomas:** Die Europäische Union von Lissabon, DVBl 2008, s. 473 vd.
- **Özler, Zeynep/ Mindek, Can:** AB'de Anayasa Süreci ve Lizbon Antlaşması, İstanbul 2008
- **Pache, Eckard/ Rösch, Franziska:** Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, s. 473 vd.
- **Raschauer, Nicolas:** Auswirkungen der Lissabonner Vertragsreform auf das europäische und österreichische Umweltrecht, Hanse Law Review 2008, C. 4 S. 1, s. 45 vd.
- **Schiffauer, Peter:** Zum Verfassungszustand der Europäischen Union nach Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, EuGRZ 2008, s. 1 vd.
- **Schwarze, Jürgen (Hrsg.):** EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009
- **Schwarze, Jürgen:** Der Reformvertrag von Lissabon – Wesentliche Elemente des Reformvertrages, EuR 2009, Beiheft 1, s. 9 vd.
- **Starck, Christian:** Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen, JZ 2006, s. 76 vd.
- **Streinz, Rudolf:** Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008
- **Streinz, Rudolf/ Ohler, Christian/ Herrmann, Christoph:** Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2. Auflage, München 2008
- **Tekinalp, Ünal/ Tekinalp, Gülören:** Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000
- **Terhechte, Jörg Philipp:** Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, s. 143 vd.
- **Weber, Albrecht:** Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts im vertrag von Lissabon, BayVBl. 2008, s. 485 vd.
- **Weber, Albrecht:** Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, s. 7 vd.

HIRSIZLIK

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*

Doç. Dr. Muharrem ÖZEN**

ÖZET:

5237 sayılı TCK 765 sayılı YCK dan farklı olarak suç tipini değiştirmiştir. Bu farklı suç tipi nedeniyle malikin fail olup olmayacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada hırsızlık suçunun maddi konusunun sadece taşınır mal olduğu, hukuki konusunun zilyetlik olduğu ortaya konulmuştur. Fiil unsuru bakımından mal, taşınır mal ve başkasına ait mal kavramları değerlendirilmiştir. Hukuka aykırılık unsuru bakımından rızanın değeri ve suça etkisi tartışılmıştır. Kusurluluk unsurunda özel kastın anlamı ortaya konulmuştur. Bu suça özgü malın değerinin azlığı, kullanma hırsızlığı, zorunluluk hali ve daha az cezayı gerektiren hallerde ise taşınır mala elbirliği veya paydaş malik olmak durumları eleştirel boyutta alınmıştır Ayrıca benzer suçlar olan güveni kötüye kullanma, yağma ve dolandırıcılık suçları ile temel farkları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Hırsızlık, zilyetlik, taşınır mal, başkasına ait mal, rıza, yararlanmak maksadı, özel kast, malın değerinin azlığı, kullanma hırsızlığı, paydaş malik, elbirliği ile malik, taklit anahtar, enerji hırsızlığı.

SUMMARY

Dissimilar to 765 numbered Turkish Penal Code, 5237 numbered Turkish Penal Code has changed the type of crime. Because of this different crime type, argument of, whether owner can be a perpetrator or not, has arised. In the scope of this study, it has put forth that, moveable property is the only material subject of theft crime and its legal subject is possession. Terms of property, moveable property, properties belonging to others have been evaluated in terms of element of act. Significance of

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

** Ankarat Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI / Doç. Dr. Muharrem ÖZEN

consent and its effect on crime have been discussed in terms of contradiction to law element. The meaning of special intent under the element of culpability has been specified. Peculiar to this type of crime, terms of theft of things of slight value, usage theft, case of necessity and cases requiring mitigated penalty have been discussed critically depending on collective or partial ownership cases. In addition, its basic differences with similar types of crimes like breach of confidence, extortion and fraud are tried to be introduced.

KEY WORDS

Theft, Possession, Movable Property, Properties belonging to others, Consent, Aim to benefit from, Special Intent, Slightness of the value of the property, Usage Theft, Partial owner, Collective owner, Wrong Key, Energy Theft

1. Fail, Hukuki Konu ve Mağdur

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 141. maddede, hırsızlığı, bir kimsenin “zilyedinin rızası olmadan, başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla, bulunduğu yerden alması” olarak tanımlamaktadır. 765 sayılı TCK, hırsızlığı, bir kimsenin “diğerinin taşınabilir malını rızası olmaksızın faydalanmak için bulunduğu yerden almak” olarak tanımlamıştır. İki kanun arasında fark bulunmaktadır. Farkın nedeni gerekçe-de belirtilmemiştir.

TCK, hırsızlık suçunu, “zilyedin rızasının olmaması” temelinde kurgulamıştır. Böyle olunca, “başkasına ait taşınır mala zilyet olan” kişi hariç herkes, hatta malik suçun faili olabilmektedir.

Zilyetlik mülkiyete karine olmakla birlikte, suçun tanımında, malikinki dururken zilyedin rızasının yokluğuna yer verilmesinin, gerek 765 sayılı TCK, gerekse İCK’ nun suçu tanımına nispetle doğru olmadığını düşünüyoruz.

Gerçekten başka hukuk düzenlerinde hırsızlığın başka tanımları var mıdır bilmiyoruz. Ancak, bildiğimiz, kanunun suç tanımının, bu iki kanunun suç tanımına uymadığıdır. Genel hükümlerinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya yer vermeyen, özel hükümlerinde yer veren 765 sayılı TCK, “diğerinin taşınır malından” söz etmekle suçun unsuru olarak “zilyedinin rızasının” yokluğunu değil “malikin rızasının” yokluğunu aramaktadır. Genel hükümlerinde hukuka uygunluk nedeni olarak rızaya yer veren İCK., kanun yapma tekniğinin zorunlu sonucu olarak, özel hükümlerinde artık ne malikin ne de zilyedin rızasının yokluğundan söz etmektedir. Zaten, Kanun, genel hüküm olarak malikin rızasını yer verdiğiinden, özel hükümlerinde, işin icabı olarak, ayrıca zilyedinin rızasını aramamıştır¹.

Kanunun öteki iki kanundan farklı olarak genel hükümlerinde mağdurun rızasını hukuka uygunluk nedeni sayarken, özel hükmünde zilyedin rızasını hukuka uygunluk nedeni sayması, suçun failinin başkaları yanında malikin de olabileceği sonucunu doğururken (TCK. m. 144), öte yandan suçun mağdurunun malik yanında zilyedin de olması (TCK. m. 146) sonucunu doğurmaktadır. Ulaşabildiğimiz diğer hukuk düzenlerinde böyle bir düzenlemeye rastlamış değiliz.

¹ Zanardelli Kanununun (765 sayılı mülga TCK Kanunu) ve İCK’ un hırsızlık suçunu düzenlemelerine ilişkin tartışmalar için bkz. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 214.

TCK bu düzenlemesinin sonucu olarak, hırsızlığa konu taşınmaz üzerinde “zilyet olmayan malik” ile “malik olmayan zilyedin” rızası çatıştığında, yani malikin rızası olup da zilyedin rızası olmadığında sorunun nasıl ve kime göre çözümleneceği de bilinmemektedir. Gerçekten A B’ ye otomobilini veya başka bir eşyasını emanet olarak bıraksa, daha sonra B’ den habersiz, C’ in o şeyi bulunduğu yerden alıp kullanmasına izin verse, C hırsızlık suçunu işlemiş olacak mıdır sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu halde, “zilyedinin” karşısında, taşınmazın malikinin iradesinin, yani “ilgilinin rızasının” belirleyici olduğunu, dolayısıyla fiilin hırsızlık suçunu oluşturmadığını düşünüyoruz.

Hırsızlıkta suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Eskiler hırsızlıkta suçun hukuki konusunun “mülkiyet” olduğunu söylerken, bugün genellikle bunun zilyetlik olduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten, genel kanaat, hırsızlıkta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin “zilyetlik” olduğudur².

Hırsızlıkta suçun hukuki konusu olarak zilyetliğin kabul edilmesi bir tartışmayı yanında getirmektedir. Hırsız çaldığı şeye zilyettir. Böyle olunca, hırsızdan, çaldığı şeyi çalan veya kendi malını alan kimsenin fiilinin hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmadığı sıkça tartışılan gelen bir konu olmaktadır³. Ortada hırsızın zararına olan bir fiilin olmadığı ileri sürülerek aksi de denmekle birlikte, biz, söz konusu fiilin suç olduğunu düşünüyoruz.

Suçun mağduru suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir. Madem hırsızlıkta suçun hukuki konusu zilyetliğin korunmasıdır, zilyet suçun mağdurdur. Şikâyet hakkı da ona aittir. Ancak, 5237 sayılı Kanun söz konusu olduğunda, ceza hukukunda zilyetlik özel huktan farklı anlaşılacakla birlikte, zilyetlik mülkiyete karine de olsa, Kanun suçu “başkasına ait bir taşınmazı zilyedinin rızası olmadan alınması” esas olmak üzere kurguladığından, hükmün zorunlu sonucu olarak, suçun mağduru zilyet olmayan malik değil, malik olmayan zilyet olmaktadır. Burada şikâyet hakkı artık zilyetliğin mülkiyetine karine olan zilyede değil, malik olmayan, yani başkasına ait taşınmaza zilyet olan zilyede ait olmaktadır. Böyle olunca, ör., A sahibi olduğu bisikleti B’ ye emanet olarak bıraksa, C’ de bisikleti zilyet B’ in rızası olmadan bulunduğu yerden kullanma maksadıyla almış olsa, 146.

² Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 924 ; Antolisei, Manuale, PS., I, s. 210, 211; Nuvolone, Diritto penale, Delitti contro il patrimonio e contro la persona, Lezioni tenute Prof. Pietro Nuvolone, raccolte a cura di Prof. Franco Bricola e Gigliola Guerreri, Università Delgi Studi Di Milano, Facolt’ Di Giurisprudenza, Milano 1984, s.51 vd.

³ Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 926.

maddede öngörülen şikayet hakkını kullanacak kimse, malik A değil, zilyet B olacaktır.

2. Fiil

Fiil, başkasına ait bir malın, bulunduğu yerden alınmasıdır. Kanun bunu “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın bulunduğu yerden alınması” biçiminde ifade etmiştir.

Burada, “almak”, failin, malı ele geçirmesi, malı elde etmesi, malı sahiplenmesi, malın zilyedinin zilyetliğini gidermesi, sona erdirmesi anlamındadır.

Mal taşınır maldır. Mal kişinin malvarlığına dahil olan şeylerdir.⁴ Taşınmazlar hırsızlığın konusu olmaz. Ancak taşınmazdan ayrılabilen ekonomik değeri olan her şey, taşınır hükmündedir. Bu bağlamda, ör., dalından alınan meyveler, sebzeler; ocağından alınan taş, kum, çakıl; topraktan çıkarılan maddeler, taşınmazlardan ayrılarak bağımsızlaştırılan şeyler, kapı, pencere, dolap, cam, demir vs. taşınır maldır.⁵ Menkul değerler taşınır mal hükmündedir.

Hırsızlık suçu icra hareketi ile işlenir. Ancak, istisna olarak, ör., çobanın başkasının sürüsünden sürüsüne kaçan hayvanı, ev sahibinin ziyarete gelen komşusunun unuttuğu eşyasını vermemesinde olduğu gibi ihmal hareketiyle de işlenebilmektedir.

Elde etme, ele geçirme, “tehdit etme”, “cebir kullanma”, “hileli davranma” hariç, elverişli olmak koşuluyla, her türlü davranışla, çeşitli vasıtalar kullanılarak gerçekleştirilebilir.⁶ Burada önemli olan, kanunun ifadesi olarak “zilyedinin” başkasına ait bir malın alınmasına rıza göstermemiş olmasıdır. Böyle olunca, suç, serbest hareketli bir suç olmaktadır.

Hırsızlık ani suçtur. Ancak, suç, ör., bir şebekeden sıvı, gaz, elektrik, vs., alınarak işlendiğinde, işlenişi bakımından kesintisiz suç olmaktadır.

“Başkasına ait taşınır bir malı bulunduğu yerden almak”, taşınır bir malın, birinin malvarlığından çıkıp bir başkasının mal varlığına girmesidir. Öyleyse, hırsızlık suçu, neticeli suçtur, dolayısıyla bir zarar suçudur.

⁴ Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 934.

⁵ Antolisei, Manuale, PS., I, s.212.

⁶ Antolisei, Manuale, PS., I, s.217.

Rızanın zorla elde edilmesi, yağma suçunu; hileli yollarla elde edilmesi, dolandırıcılık suçunu oluşturur; hırsızlık suçunu oluşturmaz. Ancak, başkasına ait bir malı, zilyedinden, bulunduğu yerden “el çabukluğu” ile almak hileli davranmak değildir. Fiil, dolandırıcılık suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturur.

“Başkasına ait taşınır bir malın” türünün, bulunduğu yerin, bulunduğu yerdeki konumunun, korunaklı olup olmamasının, fiilin işlenmesinde önemi bulunmamaktadır. Bunlar suçun varlığını değil suçun ağırlığını etkileyen nedendir.

Mal ekonomik değeri olan maddi varlıklardır. Kanun ekonomik değeri olan her türlü enerjiyi de mal saymaktadır. Ekonomik değeri olmayan şeyler mal sayılmaz.⁷ Bu tür varlıklar, ör. birkaç üzüm tanesi, birkaç toplu iğne, vs., hırsızlık suçunun konusu olmaz. Ancak, manevi değeri, hatıra değeri olan şeyler, ör. saç, mektup, vs., ekonomik değerleri olmasa bile, ceza hukukunda mal hükmündedir.⁸

Kimsenin tasarrufunda olmayan, herkesin yararlanabildiği salt doğaya ait canlı veya cansız varlıklar, kimsenin malı değildir. Bunların elde edilmesi, başka bir suçta vücut verebilir, hırsızlık suçunu oluşturmaz. Bu bağlamda, denizdeki balıklar, havadaki kuşlar, yerdeki hayvanlar, cansız doğa herkesin yararlanmasına sunulmuş varlıklardır. Bunlar kimsenin mali değildirler. Ancak mülkiyete konu olduklarında, yani bir kimseye ait olduklarında, birinin tasarrufu altında bulduklarında hırsızlık suçunun konusunu oluştururlar.

Atılmış, terk edilmiş şeyler, sahipsiz mal hükmündedir. Malın ille de el altında olması gerekmez. Uzakta da olsa, sahibinin üzerinde tasarruf edebildiği, üzerinde tasarruf imkânını bulunan mal, unutulmuş, kayıp edilmiş eşya, sahipsiz mal değildir.

Bir merkezden havaya yayılan radyo dalgaları, elektrik sinyalleri, mal hükmünde değildir. Kimseye sorulmadan bunların alınması, bunlardan yararlanılması, başka bir suç oluşturabilir, ancak hırsızlık suçu olmaz.

Taşınır mal başkasına ait olmalıdır. Kişinin, kendi malını, hukuki bir ilişkiye dayanan zilyedinden, rızası olmaksızın almasının hırsızlık suçunu oluşturmadığı düşünülmektedir. Bu halin tazminata konu bir özel hukuk ilişkisi

⁷ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 935.

⁸ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 211 vd.; Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 936.

olduğu düşünülmektedir⁹. Bununla birlikte, Kanun, 144. maddede “paydaş veya elbirliği ile malik oluna mal üzerinde” yahut “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı ile” işlenen fiili hırsızlık saymaktadır. Böyle olunca, kişi, kendi malını, zilyedinden rızası olmadan aldığımda, hırsızlık suçunu işlemiş, yani kendi malını çalmış olmaktadır. Herhalde, bu, kabul edilebilir bir düzenleme değildir.

Başkasına ait taşınır bir mal, “zilyedinden, rızası olmadan” alınmış olmalıdır. Burada, zilyetten, başkasının taşınır bir malını, o kimsenin denetimi yahut gözetimi dışında elinde bulunduran; açıkçası, o şeyi, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek bir biçimde elinde tutan kimse anlaşılmalıdır¹⁰. Böyle olunca, hamal taşıdığı malın; bahçıvan, hizmetçi, işçi, vs. işinde kullandığı işverene ait araç ve gerecin, misafir kullandığı şeylerin, müşteri eline aldığı malın zilyedi değildir. Bunlar, kendilerine verilen, bırakılan, teslim edilen şeyleri aldıklarında hırsızlık suçunu işlemiş olurlar¹¹. Zilyedin almaya rıza göstermemiş olmamasının açık veya örtülü olmasının önemi yoktur. Önemli olan, rızanın, başkasına ait malın bulunduğu yerden alınması sırada olmamasıdır. Başkasına ait mal, bulunduğu yerden alındıktan sonra, zilyedin almaya rıza gösterilmiş olması, fiili suç olmaktan çıkarmaz.

Hırsızlık suçunda, fiilin sonlanması, açıkçası suçun tamamlanması anı tartışmalıdır. Zanardelli Kanunu, 402. maddede, suçun tamamlanması anının “taşınmazın bulunduğu yerden alınması” olarak ifade etmiştir. Mülga 765 sayılı TCK, 491. maddede, “bulduğu yerden alırsa” hükmü ile aynı yolu izlemiştir. İCK., ortaya çıkan tartışmaları gidermek için, 624. maddesi hükmünde, “başkasının taşınır şeyini elinde bulundurandan alarak zilyet olmaktan¹²” söz etmektedir. Ancak, bu düzenleme de, fiilin sonlandığı, açıkçası suçun tamamlandığı anı belirleme konusundaki tartışmaları bitirmemiştir¹³.

TCK, bu durumu, “başkasına ait taşınır bir malı... bulunduğu yerden alırsa” hükmü ile ifade etmiş, tartışmalara bir katkı sağlamamıştır. Üstelik suçun yapısında malikin rızasını değil de zilyedin rızasını esas alarak işi olduğundan çok daha fazla çıkmaza sokmuştur. Ancak, yakınmak çare değildir, bir biçim-

⁹ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 927.

¹⁰ Maggiore, , Diritto penale, II, PS., TS., s. 927; Antolisei, Manuale, PS., I, s. 215; Ayrice bkz., Nuvolone, Diritto penale, s. 31.

¹¹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 215.

¹² “...s’impossessa della cosa mobile altrui, sottrendola a chi la detiene...”

¹³ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 214; Maggiore, Diritto penale, II, PS., TS., s. 931 vd.

de hırsızlıkta fiilin sonlandırıldığı, açıkçası suçun tamamlandığı anı ortaya koymak gerekmektedir. Bu sağlanamadığı takdirde hırsızlık suçuna teşebbüsle tamamlanmış hırsızlık suçu birbirine karışmış olur.

Öyle sanıyoruz ki, başkasına ait taşınmaz bir mal bulunduğu yerden sadece alınmakla yahut yeri değiştirilmekle fiil sonlandırılmış, hırsızlık suçu tamamlanmış olmaz. Bu halde sadece suça teşebbüs edilmiş olur. Hırsızlık suçu failin aldığı şeye zilyet olması ile tamamlanır. Failin aldığı şeye zilyet olması demek, o şey üzerinde, başkasından bağımsız olarak, serbestçe tasarrufta bulunabilmesi demektir. Fail, bulunduğu yerden aldığı şey üzerinde, başka kimşenin gözetimi veya denetimi olmaksızın, serbestçe tasarrufta bulunabilecek durumda olduğunda, şeye zilyettir. Bulduğu yerden aldığı şeye fail zilyet olduğunda, hırsızlık suçu tamamlanmış olmaktadır¹⁴.

Böyle olunca, ör., buğday yüklü bir yük kamyonundan, daha sonra ortağının gelip toplaması için buğday çuvallarını yola atan hırsızın fiili, hırsızlığa teşebbüstür, tamamlanmış hırsızlık değildir. Otobüste yana yaklaştığı yolcunun cüzdanını çalarken fark edildiğini anlayınca yere atan yankesicinin fiili, hırsızlığa teşebbüstür. Ev sahibinin ziynet kutusundan altın bileziği alarak çantasına gizleyen hizmetçinin, çalıştığı mağazadan aldığı eşyayı işten çıkarırken yakalatan tezgâhtarın fiili, tamamlanmış hırsızlık suçu değildir, hırsızlık suçuna teşebbüstür¹⁵.

Fiili tek bir kimse işleyebileceği gibi, birçok kişi birlikte de işleyebilir.

3. Hukuka Aykırılık

Başkasına ait taşınır bir malı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden alma fiili hukuka aykırı olmalıdır. İşlendiği esnada fiili hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde fiil hukuka aykırıdır.

Hırsızlıkta genelde söz konusu olan hukuka uygunluk nedeni zorunluluk halidir. 765 sayılı mülga TCK., bu kanun zamanında oluşmuş olan doktrin ve uygulama, özellikle hırsızlık suçunu göz önünde tutarak, zorunluluk halini hukuka uygunluk nedeni saymış (765 sayılı TCK. m. 49), ayrıca failin zorlayan bir ihtiyacı gidermek için hırsızlık suçunu işlemesini cezayı azaltan bir neden olarak değerlendirmiş; suçun takibini mağdurun zileâ yetine bağlamıştır (765 sayılı TCK. m. 494/1-3; “zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil bir ihtiyacı

¹⁴ Esinlenen düşünce olarak bkz. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 216 vd.

¹⁵ Örnekler Antolisei’ den alınmıştır. Antolisei, Manuale, PS., I, s. 217, 218, 219.

karşılama için bir mal hakkında işlenirse faile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”). İCK benzer bir düzenleme yapmıştır (m. 626/1-2).

5237 sayılı Kanun genel hüküm olarak zorunluluk halini 25/2. maddesinde düzenlemişken, ayrıca zorunluluk halini “ağır ve acil bir ihtiyacı gidermek” ile bağıntılı olarak 147. maddesinde yerine göre “cezayı azaltan yahut ceza verilmekten vazgeçme” gerektiren bir neden olarak tekrar düzenlemiştir. Bu arada, CMK, 223/ 3, b maddesi hükmünde “zorunluluk halini”, “kusurunun bulunmaması” nedeniyle, “ceza verilmemesi hali” saymıştır. Geçerliliği kendinden menkul bu düzenlemede¹⁶ 147. maddede öngörülen “zorunluluk hali” 25/2. madde hükmünde yer alan zorunluluk halinin ne aynısıdır ne de kiminin düşüncesinin aksine¹⁷ genelde özeldir. Burada, fail, içinde bulunduğu koşullarda yapmış olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunması insanı olarak kendisinden istenemediğinden (non esigibile), öyleyse davranışının kınanılabilir olmadığı kabul edildiğinden, ya hiç kusurlu sayılmamakta, ya da daha az kusurlu sayılmaktadır. Bu demektir ki, Kanunun 25/2. madde hükmünde öngördüğü zorunluluk hali, CMK’ un 223/3,b maddesi hükmünde Kanun emri (!) olarak, hukuka aykırılığı değil de kusurluluğu kaldıran bir neden de sayılsa, 147. madde hükmünde öngördüğü zorunluluk halinin geneli değildir, aralarında genellik-özellik ilişkisi yoktur. Öyleyse, Kanun emri (!) ile kusurluluğu kaldırması emredilen her iki neden, hırsızlıkta, şartları gerçekleştiğinde, uygulanma kabiliyetlerini korumaktadırlar; 147. madde hükmü, şartları olduğunda 25/2. maddesi hükmünün uygulanmasına engel değildir.

Doğruluğu kuşkulu (!) bu kanuni düzenlemeye rağmen, biz, Tarihi kanun koyucu dışında herkesin ne olduğunu çok iyi bildiği eski ismiyle Zaruret halinin, kusurluluğu kaldıran bir neden olmadığını, hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olduğunu düşünüyoruz. Kadim doktrini ve uygulamayı hiçe sayan Kanuni dayatmadan (!) bir gün vazgeçileceğini umut ediyoruz.

Hırsızlık suçunda, hakkın kullanımı, zorunluluk hali dışında, kanun emrinin yerine getirilmesi, yetkili merciden verilen emrin yerine getirilmesi, hatta meşru savunma söz konusu olabilmektedir. Bağ bozumunda dalında bırakılan üzümlü başkalarının toplaması örf ve adettir. Kolluk memuru, kanunun müsaade ettiği hallerde, kimseye sormadan, işinde kullanmak üzere başkasının bir eşyasını alabilir. Kendini savunmakta olan kimsenin saldırganın elinden silahını alması hırsızlık suçunu oluşturmaz.

¹⁶ Hafizoğulları, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 232 vd., 242 vd.

¹⁷ Krş. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2009, s.378 vd.

4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir. Ancak, gen kast yeterli değildir, ayrıca özel kastın olması gerekmektedir. Özel kast hırsızlığı malvarlığına karşı öteki bazı suçlardan ayırmayı sağlayan zorunlu unsurdur. Kanun, özel kastı, “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” hükmüyle ifade etmiştir. 765 sayılı Kanun özel kastı “faydalanmak için” biçiminde ifade etmiştir.

Genel kast, failin, başkasına ait bir taşınırı zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden aldığını bilmesi ve istemesi iradesidir. Ancak failin kusurlu olması için bu yeterli değildir, ayrıca özel kastın da gerçekleşmesi gerekmektedir. Özel kast, failin, o şeyi, “kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadı” altında almış olmasıdır. Fail başkasına ait bir taşınırı bu niyetle almış olmazsa, alma fiili, başka bir suç oluşturabilir, ama hırsızlık suçunu oluşturmaz.

Burada başkasına ait bir taşınırın bir yarar sağlamak için alınmış olması yeterlidir. Failin veya başkasının, o şeyden, ayrıca fiilen bir yarar sağlanmış olmasına gerek yoktur; açıkçası bir şey için o şeyin kullanılmış olup olmamasının önemi bulunmamaktadır.

TCK “bir yarardan” söz etmektedir. Böyle olunca, maddi, malvarlığına ilişkin bir yarar olabileceği gibi “başkasına yarar sağlamak” hayır yapmak gibi manevi bir yarar da olabilir.¹⁸ Öte yandan sağlanmak istenen yararın mutlaka hukuka, ahlaka uygun olması gerekmez. Failin, fiilini işlerken, hukuka, ahlaka aykırı bir yarar elde etmek maksadını gütmüş olması suçun oluşması için yeterlidir.

Fiil üzerinde hata, esaslı olduğunda, kastı kaldırır. Şahısta hata, esaslı hata değildir. A’ in bir taşınırı yerine B’ in bir taşınırını almış olmanın kast üzerine etkisi yoktur. Suçun maddi konusu olan şeyin türü, miktarı, değeri üzerinde hata, esaslı hata değildir¹⁹. Kanun, 145. maddede, malın değerinin azlığını, cezayı azaltan veya “suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde tutularak” tümünden kaldıran bir neden saymıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, Kanun, 147. maddede, “Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi” halini “olayın niteliğine göre”, failin fiilinde kınanılabilirliği temelinde, yerine göre cezayı azaltan yahut kusurluluğu kaldıran bir neden saymaktadır.²⁰

¹⁸ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 220.

¹⁹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 220

²⁰ Hafizoğulları, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak İstenemezlik İlke-

Acil ihtiyaç, hemen, derhal, fil' hal giderilmesi gereken ihtiyaçtır. Bu demektir ki, daha sonra giderilmesi mümkün olan ihtiyaç, acil ihtiyaç değildir. İhtiyacın acil olması yetmez aynı zamanda ağır olması gerekmektedir. Ağır ihtiyaç, genel deney kuralları karşısında, içinde bulunulan koşullarda, insani olarak, kişiden katlanılmasının beklenmemesini gerektiren, dolayısıyla katlanılması istenemeyecek olan ihtiyaçtır.²¹

Yukarıda belirttik, Zorunluluk hali (CK.m.25/2), Tarihi kanun koyucunun geçerliliği kendinden menkul "kanun emri" ile CMK' un 223/3, h maddesinin hükmünde, kusurluluğu kaldıran bir neden sayılmıştır. Böyle olunca, ör., açlıktan ölmek üzere olan bir yoksulu, ekmek çalarak kurtarmak isteyen kimse, kusurlu olmayacaktır. Gene limanda kendinin çıkarmadığı bir yangından kaçarak kurtulmak için, kimseye sormadan, komşusunun deniz aracını alarak tehlikeden kaçan balıkçı, fiilinde kusurlu sayılmayacak, dolayısıyla hırsızlık suçunu işlemiş olmayacaktır.

5. Suçların İçtimaı

765 sayılı TCK ve bu kanun esas olmak üzere oluşan doktrin ve uygulamada ağırlatılmış hırsızlık bileşik suçun bir örneği olarak gösteriliyordu. Gerçekten konut dokunulmazlığı ihlal edilerek (m. 492/1) veya mala zarar verme suçu işlenerek (m.493/1) hırsızlık suçu işlendiğinde, bir suç diğer suç içinde eriyordu, dolayısıyla faile sadece nitelikli hırsızlıktan ceza veriliyordu.

5237 sayılı TCK, 142/4. maddede, "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz" hükmüne yer vermektedir. Hüküm, 142. maddeye 2006/558 sayılı Kanunla (m.6) sonradan eklenmiştir. Böylece, bileşik suç ortadan kaldırılmış, biri ötekinden ayrı, res' en kovuşturulan iki suçun olduğu kabul edilmiştir.

TCK, 142/1,b maddesinde, "bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında" hırsızlık yapmayı cezayı artıran bir neden saymıştır. Evdeki eşya muhafaza altına alınmış eşyadır. Ev binanın kendisi veya eklentisidir. Her bina veya eklentisi ev değildir. Buna karşılık her ev bina ve eklentidir. Ev, konuttur. Ancak, konut dokunulmazlığını ihlal suçu yönünden, bir binanın kendisi veya eklentileri yanında, bunların dışında kalan yerler, ör., çadır,

si, AÜHFD., Cilt 57, 2008, Sayı 3, Ankara 2009, s. 366 vd.

²¹ Hafizoğulları, İstenemezlik ilkesi, s. 369.

karavan vs., de konuttur²². Öyleyse, burada hukuki sorun, bina veya eklentisi içinde konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık yapıldığında, failin basit hırsızlıktan mı yoksa ağırlatılmış hırsızlıktan mı sorumlu olacağıdır. Bina veya müstemilatı dışında da, ör., çadırda, karavanda, konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık suçu işlenebildiğinden, bina veya müstemilatında konut dokunulmazlığı ihlal edilerek hırsızlık suçu işlendiğinde, fail, ağırlatılmış hırsızlık suçundan, elbette ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu olacaktır. Hükmün bulunduğu yer de zaten buna işaret etmektedir.

Bunun dışındaki hallerde, ör., çadırda, karavanda hırsızlık suçu işlendiğinde, fail, elbette basit hırsızlıktan; tabii, ayrıca, konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu olacaktır. Buna benzer bir durum mala zarar vererek hırsızlık suçu işlendiğinde de ortaya çıkmaktadır. “Kilitlenmek suretiyle... muhafaza altına alınmış olan eşya” hakkında (m. 142/1,b) ör., kapı, kilit kırılarak, duvar delinerek hırsızlık yapıldığında, fail, hem nitelikli hırsızlıktan, hem de mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır. Tabii, ağırlatıcı neden olmadan mala zarar verilerek hırsızlık suçu işlendiğinde, fail hem basit hırsızlıktan hem de mala zarar verme suçundan sorumlu olacaktır. Mala zarar verme suçu res’ en kovuşturulacaktır.

Su, gaz, elektrik şebekelerine zarar verilerek, ör., boru delinerek, kanal kırılarak, hırsızlık yapıldığında, fail ayrıca mala zarar verme suçundan sorumlu tutulacak mıdır sorusu, yukarıdaki hüküm karşısında, ciddi bir tartışmaya yol açmaktadır. Şebekeye zarar vererek hırsızlık yapmak, suç olan failin kendisidir. Kiminin iddiasının aksine, burada fikri içtima yoktur. Böyle olunca, fail, 142/3. madde hükmüne göre sadece hırsızlık suçundan sorumlu olacaktır.

Hırsızlık suçu zincirleme suç olarak da işlenebilir. Ancak, Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, suçun mağdurunun aynı kimse olmasını aramaktadır. Hırsızlık “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın alınması” olduğundan, zilyetle malik aynı kimse olmadığında, 43. maddenin “bir kişiye karşı” hükmünden kimin anlaşılacağı belli değildir. Bu bir kişi kimdir; malik midir, zilyet midir; bilen varsa beri gelsin. Gerçekten, ör., A sahibi olduğu sürüsünü üç bölerek bir süre beside kalması için, besiciler B, C ve D’ ye bırakmış; bu kez F, B, C ve D’ nin ağılında bulunan A’ nin olduğunu bildiği hayvanları “bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda” buldukları yerlerden sırasıyla üç, iki, beş baş koyunu besicilerden habersiz almış olsa, F’ nin sorumluluğu besici zilyetlere göre mi, yoksa malike göre

²² Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 255.

mi belirlenecektir. Kanunun “bir kişiye karşı” hükmü karşısında malike göre belirlenirse zincirleme suçtan, malik olmayan zilyede göre belirlenirse üç ayrı suçtan söz edilecektir, çünkü “bir kişiye karşı” hükmünden, ne zilyet, ne de malik anlaşılmaktadır, denebilmektedir. Kanun yapmak ciddi iştir, sloganla iş yürümez. Herhalde, bu denklemi, kiminin dalga geçercesine (!) dediği, “göç yolda giderken” Yargıtay çözecektir.²³

6. Cezalandırılabilme Şartı

a. Malın Değerinin Azlığı

TCK, 145. maddede, malın değerinin az olmasını, yerine göre cezayı azaltan bir neden, yerine göre bir cezalandırılabilme şartı saymıştır. Bir şeyin, değer azlığının aynı zamanda iki şey olması, yani hem cezalandırılabilme şartı, hem cezayı azaltan fiile bağlı bir neden olmasının mantıksal bir çelişki olması bir yana, düzenleme, ne 765 sayılı Kanunun, ne de bildiğimiz İCK'nun düzenlemesine benzemektedir; herhalde kendine özgüdür. Yorumda eski doktrin ve uygulamadan yararlanılamamaktadır. Gerekçe, hazırlık çalışmaları ne farklılığı nedenine işaret etmekte, ne de yoruma yardımcı olmaktadır.

TCK, cezalandırmamada, cezanın azlığında “hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığını” esas almaktadır. Değer malvarlığına karşı suçlarda suçun konusu olan şeyin ekonomik değeridir. Şeyin ekonomik değeri maddi, parasal değeridir. Öyleyse suçun maddi konusunun değerinin azlığı, parasal değerinin azlığıdır.

Azlık çokluğun karşıtıdır. Azlık da çokluk da itibaridir. Kuşkusuz sayı büyüdükçe değer artmaktadır. Ancak, hangi miktarda değer az, hangi miktarda değer çok, bu belirsizdir. Öyleyse, değer azlığı-çokluğunu belirlemede ölçü, hâkimin takdiridir. Bu farklı uygulamalara yol açacağından, takdirde keyfiliğin önlenmesini, genel kabuller bazında Yargıtay içtihatları sağlayacaktır.

Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın maddi değeri değil de sadece suçun mağduru bakımında az veya çok fazla manevi değeri olduğunda, hükmün uygulanabilirliğinin olup olmadığı konusu düşündürücüdür. Sadece mağdur bakımından manevi değeri olan, ancak Pazar, piyasa değeri olmayan, açık artırmaya konulamayan şeyler, ölçülebilir maddi değerleri olamadığın-

²³ Kanunun çıktığı dönemin Adalet Bakanı, eleştirileri ciddiye almamış, basına açıklamasında “göçün yolda düzüleceğini” söylemiştir.

dan hükmün kapsamı dışındadırlar. Bu halde fiil suç oluşturur, ancak cezasının azaltılması veya ceza verilmekten vazgeçilmesi söz konusu olmaz.

Suçta “ceza verilmekten ... vazgeçilebilmesi” “değerin azlığı” yanında “suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulması” şartının sağlanmasını gerektirmektedir. Suçun işleniş şekli ve özelliklerinden ne kastedildiği açıkça belirtilmiş değildir. Gerçekten bu terimlerle ne kastedildiği belirsizdir. Burada, herhalde 61/1. madde hükmünde getirilen temel cezayı belirlemeye mahsus ölçütler göz önünde tutulmayacak, hırsızlık suçunun kendi özellikleri, yani suçun basit hırsızlık, nitelikli hırsızlık, suçun hafifletilmiş biçimleri ve şikâyete bağlı olup olmaması göz önünde tutularak ceza verilmemesinden vazgeçilip vazgeçilmemesine karar verilecektir. Gerçekten, ör., yankesicilik suretiyle hırsızlık suçun işleniş şeklini ifade ederken, enerji hırsızlığı, suçun takibinin şikâyete bağlı olması, suçun özelliğini ifade etmektedir.

b. Yakın Akrabalık İlişkisi

Genellikle, kanunların, yakın akrabalar, aynı evde oturan kimseler arasında işlenen hırsızlık suçunu cezalandırmaktan kaçındıkları gözlemlenmektedir. Bu hallerde, hırsızlık suçu tüm unsurları ile doğmakta, ancak Devlet, sadece ilgili kimseler bakımından, cezalandırma hakkından vazgeçmektedir.²⁴

Bu bağlamda, TCK, 167. maddesinde, malvarlığına karşı suçlarda, ortak hüküm olarak “şahsi cezasızlık sebebi” madde başlığı altında bir cezalandırılabilme şartına yer vermiştir.

Kanunun 167/1. maddesi hükmü, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, üstsoy veya altsoyun veya bu derecede kayın hısımlardan birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, aynı konutta birlikte yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi halinde fail hakkında cezaya hükmedilmez diyerek kişiye bağlı bir cezalandırılabilme şartına yer vermiştir.

Kuşkusuz, hırsızlık suçu, belirtilen kategoriler içinde sayılan kimseler aleyhine işlendiğinde, bunlara ceza verilmez, ancak bunlar dışında suça katılan kimseler, iştirak hükümleri gereğince cezalandırılırlar. Burada sayılan sıfatlar Medeni hukuk hükümlerine göredir.

²⁴ Erem, Ceza Hukuku, HH., s. 1287.

7. Ceza

Hırsızlık suçunun cezası, bir yıldan üç yıla kadar haptir.

Hâkim bir yılın üstünde takdir ettiği cezada, doğal olarak takdirinin gerekçesini göstermek zorundadır. Takdirde keyfilik, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hükmedilecek ceza, kanuni ve takdiri indirim nedenlerinden ötürü bir yıla veya daha aza düştüğünde, fail hakkında hapis cezasına seçenек yaptırımlar uygulanabilir. Fail iki yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm edildiğinde, ceza ertelenebilir.

8. Şikâyet Üzerine Daha Az Ceza İle Cezalandırılan Hırsızlık Suçları

a. Akrabalar, Hısımlar Arasında Hırsızlık

TCK, 167/2. madde hükmünde, hırsızlık suçu, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin veya aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin yahut aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımların zararına olarak işlenirse, şikâyet üzerini verilecek ceza, yarısı oranında indirilir diyerek hem kişiye bağlı cezayı azaltıcı nedene, hem de hırsızlık suçunun takibinde şikâyete yer vermiş olmaktadır.

765 sayılı Kanunun değişik 524/2. maddesi hükmü de yer vermiş olmakla birlikte, Kanunun hırsızlıkta ve yağma hariç malvarlığına karşı diğer suçlarda, akrabalığı cezayı azaltan kişiye bağlı bir neden saymasının kabul edilebilir olmadığını düşünüyoruz, çünkü akrabalar arasında hırsızlık, diğer kimseler arasında olan hırsızlıktan toplumsal bakımdan daha az vahim değildir.

b. Mal Ortakları Arasında Hırsızlık, Alacaklının Hırsızlığı

TCK, daha az cezayı gerektiren takibi şikâyete bağlı diğer bir hırsızlık suçuna 144. maddesi hükmünde yer vermiştir. Bu hüküm, hırsızlık suçu, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlendiğinde, şikâyet üzerine, faile iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir, demektir.

TCK, görüldüğü üzere, payı belli olsun veya olmasın, mal ortaklığında, ortaklardan birinin, kendi malını, mal zilyesinde olan diğer ortağın rızası olmadan bulunduğu yerden almasını, hırsızlık saymakta, ancak daha az ceza vermekte ve suçun takibini şikâyete bağlamaktadır.

Kanun, “hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın tahsili” ile sınırlı olarak, alacaklının, borçlusuna ait bir taşınır malı, zilyedinin rızası olmadan, bulunduğu yerden alacağının karşılığı olarak almasını hırsızlık saymakta, şikâyet üzerine, daha az ceza ile cezalandırmaktadır. Çok tartışılacak bu hüküm, “kendiliğinden hak almayı” cezası hafifletilmiş hırsızlık saymaktadır.

Hukuku bir ilişki, kira, satış, vs., gibi alacak doğuran her hukuki ilişkidir. Hukuki bir ilişkiye dayanan alacak, tahsil edilebilen alacaktır. Talep hakkı vermeyen “eksik borç” tahsil edilebilen bir borç değildir. Kumar alacağını almak için kumar borçlusunun taşınır bir malını almak, hırsızlık suçunu oluşturur.

c. Kullanma Hırsızlığı

Hukuk düzenlerinin genellikle hırsızlık suçundan farklı, daha az ceza gerektiren bir hırsızlık suçuna yer verdiği görülmektedir. Bu kullanma hırsızlığı suçudur. Suçu vurgulayan özellik, failin, başkasının taşınır malını, rızası olmadan, bulunduğu yerden kullanmak maksadıyla alması, kullandıktan sonra geri verilmesidir.

İCK., kullanma hırsızlığını, 626, n.1. maddesinde, cezayı azaltan nedenler arasında, “fail, aldığı şeyi sadece bir süre kullanmak amacı ile hareket eder ve kullandıktan sonra derhal geri verirse”²⁵ daha az ceza ile cezalandırılır biçiminde tanımlamıştır.

Kanun, 146. maddede, “Hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp zilyede iade edilmek üzere işlenmesi halinde” biçiminde tanımlamıştır.

İki kanun hükmü karşılaştırıldığında, Kanun hükmünün kullanma hırsızlığını ifade etmediği görülür, çünkü “hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp... iade edilmek üzere işlenmesi” ibaresi 141. maddede yer alan özel kast “yarar sağlamak maksadıyla” ibaresi ile anlam olarak aynıdır, sadece genelde özeli ifade etmektedir, çünkü ibare sadece yararlanmak maksadını ifade etmekte, fiilen geçici kullanma şeklindeki yararlanmayı ifade etmemektedir. Böyle olunca, kullanma hırsızlığı denilen hırsızlığın hırsızlıktan ayırt edilmesi için, söz konusu kanun hükmünün, İCK’nda olduğu gibi, malın bir süre kullanıldıktan sonra derhal iade edilmesi biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

Bu durumda, fiil, geçici bir süre kullanılmak üzere bulunduğu yerden alın-

²⁵ “se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l’uso momentaneo, è stata immediatamente restituita”

mış olan başkasına ait taşınır malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra zilyedine iade edilmesidir. Kanun “geçici bir süre” kullanmadan söz ettiğinden, kullanma süreklilik arz ettiğinde artık kullanma hırsızlığı değil, ama hırsızlık söz konusudur. Bulunduğu yerden alınan malın genelde kabul edilebilir olmayan uzun bir süre kullanılması, sürekli kullanılmasıdır.

Ne alınmışsa o, ne kadar alınmışsa o kadar iade edilmelidir. Eksik iade etmek, alınan şeyden başka bir şeyi iade etmek halinde, mal iade edilmiş olmaz. Bu halde, fiil, kullanma hırsızlığı suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturur.

Alınan mal aynen ama kullanmadan ötürü eskimiş, değeri düşmüş olarak iade edildiğinde, suç değişmez, yani suç kullanma hırsızlığıdır, ancak tazminat gerekebilir.

Alınan malın kullanıldıktan sonra iade edilmesi, failin serbest iradesinin sonucu olmalıdır. İradesi zorlandığı için malı zilyedine iade etmek zorunda kalan fail, tamamlanmış hırsızlık suçundan sorumludur.

Kullanma meşru olmalıdır. Kanun “malın suç işlemek için kullanılması halinde bu hüküm uygulanmaz” diyerek, suç işlemekle sınırlı gayri meşru kullanmanın, hırsızlık suçunu oluşturduğunu kabul etmektedir. Malın, hukuka, ahlaka aykırı kullanılmasının, gayri meşru kullanılması olduğunu düşünüyoruz.

Başkasına ait taşınır malın zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden kullanılması maksadıyla alınması, malın kullanılmasından sonra iadesini gerektirdiğinden, kullanma hırsızlığı suçu, kullanıldıktan sonra mal iade edildiği anda ve yerde tamamlanmış olur.²⁶ Birçokları arasında Manzini,²⁷ suçun tamamlanması için alınan iade edilmesi zorunlu olduğundan, suça teşebbüsün mümkün olmadığını, failin malı zilyedinden aldığı yakalanmasını, hırsızlığa teşebbüs olarak değerlendirmektedir. Antolisei,²⁸ bu düşüncüyü eleştirmekte: suça teşebbüsün, mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Düşünce tutarlı değildir, çünkü teşebbüste, failin niyetine bakılmaktadır. Hal bu ki bu, tüketilmiş fiil, yani almak bakımından geçerlidir, daha sonraki iade etme fiili bakımından geçerli değildir. Öte yandan, bu düşünce, teşebbüs derecesinde kalan suçun cezasının tamamlanmış suçun cezasından daha fazla olması, ayrıca takibi şikâyete bağlı bir suçun teşebbüsünün res’en takip edilmesi man-

²⁶ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 231

²⁷ Manzini, Trattato, IX, n. 3256, s.346.

²⁸ Antolisei, Manuale, PS, I, s.231

tıksız sonucuna götürmektedir. Bundan ötürü, kullanma hırsızlığı suçunda teşebbüsün kabulü zorunludur.

Suç kastının bir özelliği yoktur. Hırsızlıkla aynıdır. Fail, başkasına ait taşınır malı, zilyedinin rızası olmadan, bulunduğu yerden, kullanıp iade etmek maksadıyla bilerek ve isteyerek almış olmalıdır.

Kanun suçun cezasında hırsızlığa göndermede bulunulmuştur. Hırsızlıkta faile verilecek ceza ne ise, o ceza “yarı oranına kadar indirilerek” verilir. Cezanın yarı oranına kadar indirilerek verilmesi demek, hükmedilecek cezanın yarısının verilmesi demektir.

8. Nitelikli Hırsızlık Suçları

a. Genel Olarak

Nitelikli hırsızlık suçları TCK'nun 142. maddesinde ağırlıkları bakımından üç kademeli olarak düzenlenmiştir. 142/1. madde hükmünde öngörülen suçların cezası iki yıldan beş yıla kadar hapidir. 142/2 madde hükmünde öngörülen suçların cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapidir. Suçun elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan bir kimseye karşı işlenmesi halinde bu hükme göre verilecek ceza üçte bir artırılarak verilir. 142/3. madde hükmü, öngördüğü suçun cezası hakkında ikinci fıkra hükmüne gönderme yapmakta, ancak suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde faile verilecek cezayı onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olarak tespit etmektedir. Burada, hapis cezasının asgari haddi, gönderme yapılan hükmün öngördüğü cezanın azami haddinden daha az olamaz. Adli para cezasına gelince, gönderme yapılan hükümde hapis cezası yanında ayrıca bu ceza öngörülmüş olmadığından, kanunilik ilkesinin gereği olarak bu ceza için cezanın asgari haddi, genel hükümde gösterilendir.

TCK, 143. maddede, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesini, 765 sayılı Kanundan (m. 492) farklı olarak, tüm hırsızlık suçları için ağırlaştırıcı bir neden saymış, faile verilecek cezanın üçte birine kadar artırılmasını öngörmüştür. Gece vakti, Kanunun 6/1,e maddesi hükmü gereğince, güneşin batmasından bir saat sonraya ve güneşin doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresidir.

Nitelikli hırsızlık suçları bir esasa dayanmamaktadır. Bunlar kanunun saydıkları ile sınırlıdır. Kanun, suçların kapsamını ve sınırlarını belirlemede, 765 sayılı Kanun dönemine ait doktrin ve uygulamadan yararlanılması olasılığını nerdeyse tümünden ortadan kaldırmıştı.

b. 142/1. Maddede Öngörülen Nitelikli Hırsızlık Suçları

i. Hırsızlık suçunun kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan yahut kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında işlenmesi (TCK m. 142/1,a)

Kamu kurumu ve kuruluşları, belli kamu hizmetlerini yerine getirmek için kanunla kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir. Kanun, “kamu kurum ve kuruluşları” sözü ile, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini sürdürdükleri yerleri kastetmektedir. Suç bu yerlerde bulunan “eşya” üzerinde işlenmiş olmalıdır. Kanun “kime ait olursa olsun” dediğinden, eşyanın mutlaka kamu kurum ve kuruluşuna ait olması gerekmez. Eşya orada çalışan veya iş icabı bulunan kişilere de ait olabilir.

Hırsızlık suçu, kime ait olursa olsun, ibadete ayrılmış yerlerde bulunan eşya üzerinde işlenirse ceza artırılmaktadır. “İbadete ayrılmış yerler”, halkın ibadetini yaptığı mekânlardır.

Kanun hırsızlık suçunun kamu yararına veya hizmetine tahsis edilmiş eşya üzerinde işlenmesini cezayı artıran neden saymıştır. Eşyanın bulunduğu yerin önemi yoktur. Burada önemli olan, eşyanın kamu yararına veya hizmetine özgülümlü olmasıdır.

ii. Muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenmesi

TCK, hırsızlık suçunun herkesin girebileceği bir yerde bırakılmış olmakla birlikte, kilit altına alınmış olan yahut bina veya eklentileri içinde muhafaza edilen eşya üzerinde işlenmesini cezayı artıran neden saymıştır (m.142/1,b).

İçinde toplu oturlan binalar, iş yerleri, spor tesisleri ve bezeri yerler herkesin girebileceği yerlerdir. Suç kilit altına alınarak bu yerlere bırakılmış olan eşya üzerinde işlendiğinde ceza artırılabacaktır. Kilitlemek, eşyayı mutlaka ör., sandık, kutu ve saire gibi bir şey içine koyup kilit altına almayı gerektirmez, çok sayıda insanın girip çıktığı bir apartmanın ortak kullanım alanına ör., teke-

rine asma kilitle zincir takılarak bırakılan bisiklet de “kilitlemek suretiyle... muhafaza altına alınmış” olmaktadır.

Bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında suç işlendiğinde ceza artırılır. Bina, yapı anlamındadır. Yapı, barınak veya başka amaçlar için yapılmış her türlü mimarlık eseridir. Eşyanın bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınması demek, eşyanın muhafaza altına alındığı yerin, belli bir kimsenin veya kimselerin tasarrufunda olan bir yer olması, yani o yere başka kimselerin, açıkçası herkesin girip çıkamaması demektir. Bu anlamda, iş sahipleri ve çalışanlarının girip çıktıkları işyerleri, ofisler, depolar, konutlar, evler, bina ve eklentileridir. Bu yerlerde bulunan eşya, bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşyadır.

iii. Hırsızlık suçunun halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bu araçların belli varış ve kalkış yerlerindeki eşya hakkında işlenmesi (m.142/1, c)

Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçları, her çeşit toplu taşıma araçlarıdır. Belli bir hizmete tahsis edilmiş araçla, ör., öğrenci, işçi, memur servisleri, turist otobüsleri vs., halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım araçları sayılmalıdır.

Suç bu araçlar içinde, kalkış ve varış yerlerinde bulunan eşya hakkında işlenmelidir. Eşya yolcu beraberindeki eşyadır. İşletmeye ait eşya hükmün kapsamı dışındadır.

iv. Hırsızlık suçunun bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında işlenmesi (142/1,d)

Burada önemli olan, eşyanın, bir afet veya felaketin zararlarını önlemek veya azaltmak amacıyla hazırlanmış eşya olmasıdır.

Olası bir tehlikeyi önlemek üzere hazırlanmış olan, ör. yangın söndürme aletleri, can kurtaran simitleri, ilk yardım malzemeleri, kısacası, zararı önlemeye veya azaltmaya elverişli, önceden hazırlanmış her çeşit araç ve gereç hükmün kapsamındaki eşyadır.

v. Hırsızlık suçunun adet veya tahsis yahut kullanılmaları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında işlenmesi (TCK. m.142/1,e)

Hasat dönemleri tarlarda, bağda, bahçede, harmanlarda bırakılan ürünler, tarım aletleri, sokaklara park edilmiş araçlar, yol işaretleri, parklarda halkın kullanımına sunulmuş araç ve gereçler bu hüküm kapsamındadırlar.

vi. Hırsızlık suçunun elektrik enerjisi hakkında işlenmesi (TCK. m.142/1, f)

Elektrik enerjisinin kamuya veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Elektrik enerjisinin dağıtıma tabi olması veya kişilerin kendi ihtiyaçları için üretmiş olmaları bir önem arz etmez.

Hatta bir kimsenin adına kayıtlı sayaçtan evine giden elektriğin bir yöntemle birileri tarafından alınıp kullanılması da bu hüküm kapsamındadır.

c. 142/2. maddede öngörülen nitelikli hırsızlık suçları

i. Hırsızlık suçunun kişinin malını koruyacak durumda olmamasından veya ölmesinden yararlanılarak işlenmesi (TCK. m. 142/2,a)

Çocuklar, akıl hastaları, kazalarda, afetlerde, felaketlerde ağır yaralananlar mallarını koruyamayacak durumda olan kimselerdir. Bunların bu durumlarından yararlanılarak hırsızlık yapılmasını kanun koyucu vahim görmüştür. Çocukların, akıl hastalarının kandırılarak ellerinden eşyalarının alınması hırsızlık değil dolandırıcılık olur.

Ölmesinden yararlanılarak kişiye ait şeylerin alınması, trafik kazalarında, afetlerde, felaketlerde sıkça rastlanan olaylardır. Kişinin ahlaki düşüklüğünü gösteren bu tür davranışlarda daha ağır ceza ile cezalandırılması uygarlık gereğidir.

ii. Hırsızlık suçunun elde veya üstte taşınan eşyanın çekilip alınması suretiyle yahut özel beceri ile işlenmesi (TCK. m. 142/2, b)

Suçun konusu üstte taşınan eşyadır. Bu, çanta, cüzdan, kolye, bilezik, bilgisayar, kamera, vs. her şey olabilir. Eşyanın “çekilip alınması” suçu oluşturmaktadır. Çekip alma, sonunda zor kullanmadır. Zor kullanma eşya üzerinde kalmalıdır. Böyle olunca, çekip alma, hiçbir zaman kişinin vücut bütünlüğüne zarar vermemelidir. Kişinin vücut bütünlüğüne zarar verecek bir biçimde zor-

lanması, fiilin hırsızlık olmaktan çıkması, yağma olması sonucunu doğurur.²⁹ Özel beceri, el çabukluğu, ustalık anlamındadır. Yankesicilik özel beceridir.

iii. Hırsızlık suçunun doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanılarak işlenmesi (TCK. m. 142/2, c)

Deprem, sel, vs., doğal afetlerdir. Her türlü kitlesel hareketler sosyal olaylardır. Yangın ne doğal afet ne de sosyal olaydır. Genişletici yorumla yangın ve benzeri felaketler de bu hükmün kapsamı içinde düşünülebilir.

Doğal afet, sosyal olay, insanlar arasında korku ve kargaşa yaratmalıdır. Korku ve kargaşa hükmün uygulanabilmesi koşuludur.

Fail fiilini işlerken korku ve kargaşadan yararlanmalıdır. Herkesin yardıma koştuğu bir ortamda birinin çapulculuk yapması korku ve kargaşadan yararlanmaktır.

iv. Hırsızlık suçunun haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle işlenmesi (TCK. m.142/2,d)

“Haksız yere elde bulundurmak” failin kilidin anahtarını elinde bulundurmaya hakkı olmamasıdır. Açıkçası, anahtarın elde bulundurulması, hukuki sebebe dayanmamalıdır. Buluntu anahtar, hukuken gereği yapılmadığında, haksız yere elde bulundurulan anahtardır.

Kilidi kırmak, kilit açmak değildir. Kilit, taklit anahtar, maymuncuk, yahut başka bir aletle açılmış olmalıdır.

Emanet bırakılan kilitli eşyanın anahtarla açılarak içinden bazı şeylerin alınmasının hırsızlık mı güveni kötüye kullanmak mı olduğu tartışma konusudur. Emanetçinin fiilinin hırsızlık suçunu oluşturduğunu düşünüyoruz.

v. Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi (m. 142/2, e)

Bilişim sistemlerini kullanarak hırsızlık suçunun işlenmesinin yeterince belli, belirgin olduğu söylenemez. Gerçekten, bununla, şifreli kilitlerin şifrelerinin kırılması, hırsızlığa karşı alınan elektronik tedbirlerin gene bu

²⁹ Antolisei, Manuale, PS., I, s. 224.

yolla giderilmesi mi kastedilmektedir, yoksa hükümleri karşısında hukuka aykırı olarak eline geçirdiği kredi kartının şifresini kırarak bir kimsenin banka hesabından para çekmek, banka hesaplarına girerek para çekmek, bir hesaptan diğer bir hesaba para aktarmak, vs. mi anlaşılmaktadır, belli değildir. Esasen çok tartışmalı olan bir şeyi, bilinir sayarak hükümleştirmek, o şeyin sınırlarını belirlemede ciddi sıkıntılar yaratabilmektedir. Kanunilik ilkesi, konan hükümlerin, muayyen, tanımlanabilir, anlaşılabilir, kapsam ve sınırları belirlenebilir olmasını emretmektedir. Hukukun “irade” olması, iradenin keyfi olmasını haklı kılmaz. Bu durumda, hükmün kapsamı ve sınırları içtihatla belirlenecektir.

Biz, hükmün, kilit yerine geçen, güvenlik sağlayan elektronik sistemlerin gene bu yolla giderilerek hırsızlık yapılması ile sınırlı olduğunu düşünüyoruz.

vi. Tanınmamak için tedbir alarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak hırsızlık yapmak (TCK. m. 142/2, f)

Kılık değiştirmek, tebdili kıyafette bulunmak, yüzünü gizlemek, boyamak, vs. tanınmamak için tedbir almaktır.

Yetkili olmadığı halde resmi sıfat takınmak, kendisine kamu görevlisi süsü vermektir. Kamu görevlisini Kanun tanımlamıştır. Kendisine kamu hizmeti gören suçu, elektrikçi, vs., süsü vererek hırsızlık yapmak, Kanun “resmi sıfat” takınmak aradığından, hükmün kapsamı dışındadır.

vii. Hırsızlık suçunun barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyükbaş veya küçükbaş hayvanlar hakkında işlenmesi (TCK. m. 142/2, g)

Büyükbaş, küçükbaş kelimeleri bileşik isimdir, bitişik yazılırlar. Kanun bu isimleri imlasına uygun yazmamıştır. Büyükbaş, küçükbaş hayvanın dilde ne anlama geldiği bellidir.

Mandıra, ağıl, ahır, üstü kapalı veya açık, etrafı çevrilerek korunaklı hale getirilen yerler, hayvan barınak yerleridir.

Sürü, büyükbaş veya küçükbaş hayvanlardan oluşturulan hayvan topluluğudur. Sürü, büyükbaş ve küçükbaş hayvanlardan da oluşturulmuş olabilir. Sürü bir kimsenin hayvanlarından meydana getirilmiş olabileceği gibi, birçok kimsenin hayvanlarından da meydana getirilmiş olabilir.

Otlaklar, meralar, hayvanların kırdı, yolda, açıkta buldukları her yer, Kanunun “açık yer” dediği yerlerdir. Büyükbaş, küçükbaş hayvanlar buldukları bu yerlerden alınıp götürüldüğünde ceza artırılır.

d. Hırsızlık suçunun sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi (TCK. m. 142/3)

765 sayılı TCK, hırsızlık suçunun, sıvı veya gaz yakıtlar hakkında işlenmesini “sıvı veya gaz halinde yakıtları nakleden boru hatlarından veya bunların depolarından işlenirse” biçiminde ifade etmişken, 5237 sayılı kanun bunu, sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenirse” biçiminde ifade etmiştir.

5237 sayılı Kanun, bu tür hırsızlığı belki daha iyi, daha anlaşılır bir biçimde ifade etmek istemiş, ama bunda başarılı olamamıştır. Bir kere “ve” bağlacı bir suç mu yoksa farklı iki ayrı suç mu ifade etmektedir, bu belli değildir.

Gerçekten, hüküm sadece sıvı veya gaz yakıtın çeşitli yerlerden, yani “bunların nakline, işlenmesine, depolanmasına ait tesislerden alınmasını mı suç saymaktadır; yoksa “sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında” işlenmesi yanında, ayrıca bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde bulunan bir şeyin alınmasını mı nitelikli suç saymaktadır; bu, anlaşılabilir değildir. Bu husus gerekçede de açıklanmış değildir. Biz burada yer bakımından seçenekli hareketli, bir tek nitelikli suçun olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla, hüküm, “Hırsızlık suçunun...sıvı veya gaz halinde bulunan enerjinin nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde...ceza hükmolünür” biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü Kanunun belirttiği bu yerlerden alınmış olmadıkça “sıvı veya gaz halinde bulunan enerji hakkında” hırsızlık suçunun işlenmesi mümkün olmaz.

GÜNÜMÜZ TÜRKİYE’İNDE ORDUNUN ASKERALMA SİSTEMİNİN KORUNMASI MESELESİ VE MİLLÎ DEVLET (ULUS-DEVLET)¹ ANLAYIŞI İLE İLGİSİ

Dr. Celâl IŞIKLAR*

ÖZET

Zorunlu askerlik , XIX ve XX’nci yüzyıllarda yükselen modern ulus-devletin ayırt edici unsurlarından biri olmuştur. Ancak günümüzde yerini profesyonel askerliğe terk etmektedir. Türkiye’de de yönetici/komutanlar ile ordunun bir kısmı profesyoneldir.

Modernleşmesini ve bu bağlamda ulus-devlet sürecini tam olarak gerçekleştiremeyen Türkiye’de mevcut zorunlu askerlik sisteminin muhafazası gereklidir. Çünkü, savunma ihtiyacı değişmemiştir.Hâlâ ülke bütünlüğüne yönelik tehditler devam etmektedir. Askerlik toplumda eşitliği sağlayan bir yükümlülüktür. Ayrıca Türkler tarihte olduğu gibi bugün de ordu-millet özelliğini sürdürmektedir.

* Hakim Albay AYİM Birinci Daire Başkanı Türkiye Adalet Akademisi Gn. Krl. Üyesi

¹ *Millî/ulusal devlet ve Ulus-Devlet kavramları birbirinden farklı anlamlar taşıdığı halde çoğu kez karıştırılmakta ve birbirinin yerine kullanılabilmektedir. Charles TİLLY’ye göre Ulus-devlet devlet sınırları ile homojen bir etnik topluluğunun sınırlarının aynı olmasıdır (Charles TİLLY, **Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu**, İmge Yayınevi, Ankara, 2001, s.169-170). Bu anlamda Almanya, Fransa İngiltere gibi pek az devlet ulus-devlettir. Bu yüzden pratikte devletlerin çok milletli olduğu, teorik olarak sâdece millî devletlerin bulunduğu ifade edilmekte ve millî devlet kavramının daha amaca uygun olduğu ileri sürülmektedir (Kadir KOÇDEMİR, **Millî Devlet ve Küreselleşme**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2004, s.41). Biz, Türkiye’de son zamanlarda daha sık kullanılan Ulus-devlet kavramının devletin kurgusallığına ve objektif yanına, yani maddi ve normatif yapısına vurgu yaptığını düşündüğümüzden, sübjektif (manevi ve olgusal) yönü de kapsayan millî/ulusal devlet kavramını benimsemekle beraber, bu çalışmamızda konuyu salt hukuki boyutuyla ele aldığımızdan her iki kavramı birbirinden ayırmıyoruz. (Benzer şekilde, bkz. Orhan TÜRKDOĞAN, **Türk Ulus-Devlet Kimliği**, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2.B., 2006, s.12, 432).*

Bu konularda çalışma yapan GUIBERNAU, Ulus-devlet ile ulusalcılık ve ulus arasında farklılıklar bulunduğunu, ulusalcılık psikolojik bir olgu iken ulus-devletin kurumsal bir şey olduğunu, bu çerçevede ulus-devletin, “sınırları belirlenmiş bir toprak parçası içinde yasal güç kullanma hakkına sahip ve yönetimi altındaki halkı türdeşleştirerek, ortak kültür, semboller, değerler yaratarak, gelenekler ile köken mitlerini canlandırarak, (kimi zaman uydurarak), bileştirmeyi amaçlayan bir devletin oluşumuyla tanımlanan, modern bir olgudur.” şeklinde tanımlanabileceğini belirtmektedir. Montserrat GUIBERNAU, **Milliyetçilikler/ 20. Yüzyıldaki Ulusal Devlet ve Milliyetçilikler**, Çev. N.Nur DOMANIÇ, Sarmal Yayınevi, 1997, İstanbul, s.56, 92-93)

Dr. Celal IŞIKLAR

Bu sebeplerle, post modern orduya ilişkin parametreler büyük oranda ortaya çıkmadıkça, mevcut sistemin bir süre daha korunması yerinde olacaktır.

ANAHTAR KELİMELER:

1. Zorunlu askerlik hizmeti, 2. Zorunlu askerlik / askere alma, 3. Profesyonel askerlik, 4. Ulus-devlet

THE PROBLEM TO THE SUSTAINABILITY OF MILITARY SERVICE SYSTEM IN TURKEY AND THE RELATION WITH THE NATION STATE

ABSTRACT

Compulsory (mandatory) military service has been one of the elements of the modern nation state in XIX th and XX th century. But, nowadays, it begun to left it's place to the professional armies. In Turkish army, leaders/commanders and some part of the army are professional.

Not fulfillments of modernism and not fulfillments of the progress of the nation state in Turkey require to sustain the present compulsory military service. Because, the requirements of national defense has not changed and the threats to the nation state are still existing. Compulsory (mandatory) military service is one of the obligations, which ensure equality between Turkish citizens. Even today, Turks lead the feature of army-nation tradition as in the history.

Because of that reasons, the present compulsory military service in Turkey should be sustained as long as the parameters leading to post modern army don't come into reality.

KEY WORDS:

1. Draft, compulsory (mandatory) military service, 2. Conscription, 3. All volunteer force / Professional military service, 4. Nation-state

I. GİRİŞ

Modern millî devlet modeli, Batı Avrupa'nın tarihî, siyasî ve sosyo-ekonomik gelişimiyle yakından ilgilidir. Gerek Batı Avrupa'daki öncüleri, gerekse Dünya'nın diğer kısımlarındaki takipçileri arasında birçok farklılıklar mevcuttur. Bununla beraber, hepsinin şu ortak özellikleri taşıdığı kabul edilmektedir: Merkezî ve anayasal bir devlet olmak, işlevsel bir parlamentosu bulunmak, millî bir topluma dayanmak ve laik bir siyaset yürütmek.²

XIX ve XX'nci yüzyıllar millî devletler çağı olmuştur. Bugün ise, dünyanın postmodernleşme sürecine girdiği ileri sürülmektedir. Günümüzde devlet bir taraftan bütünleşmeye giden oluşumlarla, bir taraftan da ayrışmaya ve parçalanmaya yol açan hareketlerle karşı karşıyadır. Aynı anda hem uluslararasılaşma, hem de yerelleşme söz konusudur. Bu paralelde modern devlet de değişimin muhatabı olmaktadır. Bu değişim ve etkileşim sâdece şekil değil fonksiyon bakımından da cereyan etmekte ve kendisini en çok uluslararası hukukun öznesi olmak şeklinde göstermektedir. Devletin egemenliğinin kullanımındaki bu dönüşüm millî devletin yukarıda belirtilen özelliklerini aşındırmaktadır. Modern devlet giderek daha fazla uluslararası insan hakları düzenine karşı sorumlu tutulmakta ve onun tarafından adeta yeniden meşrulaştırılmaktadır. Bu çerçevede bireyler devlete karşı üstünlük sağlar hale gelmektedir.³

Böyle bir süreçte modern ulus-devletin ayırt edici bir kurumunu oluşturan genel yükümlülüğe dayalı ordular da değişmektedir. Bu bağlamda da ulus-devletlerin yurttaş odaklı askerlik sistemlerinin terkiyle insan hakları ekseninde postmodern orduların teşkili gündemdedir. Yurttaşların askerlik yükümlülüğünden profesyonel askerliğe geçişi ifade eden bu dönüşümün Batıda belli bir ivme kazandığı görülmektedir. Bununla beraber günümüzde hâlâ ulus-devletler hakimdir. Bunların çoğu küreselleşmenin yıkıcı ve bölücü etkilerine maruzdur. Bu devletler kendini korumak ve savunmak için güçlü bir orduya muhtaçtır. Sosyo-ekonomik şartlar bu devletlerin mevcut askerlik sistemlerini sürdürmeye zorlamaktadır. Türkiye de aynı durumdadır.

Aşağıda açıklanacağı üzere, ordular postmodern askerlik esasına göre hızla evrilmekte ve bu çerçevede sâdece yönetici/komutan tabakası değil, yönetilen savaşı geniş kitle de, yani erbaş ve erler de giderek profesyonelleşmek-

² Ömer SAY, *Millî Devlet Kültürü*, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 1998, s.15

³ Mehmet YÜKSEL, *Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001, s. 136 vd.

Dr. Celal IŞIKLAR

tedir. Dahası, bu kitlenin elemanları, artık asker şirketleri aracılığıyla uluslar arası insan gücü pazarından tedarik edilmektedir.

Türkiye’de de idare/komuta personeli (subay ve astsubay) profesyoneldir. Geniş kitle büyük ölçüde zorunlu askerlerden oluşmakla beraber, profesyonel erbaşların sayısı da hızla artmaktadır. İleri teknoloji kullanımı, savaşın değişen vasfı gibi sebeplerle ordunun profesyonelliğine sıcak bakılmakta, yükümlü askerlerin yerini zamanla ve imkanlar ölçüsünde uzman erbaş ve erlere terki arzu edilmektedir. Nihai hedefin ve tercihin, profesyonelleşme olarak tayini karşısında, mesele zemin ve zamanlama boyutunda önem kazanmaktadır.

Bu çalışmada asker alma (genel askerlik yükümlülüğü) sisteminin ulus-devlet olgusuyla etkileşimi ve bağlantısı ele alınacak ve bu bağlamda Türkiye yönünden varlık sebeplerinin halen devam edip etmediği irdelenecektir. Yukarıda açıklanan kabul sebebiyle zorunlu askerlik ile profesyonel askerlik arasında bir karşılaştırma yoluna gidilmeyecektir.

Bu çerçevede zorunlu askerlik ile aralarındaki tarihî, siyasî ve sosyolojik ligiden dolayı önce ulus-devletin ortaya çıkış sürecine göz atmak lazımdır.

II. ULUS-DEVLETLERİN OLUŞUM SÜRECİ VE MODERN ORDULARIN TEŞKİLİ

Günümüzde en yaygın ve milletlerarası hukukun asıl aktörü olan modern ulus-devlet, 1648 yılında Westfalya Anlaşması’ndan sonraki üç yüz yıllık gelişmelerin ürünü bir olgudur. Modernleşme süreci sonunda artık devlet, hem millî birlik ve bütünlüğün tek temsilcisi, hem de sosyal sözleşmeden kaynaklanan iktidar tekeli hâlini almıştır. Modern devlet oluşturulurken millî egemenliğin sağladığı meşruluk zemininde, birey, millet ile ve birlikte siyasi iktidar sahibi devletle özdeşleşmiştir. Hukuk ve siyaset alanında bu suretle ulus-devletin normatif yapısı nesnel olarak çatılırken, subjektif yanı da ihmal edilmemiştir. Millî egemenliği savunan milliyetçilik de siyasi birim (devlet) ile toplumsal birimin (millet) çakışmasını sağlayan bir araç işlevi görmüştür.⁴ Modernleşme’nin birer çocuğu olarak millî kimlik oluşumu, esâsen ulus-devletleşme sürecinin bir aracıdır. Bu suretle imparatorluklar çağı sonrası,

⁴ Ernest GELLNER, **Uluslar ve Ulusçuluk**, Çev. Büşra ERSAN BEHAR–Günay Göksu ERDOĞAN, İstanbul, 1992, s. 19. “Bir düşünsel ve siyasi akım ulusçuluk, ulus-devlet kurgusunun oluşturulmasında en belirleyici etmendir.”, Ozan ERÖZDEN, **Ulus-Devlet**, Ankara, Dost Kitabevi, 1997, s.79. Karşılaştığımız İlyas DOĞAN, **Parçalayan Küreselleşme: Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 115 vd.; GUIBERNAU, s.107 vd., 93

Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması

hem vatandaşlık bağlamında toplumsal homojenlik, hem de siyasi iktidarın merkezileşmesi sağlanmıştır.⁵ Hiç şüphesiz bu süreçte, hukukun laikleşmesi, toplumun sekülerleşmesi ve ekonominin bağımsız bir alan kazanması gibi gelişmelerin eşliği ve karşılıklı etkileşimi de söz konusudur. Modern ulus-devlet bütün bu oluşum sürecinde, yeni sosyo-ekonomik düzenin getirdiği rasyonali-te kavramına müracaat etmiştir.

Yeni devlet, egemenlik alâmetleri ve araçlarıyla var olurken, sistem içinde zorunlu eğitim, millî hazine, zorunlu askerlik gibi kurumlara da yer vermiştir.⁶ Esâsen ulus-devletin ilk ve en önemli işlevi dikey ve yatay güvenliği sağlamak olmuştur.⁷ Hem güvenliği sağlama görevini yerine getirme ve hem de toplumu türdeşleştirmeye çalışan uluslaştırma çabasının, bu uğurda başvurduğu temel araçlardan biri de zorunlu askerlik olmuştur. Zorunlu askerlik suretiyle modern ordular okula paralel bir işlev görmüştür.⁸ Böylece, ulus-devlet anlayışı vatandaşlık ordusunu meydana getirmiştir. Zorunlu askerlik esasına dayanan bu yeni ordu, milletleşme sürecinin hem sonucu, hem de önemli birer aracı olmuşlardır.⁹ Daha açık bir ifâdeyle, her ne kadar demokrasinin meşru bir çocuğu olarak kabûlü sorunlu ise de, zorunlu askerlik sisteminin “meşru babası”, rejimi ne olursa olsun, kitleleri hem siyasal hem askerî düzlemde harekete geçiren modern millî devlet olmuştur.¹⁰

⁵ Halis ÇETİN, *Modernleşme ve Türkiye’de Modernleşme Krizleri*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003, s. 51 vd.; YÜKSEL, s. 56 vd.; ERÖZDEN, s.102-103; Rukiye AKKAYA, *Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s.35 vd.

⁶ YÜKSEL, s. 102

⁷ Güvenliği sağlama görevine karşılık yurttaş da devlete tereddütsüz itaat etmek zorundaydı, DOĞAN, *Parçalayan Küreselleşme*, s.117

⁸ ERÖZDEN, s.123-124; AKKAYA, s.83

⁹ Jan LUCASSEN- Erik Jan ZÜRCHER, “Zorunlu Askerlik ve Direniş: Tarihî Çerçeve,” Der. Erik Jan ZÜRCHER, *Devletin Silahlanması: Ortadoğu’da ve Orta Asya’da Zorunlu Askerlik (1775-1925)*, Çev. M. Tanju AKAD, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları No:41, 2003, s.15; ALTINAY, “Militarizm”, *Zaman Gazetesi*, 8.3.2005. Bu çerçevede milliyetçiliğin de zorunlu askerliğe dayanan büyük orduların kurulmasında önemli bir rolü olduğu yönünde bkz. GUIBERNAU, s.224

¹⁰ Carl SCHMIT’in 1928’te Anayasa Öğreti’sinde yazdığı gibi, ‘genel seçme hakkı olmaksızın hakikî bir demokrasinin olması ne kadar mümkünse, zorunlu askerlik görevi olmaksızın da bir demokrasinin olması da o kadar mümkündür.’ aksiyomunun gerçekliği oldukça şüpheli ise de, zorunlu askerliğin modern ulus-devlet ile bağı açıktır. Bkz. Ulrich BRÖCLING, *Disiplin: Askeri itaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi*, Çev. Veyssel ATAMAN, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2001, s.403, dp.109

Dr. Celal IŞIKLAR

Tarihsel olarak siyasî iktidarla birlikte ortaya çıkan ordu, modern devletin kuruluş sürecinde ve kurulduktan sonra da korunmasında en başat kurumdur. Ordu bir yandan siyasal iktidara toplumsal itaat sağlanması işlevi görürken, bir yandan da egemenliğin bekçisi görevini yürütür. Bu sebeple, her milli devlet kendisiyle beraber ilk olarak ordusunu kurar. Bu yönüyle kuruluş ve kuruluş orduları, ulus-devletin kendine özgü kimliğini benimsemek ve temsil etmek durumundadır. Modernizme ilk başvuran ve sürdüren kurumun ordu olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Ordu modernleşirken, aynı zamanda silahaltındaki halkı eğitmek suretiyle modernleştirmeye çalışır. Diğer taraftan, ordunun siyasî sistem içindeki rolü; toplumsal konumuyla yakından ilgilidir. Toplumun gelenekleri, kültürel değerleriyle, beklentilerine göre ordu sistem içinde başat bir rol sahibi olabilir.¹¹

III. GEÇMİŞTE, GÜNÜMÜZDE VE GELECEK DÖNEMDE ORDULAR

Günümüz Batı demokrasilerinde silahlı kuvvetler, 19'ncü yüzyılda zirveye ulaşan modern ordudan postmodern ordu yapısına doğru evrilmektedir. Ulus-devletle paralel gelişme gösteren modern ordunun ayırt edici vasfı, temelde halktan yükümlülük suretiyle sağlanan rütbesiz askerler kitlesi ile yönetici/lider konumundaki profesyonel rütbelilerin bir kombinasyonu olmasıdır. Modern ordu erkeğe özgü ve savaş merkezlidir. Postmodern orduda ise halka yakınlaşma, işe almada erkek-kadın ayrımı yapılmama, gönüllülük esastır. Bu ordu görev itibarıyla çok amaçlı bir profesyonel kuvvet şeklinde gelişme göstermektedir. Modern ordunun aksine postmodern ordunun ulus-devlet ile bağı giderek gevşemekte, artık silahlı kuvvetler ulus üstü oluşumlar tarafından ve uluslararası alanda kullanılmaktadır.¹²

ABD ve diğer demokratik batı devletlerinde silahlı kuvvetlerin evrimi uzun ve karmaşık bir süreçte ortaya çıkmaktadır. Toplumsal gelişmelere paralel olarak bu evreleri; *modern*, *geç modern* ve *postmodern* dönem şeklinde isimlendirebiliriz. *Modern dönem*, ilk belirtileri 1648 Vestfalya Antlaşmasıyla görülmekle beraber yurttan askerlerden oluşan kitle ordularının damgasını vurduğu 1793 Fransız devriminin ardından XIX'ncü asırda başlayıp II'nci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar sürmüştür. Halktan sağlanan kitle as-

¹¹ ÇETİN, s. 147-149.

¹² Charles C. MOSKOS / John Allen WILLIAMS / David R. SEGAL, "Armed Forces After The Cold War," Ed. Charles C. MOSKOS- John Allen WILLIAMS-David R. SEGAL, **The Postmodern Military: Armed Forces After The Cold War**, New York, Oxford University Press, 2000, s.1-2

kerliğinin yanında, giderek profesyonelliğin önem kazandığı *Geç Modern (Soğuk Savaş) Dönem* 1990'ların başına kadar devam etmiştir. Bu tarihten sonraki dönem *Postmodern Dönem* olarak adlandırılmaktadır.¹³

Modern, geç modern ve postmodern döneme göre bir ordunun hangi evrede bulunduğu, MOSKOS'un geliştirdiği tipoloji yardımıyla ortaya konulabilir. Bu tipolojide, bir ordunun yapısı çok sayıda değişkenin anılan dönemlerde aldığı hale göre belirlenmektedir. Örneğin, konumuz itibarıyla *kuvvet yapısı değişkeni*, modern dönemde kitlesel ordu (genel yükümlülük), geç modern dönemde büyük ordu ve nihayet postmodern dönemde profesyonel askerlik şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hattâ son dönemde asker şirketlerince sağlanan paralı/kiralık ordu ve askerlerden yararlanma söz konusudur.¹⁴ Kezâ, *vicdanî red değişkeni*, ilkinde kısıtlı veya yasak olma, ikincisinde rutin izin verilme, son dönemde ise sosyal hizmetlere dahil edilme olarak gerçekleştirilmektedir.¹⁵

MOSKOS tipolojisine göre *tehdidin* düşman istilası ve *temel görevin* yurt savunması olarak belirlendiği bir siyasal toplumda, *silahlı kuvvetlerin yapısı* da kitlesel ordu/askere alma şeklinde gerçekleşir. Bu da, modern döneme tekabül eder. Özgül ağırlıklı bu üç parametre ve diğer değişkenler bir araya getirildiğinde, Türkiye'de toplumsal yapının ve ordunun modern dönem evre-

¹³ MOSKOS / WILLIAMS / SEGAL, s.1-2, 7

¹⁴ Savaşın özelleştirilmesi ve özel askerî/güvenlik şirketleri (The Private Military Firms/Companies = PMFs/PMCs) hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bu konunun uzmanı olan "The Corporate Warriors" adlı kitabın yazarı Peter W. SINGER, "Outsourcing the War," (Erişim) http://www.brookings.edu/articles/2004/0416defenseindustry_singer.aspx, 29.1.2008; "The Law Catches Up to Private Militaries, Embeds," http://www.brookings.edu/articles/2007/0104_defenseindustry_singer.aspx, 29.1.2008; "Warriors for Hire in Iraq", http://www.brookings.edu/articles/2004/0415_defenseindustry_singer.aspx, 29.1.2008; "War, Profits, and the Vacuum of Law - Privatized Military Firms and International Law", Columbia Journal of Transnational Law, C.42, S.2, Bahar 2004, s.521-550, (Erişim) http://www.brookings.edu/articles/2004/spring_defenseindustry_singer.aspx, 29.1.2008. Türkçe kaynak olarak bkz. Filiz ÇULHA ZAPCI, "Yeni Savaş Doktrini ve Silah Endüstrisi", (Erişim) <http://tarihvebilgi.blogspot.com/2007/08/yeni-sava-doktrini-ve-silah-endstrisi.html>, (3.8.2007), 15.9.2007 ve "Yeni Savaşların Gizli Yüzü: Özel Askerî Şirketler", (Erişim) <http://www.teori.org/Makaleler> (31.10.2004), 15.9.2007. Askerî hareketin özelleştirilmesi olgusu çerçevesinde bu şirketlerin silahlı çatışmalardaki rol ve faaliyetleri ile "savaş müteahhitliğinin" işlevi hakkında, Haldun YALÇINKAYA, Savaş: Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı, Ankara, İmge Kitabevi, 2008, s. 341-342 vd.

¹⁵ MOSKOS tipolojisinin parametreleri; algılanan tehdit, kuvvet yapısı, temel görev tanımı, etkin profesyonel görev, toplumun orduya yaklaşımı, medya ilişkileri, sivil çalışanların durumu, kadınların rolü, asker eşlerinin katılım, eşcinsellerin kabulü ve vicdanî retçiliktir. Bkz. Charles C. MOSKOS, "Toward a Postmodern Military: The United States as a Paradigma", Ed. Charles C. MOSKOS- John Allen WILLIAMS-David R. SEGAL, **The Postmodern Military: Armed Forces After The Cold War**, New York, Oxford University Press, 2000, s. 15

Dr. Celal IŞIKLAR

sinde bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz postmodern döneme özgü ulus içi etnik şiddet ve terör tehdidi, barış koruma ve insani yardım temel görevi de devrededir ve profesyonel askerler giderek artmaktadır. Ancak bu parametreler henüz tek başına mevcut yapıyı değiştirecek nitelik ve nicelikte değildir.

Ulus-devletin başarısı düşmana karşı yurt savunmasını sağlamasıdır. XIX ve XX'nci asırlarda bir devletin idaresindeki en önemli faktörlerden biri, halktan yasal yükümlülüğe dayanarak askeralma yoluyla büyük orduların teşkil edebilmesidir. Modern dönem evresindeki Türkiye'nin silahlı kuvvetlerinin profesyonel yönetici personele ilaveten büyük ölçüde zorunlu askerlik usulüyle temin edilen insan gücüne dayanması olağandır.

IV. ULUS-DEVLET OLARAK MODERN TÜRKİYE'NİN İNŞASINDA ORDUNUN ROLÜ VE İŞLEVİ

Tarihi ve sosyal kökenlerini açıklarken değindiğimiz gibi, mevcut ordu ve askerlik sistemi, ulus-devlet modelinin gelişimi ile yakından ilgili bir kurumdur. Bu itibarla zorunlu askerlikten profesyonel veya başka tür bir askerlik sistemine geçilmesi konusunu salt hukuk ve/veya ekonomi düzleminde ele almaya imkan yoktur. Bu sebeple işe modernleşme sürecinde ulus-devlet olgusunun ortaya çıkışına ilişkin yukarıda aktardığımız bilgileri Türkiye örneği üzerinde somutlaştırarak başlamak yararlı olacaktır.

Özetle anlatmak gerekirse, başlangıçta ordunun düzeltilmesine yönelik askeri reformları Tanzimat'tan sonra Batı'nın bürokrasi yapısının eğitim kurumlarının iktibasını izlemiş, merkezde kurulan güçlü bürokrasi de toplumun dönüşümü yolunda adımlar atmaya başlamıştır. Siyasî ve sosyal gelişmeler sonucu Osmanlı Devleti'nin dağılıp ulus-devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla, Türk modernleşme süreci yeni ve radikal bir kavşağa girmiştir. Atatürk devrimleri yoluyla, yoğun ve hummalı bir ulus-devlet inşasına başlanmıştır. Modernleşme süreci Cumhuriyet'le birlikte sadece ivme kazanmamış, her alanda çok yönlü ve geniş kapsamlı bir modernleşme projesi olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bir yandan millet olmanın şart ve gerekleri yerine getirilirken, siyasal ve sosyal bütünleşme yolunda önemli adımlar atılmak suretiyle modern devletin egemenliği sağlanmıştır. Türk modernleşme sürecinin Cumhuriyet sonrasında, Atatürkçülüğe dayanan radikal aşamasında, ulus-devletle çerçevelenen Cumhuriyet rejiminin temel kurum ve kuralları belirlemiş ve belirlenmiştir. Bu suretle modernizm ile Cumhuriyet özdeşleşmesi sağlanmak yoluna gidilmiştir. Türk modernleşmesi, Cumhuriyetle birlikte başlı başına bir

devletleşme ve milletleşme sürecine dönüşmüştür.¹⁶ Bir görüşe göre, “ulus-devlet Kemalist sistemde Kurucusunun da önerdiği üzere, dil-kültür ve duyu birligi dir.” Ulus-devlet inşası Kemalist sistemin temel misyonu olmuştur.¹⁷

Bütün bu gelişmeler boyunca, Osmanlı İmparatorluğu’nun yıkılması sonucu İstiklal Savaşı’nın kazanılarak yeni bir devletin ve Cumhuriyet rejiminin kuruluşu aşamasında Türk ordusu başat rol oynamıştır. Ordu, sadece kurtuluşun değil, kuruluşun da mimarı olarak rejimin koruyucusu olarak görevini sürdürmüştür.¹⁸ Türk ordusunun kurucu/koruyucu olarak belirgin vasfı vatandaşların eşitliği temelinde, milletin her bireyinin bir hakkı ve yükümlülüğü şeklinde tecelli eden zorunlu askerlik sistemine ve süreklilik esâsına dayanmasıdır.

Günümüzde, ulus-devlete ait egemenliğin AB gibi uluslarüstü oluşumlara devri söz konusudur. Bir yandan da, demokratikleşme sürecinde yönetimin merkeziliği ilkesinin terki ve yerel yönetimlerin yerinden yönetimi ağırlık kazanmaktadır. Bu bağlamda, alt kimliklerin tanınması ve etnik, dini, kültürel gruplara kolektif hakların verilmesi gerekliliği gündeme gelmektedir. Bu şekilde, uluslarüstü örgütlere bağlılık ulus-devletin bağımsızlığını, yerelleşme ise ülkenin bütünlüğünü tehlike altına sokmaktadır.¹⁹

Bununla birlikte küreselleşme karşısında ulus-devletin zaafa düşse de, değişime uğramasına ve nispeten aşınmasına rağmen ortadan kalkmayacağı söylenebilir.²⁰ Klasik egemenlik anlayışı değişmekte ise de, dönüşüm kaynağına değil, kullanmaya ilişkin olacaktır.²¹ Diğer taraftan, henüz ulus-devlet olma sürecini tamamlamamış ve gelişmekte olan çevre ülkelerde, bu modelin önünde gerçekleştirmesi gereken büyük işlevler bulunmaktadır. Bu görevini yerine getirmeden kalkması kabul edilemeyeceği gibi, aksi durum büyük yıkıma yol açacaktır.²²

¹⁶ Modernleşme sürecine ilişkin gelişme ve değerlendirmeler için bkz. ÇETİN, s. 193 vd.

¹⁷ Modern millî devletin objektif unsuru (ulus-devlet) ile subjektif unsurunu (milliyetçilik) mecz eden bu görüş için bkz. TÜRKDOĞAN, s.12, 432

¹⁸ Mevlüt BOZDEMİR, *Türk Ordusunun Tarihsel Kaynakları*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:489, 1982, s. 163; Serdar ŞEN, *Silahlı Kuvvetler ve Modernizm*, İstanbul, 2.B, Nokta Kitap, 2005, s. 78, 110, 120.

¹⁹ Bu gelişmelerle ilgili eleştirel bir değerlendirme için bkz. TÜRKDOĞAN, s.445 vd., özellikle s.466 ve 478 vd.

²⁰ ERÖZDEN, s.131; DOĞAN, *Parçalayan Küreselleşme*, s.163

²¹ AKKAYA, s.111; Mustafa KOÇAK, *Devlet ve Egemenlik: Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006, s.287

²² Gülten KAZGAN, *Küreselleşme ve Ulus Devlet*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005, s.253

V. TÜRK ORDUSUNUN İNSAN GÜCÜ TEMİN USÛLÜNE (MEVCUT GENEL ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ SİSTEMİNE) YÖNELİK ELEŞTİRİ VE TARTIŞMALAR

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türkiye’de ordunun insan gücü temini konusunda aşağıda değinilecek olanlar dışında bilimsel ve akademik çalışmaya rastlanmamaktadır. Sorun daha çok köşe yazılarında ele alınmaktadır.

Askerlik konusunda uzman olsun olmasın birçok yazar millî ordu ve askerlik usûlünün terk edilerek tamamen profesyonel orduya geçilmesi gerektiğini savunmaktadır. Böylece daha az sayıda ve düşük maliyetli, fakat daha teknik, dinamik, kaliteli ve yüksek seviyede hizmet veren bir orduya kavuşulabilecektir.²³ Batı’da genel askerlik yükümlülüğü sisteminden profesyonel orduya geçildiğini ve Türkiye’nin de aynı yolu izlemesi gerektiğini kabul eden bu görüş sahiplerinden birine göre, dünyada klasik muharip asker tipinden diplomat ve araştırmacı tipine doğru gelişmeler olduğunu, klasik ordu kavramının barış ve huzuru sağlamaya yönelik güvenlik ordusu (polis) kavramına doğru gelişme gösterdiğini belirtmektedir. Bunun sonucunda, artık bu post-modern dönemde ordular hem küçülecek, hem de profesyonelleşecektir.²⁴

Türkiye’de profesyonel ordu ve vicdanî ret tartışmaları, beraberinde zorunlu askerlik kurumuna yönelik eleştirileri de içermektedir. Anti-militarist bir görüş, zorunlu askerliğin militarizmin bir aracı ve bileşeni olduğunu ileri sürmektedir. Bu iddia sahiplerine göre, Türkiye’de toplumsal meşruluğunun güçlü bir şekilde inşa edilmiş olması, vicdanî ret hareketinin geniş bir toplumsal tabana yayılmasını engellediği gibi; ordu-millet tesiriyle kültürelleştirilmiş askerlik kurgusu, zorunlu askerliğin tartışılmasını güçleştirmektedir. Profesyonel orduya geçilirse, “hem anti-militarist, vicdanî retçi ve pasifistler takipten kurtulacak, hem de savaşmak isteyenin gördüğü hizmetin karşılığını alması sağlanacaktır.”²⁵

Uzun süreli ve genel askerlik yükümlülüğü usûlü yerine, bedelli askerlik uygulamasının yaygınlaştırılmasını savunan yazarlar ise, şimdiki askerlik sisteminin devlete yük olduğu gibi eskiye oranla orduya ihtiyacın azaldığını,

²³ Bu köşe yazıları için bkz. Gülay GÖKTÜRK, “Profesyonel Ordu,” **Bugün Gazetesi**, 14.12.2005; Murat BELGE, “Vicdanî Ret Konusu”, **Radikal Gazetesi**, 7.5.2006; “Değişen ve Değişmeyenler”, **Radikal Gazetesi**, 9.5.2006

²⁴ Murat BELGE, “Vicdanî Ret Konusu”, **Radikal Gazetesi**, 7.5.2006; “Değişen ve Değişmeyenler”, **Radikal Gazetesi**, 9.5.2006.

²⁵ Gülay GÖKTÜRK, “Profesyonel Ordu,” **Bugün Gazetesi**, 14.12.2005.

Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması

uzun süreli askerliğin kişilerin meslek, iş ve özel yaşamından koparıldığını, bu sebeplerle alternatif kamu hizmetleri getirilerek askerlik süresinin kısaltılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁶ Bu görüşteki bir yazar, bedelli askerliğin eşitsizlik getirmekle birlikte diğer alanlara kıyasen buna göz yumulabileceğini, esâsen alınacak bedelin de topluma katkısı ve yararlılığı dikkate alınarak kişilere göre farklı uygulanması gerektiğini, ayrıca elde edilecek gelirin bütçe açıklarını kapatmakta kullanılacağına, silahlı kuvvetlerde en azından asgari ücret seviyesinde bir maaş bağlanması için kullanılması halinde toplumsal uzlaşa sağlanabileceğini ileri sürmektedir.²⁷

Zorunlu askerliği eleştiren kesimler de dahil bugüne kadar, zorunlu askerliğe alternatif bir askerlik sistemine ilişkin tatminkâr bir öneri ve çalışmaya rastlanmamıştır. Bu konuda kapsamlı olmasa da, ciddi ve dikkate alınabilecek bir önerinin esaslarını aktarmakta yarar vardır. Eski bir kurmay subay ve akademisyen olan TARAKÇI, öncelikle Askerlik Kanunu'nda bir değişiklik, askerlik hizmetinin isteğe bağlı maddi yükümlülük şeklinde de yerine getirilebileceğine ilişkin bir hüküm konulabileceğini, buna göre de temel askerlik eğitimi bitiren fiilen veya maddi yükümlü olarak hizmete devam edebilecektir. Bu sistemde de, her Türk genci zamanı geldiğinde 3 ay temel askerlik eğitime alınacaktır. Bundan sonra istekli olarak maddi yüküm altına girenler, belli bir süreye bedel ödemek suretiyle sistemden çıkacaklardır. Fiilî hizmete devam etmek isteyenler (ki bunların sayısının toplam mevcudun 1/4'ü olacağı tahmin edilmektedir), normal askerlik usûlüne göre askerlik yapacaklardır.

Ancak, asker ihtiyacını karşılamak üzere maddi yüküm ödeyenlerden sağlanan maliyetle iki tip sözleşmeli personel alınacaktır. Birinci grup, nispeten nitelik istemeyen, güce dayalı görevlerde kullanılacak, sözleşmeleri kısa süreli ve daha gençlerden olacaktır. İkinci grup daha uzun süreli sözleşmeli olacak, bunlar da teknik ve idari işlerde çalıştırılacaktır.²⁸

Bir sivil akademisyen olan AKIN tarafından yedek subaylık tecrübesinden de istifade ile hazırlanan "Profesyonel Ordu ve Türk Silahlı Kuvvetleri" adlı bu kitabın Türkiye'de profesyonel askerlik hakkında yapılmış en kapsamlı bilimsel çalışma olduğunu söyleyebiliriz. Eserde özellikle ABD ordusu çerçevesinde profesyonel askerliğin maliyeti ile geçiş sürecine ilişkin bilgiler

²⁶ Hacı Ali ÖZHAN, "Askerlik", *Vakit Gazetesi*, 30.11.2002.

²⁷ Oktan ERDİKMEN, "Bedelli Askerlik", *Hürriyet Gazetesi*, 27 Aralık 2004

²⁸ Mustafa TARAKÇI, "Askerlik Düzeninde Yeni Düzenleme", *Cumhuriyet Gazetesi*, 22.2.2006

Dr. Celal IŞIKLAR

verildikten sonra zorunlu askerliğe göre fayda ve mahzurları üzerinde durulmaktadır. İlâveten, Türkiye’de mevcut askerlik sistemine yönelik eleştirilerde bulunmakta, sonuç olarak da her iki sistem arasında bir karşılaştırma yapılarak profesyonel orduya geçilmesinin gerektiği savunulmaktadır. Profesyonel askerliğin sonuçta savunma hizmetine kapitalist bir yaklaşım olduğunu belirten yazara göre, bu suretle daha az fakat öz ve kaliteli personeli, yüksek savunma hizmeti veren, maliyeti düşük, işsizliğe katkıda bulunan, kişi özgürlükleri ile kamu yararı arasında denge sağlayan, tekniği yüksek ve donanımlı, dinamik bir orduya sahip olmak mümkün olacaktır.²⁹

Türkiye’de uygulanan genel askerlik yükümlülüğü sisteminin maliyetinin, muhtemel bir profesyonel orduya göre daha yüksek olduğu iddia edilmekle birlikte bu konudaki kayda değer tek ciddi çalışma ABD’nde Naval Postgraduate School’da yapılan bir tezdır. Türkiye’de profesyonel ordunun fizibilitesini ele alan bu çalışmada, zorunlu askerlik sisteminin maliyeti matematiksel verilere dayanılarak hesaplandıktan sonra başta isteklilerden meydana gelen profesyonel ordu olmak üzere diğer askeralma usûlleri ile mukayesesi yapılmıştır. Öz olarak, zorunlu askerlik sisteminin Türkiye’nin savunma ihtiyacı için en iyi sistem olmadığı, zorunlu askerlik sisteminde insan gücü kaynağının savunma sektörüne verimli bir şekilde tahsis edilmediği, nüfus artışının etkisini azaltmak için uygulanan bedelli askerlik usûlü geçici bir çözüm olduğundan devletin mevcut genel askeralma sistemine bir alternatif aramak zorunda kalacağı; buna karşılık, Tam profesyonel askerliğin (All-volunteer armed force) ilave bir maliyet olmaksızın verimli savunma sağlayacağı gibi personel kalitesini ve askerî hazırlığı artırabileceği sonucuna varılmıştır.³⁰

VI. TÜRKİYE BAKIMINDAN MEVCUT ASKERALMA SİSTEMİNİN YAKIN VADEDE İLGASININ MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

Profesyonel ordu lehine, dolayısıyla genel askerlik yükümlülüğüne karşı olan görüşler yukarıda açıklanmıştı. Bunun aksine olarak mevcut askeralma sisteminin devamı lehinde ileri sürülebilecek birçok sebep vardır. Bunları konumuz açısından genel ve ulus-devlet modeline ilişkin sebepler olmak üzere iki başlıkta inceleyebiliriz.

²⁹ Anılan yayının künyesi Mustafa Şeref AKIN, **Profesyonel Ordu ve Türk Silahlı Kuvvetleri**, Kitap Dostu Yayınları, İstanbul, 2008

³⁰ Erdoğan KURT, “**Feasibility of All-volunteer Armed Force In Turkey**”, Naval Postgraduate School, Monterey-California/USA, June 2001 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.v, 30-31

A. GENEL OLARAK

Türkiye’de bugün için zorunlu askerlik sistemi, total maliyetinin düşük olması sebebiyle tercih edilebilir. Küresel gelişmelere, bölgesel ve çevresel şartlar da eklendiğinde Türkiye’nin güçlü bir orduya ve bunun temeli olan faal ve dinamik bir asker alma sistemine sahip olmasının gerektiği ortadadır. Bugünkü hal ve şartlarda, ordunun insan kaynağının yükümlülere sağlanması en gerçekçi yoldur. Bir kere Türkiye henüz profesyonel askerlerden oluşan bir ordunun maliyetini karşılayabilecek durumda değildir. Bizzat Genelkurmay Başkanı tarafından yapılan bir açıklamaya göre, Türk Silahlı Kuvvetlerinin tamamen profesyonel bir yapıya geçmesi halinde sadece personel maaşları ve sosyal yardım giderlerinin, bugünkü Milli Savunma Bakanlığı bütçesinin 3 katına ulaşacağı tahmin edilmektedir. Örneğin, 2005 yılında 11 milyar YTL olan maaş ve özlük hakları tutarı da 33 milyar YTL’ye yükselecektir.³¹

Buna karşılık, yukarıda değinilen ve zorunlu askerlik sisteminin maliyetinin yüksek olduğunu iddia eden çalışmada da gösterildiği üzere, ordunun asker sayısı azaltılmadığı müddetçe çok az ödeme yapmayı gerektirdiğinden zorunlu askerlik sistemi profesyonelliğe göre daha düşük bir maliyete sahiptir.³²

B. ULUS-DEVLET İLE İLGİLİ ESASLAR YÖNÜNDEN

Konuya ulus-devlet anlayışına hakim esaslar bakımından bakıldığında, Türk toplumunun sosyo-kültürel yapısı, postmodern (tümü profesyonel askerlerden oluşan) orduya geçiş için gerekli parametrelerin çoğunun henüz tam olarak gerçekleşmemesi, mevcut modern ordunun işlevinin sürmesi, Türkiye’nin jeo-stratejik önemi ve Devlete yönelik iç ve dış tehditler gibi etkenlere dayanarak zorunlu askerlik usûlünün henüz kaldırılmaması, bir süre daha sürdürülmemesinin gerektiği söylenebilir.

³¹ Zamanın Genelkurmay Başkanı Orgeneral Yaşar BÜYÜKANIT, 2 Ekim 2006 tarihinde Harp Akademileri Komutanlığının 2006-2007 eğitim ve öğretim yılı açılış töreninde yaptığı konuşmada, ‘zorunlu askerlik yerine profesyonel ordunun kurulmasını teklif edenlerin bunun Milli Savunma Bakanlığının bütçesine getireceği yük hakkında bilgi sahibi olmadığının açıkça anlaşıldığına, Türk Silahlı Kuvvetlerinin tamamen profesyonel bir yapıya geçmesi halinde sadece personel maaşları ve sosyal yardım giderlerinin bugünkü Milli Savunma Bakanlığı bütçesinin 3 katı olacağına, 2005 yılında 11 milyar YTL olan maaş ve özlük hakları tutarının 33 milyar YTL’ye çıkacağına, buna silah alımlarının dahil olmadığına’ işaretler, ‘bu yöndeki eleştirileri bilimsel kabul etmek mümkün değildir’ demiştir.

³² KURT, s.50 . Benzer şekilde, ekonomik açıdan bir Türk askerinin devlete olan malî yükünün diğer devletlere oranla çok düşük olduğu ifade edilmektedir, İhsan GÜRKAN, “Türkiye’de Askerlik Kurumu ve Askerler,” *İÜİFD*, 1992/93, s.325

Başta da açıkladığımız üzere, MOSKOS'un toplumdaki sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel hal ve şartları dikkate alarak geliştirdiği parametreler itibariyle, Türk Silahlı Kuvvetleri dönemselsel olarak "modern ordu" yapısını sürdürmektedir. "Postmodern ordu" dönemine ait bazı parametrelerin tezahürü henüz bu durumu ortadan kaldıracak çap ve ağırlıkta değildir.

Öte yandan, Batı toplumlarının sosyo-kültürel yapıları dikkate alınmaksızın yapılan mukayeselerle, Türkiye'de modernleştirici rol oynayan ordunun halkı militarize ettiği ve ulus-devlet sisteminin gelişimiyle yaygınlaşmış zorunlu askerliğin toplumsal ilişkilerde militarizme ve/veya otoriterleşmeye yol açtığı ileri sürülmektedir.³³ Bu tezin liberal kültüre sahip Batı toplumları bakımından doğruluğu kabul edilse bile Türkiye pratiği ile tamamen bağdaşmadığı ve toplumun geleneksel yapısı dikkate alınmayarak abartıldığı kanaatindeyiz. Tarihin ilk dönemlerinden beri, belki de sürekli yer değiştirmesinden dolayı, Türkler gerek kendi idareleri içinde, gerekse başka devletlerin yönetimi altında, askerî toplum olarak boy göstermişlerdir. Tarih boyunca gerek kurdukları bağımsız devletlerde, gerekse Abbasi'lerde olduğu gibi başka bir devletin hizmetinde buldukları zamanlarda Türk toplulukları askerîlik özelliğiyle öne çıkmış ve sosyal bir rol oynamışlardır. Diğer imparatorluklarda daimî bir ordu yokken, Osmanlı İmparatorluğu hem yeniçerilerden oluşan daimî bir orduya, hem de tımarlı sipahilerden meydana gelen bir tür modern öncesi zorunlu askerlik sistemine sahip olmuştur.³⁴ Daha öz ve açık bir ifadeyle, Türkler tarihin her devrinde ve her coğrafyada savaşçı bir kavim olmaktan da öte ordu-millet (asker-millet) olarak bilinmişlerdir.³⁵ Bazı yazarlar aynı olguyu "askerîlik"

³³ ALTINAY, "Militarizm", 5.11.2005; ŞEN, s. 91 vd.

³⁴ MURPHEY, Osmanlı Devleti'nin en büyük asker kaynağı olarak gösterdiği tımarı, zorunlu askerlik hizmeti karşılığında toprak geliri tahsisi olarak açıklamaktadır. Bkz. Rhoads MURPHEY, **Osmanlı'da Ordu ve Savaş: 1500-1700**, Çev. M. Tanju AKAD, İstanbul, Homer Kitabevi, 2007, s.5960

³⁵ Halil İNALCIK, "Osmanlı Devrinde Türk Ordusu," **Türk Kültürü dergisi**, S. 118, Y. X, Ağustos 1972, s. 1058; İbrahim KAFESOĞLU, **Türk Millî Kültürü**, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 23.B, 2003, s.283; İsmail KAYABALI-Cemender ARSLANOĞLU, **Doruk Dergisi**, Ordu Özel Sayısı, S.1, Y.1, Ağustos 1976, Ankara, 1976, s.54, 85, 197; Suat İLHAN, **Türk Askerî Kültürünün Tarihi Gelişmesi**, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 1999, s.49; "Askerlik," **Millî Kültür Unsurlarımız Üzerine Genel Görüşler**, Ankara, Atatürk Kültür Merkezi Yayını No:46, 1990, s.323 vd.; İlhami DURMUŞ, "Eski Türklerde Askerî Kültür," **TSK Dergisi**, S.385, Temmuz 2005, s.13; Aydın TANERİ, **Osmanlı Kara ve Deniz Kuvvetleri: Kuruluş Devri**, Ankara, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1981, s.22.; BOZDEMİR, s.14; Anıl ÇEÇEN, **Türkiye Cumhuriyeti Ulus Devleti**, Ankara, Fark yayınları, 2007, s.342; Erol GÖKA, **Türk Grup Davranışı**, Ankara, Aşina Kitaplar, 3.B, 2006, s.196; Nurcan ASLAN-Fatma İLHAN, "Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Askerlik Hizmeti ve Askere Alımlar (XIX Yüzyıldan İtibaren)", **Askerî Tarih Araştırmaları Dergisi**, Y.6, S.11, Şubat 2008, s.181, 198. Ayrıca bkz. dp. 46'daki kaynaklar. Nitekim bu görüşteki KIRCA'ya göre; "Türk

(ordusallık: military, militaritè) olarak tanımlamıştır.³⁶ Gözden kaçırılmaması gereken nokta, doğal askerîlik/militaritè ile halkı militarize etmenin, yani militarizmin aynı şey olmadığıdır.³⁷

Gerçi Tanzimat'ın ilanından sonra yürürlüğe giren modern zorunlu askerlik sisteminin uygulama aşamasında ve fakat bu süreçten bağımsız olarak salt ordunun modernizasyonu çerçevesinde Prusya tipi askerî eğitim ve disiplin anlayışının giderek önem kazandığı ve Prusya'dan esinlenen "silahlı millet" fikrinin milliyetçilik akımına paralel bir şekilde yöneticiler arasında belli bir yer edindiği bir vakıadır.³⁸ Kezâ, ulus-devletin inşası sürecinde toplumun askerleştirildiğine dair bazı izlenimler edinilmiş olabilir. Bu olguların militarizm olarak adlandırılması ihtimal dairesinde ise de, bu siyasal süreçten bağımsız ve sosyolojik olarak Türk toplumunun yapısı ve zihniyet dünyası

*toplumunun gözünde ise, vatan savunması kutsal bir kavramdır. Toplumumuzda askerlikten kaçmanın büyük bir şerefsizlik sayılması bundandır. Türk halkı, oğlunu askere göndermeyi bir bayram havası içinde kutlamayı adet edinmiştir. Büyük şairimiz Yahya Kemal Beyatlı'nın dediği gibi, Türk Milleti bir ordu / millettir. Türk Milleti, bugünkü vatanını tarih boyunca savaşılarak elde etmiş ve korumuştur. Toplumumuz, düşmanı öldürmekten kaçınmayı askerlik hizmetinden muaf tutulmak için sebep sayan anlayışı küçümser. Zira, bu duyguyu onun vicdanına yerleştiren unsur kendi oluşumunun görkemli tarihidir. Benimsense bile Türk toplumunun gözünde vicdan itirazı şerefli ve geçerli bir davranış olarak görülmeyecektir." Bkz. Coşkun KIRCA, "Vicdan itirazı", **Akşam Gazetesi**, 26.5.2004*

³⁶ Bu görüşe göre, "**askerîlik**, güçlü bir ordu örgütlenişini içermekle birlikte salt bu kurum içindeki toplumsal biçimlenmeyi değil, fakat aynı zamanda bu kurumsallaşmış askerliği güçlü bir askerliği, yani orduyu aşarak toplumun çeşitli katlarına taşan, yayılan, benimsenen, özümşenen ve böylece genel bir toplum olgusu olarak karşımıza çıkan bir gerçekliktir. Böylece askerlik deyimini askerliği de içine alan fakat ondan öte bir kapsam taşıyan bir anlamda kullanıyoruz. Askerlik ve ordu belirli bir kurum çevresinde kavramlaşırken askerlik bu özgün kavram dışındaki ordu-benzeri (para-militaire) yaşayış ve örgütleniş biçimlerini de içine alır.", olarak kullanılmışlardır. Bu dahi, askerliğin sosyal yapı ve kültüre hakim olduğunu göstermeye yeterlidir. BOZDEMİR, s.3-4 ORTAYLI da bu fikre yakındır: "*Türkiye'nin millî tarihinde ordunun çok önemli bir yeri vardır; yani militer hatta militarist yapı Türk toplumunun, Türk tarihinin içindedir; iskeleti teşkil eder.*", İlber ORTAYLI, **Avrupa ve Biz**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.198

³⁷ Alman hukukçu Güstav RADBRUCH'un veciz ifadesiyle: "*Her militer olan militarist değildir. Militarizm ancak kendi alanında olmadığında, kötülük getirdiği ölçüde militaristçe bir şeydir. Sadece, militerce olanın kötüye kullanılmasıdır.*", Güstave RADBRUCH, **Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler**, 2.B, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s.119-120

³⁸ Bu hususta 188-1895 ile 1915 yıllarında iki kez Osmanlı Devleti emrinde görev yapan GOLTZ (Golç) Paşanın yazdığı ve 1884'te Millet-i Müselleha adıyla Osmanlıcaya çevrilen "Asker Millet" adlı eserinin ve bizzat kendisinin, yetiştirdiği subaylar ile dolaylı olarak İttihat ve Terakki teşkilatı üzerindeki etkileri için bkz. Orhan KOLOĞLU, "Osmanlı Devleti'nde 'Asker Millet' Anlayışının Oluşması", **Tarih ve Toplum Dergisi**, 32/192, Aralık 1999, s.24-47; Fuat DÜNDAR, **Modern Türkiye'nin Şifresi – İttihat ve Terakki'nin Etnisite Mühendisliği (1913-1918)**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2008, s.65 vd.

Dr. Celal IŞIKLAR

bakımından savaşçı olduğu bir gerçektir.³⁹ Bu bağlamda askerlik kutsal bir görev ve gözde bir meslek olarak kabul görmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla gerek zorunlu askerlik uygulamasının sonuçlarının, gerekse militarizm olarak görülen olguların Türk toplumunun özellikleri, ülke şartları ve ordunun kurumsal yapısı dikkate alınarak değerlendirilmesi zarureti vardır.⁴¹

Türkiye’de askerlik hem anayasal eşitlik ilkesinin, hem de adâlet idesinin bir aracı durumundadır. Askerlik eşitlik ilkesinin en genel, sürekli ve somut uygulaması olarak kendini göstermektedir. Askerliğin zorunlu olmaktan çıkarılması, toplumsal ahengi ve eşitlik duygularını zedeleyecektir. Askerlik yükümlülüğünün yerine profesyonel askerlik sistemini ikame etmek mümkün olsa bile, askerliğin yüksek bir değer olarak algılandığı ülkemizde meseleyi salt ekonomi boyutuyla ele almak toplumsal dokunun bozulmasına yol açabilir.

Tarihte olduğu gibi bugün de Türk Silahlı Kuvvetlerinin ülkede en iyi işleyen, hazır ve nazır, donanımlı ve örgütlü bir güç olduğu; bu yönüyle de toplumun en güvendiği kurum olduğu bilinen bir husustur.⁴² Bunda Türkiye’de ordunun zorunlu askerlik uygulaması yoluyla savunma hizmetinin yanı sıra yasaların kendisine yüklediği iç güvenlik, doğal afet ve sosyal felaketler yardım gibi görevlerini yerine getirmesi kadar, yükümlülere bazı meslek ve sanatları öğretmesi, eğitmesi, bölgesinde bir takım sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunması ve acil durumlarda halka ulaşım ve iletişim kolaylıkları sağlaması faaliyetleri mühim bir işleve sahiptir.⁴³ Zorunlu askerliğin kaldırılması kısmen de olsa belirtilen alanlarda kısa vadede doldurulamayacak boşlukların doğmasına yol açacaktır.

³⁹ Mahmut TEZCAN, **Türk Kişiliği ve Kültür-Kişilik İlişkileri**, Ankara , Kültür Bakanlığı, 1997, s.229; GÜRKAN, s.323; GÖKA, s.190-195

⁴⁰ TEZCAN, s. 220 vd.; GÜRKAN, 323-324

⁴¹ Nitekim, KEAGEN, *Savaş Sanatı Tarihi* adlı kitabında Hunlar ve Türkler gibi atlı kavimler için militarizm kavramının kullanılamayacağını ileri sürerken Türklerin İstanbul’un fethinden sonra bile bozkır hayatının alışkanlıklarını sürdürdüğüne de işaret etmektedir, KEAGEN, s.290-291

⁴² Osman Metin ÖZTÜRK, **Anayasal Düzeyde Savunma ve Güvenlik Yapılanması**, Ankara, Vadi Yayınları, 1997, s.23-24, 40-41; ASLAN-İLHAN, s.198. Yapılan araştırmalara göre, bu oran yüzde 76 ilâ 91 arasında değişse de, ordu her zaman en güvenilen kurum olma özelliğini korumaktadır. Bkz. Taha AKYOL, “Orduya Güvenmek”, **Milliyet Gazetesi**, 4.10.2006, s.17

⁴³ ÖZTÜRK, s.41-42

Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması

Dünyanın birçok ülkesi için güvenlik tehdidi ve buna yönelik savunma ihtiyacı değişim göstermiştir. Özellikle gelişmiş batı devletlerinde artık klasik bir savaş ve savunma anlayışından dünya barışının ve düzeninin korunması düşüncesine geçilmiş, insan haklarına yönelik saldırılar ve terör öncelikli tehdit olarak görülmeye başlanmıştır. Aynı gerçek kısmen Türkiye için de geçerli ise de, dış ve iç güvenlik tehdidi ve bu bağlamda savunma ihtiyacı büyük ölçüde geçmişteki gibidir. Bundan dolayı, zorunlu askerlik usûlünün yerini profesyonel askerliğe terk etmesiyle, ülkenin savunma hizmetinin daha iyi karşılanacağını söylemeye imkan yoktur. Zira, profesyonel ordular ile ülke dışında bazı operasyonlar icra etmek veya yabancı bir ülkeyi işgal etmek, yani dışarıda savaşmak mümkün ise de, “en son ocak sönene dek” yurt savunması yapmak zor, neredeyse imkansızdır. Hele vatan topraklarının sadakat yükümlülüğü olmayan yabancı paralı askerlere emanet edilmesi kabul olunamaz. Irak Savaşı’nda yaşanan olaylar, bu tip paralı askerlere güvenilemeyeceğini göstermektedir. Kısmen ya da tamâmen, doğrudan veya özel şirketler tarafından sağlanan paralı askerlerden oluşan bir profesyonel ordunun beynelmilel/ulus-ötesi/imparatorluk benzeri devletlerin yurt dışındaki operasyonlarında sorunsuz kullanılabilmesi düşünülebilirse de, gelişmekte olan ve sınırlarını korumak isteyen millî devletlerin savunmasında başarılı olacağı şüphelidir. Zira, artık savaşların mahiyetinin değişmekte olduğu bir gerçek ise de, uluslararası alanda dengesiz ve muadil olmayan güç kullanımı şeklinde tanımlanabilecek olan “asimetrik savaşta”, ordusunu küçülten ve savunmadan güvenlik esâsına geçen Türkiye’nin simetrisinin arızalı tarafında kalacağı kuvvetle muhtemeldir.

Diğer taraftan, Türkiye uzun süredir ve halen bölücü terör örgütü ile düşük yoğunluklu bir silahlı çatışma içindedir. Ordunun bu mücadelede gerekli ve elverişli insan gücünü sağlayamama riski ile alınacak tedbirlerle asgari seviyeye indirilebilir ise de, vatandaşların eşitliği yönünden bizzat devletin ayrımcılık yaptığı iddiası gündeme gelebilir. Ülkenin bölgeleri arasındaki sosyo-ekonomik dengesizlik ve kültürel farklılıkların giderilmesi bakımından önemli bir rolü bulunan zorunlu askerlik henüz işlevini bitirmiş ve kendisinden beklenen görevi tamamen yerine getirmiş değildir. Ayrıca, sınırlı da olsa bir vicdanî ret uygulamasının, bu ve benzeri örgütler tarafından manipüle edilerek illegal faaliyetlere dönüştürülüp ülke aleyhine kullanılma tehlikesi mevcuttur.⁴⁴

Önemli bir nokta, zorunlu askerliğin kaldırılması konusunda toplumda ciddi ve yaygın bir talep ve kabulü yönünde bir uzlaşma bulunup bulunmadı-

⁴⁴ Nitekim bu yönde bazı çalışmaların varlığına dair ipuçları hakkında bir araştırma için bkz. TURHAN, *Sivil Casus*, s. 538 vd.

Dr. Celal IŞIKLAR

ğı sorusuna verilecek cevaptır. Medyada, zaman zaman vicdanî reddin tanınması ve profesyonel orduya geçilmesine dair haber ve yazılara rastlanmakta ve son yıllarda vicdanî retçilerin sayısında artış kaydedilmekte ise de, sözü edilen soruya olumlu bir cevap vermek mümkün değildir. Bu hususta ilginç bir durum, **AYİM’de 1973 yılından beri görülmekte olan davaların sâdece birinde Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülerek zorunlu askerlik hizmetine tâbi tutulma işleminin iptalinin talep edilmiş olmasıdır.**⁴⁵ Askerî Yargıtay önünde ileri sürülen vicdanî ret iddiaları da genellikle Yehova Şahitleriyle sınırlı kalmaktadır. Bunda askerlik yükümlülüğünün Anayasal bir hak ve ödev olduğuna ilişkin kanaatin payı varsa da, gerçek şudur ki, mevcut sistemden bir rahatsızlık duyuluyor olsa bile –müstesna kişiler ve Yehova Şahitleri hariç-toplumda böyle bir talebi yargı önüne taşıyacak derecede isteklilik ve kararlılık bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, özellikle ülkemizde olduğu gibi savaş aleyhtarlarının sâdece askerlik hizmetine karşı değil, bütün kamusal ödevlere karşı total reddi savundukları ve profesyonel ordu içinde bile vicdanî ret hak talebinde buldukları da gözden kaçırılmaması elzem bir husustur. Salt vicdanî ret gerekçesiyle zorunlu askerlik sisteminin terki kuvvetle muhtemel sorunu çözmeyebilir.

Diğer taraftan, zorunlu askerlik uygulaması kaldırıldığı takdirde, başta zorunlu eğitim olmak üzere diğer zorunlu sivil kamu hizmetlerine de son vermek durumunda kalınacağı ileri sürülebilir. Buna karşılık vicdanî ret hakkı tanınanların, mevcut sistem içinde kadınları da kapsayacak şekilde alternatif kamu hizmetlerine tâbi tutulması hakkaniyete uygun düşeceği gibi, sosyal ve ekonomik açıdan daha yararlı olabilir.⁴⁶

Bütün bu sebeplerle, jeostratejik konumu itibarıyla ve içinde bulunduğu bölgenin potansiyel ve hâlen faal güvenlik sorunlarından dolayı Türkiye’nin dinamik ve güçlü bir orduya ihtiyacı sürmektedir. Bu ihtiyacın yakın zamanda da azalacağına dair bir belirti bulunmamaktadır.⁴⁷

⁴⁵ 2.D., 12.7.1995, 1994/1619-1995/610. AYİM arşivinde bulabildiğimiz zorunlu askerlik hizmetine tâbi tutulma işleminin iptaliyle ilgili bu tek ve yayımlanmamış kararda, vicdanî sebeplerle askerî eğitime tâbi tutulmak istemeyen davacının askerlik hizmetinden muaf tutulması talebinin retti üzerine açılan davada Anayasa’ya aykırılık iddiası ciddi görülmemiş ve dava reddedilmiştir.

⁴⁶ Almanya’daki benzer görüşler için bkz. BRÖCKLING, s.403-404

⁴⁷ GÜRKAN, s.324; KAYA, s. 41. Türkiye’de zorunlu askerlikten profesyonel askerliğe geçilmesi konusunu dünyadaki gelişmelerle birlikte ele almak gerekmektedir. Bu hususta özellikle ABD’deki tartışmalar için bkz. s. 30-32

Savaş konsept ve teknolojilerinin profesyonel askerliğe geçişi mecbur kıldığı ve zorunlu askerlik sistemiyle sağlanan yoğun ve vasıfsız insan gücünün ordunun dönüşümünü yavaşlattığı fikrinde olmakla beraber, kanaatimizce, Türk silahlı kuvvetleri, her iki sistemin sentezinden oluşan mevcut durumunu korumalı ve fakat aralarında birlik ve denge gözetmek kaydıyla, hal ve şartlara göre mümkün mertebe sürekli ve eğitilmiş personele öncelik ve ağırlık tanımak suretiyle gelişen, değişken, esnek, dinamik yapıya sahip olmalıdır. Zira, unutulmamalıdır ki, geçmişte genel askerlik yükümlülüğü yoluyla teşkil edilen askeri birlikler daha başarılı olmuştur. Gelecekte de barışta uzun soluklu bir istikrar ve savaşta güçlü bir ordu için sayıca büyük kuvvetlere ihtiyaç vardır.⁴⁸

Bu sebeplerle, zorunlu askerlik usûlüne dayanan genel askeralma sisteminin, ulus-devlet modeli ile geçmişteki yakın bağı dikkate alındığında, hâlen “ulus-devletini” sağlamlaştırma yolundaki Türkiye’de, “modern ordu” konumuna paralel olarak işlevlerini koruduğunu ve bunu kaybetmedikçe tamamen profesyonel ordu teşkilinin erken olacağını düşünmekteyim.

VII. SONUÇ

Bütün bu açıklamalar, ordusunun insan gücü bakımından Türkiye’nin bir geç ulus-devlet olarak küreselleşme süreci karşısında hangi pozisyonu alması ve kendisini nasıl konumlandırması gerektiğine bir cevap bulabilmek içindir. Küreselleşme kendiliğinden bir olgu olduğu kadar, güçlü devlet ve kesimler tarafından yönlendirilen bir süreç olduğuna göre, az gelişmiş ulus-devletler için dezavantajdır. Keza, bir yandan bütünleştirirken diğer yandan ayırmaya yol açtığından yine problemleri olan ulus-devletler için bir tehdit teşkil etmektedir.⁴⁹ Böyle bir durumda, siyasal ve sosyal bütünlüğünü tamamlayamamış, dil, din, tarih ve kültür birliğini tam olarak gerçekleştirememiş ve halkını vatandaşlık temelinde tam olarak türdeşleştirememiş olan Türkiye, küreselleşme karşısında “açığa düşme” tehlikesi altındadır.⁵⁰ O halde, Türkiye her aşamada

⁴⁸ UŞAKLI, Ali Bülent; *Savaşın Dönüşümü ve Teknoloji*, Ankara, Lalezar Kitabevi, 2008, s.206-207

⁴⁹ Bu bağlamda ulus-devletlerin hâlâ millî güvenliği korumakla yükümlü olduğu, Dünya’nın ileri ülkelerinin bir silahlı çatışmaya girme ihtimali ortadan kalkmaktaysa da, gelişmemiş çevre ülkelerinin gerek militleşmeyi tamamlama ve ulus-devleti sağlamlaştırma, gerek bağımsızlık ve bütünlüklerini koruma amacıyla çatışmalarının mukadder olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KAZGAN, s.250 vd. Ulus-devlet lehine dayanaklar ve aleyhine gelişmeler için bkz. DOĞAN, *Parçalayan Küreselleşme*, s.138 vd., 157 vd.

⁵⁰ Ulus-devlet kimliğini henüz tamamen kazanmamış olan Türkiye’nin küreselleşme ve AB

Dr. Celal IŞIKLAR

söz konusu duyarlıklarını gözetmek, kendini kollamak ve aynı zamanda hem sosyo-ekonomik arızalarını düzeltmek, hem de demokrasi eksikliğini gidermek zorundadır.

Bu gelişmelerden hareketle Türk Silahlı Kuvvetlerine yönelik eleştirilerin ve askerlik sistemine karşı yapılan saldırıların, gerçekte ulus-devleti hedef aldığı öne sürülmektedir.⁵¹

Bir bütün olarak askerlik sistemimizle ilgili olarak söylenebilecek olan şudur: Her şeyden önce, Türkiye'nin jeo-politik konumu ve durumu itibarıyla, iç şartlar da dikkate alındığında, yakın bir vâdede askerlik hizmetinin zorunlu olmaktan çıkarılması ve profesyonel askerliğe geçilmesi beklenmemelidir. Anayasal düzenimiz bakımından vicdanî retin bir hak olarak tanınması gerekmediği gibi buna engel bir hüküm de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, milletlerarası sözleşmelerin uygulanması aşamasının ve özellikle Avrupa Birliğine uyum ve katılım sürecinin, Türkiye'yi vicdanî ret olgusunu kabule ve bir hak olarak tanımaya zorlayacağı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle vicdanî ret olgusu, Türkiye'de zorunlu askerliğin "kara deliği" olmaya müsaittir. Bu çerçevede, büyük bir kitle ordusuna sahip Türkiye, sistemini korumak ve geldikleri kapamak için, başta Askerlik Kanunu olmak üzere, asker alma faaliyetlerini çağın gereklerine uygun bir şekilde modernize etmek durumundadır. Bu bakımdan, öncelikle Askerlik Kanunu yenilenerek, bilgi ve iletişim teknolojilerinden istifade ile sisteme dinamizm, saydamlık, kesinlik nispetinde esneklik kazandırılmalıdır.

Son söz olarak bir şey söylemek lazım gelirse, o da şudur: Türkiye askerlik sisteminde hukukî ve İdari yönden köklü bir değişiklik yapmak zorunda (kalır) ise, zamanın sosyo-ekonomik gerekleri kadar kendi tarih ve sosyolojisinin gerçeklerini de dikkate almak durumundadır. Türkiye'de genel askerlik yükümlülüğünün olumlu yanları, eksik yönlerine göre daha belirleyicidir.⁵²

karşısında yarı sömürgeleşme sürecine girdiği belirtilmektedir. Bkz. TÜRKDOĞAN, s.210, 466 ve 480

⁵¹ ÇEÇEN, s. 352. Bu yönde, vicdanî ret ve zorunlu askerliğin kaldırılması taleplerinin TSK'nı ve ulus-devleti hedef aldığını ileri süren bir çalışma için bkz. Kaan TURHAN, "TSK'yı ve Ulus Devleti Hedef Alan Vicdanî Ret", **Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Dergisi**, S.100, Ocak 2007, Antalya, 2007, s.50 vd.; **Sivil Casus**, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2006, s.491 vd.

⁵² Özellikle görev anlayışı ve duygusu yönünden zorunlu askerliğin tercihe şayan olduğu görülmektedir. SHOWALTER'in Napolyon dönemine atfen kitle ordusu ve askerlik sistemi hakkında dile getirdiği üzere: "*İster gönüllü ister zorunlu asker olsun, giderek daha büyük sayılara ulaşan, evrensel idealler ve milliyetçi yurtseverlikle güdülenmiş, ne uğrunda savaştığını bi-*

Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması

Yukarıda açıklanan olumsuzluklar dikkate alındığında, bazı eksilerine rağmen toplumsal düzen, millî bütünlük ve güvenlik açısından Türkiye’de bir süre daha mevcut sistemin devamında büyük fayda vardır. Ancak sofistike ve teknik hizmetlerle tecrübe ve ustalık isteyen görev alanlarında giderek daha fazla uzmanlaşmış profesyonel elemana (TSK’daki adıyla uzman erbaş ve ere) yer vermek kaydıyla.

*len ve bildiği şey uğruna savaşan üniformalı yurttaş, gerek XVIII. yüzyılın paralı askerinin gerekse çağdaş profesyonel teknosavaşçısının üzerinde yer alan bir ahlak düzeyinde olmanın gururunu taşımaya devam etmektedir.” Bkz. Denis SHOWALTER, “1815-64 Avrupa’nın Savaş Tarzı,” Ed. Jeremy BLACK, **Dretnot, Tank ve Uçak: Modern Çağda Savaş Sanatı 1815-2000**, Çev. Yavuz ALAGON, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2003, s. 40*

Dr. Celal IŞIKLAR

KAYNAKÇA

- AKIN, Mustafa Şeref; **Profesyonel Ordu ve Türk Silahlı Kuvvetleri**, Kitap Dostu Yayınları, İstanbul, 2008
- AKKAYA, Rukiye; **Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004
- ALTINAY, Ayşe Gül; “Cumhuriyet ile savaşçı millet olduk”, Nuriye Akman’ın röportajı, **Zaman Gazetesi**, 8.3.2005
- ; “Militarizm”, “5.11.2005, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org>, 15.9.2007
- AKYOL, Taha; “Orduya Güvenmek”, **Milliyet Gazetesi**, 4.10.2006
- ASLAN, Nurcan- İLHAN, Fatma; “Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Askerlik Hizmeti ve Askere Alımlar (XIX Yüzyıldan İtibaren)”, **Askerî Tarih Araştırmaları Dergisi**, Y.6, S.11, Şubat 2008,
- BELGE, Murat; “Vicdanî Ret Konusu”, **Radikal Gazetesi**, 7.5.2006
- ; “Değişen ve Değişmeyenler”, **Radikal Gazetesi**, 9.5.2006.
- BOZDEMİR, Mevlüt; **Türk Ordusunun Tarihsel Kaynakları**, Ankara, AÜSBF Yayınları, No:489, 1982
- BRÖCLİNG, Ulrich; **Disiplin: Askeri itaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi**, Çev. Veysel ATAMAN, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2001
- ÇEÇEN, Anıl; **Türkiye Cumhuriyeti Ulus Devleti**, Fark Yayınları, Ankara 2007
- ÇETİN, Halis; **Modernleşme ve Türkiye’de Modernleşme Krizleri**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003
- DOĞAN, İlyas; **Parçalayan Küreselleşme: Devlet ve Toplum Kuramlarına Yeni Yaklaşımlar, Küreselleşme Çağında Uluslararası Sistem**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006
- DURMUŞ, İlhami “Eski Türklerde Askerî Kültür,” **TSK Dergisi**, S.385, Temmuz 2005
- ERÖZDEN, Ozan; **Ulus-Devlet**, Ankara, Dost Kitabevi, 1997

- GÖKA, Erol; **Türk Grup Davranışı**, Ankara, Aşina Kitaplar, 3.B, 2006
- GÖKTÜRK, Gülay; “Profesyonel Ordu,” **Bugün Gazetesi**, 14.12.2005.
- ; “Vidani Redde Hayır,” **Bugün Gazetesi**, 28.1.2006
- GUIBERNAU, Montserrat; **Milliyetçilikler/ 20. Yüzyılda Ulusal Devlet ve Milliyetçilikler**, Çev. N.Nur DOMANIÇ, Sarmal Yayınevi, 1997, İstanbul,
- GÜRKAN, İhsan; Türkiye’de Askerlik Kurumu ve Askerler, **İÜİFD Dergisi**, 1992/93, s.323-329
- İLHAN, Suat; **Türk Askerî Kültürünün Tarihî Gelişmesi**, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 1999
- ; “Askerlik,” **Millî Kültür Unsurlarımız Üzerine Genel Görüşler**, Ankara, Atatük Kültür Merkezi Yayını No:46,1990, s.323 vd
- İNALCIK, Halil; “Osmanlı Devrinde Türk Ordusu,” **Türk Kültürü Dergisi**, S.118, Y.X, Ağustos 1972
- ; **Osmanlı İmparatorluğu: Toplum ve Ekonomi**, İstanbul, Eren Yayıncılık, 1993
- KAFESOĞLU, İbrahim; **Türk Millî Kültürü**, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 23.B, 2003
- KAYA, Ersin; “Vidani Ret Uygulaması ve Türkiye,” **Stratejik Araştırmalar Dergisi**, S. 8, Eylül 2006
- KAYABALI, İsmail - ARSLANOĞLU, Cemender; **Doruk Dergisi**, Ordu Özel Sayısı, S.1, Y.1, Ağustos 1976, Ankara 1976
- KAZGAN, Gülten; **Küreselleşme ve Ulus Devlet**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2005
- KEAGAN, John; **Savaş Sanatı**, Çev. Füsun DORUKER, İstanbul, Sabah Kitapları, 1995
- KIRCA, Coşkun; “Vidani itirazı”, **Akşam Gazetesi**, 26.5.2004
- KOÇAK, Mustafa; **Devlet ve Egemenlik: Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2006

Dr. Celal IŞIKLAR

KOÇDEMİR, Kadir; **Millî Devlet ve Küreselleşme**, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 2004

KOLOĞLU, Orhan; “Osmanlı Devleti’nde ‘Asker Millet’ Anlayışının Oluşması”, **Tarih ve Toplum Dergisi**, 32/192, Aralık 1999, s.24-47

KURT, Erdoğan; “**Feasibility of All-volunteer Armed Force İn Turkey**”, Naval Postgraduate School, Monterey-California/USA, June 2001 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi)

LUCASSEN, Jan - ZÜRCHER, Erik Jan; “Zorunlu Askerlik ve Direniş: Tarihi Çerçeve,” Der. Erik Jan ZÜRCHER, Devletin **Silahlması: Ortadoğu’da ve Orta Asya’da Zorunlu Askerlik (1775-1925)**, Çev. M. Tanju AKAD, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları No:41, 2003

MOSKOS, Charles C.; “Toward a Postmodern Military: The United States as a Paradigma”, Ed. Charles C.MOSKOS- John Allen WILLIAMS-David R. SEGAL, **The Postmodern Military: Armed Forces After The Cold War**, New York, Oxford University Press, 2000

MOSKOS, Charles C. - WILLIAMS, John Allen – SEGAL, David R; “Armed Forces After The Cold,” Ed. Charles C.MOSKOS-John Allen WILLIAMS-David R. SEGAL, **The Postmodern Military: Armed Forces After The Cold War**, New York, Oxford University Press, 2000

MURPHEY, Rhoads; **Osmanlı’da Ordu ve Savaş: 1500-1700**, Çev. M. Tanju AKAD, İstanbul, Homer Kitabevi, 2007

ORTAYLI, İlber; **Türkiye Tarihine Giriş**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2.B, 2000

ÖZHAN, Hacı Ali; “Askerlik”, **Vakit Gazetesi**, 30.11.2002

ÖZTÜRK, Osman Metin; **Anayasal Düzeyde Savunma ve Güvenlik Yapılanması**, Ankara, Vadi Yayınları, 1997

SAY, Ömer; **Millî Devlet Kültürü**, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 1998

SHOWALTER, Denis; “1815-64 Avrupa’nın Savaş Tarzı,” Ed. Jeremy BLACK, **Dretnot, Tank ve Uçak: Modern Çağda Savaş**

Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması

- Sanatı 1815-2000**, Çev. Yavuz ALAGON, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2003
- ŞEN, Serdar; **Silahlı Kuvvetler ve Modernizm**, İstanbul, 2.B, Nokta Kitap, 2005
- TARAKÇI, Mustafa; “Askerlik Düzeninde Yeni Düzenleme”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 22.2.2006
- TANERİ, Aydın; **Osmanlı Kara ve Deniz Kuvvetleri: Kuruluş Devri**, Ankara, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1981
- TEZCAN, Mahmut; **Türk Kişiliği ve Kültür-Kişilik İlişkileri**, Ankara, Kültür Bakanlığı, 1997
- TURHAN, Kaan; “TSK’yı ve Ulus Devleti Hedef Alan Vicdanî Ret”, **Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Dergisi**, S.100, Ocak 2007, Antalya, 2007, s.100
- ; **Sivil Casus**, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2006
- TÜRKDOĞAN, Orhan; **Türk Ulus-Devlet Kimliği**, İstanbul, IQ Yayıncılık, 2.B., 2006
- UŞAKLI, Ali Bülent; **Savaşın Dönüşümü ve Teknoloji**, Ankara, Lalezar Kitabevi, 2008
- UZUN, Begüm; “Türkiye’de Vicdanî Ret I-II,” 3.8.2006, (Erişim) <http://www.savas-karsitlari.org>, 15.9.2007
- YALÇINKAYA, Haldun; **Savaş: Uluslararası İlişkilerde Güç Kullanımı**, Ankara, İmge Kitabevi, 2008
- YÜKSEL, Mehmet; **Küreselleşme, Ulusal Hukuk ve Türkiye**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2001

BOŞ

TBMM İÇTÜZÜĞÜ'NE GÖRE MİLLETVEKİLLERİNE UYGULANAN DİSİPLİN CEZALARI

Arş. Gör. Begüm İSBİR*

ÖZET

Bir faaliyeti yürütmek üzere bir araya gelmiş kişilerin olduğu bir toplulukta, disipline ihtiyaç duyulur. Bunu sağlamak üzere disiplin cezaları, bir idari yaptırım olarak uygulanır. Düzeni sağlayacak disiplin kurallarına TBMM İçtüzüğü'nde de yer verilmiştir. Bu çalışmada, meclisteki görüşme düzenini bozan fiiller ve bunlara uygulanan disiplin cezaları, Yeni İçtüzük Taslağı dikkate alınmak suretiyle karşılaştırmalı ve eleştirel bir biçimde incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Milletvekili, disiplin, görüşme düzeni, meclis, disiplin cezası, siyasi etik.

(THE DISCIPLINARY PUNISHMENTS APPLIED TO THE MEMBERS OF THE ASSEMBLY UNDER THE STANDING ORDERS OF THE TURKISH GRAND NATIONAL ASSEMBLY)

ABSTRACT

Discipline is essential in a community that has come together to carry out an activity. Disciplinary punishments applied as an administrative sanction in order to maintain thereof. These disciplinary rules aimed to maintain the order prescribed in Standing Orders of TGNA. In this paper, the actions against the order of the meeting in assembly and the disciplinary punishments applied to those actions analysed as to the New Draft of Standing Orders taken as a basis in a comparative and critical manner.

KEY WORDS

Member of the parliament, discipline, order of meeting, assembly, disciplinary punishment, political ethics.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Milletvekilleri, TBMM'deki topluluğu oluşturur ve bu topluluğun da kendi iç ilişkilerini ve görüşme düzenini koruma gereksinimi vardır. Her şeyden önce meclis iç düzeninin korunması, yasama ve diğer faaliyetlerin düzgün işleyebilmesi açısından önem taşır. Bu nedenle, TBMM İçtüzüğü'nde meclis görüşmelerinde ya da meclis içinde disiplini ve düzeni sağlayıcı kurallara yer verilmiştir. Bu kurallara aykırı davranan milletvekilleri, disiplin cezalarının muhatabı olur. Genellikle önleyici ve bastırıcı özellik gösteren cezalar, vekillerin uyum içinde çalışmalarını sağlamak gayesindedir.

Çalışmamızın ilk kısmında, disiplin ve disiplin cezası kavramlarına açıklık getirildikten sonra; milletvekillerinin tabi oldukları disiplin cezalarının özelliklerine, türlerine ve disiplin cezası benzeri uygulamalara yer verilecektir. Ayrıca milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları; şu an uygulamada olan 05.03.1973 tarihli TBMM İçtüzüğü'nde yer alan hükümler ve hazırlıklarının devam ettiği TBMM İçtüzük Taslağı'ndaki yeni hükümler karşılaştırılarak incelenecektir. 2008 yılında kurulan "TBMM İçtüzük Uzlaşma Komisyonu" tarafından yeni bir içtüzük taslağı hazırlanmıştır. Söz konusu taslağın hazırlanması aşamasında, böyle bir çalışmaya neden gerek duyulduğuna ilişkin açıklamalar da getirilmiştir. Milletvekillerinin düzenli ve uyumlu çalışması konusunda taslağın en büyük hedefi; denetim sürecinin kolaylaştırılması ve meclis içi anlamsız tartışmaların engellenmesidir¹. Bu bağlamda, yeni taslağın kabul edilmesi ile Meclis'te "siyasi etik" kavramı gündeme gelecek ve milletvekillerinin siyasi etik kurallarına uygun davranıp davranmadıklarına karar verecek bir meclis içi kurul² (Siyasi Etik Kurulu) oluşturulacaktır.

Çalışmamızda milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları yürürlükteki içtüzük hükümleri esas alınarak incelenmiştir. Farklılık oluşturan hususlarda, yeni içtüzük taslağına da atıfta bulunulmuştur.

¹ TBMM İçtüzük Uzlaşma Komisyonu, **TBMM İçtüzük Taslağı İle İlgili Açıklamalar**, 16 Şubat 2009, s. 2 http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/taslak_2009/3_uzlasma_komisyonu_raporu.pdf (erişim: 20.12.2009)

² TBMM İçtüzük Taslağı'na göre;

Siyasi Etik Kurulu

Madde 118- Siyasi etik kültürünü geliştirmek, milletvekillerinin mevzuat ve Başkanlık Divanınca belirlenen davranış kurallarını ihlaline ilişkin hususları incelemek ve milletvekilliğiyle bağdaşmayan işlere ilişkin itirazları inceleyip karara bağlamak üzere Başkanlık Divanınca en az beş üyeden oluşan Etik Kurulu teşkil edilir.

Milletvekillerinin davranışları ile ilgili Anayasa, kanunlar ve İçtüzükte yer alan özel hükümler saklıdır. Siyasi Etik Kurulu'nun çalışma usul ve esasları Başkanlık Divanınca kararlaştırılır.

I. DİSİPLİN KAVRAMI VE DİSİPLİN CEZALARI

Disiplin, belli bir topluluğun iç düzeninin bozulmasını veya topluluğun menfaatlerinin zarar görmesini engelleyen, çeşitli kurallar öngören sistemdir. Disiplin kavramı, akla ilk gelen anlamıyla “bir cezayı” çağrışırsa da, cezadan daha kapsamlı ve sadece yaptırımı içermeyen, aynı zamanda düzene uymaya yönelik kuralları da barındıran daha üst bir kavramdır. Hiyerarşik bir yapının olduğu yerde mutlaka bir disiplin sistemi vardır³. Disiplin, amacına göre farklı türlere ayrılabilir⁴:

-Otokratik disiplin

-Demokratik disiplin

Otokratik disiplin, bastırıcı özellik gösterirken; demokratik disiplin, yapıcı bir özellik gösterir⁵. Otokratik disiplinin esası, çalışma düzeninin korunmasını amaçlar. Bu nedenle bu tür disiplininde üstün, sürekli, yakın kontrol ve denetim ön plandadır. Bu tür disiplininde genellikle cezalar şiddetli ve serttir. Bireylerin istekleri göz önünde bulundurulmaz. Otokratik disiplinin temeli, korkuya dayanır⁶. Buna karşılık, demokratik disiplininde arzu edilen, grup mensuplarının moralini yükseltmek ve çalışma arzusunu yükseltici önlemler almaktır. Zira burada amaç cezalandırmak değil; düzeltici ve öğretici yönü ağır basan disiplin kurallarını uygulamaktır⁷.

Disiplin kurallarının uygulandığı her yerde, yaptırım olarak “disiplin cezası” kullanılır. Eğer bir yaptırım, idari makamlarca kararlaştırılıp uygulanıyorsa **idari yaptırım** adını alır. Bu bağlamda disiplin cezaları, bir tür idari yaptırımdır⁸. Belli yasal sebeplere dayanan bu idari yaptırımlar, idari işlemlerin tipik örneklerindedir⁹.

³ Ahmet TAŞKIN, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 122.

⁴ Otokratik ve demokratik disiplin kavramlarından başka; olumsuz ve olumlu disiplin kavramlarının kullanılması da söz konusu olabilir. Bkz. Türker BAŞ ve Kadir ARDIÇ, “Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması,” **Amme İdaresi Dergisi**, C: 36/3 (Eylül 2003), Ankara, s.133-136.

⁵ TAŞKIN, **a.g.e.**, s.122-123.

⁶ Taner GELEGEN, “Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları,” **Danıştay Dergisi Cumhuriyet’in 50. Yılı Özel Sayısı**, Ankara, 1973, s. 222.

⁷ GELEGEN, **a.g.m.**, s. 223.

⁸ Ömer Asım LİVANELİOĞLU, **Memur Disiplin Hukuku**, İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003, s.7.

⁹ Muammer KUTLU, “Disiplin Suç ve Cezaları ve Danıştay’ın Tutumu,” **Türk İdare Dergi-**

Disiplin hukukuna “belirli grupların ceza hukuku” da denilebilir¹⁰. Modern devletler, bu hukuk dalını kurumlaştırmış ve ayrı bir yargı sistemi haline getirmişlerdir¹¹. Disiplin cezalarının kişilerin hak ve hürriyetleri üzerinde esaslı sonuçları olduğu göz önüne alınırsa, disiplin cezalarında da ceza hukukunun temel ilkeleri korunmalıdır¹².

Disiplin cezası, olmaması gereken bir hareketin bir daha ortaya çıkmasını engellemek istemektir. Kurum içindekilerin olumsuz davranışlarını düzeltme çabasıdır. Bu bağlamda disiplinin asıl amacı, bireylerin olumlu davranışlarını kuvvetlendirmek ve desteklemek olmalıdır¹³.

Disiplin cezaları genel olarak şu tasnife tabi tutulabilir¹⁴:

- Manevi nitelikli
- Mali nitelikli
- Tasfiye edici nitelikli

Manevi nitelikli disiplin cezaları uyarma ve kınamadır. Uyarma, bir kişinin daha dikkatli davranmasını sağlamaya yöneliktir. Kınama ise kişiye kurlu olduğunun bildirilmesidir. Mali nitelikli disiplin cezaları aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulmasıdır. Tasfiye edici nitelikli disiplin cezaları ise kişinin kurum ile olan hukuki statüsüne ve ilişkisine son verilmesidir. Milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları genellikle manevi nitelikte olup farklı özellik gösteren ceza türlerine de rastlanmaktadır¹⁵.

II. TBMM İÇTÜZÜĞÜ’NDE DÜZENLENEN DİSİPLİN CEZALARI

TBMM, yasama organı olarak faaliyetlerini düzenli, verimli, etkin ve yüksek performansta sürdürmek zorundadır. Meclis; milli egemenliğin somutlaştığı, milletvekillerinin birbiriyle uyum içerisinde tartıştığı, konuştuğu, faali-

si, Yıl: 61, Sayı: 385 (Aralık 1989), s. 65.

¹⁰ Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku*, Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 97.

¹¹ Turhan Tufan YÜCE, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlihi,” *Danıştay Dergisi*, Yıl: 24, Sayı: 88, s. 5.

¹² Zehreddin ASLAN, *Disiplin Suç ve Cezaları*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 136.

¹³ Hüsamettin KIRMIZIGÜL, *Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları*, Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., İstanbul, 1998, s. 3

¹⁴ HAKERİ, *a.g.e.*, s. 25.

¹⁵ Kanaatimizce, uyarma ve kınama cezaları manevi nitelik gösterirken, meclisten geçici çıkarma cezası karma bir karakter gösterir. Geçici özelliğinden ötürü bu ceza, tam tasfiye edici nitelikli değildir; buna karşın milletvekilinin üzerinde manevi bir etki yarattığından dolayı, bu disiplin cezasının manevi bir karaktere sahip olduğunu söyleyebiliriz.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

yette bulunduğu bir çatıdır. Meclisin kendi iç düzenini sağlayabilmesi için bazı kurallar öngörölmüştür. Bunlar, 05.03.1973 tarihli TBMM İçtüzüğü'nde yer alır.

Siyasi kararların alındığı bir ortamda –özellikle farklı siyasi partilere mensup üyelerin sayısı fazla ise- milletvekillerinin tutum ve davranışlarında aşırılık, birbirine sataşma, söz düelloları, hoş karşılanmayacak hareketlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Zira milletvekilleri farklı siyasi görüşten olsun ya da olmasın, kendilerine yasama sorumsuzluğu ile sağlanan “bağımsız kürsüyü” farklı amaçlarla kullanarak, topluma iyi örnek olmayacak nitelikte davranışlarda bulunabilme ve sözler söyleyebilme cesaretini göstermektedirler. Anayasa'da milletvekillerine sağlanan yasama sorumsuzluğu mekanizması ile vekiller; oy, söz ve düşüncelerinden dolayı sorumlu tutulmasalar bile Meclis Genel Kurulu'ndaki görüşme düzenini ya da komisyon toplantıları ile siyasi parti grup toplantılarını –meclis çalışmaları kastedilmektedir- bozucu oy, söz, düşünce ya da davranışlarından dolayı Meclis İçtüzük hükümleri gereğince **disiplin cezasına** tabi olurlar¹⁶. Bu sebeplerle, TBMM İçtüzüğü'nün onüçüncü kısmında düzenlenen 156-163'üncü maddelerinde, milletvekillerine uygulanacak disiplin cezalarına yer verilmiştir. Söz konusu maddeler incelendiğinde:

-Disiplin cezalarının çeşitlerinin neler olduğu,

-Her bir disiplin cezasının hangi hallerde, hangi usul izlenerek verileceği ve bunların sonuçlarına yer verildiği görülür.

Disiplin cezaları içeren söz konusu maddelerin dışında, İçtüzük'te bazı disiplinler hükümlere de yer verildiği gözden kaçmamaktadır. Bu disiplinler hükümler genelde, Meclis'teki görüşme düzenini sağlayıcı ya da komisyonlardaki düzeni sağlayıcı niteliktedir.

TBMM'nin iç düzenini sağlayan disiplin cezaları;

1. Açıkça ve özel olarak düzenlenen cezalar
2. Disiplin cezası benzerleri ¹⁷ (İçtüzük genelinde ve bağlantı kurularak bulunan disiplin kuralları) olmak üzere ikiye ayrılır¹⁸.

¹⁶ Metin KIRATLI, **Parlamentar Muafiyetler**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 127-109, 1961, s. 27; Faruk BİLİR, **Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Ankara, Nobel Yayın-Dağıtım, 2001, s. 102-103.

¹⁷ Bu kavram ilk kez Şeref İBA tarafından kullanılmıştır. Bkz: Şeref İBA, “Türk Parlamento Hukuku'nda Milletvekillerinin Kural-Dışı Tutum ve Davranışları,” **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C: 57, Sayı:1, s. 52.

¹⁸ Bir diğer tasnif, Başkan'ın disiplin cezası uygulama yetkisi esas alınarak İBA tarafından yapılmıştır:

Söz konusu tasnife uygun olarak ilerleyen başlıklarda, TBMM İçtüzüğü'ne göre milletvekilleri arasında disiplini sağlayıcı kuralları ve uygulanan cezaları ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğiz.

A. TBMM İçtüzüğü'nde Düzenlenen Disiplin Cezalarının Temel Özellikleri

Meclis'teki çalışma düzenini ilgilendiren hukuk kurallarına aykırılık oluşturan her türlü davranışın cezalandırılması gerekir. Görüşme düzeninin sağlanması ve doğru tartışmaların yapılarak yerinde kararların alınması, meclis içi görüşme düzeninin iyi olmasına bağlıdır. Görüşme düzeninin bu kadar önem taşımasından dolayı, vekillere uygulanan disiplin cezalarının caydırıcı işlevinin olması aranır. Meclisteki disiplin cezalarının genel olarak şu **özellikleri** olduğu söylenebilir:

-Meclis İçtüzüğü'nde öngörülmüşlerdir.

-Meclis'teki "görüşme düzenini" koruyucudur.

-Doğrudan Meclis Başkanı tarafından uygulanabileceği gibi, Başkan'ın önerisi üzerine Genel Kurul kararı ile de uygulanırlar.

-Fiilin ağırlığına göre cezanın ağırlığı da artmaktadır. Buna göre, Başkan'ın takdir yetkisi kısıtlanmaktadır.

Sadece mecliste uygulananlar değil, genel olarak disiplin cezaları düşünüldüğünde; kurala ve düzene aykırılık oluşturan her fiilin bir yaptırımla karşılaştığı görülmektedir. İdarenin yetkilerinden birisi olan ve geniş bir alana sahip olan "yaptırım uygulama yetkisi" düşünüldüğünde de idare, kurala uymayan kişiye mutlaka bir yaptırım uygular. Tipik bir idari işlem olarak karşımıza çıkan disiplin cezaları, belli bir çalışma düzenine ihtiyaç duyulan TBMM'de de uygulanır. Mecliste, milletvekillerine uygulanan disiplin cezalarının da bir idari kurum veya kuruluşlardaki iç düzende uygulanan cezalardan farklı bir yönü yoktur. Her ikisi de bozulan iç düzenin yeniden tesisini hedefleyen idari yaptırımlardır.

"-Genel Kurul kararı gerektirmeden, oturum Başkanı'nca doğrudan verilebilecek disiplin cezaları (Uyarma, milletvekilinin sözünü kesip kürsüden ayırma, bir birleşim boyunca salondan çıkarma, birleşime ara verme, birleşimi kapatma)

-Başkan'ın önerisi üzerine ilgili üyenin savunması da alınarak Genel Kurul kararıyla verilebilecek disiplin cezaları (Kınama, Meclis'ten üç birleşim geçici çıkarma cezası)

- Başkan'ın önerisi üzerine Genel Kurul kararıyla verilebilecek disiplin cezaları (Birleşim boyunca konuşma yasağı, birleşim boyunca ceza aldığı konuda konuşamama yasağı)". İBA, a.g.m., s. 52.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

TBMM'nin yasama fonksiyonunu yerine getirdiği dikkate alındığında, milletvekillerine uygulanan disiplin cezalarının da yasama fonksiyonu ile ilgili olduğu akla gelebilir. Böyle bir yorum, elbette doğru değildir. Çünkü meclisin gerçekleştirdiği her faaliyet aldığı her karar, mutlak anlamda bir yasama faaliyeti niteliği taşımaz. Meclis, esas olarak "kanun yapma" fonksiyonunu yerine getirirse de aldığı bazı kararlar, kanun niteliği taşımaz. Milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları da meclisin, yasama faaliyeti kapsamında yürüttüğü bir faaliyet değildir. Disiplin cezası kararı, meclisin yasama fonksiyonu dışında almış olduğu **idari bir karardır**. Disiplin cezası, milletvekilinin kurala uygun olmayan tutum ya da davranışının niteliğine göre İçtüzük'te belirtilen usullere göre Başkan tarafından ya da Genel Kurul kararı ile ilgili vekile uygulanır.

TBMM'de uygulanan disiplin cezaları, meclisin tesis ettiği idari işlemlere verilecek örneklerdendir. Bazı cezalar, doğrudan Meclis Başkanı tarafından, bazılarıysa Başkan'ın önerisi ile Genel Kurul kararıyla milletvekiline uygulanır. Genel Kurul kararıyla uygulanan disiplin cezası, tipik bir parlamento kararıdır. Oysa bazı disiplin cezalarında doğrudan Meclis Başkanı'nın karar verme yetkisi yoktur. Başkan, bu tür bir cezanın uygulanabilmesi için Genel Kurul'da oylama yapar. Bir diğer ifadeyle, mecliste bir tür parlamento kararı alınması gündeme gelir. Bundan dolayı, Başkan tarafından bizzat takdir edilen disiplin cezalarının hukuki niteliğiyle Genel Kurul kararı ile uygulanan disiplin cezaları arasındaki en büyük fark, bu kararların birer parlamento kararı olup olmamasında kendini gösterir.

Demek ki, doğrudan Başkan tarafından takdir edilen cezalar ile parlamento kararı niteliği taşıyan işlemlerle uygulanan disiplin cezalarının ortak özelliği, her ikisinin de idari yaptırım olmasında kendisini gösterir. Bu cezalar, Yasama Organı tarafından tesis edilmesine karşın, yasama işlemi değil, idari işlemlerdir.

B. Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları ve Siyasi Etik Kavramı İlişkisi

TBMM'de milletvekillerinin kural dışı tutum ve davranışları nedeniyle İçtüzük'te düzenlenen disiplin cezalarının muhatabı olmalarının yanında, TBMM Yeni İçtüzük Taslağı'na göre milletvekillerinin "siyasi etik" kurallarına da uygun davranıp davranmadığının da tespit edilmesi gerekecektir.

TBMM Yeni İçtüzük Taslağı'nın 118'inci maddesine¹⁹ göre; TBMM içerisinde, Başkanlık Divanı tarafından "Siyasi Etik Kurulu"nun oluşturulması öngörülmüştür. Bu Kurul, Başkanlık Divanı tarafından en az beş üyeden oluşturulacaktır. Taslakta yer alan açıklamalar dikkate alındığında bu Kurul, her gruptan en az bir üye olmak şartıyla siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edilebileceği şekilde oluşturulur. Bir başka ifadeyle, milletvekilleri kendi kendilerinin siyasi etik kriterlerini oluşturup kendi kendilerini denetleyeceklerdir. Taslakta yer alan ve siyasi etik konusunda somut kriterlere yer vermeyen bu düzenlemenin eleştiriye son derece açık olduğu gözden kaçmamalıdır. Kanımızca, sadece milletvekillerine yönelik değil; siyasetle bağlantısı bulunan herkesin bilmek ve uymak zorunda olduğu siyasi etik ilke ve kurallarının somutlaştırılması; bu alanda atılacak en önemli adımlardan birisi olabilir. Öncelikle siyasi etikle ilgili ilke ve kurallar daha somut hale getirilmeli, daha sonra ise bu kurallar, TBMM üyelerine uygulanabilmelidir.

Taslakta yer alan açıklamalara²⁰ göre Kurul'un öncelikli görevi, "*siyasi etik konusunda yasal alt yapıyı oluşturmaktır*". Kurul'un görevleri şu şekilde sıralanabilir:

- Siyasi etik kültürünü geliştirmek,
- Milletvekillerinin mevzuat ve Başkanlık Divanı tarafından belirlenen davranış kurallarını ihlaline ilişkin hususları incelemek,
- Milletvekilliğiyle bağdaşmayan işlere ilişkin itirazları inceleyip karara bağlamak.

Meclisin çalışma düzeni açısından oldukça yeni bir kavram olan "siyasi etik" kavramının muğlak olduğu açıktır. Zira siyasi etik kavramı içerisinde milletvekillerinin sadece Genel Kurul'da sarf ettiği sözcükler ya da ileri sürdükleri düşünceler ya da gösterdikleri tutum ve davranışlar mı düşünülmelidir? Yoksa siyasi etik kavramının, geniş anlamda düşünülerek, milletvekil-

¹⁹ **Siyasi Etik Kurulu**

Madde 118- Siyasi etik kültürünü geliştirmek, milletvekillerinin mevzuat ve Başkanlık Divanıca belirlenen davranış kurallarını ihlaline ilişkin hususları incelemek ve milletvekilliğiyle bağdaşmayan işlere ilişkin itirazları inceleyip karara bağlamak üzere Başkanlık Divanıca en az beş üyeden oluşan Etik Kurulu teşkil edilir.

Milletvekillerinin davranışları ile ilgili Anayasa, kanunlar ve İçtüzükte yer alan özel hükümler saklıdır. Siyasi Etik Kurulu'nun çalışma usul ve esasları Başkanlık Divanıca kararlaştırılır.

²⁰ http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/taslak_2009/4_ictuzuk_taslak_metni.pdf (erişim: 10.09.2009).

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

rinin yasama faaliyeti sırasında ya da yasama faaliyeti kapsamında olmayıp Meclis'in karar alma sürecinin tümünde uymak zorunda oldukları ilke ve kurallardan ibaret olduğu mu söylenebilir? Oldukça tartışmalı sayılabilecek bu kavramın, TBMM İçtüzük Taslağı kabul edildikten sonra, meclis içi uygulamalarda netlik kazanacağını düşünmekteyiz. Ancak kanımızca, siyasi etik kavramının sadece, milletvekillerinin Genel Kurul görüşmeleri sırasında sergiledikleri tutum ve davranışları kapsadığı söylenemez.

Siyasi etik, milletvekillerinin meclis içerisinde gösterdikleri tutum ve davranışlardan daha üst bir kavramdır. Bir diğer ifadeyle, siyasi etik milletvekillerinin tutum ve davranışlarının yanında, siyaset yaptıkları süreç boyunca meclis içinde ya da meclis dışında kurallara uygun davranmaları, siyasi parti üyesi olmalarından kaynaklanan sorumlulukları yerine getirmelerini de kapsar. Hatta bazı yazarlara göre siyasi parti değiştirmek, siyasi etik ile bađdařmamaktadır²¹. Milletvekillerinin, bu sıfatı kazanmalarından itibaren uymak zorunda oldukları ve sadece meclis içerisinde göstermiş oldukları tutum ve davranışların değil, meclis dışında da gösterdikleri tutum ve davranışların da siyasi etik kapsamında olduğu düşünölmelidir. Taslakta yer alan ve Siyasi Etik Kurulu'nun görev kapsamında bulunan "siyasi etik költürünü geliştirmek ve milletvekilliğiyle bağdaşmayan işlere ilişkin itirazları incelemek" sadece meclis içerisindeki görüşmelerde, vekillerin kural-dışı tutum ve davranışlarının tespitiyle mümkün olmaz. Bu tür tutum ve davranışların tespiti ancak, vekillerin meclis dışındaki davranışlarının da incelenmesiyle gerçekleşebilir.

Söz konusu aykırı davranışların tespitinden sonra ise Kurul, milletvekilleri hakkında içtüzüğe uygun bir karar vererek siyasi etik költürünü geliştirebilir. Dolayısıyla siyasi etik költürünün gelişmesi, birdenbire değil; Siyasi Etik Kurulu'nun verimli ve etkin çalışmasıyla mümkün olacaktır. Siyasi etik költürünün gelişimi, siyasetçilerin siyaset yapma tarzıyla doğru orantılıdır²². Siyasetçiler, kişisel menfaatlerini siyaset yaparken ön planda tutarak hareket ederlerse, siyasi költür olumsuz yönde ilerler. Ancak siyasetçiler, siyaset yapma tarzlarını toplum menfaatlerine uygun olarak değiştirirlerse, bu olumsuz çizgi olumluya doğru dönerek, siyasi költürün gelişimi gerçekten sağlanmış olur.

²¹ Atakan HATİPOĞLU, "Parlamentarlerin Etik Davranışlarını Etkileyen Faktörler," **Kamu Etiği-Sempozyum Bildirileri-2 (25-26 Mayıs 2009 Ankara)**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2009, s. 673.

²² HATİPOĞLU, **a.g.m.**, s. 664.

Sonuç olarak, milletvekillerinin disiplin cezasını gerektirebilecek tutum ve davranışları aynı zamanda siyasi etik kurallarına da aykırılık teşkil edebilir. Eğer içtüzük taslağı bu şekilde kabul edilirse, Siyasi Etik Kurulu'nun; milletvekillerinin tutum ve davranışlarının siyasi etik kurallarına aykırı olup olmadığının tespitiyle görevli olacağı açıktır. Bu bağlamda bu Kurul'un, milletvekillerinin kural dışı tutum ve davranışlarının tespitinde veya nitelendirilmesinde görev yapacak bir organ olacağı kanısındayız.

C. TBMM İçtüzüğü'nde Düzenlenen Disiplin Cezası Türleri

1. Açıkça Düzenlenen Disiplin Cezaları

Meclis İçtüzüğü, 156-163'üncü maddeleri arasında milletvekillerine uygulanacak olan temel disiplin cezalarını öngörmüştür. Açıkça düzenlenen disiplin cezaları, 156'ncı maddeye göre;

- Uyarma cezası
- Kınama cezası
- Meclisten geçici olarak çıkarma cezasıdır.

Öngörülen disiplin cezaları, milletvekillerinin kural-dışı davranışlarına karşı yaptırım niteliği taşır. Bu yaptırımın türünü belirlemede Başkan'ın geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır²³. Çalışmamızda, İçtüzük'te yer alan tasnif esas alınacaktır. Ancak yeri geldikçe, TBMM Yeni İçtüzük Taslağı'ndaki disiplin hükümleri de değerlendirilecektir.

TBMM Yeni İçtüzük Taslağı'nda yürürlükteki İçtüzük'ten farklı olarak, milletvekillerine uygulanan disiplin cezalarında bazı değişiklikler yapılmıştır. Cezaların niteliğinde herhangi bir değişikliğe gidilmese de; İçtüzük'teki sistematüğün gözden geçirildiği fark edilmektedir. Örneğin yürürlükteki içtüzükte, "Görüşmelerde Genel Düzen" başlığını taşıyan 65'inci, 66'nci, 67'nci ve 68'inci maddeler, taslağın 52'nci maddesinde bir araya getirilerek, tek bir madde haline dönüştürülmüştür.

Hakkında disiplin cezası uygulanan milletvekilinin kendini savunmasına imkan veren "Açıklama Hakkı" konusunda da taslakta, esaslı bir değişikliğe gidilmemiştir. İçtüzük taslağının 53'üncü maddesinde düzenlenen "Açıklama Hakkı", yürürlükteki İçtüzük'ün 69'uncu maddesiyle aynı olup herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

²³ İBA, a.g.m. , s. 45.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

İçtüzük taslağına göre milletvekillerine uygulanacak olan disiplin cezaları, maddi anlamda bir değişikliğe uğramamış olsa da, şekli anlamda yeniden düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle, milletvekillerine uygulanacak disiplin cezaları, içtüzük taslağının 110'uncu maddesine göre dört gruba ayrılmıştır. Bu tasnife göre milletvekillerine; **uyarma**, **konusma yasağı**, **kınama** ve **meclisten geçici çıkarma** cezaları uygulanacaktır.

İçtüzük taslağında yer alan diğer düzenlemelere ilişkin farklara, yeri geldikçe değinilecektir.

a. Uyarma Cezası

Uyarma cezası, manevi nitelikli bir disiplin cezasıdır. İçtüzük'ün 157'inci maddesine göre, uyarma cezasını gerektiren fiiller tahdidi olarak sayılmıştır. Başkan, İçtüzük'te yer alan bu fiillerle sınırlı olarak uyarma cezasını takdir edip uygulayacaktır. İçtüzük'ün 157'nci maddesine göre, uyarma cezasını gerektiren sebepler şunlardır:

- Söz kesmek,
- Sükûneti ve çalışma düzenini bozmak,
- Şahsiyatla uğraşmak.

Bunu izleyen maddelerde ise uyarma cezasının verilmesindeki usul ile bir milletvekilinin aynı oturumda birden fazla uyarma cezası almasının sonucu düzenlenmiştir. Milletvekillerine uyarma cezasının verilmesini gerektiren fiiller, aynı zamanda İçtüzük'ün 65'inci maddesine göre "görüşmelerde genel düzenin sağlanmasına" yönelik yasak fiiller arasındadır. Bir başka ifadeyle, bu fiiller hem uyarma cezasının sebepleri hem de görüşme düzenini bozucu yasak fiillerdir. Meclisteki görüşme düzeninin bozulup bozulmadığı, bu fiillerin işlenip işlenmediğine göre değerlendirilir.

Uyarma cezasını gerektiren sebepler oldukça muğlaktır. Bir milletvekilinin kürsüde konuşurken diğer bir milletvekilince sözünün kesilmesi çok sık görülür. Bu durumda Başkan tarafsızlığını koruyarak, diğer milletvekilinin sözünü kesen veya mecliste sükûneti bozan milletvekilinin mensup olduğu siyasi partiye bakmaksızın, gereken uyarıyı yapması bir zorunluluktur.

Şahsiyatla uğraşmak da uyarma cezasıyla sonuçlanan bir fiildir. Ancak, bu da somut olayın değerlendirilmesi sonucu ulaşılabilecek bir sebeptir. Meclis

Başkanı, yine tarafsızlığını koruyarak, kendisinin mensubu olmadığı bir partinin milletvekili kürsüdeyken; diğer milletvekillerinin, kürsüdeki milletvekilinin şahsına yönelik tutum ve davranışlarını objektif olarak nitelendirerek; yerinde ve zamanında, gereken müdahalede bulunmak zorundadır.

İçtüzük'ün 158'inci maddesinin birinci fıkrasına göre uyarma cezasını takdir edip uygulayacak olan TBMM Başkanı'dır. Bu maddeye göre Başkan, takdir yetkisini kullanarak Genel Kurul kararı olmaksızın milletvekiline doğrudan doğruya bu cezayı uygulayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise milletvekiline, kendisini savunması için söz verilmesi zorunlu tutulmamıştır. Başkan, ceza alacak meclis üyesinin talebi üzerine oturum veya birleşimin²⁴ sonunda, kendisini savunmak amacıyla üyeye söz vermek zorundadır. Gerektiği durumda ise, Başkan birleşimin sonuna gelmeden de milletvekiline söz hakkı tanıyabilir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında Başkan'a, uyarma cezasını kaldırma konusunda da takdir yetkisi verilmiştir. Burada dikkate alınacak ölçüt ise, "milletvekilinin açıklamasının yeterli olup olmadığı"dır. Oldukça muğlâk olan bu ölçütte, Başkan'ın bu konuda geniş bir takdir yetkisinin olduğu sonucuna varılabilir. Demek ki uyarma cezasının verilmesi ya da kaldırılması konusunda Başkan, takdir yetkisine sahiptir. Bu hususta Başkan, tek başına karar verecektir. Eğer Başkan uyarma cezası vermişse ve milletvekilinin savunma talebi varsa, ona söz vermek zorundadır. Başkan'ın ceza alacak milletvekiline söz hakkı verme konusundaki bağlı yetkisi, sadece bu istisnai durumda geçerlidir. Milletvekili söz istemezse, Başkan'ın uyarma cezasını kaldırıp kaldırmamaya ilişkin bir takdir yetkisi gündeme gelmeyecektir. Zira bu yetki ancak milletvekilinin, savunma için söz isteyip açıklama yapmasına ve Başkan'ın da bu açıklamaları "yeterli" görmesine bağlıdır.

İçtüzük taslağı, 111'inci ve 112'nci maddelerinde uyarma cezasını düzenlemiştir. Maddeler incelendiğinde, uyarma cezasının verilmesini gerektiren sebepler, cezasının verilmiş usulü ve sonuçlarıyla ilgili olarak, halen yürürlükte olan İçtüzük hükümleriyle aralarında herhangi bir fark olmadığı açıkça anlaşılır.

²⁴ Birleşim, bir yasama yılındaki belli günlerde yapılması öngörülen Meclis toplantılarına denir. Oturum ise, bir birleşimde ara vermeden yapılan meclis toplantısıdır. Oturum ise meclis birleşimindeki en küçük toplantı birimidir.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

-Söz Söylemekten Yasaklama Cezası

Uyarma cezasının tekerrürü durumunda bu cezanın ağırlaştırılmış hali olan, **söz söylemekten yasaklama** cezası uygulanır. İBA' ya göre, İçtüzük'ün 159'uncu maddesinde düzenlenen bu ceza, başlı başına bir disiplin cezasıdır ve 156'ncı maddede düzenlenen disiplin cezası türleri arasında yer almalıdır²⁵.

Yürürlükteki İçtüzük'te 159'uncu maddede yer alan "söz söylemekten yasaklama cezası", taslakta 113'üncü maddede ayrı bir disiplin cezası olarak yer almıştır. Ancak taslaktaki bu düzenleme ile şu an uygulanan İçtüzük'ün 159'uncu maddesindeki söz söylemekten yasaklama cezası ile aralarında maddi anlamda herhangi bir fark söz konusu değildir. Her iki düzenlemeye göre, bir milletvekili aynı birleşimde uyarma cezası alır ve bunu tekrarlırsa, o birleşimin sonuna kadar söz söylemesi Başkan'ın teklifi üzerine görüşmesiz ve işaret oyu ile yasaklanır.

İçtüzük taslağında söz söylemekten yasaklama cezasının, milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları arasında ayrı bir tür olarak düzenlenmesi, İBA'nın yukarıda ifade ettiğimiz önerisi ile paralellik göstermektedir.

Söz söylemekten yasaklama cezasının verilmesi için gereken şartlar incelendiğinde; şu unsurlar ortaya çıkmaktadır:

-Bir milletvekilinin iki kez uyarma cezası alması,

-Uyarma cezalarının "aynı birleşimde" alınmış olması.

Söz söylemekten yasaklama cezası, uyarma cezasına göre daha ağır niteliklidir. Milletvekiline bu cezanın uygulanabilmesi için Başkan, Genel Kurul'a teklifte bulunur. Görüşme yapılmadan, işaret oyuyla vekile ceza verilmesi kabul edilir. Cezanın sonucu ise, milletvekilinin o birleşimin sonuna kadar konuşmasının yasaklanmasıdır. Söz söylemekten yasaklama cezasını düzenleyen bu kural, TBMM İçtüzüğü'nün 66'ncı maddesinde "konu dışına çıkmama" kuralına aykırı davranış sergileyen milletvekili için öngörülen özel bir ceza yöntemi olarak tekrarlanmıştır²⁶.

²⁵ İBA, **a.g.m.**, s. 44; Aynı görüş için bkz: Fahri BAKIRCI, **TBMM'nin Çalışma Yöntemi**, İmge Kitabevi, 2000, s. 242.

²⁶ İBA, **a.g.m.**, s. 46.

b. Kınama Cezası

Meclis İçtüzüğü'nün 160'ıncı maddesinde düzenlenen bu ceza, uyarma cezasını gerektiren tutum ve davranışlardan daha ağır nitelikli ve görüşme düzenini gerçekten kesintiye uğratabilecek türdeki fiillerden dolayı milletvekillerine uygulanacaktır²⁷.

160'ıncı maddeden de anlaşılacağı üzere kınama cezası, milletvekillerinin uyarma cezasına göre daha ağır nitelikteki fiil ve davranışlarından kaynaklanır. Bir üye, aynı birleşimde iki kez uyarma cezası almış; fakat söz konusu tutum ve davranışında ısrar ediyorsa, kendisine kınama cezası verilir.

İçtüzük'ün 160'ıncı maddesinin üçüncü bendinde ise milletvekillerine kınama cezasının uygulanmasını gerektiren “kaba ve yaralayıcı söz sarf etmek” fiili yer alır. Söz konusu sebep, oldukça belirsizdir ve bu konu ile ilgili olarak Meclis Başkanı'nın takdir yetkisinin oldukça genişlediği açıktır. Bu milletvekilinin kullandığı sözcükler ya da yaptığı hareketler, Başkan'ın değer yargılarına ve değerlendirme ölçütlerine göre kendisine kınama cezasının uygulanmasına ya da uygulanmamasına yol açacaktır.

Aynı maddenin dördüncü bendindeki “saldırıda bulunmak” ibaresi de çok açık bir ifade değildir. Maddede yer alan saldırı sözcüğünden, “manevi bir saldırı”yı anlayacak olursak; uyarma cezasının uygulanması da söz konusu olabilir. Bu nedenle, saldırıdan ne anlaşılması gerektiği, somut olayda dikkatlice değerlendirilmelidir. Manevi bir saldırı söz konusu ise bu fiilde bulunan vekile, uyarma cezası uygulanabilir. Örneğin; bir milletvekilinin, diğerinin şahsına yönelik ağır hakaretlerde bulunması veya sövmesi gibi. Buna karşılık, milletvekili, maddi bir saldırıda bulunmuş ise, daha ağır olan kınama cezası ile karşılaşacaktır. Demek ki, bu bentte geçen “saldırı” sözcüğü, “somut bir saldırı” olarak düşünülmelidir. Örneğin, bir milletvekilinin diğerini tartaklaması, itip kakması, yumruklaması, tokat atması, herhangi bir cisim fırlatması, su atması gibi fiiller, “maddi saldırı” olarak kabul edilebilir.

²⁷ Söz konusu 160'ıncı madde şöyle demektedir:

“Kınama cezasını gerektiren haller şunlardır:

- 1) Aynı birleşimde iki kere uyarma cezası aldığı halde bunu gerektiren hareketten vazgeçmemek;
- 2) Bir ay içinde üç kere uyarma cezasına uğramış olmak;
- 3) Kaba ve yaralayıcı sözler sarf etmek ve hareketler yapmak;
- 4) Saldırıda bulunmak;
- 5) Mecliste gürültü ve kavgaya sebep olmak veya Meclisin görevini yerine getirmesini önlemek için toplu bir harekete girişilmesine önayak olmak.”

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

160'ıncı maddenin son bendinde yer alan sebebi ikiye ayırabiliriz:

-Mecliste gürültü ve kavgaya sebep olmak,

-Meclisin görevini yerine getirmesini önlemek için toplu bir harekete girişilmesine önyak olmak.

Milletvekili, bu fiillerden herhangi birisini işlediği takdirde, hakkında kınama cezası uygulanır. Mecliste gürültü ve kavgaya sebep olmak, milletvekiline uyarma cezasının verilme sebeplerinden birisi olan “sükûneti ve çalışma düzenini bozmak”tan öte, “meclisteki çalışmaları durdurma noktasına getirecek derecede büyük karışıklık yaratmak” olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir milletvekilinin bir başka siyasi parti mensubu bir milletvekiline hakaret etmesi veya sövmesi, üstüne yürümesi, yumruklamaya çalışması bu sırada başka milletvekillerinin de olaya dahil olması sonucu kavga ve kaos yaşanması, saldırdırda bulunan milletvekillerine kınama cezasının uygulanmasını gerektirir.

Kınama cezasının uygulanmasını gerektiren bir diğer sebep ise, milletvekillerinden birisinin bilerek ve isteyerek meclis faaliyetini engelleyici “toplu bir harekete” girişilmesine öncülük etmesidir. Örneğin, bir meclis üyesi, bir kanunun çıkarılmasını engellemek istediği için ve diğer milletvekillerini de etkileyerek Başkanlık kürsüsüne çıkıp oturumu engellemektedir. Bu şekilde bir karışıklık yaratan öncü milletvekili, kınama cezasının da muhatabıdır.

İçtüzük'ün 160'ıncı maddesinde yer alan “kınama cezası” içtüzük taslağının 114'üncü maddesinde düzenlenmekle birlikte, her iki madde arasında herhangi bir fark söz konusu değildir.

c. Meclisten Geçici Çıkarma Cezası

İçtüzük'ün 161'inci maddesinde düzenlenen disiplin cezası, kınama cezasının üzerinde yer alan bir cezadır. Bu cezayı gerektiren fiiller, uyarma ve kınama cezalarına göre daha ağırdır. Bu fiiller, hem görüşme düzenini bozucudur hem de görüşmeleri imkânsız kılıcı etkiye sahiptir. Bundan dolayı, meclisten geçici çıkarma cezası, bir milletvekili için oldukça ağır bir nitelik taşır²⁸.

²⁸ İçtüzük'ün 161'inci maddesi “ Meclisten geçici olarak çıkarma cezası aşağıdaki hallerde verilir:

1. Aynı birleşim sırasında üç kere kınama cezasına uğramak;
2. Bir ay içerisinde beş kere kınama cezası almak;
3. Görüşmeler sırasında Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisine, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanına,

Arş. Gör. Begüm İSBİR

Bu disiplin cezasının sonuçları ise 162'nci maddede düzenlenmiş olup cezanın verilmiş usulü ile cezayı ortadan kaldıran sebep, kınama cezasıyla ortak olarak 163'üncü maddede düzenlenmiştir.

Meclisten geçici çıkarma cezası, içtüzük taslağının 115'inci, 116'ncı ve 117'nci maddelerinde düzenlenmiş olup yürürlükteki İçtüzük hükümleriyle aralarında herhangi bir fark söz konusu değildir.

Meclisten geçici çıkarma cezasını gerektiren sebepler incelendiğinde; uyarma ve kınama cezalarındaki gibi “şahsi fiillerde bulunma” türündeki tutum ve davranışlardan oluşmadığı görülür. Uyarma ve kınama cezaları manevi niteliği ağır basan disiplin cezalarıyken; meclisten çıkarma cezası tasfiye edici niteliği ağır basan bir cezadır. Nitekim meclisten geçici çıkarma cezasına tabi olmayı gerektiren sebepler, uyarma ve kınama cezalarını aşan, TBMM'nin kendisine yönelik fiil ve davranışlar olarak değerlendirilebilir. Özellikle 161'inci maddenin 2'nci, 3'üncü, 4'üncü, 5'inci ve 6'ncı bentlerindeki sebepler, TBMM üyelerinin görüşme düzenini bozucu olmakla birlikte, Yasama Organı'nın saygınlığına ve şerefine dokunacak fiillerdir. Bu nedenle bu fiilleri işleyen vekillere, en ağır disiplin cezasının uygulanmasını gerektirir.

Söz konusu disiplin cezasını gerektiren ilk sebep oldukça açıktır. Bir milletvekili, İçtüzük'ün 160'uncü maddesinde yer alan sebeplerden dolayı kınama cezası alır ve vekil aynı cezadan aynı birleşimde üç kez daha alırsa, vekilin meclisten geçici olarak dışarı çıkarılma cezasına tabi olması gerekir. Burada “aynı birleşim”den anlaşılması gereken nedir? Bir birleşim, farklı oturumlardan oluşabilir; ancak bir birleşim, aynı gün içerisinde yer alan oturumları ifade eder. Aynı birleşim içerisinde üç kez kınama cezasının alınması, farklı oturumlarda gerçekleşebilir; fakat önemli olan o birleşim gününde alınan kınama cezalarının tekrürüdür.

Bir başka tekrür hali, 160'uncü maddenin ikinci bendinde düzenlenmiştir. Birinci bentten farklı olarak buradaki zaman aralığı, “ bir ay” olarak düzenlenmiş; buna paralel olarak kınama cezasına tabi olunma sayısı “beş”e çıkarıl-

Başkanlık görevini yerine getiren Başkanvekiline hakarete bulunmak, sövmek veya onları tehdit etmek yahut Türkiye Cumhuriyeti'ne veya onun Anayasa düzenine sövmek;

4. *Görüşmeler sırasında halkı veya Devlet kuvvetlerini yahut kamu organ ve kuruluş ve görevlilerini kanun dışı hareketlere, ayaklanmaya veya Anayasa hükümlerini bozmaya teşvik veya tahrik etmek;*

5. *Türkiye Büyük Millet Meclisi bina, bahçe ve arsaları içine silahlı olarak girmek;*

6. *Meclis yapıları yahut eklentileri içinde yasak bir eylemde bulunmak.”*

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

mıştır. Bir ay içinde beş kez kınama cezası alan vekil, meclisten geçici olarak çıkarılacaktır. Örneğın, 10.03.2007'deki birleşimde iki kez kınama cezası alan bir vekil, 10.04.2007 tarihine kadar aynı disiplin cezasına farklı birleşimlerde üç kez daha tabi olursa, meclisten geçici çıkarma cezası alacaktır. Dolayısıyla, ikinci bentte yer alan "bir ay" lık süreyi takvim süresi olarak değil, zaman aralığı olarak düşünmek gerekir. Söz konusu bir aylık sürenin meclisin tatile girmesi nedeniyle kesintiye uğraması ihtimalinde ise, meclisin 1 Ekim'de toplanmasıyla kaldığı yerden devam etmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bir başka ihtimal olarak, Meclis'in erken toplanması olarak düşünülebilir. Bu durumda da 1 Ekim'den önce toplanan Meclis Birleşimi'nde disiplin cezaları tekrarlayan vekiller, İçtüzük'te öngörölen daha ağır cezalara tabi tutulurlar.

Bu cezasının uygulanmasını gerektiren bir diğer sebep, İçtüzük'ün 161'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alır. Meclisteki görüşmelerde Cumhurbaşkanı'na, TBMM'ye, TBMM Başkan ve vekiline, Başkanlık Divanı'na hakaret eden, söven veya tehdit eden milletvekili de geçici olarak meclisten çıkarılacaktır. Maddenin ilgili bendinin ikinci kısmında cezalandırılan fiil, Türkiye Cumhuriyeti'ne veya onun Anayasa düzenine sövmektir.

İçtüzük'ün 161'nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenleme ise, 5237 sayılı TCK'nın 216'ncı ve 217'nci maddelerini hatırlatmaktadır. "halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama" suçunu düzenleyen TCK'nın 216'nci maddesi²⁹ ve "kanunlara uymamayı tahrik" suçunu düzenleyen 217'nci maddesi³⁰ ile İçtüzük'ün bu düzenlemesi arasında paralellik söz konusudur. Meclis üyesinin kürsüde sarf ettiği sözler ya da yaptığı hareketler halkı kin ve düşmanlığa tahrik ediciyse veya kanunlara uymamaya teşvik ediciyse; vekile sadece disiplin cezası uygulamakla yetinilmemelidir. Söz konusu fiil,

²⁹ **Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama**

MADDE 216. - (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği din değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³⁰ **Kanunlara uymamaya tahrik**

MADDE 217. - (1) Halkı kanunlara uymamaya alenen tahrik eden kişi, tahrikin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

suç oluşturma özelliğine sahip olduğundan dolayı, Meclis Başkanı'nın sadece disiplin cezası vermekle yetinmeyip milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması yolunu da işletmesi gereklidir. Ayrıca bir davranış, hem ceza soruşturmasını hem de disiplin cezasını gerektiriyorsa; kişi, ceza soruşturmasından kurtulsa bile, bu durum onun disiplin cezası almasını engellememelidir³¹.

TBMM üyelerinin TBMM binasına, bahçesine ve arsalarına silahla girmesi halinde meclisten geçici olarak çıkarılmalarını öngören 161'inci maddenin beşinci fıkrası, sadece Meclis Genel Kurul Salonu değil; komisyonların toplandığı salonlar, siyasi parti gruplarının toplandığı salonlar, milletvekillerinin şahsi odaları gibi TBMM binası içinde düşünülebilecek her yerde ve bahçesinde, avlusunda, arsasında milletvekillerinin silah taşımalarını yasaklamıştır. Bu yasağa uymayan vekiller meclisten çıkarılacaktır.

161'inci maddenin son fıkrasında öngörülen disiplin cezası sebebinde yer alan "yasak eylemde bulunmak" ibaresi oldukça geniş ve yoruma açıktır. Bir eylemin yasak olup olmadığı neye göre değerlendirilecektir? Örneğin Genel Kurul'daki görüşmeler sırasında bir milletvekilinin yerinden kalkarak pankart açması, slogan atması görüşme düzenini bozucu bir yasak eylem olarak değerlendirilebilir. Nitekim 1993 yılında mecliste yer alan bir siyasi partinin milletvekillerinden bazılarının pankart açması sonucunda meclisten geçici çıkarma cezası gündeme gelmiş; ancak milletvekillerinin Meclis'ten özür dilemesi üzerine, bu disiplin cezası uygulanmamıştır.

Benzer bir tartışma, 10 Kasım 2009 tarihli Meclis Genel Kurul Toplantısı'nda "açılım" tartışmaları yapılırken; muhalefet partisi milletvekilleri tarafından pankart açılmasında gündeme gelmiştir.

i. Meclisten Geçici Çıkarma Cezasının Uygulanması

TBMM İçtüzüğü'nün 162'nci maddesinde düzenlenen sonuçlar, bu cezanın verilmiş usulünü de içermektedir. Cezayı gerektiren fiilden dolayı milletvekiline ceza, "**derhal**" uygulanır. Söz konusu fiillerin ağırlığından ötürü, bu disiplin cezası araya zaman aralığı girmeden, hemen yerine getirilmesi gereken bir disiplin cezasıdır.

Ceza, Başkan'ın tek başına karar vermesiyle yerine getirilmez. Başkan, söz konusu fiili değerlendirir ve Genel Kurul'a ilgili milletvekiline geçici çıkarma cezasının verilmesine ilişkin teklifte bulunur. Genel Kurul, görüşme

³¹ Turan GENÇ, "Kamu Yönetimi'nde Disiplin," **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 62, Sayı: 389, (Aralık 1990), s. 9

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

yapmaksızın, işaret oyu ile vekilin bu disiplin cezasına tabi olmasına karar verir. İçtüzük m.163/f.2'de cezaya uğrayan milletvekilinin kendisini savunma hakkından bahsedilmiştir. Fakat ikinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ve savunma hakkının bir diğeri milletvekili tarafından kullanılmasını öngören "... yahut bunu bir arkadaşına yaptırmak hakkıdır" ifadesini anlamak oldukça güçtür. Cezaların şahsiliğı ilkesi gereğince, cezaya tabi olan bir fiili işleyen kimse kendi fiilinden ötürü cezalandırılır. Kendisine verilen savunma hakkı da cezaların şahsiliğı ilkesiyle bağlantılı olarak "şahsi" olmak zorundadır. Ancak burada "savunma hakkının şahsiliğı" prensibiyle ters düşecek bir durum ortaya çıkmaktadır. TBMM içerisinde ceza alacak olan bir milletvekilinin, diğeri bir milletvekilinin müvekkili konumuna gelmesi, hukuka uygun gözükmemektedir. Disiplin cezasına yol açan tutum ve davranışı sergileyen milletvekili, savunmasını da bizzat kendisi yapmak zorundadır. Savunma hakkını başkasına devredemez. Bu konuda mazeretinin olması da kabul edilemez. Bu nedenlerle, İçtüzük'te yer alan bu düzenlemeyi anlamak mümkün değildir.

Bir diğeri olasılık, cezaya tabi olan milletvekilinin cezasının uygulanmasına karşı gelmesidir. Bu durumda 162'nci maddenin ikinci fıkrasındaki ikinci cümle gereğince, Başkan, oturumu hemen kapatacak ve idare amirlerinden, milletvekilinin salondan çıkarılmasını talep edecektir. Başkan, söz konusu disiplin cezası uygulamasını, m. 163/f.3 uyarınca tutanak özetine geçirecektir.

Bakanlar Kurulu'nda yer alan, başta Başbakan olmak üzere bakanlar da disiplin cezalarının uygulanması bakımından mecliste yer alan diğeri milletvekillerinden farksızlardır. Disiplin cezalarının uygulanması bakımından milletvekilleri arasında "**mutlak bir eşitlik**" söz konusudur. Bu mutlaklık, İçtüzük'te 163'üncü maddenin son fıkrasında ifadesini bulmuştur. Yine, meclis dışından gelen bakanlar da meclisteki seçimle gelen milletvekillerine uygulanan disiplin cezalarına tabidirler. Bu sonuca, Anayasa'nın 112'inci maddesinin son fıkrasındaki açık ifadede ulaşılmaktadır³².

³² 1982 Anayasası'nın 112'nci maddesinin son fıkrası: "... bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar."

ii. Meclisten Geçici Çıkarma Cezasının Sonuçları

İçtüzük m. 162/f.3'e göre, bu cezaya çarptırılan milletvekili; TBMM Genel Kurul çalışmalarına, TBMM Komisyon çalışmalarına, TBMM Başkanlık Divanı çalışmalarına, TBMM Danışma Kurulu çalışmalarına **ne kadar birleşim için bu ceza öngörülmüşse, o süre boyunca katılamaz (Üç birleşimi aşmamak kaydıyla).**

Meclisten geçici çıkarma cezasını ortadan kaldıran sebep ise İçtüzük m.163/f.4'te yer alır. Cezasızlık nedeni olarak "kürsüden af dileme" düzenlenmiştir. Bu tür bir disiplin cezasının uygulanmasına sebep olan fiillerin ağırlığı düşünüldüğünde, vekilin izin alıp kürsüye çıkarak "af dilemesi" nin ne kadar affedici(!) sayılabileceği gerçekten tartışma konusudur. Zira yukarıda bahsedildiği gibi, TCK'ya göre suç oluşturabilecek bir fiille ilgili, af dilemekle disiplin cezasının ortadan kalkması sonucunun gerçekleşmesi, hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Zira millet iradesine göre yönetimi elinde bulunduran milletvekilleri de yönetilenler kadar, hukuk kurallarına bağlı olmak zorundadır.

2. TBMM İçtüzüğü Genelinde Düzenlenen Disiplin Kuralları (Disiplin Cezası Benzerleri)

İçtüzük'ün 156-163'üncü maddeleri arasında açıkça ifadesini bulan disiplin cezalarından başka; içtüzük genelinde, meclis içi görüşmelerin aksamamasını sağlayan, önlem veya müdahale niteliği taşıyan birtakım düzenlemeler mevcuttur.

a. Komisyonlarda Görüşme Düzeninin Sağlanması

Meclis İçtüzüğü'nün Üçüncü Bölümü'nde "Komisyonlar" başlığı altında düzenlenen ve 46'ncı maddede yer alan kural; uyarma cezasını gerektiren sebepleri içermekle birlikte; TBMM içindeki disiplin cezalarıyla amaçlanan, Meclis Genel Kurulu'ndaki görüşme düzeninin korunması ve yeniden sağlanmasına benzemektedir.

Komisyonlar da milletvekillerinden oluşmaktadır ve "minik parlamentolar" olarak nitelendirilebilirler. Bu nedenle, komisyonlardaki toplantıların düzenli ve verimli geçmesi, kanun tasarılarının sağlıklı oluşması için bir zorunluluktur. İçtüzük'ün 46'ncı maddesinde yer alan kural, disiplin cezası verilmesini öngörmemekle beraber, disiplini sağlayıcı "önlem" niteliğindedir.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

Disiplini sağlama görevi, komisyon başkanına verilmiştir. Disiplin, komisyon başkanının tüm uyarılarına rağmen sağlanamıyorsa başkan, toplantıya ara verir veya toplantıyı erteler. Gereğinin yapılması için meydana gelen disiplinsizliği TBMM Başkanı'na bildirmek zorundadır. Komisyon başkanının, bir milletvekiline tek başına ve doğrudan ceza verme yetkisi yoktur³³.

b. Genel Kurul'da Görüşme Düzeninin Sağlanması

Disiplini sağlayıcı bir diğer düzenleme İçtüzük'ün 65'inci maddesinde yer alır. “*Görüşmelerde Genel Düzen*” başlığını taşıyan bu madde Genel Kurul'daki görüşmelerde söz kesilmesini, şahsiyatla uğraşılmasını ve çalışma düzenini bozucu hareketlerde bulunulmasını yasaklamıştır. Bu bakımdan 65'inci maddede, 156 ila 163'üncü maddeler arasında yer alan disiplin cezalarının uygulanmasına atıfta bulunulmuştur. Ancak “çalışma düzenini bozucu davranışlarda bulunulması” ibaresi oldukça muğlâktır³⁴.

İçtüzük'ün 66'ncı maddesinde yer alan ve Başkan tarafından kürsüde konuşan milletvekilinin sözünün kesilmesi, disiplini sağlayıcı ancak ceza gerektirmeyen bir düzenlemeden de söz etmek mümkündür. İçtüzük'teki kurallara uymayan, görüşülen konuyla ilgisi olmayan bir konuşma yapan milletvekili, Başkan tarafından ikaz edilecektir. Bu sebeple Başkan'ın kürsüdeki üyenin sözünü kesme yetkisi vardır.

İçtüzük'ün 66'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kural ise bir başka disiplin cezasının uygulanmasını öngörür. Bu fıkra göre: “*İki defa yapılan davete rağmen, konuya gelmeyen milletvekilinin aynı birleşimde o konu hakkında konuşmaktan menedilmesi, Başkan tarafından Genel Kurul'a teklif olunabilir.*” Eski ismi ile **sadedden huruç kuralı** olarak bilinen bu disiplin kuralı, “konu dışına çıkmama ilkesi” olarak da adlandırılabilir³⁵. Bu düzenleme uyarınca Başkan, konudan ayrılan veya içtüzük kurallarına uymayan vekile iki kez uyarıda bulunacak, vekilin fiilinde ısrar etmesi üzerine Meclis Başkanı, takdir yetkisini kullanarak milletvekilinin o birleşimin sonuna kadar konu ile ilgili konuşmaktan yasaklanması hakkında Genel Kurul'a teklifte bulunacak, Genel Kurul ise bu hususu görüşmesiz olarak işaret oylaması ile karara bağlayacaktır. Ancak kanımızca, ikinci fıkradaki “teklif olunabilir” ibaresi bir zorunluluğu değil, takdir yetkisini ifade etmektedir. Dolayısıyla Başkan,

³³ İBA, a.g.m., s. 40.

³⁴ İBA, a.g.m., s. 37.

³⁵ İBA/BOZKURT, a.g.e., s. 37.

kürsüdeki milletvekilini ikaz ettikten sonra, birleşim boyunca konuşmasından menedilmesi yönünde Genel Kurul'a öneride bulunmak zorunda değildir³⁶. Başkan, takdir ederse, bu teklifte bulunup oylama yapacaktır. Burada verilen ceza, madde 159'dakinden farklıdır. Çünkü madde 66'da milletvekillerinin sadece o birleşimdeki ilgili konuyla sınırlı olmak üzere konuşmaktan menedilmesi söz konusudur. Oysa madde 159'da konuşma yasağı alan üye, sadece ceza aldığı konuda değil, o birleşimdeki diğer tüm konularla ilgili olarak da konuşmaktan yasaklanır³⁷.

Disiplin cezası benzeri bir diğer düzenleme, İçtüzük'ün 67'nci maddesinde yer almaktadır. Milletvekillerinin konuşma üslubunu düzenleyen bu maddenin birinci fıkrası, meclisten geçici çıkarma cezasına benzeyen bir nitelik taşımaktadır. İçtüzük'ün 67'nci maddesinde yer alan bu kural, **lisanı nezahet ilkesi** olarak adlandırılır³⁸. Genel Kurul'da kaba ve yaralayıcı sözlerin söylenmesi üzerine, Başkan, meclis üyesini uyarır ve düzgün bir dil kullanması konusunu kendisine hatırlatır. Bu uyarıyı dikkate almayan meclis üyesi, Başkan tarafından kürsüden ayrılması hususunda da uyarılır. Başkan, tüm bu uyarılara rağmen tutumunda ısrar eden vekili, kendi takdirine uygun olarak o birleşimde salondan çıkartabilir. Bu cezanın uygulanabilmesi için Genel Kurul kararına gerek yoktur.

İçtüzük'ün 66'ncı maddesinin üçüncü bendinde ise, disiplin kurallarını ihlal eden fiilin yazı ile işlenmesi öngörülmüştür. Başkanlığa gelen yazı ve önergeler kaba ve yaralayıcı sözler içeriyorsa; Başkan, yazı veya önergenin sahibine yazı veya önergeyi iade eder ve bu ifadelerin düzeltilmesini talep eder. Bu düzenleme de disiplin cezası gerektirmeyen; fakat disiplini sağlayıcı, disiplin cezası benzeri bir düzenlemedir.

68'inci maddede ise, Meclis Başkanı'nın Genel Kurul'daki genel düzeni sağlamasına yardımcı olabilecek bir hüküm yer alır. Buna göre: "*Başkan, görüşmeler sırasında gürültü veya kavga çıkar ve bu nedenle çalışma düzenini kuramazsa, kürsüde ayağa kalkarak, toplantıya ara vereceğini ihtar etmek suretiyle gerekli gayreti gösterir; buna rağmen gürültü ve kavga devam ederse oturuma en çok bir saat ara verir.*"

³⁶ Başkan'ın kürsüdeki milletvekilinin sözünü kesip ikaz etmesi, ona tanınmış özel bir yetkidir. İBA/BOZKURT, a.g.e., s. 95.

³⁷ İBA, a.g.m., s. 46.

³⁸ İBA/BOZKURT, a.g.e., s. 95-96.

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

Oturumun yeniden açılmasında gürültü veya kavgaya son verilemiyorsa, Başkan birleşimi kapatır."

Genel Kurul'daki görüşme düzeninin devamı için öngörölmüş olan bu madde, doğrudan Başkan'ın yetkisi ve takdirine bırakılmış bir disiplin hükümdür. Kademeli bir uyarı sistemine yer verilmiştir. Gürültü ve kavga nedeniyle görüşme düzeni bozulan Genel Kurul'da Başkan:

- Kürsüde ayağı kalkacak ve toplantıya ara vereceğini ihtar edecek,
- Meclisteki gergin ortama son verilmezse, Başkan, oturuma en çok bir saat ara verecek,
- Oturum arasından sonra da, kavga ortamı sona ermezse Başkan, son çare olarak birleşimi kapatacaktır.

Başkan'ın düzeni sağlamaya yönelik tedbirlere başvurmasına neden olan kavga ve gürültü ortamına sebep olan milletvekilleri daha önce de bahsedildiği gibi³⁹, gerekirse kınama cezasının da muhatabı olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Disiplinin, belli bir kurum ya da grupta düzeni sağlayıcı bir araç olmasıyla birlikte, düzen ve disiplinin sağlanması ve korunması da amaç haline gelmektedir. Devletin kalbinin attığı yer olan parlamentolarda disiplinler kurallarının oluşturulması ise kaçınılmazdır. Bireylerin hukuki sonuç elde edecekleri birtakım işlemler kaynağını, Yasama Organı'nın tesis ettiği yasama işlemlerinden almaktadır. Son derece önem taşıyan yasama faaliyetinde görüşme düzeninin sağlanması, TBMM İçtüzüğü'nde düzenlenen disiplin cezalarıyla sağlanmaktadır.

Disiplin cezalarını düzenleyen içtüzük hükümleri, çok sistematik olmasa da görüşme düzenini sağlayıcı niteliğe sahiptir. Ancak disiplinin kimi ölkelerde ayrı bir hukuk dalı olduğu da göz önüne alınırsa, disiplin cezalarının açık bir şekilde düzenlenmesi sağlanmalıdır. Özellikle disiplin cezası getirmeyen; fakat disiplin hükmü öngören bazı içtüzük hükümleri; daha açık ifadelerle kaleme alınmalıdır.

Bundan başka, meclis üyelerine uygulanan meclisten geçici çıkarma cezası ve kınama cezasında öngörölen milletvekilinin af dilemesiyle ceza almaması durumu gerçekten eleştiriye açıktır. Zira, Türklüğe, Cumhuriyete,

³⁹ Bkz. *supra*.

Arş. Gör. Begüm İSBİR

TBMM'ye, Anayasal düzene hakaret edip söven bir milletvekilinin “milletin vekili” olmasından oldukça endişe duyulacaktır.

Uyarma, kınama ve meclisten geçici çıkarma cezalarının yanında başka disiplin cezalarının da öngörülmesi, görüşme düzeni açısından daha etkili olacaktır. Örneğin, söz söylemekten yasaklama cezasının da başlı başına bir disiplin cezası olması görüşü, yabana atılacak bir görüş değildir. Zira Yeni İçtüzük Taslağı, 113'üncü maddesinde “Konuşma Yasağı” başlığıyla, “Söz Söylemekten Yasaklama Cezası”nı ayrı bir disiplin cezası türü olarak düzenlemektedir. Taslak, bu düzenlemesiyle bahsettiğimiz öneriyle uyumludur.

Başkan'ın takdirine sunulan disiplin cezalarının dışındaki cezaların Genel Kurul kararıyla uygulanması, cezaların keyfi olarak uygulanmasını engelleyici özellik gösterir. Ancak milletvekilinin de hakkında uygulanan disiplin cezasına itiraz edebileceği bir mekanizma yoktur. Bu durum şu şekilde açıklanabilir: Mecliste uygulanan disiplin cezaları, diğer kurum ve kuruluşlardaki disiplin cezalarından farklı özellikler taşır. Amaç, salt görüşme düzeninin korunması olduğuna göre, milletvekilinin milletvekilliği statüsüyle ilgili bir işlem yapılmaz sadece düzeni sağlayıcı “anlık çözümlere” başvurulur. Bu nedenle, milletvekilinin itiraz edebilmesinin de pratikte bir yararı yoktur. Meclisteki disiplin cezaları, devlet memuruna veya öğrencilere uygulanan disiplin cezaları gibi, memurluk ya da öğrencilik statüsünü değiştirici ya da ona müdahale edici etki göstermez. Bu sebepten dolayı, TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen disiplin cezalarının *sui generis* özellikler taşıdığı söylenebilir.

Son olarak, milletvekillerinin sadece görüşme düzenini sağlayıcı nitelikte disiplinler hükümlere tabi olması, hukuk devleti ilkesinin tam olarak sağlanmasını engeller niteliktedir. Çünkü siyasi etik ilkelerinin milletvekilleri tarafından benimsenmemiş olması, kendilerine verilen disiplin cezalarının “etkililiğini” azaltmaktadır. Bu bakımdan, Türkiye'de en kısa zamanda siyasi etik ilkelerinin somutlaştırılması ve siyasi etik kültürünün geliştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Yeni İçtüzük Taslağı'nda “siyasi etik” kavramına yer verilmiş olması olumlu bir gelişmedir.

TBMM İÇTüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

KAYNAKÇA

- ASLAN, Zehreddin; **Disiplin Suç ve Cezaları**, İstanbul, Birinci Basım, Alfa Yayınları, 2001.
- BAKIRCI, Fahri; **TBMM'nin Çalışma Yöntemi**, Birinci Baskı, İmge Kitabevi, 2000.
- BAŞ, Türker, ARDIÇ, Kadir; "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması," **Amme İdaresi Dergisi**, Ankara, C. 36, Sayı:3 (Eylül 2003), s.131-143.
- BİLİR, Faruk; **Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Ankara, Nobel Yayın-Dağıtım, 2001.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdari Yaptırımlar Hukuku**, Birinci Baskı, Asil Yayın-Dağıtım, 2006.
- GELEGEN, Taner; "Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları," **Danıştay Dergisi Cumhuriyet'in 50. Yılı Özel Sayısı**, Ankara 1973, s.219-251.
- GENÇ, Turan; "Kamu Yönetimi'nde Disiplin," **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 62, Sayı: 389 (Aralık 1990), s. 1-10.
- HAKERİ, Hakan; **Ceza Hukuku**, Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2007.
- HATİPOĞLU, Atakan; "Parlamentarlerin Etik Davranışlarını Etkileyen Faktörler," **Kamu Etiği-Sempozyum Bildirileri-2 (25-26 Mayıs 2009 Ankara)**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2009, s. 661-676.
- İBA, Şeref; "Türk Parlamento Hukuku'nda Milletvekillerinin Kural-Dışı Tutum ve Davranışları," **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 57, Sayı:1, Yıl: 2002, s. 36-53.
- İBA, Şeref, BOZKURT, Rauf; **100 Soruda Türk Parlamento Hukuku**, Üçüncü Baskı, Nobel Yayın- Dağıtım, 2006.
- KIRATLI, Metin; **Parlamentar Muafiyetler**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 127-109, 1961.
- KIRMIZIGÜL, Hüsamettin; **Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları**, İstanbul, Kazancı Kitap ve Ticaret A.Ş., 1998.

Arş. Gör. Begüm İSBİR

KUTLU, Muammer; “Disiplin Suç ve Cezaları ve Danıştay’ın Tutumu,” **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 61, Sayı: 385 (Aralık 1989), s. 63-77.

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım; **Memur Disiplin Hukuku**, İkinci Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003.

TAŞKIN, Ahmet; **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2006.

YÜCE, Tufan Turhan; “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili,” **Danıştay Dergisi**, Yıl: 24, Sayı: 88, s. 5-13.

http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/taslak_2009/4_ictuzuk_taslak_metni.pdf(erişim:10.09.2009).

TBMM İçtüzüğü'ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları

KISALTMALAR

a.g.e.	:	adı geçen eser
a.g.m.	:	adı geçen makale
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TGNA	:	Turkish Grand National Assembly

BOŞ

THE ONGOING DEBATE ABOUT THE EUROPEAN UNION'S DEMOCRATIC DEFICIT

Cemil KAYA*

ÖZET

Avrupa Birliği hiç şüphesiz dünyada önemli bir aktör konumundadır. Almış olduğu kararlar, doğrudan doğruya Avrupa Birliği vatandaşlarının günlük yaşamlarını büyük ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle demokratik meşruiyet konusu, hem Avrupa Birliğinin, vatandaşları tarafından algılanma tarzını etkilemesi hem de genişleme süreci öncesi özel dikkat gerektirmesi açısından önem arz etmektedir. Bu anlayış ışığında çalışmanın amacı, kurumsal bakış açısı doğrultusunda mevcut haliyle Avrupa Birliği içinde ne kadar demokratik boşluk olduğunu ortaya koymaktır. Konunun çok geniş bir boyutunun bulunması nedeniyle makale, kurumsal oluşum ve karar alma süreci bağlamında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu ve Bakanlar Konseyine odaklanacaktır.

ANAHTAR KELİMELEK

Avrupa Birliği, Meşruiyet, Demokratik Boşluk, Democratic Meşruiyet

ABSTRACT

The European Union (EU) is a substantial player on the world scene. Its decisions affect profoundly the daily life of the Union citizens directly. Therefore, democratic legitimacy is of fundamental importance since it is not only the one which affects the way in which the Union is perceived by its citizens, but also the one which requires crucial attention for the success of the enlargement process. In the light of this understanding, the aim of this article is to deduce to what extent a democratic deficit exists within the EU in terms of the institutional perspective. Indeed, this is a broad issue and, as such, will focus primarily on the European Parliament (EP), European Commission (EC) and the Council of Ministers in terms of institutional design and the decision-making process.

KEYWORDS

European Union, Legitimacy, Democratic Deficit, Democratic Legitimacy

* Associated Professor Doctor. Selcuk University Law Faculty

I. Introduction

The EU has a substantial role not only in Europe but also on the rest of the world scene. Its rules and regulations directly affect the everyday life of its citizens in fields as different as health, environment and social protection. Thus citizens are supposed to have a view on how decisions are made. In addition, the EU is far from merely an economic organisation and is increasingly establishing itself as a political entity, which clearly claims to be part of a democracy family¹. Participations of citizens in decisions affecting their lives are a quite obvious feature of a good working democracy². The EU's democratic features are, therefore, important. In fact democracy is one of the principles upon which the EU is founded. It is also important to the citizens that it gives a sense of emotional security and provides stability to the citizens³. As democratic legitimacy is a prerequisite of a truly functioning democracy it is important to establish just how democratic the institutions and decision-making instruments of the EU actually are⁴.

Democratic legitimacy in the EU's decision-making process has long been a subject of debate. Such debate typically critiques the EU's decision making process in several different ways⁵. The debate has been enhanced particularly by the growing scholarly literature and also because of its high profile amongst politicians. Academics tend to analyse democratic legitimacy in the EU according to their own analytical and normative perspectives⁶. A significant part of academic literature focuses on the EU's "democratic deficit" which was developed by Joseph Weiler⁷. On the other hand, numerous academics claim that the extent of the deficit is exaggerated and that the

¹ **Liberatore**, Angela, Governance and Democracy: Reflections on the European Debate. In Munshi, Surendra & Abraham, Biju Paul (Eds.), Good Governance, Democratic Societies and Globalisation, Sage Publications, London 2004, p. 76.

² **Liberatore**, p. 77.

³ **Mather**, Janet, Legitimizing the European Union, Palgrave Macmillan, Hampshire 2006, p. 1.

⁴ **Davidson**, Caroline J, How Democratic is the European Union? An Analysis of the Democratic-Deficit within the European Union and the Proposed Reforms. Unpublished Dissertation Thesis, University of Portsmouth, Portsmouth, 2003, p. 1.

⁵ **Adrienne**, Hérítier, Elements of Democratic Legitimation in Europe: An Alternative Perspective, Journal of European Public Policy, Vol. 6, No. 2, 1999, p. 269.

⁶ See **Majone**, Giandomenico, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, European Law Journal, Vol. 4, No. 1, March 1998, pp. 6-7.

⁷ **Craig**, Paul, The Nature of the Community: Intergration, Democracy, and Legitimacy. In Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, The Evolution of EU Law, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 23.

The Ongoing Debate About The European Union's Democratic Deficit

EU is actually a legitimate, representative and democratic organisation⁸. So one point that should be borne in mind is that democratic legitimacy in the EU's decision making process is complex and under debate. Democratic deficit has been defined in a number of ways. Lord, defined the democratic deficit by referring to a number of features: "the unelected character of the European Commission, the alleged weakness of the European Parliament, the withdrawal of powers from national parliaments, lack of a European political identity or 'demos', low voter participation in European elections, the absence of strong democratic intermediaries such as political parties, the remoteness and obscurity of the Union's decision making procedures, and much else besides..."⁹. Actually there are two approaches explaining democratic deficit. The first is a socio-psychological perspective and the second is an institutional perspective¹⁰. The former is concerned with questions of European identity and demos formation, the latter focuses attention on power sharing, which supports either giving the EP or national parliaments a greater role in the EU decision making process¹¹. This article deals with democratic deficit in the light of the institutional perspective. It will focus primarily on the EC, Council of Ministers and the EP in terms of institutional design and the decision making process. The article will argue that a fairly severe democratic deficit exists in the EU's decision-making process. For this purpose first, the EP second, the Council of Minister's and third the EC's role in the decision-making process will be analyzed respectively.

⁸ For instance Zweifel claims that "While there is much room for improvement, the EU does not suffer from a democratic deficit greater than that of the world's most liberal democracies". Zweifel, Thomas D, ... Who is without sin cast the first stone: the EU's democratic deficit in comparison, *Journal of European Public Policy*, Vol. 9, No. 5, 2002, p. 812. And at much the same time Crombez feels that "... the basic structure and the specific composition of the EU institutions are not inherently less democratic than the US political institutions, with the exception of the Commission, the monopoly proposer of legislation". Crombez, Christophe, *The Democratic Deficit in the European Union: Much Ado about Nothing?*, *European Union Politics*, Vol. 4, No. 1, 2003, p. 114.

⁹ Lord, Christopher, *Democracy in the European Union*, Sheffield Academic Press, Sheffield 1998, p. 11.

¹⁰ Chrysochoou, Dimitris N, *Democracy and the European Polity*. In Cini, Michelle (Ed.), *European Union Politics*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007, p. 360.

¹¹ Chrysochoou, p. 360.

II. The Dimension of the European Parliament

The democratic legitimacy question remains primarily focused on the EP. The main reason for that is that the transfer of legislative powers from the member states to the EU, has resulted in a loss of law making powers for national parliaments, but this has not been matched by an equivalent degree of democratic accountability and legislative input on the part of the EP¹². The EP is the only directly elected and multinational parliament in the world, as well as the only directly elected institution in the EU. It is normal that in democracy legislative power must be in the hands of elected bodies and must include greater participation by all segments of community. But in the EU practice, the EP has only a minor role in the legislative process. The formal powers of the EP, as the only directly democratically legitimized European decision- making body, are limited when compared to its member state counterparts¹³. Furthermore, although the EP's powers have been extended by Treaty reforms, it remains a restricted institution in the legislative procedure compared to the EC, which has the sole right to initiate legislation and the Council of Ministers, which continues to enjoy primacy in the Community legislative process. Briefly "the EP does not have full legislative powers. Unlike national parliaments, it does not have the final say over what is and what is not to become law. On the other hand, it does not have the capacity to exercise a fully 'positive' legislative role by initiating, developing and passing into law its own proposals"¹⁴. Nevertheless, successive reforms have been introduced since the mid-1980s to fill the democratic deficit in the EU. These reforms have dramatically increased the powers of the EP. For instance, The Single European Act created two new procedures – the cooperation procedure and the assent procedure – and the Maastricht Treaty introduced a further one – the co-decision procedure, which was revised and made effective by the Amsterdam Treaty (Article 251). The co-decision gives the same weight to the EP and the Council of the European Union on a wide range of areas (for example, consumer protection, culture, education, employment, health, the environment, the internal market, the right of establishment etc.). The emergence of the co-decision procedure has had the effect of improving the institutional position of the EP at the expense of the EC¹⁵.

¹² **Chrysochoou**, p. 361.

¹³ **Nugent**, Neill, *The Government and Politics of the European Union*, 6th ed., Palgrave Macmillan, Hampshire 2006, p. 240; **Adrienne**, p. 269.

¹⁴ **Nugent**, p. 247.

¹⁵ **Peterson**, John, *The College of Commissioners*. In Peterson, John & Shackleton, Michael

The Ongoing Debate About The European Union's Democratic Deficit

More generally, as Stacey points out that the EP has “gained a greater ability not only to hold the Commission more accountable, but also to get the Commission to do things it would not otherwise do”¹⁶. According to Nugent, democratic deficit concerns were the cause of creation of the co-decision procedure in the Maastricht Treaty¹⁷. “While the cooperation procedure had certainly increased the EP’s influence, it still did not have the power of veto under the procedure if the Council was resolved to press ahead with a legislative proposal. The co-decision procedure gave the EP this power of veto”¹⁸. However, it applies to thirty two articles, and agriculture, fisheries, taxation, trade policies, competition and Economic and Monetary Union issues are except in this procedure¹⁹. Craig & de Búrca argue that if the Constitutional Treaty had been ratified, this procedure would have been renamed the ordinary legislative procedure and the number of areas subject to the procedure would have doubled²⁰.

III. The Dimension of the European Commission

The democratic deficit debates, also focus on the role of the EC within the legislative process. The EC is centrally involved in the EU decision making at all levels. The EC, the guardian of the Treaties and the Community’s executive arm, works in close collaboration with Parliament. It is the initiator of EU policies and, formally has the sole right to propose EU legislation. In this sense it has the function of a government. At present all the legislative procedures commence with a proposal from the EC and basically there are three main forms, the co-decision procedure, consultation procedure and assent procedure. Whether they are separately examined it is easily observed that in the EU’s decision making process the EC plays a dominant role by comparison with the EP. It can be said that the EC is at the heart of the EU decision making system²¹, as only the EC has the right of initiative or has responsibility for drawing

(Eds.), *The Institutions of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006, p. 97; **Shackleton**, Michael, *The European Parliament*. In Peterson, John & Shackleton, Michael (Eds.), *The Institutions of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006, p. 117.

¹⁶ As cited in **Peterson**, p. 97.

¹⁷ **Nugent**, p. 408.

¹⁸ **Nugent**, p. 408.

¹⁹ **Craig**, Paul & **de Búrca**, Gráinne, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford 2008, p. 113; **Shackleton**, 2006, p. 109; **Nugent**, p. 408.

²⁰ **Craig & de Búrca**, p. 113.

²¹ **Nugent**, p. 149.

up proposals for new European laws. The problem in terms of democratic legitimacy is that the EC is not elected at all. The Commissioners are political appointments and often portrayed as an uncountable technocracy. According to Treaty Establishing the European Community (TEC), Commissioners are not national representatives. Rather, they should “in the general interest of the Community, be completely independent in the performance of their duties”. They should “neither seek nor take instructions from any government or from any other body” (Article 213 TEC). In other words, as members of the EC, they are required to act in the general interest of the EU, not in that of their countries of origin. The EC is appointed for a five-year term by the Council acting by qualified majority in agreement with the Member States. It is subject to a vote of appointment by the EP. Although, the President of the EC and the other Commissioners are subject to a vote of approval by the EP, in reality all but the President are national nominees. All commissioners ultimately owe their appointment to the exercise of national discretion. At the first stage of the appointment procedure the Member States draw up a nominee list it would therefore be quite unrealistic to expect from Commissioners, suddenly to detach themselves from previous loyalties²². It might be expected, therefore, that since Commissioners, at the first stage, owe their appointment and re-appointment to the national governments, this factor may influence the exercise of their powers²³.

Once more the EC is the focus of so much lobbying by interest groups, independent experts, national administrations and quasi non-governmental organisations²⁴. There are a large number of interest groups in the EU, -no exact numbers exist but all estimates indicate that lobbying has exploded since 1987²⁵- and of course the phenomenon of EU lobbying is not at all new²⁶. But the first target for lobbying is generally the EC rather than other EU institutions²⁷. Furthermore, interest groups have become increasingly institutionalized within

²² Nugent, p. 155.

²³ Berry, Elspeth & Hargreaves, Sylvia, *European Union Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007, p. 22.

²⁴ Mazey, Sonia & Richardson, Jeremy, *Interest Groups and the Brussels Bureaucracy*. In Hayward, Jack & Menon, Anand (Eds.). *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford 2003, p. 210; Shaw, Jo, *Law of the European Union*. 3rd ed., Palgrave, New York 2000, p. 119.

²⁵ Andersen, Svein S. & Eliassen, Kjell A, *Informal Process: Lobbying, Actor Strategies, Coalitions and Dependencies*. In Andersen, Svein S. & A. Eliassen, Kjell (Eds.), *Making Policy in Europe*, Sage Publications, London 2001, pp. 47-48.

²⁶ Mazey & Richardson, p. 210; Andersen & Eliassen, p. 44.

²⁷ Mather, p. 97.

The Ongoing Debate About The European Union's Democratic Deficit

the EC across all policy sectors and legislative process²⁸. For strengthening its democratic nature, the EC usually contacts interest groups affected before it adopts its proposal. In terms of the EU decision making process, effective, well-organised and well-resourced lobbying may be functionally beneficial so long as its objectives do not deviate too far from those cherished by the EU, or from those of the member states' governments²⁹. In practice, a variety of interest groups have a critical influence on decision making as a result of the specific information and expertise with which they provide the EC at an early stage of the decision making process. Therefore in practice the EC is of course never entirely separated from national or sectoral pressures and lobbyists who are acting exclusively to realise their clients' interests³⁰.

Critics of the EU's institutional arrangement on democratic deficit often emphasize the bureaucratic and technocratic character of the EC. Within this context a new term "technocratic legitimacy" was developed by Beetham and Lord³¹. In this respect, "the Commissioners are sometimes called modern 'Platonic guardians', which is, of course, an unsatisfactory justification of their powers"³². The role of the Commissioner is closely bound up with that of his cabinet or personal team of advisers, who assist the Commissioner in his or her wide-ranging duties. They are meant to act as a bridge between the commissioner and the services. The cabinets are composed of national experts, or civil servants representing national interests and they are central to the policy-making and political process of the Community³³. However, in practise, cabinets are often accused of acting as agents of their member states as much or more than of the EC as an institution. This system of expert committees has been described as one of the most opaque areas of community decision-making³⁴. In addition delegation of power to technocrats may exclude more regular channels in the decision-making process, such as the EP and even the Council of Ministers³⁵. In other words comitology is governed

²⁸ Mazey & Richardson, p. 210.

²⁹ Mather, p. 98.

³⁰ Mazey & Richardson, p. 220; Shaw, p. 116.

³¹ Beetham, David & Lord, Christopher, Legitimacy and the European Union, Longman, London 1998, p. 19.

³² Horeth, Marcus, No way out for the beast? The unsolved legitimacy problem of European governance, Journal of European Public Policy, Vol. 6, No. 2, 1999, p. 254.

³³ Nugent, p. 158.

³⁴ Liberatore, p. 80.

³⁵ Craig & de Búrca, p. 134.

exclusively by officials and they predominate also in the primary law making processes. So Comitology plays an important role in by-passing of the normal democratic process and it is a real problem for the Community³⁶.

IV. The Dimension of the Council of Ministers

Finally, as is well known, legislative power rests primarily with the Council of Ministers and only secondarily with the EP. Although the EC and the EP also have such power they are not comparable to those of the Council of Ministers³⁷. In more precise terms, it shares legislative competence with the EC, since the latter initiates all legislation. The fact that the legislative process in the EU is dominated by the executive is nothing unusual and is indeed a characteristic of almost all parliamentary systems of government. Davidson asserts that the EP's power as a legislator remains subsidiary to the Council of Ministers, "as the EP may not secure legislation against the wishes of this institution"³⁸. The problem of democratic legitimacy for the Council of Ministers is related to its formation. It consists of representatives of the Member States at ministerial level. Whereas the members of the EP are directly elected, the members of the Council of Ministers take their seats as national ministers. Moreover, while the EC can be voted out of office by the EP, the Council of Ministers has a permanent term³⁹. Also these representatives tend not to have been elected for the purpose of serving as a member of the Council of Ministers. Therefore it reflects the interest of national governments⁴⁰. In other words, the Council of Ministers is the place where national interests are expressed, defended, and combined by ministerial representatives of all the member states⁴¹. The members of the Council of Ministers are not politically accountable to any EU institution for their acts⁴². The representatives of member states in the Council of Ministers are responsible to their national parliaments and indirectly to the national electorates. Any control is therefore indirect and only over the individual members rather than the Council of

³⁶ **Craig**, p. 24; **Craig & de Búrca**, p. 135; **Shackleton**, p. 118.

³⁷ **Nugent**, p. 192.

³⁸ **Davidson**, p. 22.

³⁹ **Hayes-Renshaw**, Fiona, The Council of Ministers. In Peterson, John & Shackleton, Michael (Eds.), *The Institutions of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006, p. 77.

⁴⁰ **Justice**, *The Democratic Deficit. Democratic Accountability and the European Union, Human Rights and the 1996-97 Intergovernmental Conference*, Russel Press, London 1996, p. 7.

⁴¹ **Hayes-Renshaw**, p. 60.

⁴² **Shaw**, p. 127.

The Ongoing Debate About The European Union's Democratic Deficit

Ministers as a body. For example, the French people will only have control over the French minister but not the Belgian minister. Ministers can avoid taking responsibility for a decision by passing it on to ministers of the other Member States⁴³. Once more unlike the EC, the Council of Ministers does not have a fixed membership. So national interests are represented more strongly because of the formation of the Council of Ministers. In this connection its individual members meet rarely and develop little Community solidarity⁴⁴.

The other problem in terms of democratic legitimacy is the Council of Minister's work is prepared by a structure of some 250 working parties and committees comprising delegates from the Member States. They resolve technical issues and forward the dossier to the Permanent Representatives Committee (Coreper), (Article 207 of the Treaty establishing the European Community) made up of the Member States' ambassadors to the EU, which ensures consistency in the work and resolves technical-political questions before submitting the dossier to the Council of Ministers. The main task of every working group is to reduce as much as possible the number of issues to be discussed at Coreper and ministerial level⁴⁵. Coreper as a *de facto* decision maker works in a secretive and opaque manner. Their decisions are merely accepted without discussion at Council level before being submitted to the EP⁴⁶. Therefore, this kind of legislation is not subject to systematic scrutiny by either the EP or by national parliaments⁴⁷. The "national ministers, diplomatic representatives and administrative officials from the Member States"⁴⁸, who are brought together in the Council of Ministers, are held directly accountable and answerable to their respective national parliaments and are, thus, "indirectly accountable to voters, the link is too tenuous and the mode of interaction too diplomatic or technocratic to satisfy many observers"⁴⁹.

⁴³ Steiner, Jo & Woods, Lorna & Twigg-Flesner, Christian Textbook on EC Law, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2003, p. 58.

⁴⁴ Berry & Hargreaves, p. 24.

⁴⁵ Hayes-Renshaw, p. 67.

⁴⁶ Hayes-Renshaw, p. 67.

⁴⁷ Justice, p. 8.

⁴⁸ Moravcsik, Andrew, In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union, Journal of Common Market Studies, Vol. 40, No. 4, 2002, p. 605.

⁴⁹ Moravcsik, p. 605.

V. Conclusion

In conclusion, it can be said that the EU, in its current state, displays a fairly severe democratic deficit with regard to the EC and Council of Ministers in the decision-making procedure. The major problem, primarily, is unbalanced separation of powers. Although the powers of the EP have gradually been increased as regards its participation in the legislative process, its role still, to some extent, remains of lesser importance than that of the EC and the Council of Ministers. As previously mentioned the EC is a non-elected body but it plays a vital role in the EU's decision-making process. The Council of Ministers basically acts as an arena for national interest representation. The EC and the Council of Ministers are unaccountable to European citizens. A further concern is the use of non-elected bodies in the decision-making process. The most important example is Coreper, which plays an important role in the decision-making process. Similarly, the decision-making process is dominated by bureaucrats and comitology continues to give rise to similar concerns. Furthermore, interest groups generally exercise a considerable influence on both the content of proposals and the outcome of the decision making process.

For the EP the key academic debates have been concerned with the extent of its power and influence in the legislative process. Therefore, enhancement of the legislative powers of the EP may be one solution to reduce the democratic deficit. Also the EP's direct representative capacity, will continue to play an important role to reduce the democratic deficit. In addition, Mather's assessment on a directly elected EC in the EU is worth quoting extensively. He assumes: "A directly elected Commission, or at least a directly elected Commission president, empowered to act on behalf of the EU, scrutinised by the EP, would make liberal representative democracy a reality within the EU. It is possible, although less likely, that a directly elected Council President, under the direct scrutiny of the EP, would serve the same kind of purpose. Or again, perhaps the EP could itself appoint either a Commission or a Council President, or perhaps such a person could emerge from the electoral process, like the UK prime minister – this at least would enable a second-hand form of liberal democracy"⁵⁰. Finally, it could be said that democratic deficit debate will remain on the agenda of the EU, because as Lord indicated in his book, the story of the blind men and the elephant is applicable to the so-called democratic deficit in the EU⁵¹.

⁵⁰ Mather, p. 174.

⁵¹ Lord, p. 11.

Bibliography

- Adrienne**, Hérítier, Elements of Democratic Legitimation in Europe: An Alternative Perspective, *Journal of European Public Policy*, Vol. 6, No. 2, 1999, pp. 269-282.
- Andersen**, Svein S. & **Eliassen**, Kjell A. Informal Process: Lobbying, Actor Strategies, Coalitions and Dependencies. In Andersen, Svein S. & Eliassen, Kjell A. (Eds.), *Making Policy in Europe*, Sage Publications, London 2001, pp. 44-60.
- Berry**, Elspeth & **Hargreaves**, Sylvia, *European Union Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007.
- Chrysochoou**, Dimitris N, Democracy and the European Polity. In Cini, Michelle (Ed.), *European Union Politics*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2007, pp. 359-374.
- Craig**, Paul & **de Búrca**, Gráinne, *EU Law Text, Cases, and Materials*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford 2008.
- Craig**, Paul, The Nature of the Community: Intergration, Democracy, and Legitimacy. In Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 1-54.
- Crombez**, Christophe, The Democratic Deficit in the European Union: Much Ado about Nothing?, *European Union Politics*, Vol. 4, No. 1, 2003, pp. 101-120.
- David**, Beetham & **Lord**, Christopher, *Legitimacy and the European Union*, Longman, London 1998.
- Davidson**, Caroline J, How Democratic is the European Union? An Analysis of the Democratic-Deficit within the European Union and the Proposed Reforms. Unpublished Dissertation Thesis, University of Portsmouth, Portsmouth, 2003.
- Hayes-Renshaw**, Fiona, The Council of Ministers. In Peterson, John & Shackleton, Michael (Eds.), *The Institutions of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006.

Cemil KAYA

Horeth, Marcus, No way out for the beast? The unsolved legitimacy problem of European governance, *Journal of European Public Policy*, Vol. 6, No. 2, 1999, pp. 249-268.

Justice, The Democratic Deficit. Democratic Accountability and the European Union, Human Rights and the 1996-97 Intergovernmental Conference. Russel Press, London 1996.

Liberatore, Angela, Governance and Democracy: Reflections on the European Debate. In Munshi, Surendra & Abraham, Biju Paul (Eds.), *Good Governance, Democratic Societies and Globalisation*, Sage Publications, London 2004, pp. 70-91.

Lord, Christopher, *Democracy in the European Union*, Sheffield Academic Press, Sheffield 1998.

Majone, Giandomenico, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, *European Law Journal*, Vol. 4, No. 1, March 1998, pp. 5-28.

Mather, Janet, *Legitimizing the European Union*, Palgrave Macmillan, Hampshire 2006.

Mazey, Sonia & **Richardson**, Jeremy, Interest Groups and the Brussels Bureaucracy. In Hayward, Jack & Menon, Anand (Eds.), *Governing Europe*, Oxford University Press, Oxford 2003, pp. 208-227.

Moravcsik, Andrew, In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 40, No. 4, 2002, pp. 603-624.

Nugent, Neill, *The Government and Politics of the European Union*, 6th ed., Palgrave Macmillan, Hampshire 2006.

Peterson, John, The College of Commissioners. In Peterson, John & Shackleton, Michael (Eds.), *The Institutions of the European Union*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2006, pp. 81-103.

Shackleton, Michael, The European Parliament. In Peterson, John & Shackleton, Michael (Eds.), *The Institutions of the*

The Ongoing Debate About The European Union's Democratic Deficit

European Union, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford
2006, pp. 104-124.

Shaw, Jo, Law of the European Union, 3rd ed., Palgrave, New York 2000.

Steiner, Jo & **Woods**, Lorna & **Twigg-Flesner**, Christian, Textbook on EC
Law, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2003.

Zweifel, Thomas D. ... Who is without sin cast the first stone: the EU's
democratic deficit in comparison, Journal of European
Public Policy, Vol. 9, No. 5, 2002, pp. 812-840.

BOŞ

KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI İŞİĞİNDA AVRUPA KONSEYİNDE VİCDANİ RET HAKKI

Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ *

ÖZET

Bu makale Avrupa Konseyinde vicdani ret hakkı ile ilgilidir. Avrupa Konseyi üye ülkelerinin çoğu vicdani ret hakkını tanımış olmakla birlikte, bu ülkelerin bir kısmında vicdani ret hakkının uygulanması konusunda ciddi problemler yaşanmaktadır. Bu problemler ise esas olarak bir kısım grupların vicdani retçi statüsüne başvurularının engellenmesinden ve bazılarının ise başvuru hakları olduğu halde katı usulü kuralardan dolayı bu haktan yararlanamamalarından kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan ise bir kısım üye ülkelerde bu hakkın tanınmadığı da görülmektedir. Oysa Konsey organları hemen hemen her fırsatta vicdani ret hakkının konsey bünyesinden güvence altına alınan en önemli haklardan biri olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla bu çalışma esas olarak üye ülkelerdeki vicdani ret konusundaki düzenlemelerin ve uygulamaların Avrupa Konseyi organları kararları doğrultusunda bir değerlendirmesini yapmayı amaçlamaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: Vicdani Ret Hakkı, İnsan Hakları, Zorunlu Askerlik Hizmeti, Alternatif Sivil Hizmet

ABSTRACT

This article focuses on the situation of conscientious objectors in the Council of Europe. Although most of the Council of Europe member countries recognize the right to conscientious objection, there remain several problems and discriminatory practices against conscientious objectors. The issue of conscientious objection in some of the member countries is problem, with certain groups being excluded at the outset from applying for conscientious objector status and with the obligation to adhere to strict procedural guidelines for those who are eligible to apply. Moreover, the provision of substitute service for conscientious objectors is riddled with complications and thus further discriminates against conscientious objectors. On the other hand, in some member states, conscientious objection to compulsory military service is not yet recognized. This paper aims to evaluate the member states' regulations on the conscientious objectors in light of the Council of Europe jurisdictions.

KEY WORDS: Conscientious Objection, Human Rights, Compulsory Military Service, Substitute Service for Conscientious Objectors

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Askerlik hizmetinin gönüllü olarak değil, özgür vatandaşlar tarafından vatani görev olarak yerine getirilmesi şeklinde ifade edilen zorunlu askerlik hizmetinin günümüzde anlaşıldığı biçimiyle ilk uygulamaları, Fransız Devrimi sonrası ortaya çıkmıştır¹. Bu bağlamda zorunlu askerlik sistemi ilk olarak 1793 Konvansiyonu ile Fransa’da yürürlüğe girmiştir. Zorunlu askerlerden oluşan Fransız ordusunun başarısı zorunlu askerlik hizmeti uygulamalarının önce Kıta Avrupa’sı ülkelerinde, daha sonra diğer ülkelerde benimsenmesine neden olmuştur. İsveç 1812, Prusya ve Norveç 1814, İspanya 1831 ve Danimarka 1849 yılında zorunlu askerlik sistemi uygulamasına geçmiştir². Nitekim 20. yüzyıla kadar, büyük devletlerin çoğunda zorunlu askerlik hizmeti kabul edilmiş durumdaydı. Zorunlu askerlik hizmeti uygulamaları II. Dünya savaşı döneminde devam etmiş ve soğuk savaş döneminde de varlığını sürdürmüştür. Bu uygulamalar yeni kurulan ve savunma gücünü hızla artırmak isteyen diğer pek çok ülke tarafından da benimsenmiştir. Zorunlu askerlik hizmeti, 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar, modern toplumun kolay kolay değişmeyen en önemli özelliklerinde biri olarak kabul edilmekteydi³. Ancak insan haklarının önem kazanmasıyla birlikte, zorunlu askerlik hizmeti yapmak istemeyenlere vicdani ret hakkı tanınmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, ülkelerin bir kısmında zorunlu askerlik hizmeti tamamen kaldırılırken, bir kısmında ise alternatif sivil hizmet imkânı tanınmıştır. Bu konudaki en önemli gelişme ise insan haklarını güvence altına almak amacıyla kurulan bölgesel ve BM kapsamındaki insan hakları örgütlerinin vicdani red hakkını, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmesiyle olmuştur. Gerek BM İnsan Hakları Komisyonu, gerek Avrupa Konseyi, ölüme neden olabilecek güç kullanmayı zorunlu kılmamanın, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile çatışacağını karara bağlayarak, vicdani reddi bir insan hakkı olarak kabul etmişlerdir. Bu örgütler, vicdani ret hakkını İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 18. maddelerine ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 9. maddesine dayandırmışlardır. BM İnsan Hakları Komisyonunun 2000/34 nolu kararının

¹ Zürcher Erik Jan, “Zorunlu Askerlik ve Direniş, Tarihi Çerçeve”, *Devletin Silahlanması: Orta Doğuda ve Orta Asyada Zorunlu Askerlik (1775-1925)* (Derleyen, Erik Jan Zürcher), İstanbul 2003, s. 10-11.

² Kath Gill, “Military Conscription, Recruiting and Tha Draft”, <http://uspolitics.about.com/od/electionissues/a/draft5htm.20.9.2008>.

³ Flynn George Q, *Conscription and Democracy The Draft in France, Great Britain, and United States*, Greenwood Press, 2001, s.4-5.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

ikinci maddesinde “*Bazı devletlerin vicdani ret vakalarını soruşturma yürütmeksizin kabul etmesinden memnuniyet duyulduğu*” belirtiliyordu. Ayrıca alınan kararlarla bu haktan yararlananların ileri sürdükleri nedenlerden ve özel inançlarından dolayı ayırmıcılığa uğratılmayacakları ve askeri hizmeti yerine getirmeyenler ile getirenler arasında da ayırmıcılık yapılamayacağı karara bağlanmıştır. İHAS’de vicdani ret konusunda açık bir hüküm olmamasına rağmen, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 26 Ocak 1967 tarihli önergesi ile vicdani ret hakkını 9. maddede güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1987 tarihli R(87) 8 sayılı tavsiye kararı ile de vicdani ret hakkına ilişkin asgari ölçütler belirlenmeye çalışılmıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından alınan “*Üye Ülkelerde Zorunlu Askerliğe Karşı Vicdani Ret Hakkının Uygulanmasına İlişkin*” 1518 (2001) sayılı tavsiye kararı da vicdani ret hakkının tanınması konusunda önemli bir adımı oluşturmaktadır. Söz konusu kararlarda “*vicdani ret itirazında bulunanlara itiraz gerekçeleri ile uyumlu, savaşçı değil sivil nitelikte, kamu çıkarına yönelik ve cezalandırıcı olmayan alternatif hizmet imkânları sağlamaları tavsiye*” ediliyordu. Ayrıca 1967 tarihli *Grandrath v. Federal Almanya Cumhuriyeti* başvurusu ile başlayan süreçte İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (eski) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de vicdani ret hakkı ile ilgili önemli kararlar almışlardır. Bu kararlar doğrultusunda, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde, zorunlu askerlik hizmeti ve bunun karşısında vicdani red hakkının tanınması konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak üye ülkelerdeki bu yeni düzenlemelerin Konsey kararları ile uyum sağlayıp sağlamadığı tartışmalı bir konudur. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak, üye ülkelerdeki zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemeler ele alınacak, ikinci olarak, Avrupa Konseyi organlarının vicdani ret hakkına ilişkin kararları incelenerek üye ülkelerdeki zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemelerin bu kararlara uygunluğu değerlendirilecektir.

I- Avrupa Konseyine Üye Ülkelerde Zorunlu Askerlik Hizmeti ve Vicdani Ret

Zorunlu askerlik hizmeti ve bunun karşısında vicdani ret hakkının tanınıp tanınmaması konusunda Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde esash farklılıklar bulunmaktadır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi üyesi ülkeleri üç grupta inceleyebiliriz. Birinci grupta zorunlu askerlik hizmetinin kaldırılmış olduğu ülkeler, ikinci grupta zorunlu askerlik hizmeti halen var olmakla birlikte vicdani ret

hakkının tanındığı ülkeler, üçüncü grupta ise zorunlu askerlik hizmetinin devam ettiği ancak vicdani ret hakkının tanınmadığı ülkeler yer almaktadır.

a- Zorunlu Askerlik Hizmeti Bulunmayan Ülkeler

20. yüzyılın son çeyreğinde Avrupa Konseyine üye ülkelerin bir kısmında zorunlu askerlik hizmetinin kaldırıldığına şahit olmaktadır⁴. Bu ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti terk edilerek ordu tamamen profesyonel askerlerden oluşmaktadır⁵. Örneğin, Birleşik Krallık'ta 1960, Belçika'da 1995, Hollanda'da 1996, Portekiz'de 1999, İspanya ve Fransa'da 2001, Sırbistan'da 2003; İtalya, Portekiz, Slovenya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti'nde 2004, Slovakya'da 2005, Bosna Hersek'de 2006, Romanya'da 2007, Hırvatistan'da 2008 yılında zorunlu askerlik sistemine son verilmiştir. Andora'nın ise ordusu bulunmayıp savunması Fransa ve İspanya tarafından⁶, Monako'nun ise Fransa tarafından sağlanmaktadır⁷. İrlanda ve Malta'da ise zorunlu askerlik hizmeti hiçbir zaman bulunmamıştır⁸. Liechtenstein'in ordusu bulunmazken, İzlanda'da uygulamada zorunlu askerlik hizmetinin bulunmadığını görmekteyiz. Zorunlu askerlik hizmetinin bulunmadığı bu ülkelerde, bu hizmet kaldırılmadan önce, bir kısmında ise oldukça erken denecek bir zamanda, vicdani ret hakkı tanınmış durumdaydı. Örneğin, Hollanda'da 1920, Fransa'da 1963, Belçika'da 1965, İtalya'da 1972, Portekiz'de 1976, İspanya'da 1984, Çek Cumhuriyeti'nde 1989, Hırvatistan'da 1990, Slovenya'da 1992, Slovakya'da 1995, Romanya'da 1996, Macaristan'da 2001, Sırbistan'da 2003 yılında bu hak tanınmıştı. Bosna Hersek'de ise vicdani red hakkının 2004 yılındaki kabulünden iki yıl sonra zorunlu askerlik hizmeti kaldırılmış ve ordu profesyonel askerlerden oluşmaya başlamıştır. Profesyonel askerliğe geçen ülkelerin bir kısmında vicdani ret hakkı anayasa ile düzenlenmiştir. Örneğin, ulusal savunma, zorunlu askerli hizmeti ve alternatif sivil hizmeti düzenleyen 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Anayasası'nın 276. maddesinin dördüncü fıkrasında, zorunlu askerlik hizmetini yasal koşullara uygun olarak reddeden kişilerin,

⁴ Zorunlu askerlik hizmetinin bulunmadığı üye ülkeler şunlardır; Andora, Belçika, Birleşik Krallık, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İtalya, İzlanda, Liechtenstein, Lüksembourg, Macaristan, Malta, Monako, Portekiz, Romanya, San Marino, Sırbistan Karadağ, Slovakya, Slovenya.

⁵ Üye ülkelerdeki zorunlu askerlik hizmeti ile ilgili gelişmeler konusunda ülke raporları için bakınız, Quaker Council for European Affairs (QCEA), "The Right to Conscientious Objection in Europe: A Review of the Current Situation", April 2005.

⁶ Quaker, The Right to, s.2.

⁷ Quaker, The Right to, s. 49.

⁸ Quaker, The Right to, s. 47.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

askerlik süresine ve derecesine eşdeğer bir alternatif sivil hizmeti yerine getirecekleri hükmüne yer verilmişti. Altıncı fıkrada ise sivil hizmetin, zorunlu askerlik hizmeti yerine geçmek üzere veya onu tamamlamak üzere yerine getirileceği belirtildikten sonra askerlik yükümlülüğüne bu yolla tabi olmayacak kişilerle ilgili durum ve şartların yasada gösterileceğine işaret edilmiştir. 3 Eylül 1991 tarihli Slovakya Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ikinci kısmının 25. maddesinin birinci fıkrasında savunmanın her vatandaşın onurlu bir yükümlülüğü olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hiçbir kimsenin dini inancı ve vicdanıyla çatışan askeri bir hizmeti yerine getirmeye zorlanamayacağı ve ayrıntıların yasa ile düzenleneceği belirtilmiştir. 2 Nisan 1997 tarihli Polonya Anayasasının 85. maddesinin üçüncü fıkrasında, dini inançları veya ahlaki değerleri zorunlu askerlik hizmetine izin vermediğini düşünen her vatandaşın yasayla düzenlenen alternatif sivil hizmet yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.

Zorunlu askerlik hizmetinin ortadan kaldırılarak profesyonel askerliğe geçilmesi konusunda yaşanan gelişmeler, zorunlu askerlik hizmetinin tarihe karışacağı konusundaki iddiaların dile getirilmesine neden olmuştur. Özellikle soğuk savaş sonrası askeri birliklerin değişen rolünün büyük insan yığınlarından oluşan ordulara artık ihtiyaç olmayacağı yönündeki düşüncelerin güçlenmesine sebep olmuştur. Nitekim kendi aralarındaki işbirliğini derinleştirmek ve genişletmek isteyen, komşu ülkelerle olan karşılıklı ilişkilerini barış üzerine kurmayı arzulayan AB ülkelerinde zorunlu askerlik hizmetinin söz konusu olmaması gerektiği yüksek sesle dile getirilmektedir⁹.

b- Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı Tanınan Ülkeler

İkinci grupta ise zorunlu askerlik hizmetinin sürdüğü ama aynı zamanda zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının da kabul edildiği ülkeler yer almaktadır¹⁰. Bu ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti devam etmekle birlikte bireylerin vicdani ret talepleri düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirilip vicdani retçilerin zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet yapmalarına imkân tanınmaktadır.

⁹ Greune Gerd, Michela Lai, European Union without Compulsory Military Service: Consequence for Alternative Service- A Comparative Study on The Policies in EU Member States, European Bureau For Conscientious Objection (EBCO), Brüksel 2000, s. 5.

¹⁰ Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Bulgaristan, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Güney Kıbrıs, Gürcistan, İsveç, İsviçre, Letonya, Litvanya, Makedonya, Moldova, Norveç, Polonya, Rusya Federasyonu, Ukrayna, Yunanistan.

Danimarka, 1917 yılında vicdani ret hakkını yasal olarak tanıyan ilk Avrupa ülkesidir¹¹. Danimarka'yı takiben 1920 yılında İsveç, 1922 yılında Norveç, 1931 yılında Finlandiya bu hakkı tanımıştır. Dolayısıyla Batı Avrupa ülkelerinde I. Dünya savaşının hemen sonrasında bu hakkın tanındığını söyleyebiliriz¹². Üye ülkelerin büyük bir kısmı ise vicdani ret hakkını anayasal düzeyde tanımaktadır¹³. Avusturya Anayasasının 9. maddesinin (a) bendi ile vicdani redde bağlı olarak zorunlu askerlik hizmetini yapmaktan kaçınanlara alternatif hizmette bulunma yükümlülüğünün getirileceği belirtilip zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani redde dayalı olarak getirilecek alternatif sivil hizmetin ayrıntılarının yasa tarafından düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasasının düşünce ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, hiçbir kimsenin vicdanına aykırı olarak silah kullanmaya zorlanamayacağı vurgulanıp uygulamaya ilişkin esasların federal yasa ile düzenleneceği belirtilmiştir. Vatandaşların temel hakları ve ödevlerini düzenleyen 1991 tarihli Bulgaristan Anayasası'nın 59. maddesinin birinci fıkrasında askerlik ödevinin her Bulgar vatandaşının onurlu bir yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. 59. maddenin 1 Ocak 2008 tarihinde değiştirilen ikinci fıkrası ile askerlik hizmetinin nasıl yerine getirileceği, istisnaları ve zorunlu askerlik hizmeti yerine geçmek üzere getirilen alternatif sivil hizmetin yasa ile düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. 1996 tarihli Ukrayna Anayasası'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında, zorunlu askerlik hizmetini vicdani nedenlerle reddeden her vatandaşa, askeri nitelik taşımayan bir alternatif sivil hizmet yükümlülüğü getirilerek bu hizmetin tamamlanmasının sağlanacağına işaret edilmiştir. İsviçre Anayasası'nın referandum sonucu kabul edilen 59. maddesinin birinci fıkrasına göre ise her erkek İsviçre vatandaşının askerlik yükümlülüğü altında olduğu belirtildikten sonra, alternatif sivil hizmetin yasa ile düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca ikinci fıkrada askerlik hizmetinin İsviçre kadınları için gönüllü olduğu belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise zorunlu askerlik hizmetini ya da alternatif sivil hizmeti yapmak istemeyen erkek vatandaşların vergi ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla İsviçre Anayasası'na göre, alternatif hizmet yapmak istemeyenlerin ek vergi ödeyerek bu yükümlülükten kurtulmaları mümkün olacaktır. Vicdani ret hakkının açıkça inanç ve kanaatlerden kaynaklandığını belirten 1993 tarihli

¹¹ Quaker, *The Right to*, s. 24.

¹² Cain Adward R, "Conscientious Objection in France, Britain and United States", *Comparative Politics*, January 1970, s. 275.

¹³ Anayurt Ömer, "Avrupa'da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme", *Mülkiye*, c.XXXI, Sayı. 254, s.166.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Rusya Federasyonu Anayasası'nın, insanların ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini düzenleyen ikinci kısmının 59. maddesinin üçüncü fıkrasında, askerlik hizmeti ile inanç ve kanaatleri çatışan kişilerin bu hizmetin yerine geçmek üzere alternatif sivil hizmet hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Vicdani ret hakkının dini ve moral değerlerden kaynaklandığı belirtilen 1990 tarihli Hırvatistan Anayasası'nın 47. maddesinin ikinci fıkrasında; dini ve ahlaki nedenlere bağlı olarak vicdani retçi olarak kabul edilenlerin zorunlu askerlik hizmetine tabi tutulamayacağı belirtildikten sonra bu kişilerin yasa ile öngörülen diğer görevleri yapmak zorunda oldukları vurgulanmıştır. Vicdani ret hakkının dini ve ahlaki kaygılardan kaynaklandığını belirten bir diğer anayasa ise 1992 tarihli Estonya Anayasası'dır. Estonya Anayasası'nın ülke savunmasını düzenleyen 124. maddesinin ikinci fıkrasında, dini ve ahlaki nedenlerle silahlı kuvvetlerde ulusal savunma hizmetlerinde bulunmayı reddedenlerin yasanın belirlediği usul ve koşullara bağlı olarak alternatif sivil hizmette bulunacakları belirtilmiştir.

c- Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkının Tanınmadığı Ülkeler

Üçüncü grupta, zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınmadığı ülkeler yer almaktadır¹⁴. Vicdani red konusunda herhangi yasal bir düzenleme bulunmayan üye ülkeler sadece Azerbaycan ve Türkiye'dir. 1949 yılından beri Avrupa Konseyi'nin üyesi olmasına rağmen vicdani red hakkı konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Azerbaycan'ın yeni anayasasında vicdani ret hakkını tanıyan hükümler bulunmaktadır. Ancak anayasanın ilgili hükümlerini uygulamaya geçirecek yasal düzenlemeler çıkarılmamıştır. Dolayısıyla vicdani red taleplerinin ileri sürümüne ilişkin bir prosedür bulunmadığı gibi alternatif sivil hizmet uygulamalarına da rastlanmamaktadır. Nitekim Azerbaycan'da olduğu gibi Türkiye'de de yakın gelecekte zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınacağı konusunda herhangi bir işaret dahi bulunmamaktadır.

II- Avrupa Konseyi Organları Kararlarında Vicdani Ret Hakkı

A- Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi Kararlarında Vicdani Ret Hakkı

Vicdani ret, kişinin ahlaki tercih, dini inanç, felsefi görüş ya da politik nedenlerle askeri eğitim ve hizmette bulunmayı, silah taşımak ve kullanmak

¹⁴ Quaker The Right to, . III.

zorunluluğunu reddetmesi olarak tanımlanabilir. Bu ret nedenleri vicdani neden olarak kendini gösterir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi vicdani ret din ve vicdan özgürlüğüne bağlı bir hak olarak ortaya çıkmaktadır¹⁵. Nitekim Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Parlamentosu her fırsatta vicdani ret hakkını düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğünün önemli bir ayağını oluşturduğu üzerinde durmuştur. Bu konudaki en önemli düzenlemeler ise Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 26 Ocak 1967 tarihli önergesi ve 23 Mayıs 2001 tarihli “*Üye Ülkelerde Zorunlu Askerliğe Karşı Vicdani Ret Hakkının Uygulanmasına İlişkin*” tavsiye kararı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1987 tarihli R(87) 8 sayılı tavsiye kararıdır. Konsey bünyesinde çeşitli tarihlerde alınan bu kararlarla vicdani ret hakkının Sözleşmenin 9. maddesi tarafından güvence altına alınan haklardan biri olduğu vurgulanıp, bu hakkın Sözleşmeye dâhil edilmesi ve üye devletlerin de bu doğrultuda düzenleme yapmaları istenmektedir. Bu önerge ve tavsiye kararları üye devletler için hukuken bağlayıcı olmasa da, yol gösterici niteliktedir. Dolayısıyla üye devletlerde vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemeler yapılırken bu belgelerin dikkate alınmaları gerekmektedir¹⁶.

a- Parlamenterler Meclisinin 1967 Tarihli 337 Sayılı Önergesi

Avrupa Konseyi yaklaşık 40 yılı aşkın süredir vicdani ret konusu ile ilgilenmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi vicdani ret hakkını destekleyen ilk kararını 26 Ocak 1967 tarihinde almıştır¹⁷. Daha sonraki bütün kararlarında da bu önergeye göndermede bulunmuştur. Son yıllarda ise zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınması ve alternatif hizmetin tanıtılması, Avrupa Konseyi’ne üyeliğe kabulde bir önkoşul olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, 1967 tarihli 337 sayılı önergesinin (resolution) vicdani ret hakkı ile ilgili temel ilkeleri düzenleyen A bendinde şu prensiplere yer verilmiştir;

¹⁵ Erdoğan Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara 2007, s.163.

¹⁶ Arslan Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara 2005, s.59.

¹⁷ Önergenin İngilizce metni için bkz. <http://www.ebco-beoc.eu/page/1uside/document/doc-3coe.htm#Recommendation%20478>. (Resolution 337 (1967) on the right of conscientious objection).

¹⁸ Friedhelm Scheinder, “Vicdani Ret Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet”, içinde *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci), İstanbul, 2008, s.268.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

“1. Askerlik hizmeti yapmakla yükümlü ancak vicdani ya da dini, etik, ahlaki, insani, felsefi ya da benzer gerekçelere dayanan güçlü kanaatleri nedeniyle silahlı hizmet vermeyi reddeden kişiler bu hizmeti yapmaktan muaf tutulma hakkına sahip olmalıdır.

2. Bu hak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesiyle güvence altına alınan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, bir demokratik hukuk devletinde bireyin temel haklarının mantıksal çıkarımı olarak kabul edilmelidir.”

Vicdani ret hakkının, uluslararası hukukta ilk kez bir insan hakkı olarak tanındığı 1967 tarihli bu belge, sadece dini nitelikli değil, dini olmayan, etik, ahlaki, insani ve felsefi nedenlerle ileri sürülen vicdani red hakkını tanımaktadır. Bu düzenleme ile vicdani ret hakkının tanınması konusunda bireyler arasında hangi gerekçeyle olursa olsun ayrımcılık yapılmaması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır. Belgenin ikinci maddesinde ise bu hakkın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesinde güvence altına alınan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirildiği belirtilip, bu hak demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir.

337 Sayılı önerenin B bendinde ise vicdani ret hakkının tanınması konusunda usule ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, birinci fıkrada, zorunlu askerlik hizmeti ile yükümlü olan kişilere, askerlik çağrısı sırasında böyle bir haklarının olduğunun hatırlatılması istenmektedir. İkinci fıkrada ise vicdani ret hakkının tanınmasına ilişkin talepleri inceleyecek idari otoritelerin askeri otoritelerden tamamen ayrı olması gerektiği belirtilip, bu idari otoritenin oluşumunda da tam anlamıyla bağımsızlığın ve tarafsızlığın sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır. Üçüncü fıkrada ise vicdani ret taleplerini inceleyecek olan otoritenin kararlarının askeri otoritelere karşı tam bir bağımsızlığa sahip en az bir diğer idari otorite tarafından kontrol edilmesi ve ayrıca kararın en az bir bağımsız yargı tarafından da denetlenebilmesi tavsiye edilmektedir.

Önerenin C bendinde ise alternatif sivil hizmete ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Birinci fıkrada, alternatif hizmetin süresine ilişkin bilgiler yer almakta olup, alternatif hizmetin süresinin en az zorunlu askerlik hizmetinin süresi kadar olması gerektiği bildirilmektedir. İkinci fıkrada ise vicdani retçilere sosyal ve ekonomik eşitliğin sağlanması gerektiğinin altı çizilmektedir. Üçüncü fıkrada ise vicdani retçilere devletin, sosyal faaliyetlerde ya da ulusal önemi olan diğer işlerde olduğu gibi ülkenin gelişmesine hizmet edecek diğer işlerde de çalışmayı garanti etmesi gerektiği belirtilmiştir.

b- Parlamenterler Meclisinin 1977 Tarihli 816 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi bünyesinde vicdani ret hakkı ile ilgili olarak kabul edilen bir diğer belge ise Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1977 tarihli 816 sayılı tavsiye kararıdır¹⁹. Üye ülkelerde vicdani retçilerin durumunu iyileştirme amacıyla çıkarılan bu tavsiye kararı (recommendation), 1967 tarihli 337 sayılı önergeye göndermede bulunmakla yetinip, 337 sayılı önergede ele alınan ilkelerin, bu tavsiye kararının ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmıştır. 337 sayılı önergeden farklı olarak zorunlu askerlik hizmeti karşısındaki vicdani ret hakkının, ayrı bir hak olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin içine alınması gerektiği bildirilmiştir.

c- Bakanlar Komitesinin 1987 Tarihli R (87) 8 Sayılı Tavsiye Kararı

Vicdani ret hakkı ile ilgili önemli kararlardan bir diğeri de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, 9 Nisan 1987 tarihli 406. toplantısında kabul etmiş olduğu, “*Üye Devletlere Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Retçilik Konusundaki R(87)8 Sayılı*” tavsiye kararıdır²⁰. Bakanlar Komitesi bu kararı ile üye ülkeleri, kararda belirtilen ilkeler doğrultusunda düzenlemeler yapmaya davet etmiştir²¹.

Bu tavsiye kararının birinci paragrafında vicdani ret hakkına ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre;

“Zorunlu askerlik hizmeti olduğu halde, vicdani sebeplerle, silah kullanmayı reddeden herkes, tavsiye kararında belirtilen şartlar dâhilinde hizmetten muaf tutulmalıdır. Bu kişilerin bunun yerine alternatif hizmet görmesi zorunlu kılınabilir.”

¹⁹ Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://www.ebco-beoc.eu/page/1/inside/document/doc3coe.htm#Recommendation%20816> (Recommendation 816 (1977) on The Right of Conscientious Objection to Military Service)

²⁰ Kararın İngilizce metni için bkz. http://www.coe.int/T/E/Human_rights/objcone.pdf (Recommendation No. R(87)8 of The Committee of Ministers to Member States Regarding Conscientious Objection to Compulsory Military Service). İlgili tavsiye kararının kabulü sırasında, Bakan Yardımcılarının toplantılarını düzenleyen Usul Kurallarının 10.2.c maddesi gereğince, Yunanistan Temsilcisi, hükümetinin bu metne uyup uymama hakkı konusunda, Güney Kıbrıs temsilcisi hükümetinin bu metnin 9. paragrafına uyup uymama konusunda çekince koymuşlardır. İtalyan temsilcisi de çekimser kalmış ve açıklayıcı beyan ile Hükümetinin bu metnin Asemble'nin önerilerini karşılamakta yetersiz kaldığı ve bu nedenle noksan olduğu kanaatini ifade etmiştir. Yine İsviçre ve Türkiye temsilcileri çekimser kalmışlar ve açıklayıcı beyan ile hükümetlerinin bu metne uymasının mümkün olmayacağını ifade etmişlerdir.

²¹ Anayurt, s. 158.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararının birinci paragrafında, vicdani ret hakkının asgari ölçütleri gösterilmiştir. Buna göre, zorunlu askerlik hizmetinin olduğu üye ülkelerde, vicdani sebeplerle silah kullanmayı reddeden herkese, hiçbir gerekçeyle ayrımcılık yapılmaksızın bu hak tanınmalıdır. Ancak aynı paragrafın ikinci cümlesinde üye devletlerin vicdani retçilere zorunlu askerlik hizmeti karşılığında zorunlu alternatif sivil hizmet getirebilmeleri konusunda bir seçenek sunulmuştur. Bu bağlamda üye devletler isterlerse zorunlu askerlik hizmetinden kaçınan vicdani retçilere alternatif sivil hizmet yükümlülüğü getirebilecektir. Vicdani ret hakkı konusunda olması gereken, vicdani retçi olarak tanınan kişinin, hem zorunlu askerlik hizmetinden hem de alternatif sivil hizmetten muaf tutulmasıdır. Ancak, birinci paragrafın son cümlesi ile taraf devletlere bir seçenek sunulmakta ve isterlerse zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak sivil hizmet getirebilmelerine imkân tanınmaktadır.

Tavsiye kararının devamı paragraflarında ise (2-8) vicdani ret hakkına ilişkin usul işlemlerine yer verilmiştir. Buna göre ikinci paragrafta Devletlerin, vicdani retçi statüsü için yapılan başvuruların değerlendirilmesi için uygun bir usul geliştirebileceklerine veya ilgili kişinin red sebeplerini açıklayan bir beyanını kabul edebileceklerine imkân verilmiştir.

Üçüncü paragrafa göre ise bu tavsiye kararında yer alan ilke ve hükümlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için askerlik yükümlüsü kişilerin hakları konusunda önceden bilgilendirilmeleri gerektiği bildirilmiştir. Bu amaçla üye devletler bu kişileri ya doğrudan bilgilendirmeli ya da özel kuruluşların bu bilgiyi yaymalarına izin vermelidir.

Dördüncü paragrafta ise vicdani retçi statüsü için yapılacak başvuruların, kural olarak başvurunun değerlendirilmesinin ilgili kişi askere alınmadan bitirilmiş olması şartının yerine gelmesini sağlayacak yollarla ve buna elverecek zaman sınırları içinde yapılması gerektiğine yer verilmiştir.

Beşinci ve yedinci paragraflar arasında vicdani red talebinin yargılama sürecine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda beşinci paragrafta başvuruların değerlendirilmesinde adil bir sürecin işleyeceğine dair her türlü teminatın sağlanması gerektiği, altıncı paragrafta, her başvuranın, ilk derece kararının temyizini isteme hakkı olduğu ve yedinci paragrafta, temyiz mercininin yargı bağımsızlığı doğrultusunda, askeri idareden ayrı ve bağımsızlığını sağlayacak şekilde oluşturulması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Sekizinci paragrafta ise vicdani red şartlarının askerlik hizmetinin ifası sırasında ya da acemi eğitimi sonrasındaki dönemde ortaya çıkması durumunda da vicdani retçi statüsü için başvuruda bulunma ve bu statüyü kazanma imkânı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Alternatif hizmete ilişkin hükümler ise 9., 10. ve 11. paragraflarda düzenlenmiştir. Dokuzuncu paragrafa göre, alternatif hizmet, eğer olacaksa, kural olarak sivil bir nitelikte ve kamu yararı için olmalıdır. Bununla birlikte devlet, sivil hizmete ilave olarak, yalnızca tek ret sebebi olarak silah kullanmayı göstermiş vicdani retçi için olmak üzere, silah kullanmayı gerektirmeyecek askeri görevler öngörebilir. Onuncu paragrafa göre ise alternatif hizmet cezai bir yaptırım karakterinde olmamalıdır. Süresi ise askeri hizmete kıyasla makul sınırlar içinde olmalıdır. Alternatif hizmet sırasında sosyal ve mali haklarla ilgili hükümlerin yer aldığı on birinci paragrafa göre ise vicdani retçilere, askerlik hizmeti görenlere kıyasla daha az sosyal ve mali haklar tanınmamalıdır. Askerlik hizmetini istihdam, kariyer ya da emeklilik hususlarında dikkate alan kanun ve yönetmelikler alternatif hizmet içinde geçerli olmalıdır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin vicdani ret hakkına ilişkin 1967 tarihli kararı bu hak ile ilgili olarak sadece genel ilkelere yer verirken, 1987 tarihli R(87)8 sayılı tavsiye kararı yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi daha ayrıntılı hükümler içermektedir. R (87)8 sayılı tavsiye kararı sadece vicdani rette ilişkin temel ilkeleri düzenlemekle yetinmemiş ayrıca bu hakkın etkin kullanımını güvence altına alabilmek için yapılması gereken usuli işlemleri de açıkça düzenlemiştir.

d- Parlamenterler Meclisinin 2001 Tarihli 1518 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi belgeleri kapsamında vicdani ret hakkı ile ilgili önemli bir belge de 23 Mayıs 2001 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından alınan “*Üye Ülkelerde Zorunlu Askerliğe Karşı Vicdani Ret Hakkının Uygulanmasına İlişkin*” 1518 (2001) sayılı tavsiye kararıdır²².

Tavsiye kararının birinci paragrafında, Meclisin zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkına dair 337 (1967) sayılı önergesi ve 816 (1977) sayılı tavsiye kararı, ayrıca Bakanlar Komitesinin 87 (8) sayılı kararı yeniden hatırlanmakta ve “*Zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkının uygulanmasının*

²² Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. http://www.coe.int/T/E/Human_rights/objcone.pdf (Recommendation 1518 (2001) Exercise of The Right of Conscientious Objection To Military Service in Council of Europe Member States)

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Avrupa Konseyi'nin otuz yılı aşkın süredir devam eden bir meselesi" olduğu üzerinde durulmaktadır.

Tavsiye Kararının ikinci paragrafında vicdani ret hakkının, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün temel bir boyutu olduğu belirtilmektedir.

Tavsiye Kararının üçüncü paragrafında Avrupa Konseyi ülkelerinin çoğunun vicdani ret hakkını kendi anayasalarında veya yasalarında tanıdığı belirtilip, tavsiye kararının kaleme alındığı tarih itibariyle sadece beş ülkede bu hakkın tanınmadığı belirtilmiştir. Bu yazının ele alındığı dönemde ise sadece Azerbaycan ve Türkiye'de bu hakkın yasal olarak güvence altına alınmadığına dikkat çekmek gerekir.

Vicdani retçilerin durumu ile ilgili bilgileri içeren dördüncü paragrafta vicdani retçilerin durumunun halen bir ülkeden diğer bir ülkeye oldukça farklılık gösterdiği belirtilmektedir. Yasalardaki bu farklılık sonucu ise koruma seviyesinin değişkenlik gösterdiği belirtilip, vicdani retçilerin durumunun bu hakkı tanyan ülkelerde oldukça belirsiz olduğu vurgulanmaktadır.

Tavsiye Kararının beşinci paragrafında ise Meclis, Bakanlar Komitesi'ne kendi yasalarında bu hakkı halen tanımamış olan üye ülkelere davette bulunması için şu tavsiyelerde bulunmaktadır;

i- Askerliğe alınmadan önce, sırasında veya sonrasında, askerlik hizmetini ifa ederken vicdani retçi olarak kaydolma hakkı olmalıdır;

ii- Silahlı kuvvetlerin sürekli üyeleri de vicdani ret statüsü için başvuruda bulunabilmelidir;

iii- Bütün askerlik yükümlülükleri için vicdani ret statüsü hakkında bilgi alma ve bu statüyü edinebilme olanağı sağlanmalıdır;

iv- Ne caydırıcı ne de cezalandırıcı bir niteliği olmayan tamamıyla sivil içerikli alternatif bir hizmet servisi olmalıdır.

Tavsiye Kararının altıncı paragrafında ise Bakanlar Komitesine vicdani ret hakkını içine alacak şekilde 4.3.b ve 9. maddelerinde iyileştirme yapacak bir ek protokolün İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine eklenmesini tavsiye etmektedir.

B- İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ve Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret Hakkı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında vicdani ret hakkını güvence altına alan doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak vicdani ret hakkının Sözleşme'nin koruma organları önünde tartışılmaya başlandığı ilk günden itibaren yapılan başvurular, esas olarak Sözleşmenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin ihlaline dayandırılmıştır²³. Koruma organları, yapılan başvuruları incelenirken, vicdani ret açıklamasının Sözleşme tarafından doğrudan korunup korunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, yapılan bir vicdani ret açıklamasını Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan diğer haklarla birlikte ele almaktadır²⁴. Dolayısıyla yapılan başvurular yalnızca Sözleşmenin 9. maddesi bağlamında değil, olayın niteliğine göre diğer maddeler açısından da incelenmektedir²⁵. Yapılan başvurular ise esas olarak vicdani ret hakkının bir insan hakkı olarak tanınıp tanınması konusunda olmayıp, Sözleşmecilerdeki vicdani ret hakkının tanınması konusundaki farklı düzenlemelerin ve uygulamaların, ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağı noktasında olmaktadır²⁶. Bu konu ile ilgili olarak yapılan ilk başvurulardan biri 1967 yılında İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun²⁷ önüne gelen *Grandrath v. Federal Almanya Cumhuriyeti* başvurusudur²⁸. Söz konusu başvuruda bir Yehova Şahidi lideri olan başvuran, Alman yetkili makamları tarafından vicdani retçi olarak tanınmıştır. Ancak zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmasına rağmen, başvurana alternatif sivil hizmet yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bunun üzerine başvuran alternatif

²³ Eren Abdurrahman, "Türk Hukukunda Vicdani Red", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 61/3, (2006), s.112-113.

²⁴ Marcus Emily N., "Conscientious Objection as an Emerging Human Right", *Va. J. Int'l L.*, 1997-1998.s. 512-513.; Major Marie France, "Conscientious Objection and International Law: A Human Right?", *Case W. Res. J. Int'l L.*, vol. 24, 1992, s.356.

²⁵ Gürçan Cenk Ertuğrul, "Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (mı)?", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 62-1, s. 101.

²⁶ Gilbert Howard, "The Slow Development of the Right to Conscientious Objection to Military Service under the European Convention on Human Right", *European Human Rights Law Review*, 2001, s. 2-3.

²⁷ Bundan sonra kullanılacak olan "Komisyon" kavramı "İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na" işaret etmektedir.

²⁸ *Grandrath v. Federal Almanya Cumhuriyeti*, başvuru no: 2299/64; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Grandrath&sessionid=27185883&skin=hudoc-en> (Erişim Tarihi, 27.07.2009); Kararın ayrıntılı tahlili için bakınız: Major Maria France, "Conscientious Objection to Military Service: The European Commission on Human Rights and The Human Rights Committee", *Coliformia Western International Law Journal*, vol., 31 (2001-2002), s. 22-23.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

sivil hizmetten de muaf tutulmak için yetkili makamlara başvurmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. Başvuranın alternatif sivil hizmeti yapmaktan da kaçınması üzerine hakkında cezai takibat başlatılmış ve sonunda hapis cezasına mahkûm olmuştur. İç başvuru yollarını tüketmesinden sonra başvuran Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Başvuran, Komisyondaki talebinde Alman hukukuna göre papazlık unvanı verilmiş Katolik ve Evanjelik rahiplerinin zorunlu askerlik hizmetinden ve alternatif hizmetten muaf tutulduğunu belirterek kendisine bu imkânın verilmemesinin ayrımcılık oluşturacağını ve Sözleşmenin 9. maddesinin yanında ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon ise, yaptığı incelemeye Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında vicdan ve din özgürlüğünün birbirinden farklılık gösterdiğini açıklayarak başlamıştır. Bu bağlamda Komisyon başvuranın yapmak zorunda olduğu alternatif sivil hizmetin, kendisinin kişisel ve özel dini görevlerini yapmasına ve kendi dini gurubundaki görevlerini yerine getirmesine engel olmadığı için, dinini açıklama özgürlüğüne müdahale oluşturmadığını belirtmiştir. Vicdan özgürlüğü ile ilgili olarak 9. maddenin ihlal edilip edilmediği konusunda ise Komisyon, dininin ve inancının aksine bir hizmette bulunmaya zorlanmanın Sözleşmeyi ihlal edip etmeyeceğini Sözleşmenin zorla çalışma yasağını düzenleyen 4. maddesi bağlamında irdelenmiştir. Bu bağlamda Komisyon, askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik hizmetini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru gören ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek bir alternatif hizmetin zorla çalıştırma sayılmayacağına işaret etmiştir. Komisyon daha sonra başvuranın iddialarının 14. madde bağlamında ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiş ve aynı durumda bulunan kişilere uygulanan ancak objektif ve makul ölçülere dayanmayan farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturacağını vurgulamıştır²⁹. Söz konusu başvuru ile ilgili olarak ise Komisyon, zorunlu hizmet konusundaki Alman yasal düzenlemelerinin farklı dinlerin liderleri arasında bir ayırım yaptığını, bu tip ayırımların ise 14. madde bağlamında ayrımcılık oluşturmayacağı sonucuna varmıştır. Ancak Komisyon, sınırlı kişileri zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutan bu düzenlemelerin geniş kapsamlı yığınların askerlik hizmetinden kaçmasını engelleme adına kabul edildiğine işaret etmiştir. Komisyon ayrıca zorunlu askerlik hizmetinin ve alternatif sivil hizmetin sadece ofislerinde sürekli bulunmaları gereken din adamlarına tanındığını belirtmiştir. Bu tip yasal düzen-

²⁹ Nowicki Marek Antoni, "The European Convention of Human Rights: Prohibition of Discrimination", *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 17 (1999), s. 31.

lemelerin bir taraftan zorunlu hizmetlerin etkinliğini devam ettirme diğer taraftan da dini topluluklarda düzenli din hizmetlerinin sağlanması bakımından gerekli olduğuna işaret eden Komisyon, varolan farklı muamelelerin mantıklı ve objektif kriterlere dayandığı için ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir. Vicdani ret hakkının tanınması ile ilgili olarak Komisyonun önüne ilk kez gelen başvurulardan biri olan bu olayda Komisyon vicdani ret hakkının 9. maddede kapsamına girip girmeyeceğini sorgulamaksızın bu hakkı düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla Komisyonun ilk kararlarından beri vicdani ret hakkını Sözleşme kapsamında korunan bir hak olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz. Ancak söz konusu başvuruda Komisyon, vicdani ret hakkının tanınması konusundaki farklı muamelelerin Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir. Ancak Sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınması ile ilgili diğer bir başvuru ise 1972 yılında *X. v. Avusturya* davasında Komisyonun önüne gelmiştir. Söz konusu davada başvuran, bir Katolik olarak savaşçı bir orduda hizmet etmesinin imkânsız olduğu gerekçesiyle askerlik hizmetini reddetmiştir. Başvuran bu nedenle tutuklanmasının, Sözleşmede güvence altına alınan vicdan özgürlüğünün ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilip edilmediğini ise Komisyon zorla çalıştırma yasağının istisnasını düzenleyen 4. maddenin 3. fıkrasının (b) bendi bağlamında irdelemiştir. Komisyon sözleşmecî devletlerin vicdani ret hakkını tanıyıp tanımama konusunda bir seçim hakkı olduğunu, eğer bu hakkı tanırlarsa alternatif seçim hakkı getirebileceklerine işaret etmiştir. Bu hakkı tanımayan ülkelerin ise zorunlu askerlik hizmetinden kaçanları cezalandırabileceği üzerinde durarak Sözleşmenin ihlal edilmediği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir³⁰.

Komisyon yine Norveç'e karşı yapılan 1983 tarihli *Johansen v. Norveç*³¹ kararında alternatif sivil hizmetten kaçtığı için tutuklanan 1965 doğumlu, pa-

³⁰ Major Maria France, "Conscientious Objection to Military Service, s.26. ; Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancaktar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.422.

³¹ A v. İsviçre, başvuru no. 10640/83. ; Vicdani ret hakkını tanıyarak alternatif sivil hizmetin ordu dışında yerine getirilmesine en son izin veren Batı Avrupa ülkesi İsviçre'dir. 1991 tarihinde yapılan referandumla oylamaya katılanların yüzde 82.5'i alternatif sivil hizmetin silahlı kuvvetler dışında yapılmasına izin veren anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Bu anayasa değişikliğini takiben 1995 tarihinde Alternatif Sivil Hizmet Yasası İsviçre parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. Quaker, *The Right to*, s. 69.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

sifist total bir retçinin başvurusunu Sözleşmenin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesi, adil yargılanma hakkını düzenleyen 7. maddesi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi bağlamında ele almıştır. Başvuranın 1977 yılında yaptığı vicdani ret başvurusu Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilmiş ve zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmuş olmasına rağmen alternatif sivil hizmet yükümlülüğü getirilmiştir. Başvuran total retçi olduğunu bildirip, alternatif sivil hizmetin zorunlu askerlik hizmetine karşı duyulan saygıyı onaylamak için getirildiğini belirterek, herhangi bir alternatif sivil hizmeti kabul etmeyeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine başvuran, Askerlik Hizmeti Kanunu'na muhalefetten dolayı tutuklanmıştır. Başvuran daha sonra Komisyona başvurmuştur. Yaptığı inceleme sonucunda ise Komisyon, ilk olarak Sözleşmenin vicdani ret hakkını kabul eden üye ülkelere alternatif sivil hizmet getirme imkânı tanıdığı üzerinde durup, alternatif sivil hizmetin Sözleşme ile uyumlu olduğunu belirtmiştir. Daha sonra Sözleşmenin alternatif sivil hizmetin yerine getirilmesi konusunda Sözleşmeciler devletlerin gerekli önlemleri almasını engellemediğini ve gerekli durumlarda da alternatif sivil hizmetten kaçınanlara yaptırım uygulayabileceğini de belirterek başvuruyu reddetmiştir. Yine Komisyon İsviçre'ye karşı yapılan 1983 tarihli *A. v. İsviçre*³² başvurusunda total bir retçinin alternatif sivil hizmeti reddetmesi dolayısıyla hapis cezasına çaptırılmasını incelemiştir. Olayda başvuran 1981 tarihinde vicdani kanaatleri izin vermediği için herhangi bir alternatif sivil hizmette bulunmaktan kaçınmıştır. Bölge Askeri Mahkemesi tarafından yargılanan başvuran, dört ay hapis cezasına çaptırılmıştır. İç başvuru yollarını tüketmesi üzerine, 9. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon, 9. maddenin ihlal edilip edilmediğini zorla çalıştırma yasağının istisnasını düzenleyen 4. maddenin 3. fıkrasının (b) bendi bağlamında incelemiş ve vicdani ret hakkını tanıyan ülkelerin alternatif sivil hizmet zorunluluğu getirmesinin Sözleşme ile uyumlu olduğunu belirtip başvuruyu reddetmiştir.

*Spöttl v. Avusturya*³³ davasında Komisyon, kadın vatandaşlara zorunlu askerlik hizmeti karşısında alternatif sivil hizmet yükümlülüğü getirilmemesine karşın erkek vatandaşların alternatif sivil hizmete zorlanmasının ayrımcılık oluşturacağı yönündeki başvuruyu incelemiştir. İlgili olayda başvuran kadınlara alternatif sivil hizmet yükümlülüğü getirilmemesine rağmen kendisine böyle bir yükümlülüğünün getirilmesinin cinsiyete dayalı bir ayrımcılık

³² Spöttl v. Avusturya, başvuru no. 22956/93.

³³ Tomi AUTIO v. Finlandiya, başvuru no. 17086/90.

oluşturduğunu belirtip, kendisine uygulanan muamelenin Sözleşme'nin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddesinin ikinci fıkrası ile bağlantılı olarak 14.maddesini ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon'a başvurmuştur. Taraf devlet savunmasında, zorunlu askerlik hizmeti ya da alternatif sivil hizmet konusunda kadınlar ile erkekler arasındaki farklı muamelenin, cinsiyetten kaynaklandığına işaret ederek, bu tür bir farklı muamelenin meşru görülebileceğini ileri sürmüştür. Üstelik Avrupa'daki genel uygulamada kadınların böyle bir zorunlu askerlik hizmeti yükümlülüğü altında olmadığını ancak birkaç ülkede istisnai olarak gönüllü olarak silahlı kuvvetlerde görev alabileceğine işaret etmiştir. Komisyon diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Avusturya'da da, alternatif sivil hizmet mecburiyetinin zorunlu askerlik hizmeti ile doğrudan bağlantılı olduğu tespitinde bulunarak, bir kişi şayet zorunlu askerlik hizmeti yapmakla yükümlü ise, o kişinin alternatif sivil hizmet yapmakla yükümlü olacağına işaret etmiştir. Buna göre, alternatif sivil hizmet yükümlülüğü tecrit olarak düşünülmecektir. Komisyon ise objektif ve makul ölçülere dayanmak koşuluyla varolan farklı muamelelerin 14. madde bağlamında ayrımcılık oluşturmayacağına işaret etmiştir. Ulusal savunma hizmetinin düzenlenmesinde taraf devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğuna işaret eden Komisyon, kadınların zorunlu askerlik hizmeti ile yükümlü olmadıkları ve bu bağlamda erkeklerle aynı statüde bulunmadıkları için kadınlara alternatif sivil hizmet yükümlülüğünün getirilmemesinin Sözleşmenin 14. maddesi bağlamında ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiş ve Sözleşmenin ihlal edilmediği gerekçesiyle başvuruyu dayanaktan yoksun bulup reddetmiştir.

Komisyon Finlandiya'ya karşı yapılan *Tomi AUTIO v. Finlandiya*³⁴ başvurusunda alternatif sivil hizmetin süresinin zorunlu askerlik hizmeti süresinden uzun olmasının Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir. Finlandiya hukukuna göre zorunlu askerlik hizmetinin süresi sadece sekiz ay olmasına rağmen, alternatif sivil hizmetin süresi on iki aydan on altı aya kadar uzamaktadır. Başvuran Yehova Şahitlerinin her türlü ulusal hizmetten istisna tutulmasına rağmen, kendisinin zorunlu askerlik hizmetinden daha uzun bir süre alternatif sivil hizmet yapmaya zorlanmasının, objektif ve makul nedenlere dayanmadığı için, ayrımcılık oluşturduğu gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon ise başvuruyu ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin amacından hareket ederek incelemeye başlamıştır. Bu bağlamda Komisyon, farklı muamelelerin objektif ve makul gerekçelere dayanmaması durumunda, diğer bir deyişle, araç ile ulaşılmak istenilen amaç arasında

³⁴ Tomi AUTIO v. Finlandiya, başvuru no. 17086/90.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

mantıklı bir ilişkinin olmaması durumunda ayrımcılık oluşturacağına işaret etmiştir. Farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturup oluşturmayacağını belirleme konusunda taraf devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu ve bu takdir hakkının da söz konusu olayın özelliklerine göre değişeceğini belirtmiştir. Komisyon, alternatif sivil hizmeti seçen vicdani retçilerin zorunlu askerlik hizmetini yapanlara nazaran bazen daha iyi durumda olduğuna işaret etmiştir. Zorunlu askerlik hizmetinin olduğu her sistemin vatandaşlarına daha ağır yükümlülükler getirdiğine değinen Komisyon, alternatif sivil hizmetin süresinin daha uzun olmasının bu nedenle makul nedenlere dayandığı için Sözleşmenin ihlal edilmediğini bildirerek başvuruyu reddetmiştir.

Komisyon İsveç'e karşı yapılan *N. v. İsveç*³⁵ başvurusunda ise sadece dini gerekçelerle yapılan vicdani ret taleplerinin kabul edilmesini, buna rağmen dini nitelik taşımayan, tamamen felsefi gerekçelerle yapılan başvuruların kabul edilmemesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir³⁶. Mesleği gazetecilik olan 1944 doğumlu başvuran 1981 yılında zorunlu askerlik hizmetini yapmak için çağırılmıştır. Başvuran bir mektupla kendisinin total retçi olduğunu bildirerek Yehova Şahitleri gibi askerlik hizmetinden muaf tutulmak istemiştir. Askerlik hizmetini reddetmesi üzerine, başvuran askeri firar suçundan tutuklanmış ve iki aylık hapis cezasına çaptırılmıştır. İç başvuru yollarını tüketmesi üzerine, Sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyona başvurmuştur. Başvuruda özellikle, vicdani ret başvurusunun, kişisel inancının dini nitelikli değil de diğer nedenlerden kaynaklandığı gerekçesiyle reddedilmesini dile getirmiştir. İsveç Zorunlu Askerlik Kanunu'nun 46. maddesine göre total retçiler ancak dini gerekçelerle, özellikle de Yehova Şahidi iseler, askerlik hizmetinden muaf tutulmaktadır. Komisyon ise, vicdani ret hakkının açık bir şekilde Sözleşmede düzenlenmemesine rağmen başvuranın şikâyetlerini Sözleşme kapsamında değerlendirerek incelemeye başlamıştır. Bu bağlamda aydınlatılması gereken temel sorun, başvuran ile Yehova şahitleri arasındaki farklı muamelelerin 14. madde bağlamında objektif ve makul ölçülere dayanıp dayanmadığını belirlemek olmuştur. Zorunlu askerlik hizmetinin vatandaşlara daha ağır yükler getireceğine değinen Komisyon, bu yükün ise ancak tarafsız olması ve zorunlu askerlik hizmetine istisna getirilecekse bunun da sağlam temellere dayanması durumunda kabul edilebileceğine işaret etmiştir. Başvuran ile Yehova Şahitleri arasındaki farklı muameleyi bu

³⁵ Major Maria France, *Conscientious Objection to Military Service*, s.28-29.

³⁶ Anayurt, s. 163. ; Lippman Matthew, "The Recognition of Conscientious Objection To Military Service As an International Human Rights," *Coliformia Western International Law Journal*, 31, 1990-1991, s. 37.

bağlamda inceleyen Komisyon, Yehova Şahitleri'nin ayrıntılı ve katı davranış kuralları ile yaşamak zorunda oldukları ve bu davranış kurallarının da zorunlu askerlik hizmeti ve alternatif hizmeti de dışladığı üzerinde durup, farklı muamelelerin objektif ve makul olduğu sonucuna varmıştır. Yehova Şahitleri'nin zorunlu askerlik hizmeti ve alternatif sivil hizmetlere yaklaşımlarının öteden beri bilindiğine işaret eden Komisyon, bir kimsenin salt askerlikten muaf olmak için katı kuralları bulunan böylesi bir topluluğun içine girmiş olduğunun düşünülmemeyeceğine işaret etmiştir. Komisyon bu imkânın başka gruplara da otomatik olarak uygulanmasının, askerlikten kaçma düşüncesiyle, bu gruplar içerisinde yer alma ihtimalini güçlendireceği üzerinde durmuştur. Dolayısıyla Komisyon Yehova Şahitleri'nin hem zorunlu askerlik hizmetinden hem de alternatif sivil hizmetten otomatik olarak muaf tutulmasına rağmen diğerlerinin bundan ayrı işleme tabi tutulmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Yukarıda incelemiş olduğumuz *Tomi AUTIO v. Finlandiya* kararındaki içtihadını devam ettiren Komisyon, Yehova Şahitleri ile diğer inanç sahipleri arasında zorunlu askerlik hizmeti ve alternatif sivil hizmet konusunda varolan farklı muamelelerin objektif ve makul olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Komisyon'un, hem İsviçre'ye karşı yapılan *N. v. İsveç* hem de Finlandiya'ya karşı yapılmış olan *Tomi AUTIO v. Finlandiya* kararlarına katılmak mümkün değildir. Gerçekten, vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemelere gidilirken, kişilerin sahip olduğu düşünceler arasında bir derecelendirmeye giderek, bireylerin samimiyetlerinin ölçülmeye çalışılması hukuki bir değer taşımaktan oldukça uzaktır. Dolayısıyla bireylerin sahip oldukları inanç değerleri arasında dini ya da din dışı diye bir ayırım yapılmasının, ya da inanç sahiplerine yüklenen yükümlülüklerin kolaylığı ve zorluğuna göre bir ayrıma gidilmesinin, objektif ve makul ölçülere dayanmamasından dolayı, Sözleşmenin 14. maddesi ile uyum sağladığını söylemek mümkün değildir³⁷.

Komisyon önüne gelen yukarıda incelemiş olduğumuz kararlarda, oldukça dar bir bakış açısı sergileyerek Sözleşmenin ihlal edilmediğini bildirerek başvuruları reddetmiştir. Dolayısıyla vicdani red konusu ile ilgili ilk kararlarda Komisyonun özgürlükçü bir yaklaşım sergilediğini söylemek mümkün değildir. Komisyonun bu yaklaşımın Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi'nin vicdani ret konusu ile ilgili almış olduğu kararlarla uyum gösterdiğini söylemek güçtür. Dolayısıyla vicdani ret hakkı konusunda yapılan başvuruların büyük bir kısmı Komisyon aşamasından Mahkeme aşamasına geçmeyi başaramamıştır. Ancak Komisyon Finlandiya'ya karşı yapı-

³⁷ *Raninen v. Finlandiya*, başvuru no. 20972/92.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

lan *Raninen v. Finlandiya*³⁸ başvurusu ile birlikte vicdani ret hakkı konusunda daha özgürlükçü bir yaklaşım sergilemeye başlamıştır. Komisyonun başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermesinden sonra, Mahkeme vicdani ret hakkı ile ilgili bir başvuruyu ilk kez inceleme fırsatı bulmuştur. İlgili başvuruda Komisyon 1967 doğumlu Finlandiya vatandaşı bir total retçinin hem zorunlu askerlik hizmetini hem de alternatif sivil hizmeti reddetmesi durumunu incelemiştir. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda, Sözleşmenin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesinin ihlal edilmediğine oybirliği ile karar vermiştir³⁹.

Komisyon'un, Sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle başvuru lehine verdiği kararlardan bir diğeri de Yunanistan'a karşı yapılan *Trisril ve Koulaumpas v. Yunanistan*⁴⁰ başvurularıdır. Olayda Komisyon, Yunan Kanunları'na göre "tanınmış dinlerin" (known religions) rahiplerine vicdani ret hakkı tanınırken Yehova Şahidi rahiplerine bu hakkın tanınmamasının Sözleşmeye aykırılık oluşturacağı yönündeki başvuruyu incelemiştir. Başvuranlar, azınlık dininin üyeleri olmalarından dolayı, zorunlu askerlik hizmetinden muafiyet istedikleri gerekçesiyle tutuklanmalarının hem tek başına ele alındığında hem de 14. madde ile birlikte düşünüldüğünde her iki durumda da 9. maddenin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir⁴¹. Başvurularında ayrıca, bir dini lider olarak, dininin gereklerini yerine getirmekten mahrum bırakıldıklarını da dile getirmişlerdir. Ek olarak, başvuranlar hâkim din olan Yunan Ortodoks Kilisesi rahiplerinin hiçbir zorlukla karşılaşmaksızın kolaylıkla vicdani ret talepleri kabul edilerek zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmalarına karşılık, kendilerinin idari organlarca bu hakları tanınmıncaya kadar sırasıyla on üç ve on dört ay tutuklu kalmış olmalarının Sözleşmenin 9. ve 14. maddesine aykırılık oluşturacağını iddia etmişlerdir⁴². Taraf devlet ise savunmasında, Sözleşmenin hiçbir hükmünün taraf devletleri, dini gerekçelerle zorunlu askerlikten muaf tutma yükümlülüğü getirmediğine ve Sözleşmenin denetim sisteminin ikincil niteliğine işaret ederek Sözleşmenin ihlal edilmediğini iddia etmiştir⁴³. Mahkeme ise söz konusu başvuruda şikâyetin esas nedenini, başvuranın askerlik-

³⁸ *Raninen*, (Daire Kararı), paragraf. 74.

³⁹ *Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan*, Başvuru no. 19233/91, 19234/91.

⁴⁰ *Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan*, paragraf. 67.

⁴¹ *Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan*, paragraf. 68.

⁴² *Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan*, paragraf. 69.

⁴³ *Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan*, paragraf. 84.

ten muafiyet başvurusu nedeniyle kendisine bir emniyet tedbiri olarak uygulanan tutukluluk süresinin uzunluğundan kaynaklandığını bildirerek, oybirliği ile başvuranın tutukluluğunun keyfi ve böylece hukuka aykırı olduğu için 5. maddenin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak 9. maddenin ihlal edilip edilmediğini gerek tek başına gerekse 14. madde ile birlikte inceleme ihtiyacı hissetmemiştir⁴⁴.

Yunanistan'a karşı yapılan bir diğer başvuru olan *Thlimmenos/Yunanistan*⁴⁵ Davası'nda Mahkeme, vicdani retçi olması dolayısıyla askeri üniformayı giymekten kaçındığı için mahkûm olan başvuranın, hapis cezasını çektikten sonra bu mahkûmiyetine ilişkin sabıkası nedeniyle serbest muhasebecilik mesleğine kabul edilmeyişinin Sözleşmeye uygunluğunu incelemiştir. Bu başvuru ile, bireyin vicdani retçi olması nedeniyle ortaya çıkan yeni hukuksal durumunun doğurduğu sonuçların, Sözleşmeye uygunluğunun denetimi yapılmıştır⁴⁶.

Başvurucu Yunanistan'da serbest meslek olarak yerine getirilen sözleşmeli muhasebecilik görevine yapılacak on iki kişilik atama için Haziran 1988 tarihinde açılan genel sınava girmiş ve atmış aday arasında ikinci olmuştur. Buna rağmen, Yunanistan Sözleşmeli Muhasebeciler Kurumu İdare Heyeti (İdare Heyeti) 8 Şubat 1989 tarihinde başvuranın ağır cezadan mahkûm edildiği gerekçesiyle muhasebeci olarak atanmasını reddetmiştir⁴⁷. Talebinin reddedilmesi üzerine başvuran, atanmama işleminin diğer gerekçelerin yanında Anayasa ve Sözleşme tarafından güvence altına alınan din özgürlüğü ve kanun önünde eşitlik hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Yunanistan Danıştay'ına başvurmuştur⁴⁸. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu başvuranın sözleşmeli muhasebeci olarak atanmamasının, dinsel inançlarına değil, cezai yaptırım gerektiren bir suç işlediği gerekçesine dayalı olduğunu ileri sürerek sözleşmeli muhasebeci olarak atanmaması kararının yasaya uygun olduğuna karar vermiştir⁴⁹. İç başvuru yollarını tüketmesi üzerine başvuran, sözleşmeli muhasebeci görevine atamaması işleminin dinsel inançlarından kaynaklandığını ileri sürerek Sözleşmenin 9. ve 14. maddelerinin; atamanın reddi işlemine karşı açtığı davalar nedeniyle de Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği ge-

⁴⁴ Thlimmenos / Yunanistan, başvuru no. 34369 / 97.

⁴⁵ Gürçan, s.99.

⁴⁶ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 8.

⁴⁷ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 9.

⁴⁸ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 11.

⁴⁹ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 26.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

rekçesiyle Komisyona başvurmuştur⁵⁰. Komisyon başvuranın talebine temel oluşturan olguların Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında değerlendirileceğine karar vermiştir. Komisyona göre, görülmekte olan davada 9. maddenin koruduğu haklara taraf devlet tarafından müdahale edilmiştir. Komisyon, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklardan yararlanmada bir ayrımcılığa uğramama hakkının, sadece benzer durumda olan kişilerin devlet tarafından objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın farklı muameleye tabi tutulması halinde değil aynı zamanda, farklı durumda bulunan kişilerin farklı muameleye tabi tutulmaması halinde de Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edileceğine işaret etmiştir. Davanın kendi koşulları çerçevesinde, sözleşmeli muhasebecilik görevine girişi düzenleyen hükümleri hazırlayanların, silahlı kuvvetlerde hizmet etmeyi dini inançları nedeniyle reddederek mahkûm olmuş kişilerle, diğer ağır suçlar nedeniyle mahkûm olmuş kişiler arasında ayırım yapmamasında objektif ve makul bir haklılık bulunmadığı Komisyon tarafından göz önünde bulundurularak başvurunun kabul edilebilirliğine karar vermiştir⁵¹. Bunun üzerine Komisyon dosyayı Mahkemeye göndermiştir. Mahkeme aşamasında başvuran sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmayışının doğrudan dini inançlarıyla bağlantılı olduğunu ve dolayısıyla Sözleşme'nin 9.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran, silahlı kuvvetlerde görev yapmayı reddetmesi nedeniyle söz konusu kadroya atanmamış olduğuna ve söz konusu ret kararı ile bağlantılı olarak dini inançlarını açığa vurduğuna işaret etmiştir. Ayrıca, dini inançları nedeniyle silahlı kuvvetlerde görev yapmayı reddetmiş birinin, sözleşmeli muhasebecilik görevinin dışında bırakılmasının kamusal bir amaca hizmet etmeyeceğini dile getirmiştir. Başvuranın görüşüne göre, ilgili yasa hükmünün ağır cezaya mahkûm edilmiş herkesi dışarıda bırakmaması gerekirdi. Başvuran, ağır cezayı gerektiren suçun işlenmesindeki nedenler ile suç ve suçlunun eyleminden bu yana geçen zamanın da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Mensup olduğu Yehova Şahitleri'nin, silahlı kuvvetler bünyesinde görev yapmayı engelleyen zorunlu kurallara sahip olduğu üzerinde duran başvuran, aynı suçu işleyen diğer insanlardan farklı muameleye tabi tutulması gerektiğini iddia etmiştir. Hükümetin bu farklılığı göz önüne almayışının Sözleşmenin 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi tarafından hoş görülmeyle bir ayrımcılık oluşturacağını ileri sürmüştür⁵². Hükümet ise ilk olarak davayı oluşturan olguların 9. madde kapsamında değerlendirileme-

⁵⁰ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 38.

⁵¹ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 34.

⁵² Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 35.

yeceği için Sözleşmenin 14.maddesinin uygulanamaz olduğu savunmasında bulunmuştur. Hükümet, ağır cezadan mahkûm olan kişilerin, böyle bir görevde atanmalarına engel oluşturan kuralı uygulamak zorunda olan yetkililerin başka bir seçim şansına sahip olmadıklarına işaret etmiştir. Hükümete göre, ilgili kanun gereğince ciddi bir suç nedeniyle mahkûm edilmiş olan bir kişi, devlet memuru olarak atanamayacağı gibi sözleşmeli muhasebecilik görevine de atanamaz. Bu yasaklama mutlak olmak zorundadır ve davalar arasında bir ayırım yapılamaz. Devletler, cezai yaptırıma bağlanan suçların, ağır suçlar ve diğerleri şeklindeki sınıflandırmasında geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Başvurucu genel seferberlik sırasında silahsız olarak askerlik vazifesini yapmayı reddederek ciddi bir suç işlemiş, ülkenin savunmasıyla bağlantılı olan bağımsızlığı ve güvenliği için topluma ve Devlete karşı olan çok önemli bir yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmıştır. Sonuç olarak hükümet, uygulanan yaptırımın ölçüsüz olmadığını iddia etmiştir⁵³. Mahkeme ise yaptığı incelemeler sonucunda başvuranın şikâyetinin, Sözleşmenin 9.maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi çerçevesinde değerlendirileceğine dikkat çekmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ilk olarak, başvuranın askeri üniforma giymeyi reddetmesinden kaynaklanan emre itaatsizlik nedeniyle mahkûm olduğu ve sonuç olarak da sözleşmeli muhasebecilik görevine atanmadığı üzerinde durmuştur. Dolayısıyla, başvuru geçmişteki dini gerekçelerden kaynaklanan mahkûmiyeti nedeniyle aynı kadroya başvuran diğer kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmuştur⁵⁴. Mahkeme başvuranın şikâyetinin, mahkûm olmuş kişiler ile diğer kişilerin bir mesleğe girişini düzenleyen kurallardaki ayırım nedeniyle değil de, daha çok, konuyla ilgili yasanın uygulanmasında, dini inançları nedeniyle işlenen suçlardan mahkûm olan kişiler ve diğer suçlardan mahkûm olan kişiler arasında özel bir ayırım yapılmamış olmasından kaynaklandığını bildirmiştir⁵⁵. Komisyonun görüşünü benimseyen Mahkeme, Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14.maddesinin, yalnızca, devletlerin benzer durumda olan kişileri objektif ve makul bir neden olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutması halinde değil, aynı zamanda durumları önemli ölçüde farklılık gösteren kişileri, makul ve objektif bir neden olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutmaması halinde de ihlal edileceğine işaret etmiştir⁵⁶. Mahkeme ayrıca, devletlerin bazı suçluları sözleşmeli muhasebecilik görevine atamamakta meşru bir menfaate sahip olduğunu belirtmekle birlik-

⁵³ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 41.

⁵⁴ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 43.

⁵⁵ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 44.

⁵⁶ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 45.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

te, diğer ciddi suçlardan kaynaklanan mahkûmiyetlerden farklı olarak, dinsel veya felsefi nedenlerle askeri üniforma giymeyi reddetmekten kaynaklanan bir mahkûmiyetin, söz konusu suçlunun mesleki becerisini engelleyecek olası bir haysiyetsizlik ya da ahlaki bir alçaklığa işaret ettiği anlamına gelmeyeceği hususunu da göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, başvuranın, belirli koşulları taşımadığı gerekçesiyle muhasebecilik mesleğine kabul edilmemesinin isabetsizliğine işaret etmiştir. Başvuranın askeri üniforma giymeyi reddetmiş olması nedeniyle cezaevinde kaldığına da dikkat çeken Mahkeme, bu koşullar altında başvuranın başka bir yaptırıma maruz bırakılmasını ölçüsüz olarak değerlendirmektedir. Mahkemeye göre başvuranın sözleşmeli muhasebecilik mesleğine alınmaması meşru bir amaç taşımamaktadır. Mahkeme, başvuranın ağır bir suçtan mahkûm olmuş diğer kişilerden farklı bir muameleye tabi tutulmamasında objektif ve makul bir haklılığı bulunmadığından⁵⁷ Sözleşme'nin 9.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir⁵⁸. Sonuç olarak Mahkeme, vicdani ret nedeniyle ceza almış bir kişinin, bu cezasına ilaveten, hukuksal durumunda değişiklik yapılmasının ve bu kişinin diğerlerine göre farklı bir hukuksal duruma tabi kılınmasının Sözleşmeyi ihlal edeceği sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme 24 Ocak 2006 tarihli *Ülke v. Türkiye* kararında, askeri üniformayı giymediği ve askerlik yapmadığı için sürekli emre itaatsizlikte ısrar suçundan yargılanmış ve 9 kez mahkûm olmuş ve toplam 701 gün hapis yatmış, bir vicdani retçi olan Osman Murat Ülke'nin başvurusunu incelemiştir. Başvuran, bir pasifist ve vicdani retçi olarak sahip olduğu inançlardan ötürü kovuşturmaya uğradığını ve mahkûm edildiğini ileri sürerek Sözleşme'nin 3., 5., 8. ve 9. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur⁵⁹. Başvuran askeri üniforma giymeyi her reddedişinden sonra hapis

⁵⁷ Thlimmenos / Yunanistan, paragraf. 73.

⁵⁸ Ülke v. Türkiye, paragraf. 48.

⁵⁹ Avrupa Parlamentosu üye ülkelerin yasal sistemlerinde vicdani ret hakkının düzenlenmesi konusunda bir kısım öneriler kabul etmiştir. Avrupa Birliği Anayasasının temel haklar kısmını oluşturacak olan 2000 tarihli Temel Haklar Şartında açıkça vicdani ret hakkına yer verilmiştir. 2000 tarihli bu temel haklar şartı, 18 Temmuz 2003 tarihli "Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı"nın II. Bölümünü oluşturan "Birliğin Temel Haklar Antlaşması"nın düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne yer veren II-70. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; "1-Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, tek başına ya da başkalarıyla birlikte topluluk halinde ve herkesin önünde veya özel olarak din ya da inanç değiştirme özgürlüğünün yanı sıra, badette, öğretimde, uygulamada yatörenlerde dinini veya inancını açıkça ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2-Ahlaki veya dini nedenlerle askerlik yapmayı ret hakkı (vicdani ret), bu hakkın uygulanmasını düzenleyen ulusal kanunlara uygun olarak tanınır."

cezasına mahkûm edildiğini, her salıverilmesinin ardından, birliğine geri götürüldüğünü, ancak bu durumda ise askeri üniforma giymeyi yine reddettiği için yine hapis cezasına mahkûm edildiğini bildirmiştir. İnançları yüzünden uğradığı kovuşturma ve cezaların süreklilik arz ettiğini ileri süren başvuran, bu sonu gelmez kovuşturma ve cezalar nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca Avrupa'da askerlik hizmeti konusunda son zamanlarda var olan gelişmelere de değinmiştir. Bu bağlamda Avrupa'da askerlik hizmeti yapmayı reddetme ve vicdani retçi olmayı seçme hakkının, artık yerleşik bir hak haline geldiğini dile getirmiştir. Avrupa Konseyi'ne yeni katılan üye devletlerin tümünün böyle bir hakkı tanıdığını belirten başvuran, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında da vicdani ret hakkının tanındığı üzerinde durmuştur⁶⁰. Avrupa Konseyi'ne üye olup da, askerlik hizmetinin düzenlenmesine ilişkin özel bir yasa yapmış olan 26 devlet arasında bu hakkı tanımayan tek ülke'nin Türkiye olduğuna da işaret etmiştir⁶¹. Sözleşme organlarının yerleşik içtihadına göre 9. maddenin kendiliğinden vicdani ret hakkını güvence altına almadığı üzerinde duran hükümet, Sözleşme'nin 9. maddesinin bu olayda uygulanabilir olmadığını savunmuştur⁶². Hükümet esasa ilişkin olarak, her erkek Türk vatandaşının, iç hukuka göre askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu yükümlülüğün vicdani nedenlere dayalı her hangi bir istisnaya imkân tanımadığını belirtmiştir. Başvuranın askeri disiplin kurallarını ihlal ettiği için askeri itaatsizlikten suçlu bulunduğunu kaydeden hükümet, başvurucuya isnat edilen suçlamaların, askerlik hizmetini yerine getirenler arasında bir tedirginliğe, hatta bir ayaklanmaya yol açabilecek nitelikte olduğu, dolayısıyla ceza verilmesinin haklı olduğunu iddia etmiştir. Sözleşme'nin 9. maddesinin, 4. madde ışığında yorumlanması gerektiğini ileri süren hükümet, vicdani ret hakkının Sözleşme'de tanınmamış olduğunu ileri sürmüştür⁶³. Söz konusu olayda 9. maddenin uygulanabilirliği meselesini esasla birlikte ele alan Mahkeme, davanın Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından incelenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁴. Yukarıda incelediğimiz *Thlimmenos v. Yunanistan* kararına göndermede bulunan Mahkeme, başvuruyu Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kapsamında incelemeyi gerekli görmemiş⁶⁵, başvuru-

⁶⁰ Ülke v. Türkiye, paragraf. 49.

⁶¹ Ülke v. Türkiye, paragraf. 50.

⁶² Ülke v. Türkiye, paragraf. 51.

⁶³ Ülke v. Türkiye, paragraf. 52.

⁶⁴ Ülke v. Türkiye, paragraf. 53-54.

⁶⁵ Ülke v. Türkiye, paragraf. 60.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

yu işkence yasağını düzenleyen 3. madde bağlamında incelemiştir. Mahkeme, başvurucuya peşi sıra verilen mahkûmiyetlerin ve başvuranın felsefi inançları dolayısıyla askeri üniforma giymemesi nedeniyle sürekli kovuşturmaya uğramasının, başvurucuyu hiç kuşkusuz küçük düşürücü veya alçaltıcı bir duruma soktuğu kanaatindedir. Mevcut olayda başvuranın pek çok kez kovuşturulmasına ve mahkûm edilmesine karşın, aldığı cezaların başvurucuyu askerlik hizmetinde bulunma yükümlülüğünden muaf kılmadığını kaydeden Mahkeme, başvuranın üniforma giymeyi reddettiği için, halen sekiz kez hapis cezasına çarptırıldığına işaret etmiştir. Mahkeme özellikle, başvuranın zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmemekte ısrarcı davranması halinde, hayatının geri kalan kısmını, cezaevine gönderilme tehlikesi altında geçirmek korkusu içinde geçireceği üzerinde durmuştur⁶⁶. Bütün bunların, esas olarak başvuranın fikri şahsiyetini bastırmayı, onu küçük düşürebilecek ve alçaltabilecek korku, kaygı ve zayıflık hisleri vermeyi, onun dayanıklılığını ve iradesini kırmayı amaçlamakta olduğunu belirten Mahkeme, başvuranın mecbur bırakıldığı ve neredeyse “medeni ölüme” yol açan kaçak yaşamının da, demokratik bir toplumdaki ceza rejimiyle bağdaşmadığına işaret etmiştir⁶⁷. Mahkeme bu davada, başvuranın maruz kaldığı muameleleri bir bütün olarak göz önünde bulundurarak, bu muameleleri her hangi bir hapis cezasında mevcut olan ve olağan sayılan küçük düşürme unsurunun ötesine geçen, ciddi bir ızdıraba ve sıkıntıya yol açtığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu eylemlerin Sözleşme’nin 3. maddesi anlamında aşağılayıcı muamele oluşturduğunu belirtip, oybirliği ile Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁸.

III- Üye Ülkelerdeki Düzenlemelerin Avrupa Konseyi Organları Kararları Doğrultusunda Değerlendirilmesi

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşıldığı gibi zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanınması konusunda üye ülkelerde bir birliklilik olduğunu söylemek mümkün değildir. Var olan düzenlemeler oldukça farklılık gösterdiği gibi uygulamada da oldukça değişik örneklerle karşılaşmaktadır. Avrupa Konseyi bünyesinde asgari ölçütlerde de olsa bir standardın oluşturulması çabaları içinde Konsey değişik tarihlerde öneriler ve tavsiye kararları çıkartmıştır. Ancak üye ülkelerin bu ölçütlere uydugunu söylemek

⁶⁶ Ülke v. Türkiye, paragraf. 61.

⁶⁷ Ülke v. Türkiye, paragraf. 63, 64 ve 78.

⁶⁸ Ülke v. Türkiye, paragraf. 63, 64 ve 78.

mümkün değildir. Zorunlu askerlik hizmetinin kaldırılmış olduğu ülkelerde bile bir kısım sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu ülkelerdeki en önemli sorun olarak profesyonel askerlere vicdani ret hakkının tanınıp tanınmayacağı konusunda düşünülmektedir. Şu an sadece Almanya'da 21 Ekim 2003 tarihli hükümet kararname ile profesyonel askerlere de vicdani ret hakkı tanınmaktadır⁶⁹. Almanya'da yıllık ortalama 80 profesyonel asker için vicdani ret talebinde bulunduğu tahmin edilmektedir. İngiltere'de ise vicdani nedenlerle emeklilik veya ihraç şeklinde bir direktif bulunmaktadır. Hollanda'da vicdani ret isteğinde bulunan profesyonel askerlerin bu isteklerinin kabul edilmemesi gerektiği ancak bu askerlerin ordudan ayrılma taleplerinin kabul edilebileceği belirtilmektedir⁷⁰. Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin büyük bir kısmında profesyonel askerlere vicdani red hakkının tanınmadığını söyleyebiliriz. Oysa Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin R(87)8 Sayılı Tavsiye Kararı'nın birinci paragrafında silah kullanmayı reddeden *herkesin* tavsiye kararında belirtilen şartlar içinde askerlik hizmetinden istisna tutulabileceği belirtilmektedir. Yine 1518/201 sayılı Tavsiye Kararının beşinci paragrafının ii. bendinde, silahlı kuvvetlerin sürekli üyelerinin de vicdani ret statüsü için başvuruda bulunabilecekleri bildirilmektedir. Dolayısıyla zorunlu askerlik hizmetini yerine getirenler ve yedek subaylar gibi, profesyonel askerlerin de vicdani ret hakkına sahip olması gerektiği söylenebilir. Ancak vicdani ret hakkının profesyonel askerlere kadar genişletilmesi haklı olarak eleştirilmekte ve oldukça girift ve karmaşık bir konu ile karşı karşıya olduğu belirtilmektedir⁷¹. Üye ülkelerde vicdani ret hakkına yer veren yasal düzenlemelerde profesyonel askerler özellikle istisna tutulmaktadır.

Zorunlu askerlik hizmetinin olduğu ancak vicdani ret hakkının da tanındığı ülkelerde ise gerek vicdani ret başvurusunun niteliği ve başvurunun hangi aşamada yapılacağı gerekse zorunlu askerlik hizmeti karşısında yapılacak olan alternatif sivil hizmetin niteliği, hangi bakanlık bünyesinde yerine getirileceği ve süresi konusunda yasalarda bir tekdüzelik bulunmamaktadır. Ayrıca bu ülkelerde var olan vicdani red uygulamalarının Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları ile her yönüyle uyumunu söylemek de mümkün değildir⁷². Zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkının tanındığı ülkelerde

⁶⁹ Quaker, The Right to, s. 33.

⁷⁰ Mızrak Dilan, *Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008, s. 35. ; Quaker, The Right to, s.50.

⁷¹ Quaker, The Right to, s. X.

⁷² Vicdani ret hakkının tanındığı ülkelerdeki, alternatif sivil hizmete ilişkin düzenlemeler için çalışmanın sonunda yer alan tabloya bkz.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

dikkati çeken en önemli sorun, vicdani ret hakkının niteliğinde kendini göstermektedir. Vicdani reddi bir hak olarak tanınmanın kapsamı her ülkede farklılık göstermektedir. Bu konuda var olan önemli eksiklik, sadece dini nitelikli vicdani retçiliğin tanınması, seküler ya da etik nitelik taşıyan taleplerin kabul edilmemesi ya da bir kısım inanç sahiplerine bu hak tanınırken diğerlerine tanınmaması konusundaki farklı uygulamalardan kaynaklanmaktadır⁷³. Üye ülkelerin bir kısmında ise vicdani red ile ilgili yasal düzenlemelerin tamamen uygulandığını söylemek mümkün değildir⁷⁴. Nitekim Romanya ve Ukrayna'da sadece dini gerekçelerle ileri sürülen vicdani red talepleri kabul görürken Ermenistan, Güney Kıbrıs, Yunanistan, Litvanya ve Moldavya'da uygulamada dini nitelikli olmayan vicdani retçilere ayrımcılık yapılmaktadır. Bu bağlamda dini gerekçelerle vicdani ret talepleri konusunda ayrımcılığın en açık olduğu ülkeler Romanya⁷⁵ ve Ukrayna'dır⁷⁶. Gerçekten Romanya ve Ukrayna'da vicdani red hakkını düzenleyen kanunlara göre sadece dini inançları askere katılmayı yasaklayan kişilerin talepleri kabul görmektedir. Bu nedenle dini olmayan nedenlerle ileri sürülen vicdani red talepleri reddedilmektedir. Ayrıca Romanya'da sadece Din İşleri Sekreterliği (The State Secretariat for Religious Denominations) tarafından belirlenen listedeki dinlere bu hak tanınırken, Ukrayna'da 1999 tarihli 1066 sayılı hükümet kararı ile belirlenen dinlere bu hak tanınmaktadır. Ermenistan da ise vicdani red ile ilgili kanun 2004 yılında kabul edilmiş olmasına rağmen dini nedenlere dayanmayan vicdani red taleplerinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda yasada bir netlik bulunmamaktadır. Ancak kanunun yürürlüğe girdiği günden bu yana vicdani red talepleri sadece dini gerekçelerle yapılmaktadır⁷⁷. Moldavya da ise hem dini hem de dini olmayan gerekçelerle vicdani ret talebi yasal olarak tanınırken uygulama da sadece dininin, askerlik hizmetini yasakladığını ispatlayanlara bu imkân tanınmaktadır⁷⁸. Yunanistan'da ise dini olmayan nedenlerle vicdani retçi statüsü kazanmak oldukça zor gözükmektedir⁷⁹. Yehova Şahitlerinin vicdani ret talep-

⁷³ Lippman, s. 37.

⁷⁴ Quaker, The Right to, s. IV.

⁷⁵ Quaker, The Right to, s. 55-56.

⁷⁶ Quaker, The Right to, s. 74.

⁷⁷ Quaker, The Right to, s.3.

⁷⁸ Quaker, The Right to, s.47-48.

⁷⁹ Yunanistandaki zorunlu askerlik hizmeti ve vicdani ret uygulaması için bakınız, Maragakis Michalis, Tsonuni Alexia, " Yunanistan'da Vicdani Nedenlerle Orduda Hizmet Vermeyi Reddetmek", s. 207- 208. 8, (Çev. Kenter Balam Nedim), içinde *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci), İstanbul, 2008. ; Quaker, The Right to,s.37.

leri çoğunlukla otomatik olarak kabul görürken seküler nedenlerle bu statüyü almak oldukça zordur. Oysa vicdani ret konusunda kabul edilen uluslararası ölçülere göre vicdani red hakkı sadece dini nedenlerle sınırlandırılmamalıdır. Avrupa Konseyi'nin 1987 yılında kabul etmiş olduğu R(87)8 sayılı tavsiye kararında da belirtildiği gibi; “Zorunlu askerlik hizmeti olduğu halde, vicdani sebeplerle, silah kullanmayı reddeden herkes, tavsiye kararında belirtilen şartlar dahilinde hizmetten muaf tutulmalıdır. Bu kişilerin bunun yerine alternatif hizmet görmesi zorunlu kılınabilir.” Dolayısıyla yukarıda belirtilen ülkelerdeki uygulamaların tavsiye kararına uygun olduğunu söylemek zordur. Vicdani ret konusunda Komisyon'a ve Mahkeme'ye yapılan ilk başvurularda esasta bu farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturduğu noktasından kaynaklanmıştır. Nitekim 1967 tarihli *Grandrath v. Federal Almanya Cumhuriyeti* başvurusu, 1972 tarihli *X v. Avusturya* başvurusu Yehova Şahitlerine vicdani ret hakkı tanınırken diğer inanç sahiplerine tanınmaması ya da farklı muamele edilmesi dolayısıyla Sözleşme'nin ihlal edildiği gerekçesiyle Komisyon'un önüne gelmiştir. Komisyon İsveç'e karşı yapılan *N. v. İsveç*⁸⁰ başvurusunda ise, sadece dini gerekçelerle yapılan vicdani ret taleplerinin kabul edilmesini, dini nitelik taşımayan, tamamen felsefi gerekçelerle yapılan başvuruların kabul edilmemesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiştir. Ancak Komisyon Yehova Şahitlerinin hem zorunlu askerlik hizmetinden hem de alternatif sivil hizmetten otomatik olarak muaf tutulmasına rağmen diğerlerinin bundan ayrı işleme tabi tutulmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Ancak Komisyonun bu kararı haklı olarak eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Anayurt'un da belirttiği gibi, vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemelere gidilirken, kişilerin sahip olduğu düşünceler arasında bir derecelendirmeye giderek, bireylerin samimiyetlerinin ölçülmeye çalışılması hukuki bir değer taşımaktan oldukça uzaktır. Dolayısıyla bireylerin sahip oldukları inanç değerleri arasında dini ya da din dışı diye bir ayırım yapılması, ya da inanç sahiplerine yüklenen yükümlülüklerin kolaylığı veya zorluğuna göre bir ayırma gidilmesi objektif ve makul ölçülere dayanmamaktadır⁸¹. Gerçekten bir inanca sahip olmak güçlü kanaatleri kendiliğinden ispatlamayacaktır. Belli bir inanca sahip kimse şiddet karşıtı prensiplere bağlılık konusunda iyi niyetten uzak karar vermiş olabileceği gibi inanmayan insanlar da kabul ediyor gibi görünebilirler. Dolayısıyla dini gerekçelerle ileri sürülen vicdani ret talebini kabul edip diğer nedenlerle ileri sürülen talepleri kabul etmek doğru

⁸⁰ Anayurt, s. 163-164.

⁸¹ Wolff Russel, “Conscientious Objection: Time For Recognition as a Fundamental Human Right”, *Int'l L.J.*, 65(1982), s. 70-71.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

olmayacaktır. İnanmayan bir kişi de insan yaşamına değer verip, bunun kut-sallığına inanarak insan yaşamının bir insan eliyle sonlandırılmaması gerektiği kanaatine sahip olabilir. Bu nedenle, sadece dini gerekçelerle öne sürülen talepleri kabul edip, ahlaki, etik, felsefi ve bir kısım insani değerlere saygının ifadesi olarak öne sürülen vicdani ret taleplerinin kabul edilmemesi ayrımcılık oluşturacağı gibi insan haklarının temel felsefesine de uygun olmayacaktır⁸². Oysa vicdani red hakkını tanıyan ülkelerin büyük bir kısmında hem dini hem de dini olmayan nedenlerle ileri sürülen vicdani ret talepleri kabul görmektedir. Nitekim *Trisril ve Koulaumpas v. Yunanistan*⁸³ başvurusunda Mahkeme tanınmış dinlerin rahiplerine vicdani ret hakkı tanınırken Yehova Şahidi rahiplere bu hakkın tanınmamasının Sözleşmeye uygunluğunu incelemiş ve önceki içtihatlarından ayrılarak kişilerin inançları arasında bir ayrımın gitmenin Sözleşmeye aykırılık oluşturacağına karar vermiştir.

Vicdani red hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askerlik hizmetinin ve alternatif sivil hizmetin süresi de farklılık göstermektedir. Bu konuda bir standardın olduğunu söylemek güçtür. Almanya, Arnavutluk, Danimarka, İsveç'te zorunlu askerlik hizmeti ve alternatif sivil hizmet süresi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ülkelerin bir kısmında ise zorunlu askerlik hizmeti süresi ile karşılaştırıldığında genellikle alternatif sivil hizmetin süresinin daha uzun olduğunu söyleyebiliriz⁸⁴. Norveç'te alternatif sivil hizmetin süresi sadece bir ay fazladır. Avusturya, Bulgaristan, Litvanya ve Ukrayna'da ise alternatif sivil hizmetin süresi zorunlu askerlik hizmeti süresinin bir buçuk katını geçmemektedir. Ermenistan, Güney Kıbrıs, Makedonya, Polonya, Rusya Federasyonu'ndaki süre ise bir buçuk katından daha fazla iken iki katını geçmemektedir. Estonya, Gürcistan, Letonya'da tam iki katı kadar alternatif hizmet yapma zorunluluğu bulunurken, Finlandiya'da iki katından daha fazla bir süre bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin Konsey organları tarafından belirlenen asgari ölçütlere uyduğunu söylemek mümkün değildir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1987 tarihli R(87)8 Sayılı Tavsiye Kararının onuncu paragrafında alternatif hizmetin cezai bir yaptırım niteliğinde olmaması gerektiği ve süresinin de askeri hizmete oranla makul sınırlar içinde olması gerektiği belirtilmektedir. Yine Parlamenterler Meclisi'nin 1518/2001 sayılı Tavsiye Kararı'nın beşinci paragrafının iv. bendinde taraf devletlere; "*Ne caydırıcı ne de cezalandırıcı bir niteliği olmayan tamamıyla sivil içe-*

⁸² Tsirlis and Kouloumpas v. Yunanistan, Başvuru no. 19233/91, 19234/91

⁸³ Lippman, s. 39.

⁸⁴ G.V. v. Hollanda, başvuru no. 11850/85.

rikli bir alternatif sivil hizmetin” tanınması konusunda çağrıda bulunulmaktadır. Bu bağlamda zorunlu askerlik hizmeti süresi ile aynı süreyi kapsayan bir alternatif sivil hizmetin caydırıcı ve cezalandırıcı nitelikte olmayacağı kolayca söylenebilir. Alternatif sivil hizmet süresinin zorunlu askerlik hizmet süresinden uzun olmasının Sözleşme’ye aykırılık oluşturduğu Mahkeme’nin de önüne gelmiştir. Mahkeme *G.V. v. Hollanda*⁸⁵ kararında *alternatif hizmet süresinin zorunlu askerlik hizmeti süresinden uzun olmasının ayrımcılık oluşturacağını belirterek Sözleşme’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. BM İnsan Hakları Komitesi de Aapo Järvinen v. Finlandiya* kararında alternatif sivil hizmetin süresinin zorunlu askerlik hizmeti süresinden uzun olmasının Sözleşme’ye uygunluğunu denetlemiştir⁸⁶. Alternatif hizmet süresinin zorunlu askerlik hizmeti süresinden uzun olması ile ilgili bir başvuruda 1989 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Vicdani ret hakkının 1972 yılından beri tanındığı İtalya’da alternatif sivil hizmetin süresi 8 ay daha uzundu. Ancak İtalyan Anayasa Mahkemesi, daha uzun süreli alternatif hizmet süresini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁸⁷.

Alternatif sivil hizmetin niteliği ve hangi bakanlık bünyesinde yerine getirileceği konusunda da üye ülkeler arasında oldukça farklılık bulunmaktadır⁸⁸. Üye ülkelerde alternatif sivil hizmet silahlı kuvvetler içinde silahsız hizmet olarak yerine getirilebileceği gibi ordu dışında sivil nitelikli alternatif sivil hizmette yerine getirebilmektedirler⁸⁹. Üye ülkelerin çoğunda alternatif hizmet silahlı kuvvetler dışında sivil hizmet olarak yapılmakla birlikte, bir kısmında ordu içinde sivil hizmet niteliğinde yerine getirilmektedir. Ancak bu hizmetlerin ordu hiyerarşisi içinde yerine getirilmesinden dolayı sivil nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Alternatif hizmetin ordu dışında yerine getirildiği ülkelerde, alternatif hizmet çoğunlukla sağlık ve sosyal yardım alanlarında yerine getirilmektedir. Bir kısım ülkelerde ise Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi kar amacı gütmeyen sivil toplum örgütleri bünyesinde de yerine getirilmektedir. Ancak bu hizmetlerin hangi bakanlık bünyesinde yerine ge-

⁸⁵ Kararın ayrıntılı tahlili için bakınız, Karagöz Kasım, “BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S.1, 2008, s. 50,.

⁸⁶ Quaker, *The Right to*, s.40.

⁸⁷ Ayrıntılı için tabloya bkz.

⁸⁸ Lippman, s. 39.

⁸⁹ Arnavutluk, Ermenistan, Güney Kıbrıs, Gürcistan, İsveç, , Letonya, Litvanya, Makedonya, Rusya Federasyonu, Yunanistan.

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

tirileceği konusu da oldukça önemlidir. Alternatif sivil hizmet, Arnavutlukta, hem Savunma hem de Çalışma ve Sosyal İlişkiler Bakanlığı, Bosna Hersek Federasyonun'da Savunma ve Adalet Bakanlığı bünyesinde yerine getirilebilmektedir. Avusturya ve Danimarka'da İçişleri Bakanlığı, Bulgaristan'da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Ukrayna ve Hırvatistan'da Çalışma ve Sosyal İlişkiler Bakanlığı, İsviçre'de Ekonomik ve Sosyal ilişkiler Bakanlığı, ülkelerin büyük bir kısmında ise Savunma Bakanlığı bünyesinde yerine getirilmektedir⁹⁰. Alternatif hizmetin askeri yetkililerle ilgili Savunma Bakanlığı bünyesinde yerine getirilmesinden dolayı, alternatif hizmetin sivil nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin R(87)8 Sayılı Tavsiye Kararı'nın dokuzuncu paragrafında eğer olacaksa alternatif hizmetin kural olarak sivil bir nitelikte ve kamu yararı için olması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle bu ülkelerdeki uygulamaların Avrupa Konseyinin Tavsiye Kararı ile çeliştiği kolayca söylenilebilir. Bir kısım ülkelerde ise yasalar alternatif hizmete imkân verirken uygulamada buna pek rastlanmamaktadır. Örneğin, Litvanya'da 1997 yılından beri yasal olarak alternatif hizmetin silahlı kuvvetlerde askeri nitelik taşımayan hizmetlerde ya da silahlı kuvvetler dışında sivil hizmet niteliğinde yerine getirilmesine izin verilmektedir. Ancak uygulamada sadece askeri nitelik taşımayan ancak silahlı kuvvetler bünyesinde yerine getirilen bir hizmete izin verilmektedir⁹¹. Yine Rusya Federasyonu'nda 2004 yılında yürürlüğe giren Alternatif Sivil Hizmet Kanunu gereğince silahlı kuvvetler dışında sivil hizmetin yerine getirilmesine imkân tanımaktadır⁹². Ancak, yine aynı kanuna göre vicdani retçiler silahlı kuvvetlerde askeri nitelik taşımayan sivil hizmete de atanabilmektedirler. Bu güne kadar var olan uygulamada ise vicdani retçilerin çoğunlukla silahlı kuvvetlerde sivil nitelikte görevler yerine getirmektedirler. Bu hizmetlerin askeri birliklerle ilişkili olmasından dolayı bu hizmetleri gerçekten sivil nitelikli bir hizmet olarak düşünmemiz mümkün değildir. Yine Güney Kıbrıs'ta 1992 yılından beri askeri nitelik taşımayan alternatif hizmetin silahlı kuvvetler dışında yerine getirilmesine imkân tanınmasına rağmen uygulamada buna rastlanılmadığı belirtilmektedir. Alternatif hizmetin yerine getirilmesi konusundaki diğer üye ülkelerden oldukça farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, vicdani retçiler kendi normal işlerini yapmaya devam etmekte ancak aylık maaşlarının yüzde 25'ini devlete vermektedirler⁹³.

⁹⁰ Quaker, The Right to, s.43.

⁹¹ Quaker, The Right to, s. 58.

⁹² Quaker, The Right to, s.48.

⁹³ Lippman, s. 38.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından alınan “*Üye ülkelerde zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkının uygulanmasına ilişkin*” 1518 (2001) sayılı tavsiye kararının beşinci paragrafında, vicdani ret talebini askerliğe alınmadan önce ileri sürülebileceği gibi, askerlik sırasında veya sonrasında ya da askerlik hizmeti ifa ederken de ileri sürebileceğine yer verilmektedir. Buradan da anlaşıldığı gibi vicdani ret talebi zorunlu askerlik hizmetine başlanılmış olsa bile askerliğin her aşamasında ileri sürebilmenin yolları açık olmalıdır⁹⁴. Oysa zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani red hakkını tanıyan ülkelerin yasal düzenlemelerini ya da vicdani ret uygulamalarını incelediğimizde tavsiye kararının bu hükümlerine pek riayet edilmediğini görmekteyiz. Zorunlu askerlik hizmeti karşısında vicdani ret hakkını tanıyan ülkelerin bir kısmında⁹⁵ askerliğin her aşamasında vicdani ret talebi ileri sürülebilirken ülkelerin büyük bir kısmında⁹⁶ silahlı kuvvetlere çağrılmanın hemen ardından sınırlı bir süre içinde yapılan başvurular kabul edilmektedir⁹⁷. Vicdani ret taleplerinin ileri sürülmesi konusunda herhangi bir süre sınırlaması getirmeyen ülkeler aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi ülkelerdir. Bunun tek istisnasını ise Avrupa Birliği adaylığı kabul edilmiş olan Hırvatistan oluşturmaktadır. Dolayısıyla güçlü demokrasilerde bu konuda herhangi bir sınırlamanın olmadığını söyleyebiliriz. Oysa sadece askerliğin hemen öncesinde yapılan vicdani red taleplerinin kabul edildiği ülkelere baktığımızda, Avusturya ve Yunanistan hariç ya yeni Avrupa Birliği üyesi olmuş ya da eski Doğu Bloğu ülkeleri olduğunu görürüz.

Vicdani ret başvurusu ile ilgili bir diğer önemli sorun ise vicdani ret başvurusunun yetkili makamlar tarafından değerlendirmeye tabi tutulup tutulmayacağı konusunda yaşanmaktadır. Bu bağlamda iki temel görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, kişinin vicdanına hükmetmek mümkün olmayacağı için objektif hüsnüniyet çerçevesinde başvurunun herhangi bir inceleme yapılmadan otomatik olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İkinci görüşe göre ise, kötü niyetli pek çok kişi bunu araç olarak kullanacağı için bir inceleme yapılmasından sonra bu hak tanınmalıdır⁹⁸. Bireyin samimiyetinin sorgulan-

⁹⁴ Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Norveç, İsveç ve İsviçre. Quaker, *The Right to*, s.XIV, Tablo. 3.

⁹⁵ Ermenistan, Avusturya, Bosna Federasyonu, Bulgaristan, Güney Kıbrıs, Estonya, Yunanistan, Letonya, Litvanya, Makedonya, Moldova, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan ve Karadağ, Slovakya, Ukrayna. Quaker, *The Right to*, s.XIV, Tablo. 3.

⁹⁶ Lippman, s. 38.

⁹⁷ Major Conscientious Objection to Military Service, s. 7.

⁹⁸ Almanya, Avusturya, Bosna Hersek, Danimarka, Finlandiya, Hırvatistan, İsveç, Makedonya,

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

dığı incelemede, vicdani retçi bu inancının nasıl vücut bulduğunu, inancının yaşamını nasıl etkilediğini çeşitli delillerle ispatlanmaya zorlanmaktadır. Başvuruyu inceleyen kurullar ise kişinin iddiasının ne derece samimi olduğuna yaşam biçimine bakarak karar vermektedirler. Üye ülkelerin bir kısmında vicdani retçilerin samimiyetlerini ispatlamak için bir görüşme yapması gerekmektedir⁹⁹, Yunanistan ve İsviçre ile birlikte çoğu eski doğu bloğu ülkelerinde vicdani retçilerin bir kurul karşısında samimiyetlerini ispatlamaları gerekmektedir¹⁰⁰. Ancak böyle bir testin, amacı insan hakları standardını yükseltmek olan Avrupa Konseyi'nin varlık amacına ve vicdani ret konusu ile ilgili olarak Konsey organları tarafından alınmış kararlara uygun olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere üye ülkelerdeki vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemelerin Konsey organları tarafından kabul edilen tavsiye kararları ile uyum gösterdiğini söylemek mümkün değildir.

SONUÇ

Vicdani ret hakkı sözleşmenin 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiş olmasına rağmen üye ülkelerdeki vicdani ret hakkına ilişkin düzenlemelerin Konsey organları tarafından belirlenen asgari ölçütlere tam anlamı ile uyduğunu söylemek mümkün değildir. Tavsiye kararlarında ortaya konulan asgari ölçütlerin hayata geçirilmesi için, üye ülkelerin vicdani ret hakkını düzenleyen yasalarda bir kısım değişiklikler yapmaları gerekmekte olup aynı zamanda bu değişikliklerin uygulamaya da yansıtılması zorunludur¹⁰¹. Bu bağlamda;

- Hem dini nitelikli hem de dini nitelikli olmayan ahlaki, etik ve içeriğini kendilerinin belirlediği insani kaygılarla ileri sürülmüş vicdani ret talepleri yasal olarak tanınmalı ve uygulamaya da geçirilmelidir. Bu konuda ayrımcılık oluşturacak nitelikte bir istisnaya yer verilmemelidir.

-Vicdani ret talepleri askerliğin her aşamasında, askerlik öncesinde, askerlik sırasında ve sonrasında da ileri sürülebilirdir.

Norveç, Romanya, Sırbistan Karadağ, Ukrayna, Quaker, The Right to, s.XIV, Tablo. 3.

⁹⁹ Arnavutluk, Bulgaristan, Ermenistan, Estonya, İsviçre, Kıbrıs Rum Kesimi, Moldova, Polonya, Rusya Federasyonu, Yunanistan. Quaker, The Right to, s.XIV, Tablo. 3.

¹⁰⁰Quaker, The Right to, s.XI-XII.

¹⁰¹Schneider, s.271.

-Alternatif hizmet gerçekten sivil nitelikli olmalı ve silahlı kuvvetler bünyesinde olmamak koşuluyla diğer kamu kurumlarında yerine getirilebildiği gibi sivil toplum örgütleri bünyesinde de yerine getirilebilmelidir. Bu bağlamda silahlı kuvvetlerle ilişkisi olmasından dolayı alternatif hizmet Savunma Bakanlığı tarafından düzenlenmemelidir.

-Alternatif hizmet için öngörülen süre caydırıcı ve cezalandırıcı bir nitelik taşımamalıdır.

-Alternatif sivil hizmet gören personelin işleri, askeri planlamaya, askeri yapılara ve askeri hizmetlere eşdeğer hizmetlere karşılık gelmemelidir. Yaptıkları işler toplumsal refah ve kamu yararına hizmet etmelidir. Ancak alternatif hizmet zorunlu askerlik hizmetinin ağırlığını telafi etmekten başka bir işlevi olmayan; Shneider'in açıklamasıyla "yedek" bir hizmete de indirgenmemelidir¹⁰². Bu hizmetin uluslararası barışa katkı sağlayacak bir nitelikte olması da göz önünde bulundurulmalıdır. Ek olarak bu kişilerin çalışma koşulları da normal işyerlerinde çalışanların iş koşullarına uygun olmalıdır. Bu bağlamda alternatif sivil hizmet sunan kişilerin sosyal ve ekonomik haklarının benzer işleri yapanlardan da düşük olmaması gerekir. Belki en ideali, inanç, kanaat, felsefi düşünce ya da kendisinin belirlemiş olduğu insani kaygılarla ve savaş karşıtı tutumları nedeniyle zorunlu askerlik hizmeti yapmak istemeyenlerin bu iradelerine tam anlamı ile saygı gösterip, her hangi bir testten geçirilmeden, alternatif sivil hizmet dahi her türlü zorunlu hizmetten istisna tutulması olacaktır. Bu konudaki en güzel örnek olarak ise 1989 yılında Stroessner diktatörlüğünün sona ermesinden sonra 1992 tarihli yeni Anayasası'nın 37. maddesi ile vicdani ret hakkının koşulsuz olarak tanındığı ve zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmetin konulmadığı ilk ve tek ülke olarak, Paraguay gösterilebilir. Paraguay Anayasası'nın 37. maddesine göre, etik ya da dini gerekçelerle vicdani ret hakkı anayasa ve yasaların izin verdiği çerçevede tanınacaktır. 129. maddenin 5. maddesine göre ise vicdani retlerini açıklayanlar yasayla belirlenmiş ve sivil idare altında işletilen yardım merkezlerinde, sivil halkın yararına hizmet sunacaklardır. Vicdani ret hakkını düzenleyen yasa cezalandırıcı nitelikte olmayacak ve askerlik hizmetinin gerektirdiğinden daha ağır yük taşımayacaktır. Uygulamada ise vicdani ret iddiası incelenmesizin ve alternatif hizmet sunulmaksızın kabul edilmektedir¹⁰³.

¹⁰²Speck Andreas, Friedrich Rudi, "Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri", içinde *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci), İstanbul, 2008s.161-162.

¹⁰³Speck Andreas, Friedrich Rudi, "Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri", içinde *Çark-*

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Tablo : Vicdani Ret Hakkının Tanındığı Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerde Vicdani Ret Hakkına İlişkin Ek Bilgiler¹⁰⁴

Üye Ülkeler	Z.A.H. S ¹⁰⁵	A.S.H .S ¹⁰⁶	Sivil Hizmetin Görüldüğü Alan	Vicdani Retin Niteliği	Sorumlu Bakanlık
Almanya	9 Ay	9 Ay	Hastane, sosyal güvenlik	Dini/Etik/ Seküler	Sosyal İlişkiler Bakanlığı
Arnavutluk	12 Ay	12 Ay	Hastaneler, Sosyal Hizmetler, İnsani Organizasyonlar, Çevrenin Korunması, Yangınla Mücadele	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı Çalışma ve Sosyal İlişkiler Bakanlığı
Avusturya	8 Ay	12 Ay	Sağlık, sosyal hizmetler, acil yardım.	Dini/Etik/ Seküler	İçişleri Bakanlığı
Bulgaristan	9 Ay	13.5 Ay	Sosyal yardım, çevrenin korunması, sivil savunma, silahlı kuvvetler.	Dini/Etik/ Seküler	Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
Danimarka *	9 Ay	9 Ay	Hastaneler, sosyal hizmetler, kültürel kuruluşlar, barış ve çevre örgütleri	Dini/Etik/ Seküler	İçişleri Bakanlığı
Ermenistan	24 Ay	42 Ay	Akıl Hastaneleri, yetimhanelerde	Yalnızca Dini Gerekçelerle	Savunma Bakanlığı
Estonya	8 Ay	16 Ay	Kurtarma, sosyal güvenlik, acil yardım	Dini/Etik/ Seküler	Bilinmiyor

lardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci), İstanbul, 2008s.161-162

¹⁰⁴Tablonun hazırlanmasında; Quaker Council for European Affairs (QCEA), tarafından Nisan 2005 tarihinde hazırlanan “The Right to Conscientious Objection in Europe: A Review of the Current Situation”, adlı rapordan yararlanılmıştır.

¹⁰⁵ Zorunlu Askerlik Hizmeti Süresi

¹⁰⁶ Alternatif Sivil Hizmet Süresi

* Vicdani red hakkını tanıyan ilk Avrupa ülkesidir.

Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

Finladiya	6 Ay	13 Ay	Sosyal hizmetler, sağlık hizmetleri, okullar, üniversiteler, kütüphaneler, kültürel kuruluşlarda	Dini/Etik/ Seküler	Çalışma Bakanlığı
Güney Kıbrıs	26 Ay	42 Ay	Askeri birliklerde, ve askeri nitelik taşımayan sivil hizmetlerde	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
Gürcistan	18 Ay	36 Ay	Kamu kurumlarında	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
İsveç	7.5 Ay	7.5Ay	Sivil savunma, sosyal hizmetler, kara ve demiryolu çalışmalarında	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
İsviçre	21 Hafta		Sosyal hizmetler, sağlık sektörü, çevrenin korunması	Dini/Etik/ Seküler	Ekonomik İlişkiler Bakanlığı
Letonya	12 Ay	24 Ay	Kamu kurumları ve sivil toplum kuruluşlarında, sosyal güvenlik, sağlık, yangınla mücadele	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
Litvanya	12 Ay	18 Ay	Sivil nitelikli askeri hizmetler ve silahlı kuvvetler dışında sivil hizmetler	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
Makedonya	6 Ay	10 Ay	Sağlık, insani yardım, sosyal güvenlik, ve sivil toplum örgütleri	Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı
Moldova	12 Ay	Net Değil			Bilinmiyor
Norveç	12 Ay	13 Ay	Hastaneler, okullar, sivil toplum kuruluşları	Dini/Etik/ Seküler	Adalet Bakanlığı
Polonya	11 Ay	18 Ay	Sağlık, sosyal hizmetler ve çevrenin korunması, dini kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri	Dini/Etik/ Seküler	Çalışma Bakanlığı
Rusya Federasyonu	24 Ay	42 Ay		Dini/Etik/ Seküler	Savunma Bakanlığı

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Ukrayna	18 Ay	27 Ay	Sağlık, sosyal hizmetler	Yalnızca dini gerekçelerle	Çalışma ve Sosyal Politikalar
Yunanistan	12 Ay	23 Ay	Kamu Kurumlarının çeşitli alanlarında	Yalnızca dini gerekçelerle	Savunma Bakanlığı

KAYNAKÇA

- Anayurt Ömer, “Avrupa’da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme”, *Mülkiye*, c.XXXI, Sayı. 254.
- Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Ankara 2005.
- Brett Rachel, “Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar”, (Çev. Hülya Üçpınar), *Çarklardaki Kum: Vicdani ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci) İstanbul, 2008.
- Cain Adward R, “Conscientious Objection in France, Britain and United States”, *Comparative Politics*, January 1970.
- Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara 2007.
- Eren Abdurrahman, “Türk Hukukunda Vicdani Red”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 61/3, (2006).
- Flynn, George Q, Conscription and Democracy The Draft in France, Great Britain, and United States, Greenwood Press, 2001.
- Friedhelm Schinder, “Vicdani Ret Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet”, içinde, *Çarklardaki Kum: Vicdani ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci) İstanbul, 2008.
- Gilbert Howard, “The Slow Development of the Right to Conscientious Objection to Military Service under the European Convention on Human Right”, *European Human Rights Law Review*, 2001.
- Greune Gerd, Michela Lai, “European Union without Compulsory Military Service: Consequence for Alternative Service: A Comparative Study on the Policies in EU Member States”, European Bureau For Conscientious Objection (EBCO), Brüksel 2000.
- Gürcan Ertuğrul Cenk, “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret:

Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı

Bir İnsan Hakkı (mı)?”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 62-1.

- Karagöz Kasım, “BM İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret Hakkı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S.1, 2008.
- Kathy Gill, “Military Conscription, Recruiting and The Draft”, http://uspolitics.about.com/od/electionissues/a/draft_5.htm, 20.09.2008.
- Lippman Matthew, “The Recognition of Conscientious Objection To Military Service As an International Human Rights,” *Colifornia Western International Law journal*, 31, 1990-1991.
- Major Maria France, “Conscientious Objection to Military Service: The European Commission on Human Rights and The Human Rights Committee”, *Colifornia Western International Law journal*, vol., 31 (2001-2002)
- Major Marie France, “Conscientious Objection and International Law: A Human Right?”, *Case W. Res. J. Int’l L*, vol. 24, 1992.
- Maragakis Michalis, Tsonuni Alexia, “ Yunanistan’da Vicdani Nedenlerle Orduda Hizmet Vermeyi Reddetmek”, (Çev. Kenter Balam Nedim), içinde *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, (Derleyenler: Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci), İstanbul, 2008.
- Marcus Emily N., “Concientious Objection as an Emerging Human Right”, *Va. J. Int’l L*, 1997-1998.
- Mızrak Dilan, *Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008.
- Nowicki Marek Antoni, “The European Convention of Human Rights: Prohibition of Discrimination”, *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law. Journal*, 17 (1999)
- Quaker Council for European Affairs (QCEA), *The Right to Conscientious Objection in Europe: A Review of the Current Situation*, April 2005.

Yrd. Doç. Dr. Kasım KARAGÖZ

Speck Andreas, Friedrich Rudi, “Dünyada Vicdani Red Hareketi Deneyimleri”, Özgür Heval Çınar / Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İstanbul, 2008.

Sweeney H. Patrick, “Selective Conscientious Objection: The Practical Moral Alternative to Killing”, *Loyola University Law Review*, 1968.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancaktar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.

Wolff Russel, “Conscientious Objection: Time For Recognition as a Fundamental Human Right”, *Int'l L.J.*, 65 (1982).

Zürcher Erik Jan, “Zorunlu Askerlik ve Direniş Tarihi Çerçeve”, *Devletin Silahlanması: Orta Doğuda ve Orta Asyada Zorunlu Askerlik (1775-1925)*, (Derleyen Zürcher Erik Jan), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.

İRAN ANAYASA HUKUKUNUN GENEL ESASLARI

Arş. Gör. Ahmet KILINÇ*

ÖZET

İran İslam Cumhuriyeti devleti, batılı anlamdaki devlet sistemlerinden farklılık arz etmektedir. Zira bu devlet İslam hukuku prensiplerine ve hatta bu hukukun Caferi ekolünün anlayışına göre kurulmuştur. Şia inancındaki imamet doktrini, Anayasayla çok geniş yetkilere sahip olan Rehber kurumuna tekabül etmektedir ve yasama yürütme ve yargı alanlarında ülkedeki en yetkili kişi Rehberdir. Sistemin yine kendi içerisinde var olan şura prensibi gereğince, ülkede söz sahibi olan birçok kurum buna Rehber de dâhil olmak üzere halk tarafından ya da halkın seçtiği temsilciler tarafından seçilmektedir. Neticede devletin, kendine has özellikleri olan bir hukuk sistemi çerçevesinde kurulduğunu ve işlediğini ifade edebiliriz.

ANAHTAR KELİMELER

İran, İran Anayasası, İslam hukuku, Şia, Caferi Ekolu, Rehber (Velayet-i Fakih), Şura

MAIN FEATURES OF IRAN CONSTITUTION LAW

ABSTRACT

The Islamic Republic of Iran State has a different system from the states in Europe. Because this state is founded on Caferi ecole that is a cult in Islamic law. The “imam” in the shi’a cult corresponds to “Supreme Leader” in Iran Constitution who has broad authority over legislation, enforcement and judiciary. So supreme leader is the most authorized person in Iran. Accordingly to “shura” principle in Islamic law, most of the authorities in Iran are elected by the people. In conclusion Iran has specific constitutional law system.

KEY WORDS

Iran, Constitution of Iran, Islamic Law, Shi’a, Ecole of Caferi, Supreme leader (Velayet-i Fakih), Shura

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuk Tarihi Anabilim dalı

GİRİŞ

Bir devletin genel olarak anayasal sistemi denildiğinde, o devletin yapısı, işleyişi, temel organlarının (yasama, yürütme ve yargı) oluşumu, bunların birbiriyle olan ilişkileri, kişilerin temel hak ve hürriyetleri ve halkın yönetime iştiraki akla gelmektedir¹. Bu konularla ilgili bilgilere ulaşabileceğimiz temel kaynak ise o devletin anayasasıdır.

Bu çalışma ile yukarıda arz edilen anayasa hukuku müesseselerini somut olarak sınır komşumuz olan İran İslam Cumhuriyeti devleti üzerinde irdelenmeye çalışılacaktır. İran, hem sınır komşumuz olması hem de sahip olduğu doğal kaynakları nedeniyle gerek ülkemiz gerekse bölge açısından önem arz eden ülkelerdendir. Bizi bu derece ilgilendiren bu ülkenin anayasal sistemi malesef yeterli düzeyde tetkik edilmemiştir.

Söz konusu devlet, isminden de anlaşılacağı üzere bir İslam devletidir ve bu husus Anayasada da açıkça ifade edilmiştir. Bunun ötesinde devlet, İslamiyet'in belli bir mezhebinin görüşleri doğrultusunda kurulmuştur. Bu bağlamda İran'ın Anayasası hakkında inceleme yapmadan önce, İslam hukuku ve devletin resmi mezhebi olan Şialık hakkında bilgi vermek faydalı olacaktır.

Günümüzde yürürlükte olan İran Anayasası, tarihte meydana gelen bir takım olaylar neticesinde ortaya çıkmıştır. İran Anayasası tarihi ile Şialık mezhebinin tarihi birbiriyle yakından ilgili olmuştur. Dolayısıyla İran'ın anayasal tarihi gelişimi ile İslam hukuku ve özellikle Şialık hakkında bilgi sahibi olmak gerekir.

Yapacağımız bu çalışma ile İran'da ne tür bir hükümet sistemi olduğu, yasama organının nasıl teşekkül ettiği, bağımsız yargı organlarının ve hâkim teminatının olup olmadığı, kişilere hangi temel hak ve özgürlüklerin verildiği ve bunların nasıl güvenceye alındığı, halkın yönetime iştirakinin sistemde yerinin olup olmadığı sorularına cevap verilmeye çalışılacaktır.

I. ANAYASAL VE SİYASİ TARİHÇE

“İran” kelimesi İranlıların da yüzyıllardır kullandığı bir kelime olup, etimolojik olarak arî ırkını ifade eden Ari sözcüğünden türemiştir. Tarihi milattan önce 6'ncı yüzyıla kadar uzanan Persler, bundan yaklaşık 2500 yıl önce büyük Kirüs zamanında parlak bir imparatorluğa kavuşmuştur. Milattan

¹ Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın, Ankara 2009, s. 7.

sonra 637 yılında başlayan yabancı hâkimiyeti, 16 ve 18 yüzyıllar arasında Şia mezhebini devletin resmi mezhebi kabul eden Safevi İmparatorluğunun hükümlerleriyle noktalanmıştır².

İran'ın hukuk sisteminde köklü değişikliklere sebep olacak olan İslamiyet'le karşılaşması M.S. 642'li yıllarda Arap ordularının İran'ı fethi ile gerçekleşmiştir³. Bu dönemden itibaren İslam hukuku İran hukuk sisteminin içerisinde yer almaya başlamıştır⁴. Safevi devleti döneminde (1501-1722) ise İslam hukuku İran hukuk sistemine kesin olarak yerleşmiştir. İranlıların Şii mezhebini resmi mezhep olarak algılamaları bu devletin önemli başkanlarından Şah İsmail zamanında gerçekleşmiştir⁵. Bu şekilde saltanatı elinde bulunduran grup veya kişi ve dini otoriteyi temsil eden ulema ilk kez karşılaşmıştır⁶.

Devletin ilk Anayasası Kaçar Hanedanı döneminde batının ve liberal akımların etkisiyle 1907 yılında yapılmıştır⁷. Bu anayasanın kabulü ile Şahların mutlak otoritesi zayıflamış ve batı hukukunun temel kavramları İran hukuk sistemine girmeye başlamıştır⁸. Örneğin daha öncesinde yargılama ile ilgili bir kanun olmamasından dolayı Ulema ve müçtehitler yargılama yapabiliyordu. Yargılama konusunda yapılan önemli kanun değişiklikleri dolayısıyla, bu görev Ulemanın tekelinden çıkarılmış ve bazı ulemaların görevlerine son verilmesi sağlanmıştır⁹.

Bu anayasa ile ulemanın yetkileri sınırlandırılmış gibi gözükse de; Ulema da Şah yönetimini sınırlandırdığını düşünmektedir. Zira zamanın Şia uleması İmamın gaipliği nedeniyle tamamen meşru sayılabilecek bir otoritenin doğal olarak mümkün olamayacağı inancındadır ve İmamın yokluğunda yapılabi-

² <http://en.wikipedia.org/wiki/Iran#History> e.t.: 25.05.2009.

³ Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, 3'ncü baskı, Konya 2009, s. 37.

⁴ Ghodsi, Tamilia F., "Tying A Slipknot: Temporary Marriages in Iran", **Michigan Journal of International Law**, Vol: 15, 1993-1994, s. 648.

⁵ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_C3.87a.C4.9Flar_28652.E2.80.931501.29 e.t.: 10.07.2009

⁶ İran tarihindeki siyasi otorite ve ulema arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Hamid Algar, **The Roots of Islamic Revolution**, (İslam Devriminin Kökenleri) Çev.: M.Çetin Demirhan, İşaret Yayınları, İstanbul 1988, s. 17-34.

⁷ <http://www.jurist.law.pitt.edu/world/iran.html> e.t.:10.07.2009.

⁸ Rıza Şah'ın iktidara geçmesi ile özellikle özel hukuk alanında batı hukuk sistemine yaklaşan önemli adımlar atılmıştır. Didem Özalpat, "İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk", AÜSBE Kamu Hukuku ABD, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara 2008, s. 78.

⁹ Amin Banani, **The Modernization of Iran 1921-1924**, Stanford University Press, Stanford, California, 1961, s. 72'den aktaran Özalpat, s. 81.

lecek tek şeyin var olan yönetimin “kaçınılmaz olan” gayrimeşru varlığını sınırlandırmak olduğu görüşündedir¹⁰. O dönemde, ulema, iktidarın icrasında mutlak hâkim ve sorumsuz bir monarşi yerine, anayasanın varlığıyla, temsilciler meclisinin oylarıyla sınırlandırılmış monarşinin tercih edilebileceği düşüncesine sahipti. Bu bağlamda, kanunların İslam hukukuna aykırı olamamasını kontrol ve temin etmek için 1907 Anayasasının ek ikinci maddesi uyarınca Ulemanın ileri gelen beş İslam hukukçusundan meydana gelen *Yüksek Parlamente Komite* kurulmuştur.

1979 yılının Şubat ayında Şah’ın ülkeyi terki ile sonuçlanan devrimci dalgadan önce batılı ülkelerin de baskılarıyla ülkede birçok taht değişikliği olmuştur¹¹. 1977’de başlayan ve Humeyni’nin liderliğinde organize edilen dağınık ve farklı ideolojilerdeki grupların hükümet karşıtı gösterileri, İslami devrim ile neticelenmiştir¹². Ulema, 1978 yılının sonbaharında camilerdeki gösterileri, protestoları, grevleri organize etmeye başlamış; solcu milliyetçi ve İslami grupların eylemlerini koordine etmeye başlamıştır. Bu durum, yürürlükte olan İran Anayasasının başlangıç metninde de uzun uzadıya işlenmiştir¹³. Anılan metne göre, din bilginleri, görev bilincine sahip yazar ve aydınlar, İlmî havzalar, üniversiteler ayaklanmaya hep beraber katkıda bulunmuştur.

¹⁰ Algar, s. 29.

¹¹ Kaçar hanedanı, 1925 yılında Rıza Han tarafında yapılan askeri darbe ile saltanattan indirilmiş, yerine Rıza Şah Pehlevi geçmiş ve altı yaşındaki oğlunu da tahtın varisi ilan etmiştir. 1941 yılında İngiltere ve Sovyetler birliğinin baskılarıyla Rıza Han, tahttan oğlu Muhammed rıza lehine çekilmek zorunda kalmıştır. http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_.C3.87a.C4.9Flar_.28652.E2.80.931501.29 e.t.:10.07.2009.

¹² Musaddık iktidarının sonundan İslam devrimine uzanan süreçte büyük önem taşıyan gelişmelerden biri Şah’ın 1962 yılında gündeme getirdiği “Ak Devrim” adını verdiği reform paketidir. Ülkede siyasi istikrarı sağlayan Şah Muhammed Rıza petrol gelirinin de yardımıyla sosyo-ekonomik yapıyı sarsıcı biçimde değiştirmekteydi. Şah’ın modern kapitalizm yolunda ilerlemek için yürürlüğe koymaya çalıştığı reform çarşısı, ya da bazargan adı verilen ve geleneksel olarak İran’ın siyasal, toplumsal yaşamında büyük önem taşıyan küçük ve orta sınıf esnafın, toprak sahiplerinin ve ulemanın tepkisini çekti. Toprak reformu, seçim reformu ve kadınlara oy hakkının tanınması, devlet işletmelerinin hisselerinin belirli oranda satılması gibi düzenlemeleri içeren Ak Devrim böylelikle tarıma dayalı ekonomiyi devre dışı bırakıp, toprak sahiplerini sanayi yatırımlarına yöneltmek için sağlam bir kapitalist ekonomik yapı kurmayı hedefliyordu. Söz konusu reformların tehdit ettiği sınıflar ve kadınların oy hakkı başta olmak üzere bazı yeniliklere karşı çıkan ulemanın kurduğu ittifak, mutsuz yoksul kitlelerin öfkesiyle birleşerek devrime ulaşan süreçte geri dönülmesi zor bir dönemecin aşılmasına neden oldu. http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_.C3.87a.C4.9Flar_.28652.E2.80.931501.29 e.t.: 10.07.2009.

¹³ İşbu eserde İran Anayasasına yapılan atıflar için bk. Hasan Tunç, **Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları**, Asil Yayın, Ankara 2008, s. 73-115.

Neticede Şah, 1979 yılında arkasında Sâhpur Bahtiyar'ı bırakarak ülkeden ayrılmak zorunda kalmıştır. Bahtiyar da baskılara dayanamamış yerine Mehdi Bazargan geçmiştir. Onun yerine de Humeyni geçmiştir¹⁴.

Nihayetinde yeni bir anayasa ortaya koyan devrimi tetikleyen hususların başında, ülkede var olan Şia inancı gösterilebilir. Zira bu inanca göre, Peygamberin tek halifesi, yasal otoritenin peygamberden sonraki tek temsilcisi olan gaip imam yeryüzünde değildir. Dolayısıyla yönetimi gaip imam adına ona vekâleten yürüttüğünü açıkça ve itiraz edilemez şekilde ortaya koyamayan herhangi bir dünyevi güç, gayrimeşrudur¹⁵. Yukarıda da kısaca arz edildiği üzere yürürlüğe konan yasaların giderek İslam hukukundan ayrılması, iktidarın da giderek meşruiyetini kaybetmesine neden olmuştur. Meşruiyetini kaybetmiş bir iktidarın yerinde kalması çok uzun sürmemiştir.

Şia mezhebinin devrime olan bir diğer etkisi de *şahadet* kavramında odaklanmaktadır. Zira Şia mezhebince daha fazla önemsenen Kerbela olayında, Hz. Hüseyin gayrimeşru siyasi otoriteye karşı savaşırken vefat etmiştir. Bu olayın yüzyıllardır anılması ve canlı tutulması, İran halkının devrimi desteklemesine neden olmuştur denilebilir¹⁶.

II. İSLAM HUKUKU VE Şİİ MEZHEBİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

Giriş ve tarihsel gelişimde de ifade edildiği üzere, İran'da resmen İslam hukuku ve onun Caferi mezhebinin kuralları doğrultusunda devlet yönetimi söz konusudur. Bu bağlamda öncelikle İslam hukukun daha sonra da Şia mezhebinin ve özellikle Caferi ekolünün karakteristik özelliklerine değinmek gerekir.

A. İslam Hukuku

İslam dini, sadece inanç ve ibadet ile ilgili prensipler ortaya koyan kuralardan ibaret olmamış, günlük yaşantının her alanını kapsayan düzenlemeler de getirmiştir. İslamiyet, insanların birbirleriyle, devletlerle, devletlerin birbiriyle olan ilişkilerinin nasıl olması gerektiği konusunda prensipler koymuştur. Hemen ifade etmek gerekir ki; İslam hukuku diğer hukuk sistemlerinden bazı farklı özelliklere sahiptir. Bu spesifik özelliklerinden ilki bu hukukun

¹⁴ Cengiz Sürücü, "Otokrasi, Modernite, Devrim: İran'ın en uzun yılı", *Avrasya Dosyası*, cilt:5 sayı:3, 1999, s. 38-39.

¹⁵ Algar, s. 19.

¹⁶ Devrim sırasında söylenen "Hergün Aşura Hergün Kerbela!" sloganı, bu düşüncüyü destekler niteliktedir; Algar, s. 21.

dini temelli bir hukuk sistemi oluşudur. Aynı zamanda Allah ve Peygamber tarafından konulmuş konularda hukukçuların bunları değiştirici veya ortadan kaldırıcı yorumlar yapması İslam hukukunda söz konusu olamaz. Müeyyidelerin maddi ve manevi olmak üzere iki yönlü olması da bu hukuk sisteminin karakteristik özelliklerinden bir başkasıdır¹⁷.

İslam hukukunun konumuz açısından da önemli olan bir diğer özelliği de bu hukukun, hukukçuların ferdi içtihatlarıyla oluşmasıdır¹⁸. İctihat, Kuran ve Sünnette hüküm bulunmayan hukuki meseleler hakkında, İslam hukuku bilgisine sahip olan kişilerin -müçtehitlerin- bu konularda yeni hukuki hükümler ortaya koymasındır¹⁹. Ayrıca İslam hukukun kazuistik bir metotla doğmuş olmasının da bir farklılık olduğunu ifade etmek lazımdır.

İslam hukukunun egemenlik kavramına bakışı da diğer hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır. İslam hukukuna göre egemenlik tamamıyla Allah'ındır. Ululemrin –zamanın siyasi otoritesinin- belli konularda sınırlı yasama yetkisi vardır. Fakat Allah'ın yahut Peygamberin açık emirlerinin var olduğu yerde hiçbir Müslüman başkan, yönetici, hukukçu veya âlim bağımsız hüküm koyamaz²⁰.

Birçok İslam hukukçusuna göre İslam hukukunun dört ana kaynağı vardır²¹. Bunlar Kuran, Sünnet, İcma ve Kıyastır. Bunlardan Kuran öncelik sırasında başta yer almakta, Sünnet onun ardından gelmektedir. Dolayısıyla bir hukuki mesele hakkında araştırma yaparken ilk bakılacak kaynak Kuran'da yer alan ayetler, akabinde sünnettir. Konumuz açısından ehemmiyet arz etmesinden ötürü şu fikri zikretmekte yarar olduğu kanaatindeyiz: Servet

¹⁷ Cin, Akyılmaz, s. 43.

¹⁸ Bu husus konumuz açısından mühimdir, zira İran'da müçtehitlerin ortaya koydukları içtihatlar doğrultusunda bir hukuk sistemi kurulmaya çalışılmıştır.

¹⁹ Cin, Akyılmaz, s. 43 dp. 17.

²⁰ Seyyid Ebu'l-a'LÂ El-Mevdûdî, **Political Theory of Islâm**, (İslâm'da Siyasi Sistem), Çev.: Ahmet Seçkin, Özgün yayıncılık, İstanbul 1991, s. 35. Yazar egemenliğin Allah'ta olması gerektiğinin gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: "Allah (c.c.) yasa yapma hakkını, insanı tabii hürriyetinden mahrum etmek için değil, bu hürriyeti korumak için kendi elinde tuttu. O'nun gayesi, insanı sapmaktan, hegemonyacılıktan ve kendi kendini helaka sürüklemekten kurtarmaktır". Düşünür, batıda halkı temsil etmek amacıyla seçilen ve bu şekilde yasama yetkisini elinde bulunduran birçok zümrenin kendi çıkarları doğrultusunda hareket ettiği gerçeğini bu duruma örnek olarak vermiştir; Aynı yer, s. 35-36.

²¹ Cin, Akyılmaz, s. 44; Nicolas P. Aghnides, **İslam Hukuku'na Giriş**, Çev.: Servet Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 11 vd; Zekiyyüddin Şa'bân, **İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)**, Çev.: İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000, s. 45.

Armağan'a göre, Ayet ve Hadislerde yer alan bütün hükümler içerisinde ancak %1'lik bir kısım devlet ve idaresi ve siyaset ile ilgilidir²². Yazar Kuran'da yer alan 10 adet ayetin Anayasa hukukuyla ilgili olduğunu savunmaktadır²³. Kanaatimizce de Kuran'da yer alan anayasa hukukuyla ilgili ayetler "genel hükümler" niteliğindedir. Yani bu hükümler çerçeve hükümler şeklinde olup, ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi Hz. Peygamber, İslam Hukukçuları veya zamanının siyasi otoritesine devredilmiştir²⁴. Bu durum da İslam devletlerinin, devlet yönetimine ilişkin hukuk alanlarında serbest bir şekilde hareket etmelerini kolaylaştırmıştır.

B. Şia ve Caferi Mezhebi

1. Şia Mezhebi

İslam'da mezhepler, içtihatla ortaya çıkan fikir ayrılıklarından doğmuştur. Mezhep, kelime olarak gidilen yol demektir. Mezheplerin ortaya çıkışı, arz edilen hukuki kaynaklardan bir hüküm çıkarmak gerektiğinde farklı yorum yapmaktan kaynaklanmaktadır²⁵. Ancak ilk ayrılma hukuksal olmaktan çok siyasal nedenlerle olmuş ve eski kültüre sahip bulunan İranlılar bu ayrılmayı kışkırtarak sonradan öncülüğünü üzerine almışlardır. Bu mezhebe Şia adı verilmiş; diğer mezhepler de Sünni adını almıştır²⁶.

Şia²⁷ mezhebi, Hz. Peygamber'in ölümünden sonra Hz. Ali'nin meşru halife olarak kabul edilmesini hareket noktası olarak alan, birbirinden çok fark-

²² Servet Armağan, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Diyanet İşleri Yayınları, 4'ncü baskı, Ankara 2001, s. 24. Mustafa Reşit Belgesay da Kuran hükümlerinin çoğunun dini veya ahlaki mahiyette olduğu ve devlet otoritesi ile ilgi hükümlerin nisbeten az olduğu fikrindedir; Mustafa Reşit Belgesay, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s. 44. Benzer şekilde, Sami Zubaida da tüm ayetler içerisinde yaklaşık 500 ayetin hukuki içeriğinin olduğunu ifade etmiştir; Sami Zubaida, **İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 23.

²³ Armağan, s. 23.

²⁴ Cin, Akyılmaz, s. 45. Aksi görüş sahibi Nicolas P. Aghnides'e göre Medine'de indirilen ayetler, esas itibaiyle savaş, iç teşkilatlanma, ganimet, zekat... vb. konulara ait olup bu ayetlerin genel özellikleri, hal ve şartlarını gerektirdiği zaman ve derecede olaylar üzerine nazil olmasıdır. Yazar bu ayetlerin asla "hukukun her tarafını çevreleyen" bir sistem olduğu manasına gelmediği fikrini savunmaktadır; Aghnides, s. 14, 15.

²⁵ Çoşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, 9'ncü baskı, Ankara 1999, s. 61.

²⁶ Aynı yer, s. 61.

²⁷ Şia kelimesi Arapçada şe-ye-a kökünden türemiş olup, fırka, yandaş, yardımcı bir kimseye uyan ve yardımcı olan manalarına gelen ifadedir. Terim, Hz. Muhammed'in damadı Hz. Ali'ye bağlı olan Müslümanlardan oluşan bir kesim tarafından ilk olarak kullanılmıştır; Özalpat, s. 14.

lı İslami mezheplerin tamamı için kullanılan müşterek isim olmuştur²⁸. Hz. Ali'ye olan bu bağlılık, ne Hz. Peygamberin ölümünden ne de Hz. Ali'nin ölümünden sonra yasal hareket biçimini almıştır²⁹. Halifeliğin dört halifeden sonra Emeviler'e geçişi ve Hz. Ali'nin oğlu Hz. Hüseyin'in Kerbela'da öldürülüşü resmi Şia'nın oluşumunda önemli bir rol oynamıştır.

Şia ve Sünni hukuk teorileri arasındaki en önemli fark *imam* doktrini³⁰. *İmam* müessesesi konumuz açısından ayrı bir öneme sahiptir. İlerde daha ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere İran anayasasında yer alan ve yasama, yürütme ve yargı organlarına ilişkin geniş yetkilere sahip olan *Rehberlik* müessesesi, Şia inancındaki *imam* kavramıyla açıklanabilecektir. *Önde giden, lider* anlamına gelen *imam*, Şiilere göre yeryüzündeki hukukun nihai yorumcusudur³¹. İmam halkın oylarıyla seçilen bir lider olmayıp, Hz. Muhammed'in veya daha ziyade Hz. Ali'nin ardgelene olması hasebiyle Tanrı tarafından görevlendirilmiş ve silsile yoluyla Hz. Ali'den başlayıp kıyamete kadar devam edecektir³². Bizzat Humeyni, *Velayet-i Fakih İslam Devleti* adıyla Türkçesi yayınlanan kitabında demiştir ki: "İmam Allah'ın ve Resulü'nün halifesidir; eğer imamın imameti seçimle olsaydı Allah'ın ve Resulü'nün halifesi olamazdı, çünkü bu durumda onu Allah ve Resulü istihlaf (halef) etmiş olmazdı"³³.

²⁸ Cin, Akyılmaz, s. 63.

²⁹ Aksi görüşte olan yazarlar da mevcuttur. Andrea M. Farsakh'a göre, Hz. Peygamberin yerine kimin geçeceğine ilişkin hiçbir talimat vermeden ölmesinden sonra Müslüman toplumun bir kesimi (Sünniler) dört halifenin gelişini savunmuşken, azınlıkta olan diğer kesim ise, iktidarın kan bağına dayalı olduğuna ve Kureş'in Ehl-i Beyt olarak ifade edilen Haşimi koluna mahsus bulunduğu ısrar etmişlerdir. Andrea M. Farsakh, "Sunni Halifelikle Şii İmamlığın Mukayesesi", *İslam'da Siyaset Düşüncesi*, (Çev: Kazım Güleçyüz) İnsan Yayınları, İstanbul 1995, s. 106.

³⁰ Hayreddin Karaman, Sünni doktrindeki "imam" anlayışını şöyle anlatır: "İslam'da devlet başkanı hiçbir salâhiyetini Allah'tan devralmamıştır, hiçbir ilâhi sıfat ve yetkiye sahip değildir. O, ümmetin diğer fertlerinden birisidir. Onu başkanlık makamına getiren ve belli sınırlar içinde ona salâhiyet bahşeden, ümmettir yahut onun temsilcileridir. Seçenler, onu murakabe etmek ve gerektiği zaman azletmek salâhiyet, hatta vazifesine maliktirler." www.hayrettin-karaman.net e.t.:11.07.2009. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Farsakh, s. 105 vd.

³¹ Özalpat, s. 15.

³² Hayreddin Karaman, www.hayrettin-karaman.net e.t.: 14.11.07.

³³ İmam Humeyni, *Velayet-i Fakih İslam Devleti*, İmam Humeyni'nin Eserlerini Tanzim ve Yayınlama Müessesesi Uluslararası İlişkiler Bürosu, bila tarih, Tahran, s. 53 vd.

İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları

Böylece *imam* kavramı, ilahi bir nitelik kazanmıştır³⁴. Şia mezhebine göre, İmamet, peygamberliğin bir devamı olduğu, peygamber göndermek nasıl bir lütuf ise onun yerine imam belirlemekte de bir lütuf olduğu ve bu lütfun Allah'a ait olduğu fikri savunulmaktadır. Bu bakımdan imamet, ancak Allah'ın nassı (vahyi) ile yahut önceki imamın beyanı ile tahakkuk eder; insanların seçmesiyle istemesiyle olmaz. İnsanlar dilediklerini imam olarak tayin veya azletme hakkına da sahip değildir³⁵. Aynı şekilde Şia inancındaki şu yorum da imamın kutsallığını ifade etmektedir. "Allah nezdinde akitler, nesnelere ve davranışların her biri için "helâl, haram, caiz, sahih, bâtil..." şeklinde bir hüküm vardır. Bunları kullara zaman içine yayarak bildirme hikmeti bir kısmının bildirilmesini geriye bırakmıştır. Hükümleri bildirilmeyen, saklı tutulan hususları Hz. Peygamber, kendisinden sonra imam olmalarını vasiyet ettiği kişilere bildirmiştir. Her vasiyetli imam, bu bilgileri, kendisinden sonra gelene, zamanı geldiğinde açıklaması için aktarır..."³⁶.

Benzer şekilde Şia mezhebine göre imamlar masumdur, onlar yolsuzluk ve adaletsizlik yapmazlar, bencillikleri yoktur. İşte böylesi mükemmel bir insanın kim olduğunu anılan inanca göre sadece Allah bilir³⁷.

Şia inancına göre, imamın ruhani ve dünyevi fonksiyonları, net bir şekilde ayrılmaz. Çünkü bu dünyadaki hayat, ahiret hayatı için bir hazırlık olarak görülür. İmanın rolü her yönden önemli ve hayatidir. Şeriat ancak onun vasıtasıyla doğru olarak yorumlanabilir ve uygulanabilir³⁸. Dikkat edilirse, bu şekilde imamın devlet yönetimine doğrudan müdahale etmesi meşru sayılmıştır. 12'nci imamın ortadan kaybolmasından sonra ise, Gaip imam fikri, Şii liderler tarafından, davalarını dini ve siyasi bakımdan güçlendirmek için dini bir hareket noktası olarak kabul edilmiştir³⁹. İmanın yokluğunda, "hukukun yorumcuları ve din adamları olan müçtehitler, onun yeryüzündeki

³⁴ Aynı yöndeki bir fikre göre de Şiiler, iman esaslarına bir beşinciye daha eklemişlerdir ki bu da imamete inanmaktır; yani imamet, peygamberlik gibi ilâhî bir mevki (mansıb) olduğuna iman etmektir. M. el-Huseyn, Aslu's, **Şî'a ve usûluhâ**, Necef, 1965'den aktaran Hayrettin Karaman; www.hayrettinkaraman.net e.t.: 11.07.2009.

³⁵ Taha Akyol, **İran Devrimi Kerbela'dan Devrime..**, <http://www.milliyet.com.tr/1996/12/24/dizi/dizi.html> e.t.: 14.11.07; aynı yöndeki görüş için bk. Farsakh, s. 109. Karşılaştığımız Rehberi belirleme yetkisine sahip olan Uzgörtlüler Meclisi üyelerini halkın seçeceğine ilişkin İran Anayasasının 107'nci maddesi.

³⁶ Karaman, aynı yer.

³⁷ Farsakh, s. 113.

³⁸ Aynı yer, s. 127.

³⁹ Aynı yer, s. 107.

temsilcisidirler. Hatta laik yöneticiler dahi, dünyanın maddi işlerinde onu temsil ederler.”⁴⁰

Madelung, ulemanın devlet yönetimi ile olan ilişkisini farklı bir açıdan değerlendirmiştir. Yazara göre, dini meselelerde imamların otoritesinin tabii varisleri olan ulemanın, İslam toplumunun başı olarak görev üstlenmeleri uygun değildir⁴¹. Gaip imamın vekilliği iddiasında buldukları zaman bile, yönetimde değil, dini ve hukuki meselelerde hükümete veya hükümdara talimat verme yetkisine sahip olabilirler. Yazara göre, gaybet zamanında hükümdar veya hükümet, imamın nihai hâkimiyetini tanıdığı takdirde, onun mevkiini gasbetmez; ortaya çıktığında yönetimi ona devretmeye hazırdır ve yönetimi imamın iradesine uygun şekilde yürütmeye çalışır⁴².

Sami Zubaida, Şia inancıyla Sünni mezhepler arasındaki bir diğer farkın da içtihat yapımında olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre icma, konsensüs ve önceki nesillerin birikmiş icmasını taklit etmek Sünni mezheplerin içtihadını sınırlandırmaktadır. Hâlbuki Şia mezhebine göre içtihat, önceki müçtehitlerin vardıkları hükümlerden açıkça muaf tutulmuş ve ulemanın bizzat kendi hükümlerini uygulamasıdır⁴³.

2. Caferi Ekolü

İmamiyetin niteliğine ilişkin fikir ayrılıkları şia mezhepleri arasında bölünmeye neden olmuştur. Karmatiler, Dürziler, Nusayriler İslam’ın dışına çıkan, Zeydiler ve Caferiler -ki İran’da Caferi ekolu resmi mezheptir- İslam’ın dışına çıkmayan ama yukarıda da kısaca izah edildiği gibi önemli konularda Sünni mezheplerden ayrılan Şia’nın alt gruplarıdır⁴⁴.

Caferi mezhebinin kurucusu Şia’nın İmamiye kolunun kabul ettiği 12 imamın altıncısı Cafer-i Sadık’tır⁴⁵. Bu mezhebe göre, 12’nci imam, İmam

⁴⁰ Aynı yer, s. 108 ve 134; bu konuda ayrıntılı bilgi için W.F. Madelung, “Oniki imam Şiasında, İmamın Gaybet Zamanında Otorite”, *İslam’da Siyaset Düşüncesi*, (Çev: Kazım Güleçyüz) İnsan Yayınları, İstanbul 1995, s. 141 vd.

⁴¹ Madelung, s. 151.

⁴² Aynı yer, s. 152.

⁴³ Yazar, Şia inancındaki içtihat ilkesinin işlevinin, yenilik için bir yol açmaktan ziyade ulemanın otoritesini ve özerkliğini oluşturma ve destekleme aracı olarak görüldüğünü ifade etmektedir; Zubaida, s. 288.

⁴⁴ Cin, Akyılmaz, s. 64.

⁴⁵ Aynı yer, s. 64; http://tr.wikipedia.org/wiki/Cafer-i_Sad%C4%B1k e.t.: 11.11.2009; <http://www.oniki-imam-yolu.com/> e.t.: 11.11.2009; <http://www.caferilik.com/caferilik.htm> e.t.: 11.11.2009.

Muhammed İbn al-Hasan al-Askari'nin rivayete göre büyük bir mağarada gizemli bir şekilde ortadan kaybolması ve hiçbir zaman geri dönmemiş olması, onun yok olduğu biçiminde yorumlanmamıştır⁴⁶. Onun ruhunun hala cemaatiyle olduğuna inanılmaktadır. İmamın gıyabılığı ve onun günahla dolu bir dünyaya adalet ve doğruluğu yaymak için mehdi olarak geri döneceği doktrini on iki imam Şia'sının inanç sisteminin temelini oluşturmaktadır. Hukuk ve inancın temel ilkeleri imamın yokluğu süresince imamın temsilcileri olarak hareket eden müçtehitler tarafından yorumlanmaktadır⁴⁷. Caferilere göre, İmamın içine Tanrıdan bir parça, tanrısal bir nur girmiştir. Ancak imam gene insan olarak kalmaktadır⁴⁸.

Caferiye ekolüne göre uyuşmazlıkları çözmek için hüküm çıkarmada ilk kaynak Kuran'dır. Ardından sünnet gelir. Ancak Ehl-i Sünnet'ten farklı olarak Ehl-i Beyt yoluyla gelen hadisleri de kaynak olarak kabul ederler. Ayrıca hukukun kaynakları arasında 12 imamın sözlerini de dâhil ederler⁴⁹. İcma ve kıyası ise kaynak olarak kabul etmezler. İçtihat kapısının da açık olması gerektiğini savunurlar. Sünnette hüküm bulunmadığı zamanlarda başvuru rey de kıyasa dayalı bir rey değil akıl ve maslahata dayalı bir reydir⁵⁰.

III. GENEL OLARAK İRAN HUKUK SİSTEMİ

İran anayasasının 12'nci maddesinde İran'ın resmi dininin İslam ve Caferi-i İsna-şerî mezhebi olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasanın başlangıç kısmında da uzun uzadıya İslam kamu hukuku bilgisi verilmesi, ülkenin kurtuluşunun tek yolunun İslam hukukuna dayalı bir devlet kurmanın gerekli olduğu anlatılmıştır. Aynı zamanda anayasanın birçok maddesi Kuran'dan ayetlerle başlamaktadır⁵¹. Hâsılı İran İslam Cumhuriyeti devletinin isminden de anlaşılacağı üzere İslam hukuku prensipleriyle yönetilen bir devlet olduğuna şüphe yoktur.

Burada üzerinde durulması gereken nokta, devletin İslam hukuku ekollerinden birine ağırlık vermesidir. Aslında bu husus meseleye nereden bakıl-

⁴⁶ Khadduri, Majid, "Nature and Sources of Islamic Law", *The George Washington Law Reviews*, Vol.22, 1953, s. 22'den aktaran Özalpat, s. 16, dipnot 52; Humeyni, *Velayet-i Fakih*, s. 35 dp. 22.

⁴⁷ Majid, s. 21-22.

⁴⁸ Üçok, Mumcu, Bozkurt, s. 61.

⁴⁹ Bu konuda Hümeyni'nin Velayet-i Fakih adlı eserinde pek çok örnek vardır. Ör için bk. Humeyni, *Velaye-i Fakih*, s. 108-109.

⁵⁰ Cin, Akyılmaz, s. 78; Majid, s. 23; Özalpat, s. 17.

⁵¹ 7'nci madde, 8'nci madde, 11'nci madde ve 151'nci madde gibi.

dığına göre değişmektedir. Zira İranlılar doğru olan İslam hukukunun kendi uyguladıkları hukuk olduğundan hareketle, İslam hukukun bir alt dalını uyguladıklarını değil, doğrudan İslam hukukunu uyguladıklarını iddia etmektedirler. Fakat meseleye diğer İslam mezhepleri açısından bakılacak olursa, İran’da doğrudan İslam hukuku değil, onun bir alt dalı olan Caferi ekolü uygulanmaktadır. Bu bağlamda 12’nci maddeye göre, devletin resmi mezhebi Caferi’dir. Anayasada bu durumun çok açık bir şekilde ortaya konmasıyla beraber, oluşturulan bazı kurumlardan (Rehber gibi) bu ekolün bir ürünü olduğunu rahatlıkla anlayabiliyoruz. Yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere, Caferi ekolüne göre imam devlet yönetiminde de etkin görev almalıdır. Bu bağlamda ekolde yer alan imam müessesesini, Anayasada yer alan ve çok geniş yetkilerle donatılmış Rehber karşılamaktadır. Zaten bu husus anayasanın 5’nci maddesinde açık şekilde zikredilmiştir. Buna göre, Hz. Mehdi’nin gaybeti zamanında İran İslam Cumhuriyeti’nde Velayet-i Fakih ve İmamet-i Ümmet adil, takva sahibi, zamanın icaplarını bilen, gözü pek, becerikli, tedbirli ve halk çoğunluğunun önder bilip kabul ettiği fakihin uhdesindedir.

Aynı şekilde devrimin öncüsü ve anayasanın mimarı olarak nitelendirilebileceğimiz Humeyni, kendi eserinde de kurulması gereken devletin özelliklerine değinirken imamların, hareketlerinden, sözlerinden –kendi ifadeleriyle sünnetlerinden- de yola çıkmıştır⁵². Malum olduğu üzere bu durum Sünni İslam hukukçuları tarafından kabul edilmeyen bir yöntemdir.

Ülkenin diğer İslam mezheplerine bakışı da 12’nci maddede düzenlenmiştir. Buna göre diğer İslam mezhepleri Hanefi olsun, Şafii, Maliki, Hanbelî ve Zeydi olsun tam saygınlığı haizdir. Bu durum ülkenin hukuk sistemini de doğrudan etkilemiştir.

Ülkede salt Caferi içtihatlarıyla oluşan hukuk sistemi uygulanmamaktadır. Anayasanın 12’nci maddesinin son cümlesine göre İran’da mezheplere dayalı çeşitli hukuk sistemlerinin olduğunu ifade edebiliriz. Zira Hanefi, Şafi, Hanbelî ve Zeydi mezheplerinden herhangi birinin çoğunlukta olduğu yörelerde, meclislerin yetki sınırları içindeki yerel hukuki düzenlemeler, diğer mezheplerin mensuplarına riayet edilmek kaydıyla o mezhebe uygun olmalıdır. Bu cümleden hareketle, bir bölgede Hanefi mezhebine mensup olan Müslüman sayısı çok ise o bölgede yapılacak olan yerel hukuki düzenlemeler Hanefi mezhebine göre hazırlanmalıdır.

⁵² İmam Humeyni, **İslam İnkılabı Rehberi İmam Humeyni’nin (Rahmetullah Aleyh) Siyasi-İlahi Vasiyetnamesi**, Yayınlayan İslami Tebliğ Teşkilatı Uluslararası İlişkiler Bölümü, Seher Matbaası, Tahran, 1989, s. 33 vd.

İslam hukukunun özelliklerini sayarken, bu hukuk sisteminin içtihatlarla gelişen bir hukuk olduğunu vurgulamıştık. Oluşan içtihatların ülkenin hukuk sistemine etkisini anayasadan rahatlıkla anlaşılabilir. Anayasanın 167'nci maddesine göre, hâkimler her davanın hükmünü kanunlarda bulmak için uğraşmalı, bulamadığı takdirde geçerli fetvalara dayanarak olayla ilgili hükmü uygulamalıdır. Burada geçerli fetvanın nasıl belirleneceği sorusu akla gelmektedir.

Anayasada doğrudan vatandaşlık bağına anlatan 41'nci maddeye göre, İran ülkesi vatandaşlığı her İranlının tartışılmaz hakkıdır ve devlet hiçbir İranlının vatandaşlığını kendi isteği olmadıkça veya başka bir ülkenin vatandaşlığına girmediği kaldıramaz. 13'ncü madde de bize bu konuda kısmi bir yön göstermektedir. Buna göre sadece Zerdüştî, Musevî ve Hıristiyan İranlılar kanun dairesinde dini merasimlerini yerine getirmede serbest olan azınlıklardır. 14'ncü madde ile bu grupların insan haklarına riayet edileceği ayrıca belirtilmiştir. Dolayısıyla İran'da vatandaşlık bağının da din eksenli belirlendiğini söyleyebiliriz.

IV. ANAYASA METNİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

Anayasa maddelerinden ve bütününden bir takım neticelere varmadan önce, anayasanın hazırlanış usulü, şekli unsurları üzerinde durmak lazımdır. Bu sayede ülkedeki anayasal sistemin alt yapısını ve temel zihniyetini kavramamız daha kolay olacaktır.

A. Hazırlanışı

İran'da, 30-31 Mart 1979'da yapılan referandum sonucunda halkın %98,2'lik mutlak çoğunluğu ile ülkeye *İslam Cumhuriyeti* adı verilmiştir (md.1). İran İslam Cumhuriyeti Anayasası 1979 Kasım ayında referanduma sunulmuş, ezici bir çoğunlukla 24 Ekim 1979'da kabul edilmiş ve 3 Aralık 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 28 Temmuz 1989'da Anayasada değişiklikler yapılmıştır.

Hemen ifade etmekte fayda vardır ki, hazırlanan Anayasa bir tepki anayasasıdır. Anayasayı hazırlayanlara göre; başlangıç metninde de belirtildiği üzere, ülke emperyalistlerin istedikleri doğrultusunda fakat halk nezdinde meşruiyeti olmayan bir şekilde yönetilmeye başlanmıştı. Halkın kendi kültür ve sosyal yapısı dikkate alınmadan yapılan hukuki düzenlemelerin toplumsal ihtiyaçları sağlamayacağı noktasından hareketle, yapılacak olan anayasasının bu ihtiyaçları sağlaması amaçlanmıştır. Bu da önceki dönemin yaptığı gibi

İslam hukukundan uzaklaşarak değil, aksine ona bağlı olarak yapılabilecektir. Ayrıca başlangıç metni, Müslüman İran milletinin istibdada, meşrutiyete ve emperyalizme karşı bazı çabalar içerisine girmesine rağmen, bu çabaların başarısızlıkla sonuçlanmasının temel ve somut sebebini, yapılan müdahalelerin İslam hukukuna uygun olmayışına bağlamıştı. Dolayısıyla “yeni yapılacak bir anayasa İslam hukuku çerçevesinde yapılmadır fikri” ön planda idi.

Aynı şekilde başlangıç kısmında *halkın hışmından* hatta *yanardağlaşan hışmından* bahsedilmektedir. Keza, Anayasanın 3’ncü maddesinin 6’ncı fıkrasında, zorbalık ve zulme karşı boyun eğmenin bertaraf edilmesi ile adil bir nizam kurulacağı ifade edilmiştir. Tüm bu hususlar, devrimden önce var olan siyasal sisteme karşı gösterilen tepkilerin anayasal platforma taşındığı göstermektedir. Taha Akyol, bu durumu Şia mezhebinin ruhunda var olan eziklik ve siyasi otoriteye başkaldırı ülküsüne bağlamıştır. Yazara göre, Fransız ve Rus devrimlerinde olduğu gibi İran devriminde de *ezilmişlik* duygusunun bir kolektif başkaldırısı söz konusudur⁵³.

Atilla Özer’e göre, bu Anayasada ne hazırlanırken ne de kabul edilirken halkın rolü vardır; yapılan oylama ise tamamen şekli mahiyette ve aldatmaya yöneliktir⁵⁴. Dolayısıyla müellife göre bu anayasa antidemokratik bir anayasadır.

Anayasanın hemen her maddesinde İslam dininin bir özelliği belirtilmiştir. Giriş kısmında anayasalarda rastlanmayacak uzunlukta, İslam kamu hukukunun esasları hakkında uzun ve ilmi bir izahat yapılmıştır. Başlangıç metni, devrim öncesi istibdat yönetiminin ayaklanma düşüncesine sahip olanlar hakkında çeşitli yaptırımlar⁵⁵ uygulamasından da ayrıntılı olarak bahsetmektedir.

Anayasa yürürlüğe girdikten on yıl sonra değişikliğe uğramıştır. 1989 yılında yapılan değişikliklerle Yüksek Güvenlik Konseyi ve Yüksek Yargı Gücü Başkanlığı kurularak Anayasanın noksanları giderilmeye çalışılmıştır. 1989 tarihli anayasa değişiklikleri bir yandan hükümete daha fazla istikrar kazandırıp devlet organlarının kurumlaşmasını sağlarken, diğer yandan Rehber ve Cumhurbaşkanı olmak üzere iki başlı bir yürütme gücü ortaya koymuştur.

⁵³ Akyol, aynı yer.

⁵⁴ Atilla Özer, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 15.

⁵⁵ Bu yaptırımlara örnek olarak, idam mangaları, ortaçağ işkenceleri, uzun süreli yaptırımlar gösterilebilir.

B. Şekli Açısından İran Anayasası

İran anayasası, uzun bir giriş, 14 fasıl, 177 maddeden oluşmaktadır. Sadece fasılların başlıkları vardır. Maddeler doğrudan yazılmıştır; madde başlıkları yoktur. Fasıl başlıkları şu şekildedir: Birinci fasıl genel ilkeler, ikinci fasıl ülkenin resmi dili, yazı ve bayrağı, üçüncü fasıl milletin hakları, dördüncü fasıl iktisat ve mali işler, beşinci fasıl milletin hâkimiyet hakkı ve bundan doğan güçler, altıncı fasıl yasama organı, yedinci fasıl şuralar, sekizinci fasıl Rehber, dokuzuncu fasıl yürütme organı, onuncu fasıl dış siyaset, on birinci fasıl yargı organı, on ikinci fasıl kitle iletişim araçları, on üçüncü fasıl Yüksek Güvenlik Konseyi ve on dördüncü fasıl anayasadaki düzenlemeler.

İran anayasasının *sert* bir anayasa olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Anayasanın 12'nci ve 177'nci maddesi gereğince İran'ın resmi dininin İslam ve mezhebinin Caferi-i İsna-aşe-ri olduğu hükmü sonsuza kadar değiştirilemez. Sistemin İslami oluşu, tüm yasa ve kuralların İslami esaslara uygun olmasının gerektiği, İran İslam cumhuriyetinin amaçları ve onun inanç esasları, hükümet şeklinin cumhuriyet olduğu, velayet-i fakih, imamet-i ümmet ve hükümet idaresinin halkın oylarıyla olduğunun belirtildiği maddeler de değiştirilemez (md.177).

Anayasanın değiştirilmesi de belli başlı kriterlere bağlanmıştır (md.177). Öncelikle anayasa değişikliği Meclis tarafından değil, yeni kurulacak olan bir şura tarafından yapılabilmektedir. Bu şuranın üyeleri, Denetim Şurası üyeleri, üç silahlı kuvvetler başkomutanı, Uzgörürler Meclisinden 5 üye, Rehberin seçtiği 10 kişi, Maslahat Meclisinin şurasının daimi üyeleri, Kabineden üç kişi, yargı gücünden üç kişi, Meclisten on kişi, üniversitelerden üç kişidir. Bunların seçimi ve işleyiş biçimleri ve şartları kanunla düzenlenir. Şuranın kararları, Rehberlik makamının onayı ve imzasından sonra, genel oylamaya sunulmalı ve oylamaya katılanların büyük çoğunluğunun kabul oyunu alınmalıdır. Bu derece ağır şartlar doğrultusunda anayasa değişikliği yapılabilmesi, anayasanın *sert* bir anayasa olduğunu teyit etmektedir.

Anayasanın kazuistik mi yoksa çerçeve anayasa mı olduğu noktasına gelince; anayasanın kazuistik bir anayasa olduğunu ifade edebiliriz. Anayasada birçok konuda ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Örneğin devletin iktisadi amaçları ve bu amaçlara nasıl ulaşılacağı anayasanın 4'ncü faslında 13 madde ile düzenlenmiştir. Keza, devlet binalarının nasıl intikal edilebileceğine varıncaya kadar hükümler vardır (md.83). Aynı şekilde, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dahi anayasada düzenlenmiştir (md.175).

V. DEVLETİN TEMEL ORGANLARI

Çalışmamızın bu bölümünde devletin temel organları olan yasama yürütme ve yargı organları ayrıntılı bir şekilde irdelenecektir.

A. Yasama Organı

1. Egemenlik

İslam hukuku hakkında kısaca bilgi vermeye çalışırken belirttiğimiz üzere, İslam hukukun uygulandığı devletlerde yasama organı kural olarak Allah'ın iradesindedir. Bu husus İran anayasasında da yer almıştır. Anayasanın 56'ncı maddesine göre dünya ve insan üzerindeki mutlak egemenlik Allah'ın iradesidir.

2. Milli Şura Meclisi

Daha öncede ifade edildiği, İslam hukuku zamanın siyasi otoritesine belirli konularda yasama faaliyetinde bulunmaya müsaade etmiştir. Bu doğrultuda Anayasanın 58'nci ve 71'nci maddelerine göre yasama organı, halkın temsilcisi sıfatını haiz olan *Milli Şura Meclisi* oluşturulmuştur. 62'nci maddeye göre Meclis üyeleri doğrudan doğruya ve gizli oyla halk tarafından seçilir. İran Meclisi 270 milletvekilinden oluşmaktadır (md.64). Burada dikkati çeken bir husus İran'da milletvekillerinin tamamının Müslüman olmamasıdır. 64'ncü madde azınlık statüsüne koyduğu Zerdüştilerin, Musevilerin, kuzeydeki ve güneydeki Ermeni Hıristiyanların bir temsilcilerinin ve Asuri ve Keldani Hıristiyanları birlikte temsil edecek bir temsilcinin Mecliste bulunmasına müsaade etmiştir. Meclisin hukuken geçerli olması, Denetim Şurasının varlığına bağlıdır (md.93).

69'ncü madde Meclisin çalışmalarının şeffaflığına değinmiştir. Zira maddeye göre Meclisin müzakereleri aleni olmalı ve tam tutanakları radyo ve resmi gazete yolu ile kamuoyuna bilgi verme amacı ile yayımlanmalıdır. Fakat olağanüstü şartlarda, ülke güvenliğinin gerektirdiği takdirde Cumhurbaşkanı veya bakanlardan biri veya on milletvekilinin talebi ile kapalı oturum yapılabilir. Bu oturumun tutanak ve kararları olağanüstü şartların kalkmasından sonra kamunun bilgisine sunulmak üzere yayımlanmalıdır.

Meclisin *başlıca görevleri* şunlardır: Kanun koyma (md.71), olağan kanunların açıklanması ve yorumlanması (md.73), ülkenin bütün işleri için araştırma ve soruşturma yapma (md.76), savaş gibi olağanüstü dönemlerde hükümete sınırlama yetkisi verme (md.79), milletlerarası anlaşmaları onama

(md.77). İran Anayasasında Meclise; Bakanlar Kuruluna güvenoyu verme, Cumhurbaşkanının ve Bakanlar Kurulunun işlevini denetleme ve gerekirse görevden alma ve Sayıştay'ı denetleme (md.54) gibi yetkiler de tanınmıştır (md.87). İran'da Meclis önemli bir siyasi kurum olsa da hem Rehber hem de denetleme kurumları vasıtası ile sınırlandırılmaktadır. Bu nedenle Meclis de Cumhurbaşkanı gibi Rehber ile uyum içinde hareket etme zorunluluğundadır. Kanun yapma yetkisine sahip olsa da bunların sistemin genel çizgisinin dışına çıkması mümkün değildir. Ülkenin bütün meseleleri ile ilgili kanun yapan Meclisin kararları Denetim Şurasının onayından sonra yürürlüğe girebilir (md.94). Armağan, bu yetkilerin normal bir parlamentonun sahip olduğu yetkilerle hemen hemen aynı olduğu kanısındadır⁵⁶.

Kanun teklif edebilme yetkisi Bakanlar Kuruluna ve en az on beş vekile verilmiştir (md.74). Fakat Eyaletler Yüksek Şurası da kendi görev sınırları içinde teklifler hazırlayarak doğrudan doğruya veya hükümet aracılığıyla Meclise başvurabilmektedir (md.112).

3. Yasama Sorumsuzluğu ve Dokunulmazlığı

Seçilen milletvekilleri seçtikleri bölgenin değil, tüm milletin vekilidir (md. 84). Milletvekillerinin iç ve dış bütün meselelerde görüş açıklayabileceğine yer veren 84'ncü madde ve görevlerini ifa ederken, görüş ve oy açıklamada tamamen serbest olduklarına ilişkin 86'ncı maddeden yola çıkarak, dolaylı bir *yasama sorumsuzluğundan* bahsedilebilir. Zira anılan maddeye göre vekilin yasama sorumsuzluğu sadece vermiş olduğu oy ve Mecliste açıkladıkları görüş ile sınırlıdır. Yani vekil sadece vermiş olduğu oy nedeniyle ve Meclis içerisinde ifade ettiği görüş dolayısıyla kovuşturulamaz. Buradan Meclis dışındaki ifadelerinden vekilin sorumlu olacağı sonucuna ulaşılabilir.

Yasama dokunulmazlığı ise anayasada daha net bir şekilde ifade edilmiştir. 86'ncı maddeye göre, vekiller Mecliste açıkladıkları görüşler ve temsilcilik görevlerini yerine getirmeleri için verdikleri oylar sebebiyle tutuklanamaz. Anayasa, vekilin yasama dokunulmazlığını sadece verdiği oy ve Mecliste açıkladığı görüş ile sınırlandırmakla kalmamış aynı zamanda dokunulmazlık kapsamına sadece tutuklamayı dâhil etmiştir. Bu bağlamda vekilin sorguya çekilmesi veya yargılanmasına anayasa açısından bir sakınca yoktur.

⁵⁶ Servet Armağan, "Günümüzde Bazı Müslüman Devlet Anayasaları Ve Tipik Özellikleri (Seçme Örnekler)", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 1096.

4. Hükümeti Denetleme

Anayasa Meclise, hükümeti çeşitli yöntemlerle denetleme yetkisi de vermiştir. Bunlardan ilki hükümetin Meclisten güvenoyu alma gerekliliğidir. 87'nci maddeye göre Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulunu kurduktan sonra başkaca bir girişimde bulunmadan önce Meclisten güvenoyu almalıdır. Görev sırasında önemli sorunlar ve ihtilaflar baş gösterdiğinde Bakanlar Kurulu için Meclisten güvenoyu istenebilir.

Meclisin hükümeti denetleme yollarından biri de soru usulüdür. 88'nci maddeye göre Meclisin en az dörtte birinin talebiyle Cumhurbaşkanı veya bakanlara, kendi bakanlığının işlevi hakkında soru sorulabilir. Cumhurbaşkanı veya ilgili bakan, Mecliste hazır bulunmalı ve sorulan sorulara cevap vermelidir. Bu cevap süresi, Meclisin uygun göreceği bir özür bulunmadıkça Cumhurbaşkanı için bir ay, bakanlar için dört günü geçemeyecektir. 70'nci madde aynı zamanda milletvekillerinin gerekli görmeleri halinde bakanlara hazır bulunma yükümlülüğü yüklemiştir.

Gensoruyu düzenleyen 89'ncü madde, Meclisin hükümeti denetleme yollarından diğeridir. Buna göre, gensorunun en az on temsilcinin imzasıyla Meclise sunulması gerekir. Hakkında gensoru önergesi verilen bakanlar, önergenin verildiği günden itibaren on gün içinde Mecliste hazır bulunmalı ve önergeyi cevaplandırarak Meclisten güvenoyu istemelidir. Meclisin güvenoyu vermemesi halinde bakan azledilmiş olur. Cumhurbaşkanı hakkında gensoru önergesi verilebilmesi için Meclisin en az üçte birinin onayı lazımdır. Güvensizlik oyunun ne kadar oyla verileceği anayasada özel olarak belirtilmemiştir. Sadece Cumhurbaşkanı hakkında güvensizlik oyunun üçte iki oranında olması durumunda konunun Rehberlik makamına gideceği hükme bağlanmıştır.

B. Yürütme Organı

60'ncü madde yürütme organının, Anayasada doğrudan doğruya Rehberlik makamına bırakılmış hususlar dışında Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle yürütüleceğini düzenlenmiştir.

1. Rehber ve Rehberlik Şurası

İran'daki mevcut devlet mekanizması, Rehber makamı merkez alınarak yapılandırılmıştır. Velayet-i Fakih olarak da ifade edilen Rehber kuramı 1960'larda Humeyni tarafından ortaya atılmış ve Şia mezhebinin ideolojik temelleri üzerine kurulmuştur. Humeyni, Rehber kuramı vasıtası ile Şia mez-

hebinin yeni bir siyasal teorisini gerçekleştirmek istemiştir. Bu kuram, Şia mezhebinin “imamet” kurumunun devamı olarak geliştirilmiş bir açılamadır⁵⁷.

Humeyni Rehber kuramını Irak’ın Necef kentindeki din derslerinde ortaya koymuştur. Buna göre kayıp İmam, İslam toplumlarının yönetilmesi ve hükümetlerin kurulması görevini müçtehitlere vermiştir. Din bilginleri peygamberlerin mirasçısı oldukları için toplumu yönetmek onların hakkı ve görevidir. Peygamberler ve imamlara özgü “velayet” (mutlak otorite) fakihler için de geçerlidir. Böylece Humeyni Velayeti Fakih isimli eseriyle beraber mollaların ve İslam dininin siyasal iktidara gelmesini savunmaya başlamıştır⁵⁸. Devrim sonrasında gerçekleşen anayasada da Humeyni öngördüğü şekilde Rehber kurumunu anayasallaştırmıştır.

a. Seçimi ve Azli

Rehberin nasıl seçileceği anayasanın 107’nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Ayetullah İmam Humeyni’den sonra Rehber tayin etme görevi, halk tarafından seçilmiş Uzgörürler Kuruluna aittir. Uzgörürler Kurulu Anayasanın 5’nci ve 109’ncü maddelerinde belirtilen şartları haiz fakihler arasında bir inceleme ve istişare yapar. Bu şartlar şunlardır: adil, takva sahibi olmak, zamanın icaplarını bilmek, gözü pek, becerikli, tedbirli ve halk çoğunluğu tarafından önder biliniyor kabul edilmek, fikhin bütün konularında fetva verebilecek düzeyde ilmi yetkiye sahip olmak ve Rehberlik için yeterli derece uzlaştırma, yiğitlik kudret ve yöneticilik yeteneğine sahip olmak. Tüm bu şartlara sahip birden fazla kişi varsa 109’ncü maddeye göre fikhî ve siyasî görüşü daha kuvvetli olan kişi tercih edilecektir⁵⁹.

Burada mühim olan bir diğer konu ise, Rehberi seçecek olan Uzgörürler Meclisinin kimlerden oluşacağıdır. Anayasaya göre bu Meclis üyeleri de halk tarafından seçilmektedir (md.107). Halk tarafından seçiminin nasıl olacağı ise Anayasanın 109’ncü maddesine göre belirlenir. Buna göre, Uzgörürlerin sayısı ve nitelikleri ile seçimlerinin nasıl olacağı ve ilk dönemde oturumlarının bağlı olacağı iç tüzük, ilk Denetim Şurasının fakihlerince hazırlanır ve oy çokluğu ile kabul edilip devrim Rehberinin kesin onayına iletilir. Ondan sonra bu konuda her değişiklik ve gözden geçirmeler ile Uzgörürler Meclisine ait kanun ve kararları onaylama yetkisi onlara aittir.

⁵⁷ Arif Keskin, “İran nasıl yönetiliyor?” Hakimiyet-i Milliye, www.hakimiyetimilliye.org/index.php?news=1488 e.t: 15.11.07.

⁵⁸ Keskin, aynı yer.

⁵⁹ Anayasa metnin ilk halinde, kurul eğer bir kişiyi Rehber olarak seçemiyorsa; Rehberlik için gerekli şartları taşıyan üç veya beş kişilik bir şura bu görevi yerine getirmeliydi.

Anayasa, halk tarafından seçilen Uzgöürler Meclisini Rehberi sadece seçmekle görevlendirmemiş aynı zamanda onu makamından uzaklaştırmakla da yetkilendirmiştir. Anayasanın 111'nci maddesine göre Rehber kendisinde olması gereken şartları yitirirse ya da seçimden önce bu şartlardan bazısına sahip olmadığı anlaşılırsa makamından uzaklaştırma yetkisi Uzgöürler Meclisine verilmiştir.

b. Görev ve Yetkileri

Rehber, devlet içinde en yüksek yetkiye sahip olan kişidir. 57'nci maddeye göre yasama, yürütme ve yargı gücü onun denetimi altındadır. Rehber, yasama faaliyetlerini kontrol eder, Yargı Gücü Başkanını atar, Yüksek yargı organı üyelerini seçer, devletin genel politikasını belirler, tayin edilen politikanın doğru icra edilmesine nezaret eder, Genelkurmay başkanını, İslam İnkılâbı muhafızlarının Komutanını, üç silahlı kuvvet komutanını tayin ve azleder. Rehber ayrıca, savaş, barış ve seferberlik ilanı, Cumhurbaşkanı seçiminden sonra mazbatasını imzalamak, belli şartlarda Cumhurbaşkanı azil, İslam Cumhuriyetinin genel politikasını belirlemek, mahkûmları affetmek (md.110) gibi yetkilerle donatılmıştır. Ülkenin tüm denetleme kurumlarının (Yargı ve Denetim Şurası, Maslahat Meclisi) yetkilileri onun tarafından atanmaktadır. Ayrıca İran'da bütün radyo–televizyon kurumları dini lider olarak da ifade edilen Rehberin kontrolündedir. Yasama alanında da Rehber aktif rol oynamaktadır: Meclis ile Denetim Şurası arasında mutabakata varılamayan kanun tasarıları, Maslahat Meclisine aktarılır. Bu meclisten çıkan kararlar da Rehber tarafından onaylanmalıdır.

Rehber ekonominin de önemli bir kısmını elinde bulundurur. Bu ekonomik güç vakıflar aracılığı ile yönetilmektedir. Yoksullar ve Gaziler Vakfı (Bonyade Canbazan ve Mostezefin), Şehitler Vakfı (Bonayde Şehid), Yardım Komitesi (Komiteye Emdad), 15 Hurdad Vakfı (Bonyade Panezdehe Gordad) Rehberine bağlı kurumlardır. Bu kuruluşlar İran'ın iktisadi hayatında önemli yere sahiptir. Gayri resmi rakamlara göre bu vakıf ve kurumların kontrolündeki sermaye İran ekonomisinin % 40'ını oluşturmaktadır⁶⁰. İşin en ilginç tarafı bu kurumların ekonomik çalışmaları Sayıştayın denetimi dışında olmasıdır.

İran'da Rehberine bu denli geniş yetkiler verilmesinin nedenleri arasında İran halkının sosyolojik ve kültürel geçmişi ve birikimi olduğunu iddia eden

⁶⁰ Keskin, aynı yer.

yazarlar mevcuttur. Bu fikre sahip düşünürre göre, İran'da Rehber ile millet arasındaki uyum başka hiçbir millette görülmemiştir⁶¹.

Görüldüğü gibi bu makam hem yasama hem yargılama hem de yürütmeye ilişkin çok önemli yetkilerle donatılmıştır.

2. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu

a. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı, Rehberlik makamından sonra ülkenin en yüksek resmi makamıdır ve doğrudan doğruya Rehberlik makamına bağlı konular dışında yürütme gücüne başkanlık etmek onun uhdesindedir (md. 113). Aynı zamanda 111'nci madde uyarınca yeni Rehberin tayin ve tanıtılma işlemine kadar, Rehberlik görevini geçici olarak Cumhurbaşkanı yürütür.

i. Seçimi

Cumhurbaşkanı, dört yıl için doğrudan halk tarafından seçilir ve ardı ardına yeniden seçilmesi sadece bir dönem için mümkündür (md. 114). Cumhurbaşkanı aranan nitelikler 115'nci maddede belirtilmiştir. Buna göre, adaylar siyasi ve dini kimliği ile tanınmış kişiler içinden, İran asıllı, İran vatanı, tedbirli ve idareci, iyi geçmişi, güvenilir ve takva sahibi olan, İslam Cumhuriyetinin ve ülkenin resmi dininin temel ilkelerine inançlı olmalıdır. Bu durumun tespiti ise Denetim Şurasına aittir. Zira 118'nci ve 99'ncü maddelere göre Denetim Şurası seçimlere nezaret etmektedir. Denetim Şurası seçimlerin "usulüne uygun" yapıldığını onaylarsa sıra cumhurbaşkanlığı yetkisinin verilmesine gelir. Bu yetki de Rehber tarafından verilmektedir.

Seçimin nasıl yapılacağı kanunla belirlenmiştir. Cumhurbaşkanı, seçime katılanların salt çoğunluğu ile seçilir. İlk turda bu oy alınmazsa, sonraki haftanın Cuma günü ikinci kez oylamaya gidilir. İkinci oylamaya yalnızca ilk oylamada en yüksek oyu alan iki aday katılır. Seçilen Cumhurbaşkanı, 121'nci madde belirtilen andı içer ve metni imzalar.

ii. Görev ve Yetkileri

15'nci madde uyarınca İran devletinin diğer devletlerle olan sözleşmeleri, muvafakatnameleri, anlaşmaları ve milletlerarası birleşmeler ile ilgili anlaşmaları imzalama yetkisi, Meclis onaylamasından sonra Cumhurbaşkanıdır. 126'nci madde uyarınca Cumhurbaşkanı ülkenin program ve bütçesi ile idari

⁶¹ İbrahim Emin, *İran İslam Devrimi*, Objektif Yayınları, İstanbul 1991, s. 71.

ile istihdam sorumluluklarını doğrudan doğruya elinde bulundurmaktadır. Büyükelçiler, dışişleri bakanının tavsiyesi ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanır (md. 128). Aynı zamanda kendisi, büyükelçilerin güven mektubunu imzalar ve diğer ülke büyükelçilerinin güven mektuplarını kabul eder (md.128). Devlet nişanlarını Cumhurbaşkanı verir (md.129). Anılan makamının 1989’da yapılan değişiklik sonucunda yetki alanı genişlemişse de, etkisi ancak Rehber ile uyum içinde olduğu ölçüde devlet mekanizmasına yansımaktadır. Armağan, Cumhurbaşkanının yetkilerinin parlamenter hükümet sistemlerindeki benzediği kanısındadır⁶².

iii. Sorumluluğu

122’nci madde gereğince, Cumhurbaşkanı yetkilerinde millet, Rehber ve Meclis karşısında sorumludur. Aynı zamanda adi suçlar hususunda, Cumhurbaşkanı yönetilen ithamlar, Meclisin bilgisi ile genel adliye mahkemelerinde incelenir (md.140). 124’ncü madde uyarınca yardımcıları olabilir.

b. Bakanlar Kurulu

Yürütme organının diğer kanadını Bakanlar Kurulu meydana getirir. 1989 değişiklikleri ile başbakanlık sistemi kaldırılmış ve Başbakanın Bakanlar Kurulunu kurma gibi yetkileri Cumhurbaşkanına verilerek, Cumhurbaşkanının yetkileri artırılmıştır. Bakanlar, Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve güvenoyu almak için Mecliste tanınır (md.133). Bakanların sayısı ve her birinin yetkilerinin sınırı kanun ile belirlenir. Cumhurbaşkanı, bakanları azledebilir, ancak bu durumda yeni bakan veya bakanlar için Meclisten güvenoyu alması gerekir (md.136). 136’ncı maddeye göre güvenoyu almış olan Bakanlar Kurulunun üyelerinin yarısı değişirse yeniden güvenoyu talebinde bulunulması gerekir. Bakanlar hem Cumhurbaşkanına hem de Meclise karşı sorumludur (md.137).

70’nci madde, Cumhurbaşkanı, yardımcıları ve bakanları tek başına veya toplu olarak Meclisin açık oturumlarına katılabileceğini hükme bağlamıştır.

Bakanlar Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder (md.134). Kamu mallarına ilişkin davalarda sulh veya hakeme başvurma, Bakanlar Kurulu kararına bağlıdır (md.139). Bakanlar Kurulu veya bir bakan kanunların yürütülmesi için tüzükler çıkarabilir (md.138). Hatta 74’ncü maddeye göre Bakanlar Kurulunun kanun tasarısı sunma hakkı vardır. Cumhurbaşkanı, Meclis karşısında Bakanlar Kurulunun faaliyetlerinden sorumludur (md.134).

⁶² Armağan, “Günümüzde”, s. 1097.

3. Hükümet Sistemi

İranlı kaynaklar ülkelerinde diğer ülkelere nazaran daha iyi bir şekilde uygulanan kuvvetler ayrılığı ilkesinin var olduğunu iddia etmektedir⁶³. Zira onlara göre diğer ülkelerde yargı organından sorumlu bakanlar ya yasama ya da yürütme organı tarafından atanmakta olup, İran'da ise yargı organı başkanı Velayet-i Fakih tarafından atanmaktadır⁶⁴. Yargı organı başkanının Velayet-i Fakih tarafından atanıyor olması bu düşünürlere göre İran'da yargının bağımsız olduğunu ispat için kâfi bir göstergedir.

İran Anayasasının 57. maddesine göre “İran İslam Cumhuriyeti’nde ege-menlik güçleri Velayet-i Fakihin denetiminde yasama, yürütme ve yargı yet-kisindedir. Bu güçler birbirinden bağımsızdır.” Anayasada bu açık hükme rağ-men, diğer anayasa maddeleri özellikle Velâyet-i Fakihi düzenleyen Sekizinci fasıl ve devamı maddeleri irdelediğimizde, ülkede kuvvetler ayrılığının değil; kendine has kuvvetler birliğinin mevcut olduğunu görebilmekteyiz. Zira İran Anayasasının 8. faslını oluşturan maddelerde, Velâyet-i Fakihe yukarıda da arz edildiği üzere yasama, yürütme ve yargı alanlarında çok geniş yetkiler ver-ilmıştır. Bu yetkileriyle bu merci, Cumhurbaşkanının, hükümetin ve Meclisin üzerinde, bunların hepsini re’sen denetleme ve yönlendirme yetkisine sahip bir üst otoriteyi oluşturmaktadır. Bu cümleden hareketle, kuvvetlerin *Velâyet-i Fakihte* toplanmakta olduğu ve kuvvetler ayrılığının söz konusu olmadığını ifade eden yazarlar mevcuttur⁶⁵.

Bir başka görüşe göre ise ülkede yer alan hükümet modeli kendine has bir parlamenter hükümet sistemidir⁶⁶. Bu görüş sahipleri fikirlerini şu şekilde izah etmektedir: Parlamenter sistemde devletin temel organları işlevsel ve organik açıdan bir işbirliği içindedir. İran'da Bakanlar Kurulunun yasa tasarısı tekli-finde bulunabilmesi işlevsellik açısından yasama ve yürütmenin işbirliği için-de olduğunu gösterir. Aynı şekilde, yürütmenin bir kanadının Bakanlar Kuru-lunun, Meclis tarafından belirlenmesi organik açıdan işbirliğin göstergesidir. Parlamenter sistemin araçlarından olan güvenoyu, gensoru ve soru usullerin İran anayasa sisteminde yer aldığını da vurgulamaktadır. Millete, Rehber ve Meclise karşı sorumlu (md.122) olan Cumhurbaşkanı, Meclis karşısında Ba-kanlar Kurulunun faaliyetlerinden de sorumludur (md.134).

⁶³ Mahdavi, s. 2

⁶⁴ Mahdavi, s. 2.

⁶⁵ Sami Oğuz - Ruşen Çakır, **Hatemi'nin İrani**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s. 36.

⁶⁶ Armağan, “Günümüzde”, s. 1097.

C. Yargı Organı

1. Yargı Organı Başkanı ve Adalet Bakanı

Yargı organının en yüksek makamı, Velâyet-i Fakih tarafından 5 yıllık süre için göreve atanan, adil, yargı konularına vakıf, tedbirli ve idareci bir kişi olması gereken Yargı Organı Başkanıdır (md.157). Yargı Organı Başkanı'nın görevleri arasında mahkeme teşkilatlarını kurmak, Yargıya ilişkin olarak İslam'a uygun yasa tasarıları hazırlamak ve hâkimleri görevlendirmek, azletmek, tayin etmek, hakimlerin görev yerlerini ve görev konularını belirlemek, terfilerini yapmak, Yüksek Divanın başkanını ve Başsavcısını atamak yer almaktadır (md. 158 ve 162). Yargı Organı Başkanı, ülke yüksek divanının bütün üyelerini, Denetim Şurasının üyelerinin yarısını ve İran vilayetlerindeki bütün mahkeme başkanlarını atamakla yetkilidir.

Adalet Bakanı ise, yargı organının yürütme ve yasama organları ile ilişkileri konusundaki bütün sorumluluğu üstlenir ve Yüksek Yargı Organı Başkanının, Cumhurbaşkanına teklif ettiği kişiler arasından seçilir (md.160). Pratikte bu hüküm şu örnekte olduğu gibi uygulanmaktadır: Anayasanın 158'nci maddesine göre yargı organı başkanı yargı ile ilgili yasa tasarısı hazırlayabilir. Tasarı, Bakanlar Kuruluna Adalet Bakanı aracılığıyla sunulur⁶⁷. Adalet Bakanı yargı ile ilgili kanun tasarılarını takip eder ve Mecliste bu konudaki sorulara cevap vermek zorundadır.

2. Mahkemeler

Anayasanın 61'nci maddesine göre yargı organı İslami ölçülere uygun olarak kurulmaları gereken adli mahkemeler aracılığı ile kullanılır. Yakınma ve şikâyetlerin resmi mercii adliyelerdir ve bunların kuruluşu ve yetkilerinin belirlenişi kanun ile olur (md.159). Hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri, çocuk mahkemeleri, aile mahkemeleri ülkede yer alan ilk derece mahkemele-ridir⁶⁸. Arz edilen mahkemelerin yanı sıra, Devrim mahkemeleri, İdari Adalet Divanı, Ulema mahkemeleri, Basın mahkemeleri ve Yüksek Divan İslam devriminden sonra kurulan mahkemeler olarak zuhur etmiştir.

a. İdari Adalet Divanı

İdari adalet divanı, halkın memurlar, devlete bağlı yönetim birimleri veya tüzükler dolayısı ile olan yakınma, şikâyet ve itirazlarını inceleme ve haklarını

⁶⁷ Gholamreza Mahdavi, *An Introduction to the Legal System of the Islamic Republic of Iran*, Published by Bureau of International Affairs of the Judiciary, tarihsiz, s. 17.

⁶⁸ Mahdavi, s. 53.

İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları

elde etmelerini sağlama amacı ile kurulmuştur (md.173). Anayasanın 170'nci maddesi uyarınca, kanunlara ve İslami kurallara aykırılığı iddia olunan hükümet tasarrufları –kararname ve tüzükler- İdari Adalet divanında karara bağlanabilir ve bu durumu herkes talep edebilir. Aynı zamanda hâkimlerin bu kararnama ve tüzükleri uygulamama yükümlülükleri vardır.

İdari Adalet Divanı Kanunu, 25 madde ve 9 açıklayıcı fıkrada, 24.01.1982 tarihinde, Meclis tarafından onaylanmıştır⁶⁹. Anılan kanunun ilk maddesine göre, divanın 10 dairesi vardır ve her daire iki asıl üye bir danışmandan oluşmaktadır. Kanunun ikinci maddesine göre, divan üyeleri bağımsız yargıçlar arasından iki yıl süre için yargı organı başkanı tarafından atanır. Üçüncü madde, divan üye ve danışmanların gerekli olan sıfatını belirlemektedir. Dördüncü maddeye göre divan bütçesi yargı bütçesi içindedir. Yedinci madde, idari adalet divanı teşkilatının nasıl hazırlanıp, onaylanmasını öngörmektedir. Sekizinci maddeye göre, divanın bütün asıl, yedek ve danışman üyeleri ile birlikte, diğer görevlileri, bu görevden başka görev yapamaz.

Onuncu maddeye istinaden Divanın başkan, üye ve danışmanlarının çalışmalarından doğan suçlar, yargı organına bağlı özel mahkemede denetlenir. Kanunun on birinci maddesine göre İdari adalet divanının yetkileri şunlardır:

- 1- İdari eylem ve işlemlere karşı, gerçek ve tüzel kişiler tarafından sunulan dilekçe ve şikâyetleri inceleyip karara bağlamak.
- 2- İdari suçlar denetleme kurulları, vergi komisyonları, işveren ve işçi barış kurulları ve... kararlarına karşı açılan itiraz davalarına nihai karar vermek.
- 3- Ülke seçim kanununa bağlı memurların şikâyetlerini inceleyip karara bağlamak.

On ikinci maddeye göre, denetimin başlanması için şikâyetçinin özel biçimde dilekçe vermesi gerekmektedir. On üçüncü maddeye istinaden, eğer bir kimse kasıtlı ve husumet sebebiyle, bir devlet makamı veya görevlisine karşı dava açmış ise, kanunlara dayanan mahkemeler tarafından yargılanacaktır. On dördüncü maddeye göre dilekçeler, divan başkanı tarafından, divan şubelerinden birine verilir ve hemen incelemeye başlanır, en kısa zamanda karar alınır. On beşinci ve on altıncı maddelere istinaden ilgili şube her türlü araştırma yapmakta, kurum ve kuruluşlardan bilgi almakta ve dava taraflarından doğrudan doğruya bilgi almakta serbesttir.

⁶⁹ Masood Sadeghi Azad, *İran İslam Cumhuriyeti'nde İdarenin Denetlenmesinin Genel Esasları*, İstanbul Ü., SBE., (yüksek lisans tezi), İstanbul 1988, s. 37.

Eğer devlet kurum ve kuruluşlarına karşı dava açılmış ise, on dokuzuncu maddeye göre verilen ilk karara itiraz yolu açıktır. Bu itiraz divan başkanı veya vekili ve altı divan şubelerinin başkanlarından oluşan kurulda incelenip karara bağlanır. Bu karar kesindir. İdari adalet divanı kanununun yirmi birinci maddesine göre bütün kurum ve kuruluşlar, idari adalet divanı kararlarına uymak zorundadır.

b. Ülke Yüksek Divanı

Ülke Yüksek Divanı, mahkemelerde kanunların sağlıklı uygulanması, yargı faaliyetinde birlik sağlanması amacıyla kurulmuştur (md.161). Ülke Yüksek Divanı, organizasyon açısından başsavcılık ofisi ve temyiz mahkemesi olarak ikiye ayrılmıştır⁷⁰. Temyiz mahkemesi kısmı da hukuk ve ceza daireleri olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Başkanı yargı organı başkanı tarafından hukuki konuları iyi bilen ve müçtehit bir kişi arasından seçilir.

Başsavcı, Yargı Organı Başkanı tarafından hukuku iyi bilen müçtehitler arasından 5 yıllığına atanır. Başsavcılık ofisinin görevleri şu şekildedir⁷¹: Anayasanın 164'ncü maddesine göre kürsü veya yer değişikliği yapılacak olan hâkim hakkında görüş bildirir. Disiplin mahkemelerine, hâkimlerin performansları hakkında soruşturma ve denetim emri verir. Disiplin mahkemeleri savcı yardımcısı ile savcısının bir dava hakkında farklı görüşlerde olması durumunda bu dava hakkında karar verir. Disiplin mahkemesi üyelerini soruşturur.

c. Devrim Mahkemeleri

Devrim mahkemeleri devrime muhalif olan kişileri ve eski rejim yanlılarını yargılamak için geçici olarak kurulmuş; fakat daha sonra sürekli bir nitelik kazanarak milli güvenliğe karşı suçlar, uyuşturucu suçları, zimmet istifçilik ve vurgunculuk gibi ekonomik suçlardan sanık tüm kişileri yargılamakla görevli kılınmıştır. Devrim mahkemelerinin meşruluğu sorgulanmıştır; zira bu mahkemeler anayasal mahkeme değildir. Bunlar devrim konseyi tarafından kurulmuştur. Uluslararası hukukçular komisyonu bu mahkemelerin yargılama sırasında uluslararası standartları yerine getirmediğini vurgulamıştır⁷².

⁷⁰ Mahdavi, s. 29.

⁷¹ Mahdavi, s. 35.

⁷² International Commission of Jurists, **İran** in "Attacks on Justice", http://www.icj.org/news.php?id_article=2572&lang=en e.t.: 06.11.2009.

d. Ulema Mahkemeleri

Ulema mahkemeleri, muhalif din adamlarını disipline etmek ve işlemiş oldukları suçluları yargılamak amacıyla kurulmuştur. Bu mahkemeler İslam hukuku çerçevesinde yargılama yapmaktadır. Burada verilmiş olan bir karara karşı temyizen başka bir ulema mahkemesine gidilir. Ülke yüksek divanına gidilmez. Bu mahkemelerin duruşmaları kamuya kapalı bir şekilde yürütülmektedir. Bu mahkemeler birçok açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu mahkemeler Humeyni'nin buyruğu ile kuruldukları için meşrulukları sorgulanmıştır. Aynı zamanda sadece bir sınıf insanları yargıladıkları için kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmiştir. Hâkimler, yargılama yaparken diğer mahkemelerde uygulanan genel hukuk prensipleri ve ceza hukuku prosedürüyle bağlı değildir. Bu durumda İran Anayasasının 61'nci maddesiyle bağdaşmamaktadır.

e. Basın Mahkemesi

Basın mahkemesi, basın ile ilgili olan suçların yargılamasının yapıldığı genel mahkemelerin bir koludur. Anayasanın 168'nci maddesine göre basın suçlarıyla ilgili duruşmaların jürinin önünde kamuya açık bir şekilde yürütülür. 1985 yılında yürürlüğe giren basın kanunu ifade hürriyetini dikkate değer bir şekilde sınırlandırmaktadır. Örneğin basın kanununun 6'ncı maddesi İslam Cumhuriyetinin temellerine zarar verecek veya toplumda değişik tabakaların oluşmasına neden olacak yayınları yasaklamıştır⁷³. Kanun Basın Denetim Kurulu da kurmuştur ve bu kurulun yarı yargısal faaliyette bulunduğunu söyleyebiliriz, zira kanunun 14'ncü maddesi gazeteleri veya dergileri sadece idari yetkisine dayanarak kapatabilmektedir.

Ülkede yargı organlarına yardımcı olan adli tıp kurumu, tereke kurumu ve resmi gazete de mevcuttur.

3. Hakimler

Hâkimin nitelik ve şartları fıkıh ölçülerine uygun olarak kanun ile belirlenir (md.163). Hâkim teminatı Anayasanın 164'ncü maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre hâkim, bulunduğu makamdan yargılama yapılmaksızın, suç veya görevden ayrılmasını gerektiren bir aykırı davranışı sabit olmaksızın geçici veya sürekli olarak görevinden uzaklaştırılmaz. Aynı şekilde, onayı olmaksızın görev yeri veya görevi değiştirilemez. Hâkimlerin azledilememesi, kendileri istemedikçe belli bir yaştan önce emekliye ayrılacakları ve özlük

⁷³ International Commission of Jurists, aynı yer.

haklarından yoksun kılınmamaları, hâkim teminatı açısından eksiklik olarak düşünülebilir.

Hâkimler her davanın hükmünü kanunlarda bulmak için uğraşmalı, bulamadığı takdirde geçerli fetvalara dayanarak olaya ilgili hükmü uygulamalıdır (md.167).

4. Anayasa Yargısı

Anayasa ile Meclisin tasarruflarının, İslam dini esaslarına ve Anayasaya uygun olup olmadığını kontrol etme yetkisine sahip olan, *Denetim Şurası*^{74*} kurulmuştur (md. 72 ve md. 91). Bu şura, Rehber tarafından seçilen yüksek din bilginlerinden altı üye ve hukukun çeşitli alanlarından olmak üzere *Yüksek Yargı Şurası* tarafından Milli Meclise sunulan ve onun (Meclis) tarafından seçilen 6 hukukçudan meydana gelir. 92'nci maddeye göre bu üyelerin görev süreleri 6 yıldır.

Bir denetleme kurulu olarak tanımlanan Denetim Şurası İran siyasi sistemine Meşrutiyet (1906-11) Anayasasıyla birlikte girmiştir. Meşrutiyet Anayasasında belirlenen şura beş müçtehitten oluşur ve görevi Mecliste alınan kararların dine uygun olup olmadığını belirlemektir. İslam devriminden sonra da bu kuruma, kurumun yapısı ve işlevi genişletilerek Anayasada yer verilmiştir. Yinelemek gerekirse, 12 kişiden oluşan Denetim Şurası, Mecliste alınan kararların İslam ahkâmına ve Anayasaya aykırı olup olmadığını denetlemek amacıyla ile oluşturulmuştur.

Denetim Şurası oluşmadan Meclisin oluşamaz. Meclisin yasallığı bu konseyin oluşmasına bağlıdır.

Bilindiği üzere, kanunların Anayasaya uygunluğu siyasi kontrol ve yargı kontrolü olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır⁷⁵. İran'daki anayasal denetimin yukarıda açıklanan bilgiler ışığında siyasi kontrol olduğunu ifade edebiliriz.

İran anayasa yargısı sistemi önleyici denetime⁷⁶ yer vermiştir. Zira burada da Meclisin almış olduğu kararların yürürlük kazanabilmesi için öncelikle Anayasaya ve İslam hukukuna uygunluk denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Meclis aldığı bütün kararları Denetim Şurasına göndermek zorundadır (md.94). Denetim Şurası kanunları 10 gün içerisinde incelemelidir.

⁷⁴ * Denetim Şurasına, Anayasayı Koruma Konseyi de denilmektedir.

⁷⁵ Hasan Tunç, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2'nci baskı, Nobel yayın dağıtım, Ankara 1999, s. 108 vd.; Özer, s. 23.

⁷⁶ Tunç, 104.

Kanunların İslam ahkâmına aykırılığı üyelerinin çoğunluğu ile karara bağlanırken, Anayasaya aykırılığı Denetim Şurasının bütün üyelerinin çoğunluğu ile karara bağlanır (md.96). Kanunların İslam hukukuna aykırı olduğu kanısına varılması durumunda, kanun teklifi Meclise geri gönderilmektedir. Meclis üyeleri, yasanın kabul edilmesinde ısrar eder ve Denetim Şurası yasa teklifini ikinci kez daha reddederse Anayasanın 112’nci maddesine göre, konu Maslahat Meclisine taşınır. Maslahat Meclisinden çıkan kararlar da tekrar Rehber onaylanmak üzere sunulur. Denetim Şurası, Meclisin kararı üzerinde görüşünü on gün içinde açıklamak zorundadır, aksi takdirde kabul edilmiş sayılır.

Denetim Şurasının önemli bir diğer görevi de Cumhurbaşkanı, Meclis ve yerel seçimleri denetleme yetkisidir (md.99). Başka bir deyişle Cumhurbaşkanı ve milletvekili adaylarının seçimlere katılıp katılmayacağına Denetim Şurası karar vermektedir. Bu kurum ayrıca kazanılmış bir seçimi iptal etme hakkını da elinde bulundurmaktadır. Bu yetkisinden dolayı bazı düşünürlere göre seçilme hakkını Denetim Şurası vermektedir⁷⁷.

Ayrıca Anayasanın 170’nci maddesi uyarınca, kanunlara ve İslami kurallara aykırılığı iddia olunan hükümet tasarrufları –kararname ve tüzükler- İdari Adalet divanında karara bağlanır ve bu durumu herkes talep edebilir.

VI. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Humeyni kendi kitabında İslam devletinde hürriyetin var olduğunu ifade etmiştir. Ona göre halk ve Müslümanlar Şer’i kurallar çerçevesinde serbesttirler, yani şeri ölçülere uygun davrandıkları müddetçe kimsenin kimseye “şuradan kalk, oraya otur” demeye hakkı yoktur⁷⁸.

Batı’da temel hak ve özgürlüklerin ortaya çıkışındaki temel nüans olan iktidarın sınırlandırılması gerekliliği⁷⁹, Humeyni tarafından da dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir⁸⁰. Ona göre, fakihler İslam kanunlarının icrasının geciktirilmesinde ve atıl vaziyette bırakılmasında veya uygulamada azaltma ya da çoğaltma olmasına izin vermemelidirler. Mesela, eğer fakih, bir zaniye hadd vurdurmak isterse İslami nasslarda belirlenmiş olduğu gibi halkın önünde 100 kırbaç veya sopa vurmalıdır, bir tane fazla vurmaya veya hakarete bulun-

⁷⁷ Keskin, aynı yer.

⁷⁸ Humeyni, “Velayet-i Fakih”, s. 91.

⁷⁹ Ahmet Kılınc, “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, sayı: 1-2, Erzincan 2005, s. 281.

⁸⁰ Humeyni, “Velayet-i Fakih”, s. 91.

maya, bir tokat atmaya veya bir gün hapsedmeye hakkı yoktur. Humeyni bu şekilde siyasi iktidarı da sınırlandıran kuralların var olduğuna dikkat çekmek istemiştir.

A. Anayasada Yer Alan Temel Hak ve Hürriyetler

Anayasanın üçüncü faslı milletin hakları başlığını taşır ve insan haklarına ilişkin hükümler içermektedir. 19'ncü madde, Millet'in bütün fertlerinin, hangi kavim ve kabileden olursa olsun eşit haklardan yararlanacağına ve renk, ırk, dil ve benzerlerinin ayrımcılık sebebi olamayacağını hükme bağlamıştır.

20'nci madde eşitlik kavramına ayrıca değinmiştir. Buna göre milletin her ferdi, kadın veya erkek olsun, Kanunun koruması açısından eşit durumdadır ve kanunun korumasından bütün insani, siyasi, iktisadi, içtimai ve kültürel ölçülere uyularak yararlandırılır.

Anayasada kadın haklarına ilişkin ise hem başlangıç metninde hem de özel bir maddede hükümler vardır: Bu madde kapsamında devlet, kadının kişiliğinin olgunlaşması ile maddi ve manevi haklarının canlandırılması konusunda görevlidir.

Somut olarak Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden bahsetmek gerekirse şunları söyleyebiliriz. Birinci kuşak haklardan, yaşama hakkı (md.20), özel hayatın gizliliği (md.21), iletişim özgürlüğü (md.25), yakalama ve tutuklamaya ilişkin hüküm (md.32), sürgün yasağı (md.32), Hak arama özgürlüğü (md.34) Anayasada yer almaktadır. Ayrıca suçta ve cezada kanunilik (md.36), lehe olan kanunun uygulanması (md.169), masumiyet karinesi (md.37), İşkence yasağı (md. 38), kişinin manevi varlığına (şeref ve haysiyetine) tecavüzün yasaklanması (md.39) da Anayasada düzenlenmiştir.

İkinci kuşak haklardan ise parti, dernek, siyasi parti kurma hakkı (md.26), sosyal güvenlik hakkı (md.29), eğitim ve öğretim hakkı (md.30), ev sahibi olma hakkı (md.31) Anayasada düzenlenmiştir. Ayrıca, 43'ncü madde İran İslam Cumhuriyeti'nin iktisadi ilke olarak temel ihtiyaçların (mesken, yiyecek, sağlık, ilaç, eğitim ve öğretim) karşılanmasını, çalışma imkânı verilmesini hükme bağlamıştır.

Üçüncü kuşak haklardan çevre hakkı Anayasada dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Anayasanın 50'nci maddesine göre İran Devleti, bugünkü neslin ve gelecek nesillerin, içinde gelişime yönelik bir toplum hayatı sürmeleri için gerekli yaşama çevresini korumakla görevlidir.

B. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

İnsan hakları doktrini açısından, anayasalarda insan haklarının var olması kadar onların sınırlandırılması da ehemmiyet arz eder⁸¹. İran’da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını olağan dönemde ve olağanüstü dönemde ayrı ayrı olarak irdelememiz gerekmektedir.

1. Olağan Dönemlerde

Olağan dönemlerde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran *genel bir nedene* rastlanmamaktadır. Fakat hemen şunu ifade etmekte yarar vardır: İran, sadece belli başlı dinleri azınlık olarak kabul etmiştir. Bu dinler Anayasanın 14’ncü maddesinde yer alan Zerdüştî, Musevi, Hıristiyan dinleridir. Bunların dışındaki bir dine mensub kişilerin din ve vicdan hürriyetlerinin tahdit edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Binaenaleyh dini açıdan genel bir sınırlandırma nedeninin var olduğunu dile getirebiliriz.

Anayasa olağan dönemlerde *özel sınırlama nedenlerine* sıkça başvurmuştur. Örneğin, toplantı ve gösteri yürüyüşlerini sınırlandıran özel neden silah taşımama şartıdır (md.27). Başka bir örnekte, parti kurmak ve üye olmak için İslam cumhuriyeti esaslarını, bağımsızlığı, hürriyeti ve milli birliği ihlal etmeme şartını düzenleyen 26’ncı maddedir. Ayrıca bazı hallerde sınırlamanın sadece kanunla yapılabileceğine rastlanabilmektedir. Örneğin, 22’nci madde uyarınca kişilerin, canı, malı, hakları mesken ve mesleklere kanunun izin verdiği durumlar dışında dokunulamaz. Haberleşme özgürlüğünü içeren 25’nci maddede sınırlamanın kanunla yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, Radyo ve televizyonda kamuoyunun yayın ve beyan özgürlüğü, İslami ölçülere uymak ve ülke yararına olmak suretiyle sağlanmalıdır (md.175).

2. Olağanüstü Dönemlerde

Temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında ise belli bir sınır getirilmemiştir. Yani *sınırlamanın sınırı* çizilmemiştir. Anayasanın 79’ncü maddesine göre savaş halinde ve buna benzer olağanüstü şartlarda hükümet, Meclisin onayı ile ve geçici olarak zorunlu sınırlamaları getirebilme hakkına sahiptir. Ancak bu durumun süresi herhalde otuz günü geçemez, zaruret aynı şekilde devam ediyorsa yeniden Meclisin izni alınır.

⁸¹ Kılınç, Anayasal Konum, s. 285; insan haklarının “maddi anlamda hukuk devleti” ilkelerini içeren anayasalarda daha güvencede olduğuna ilişkin görüş için bk. Adnan Küçük, “Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi”, **Liberal Düşünce**, sayı: 35, Ankara Yaz 2004, s. 205.

C. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılması ve Güvencesi

Temel Hak ve Hürriyetlerin *kötüye kullanılmamasına* ilişkin Anayasanın 9'ncü maddesinde bir hüküm yer almıştır. Anılan maddeye göre, "Hiçbir ferd, zümre veya makam hürriyetten yararlanma adı altında İran'ın siyasi, kültürel, iktisadi ve askeri bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne karşı en küçük bir ihlalde bulunamaz". Dolayısıyla bütün temel hak ve hürriyetler kullanılırken İran'ın siyasi, kültürel, iktisadi ve askeri bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne karşı en küçük bir ihlalde bulunulmamalıdır. Hakkın kötüye kullanılması 40'ncü maddede de ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, kimse hakkını kullanma eylemlerini başkasına zarar verme veya genel yararları tecavüze araç kılamaz.

9'ncü madde aynı zamanda temel hak ve hürriyetlerin *güvencesine* ilişkin hükümde içermektedir. Buna göre, "Hiçbir makam, ülke bağımsızlığını ve toprak bütünlüğünü koruma adı altında yasal özgürlükleri (meşru hürriyetleri), kanun ve tüzük kararname ile de olsa yürürlükten kaldıramaz". Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir anayasal koruma getirilmiştir denilebilir. Sadece maddenin bu hükmünden yola çıkarak, temel hak ve hürriyetlerin yürürlükten kaldırılabilmesinin salt anayasa hükmüne dayanması gerektiği sonucuna varılabilir. Humeyni de vasiyetinde temel hak ve hürriyetlerin, yargı organları ile güvenceye alınabileceğini; bunun için de seçilecek olan yüksek yargı başkanının ve hâkimlerin Şer'i mesuliyeti sağlam, tecrübeli velhasıl İslami şartları haiz kişiler olması gerektiğini vurgulamıştır⁸².

İran'da temel hak ve hürriyetlerin tafsilatlı düzenlenmediği, onların korunma yollarına yer verilmediği, kişilerin bu haklarına müdahaleye karşı müracaat edecekleri mercilerin olmadığı yönünde fikirler mevcuttur⁸³.

Hususi olarak böyle bir merci olmamasına rağmen, Anayasanın 90'ncü maddesi halka dilekçe hakkını vermiştir. Buna göre, Meclisin yürütme ve yargı organının çalışmasından şikayetçi olan herkes, şikayetini yazılı olarak Meclisine sunabilir.

VII. HALKIN YÖNETİME İŞTİRAKI

Devrim sonrası Humeyni, vasiyetnamesinde halka toplumsal meselelerde, özellikle Cumhurbaşkanı, milletvekili, Rehber veya Uzgöürler Meclisi üyesi seçimi gibi meselelerde bir kenara çekilerek sorumsuz kalmamalarını çok

⁸² Humeyni, "Velayet-i Fakih", s. 58.

⁸³ Armağan, "Günümüzde", s. 1102.

sefer vasiyet etmiştir⁸⁴. Özellikle Rehberi seçecek olan Uzgörürler Meclisinin seçimine katılmamanın İslam hukuku kuralları çerçevesinde manevi yaptırma sebep olacağını ifade etmiştir. Humeyni vasiyetinde halktan şu özelliklere sahip olan kişileri seçmesini istemiştir: 1. İslam Cumhuriyetine bağlı olan 2. Batı ve doğu tarafına sapmayan 3. İslam ahkâmına ve ülke maslahatına bağlı olan⁸⁵. Müslüman olmayan azınlığın kendilerini temsil edecek olan vekilleri seçerken bu kişilerin kendi dinlerine ve İslam cumhuriyetine bağlı olmaları, emperyalist güçlerden bağımsız olmalarına dikkat etmelerini istemiştir. Humeyni bu isteğini toplumun belli bir kesimden değil, İslam âlimlerinden tutun, esnaf, çiftçi, işçi sınıfına kadar tüm kısmına yöneltmiştir⁸⁶.

Humeyni, kendisinin her sözünün bir buyruk niteliğinde olduğuna, ülkenin tümünden kendisinin elinde olduğuna ilişkin iddiaları da reddetmektedir. İtalyan gazeteci Fallaci, kendisiyle yapmış olduğu söyleşisinde, Humeyni'in İran'ın kendi elinde olmadığını, İran'ın İran halkının elinde olduğunu söylediğini ifade etmiştir⁸⁷. Ona göre kendisine bu kadar geniş yetki verilmesi halkın talepleri doğrultusunda gerçekleşmiştir.

Bazı yazarlar, Anayasada halkın yönetime olabildiğince çok katılmasının sebeplerinden biri olarak devrim öncesi dönemde devlet ile halk arasında sağlam köprüler olmamasını göstermektedir⁸⁸. Bu cümleden hareketle, bir tepki Anayasası olmasından ötürü 1979 Anayasası halkın yönetime iştirakını çoğaltmıştır yorumu yapılabilmektedir.

Somut olarak halkın yönetime iştirak ettiği ilk husus Anayasanın 59'ncu maddesinde düzenlenmiştir. Burada halk kendisiyle ilgili bir konu hakkında doğrudan karar vermektedir. Buna göre, çok önemli ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarda yasama gücünün halkoyu ve doğrudan doğruya halkın oyuna başvurma yolu ile kullanılması mümkündür. Halk oyuna başvurma talebi Meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararı ile gerçekleşir.

Halk, temsilcilerin veya idaricilerin seçiminde de etkin rol oynamaktadır. Yasama organın temsilcisi olan Meclis üyeleri, halk tarafından gizli oyla seçilmektedir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanı da halk tarafından gizli oyla seçil-

⁸⁴ Humeyni, "Vasiyetname", s. 53 ve 55.

⁸⁵ Aynı yer, s. 53.

⁸⁶ Aynı yer, s. 55.

⁸⁷ Oriana Fallaci, **İmam'la Söyleşi**, Çev.: Muhammed Nayif Şayir, Fecri Yayınları, Ankara 1991, s. 15-16.

⁸⁸ Emin, s. 65.

mektedir. 108'nci maddeye göre devletin çok önemli yetkilerini bünyesinde barındıran Rehberlik makamını seçecek olan kurul (Uzgörürler Kurulu) da halk tarafından belirlenmektedir.

Burada dikkati çeken bir husus da İran'da oy kullanma yaşının 15 olmasıdır⁸⁹. Esas itibariyle burada da İslam hukuku prensibi yer almaktadır. Zira İslam hukukuna göre de ergin olan kişinin artık fiil ehliyetine sahip olduğu zikredilebilir⁹⁰.

İran'da halkın yönetime iştirak etme yollarının olmasının nedenlerinden biri İslam hukukundaki şura prensibidir. Mısırlı Profesör Muhammed El-Gindy “bütün politik meseleler, devlet başkanının veya hükümetin seçimiyle ilgili konular, yürütmenin kuruluşu ve şekli, hükümet sisteminin şekli veya şekilleri, yürütmenin ve çeşitli devlet hizmetlerinin işleyişi ve diğer bütün ilgili konular İslam devletinin bütün üyelerinin iştirak etmelerinin uygun olduğu Şura tarafından kararlaştırılabileceği fikrindedir⁹¹. Bu cümleden hareketle, devrim sonrası İslami esaslara göre kurulan İran devleti, İslam hukukunun bu prensibini olabildiğince kullanmaya çalışmıştır.

Halkın yönetime bu kadar çok çeşitli yollarla katılabilmesine rağmen, “demokrasi” ifadesi hiçbir şekilde yer almamıştır. Bunun sebebi, Humeyni'nin bu kelimeyi yasaklamasıdır. Humeyni'ye göre “İslam'ı istiyorsak, demokrasi istediğimizi belirtmeye gerek yoktur, zira İslam her şeydir ve eksiksizdir.” Ayrıca ona göre batı dahi demokrasinin ne olduğu net olarak bulamamıştır; Aristo demokrasisi başka Sovyet demokrasisi başkadır⁹².

VIII. KENDİNE HAS KURUMLAR

A. Maslahat Meclisi

Maslahat Meclisi 1988'de Humeyni'nin talimatı ile kurulmuştur. Devrimin hemen ardından Meclis ve Denetim Şurası arasında sürekli anlaşmazlık-

⁸⁹ <http://www.dmk.ir/en/07-2.html> İran Sayıştay'ı internet sitesi 09.11.09.

⁹⁰ İslam hukukuna göre fiil ehliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Cin, Akyılmaz, s. 240 vd.

⁹¹ Gamil, Muhammed El-Gindy, “The Shura and Human Rights in Islamic Law”, **The rule of Law in the Middle East and the Ismalic World**, Edited by Eugene Cotran ve Mai Yamani, The Center of Islamic Studies and Middle Eastern Law, School of Oriental and African Studies, University of London, 1.b. Tauris & Co Ltd press, Londra 2000, s. 165. Tercümesi için bk. Ahmet Kılınç, “Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları, Demokrasinin Belirginliği”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı: 12, Konya 2008, s. 201-206.

⁹² Fallaci, s. 24, 25. Humeyni bu kelimeye İslami açıdan çok da uygun görmese de bazı İslam âlimlerinin anılan kelimeyi kullandıklarını ifade etmek isteriz. Örneğin, Seyyid Ebu'l-a'LÂ El-Mevdûdî, *dini demokrasi* tabirini kullanmıştır; El-Mevdûdî, s. 34.

lar baş göstermiştir. Maslahat Meclisi bu krizin çözümü için oluşturulmuş; Meclis ve Denetim Şurası arasındaki anlaşmazlıklar konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Meclis üyeleri, Denetim Şurası tarafından kendisine geri gönderilen yasanın kabul edilmesinde ısrar ederse Anayasanın 112'nci maddesine göre, konu Maslahat Meclisine taşınır. Maslahat Meclisi konu hakkındaki raporunu hazırlayıp onaylanmak üzere Rehberine arz eder.

Amacı, devlet mekanizması içinde siyasal kurumlar arasında anlaşmazlığın ortadan kaldırarak uyum ve eşgüdümü sağlamaktır. Bu nedenle sistemin uzlaştırıcı rolünü üstlenmiştir. Bu konsey İran siyasal sistemindeki önemli karar verici mekanizmalardan sayılmaktadır. Zira, uzlaştırıcı işlevinin ötesinde rejimin karşı karşıya olduğu ideoloji ve gerçeklik çelişkisini çözme amacını taşır. Kuruma ayrıca devletin bütün organlarını denetleme ve dini lidere rapor halinde sunma yetkisi verilmiştir.

Maslahat Meclisi üyeleri Rehber tarafından atanmaktadır ve sayıları değişmektedir (md.112).

B. Milli Güvenlik Yüksek Konseyi

Milli Güvenlik Yüksek Konseyinin kuruluş amacı İslam Devrimini korumak, milli menfaatleri temin etmek, ülkenin toprak bütünlüğünü ve egemenliğini sağlamak olarak tanımlanmıştır (md.176). Bu kurumun görevi Rehber tarafından belirlenmiş genel politikalar çerçevesinde ülkenin güvenlik, istihbarat ve savunma politikalarına yön vermek ve bütün siyasi, toplumsal, kültürel ve ekonomik çalışmaları söz konusu güvenlik ve savunma politikaları ile uyumlu hale getirmektir. Diğer görevi ise iç ve dış tehditlere karşı ülkenin maddi-manevi olanaklarından yararlanmaktır.

Milli Güvenlik Yüksek Konseyi İran'ın en üst güvenlik, savunma ve istihbarat makamı sayılmaktadır. Genelkurmay Başkanı, silahlı kuvvetler komutanları, Bütçe ve Planlama Teşkilatı başkanı, dini liderin iki temsilcisi, Devrim Muhafızları komutanı ve dışişleri, içişleri ve istihbarat bakanları bu kurumun üyelerini oluşturmaktadır.

Konseyin başkanlığını Cumhurbaşkanı yapsa da en önemli yetkilisi sekreteryasıdır. Rehber ile organik ve düzenli bir ilişkisi vardır. Kararları Rehber tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girmektedir (md. 176).

Kurum ülkenin yüksek önem arz eden iç ve dış politika meselelerini takip etmektedir. Nükleer program, ABD ve İsrail ile ilişkiler gibi rejim için hayati

güvenlik konuları yetki alanına girer. Nitekim mevcut nükleer diplomasi bu kurum tarafından yürütülmektedir.

SONUÇ

IV. Murat'ın Bağdat'ı fethinden sonra Osmanlı Devleti ile Safevi Devleti arasında 17 Mayıs 1639'da imzalanan Kasr-ı Şirin Antlaşması ile bugünkü Türkiye - İran sınırını belirlemiştir. Sadece bu sözleşmenin varlığı bile, sınır komşumuz ile olan münasebetlerin eskiye dayandığını ve sıklığını göstermeye yetmektedir. Ülkemizde, bu kadar eskiye dayanan, aynı coğrafyada yer aldığımız İran devletinin anayasal açıdan irdelenmesi maalesef yeterli düzeyde olmamıştır.

İran İslam Cumhuriyeti devleti denilince aklımıza batılı anlamda ya da hukuk fakültelerinde üzerinde özellikle durulan devlet sistemleri gelmemelidir. Zira bu devlet İslam hukuku prensiplerine ve hatta bu hukukun belli bir ekolünün anlayışına göre kurulmuştur. Bu bağlamda ülke hakkında yorum yapılırken bu gerçek göz ardı edilmemelidir.

Gerek başlangıç metni gerek Anayasanın 12'nci maddesi ve gerekse bazı maddelerin Kuran'dan ayetlerle başlaması ülkenin İslami bir devlet olduğunu çok açık bir şekilde ortaya koymuştur. Devlet bununla da kalmayıp, belli bir tarihi gelişim neticesinde ortaya çıkan Şia mezhebinin prensipleri doğrultusunda kurulmuş ve gelişmiştir. İmamet doktrininin, Anayasada çok geniş yetkilerle donatıldığı Rehber kurumuna tekabül etmesi bu düşüncemizi teyit eden en önemli delildir.

İslam hukukunun müsaade ettiği ölçüde yasama yetkisine sahip olan Meclis, yürütmeyi temsil eden Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu ve yargı mekanizması yürütmenin diğer kolu olan Rehberin denetimi altındadır. Ülkenin birçok önemli noktasında bulunan makamlara atama yetkisi de Rehberin yetkisi altındadır. Dolayısıyla İran'da siyasal sistemin temel kurumları, Rehberin devlet mekanizması üzerindeki hâkimiyetini esas alan bir çerçeve içinde oluşturulmuştur. Anayasal açıdan ülkedeki en yetkili makamın Rehberlik mevkisi olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Egemenliğin yapısına göre İran devletinin kendine has üniter bir devlet olduğunu söylemek gerekir. Ülkede var olan tek bir yasama, tek bir yürütme ve tek bir yargı organının olması; dolayısıyla egemenliğin bütünlük gösterdiği Anayasadan rahatça ortaya çıkmaktadır. Fakat bu durumun mutlak olmadığını

yine Anayasadan anlayabiliyoruz. Zira 12'nci madde Hanefi, Şafi, Hanbelî ve Zeydi mezheplerinden herhangi birinin çoğunlukta olduğu yörelerde, meclislerin yetki sınırları içindeki yerel hukuki düzenlemeler, diğer mezheplerin mensuplarına riayet edilmek kaydıyla o mezhebe uygun olabileceğini hükme bağlamıştır. Görülmektedir ki uygulanacak hukuk bölgede yer alan halkın mezhebine göre değişmektedir. Fakat bu durum o bölgeyi ayrı bir devlet yapmadığı için mürekkep devlet diyemeyiz.

Sistemin yine kendi içerisinde var olan şura prensibi gereğince, ülkede söz sahibi olan tüm kurumlar buna Rehber de dâhil olmak üzere halk tarafından ya da halkın seçtiği temsilciler tarafından seçilmektedir. Örneğin çok geniş yetkilerle donatılan Rehberi seçecek olan Uzgörürler Meclisi de halk tarafından seçilmekte ve bu Meclis gerektiğinde Rehberi azledebilmektedir.

Halkın yönetime iştirakı sadece Rehber ile bitmemektedir, Cumhurbaşkanlığı seçimi, Meclis üyelerinin seçimi ve bazen çok önemli konularda temsilcileri vasıtasıyla değil, referandum vasıtasıyla karar alabilmesi bu durumun diğer örnekleridir. Bu husus İslam hukuku açısından şura prensibiyle açıklanabilir.

1979 yılında yürürlüğe giren anayasa, zamanın ve sistemin gerekleri doğrultusunda yine kendine has bazı kurumların oluşmasına neden olmuştur. 1989 yılında yapılan bazı değişikliklerle Cumhurbaşkanının yetkileri artırılmış; Meclis ile Denetim Şurası arasında uyuşmazlıkları çözmek için Maslahat Meclisi oluşturulmuştur.

Netice olarak karşı karşıya olduğumuz devletin kendine has özellikleri olan bir hukuk sistemi çerçevesinde kurulduğu ve işlediği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Ahmet Kılınç, “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, sayı: 1-2, Erzincan 2005 (Anayasal Konum).
- Ahmet Kılınç, “Şura ve İslam Hukukunda İnsan Hakları, Demokrasinin Belirginliği”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sayı: 12, Konya 2008.
- Andrea M. Farsakh, “Sunni Halifelikle Şii İmamlığın Mukayesesi”, **İslam’da Siyaset Düşüncesi**, (Çev: Kazım Güleçyüz) İnsan Yayınları, İstanbul 1995.
- Amin Banani, **The Modernization of Iran 1921-1924**, Standford University Press, Stanford, California, 1961.
- Atilla Özer, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Cengiz Sürücü, “Otokrasi, Modernite, Devrim: İran’ın en uzun yılı”, **Avrasya Dosyası**, cilt:5 sayı:3, 1999.
- Çoşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, 9’ncü baskı, Ankara 1999.
- Didem Özalpat, “İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk”, AÜSBE Kamu Hukuku ABD, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara 2008.
- Gamil, Muhammed El-Gindy, “The Shura and Human Rights in Islamic Law”, **The rule of Law in the Middle East and the Ismalic World**, Editorler, Eugene Cotran ve Mai Yamani, The Center of Islamic Studies and Middle Eastern Law, School of Oriental and African Studies, University of London, 1.b.Tauris & Co Ltd yayımları, Londra 2000.
- Ghodsi, Tamilia F., “Tying A Slipknot: Temporary Marriages in Iran”, **Michigan Journal of Internentional Law**, Vol: 15, 1993-1994.
- Gholamreza Mahdavi, **An Introduction to the Legal System of the Islamic Republic of Iran**, Published by Bureau of International Affairs of the Judiciary, tarihsiz.
- Hamid Algar, **The Roots of Islamic Revolution**, (İslam Devriminin Kökenleri) Çev.: M.Çetin Demirhan, İşaret Yayınları, İstanbul 1988.

İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları

- Halil Cin, Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, 3'ncü baskı, Konya 2009.
- Hasan Tunç, Faruk Bilir, Bülent Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayın, Ankara 2009.
- Hasan Tunç, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2'nci baskı, Nobel yayın dağıtım, Ankara 1999.
- Hasan Tunç, **Türkiye'ye Komşu Devletlerin Anayasaları**, Asil Yayın, Ankara 2008, s. 73-115.
- İbrahim Emin, **İran İslam Devrimi**, Objektif Yayınları, İstanbul 1991.
- İmam Humeyni, **Velayet-i Fakih İslam Devleti**, İmam Humeyni'nin Eserlerini Tanzim ve Yayınlama Müessesesi Uluslararası İlişkiler Bürosu, bila tarih, Tahran.
- İmam Humeyni, **İslam İnkılabı Rehberi İmam Humeyni'nin (Rahmetullah Aleyh) Siyasi-İlahi Vasiyetnamesi**, Yayınlayan İslami Tebliğ Teşkilatı Uluslar arası İlişkiler Bölümü, Seher Matbaası, Tahran, 1989. (Vasiyetname)
- Khadduri, Majid, "Nature and Sources of Islamic Law", **The George Washington Law Reviews**, Vol. 22, 1953.
- Adnan Küçük, "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvencelenmesi", **Liberal Düşünce**, sayı: 35, Ankara Yaz 2004.
- Masood Sadeghi Azad, **İran İslam Cumhuriyeti'nde İdarenin Denetlenmesinin Genel Esasları**, İstanbul Ü., SBE., (yüksek lisans tezi), İstanbul 1988.
- Mustafa Reşit Belgesay, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- Nicolas P. Aghnides, **İslam Hukuku'na Giriş**, Çev.: Servet Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- Oriana Fallaci, **İmam'la Söyleşi**, Çev.: Muhammed Nayif Şayir, Fecr Yayınları, Ankara 1991.
- Sami Zubaida, **İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar**, İstanbul Bilgi

Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

- Sami Oğuz - Ruşen Çakır, **Hatemi'nin İrani**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
- Servet Armağan, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Diyanet İşleri Yayınları, 4'ncü baskı, Ankara 2001.
- Servet Armağan, "Günümüzde Bazı Müslüman Devlet Anayasaları Ve Tipik Özellikleri (Seçme Örnekler)", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Tıpkı baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 2001. (Günümüzde)
- Seyyid Ebu'l-a'LÂ El-Mevdüdi, **Political Theory of Islâm**, (İslâm'da Siyasi Sistem), Çev.: Ahmet Seçkin, Özgün yayıncılık, İstanbul 1991.
- W.F. Madelung, "Oniki imam Şiasında, İmamın Gaybet Zamanında Otorite", **İslam'da Siyaset Düşüncesi**, (Çev: Kazım Güleçyüz) İnsan Yayınları, İstanbul 1995.
- Zekiyyüddin Şa'bân, **İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l Fıkh)**, Çev.: İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2000.
- International Commission of Jurists, **İran** in "Attacks on Justice", http://www.icj.org/news.php3?id_article=2572&lang=en e.t.: 06.11.2009.
- Arif Keskin, "İran nasıl yönetiliyor?" Hakimiyet-i Milliye, www.hakimiyetimilliyeye.org/index.php?news=1488 e.t.: 15.11.07.
- <http://www.jurist.law.pitt.edu/world/iran.html> e.t.: 10.07.2009.
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Iran#History> e.t.: 25.05.2009.
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Cafer-i_Sad%C4%B1k e.t. : 11.11.2009.
- <http://www.oniki-imam-yolu.com/> e.t.: 11.11.2009.
- <http://www.caferilik.com/caferilik.html> e.t.: 11.11.2009.
- http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_.C3.87a.C4.9Flar_.28652.E2.80.931501.29 e.t.: 10.07.2009
- http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_.C3.87a.

İran Anayasa Hukukunun Genel Esasları

C4.9Flar_28652.E2.80.931501.29 e.t.:10.07.2009.

- http://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0ran#Orta_.C3.87a.C4.9Flar_28652.E2.80.931501.29 e.t.: 10.07. 2009.
- www.hayrettinkaraman.net e.t.:11.07.2009.
- Taha Akyol, **İran Devrimi Kerbela'dan Devrime..**, <http://www.milliyet.com.tr/1996/12/24/dizi/dizi.html> e.t.: 14.11.07.
- <http://www.dmk.ir/en/07-2.html> İran Sayıştay'ı internet sitesi 09.11.09.

KISALTMALAR

ABD	: Anabilim dalı
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
bk.	: Bakınız
Çev.:	: Çeviren
e.t.	: erişim tarihi
Hz.	: Hazreti
md.	: Madde
M.S.	: Milattan sonra
öl.	: Ölüm tarihi
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
s.	: sayfa
yy.	: Yüzyıl

SELF DETERMİNASYON İLKESİNİN AZINLIKLAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Doğan KILINÇ*

ÖZET

Self determinasyon, uluslararası hukuk sisteminin en tartışmalı ilkelerinden birisidir. Self determinasyon, bir halkın coğrafi sınırlarını, politik durumunu veya kendi geleceğini diğer devletlerden bağımsız olarak kendisinin özgürce belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir anlamı, bir ülkede yaşıyan halkın başka bir devlet etkisi olmaksızın yönetimi hakkında karar vermesidir.

Azınlıklar ise, bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayıca az olan, egemen olmayan konumda bulunan, üyeleri o devletin vatandaşları olarak etnik, dinsel ya da dilsel açıdan nüfusun geri kalanından ayrılan özellikler taşıyan ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini ya da dillerini korumak amacıyla üstü örtülü bir dayanışma duygusu gösteren gruplardır.

Bu çalışmada, self determinasyon ilkesi, azınlık hakları açısından değerlendirilmiştir. İlk olarak, ilkenin tanımı, tarihçesi ve çeşitleri ikinci olarak, Milletler Cemiyeti, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Kararlarında self determinasyon ilkesi, son olarak da ilkenin azınlıklar açısından değerlendirmesi yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELE

Self determinasyon, kendi kaderini tayin hakkı, azınlıklar, azınlık hakları,

SUMMARY

Self-determination is the most controversial term of international law system. Self-determination is defined as the freedom of the people of a given territory to determine their own political status or independence from their current state. In other words, it is the right of the people of a certain nation to decide how they want to be governed without the influence of any other country.

Minorities, a group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a nondominant position, whose members-being nationals of the state, posses ethnic,

* Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu- Koordinatör İletişim Uzmanı

Dr. Doğan KILINÇ

religious, or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language may be termed as minorities.

In this study, self determination principle, has been evaluated in context of minority rights. First, the definition of principle, historically and kinds, the second the the period of self determination principle, in the League of Nations, the United Nations and Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE), finally self determination is assesment in terms of minorities.

KEY WORDS

Self determination, minorities, minority rights

Giriş

Self- determinasyon, uluslararası alanda en çok tartışılan konulardan birisidir. Fransız ihtilali ve Amerikan bağımsızlık savaşıyla başlayan hareket, daha sonra uluslararası arenaya sıçramıştır¹. Bugün dünyanın pek çok bölgesinde yaşayan ve etnik, dilsel, ya da dinsel açıdan farklı topluluklar self determinasyona dayanarak bağımsızlık talep etmektedir².

Bir ulusun kendi kaderini tayin etme konusunda başlayan tartışmalar 20. yüzyılın ilk çeyreğinden günümüze kadar devam etmiştir. Self determinasyon, yeni uluslararası toplumun en önemli kavramlarından birisidir. Self determinasyon, dünya toplumunun temel oyun kurallarının yeniden yapılanmasında ve tanımlanmasında yeni bir süreç başlatmıştır. İdeolojik kökenleri, kavramı çok yönlü fakat aynı zamanda son derece belirsiz bir hale getirmektedir.

Self determinasyon, 21. yüzyılda uluslararası hukukta sembol kavramlardan birisi haline gelmiştir. Kavram, tarihsel olarak, çağdaş uluslararası ilişkilerde sarsıntıya yol açan konulardan birisidir³. Self determinasyon kavramının teori ve pratikteki gelişiminin izlenmesi, aslında günümüz dünya tarihinin önemli bir kısmının hikayesinin anlatılmasıdır⁴. Terim, siyasi açıdan hem oldukça radikal hem de yıkıcıdır. Bu durum, kavramın uluslararası yasal düzenlemelerde yer alması konusunda devletleri kararsızlığa itmektedir. İnsan haklarıyla ilgili belgeleri incelediğimizde⁵, self determinasyon hakkının yer aldığını görürüz. Bu hak salt bir insan hakkı olarak değerlendirilse bile, devletler bu hakkın her zaman kötüye kullanılabileceği konusunda endişe etmişlerdir.

Self determinasyon kavramı, uluslararası ilişkilerde kullanılmaya başlandığından beri, değişik şekillerde yorumlanmış ve her zaman tartışma konusu olmuştur. Devletler bu kavramı genellikle kendi menfaatlerine uygun bir şe-

¹ Stephen TIERNEY, "The Search for a New Normativity: Thomas Franck, Post-Modern Tribalism and The Law of Self-Determination", EJIL 2002 Vol.13, No.4, s.941; Claudia SALADİN, "Self Determination, Minority Rights And, Constitutional Accommodation: The Example of The Czech And Slovak Federal Republic", Michigan Journal of International Law, Vol.13, 1991, s.173.

² Fatma TAŞDEMİR, "İsrail-Filistin Sorununun Self Determinasyon Hakkı Çerçevesinde Analizi" Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, C.2, S.2, 2000, s.218.

³ Soyalp TAMÇELİK, "Değişen Dünya Düzeninde Kıbrıs'ın Yeri Ve Self-Determinasyon İlkesinin Yeniden Değerlendirmesi, Gazi Üniversitesi S.B.E.D, s.295.

⁴ Antonio CASSESE, Self Determination of Peoples, Cambridge University Press 1995, s. 1; SALADİN, 1991, s.173.

⁵ Birleşmiş Milletler, AGİT gibi .

kilde yorumlamak istemişlerdir. Bu durum, kavramın belirsizliğinin artmasına yol açmıştır. Self determinasyon, devletler arası ilişkilerde zaman zaman güç mücadelesinin aracı olarak da kullanılmıştır. Ancak yorumlar ve yaklaşımlar farklı olsa da self determinasyon konusundaki tartışmalarda ülke bütünlüğü, uluslararası istikrar kavramı göz önünde bulundurulmuştur⁶. Etnik grup haklarını savunanlar bile, self determinasyonun hiçbir etnik gruba içinde buldukları devletten ayrılma, o devletin sınırlarını değiştirme hakkını vermediğini kabul etmişlerdir. Aksi durumda, devlet ve toplumun parçalanması kaçınılmaz olacaktır⁷.

1. Self- Determinasyon Kavramının Tarihçesi

Self determinasyon kavramının köklerini Aristo'ya kadar götürenler bulunmakla birlikte, kavramın esas olarak ortaya çıkışı Batı Avrupa'daki sosyal uyanıştır. 1789 Fransız ihtilalini besleyen önemli bir kavram olan "toplum sözleşmesi"⁸ teorisi bunda etkili olmuştur. Temelde halk egemenliği ilkesine dayanan teori, liberal düşünce içerisinde önemli bir yere sahiptir. Self determinasyon kavramı Avrupa kökenlidir ve liberal demokrasi düşüncesi ile yakından ilişkilidir. Temelleri oldukça eski olmasına rağmen ancak 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra sağlam temellere oturmaya başlamıştır⁹.

1789 Fransız ihtilali, "Milliyetler İlkesi"nin ortaya çıkmasında önemli bir rol oynamıştır. Bu prensip, millet niteliğini kazanan her topluluğun bağımsız bir devlet kurabileceğini ileri sürer. 19. yüzyılda milliyetler prensibi, Avrupa devletleri tarafından Osmanlı İmparatorluğu ve Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nu parçalamak için kullanılan siyasal araçlardan birisi olmuş-

⁶ Ali KARAOSMANOĞLU, "Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi" Doğu-Batı, Yıl, 6, sayı, 24, Ağustos.Eylül, Ekim, 2003, s. 147

⁷ Hayati HAZIR, "Demokrasilerde Etniklik Sorunu ve Türkiye Açısından Tartışılması", Avrasya Dosyası, , C.3, S.4, 1996, s. 271.

⁸ John Locke tarafından, Thomas Hobbes'un doğal hukuk fikirlerinden yola çıkılıp bunlar üzerine geliştirilmiş kavramdır. Daha sonraları Benjamin Franklin ve John Adams gibi amerikan devrimi önderleri ve sonraları da her iki tarafın etkisiyle Jean-Jacques Rousseau tarafından kullanılmıştır. Rousseau, teoremin babası gibi görülür. Bu teoriye göre; insanlar devleti kurmadan önce doğal yaşam halindedir ve bu hayatta bir düzen bulunmamaktadır. Bu durum ise insanlarda sürekli bir korku ve belirsizlik duygusunun oluşmasına yol açmıştır. İnsanlar bu korkularına son vermek için bir araya gelerek devletle bireyler arasında sosyal bir mukavele imzalamıştır. Buna göre yöneten adil ve hukukla kendini bağlayıp denetime açık olacak, yönetilenler ise yönetici kanunsuz ve adaletsiz davranmadıkça itaatkar olacaktır. (Attila ÖZER, Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 36.)

⁹ M. Akif KÜTÜKÇÜ, "Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri" Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 12, 2004, s. 260.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

tur. Milliyetler ilkesi o zamanlar, devletler arası ilişkilerde bağlayıcı bir hukuk kuralı olmamasına rağmen, dünya politikasında çalkantılara ve istikrarsızlıklara yol açmıştır. Arnold Toynbee, Batı Avrupa medeniyetinin ve şartlarının ortaya çıkardığı bu ilkenin Doğu Avrupa ve Balkanlarda güç politikasının aracı olarak kullanılmasının büyük facialara ve kıyımlara yol açtığını belirterek ilkeyi eleştirmektedir¹⁰.

1793 Fransız Anayasa'sının 13. maddesinde self determinasyon ilkesi sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; bu ilke sadece devletlerin sınır değişikliklerinde uygulanır. Ancak ne sömürge altında yaşayan halklar ne de etnik, dinsel, dilsel azınlıklar self determinasyon hakkına sahip değildir. Ayrıca bugün bizim "içsel self determinasyon" olarak ifade ettiğimiz halkların ülkelerindeki kendi yöneticilerini özgürce seçebileceğine ilişkin bir hüküm de yoktur. Ancak bütün sınırlamalara, eksikliklere rağmen 18. yüzyılın sonlarındaki Fransız bildirisinin self determinasyon konusundaki yaklaşımını küçümsemek gerekir. Self determinasyonun Fransa'daki despotik rejimin demokratik bir ruh kazanmasında önemli bir etkisi olmuştur. Günümüzde halklara verilen "dışsal self determinasyon" hakkının kaynağı bu maddede düzenlenen içsel self determinasyondur¹¹. Self determinasyon ilkesi, uluslararası toplumun gelişmesinde önemli bir rol oynamıştır. Bu kavram, Fransa'dan sonra komşularına da yayılmış, İtalya'nın kurulmasında bu ilkeye dayanılmıştır.

2. Self Determinasyonun Tanımı

Self determinasyon, uluslararası alanda çok kullanılan bir terim olmasına rağmen içeriği konusunda devletler arasında bir uzlaşma bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise devletlerin parçalanma ya da hükümetlerin ihtilal korkusudur. Bu yaklaşımın doğal sonucu, self determinasyonun uluslararası alanda sınırlı bir şekilde uygulanmasıdır¹².

Self determinasyon kavramının tanımını yapmak pek kolay olmamakla birlikte bu konuda yapılan tanımlardan bahsedebiliriz. Bir tanıma göre; self determinasyon bir ülkede yaşayan kişilerin kendi hükümetlerini özgürce seçebilmeleridir. Başka bir tanıma göre; bir halkın, idaresi altında yaşayacakları ya

¹⁰ KARAOSMANOĞLU, 2003, s. 148.

¹¹ CASSESE, 1995, s.13; Fatma TAŞDEMİR, Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s.3.

¹² HAZIR, 1996, s. 271.

da yaşadıkları yönetim biçimini seçebilmeleridir¹³. Ancak burada kullanılan halk¹⁴ terimi belirsiz olan kavramı iyice muğlâk hale getirmektedir. Uluslararası belgelerde üzerinde uzlaşmış bir halk kavramı tanımı bulunmamaktadır. Bu nedenle içinde yaşadığı devletin baskı ve zulmüne maruz kaldığını iddia eden pek çok halk hareketi, self determinasyon ilkesine dayanarak ulusal kuruluş mücadelesi yürüttüğünü ileri sürmektedir.

1981 yılında yayınlanan BM raporu, halk kavramından ne anlaşılması gerektiğini genel olarak belirlemiştir. Bu rapora göre; bir topluluğun halk olabilmesi için gerekli olan şartlar; ayrı bir kültür, dil ya da din, ortak bir tarih hissi, toplumsal kimliği sürdürme isteği ve tanımlanmış bir toprakta bütünleşmedir. Bu şartlardan hareketle, halkların, etnik grupların, ulusal ya da etnik azınlıkların halk olma potansiyeline sahip oldukları ve bu çerçevede bir devlet nüfusunun farklı halklardan meydana gelebileceği ileri sürülebilir. Ancak bu toplulukların bir halk gibi self-determinasyon hakkına sahip olabilmeleri için kanımızca bu şartlar yeterli değildir. Bir halkın self-determinasyondan yararlanabilmesi için, içinde yaşadığı devlet veya uluslararası topluluğun bunu kabul etmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, self determinasyon hakkından yararlanabilmek için bunun “öteki tarafından tanınma”ya ihtiyacı vardır¹⁵. Görüldüğü üzere, self determinasyon ilkesinin uygulanmasında herkesçe ka-

¹³ Michla, POMERANCE, Self Determination in Law and Practice, The New Doctrine in the United Nation, 1982 , s. 37.

¹⁴ “Halk, millet arasındaki ayrımın fikir babası J.J. Rousseau’dur. Halk egemenliği ve milli egemenlik kavramını ortaya atan Rousseau’dur. Rousseau’ya göre egemenlik, genel iradenin kullanılmasıdır. genel irade her bireyin özel iradesinden oluşur ve daima iyiyi, doğruyu gösterir. Genel irade, zorunlu olarak, bireyler arasında mutlak eşitliğe dayanır. Bireylerin her biri genel iradenin ve egemenliğin bir parçasına sahiptir. Egemenlik halka ait olduğundan, kendisini oluşturan bireylerden ayrı bir hukuki varlığı yoktur. Bireylerin iradelerinin toplamından oluşur. Genel irade çoğunluğun iradesidir. Milli egemenlik anlayışı ise; halk egemenliğinin sivri yanlarını yumuşatmış hatta bazı yazarlara göre de halk egemenliğinin karşıtıdır. Bu anlayışa göre, egemenliğin tek meşru kaynağı ve sahibi millettir. Egemenlik bir bütündür, bölünemez. Bu yaklaşıma göre millet; kendisini oluşturan bireylerden ayrı bir varlığa sahiptir. Millet, kendisini oluşturan bireylerin toplamı değil, onların iradelerinden ayrı üstün bir varlıktır. Halk belli bir dönemde yaşamakta olan bireyleri yani somut bir varlığı ifade ettiği halde, millet belli bir dönemde yaşayanları değil, geçmiş ve gelecek nesilleri kapsayan manevi bir varlıktır. Millet sadece yaşayanları değil ölmüş ve doğacak olanları da kapsar.” Ancak günümüzde halk , millet arasında ayrım yapılmaksızın çoğu zaman aynı anlamda kullanılmaktadır. Halk egemenliğinde egemenlik bölünebildiğinden yarı doğrudan demokrasi söz konusu olurken millet egemenliğinde egemenlik bölünemediği için temsili demokrasi söz konusu olmaktadır. Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2001, s. 96; ÖZER, 2005, s. 47 vd.

¹⁵ Erol KURUBAŞ, “Kuzey Irakta Olası Bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self Determinasyon Sorunu”, Ankara Üniversitesi S.B.F.D., C., 59, S, 3, 2004, s.155.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

bul edilen bir halk tanımı yapılamamakta¹⁶, bu ilkedен yararlanabilecek halkların belirlenmesi konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Bu durum, self determinasyon ilkesinin insan hakları çerçevesinde el alınmasına yol açmaktadır¹⁷.

Bir topluluğun halk olarak adlandırılabilmesi için daha önce aynı isimde bir devletin vazgeçilmez bir unsur olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak bu göz ardı edilmemesi gereken bir önemli bir husustur¹⁸.

Self-determinasyon pratikte bir yönüyle güce dayanmakta, bu ilke ancak güç kullanma kapasitesine sahip olan halklarca kullanılabilir. Somut olayda, bir halkın bu ilkeye dayanması, güç ve etkinlik çerçevesinde olacaktır. Başka bir ifadeyle, halk olmak daha çok siyasi bir nitelik taşımakta ve bir toplumsal grubun halk niteliği taşıması, onların otomatik olarak bu ilkedен yararlanabileceği anlamına gelmemektedir¹⁹.

Başka bir tanıma göre; self determinasyon; bir etnik, dil ya da din grubunun ayrı bir egemenlik alanı meydana getirmek amacıyla mevcut sınırların yeniden düzenlenmesini istemesidir. Yine federal bir devlette federe devletin ayrılarak ayrı egemen bir devlet kurması self determinasyon olarak ifade edilmektedir. Self determinasyon egemen bir devlette yaşayan etnik, dilsel veya dinsel grubun o devletten ayrılmadan daha geniş dilsel, dinsel hak ya da ottonomi elde etmeleri olarak da tanımlanabilir²⁰.

3. Self Determinasyonun Çeşitleri

a. İçsel Self Determinasyon

Self determinasyonunun birinci boyutu, devletlerin iç örgütlenmelerine ilişkin olup, bir halkın istediği yönetim biçimini, herhangi bir dış baskı olmadan seçebilme hakkıdır. Başka bir ifadeyle, yaşadıkları sistemin sosyal ve siyasal yapısını etkilemek için nüfusun tüm kesimlerinin karar vermesidir²¹.

¹⁶ Frances RADAY, "Self Determination and Minority Rights", Fordham International Law Journal, 2003, Vol.26, s.457.

¹⁷ Ayşe Füsün ARSAVA, Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi, A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Basımevi, Ankara 1993, s. 75.

¹⁸ İlyas DOĞAN, "Kendi Geleceğini Belirleme İlkesi", Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 9, S. 1-62, Mart 2006, s. 7

¹⁹ Erol KURUBAŞ, Asimilasyondan Tanınmaya Uluslararası Alanda Azınlık Sorunları ve Avrupa Yaklaşımı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 7

²⁰ KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 262.

²¹ Emin GÜRSES, Milliyetçi Hareketler ve Uluslararası Sistemler, Bağlam yayınları, İstanbul

Dr. Doğan KILINÇ

Bu hak ‘‘içsel self determinasyon’’ olarak ifade edilmektedir. Buna göre, self determinasyon hakkı, siyasal yönetim biçimi ile ilgili olup özellikle devlet ve hükümet biçimlerinin saptanmasında halklara serbestlik tanınmasını ifade eder²². Bu anlamda self determinasyon 1789 Fransız ihtilaline kadar götürülebilmektedir. 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi bu açıdan ilk örnek olarak düşünülebilir. Fakat burada yönetim şeklini seçme düşüncesinin yanı sıra bağımsızlık fikri de bulunduğu için, Fransız ihtilalini içsel self-determinasyona ilk örnek olarak göstermek daha uygun olacaktır²³.

İçsel self determinasyon hakkı, sadece ülkedeki etnik, dinsel ve din gruplara tanınmış bir hak değildir. Ülkede yaşayan herkes bu haktan yararlanır. Azınlıklar açısından bu hak, demokratik hukuk devletinde azınlıkların diğer vatandaşların anayasal sınırlar içerisinde yararlandığı hak ve özgürlüklerden farklı değildir. Bu haklar, azınlıkların da ülke yönetimine katılmasını sağlar²⁴.

Günümüzde; içsel self determinasyonun giderek ekonomik bir içerik kazandığı ve devletlerin tabii kaynakları üzerinde sürekli egemenlik hakkını da içerdiği yaygınlaşan bir görüştür²⁵. Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulu bu bağlamda 1962 yılında Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirisi yayımlamıştır²⁶.

İçsel self determinasyon, oy kullanmanın ötesinde demokratik bir anlam taşır. Bunun anlamı, öncelikle bir araya gelme ve serbestçe tartışabilmektir. Bu önemlidir, çünkü azınlıklarla konuşup tartışılmadığı takdirde onların talep ettiğini anlaşılmaz. Serbest ve düzenli aralıklarla yapılan seçimler içsel self determinasyon sürecinin ilk kısmını oluşturur. İlk bakışta demokratik olarak gözükken, ancak uygulamalarında azınlık grupların ayrımcılığa veya baskıya uğradığı bir çok devlet vardır. Gelişmekte olan ülkelere birisi olan Sri Lanka’da düzenli seçimlere ve demokratik görünüme rağmen ayrımcılık ve baskı konusunda ciddi suçlamalar Tamiller tarafından ileri sürülmektedir. Yine gelişmiş bir ülke olan İngiltere’de Kuzey İrlandalı Katolikler, Asya ve

1998, s. 55; Faruk SÖNMEZOĞLU ‘‘Kendi Kaderini Tayin ve Birleşmiş Milletler’’, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan 2) İstanbul 1982, s.134.

²² KURUBAŞ, 2004, s. 150; TIERNEY, 2002, s. 949.

²³ KURUBAŞ, 2004, s.162.

²⁴ HAZIR, 1996, s. 272

²⁵ Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.141.

²⁶ Bildirinin tam metni için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/belgeliste.asp?parm=0> (Erişim tarihi: 15.08.2009)

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

Afrika'dan gelen göçmenler kendilerini pek güvende hissetmemektedirler. Buradaki azınlıklar, ayrımcılığa maruz kaldıklarını, kültürel, dini haklarını kullanamadıklarını ileri sürmektedirler²⁷. Benzer şekilde Fransa'da, Kuzey Afrika'dan gelen insanlar ayrımcılığa uğradıkları konusunda şikayette bulunmaktadır.

Yunanistan, İtalya, Almanya'da da benzer şikayetlere rastlanmaktadır. Bu tür şikayetlerin üstesinden gelebilmek için, ayrımcılığın önlenmesine ilaveten, ilgili ülkeler anayasa ve yasalarında değişiklikler yaparak azınlıklara; dinsel, dinsel, kültürel açıdan kendilerini geliştirme ve varlıklarını devam ettirebilme imkanı sağlanmalıdır. Öte yandan azınlıklarla ilgili şikayetlerin olmadığı ülkeler de vardır. İspanya, Belçika anayasalarında yaptıkları değişikliklerle söz konusu talepleri karşılamaya çalışmıştır. Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken önemli bir nokta bu devletlerin siyasi yapılarında değişiklik meydana gelmesidir. Bu durum, haklı olarak üniter yapılı devletlerde endişeye yol açmaktadır.

b. Dışsal Self Determinasyon

Self determinasyonun ikinci boyutu, bir halkın bağımsız devlet kurmak dahil istediği devlete bağlı olmayı seçme hakkıdır²⁸. Başka bir ifadeyle, bir halkın, yabancı bir yönetim olmaksızın kendi siyasal, ekonomik ve kültürel isteklerini uygulama hakkıdır. Bu hak "dışsal self determinasyon" olarak ifade edilir. İçsel self determinasyon hakkı tüm nüfusun çoğulcu bir toplumda yaşamasını sağlamayı hedefler. Dışsal self determinasyon hakkı ise bir devlet kurmayı, bir devlet içinde otonomi ya da federasyonu içermektedir²⁹. Burada kastedilen, belli bir toprak parçasında yaşayan ortak özelliklere sahip bir topluluğun yabancı bir güce bağlı olmadan geleceğini, uluslararası alandaki yerini belirleyerek kendi devletine ve egemenliğe sahip olmasıdır. Bu yaklaşım, önceden var olan veya var olduğu düşünülen egemenlik hakkından doğmakta işgal ya da sömürge altındaki halkların uluslararası durumlarına karar vermelerine, sonuç olarak bağımsızlığa kavuşmalarına işaret etmektedir³⁰. Ancak,

²⁷ Javaid REHMAN, "Yeni Dünya Düzeni ve Azınlıkların Geleceği", Çev. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Ulusal, Ulusalüstü ve uluslararası Hukukta Azınlık Hakları (Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Lozan Antlaşması), Editör, İbrahim Ö. KABOĞLU, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, Yayın no.2, 2002, s. 412.

²⁸ SÖNMEZOĞLU, 1982, s.134.

²⁹ RADAY, 2003, s.457; GÜRSES 1998, s. 55; SALADİN 1991, s.173.

³⁰ KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 263; Fatma TAŞDEMİR, "Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon" Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F.D., C. 12, Ankara,1996, s. 275; SALADİN, 1991, s.173.

uluslararası hukuk kuralları halkların bağımsızlıklarını kazanmaları konusunda, dünyanın siyasal ve sosyal gerçekliklerini de dikkate alarak bu konuda bazı sınırlamalar getirmektedir. Bu çerçevede, uluslararası hukukta çok farklı biçimde anlaşılan halk ve ulus kavramalarının değişik anlamları üzerinde durulmadan, bağımsız bir devlet kurabilmenin temel şartının sömürge altında bir halk olması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, self determinasyon hakkının kullanılabilmesi için sömürge altında olmak gerekmektedir. Aksi halde self determinasyon hakkı kullanılamayacaktır³¹. Kısaca bu anlayışa göre self determinasyon; özellikle önceden var olan veya var olduğu düşünülen bir egemenlik hakkından doğmakta ve işgal veya sömürge altındaki halkların uluslararası statülerine karar vermelerine ve sonuç olarak da bağımsızlıklarına kavuşmalarını sağlamada araç olarak kullanılmaktadır³².

Dışsal self determinasyon, 20. Yüzyılın başında Wilson İlkeleriyle birlikte kullanılmaya başlanmış ve BM Antlaşmasıyla uluslararası hukuka girmiştir. BM Antlaşmasının 1. ve 55. maddesinde; uluslararası, halkların eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri alınması kararlaştırılmıştır. Bu maddeler, BM'nin self determinasyon ilkesini kabul ettiği şeklinde değerlendirilebilir.

Dışsal self determinasyonun diğer bir yönü ayrılmadır. Bu, önceden mevcut olmayan bir egemenliğin ortaya çıkması anlamında bir halkın, etnik ya da ulusal azınlığın içinde yaşadığı devletten ayrılarak yeni bir devlet kurmasıdır. Buradaki self determinasyon anlayışı ayrılıkçı bir nitelik taşımakta ve devletlerin egemenlik ve toprak bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Dünyada pek çok etnik grup, ayrılıkçı taleplerine destek bulabilmek amacıyla bu ilkeye dayanmaktadır. Self-determinasyon ile bağımsızlık arasındaki ilişki, ilkenin moral ve psikolojik çekiciliği bu eğilimin ortaya çıkmasına neden olmaktadır³³.

Bir devletten ayrılma yoluyla gerçekleştirilecek yeni bir devlet kurulmasında self determinasyon hakkı, genellikle kabul edilmemektedir. Bunun nedeni, uluslararası hukukta yerleşmiş bir ilke olarak kabul edilen “devletin ülkesinin bütünlüğü” prensibidir. Birleşmiş milletler anlaşmasının 2. madde-

³¹ RADAY, 2003, s.458; PAZARCI, 2003, s.143.

³² KURUBAŞ, 2004, s.152; Patrick THORNBERRY, “Is There, a Phoenix in The Ashes International Law and Minority Rights”, Texas International Law Journal, Vol. 15.421, 1980, s.452.

³³ KURUBAŞ, 2004, s. 155; RADAY, 2003, s.453.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

sinde de bu durumun altı önemle çizilmiştir³⁴. Bir devletin ülkesinin bütünlüğü sadece o devletin rızası ile hukuksal geçerliliği olan değişikliklere uğrayabilir. Böylece, bir devletin ülkesinde yerleşmiş bulunan farklı özelliklere sahip toplulukların sadece bu farklılık unsuruna dayanarak ilgili devletin ülkesini parçalamaları düşüncesi reddedilmiş olmaktadır³⁵.

4. Wilson İlkeleri ve Marksist Düşünce Sisteminde Self Determinasyon

Self determinasyon kavramı Marksist düşünce sisteminde de önemli bir yere sahiptir³⁶. Lenin “On Imperializm” isimli eserinde konuyla ilgili fikirlerini açıklamıştır. Lenin’e göre self determinasyon üç unsuru içermektedir. Birincisi, etnik ve ulusal grupların kendi gelecekleri konusunda özgürce karar verebilmeleridir. İkincisi, askeri uyuşmazlıklar sonrasında egemen devletler arasında toprak bölüşümünde bir prensip olarak başvurulabilir. Üçüncüsü, sömürge altındaki devletlerin özgürlüklerini kazanmalarına öncülük eden, anti emperyalist bir varsayıma dayanan bir kavramdır³⁷.

1913 yılında yayımlanan “Marksizm ve Milli Mesele” isimli kitabında Stalin, ulusların egemenlik hakkını savunmuş hatta daha da ileri giderek, egemenliği altında yaşadıkları devletten ayrılma hakkının olduğunu ileri sürmüştür³⁸.

Gerek Lenin, gerekse Stalin’in self determinasyon yaklaşımı kulağa hoş gelse de gerçekte durum farklıdır. Her ikisinde de öncelik komünist partidir. Komünist partinin çıkarları halkların çıkarlarından önce gelmektedir³⁹. Görüldüğü gibi, Sovyet liderlerin kavrama yaklaşımı ideolojiktir. Self determinasyon kavramı burada siyasi ve ideolojik amaçları gerçekleştirmek için sadece bir araçtır. Ancak yine de iki lider kavramın uluslararası alanda gelişmesine katkı sağlamıştır.

³⁴ Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidini ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar. (m.2/4)

³⁵ PAZARCI, 2003, s.143.

³⁶ Abdullah UZ, “Teori ve Uygulamada Self Determinasyon Hakkı”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C,3, No, 9, 2007, s.61.

³⁷ CASSESE, 1995, s. 16.

³⁸ Ayşe Füsün ARSAVA, “Self Determinasyon Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu”, Seha L. Meray’a Armağan, C, I, Ankara 1981, s. 59.

³⁹ UZ, 2007, s.62.

Lenin'in self determinasyon anlayışı sosyalist siyasi felsefeye dayanırken Amerikan başkanı Wilson'un anlayışı ise tipik batı demokrasi teorisine dayanır. Wilson'a göre, self determinasyon popüler egemenlik anlayışının mantıksal sonucudur. Başka bir ifadeyle, yönetenlerin yönetilenlerin rızasına dayanması gerektiği görüşüyle eş anlamlıdır. 1917 yılında Wilson bu ifadeyi Avrupa İmparatorluklarının sömürgelerine son vermek için kullanmış ve ulusların self determinasyon hakkını yeni uluslararası düzen için yaptığı planının merkezine koymuştur. Bu plan, Avrupa İmparatorluklarından ayrılma talebiyle ilgilidir. Ancak, bu plan sadece Habsburg, Osmanlı İmparatorluğu gibi bazı imparatorlukların tasfiyesinde uygulanmıştır⁴⁰.

Wilson'un self determinasyonla ilgili temel yaklaşımı; halkların özgürce kendi hükümetlerini belirlemeleridir. Ancak 1. Dünya savaşı ilerledikçe Wilson'un self determinasyon anlayışı dışsal bir boyut kazanmıştır. Ona göre; halklar kendi egemenlikleri hakkında özgürce karar verebilirler⁴¹.

Wilson, uluslararası düzeyde dört farklı self determinasyon çeşidinden bahsetmektedir. Birincisi; her halkın idaresi altında yaşayacağı hükümeti özgürce seçebilmesidir. İkincisi; Merkezi Avrupa devletlerinin ulusal arzulara uygun bir şekilde yeniden yapılandırılmasıyla ilgilidir. Wilson self determinasyonun global anlaşmazlıkların yeniden canlanmasını önleyeceğini ve anlaşmazlıkları azaltacağını düşünmüştür. Üçüncüsü, ülkelerin sınır değişikliklerin de bir ölçüttür. Dördüncüsü, sömürge altındaki devletlerin tezlerini destekleyen, bu halkların iddialarının çözümünde kullanılacak bir ilkedir⁴².

Lenin ile Wilson'un self determinasyon anlayışını karşılaştırdığımızda üç farklı durumun ortaya çıktığını görürüz. Birincisi, self determinasyon teorisinin siyasi ve ideolojik temelleri farklıdır⁴³. İkincisi, Wilson tarafından prensibin uluslararası düzeyde içsel boyutu desteklenmektedir. Yani halklar kendi yöneticilerini kendileri özgürce belirleyebilecektir. Üçüncüsü, iki liderin prensibin uygulanması konusundaki yaklaşımlarıdır. Wilson, self determinasyonu, şiddet hareketlerini başlatacak bir araç olarak görmemiştir. Lenin ise bu ilkeyi, sömürge altında yaşayan hakların bağımsızlıklarını kazanmalarını

⁴⁰ GÜRSES, 1998, s. 54.

⁴¹ Mustafa ŞAHİN, Avrupa Birliğinin Self-Determinasyon Politikası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, s.11

⁴² CASSESE, 1995, s. 19.

⁴³ UZ, 2007, s.72.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

sağlayacak bir şiddet aracı olarak kabul etmiştir⁴⁴. Dolayısıyla Lenin'e göre, ihtilal hareketlerinin başlatılmasında self determinasyon hakkı kullanılabilir. Wilson ise, uluslararası hukuka uygun bir şekilde ülkelerin mevcut yapısını sarsmadan self determinasyon ilkesinin kullanılmasını istemiştir.

Self determinasyon, pek çok uluslararası belgede yer almasına rağmen devletler bu kavrama pek sıcak bakmamaktadır. Bu durumu aslında pek yadırgamamak gerekir. Çünkü kavram genelde ülkelerin toprak bütünlüğüyle ilişkili olmaktadır⁴⁵.

Birinci Dünya Savaşı ve Bolşevik ihtilalinde self determinasyon, uluslararası bir ilke olarak sahneye çıkmıştır. Amerikan başkanı Wilson için bu ilke Avrupa'da barışın kurulması için bir anahtar olarak algılanırken Lenin için, bütün dünyada sosyalizmin gerçekleştirilmesi için bir araçtır.

5. Milletler Cemiyeti Döneminde Self Determinasyon

Self-determinasyon siyasi istikrarsızlığa sebep olacağı endişesiyle, ayrıca diğer devletler tarafından sıcak karşılanmadığı için Milletler Cemiyeti Sözleşmesinde yer almamıştır.⁴⁶

Milletler Cemiyeti sözleşmesi, self-determinasyondan bahsetmemiş, yenilen devletlerin eski sömürgelerinin belli şartların bulunması halinde bağımsız olabileceklerini kabul etmiştir. Sözleşmenin 10. maddesi; "*Cemiyet üyeleri, bütün Cemiyet üyelerinin ülke bütünlüklerine ve halen mevcut siyasi bağımsızlıklarına riayet etmeyi ve bunları dışarıdan gelecek herhangi bir tecavüze karşı korumayı taahhüt ederler*" demektedir. Görüldüğü gibi, öncelik ülke bütünlüğünün korunmasıdır. Dolayısıyla self determinasyon ülkelerin ulusal yetkileri içinde kalmaya devam etmektedir. Self determinasyon, Cemiyet tarafından siyasal bir ilke olarak ele alınmıştır. Finlandiya ile İsveç arasındaki "Aaland Adaları" uyuşmazlığı için 1920 yılında Cemiyet bünyesinde bir komisyon kurulmuştur.

Aaland Adaları, 1812 yılında İsveç tarafından Finlandiya ile birlikte Rusya'ya bırakılmış, 1813 yılında imzalanan antlaşmaya göre muhtariyete sahip olan Finlandiya, 1917 yılında Rusya'dan ayrılmıştır. Rusya Merkezi Yürütme Komitesi 4 Ocak 1918 tarihinde Finlandiya'nın bağımsızlığını tanımakla beraber askerlerinin Finlandiya'dan çekilmesini kabul etmemiştir⁴⁷.

⁴⁴ TAŞDEMİR, 1999, s. 8; CASSESE 1995, s. 21; GÜRSES, 1998, s. 54.

⁴⁵ HAZIR, 1996, s. 271.

⁴⁶ UZ, 2007, s.63.

⁴⁷ ARSAVA, 1981, s.62.

Dr. Doğan KILINÇ

Aaland Adalarında yaşayan nüfusun çoğunluğu İsveç asıllıdır. Adaların İsveç asıllı halkı Finlandiya'nın bağımsızlığını desteklemekle birlikte kurulması planlanan Finlandiya'dan ayrı bir yapı istemektedir. Finlandiya ise Adaların kendi egemenliği altında kalmasını istiyordu. İngiliz hükümeti, bu uyuşmazlığı, Milletler Cemiyeti önüne getirmiştir⁴⁸. Milletler Cemiyeti, konuyu incelemek üzere bir hukukçular komisyonu atamıştır.

Komisyon yapmış olduğu incelemelerde şu sonuca varmıştır⁴⁹.

“Self determinasyon ilkesi esasen bir uluslararası hukuk kuralı değildir ve Milletler Cemiyeti ilkeyi kurucu antlaşmasına dahil etmemiştir... bu çok çeşitli yorumlara açık olan olacak şekilde formüle edilmiş olan muğlak bir adalet ve özgürlük ilkesidir... azınlıklara ya da ülke nüfusunun bir bölümüne onların arzularına göre ait oldukları topluluktan ayrılma hakkının verilmesi, devletlerin iç düzen ve istikrarlarının bozulmasına, uluslararası ilişkilere anarşinin hakim olmasına sebebiyet verir ve devletin ülkesinin bütünlüğü ve siyasi birliği fikriyle çelişir”.

Aaland Adaları raporunda ayrıca, bir azınlığın kendi devletinden ayrılıp başka bir devletle bütünleşmesinin ancak istisnai bir durum olabileceği ve ilgili devletin azınlıklara etkili güvenceler uygulayamadığı, azınlıkların kültürel, dil ve dini değerlerinin yok olma tehlikesi olduğu durumlarda belki en son çare olarak düşünülebileceği belirtilmiştir⁵⁰. Dolayısıyla, bu karara göre; self-determinasyon ilkesinin uluslararası hukukun pozitif bir kuralı haline gelmediği söylenebilir⁵¹.

Milletler Cemiyeti, Aaland Adaları üzerinde Finlandiya'nın egemenliğinin tanınması yönünde karar almış ve Finlandiya ile İsveç, Adalarda İsveç dilinin kullanılması ve siyasal kurumların özerkliği konusunda anlaşmaya varmışlardır. Sonuç olarak Aaland adaları sorunu, self determinasyon hakkının tanınması yerine tamamen bir azınlık koruması ile çözülmüştür. Bu değerlendirme Komisyon raporundaki şu ifadeler çerçevesinde yapılabilir. *“Modern siyasal düşüncede halkların self-determinasyon hakkı önemli bir yer tutsa da, Milletler Cemiyeti Sözleşmesinde bu konuya hiç değinil-*

⁴⁸ UZ, 2007, s.63.

⁴⁹ ARSAVA, 1981, s.64; Marttu KOSKENNIEMİ “Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori Ve Uygulama Sorunları” Gazi Üniversitesi, H.F.D. C.1, S.1, 1997, s.291; KARAOZMANOĞLU, 2003, s. 149.

⁵⁰ ARSAVA, 1993, s. 78

⁵¹ Karşı görüş için bkz., ŞAHİN, 2000, s.12.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

memiştir. Birkaç uluslararası antlaşmada bu ilkenin tanınmış olması, self determinasyonu uluslararası pozitif kurallarıyla eşit hale getirmez⁵².”

6. Birleşmiş Milletler Döneminde Self Determinasyon

a. Birleşmiş Milletler Antlaşmasında Self Determinasyon

Self determinasyon ilkesi 2. Dünya Savaşından sonra uluslararası alanda tanınmaya başlamış bir ilkedir. BM Sözleşmesine Sovyetler Birliği'nin ısrarı ile self-determinasyon hakkı eklenmiştir⁵³. Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 1. maddesinin 2. fıkrası ile 55. ve 76. maddelerinde bu ilkedен bahsedilmektedir. 1. maddedeki ifade şu şekildedir:

“Uluslar arasında eşit haklara ve halkların self determinasyonu ilkelerine saygıya dayanan dostane ilişkileri geliştirmek ve evrensel barışı güçlendirmek için gerekli tedbirleri almak”. 55. maddede ; “Uluslar arasında halkların hak eşitliği ve halkların self determinasyon hakkı ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını oluşturmak ...” hedeflenmektedir⁵⁴.

Anlaşmada hak yerine ilke tabirinin kullanılması self determinasyon, ilkesini hukuksal gücünü azaltmaktadır⁵⁵. Öte yandan, anlaşmada ilkenin ne anlama geldiği, kimlerin bu madde içerisinde sayıldığı, anlaşmanın kapsadığı alan belirsizdir. Yine ilkenin tanındığı halkın ne anlama geldiğinin tespiti de pek kolay değildir. Self determinasyona başvurma anında bunun yasal sonuçlarının da ne olacağı belirsizdir⁵⁶. Bütün bu etkenler ilkenin hukuki bir nitelik kazanmasını engellemektedir. Bu nedenlerle Self determinasyon ilkesi BM tarafından tanınmasına rağmen 1960'lı yıllara kadar hukuki bağlayıcılık kazanamamıştır.

BM Antlaşmasının XI. ve XII. bölümleri vesayet rejimleriyle ilgilidir. Dolayısıyla bunların da self determinasyonla ilişkisi vardır. XI. bölüm özerk olmayan ülkelerle ilgilidir. BM üyeleri, 73. maddede sömürge ülkelerle ilgili olarak sorumluluk aldıklarını bildirmişlerdir. Üyeler:

⁵² UZ, 2007, s.64.

⁵³ RADAY, 2003, s.454.

⁵⁴ Mustafa ŞAHİN, Yeni Türkiye Dergisi, Özel sayı:22, 1998, s.1329

⁵⁵ Berdal ARAL, “Kolektif Bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C.21-22, 1999-2000, s. 110

⁵⁶ RADAY, 2002-2003, s.455; KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 265; UZ, 2007, s.65.

“Halkların henüz kendi kendilerini tam olarak yönetmediği bölgelerin yönetilmesinden sorumlu olan ya da bu sorumluluğu yüklenen BM üyeleri, bu bölgelerde yaşayanların çıkarlarının her şeyden önce geldiği ilkesini kabul ederler. Antlaşma ile kurulan barış ve güvenlik sistemi içinde bu bölgelerde yaşayanların refahını en yüksek düzeye çıkarma yükümlülüğünü kutsal bir ödev bilirler ve bu amaçla; söz konusu halkların kültürüne saygı göstererek, onların siyasal, ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemelerini ve eğitim alanında gelişmelerini sağlamayı, onlara hakça davranmayı ve onları kötülüklerden korumayı; her ülkeye ve halkına özgü koşullar ve bunların çeşitli aşamalarına uygun olarak, bu halkların kendi kendilerini yönetme yeteneğini geliştirmeyi, onların siyasal özlemlerini göz önünde tutmayı ve kendi özgür siyasal kurumlarının giderek geliştirilmesinde onlara yardımcı olmayı...” hedeflediklerini ifade etmişlerdir. 76.maddede ise; *“...vesayet altındaki bölgelerde yaşayan insanların siyasal, ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemelerini ve eğitim alanında gelişmelerini kolaylaştırmak; her bölge ve halkına özgü koşulları, ilgili halkların özgürce dile getirdiği özlemleri ve her vesayet anlaşmasında öngörülebilecek hükümleri de göz önünde tutarak, bu bölgeler halklarının kendi kendilerini yönetmelerini ya da bağımsızlığa doğru giderek gelişmelerini kolaylaştırmak...”* amaçlanmıştır.

73. maddedeki “halkların kendini idare edebilmek” yeteneğinin geliştirilmesi şarta bağlanmıştır. Buna göre; *“her ülkeye ve halkına özgü koşullar ve bunların çeşitli aşamalarına uygun olarak”* gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla bu hükmün sömürgeci devletlere somut olarak bir yükümlülük yüklediğini söylemek güçtür. 73. madde ile 76. madde karşılaştırıldığında “halkların kendi kendilerini idareleri” ile “bağımsızlık” arasında bir ayrım yapıldığını görürüz. 76. maddede iki deyim yan yana kullanıldığı halde 73. maddede bağımsızlıktan söz edilmemektedir. Dolayısıyla BM Antlaşmasının self determinasyon ilkesinin sadece vesayet rejimi altındaki ülkeler ve halklar için öngörüldüğü ileri sürülebilir⁵⁷. Nitekim Tunus, Fas ve Cezayir’in bağımsızlıkları Birleşmiş Milletler tarafından bu ilkeye dayandırılmıştır⁵⁸. BM Antlaşması, self determinasyon hakkını içeriğini net olarak açıklayamasa ve ilkeyle ilgili normatif hukuk kuralları getirmese de ilkenin daha sonraki gelişim aşamalarına önemli katkılar sağlamıştır.

⁵⁷ UZ, 2007, s.67. RADAY, 2002-2003, s.455.

⁵⁸ KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 266

b. Birleşmiş Milletler Kararlarında Self Determinasyon

BM Genel Kurulu, 14.12.1960 tarih ve 1514 (XV) sayılı “Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlığın Verilmesine İlişkin Bildirge”de self determinasyon konusundaki yaklaşımını açık bir şekilde ifade etmiştir⁵⁹. Kararın giriş kısmında sömürgeciliğin bütün şekillerine son verilmesi gerektiği ilan edilmiştir⁶⁰.

Bu bildirgeye göre; “*Bütün halkların self-determinasyon hakları vardır. Bu hak sayesinde halklar, siyasi statülerini özgürce belirleyebilir ve özgürce kendi ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişimlerini sağlayabilirler*” (m.2). Ancak bu bildirge; “*Bir ülkenin ulusal birliğini ve toprak bütünlüğünü kısmen ya da tamamen bozmaya yönelik her türlü girişimin, BM Antlaşmasının amaç ve ilkeleriyle bağdaşmaz*” (m.6) hükmüyle de devletlerin üniter yapısına vurgu yapmıştır⁶¹. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; halkların siyasi, ekonomik ve kültürel haklarını geliştirebilecekleri ve buna saygı gösterilmesi gerektiği, ancak halkların bir devletten ayrılıp bağımsız ayrı bir devlet kurma hakkının olmadığı ileri sürülebilecektir⁶². Bu bildirge'nin diğer bir özelliği self determinasyon hakkını ilke olmaktan çıkararak hak haline getirmesidir.

Kararın 3. maddesinde, ekonomik, sosyal ve eğitim seviyesinin yetersiz olmasının bağımsızlığı geciktirmek için bahane olarak kullanılmayacağı; 5. maddede, tam bağımsızlığı mümkün kılmak için dil, din ve ırk farkı olmaksızın halkların özgürce ifade edilmiş istek ve arzularına uygun olarak herhangi şart; çekince olmaksızın vesayet altındaki ve muhtar olmayan ülkelerde bütün yetkilerin bu ülke halklarına acilen devredileceği, 7. maddede; tüm halkların egemenlik haklarına ve bunların ülkesel bütünlüğüne saygı göstermek için bütün devletlerin BM Şartı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve mevcut bildiri hükümlerini gözeteceği hükme bağlanmıştır⁶³.

1514 sayılı Karar, self-determinasyon hakkının sömürgelere tanındığı gibi bağımsızlığını kazanmış sömürgelerin içindeki farklı gruplara da tanınip tanınmayacağına cevap bulma çabasının ürünüdür. Kararda; self determinasyonun bir halkın hakkı olduğu, bu halkın da bir yerde yaşayan tüm halk olduğu,

⁵⁹ ŞAHİN, 2000, s. 20; http://undp.un.org.tr/unic_tur/ekler.html (Erişim tarihi: 17.08.2009)

⁶⁰ UZ, 2007, s.65.

⁶¹ Bildirge metni için bkz.<http://www.un.org/documents/ga/res/15/ares15.htm>(Erişim tarihi:17.08.2009)

⁶² UZ, 2007, s. 70; Bu konuda karşı görüş için bkz., SÖNMEZOĞLU, 1982, s.133-146.

⁶³ TAŞDEMİR, 1999, s. 16.

Dr. Doğan KILINÇ

bu halkın self determinasyon hakkını kullanarak bağımsızlığa ulaşması ile tükenmiş olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, self determinasyon hakkının sadece sömürge altında yaşayan halklara tanındığı söylenebilir. Bu itibarla, azınlıkların self determinasyon dolayısıyla içinde yaşadığı devletten ayrılma hakları bulunmamaktadır⁶⁴. Öte yandan, zaten BM'nin pek çok kararında özgürlüklerin kullanılmasında devletlerin ülke bütünlüğüne zarar verilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.

BM Genel Kurulu 30.11.1966 yılında self determinasyonla ilgili 2160 (XXI) sayılı yeni bir karar vermiştir⁶⁵. Bu karara göre; self determinasyon hakkının kullanılabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak kuvvet kullanmak gerekmektedir⁶⁶.

Genel Kurul; 27 Kasım 1961 tarih ve 1654 sayılı kararında, yukarıda bahsettiğimiz ilke amaçlara bağlılığı tekrar etmiştir. Ayrıca bildirisinin fazla gecikme olmaksızın uygulanmasını hızlandırabilmek için bir komisyon kurulmasını da karara bağlamıştır. 1962 tarihli “Sömürge Yönetimi Altındaki Halklara Bağımsızlık verilmesine” ilişkin 1803 sayılı karar, 1970 tarihli 2625 sayılı “Doğal Kaynaklar Üzerinde Sürekli Egemenlik Bildirisi” self determinasyonla ilgili diğer kararlardır. 2625 sayılı kararda sömürgeciliğin bütün şekilleri ile suç olduğu kabul edilmiş ve temsili olmayan, ırk, inanç ve ırk ayrımı yapan bir devletin varlığı olmadıkça, ülke bütünlüğü prensibinin korunacağı hükme bağlanmıştır⁶⁷.

Bu kararlarda vurgulanması gereken nokta, self determinasyon hakkının kullanıcısının sömürge altındaki halkların olduğu ve kurulacak devletin sınırının da sömürge altındaki devletin sınırı olduğudur. Demokratik bir ülkede bütün bireyler ve grupların yönetime katılma hakkı vardır ve bu şekilde self determinasyon hakkını kullanmış olurlar. Sömürge olmayan ülkelerdeki etnik grupların ayrılma istekleri uluslararası hukukta kabul görmemektedir. Dolayısıyla bir ülke içinde yaşayan etnik grupları kapsamadığını söyleyebiliriz⁶⁸. Aksi düşünce, dünyada var olan binlerce etnik grubun kendi devletini kurabilmesini ima eder ki böyle bir düşünce kaosa davetiye çıkarmaktır. BM'nin

⁶⁴ Hasan TUNÇ, “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye”, Gazi Üniversitesi H.F. D, C.VIII, S.1-2, Haziran-Aralık 2004 s. 199; UZ, 2007, s.66.

⁶⁵ <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm> (Erişim tarihi: 17.08.2009)

⁶⁶ THORNBERRY, 1980, s.452.

⁶⁷ TAŞDEMİR, 1996, s. 273; UZ, 2007, s.68.

⁶⁸ DOĞAN, 2006, s. 6

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

bu yaklaşımının bir sebebi, demokrasi ve demokrasi kültürünün henüz yerleşmediği etnik yapısı parçalı ve kabile şeklinde örgütlemiş devletlerde parçalanmaların olacağı bunun da ekonomik ve siyasal açıdan zayıf devletlerin ortaya çıkmasına yol açacak olmasıdır. Diğer sebep ise, bu tür ayrılmaların kabul edilmesi durumunda dünya üzerindeki bütün devletlerde benzer şeylerin olacağı ve bu sürecin homojen toplum yapısı ortaya çıkana kadar süreceği endişesidir. Her iki durumda ortaya çıkacak kavram kaostur ve bu da uluslararası istikrarsızlığa yol açacaktır⁶⁹.

Self determinasyon ilkesini sömürgeciliğin sona ermesinden sonra farklı değerlendirmek gerekmektedir. Artık bu ilke ayrı bir devlet kurma olarak değil, bir siyasal rejimin halk iradesine dayandırılması olarak yorumlanmalıdır. Bu ise, halkın kendi kendini yönetme yetkisinin olduğu yönetim şekli olan demokrasi demektir. O halde bu ilke, her halk için ayrı devlet kurma hakkı olarak yorumlanmamalıdır. Aksi durumda, ayrılmayı seçen bir halk kendi kaderini tayin etmenin yanında içinde yaşadığı diğer halkın da kaderini tayin etmiş olacaktır. Bu çerçevede tek taraflı iradeyle ortaya çıkan bir ayrılma da meşru kabul edilmeyecektir⁷⁰. Örneğin Kanada hükümeti, 1996 yılında Kanada Yüksek Mahkemesine başvurarak Quebec'in anayasaya ve devletler hukukuna göre tek yanlı bir kararla birlikten ayrılma hakkı olup olmadığını sormuştur. Bu başvuru üzerine verilen kararda, böyle bir durumda federal birliği oluşturan halklardan birinin tek taraflı olarak talebini açıkça ifade etmesinin ayrılma için yetmeyeceği, ulusal çapta toplumun tümünün kararına ihtiyaç bulunduğu Yüksek Mahkemece ifade edilmiştir⁷¹.

⁶⁹ KURUBAŞ, 2004, s. 156.

⁷⁰ KURUBAŞ, 2004, s. 156.

⁷¹ Supreme Court Of Canada, 1998, Yüksek Mahkemeye göre; Kanada Anayasası, ayrılma konusunda herhangi bir hüküm taşımamakla birlikte, egemenliği bir bütün olarak Kanada halkına vermesi nedeniyle, diğer bütün eyaletlerin ikna edilmeleri suretiyle anayasaya ayrılmaya imkan tanıyan bir hüküm konulmasının gerekli olduğunun altını çizmiştir. Bu çerçevede mahkemeye göre, ayrı bir halk olarak kabul edilen (bir devlet nüfusunu farklı halklardan oluşabilir) Quebecilerin bu konuyu müzakere etme ve diğerlerini ikna etme çabası inkar edilemez. Bunun yanı sıra mahkeme bu hakkın otomatik olarak doğması için gerekli olan sömürge ve yabancı baskı veya yabancı egemenliği altında yaşamak veya bazı yorumcuların ifade ettiği iç self-determinasyonu gerçekleştirilememesi –ki bu uluslararası hukuk bakımından henüz netleşmiş değildir- şartlarının Quebec için geçerli olmadığını, Kanada'nın halkının tümünü, bu arada Quebecileri, ayrımcılık yapmadan temsil eden bir yönetime ve demokrasi, hukukun üstünlüğü ve anayasalcılık, azınlıklara saygı ve federalizm ilkelerine dayanan bir anayasaya sahip olduğunu ve bu devletin toprak bütünlüğünün uluslararası toplulukça tanındığını, bunların ise Kanada'dan ayrılma hakkını ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Nakleden KURUBAŞ, 2004, s. 157; <http://www.scc-csc.gc.ca/> (Erişim tarihi: 18.08.2009); RADAY, 2002-2003, s.460.

BM'nin 2625 sayılı kararı⁷² self determinasyonun içeriğinin anlaşılması konusunda önemli faydalar sağlamıştır. Karardaki belli başlı önemli noktalar şunlardır⁷³.

- Tüm halkların, dışarıdan herhangi bir karışmaya maruz kalmaksızın, kendi siyasal statüsünü saptamaya ve kendi ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişmesini sürdürmeye hakkı vardır. Her devletin bu hakka saygı göstermek görevidir⁷⁴.
- Sömürgeciliğe süratle son vermek amacıyla, tüm devletler self determinasyonun gerçekleşmesi için çalışacaklar ve bu konuda BM'de yardımcı olacaktır.
- Sömürgeciliğe karşı mücadele yasalıdır. Self determinasyon hakkını kullanmak için giriştikleri mücadelede halklar dışarıdan yardım alabilir.

2625 sayılı kararda; "*Egemen ve bağımsız bir devletin kurulması, bağımsız bir devletle serbest olarak birleşme veya bağımsız bir devlet içinde erime veya halkın serbest iradesi sonucu gerçekleştiği takdirde diğer siyasi bir statünün kabulü self determinasyonun şekillerindedir.*" ifadesi vardır. Bu bildiriye göre; self determinasyonun sadece sömürgelerle sınırlı tutulmadığını söylenebilir. Ancak uygulamada söz konusu hükümler, hükümetlerce self determinasyon talebinin sadece sömürge altındaki halklar tarafından ileri sürülebileceği şeklinde yorumlanmıştır. BM, bu yorumları benimsememiş ve self determinasyon hakkının bütün halklar tarafından kullanılabilceğini belirtmiştir⁷⁵. Ancak günümüzde self determinasyon, içsel self determinasyonla ilişkilendirilerek ayrılma taleplerine gerekçe gösterilmekte, özellikle soğuk savaş sonrası dünyada konuyla ilgili tartışmalar giderek artmaktadır.

Öte yandan Uluslararası Adalet Divanı da self determinasyon ilkesinin sadece sömürge altındaki hakların bağımsızlıklarını kazanmaları konusunda geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin 1992 yılında da Yugoslavya'nın dağılması ile birlikte self determinasyon ilkesinin sömürgeler dışında da uygulanması söz konusu olmuştur. Burada ayrılan devletler bu ilkeye dayandıklarını açıklamışlardır. Ancak ortaya çıkan bu devletlerin özelliği daha önceki yapıda federe devlet statüsünde olmalarıdır.

⁷² http://undp.un.org.tr/unic_tur/ekler.html(Erişim tarihi: 18.08.2009)

⁷³ KARAOSMANOĞLU, 2003, s.151

⁷⁴ THORNBERRY, 1980, s.453.

⁷⁵ ARSAVA, 1993, s. 78

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

Ayrıca federal anayasalarında bu devletlerin self determinasyon hakkına sahip oldukları açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla günümüzde uluslararası hukukta bütün topluluklar açısından self determinasyon hakkının olduğunu söylemek kanımızca isabetli bir yaklaşım olmayacaktır⁷⁶.

7. İkiz Sözleşmelerde Self Determinasyon

BM tarafından hazırlanılarak 1966 yılında imzaya açılan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”⁷⁷ ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁷⁸ self determinasyonun sömürge halkları dışında evrensel bir nitelik kazanmasında önemli bir etken olmuştur⁷⁹. BM 1966 yılında imzalanan ve 1976 yılında yürürlüğe giren ikiz sözleşmeler olarak da bilinen Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 1. maddelerinde self determinasyon hakkından bahsedilmiştir⁸⁰.

Bu iki sözleşmenin de 1. maddeleri aynı şekilde düzenlenmiştir.

1. “*Bütün halklar kendi kaderlerini tayin hakkına sahiptir. Bu hak vasıtasıyla halklar kendi siyasal statülerini serbestçe tayin edebilir ve ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerini serbestçe sürdürebilirler.*”
2. “*Bütün halklar uluslararası hukuka ve karşılıklı menfaat ilkesine dayanan uluslararası ekonomik işbirliği yükümlülüklerine zarar vermemek koşuluyla, doğal kaynakları ve zenginlikleri üzerinde kendi yararına serbestçe tasarrufta bulunabilir. Bir halk sahip olduğu maddi kaynaklardan hiç bir koşulda yoksun bırakılamaz.*”
3. “*Kendini Yönetemeyen ve Vesayet altındaki Ülkelerden sorumlu olan Devletler de dahil bu Sözleşmeye Taraf bütün Devletler, kendi kaderini tayin hakkının gerçekleştirilmesi için çaba gösterir ve Birleşmiş Milletler şartının hükümlerine uygun olarak bu hakka saygı gösterir.*”

⁷⁶ KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 263; UZ, 2007, s.75.

⁷⁷ 16 Aralık 1966 yılında 2200 (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁷⁸ 16 Aralık 1966 yılında 2200 (XXI) sayılı kararla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁷⁹ RADAY, 2003, s.454.

⁸⁰ UZ, 2007, s.68; metinler için bkz. <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html> (Erişim tarihi: 18.08.2009).

Her iki sözleşmede de dikkat çeken birinci unsur, self determinasyondan artık bir ilke olarak değil hak olarak bahsedilmesidir. Dolayısıyla self determinasyon hakkının hukuki bir yükümlülük yüklediği, sadece yol gösterici bir ilke olduğu artık ileri sürülemeyecektir. Ancak, Sözleşmelerin devletlere ne gibi yükümlülükler getirdiği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Sadece BM Antlaşmasına atıf yapılmıştır. Self determinasyon hakkın sadece sömürge yönetimi altındaki halklarla sınırlı olmadığı ileri sürülebilir. Ancak bir ülkede bireyler temel haklarını kullanabiliyorsa toplumdaki bütün halk unsurları self determinasyon hakkını kullanmış olacaktır. Buradan hareketle, o toplumdaki azınlıkların ayrılma talebi günümüz modern toplumlarında kabul edilmemektedir⁸¹.

Yine 1. maddeden hareketle, self determinasyon hakkının, bir defaya mahsus kullanılan bir hak değil, sürekli olarak yenilenmesi ve güçlendirilmesi gereken dinamik bir hak⁸² olduğu ileri sürülse de bu yorum BM'nin verdiği kararlarla bağdaşmamaktadır. Birinci fıkranın birinci cümlesi, söz konusu hakkın halk tarafından kullanılabilmesini belirtmektedir. Dolayısıyla bu hakkın bireyden çok gruba verildiği söylenebilir. Bu grup ise, siyasal statü, ekonomik, toplumsal ve kültürel gelişme konularında aynı özleme sahiptir⁸³.

Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre; halklar kendi yer altı ve yer üstü doğal zenginlik kaynaklarını kullanabilecekler ve bu haktan mahrum bırakılmayacaktır. Görüldüğü gibi self determinasyon, siyasi boyutunun yanında ekonomik bir boyut kazanmıştır. Aynı maddenin 3. fıkrası da vesayet altındaki ülkelere BM Antlaşması çerçevesinde bağımsız olma hakkı vermiştir. Dolayısıyla self determinasyon hakkının kullanılması BM yasası hükümlerine bağımlı kılınmıştır.

İkiz sözleşmeler olarak da ifade edilen her iki sözleşmenin birinci maddesi, bütün sorulara cevap verememektedir. Mesela hangi halklara self determinasyon hakkı verilmektedir⁸⁴? Verilen hakkın kapsamı nedir? Ve nasıl uygulanacaktır? Yine bir devletin sınırları içinde yaşayan azınlıklara kendilerini çoğunluk yönetiminden bağımsız kılma hakkı verecek midir? Self determi-

⁸¹ DOĞAN, 2006, s. 1

⁸² ARAL, 1999-2000, s. 111

⁸³ Tom HADDEN "Uluslar arası Hukukta Azınlıkların ve Halkların Hakları", (Schulze, Kirsten E.-Stokes, Martin- Campbell, Colm), Ortadoğu'da Milliyetçilik, Azınlıklar ve Diasporalar, Çev.Ahmet Fethi, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1998, s.33.

⁸⁴ UZ, 2007, s.69.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

nasyon hakkından yararlanması kabul edilen sömürge idaresindeki halklar ile devletin ülkesinin bütünlüğüne zarar vereceği sebebiyle bu haktan faydalanması reddedilen topluluklar arasındaki ayrım nasıl yapılacaktır?⁸⁵ İkiz sözleşmelerde kastedilen self determinasyon hakkı kanımızca içsel self determinasyondur. Bu sözleşmelerde hedeflenen şey, halkların haklarını etkinleştirerek onların ülkeleri içinde özgür bireyler ve topluluklar olmalarını sağlamaktır. Her topluluğun bağımsızlığını kazanarak özgür olması söz konusu olmamak gerekir. Böyle bir durum BM geleneğine de aykırı olurdu. Çünkü BM ülke bütünlüğüne ve devletlerarası ilişkilerde istikrara büyük önem vermektedir⁸⁶.

Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme kapsamında kurulan İnsan Hakları Komitesinin sözleşmeye ilişkin yorumunda, 1. maddedeki self determinasyon hakkı ile 27. maddedeki azınlıkların korunması ile ilgili hükmün karıştırılmaması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü; Sözleşmenin bu iki hükmü farklı bölümlerde ele alınmıştır. Self determinasyon halklara tanınmış bir hak iken 27. madde azınlıklarla ilgilidir ve devletin egemenliğine ve toprak bütünlüğüne zarar vermemelidir⁸⁷.

8. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Belgelerinde Self Determinasyon

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatının 1975 yılında kabul ettiği Helsinki Nihai Senedinde de self determinasyona yer verilmiştir. Senedin VIII. bölümü eşit haklar ve halkların self determinasyon hakkıyla ilgilidir⁸⁸.

Bu bölüme göre; *“Katılan devletler, halkların haklarının eşitliğine ve kaderlerini kendilerinin saptamaları haklarına, her zaman Birleşmiş Milletler Antlaşmasının amaçları ve ilkelerine ve Devletler Hukukunun, Devletlerin ülke bütünlüklerine ilişkin kurallarını da kapsamak üzere, ilgili kuralları uyarınca saygı gösterirler”*.

“Halkların haklarının eşitliği ve kaderlerini kendilerinin saptamaları hakları ilkesi uyarınca, bütün halklar; dışardan bir karışma olmaksızın, istedikleri zaman ve istedikleri biçimde, iç ve dış siyasal statülerini özgür olarak saptama ve siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini diledikleri gibi sürdürme hakkına her zaman sahiptirler.”

⁸⁵ TAŞDEMİR, 1999, s. 28.

⁸⁶ KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 269.

⁸⁷ TUNÇ, 2004, s. 198.

⁸⁸ <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/hns1975.html> (Erişim tarihi: 19.08.2009)

Dr. Doğan KILINÇ

“Katılan devletler, gerek kendi aralarında gerek bütün Devletlerle dostluk ilişkilerinin gelişmesi için, halkların haklarının eşitliği ve kendi kaderlerini kendilerinin saptamaları ilkesine evrensel saygının ve bu ilkeyi etkin bir biçimde kullanmalarının önemini bir kez daha doğrularlar; katılan - Devletler, bu ilkeye, herhangi bir biçimde olursa olsun, aykırı davranışların ortadan kaldırılmasının önemini anımsatırlar.”

Helsinki Senedi, sömürge, yabancı hakimiyeti, ya da ırkçı bir rejim altında yaşayan halklardan bahsetmeden, genel olarak egemen ve bağımsız bir devlette yaşayıp yaşamadığına bakmaksızın bütün halkların self determinasyon hakkından bahsetmektedir. Senede göre; self determinasyon hakkı bazı üçüncü dünya ülkelerinin ileri sürdüğü gibi bağımsızlık anında bir defa kullanılan bir hak olmayıp devamlılık arz eden bir hak şekline gelmektedir. Burada “içsel self determinasyona” ilk kez değinilmiştir⁸⁹. Helsinki Senedinde, self determinasyon hakkının kapsam olarak daha geniş olduğunu ileri sürülebilir de bu hakkın nasıl kullanılabilceğı hususu belirsizliğini korumaya devam etmektedir.

1989 tarihli Viyana Belgesi, 1990 tarihli Yeni Avrupa İçin Paris Şartı ve 1991 tarihli Moskova Belgesinde de self determinasyon hakkından bahsedilirken, ülkenin toprak bütünlüğünün korunması gerektiğı de belirtilmiştir. Paris şartında; “*BM Antlaşmasına ve devletlerin toprak bütünlüğünün korunması da dahil olmak üzere uluslararası hukukun ilgili normlarına uygun olarak, halkların hak eşitliğini kendi kaderlerini tayin hakkını teyit ediyoruz.*”⁹⁰ şeklindeki ifadede ülke bütünlüğünün altı çizilmiştir. Paris şartında, demokrasi ve insan haklarına da vurgu yapılmıştır. Buna göre; “*Demokratik yönetim, düzenli aralıklarla yapılan serbest ve adil seçimlerde ifadesini bulan halk iradesine dayanır. Demokrasinin temelinde insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü vardır. Demokrasi, ifade özgürlüğü, toplumdaki tüm gruplara hoşgörü gösterilmesi ve her bireye fırsat eşitliği tanınması konusundaki en önemli güvencedir.*” Türkiye de AGİT’e taraf bir ülkedir. Paris Şartında, “içsel self determinasyon” ilkesinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla Türkiye’nin bu prensibi kabul ettiğı ileri sürülebilir⁹¹.

⁸⁹ TAŞDEMİR, 1999, s. 32; ARAL, 1999-2000, s. 111.

⁹⁰ Burhan KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 893.

⁹¹ ARAL, 1999-2000, s. 115

9. Self Determinasyonun Sınırları ve Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak Azınlıklar ve Self Determinasyon

Dünya tarihindeki büyük nüfus hareketleri, devletlerin siyasi sistem ve sınırlarının değişmesi, azınlık sorunlarının ortaya çıkmasında önemli bir etken olmuştur. Azınlık kavramı ve azınlıklar sorunu, 16. yüzyıldan beri dünya siyasetini ve uluslararası hukuku meşgul eden oldukça tartışmalı bir kavramdır. Azınlık kavramının ne anlama geldiği konusunda pek çok tanım yapılmış olmakla birlikte, üzerinde herkesin anlaştığı bir tanıma henüz ulaşılamamıştır⁹².

Azınlık kavramı sosyolojik ve hukuki açıdan olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Azınlık; İngilizce’de minority, Latince’de minor (küçük, az) karşılığı olarak kullanılır. Türkçe Sözlüğe göre; “*Bir toplulukta herhangi bir nitelik bakımından ayrı ve ötekilerden sayıca az olanlar ya da bunların durumu, çoğunluk karşısı, bir ülkede, egemen ulusa göre ayrı soydan ve sayıca az olan topluluk*” olarak⁹³, başka bir tanımda; “*İrk, milliyet, din veya dilsel özellikleriyle geniş topluluktan ayrılan ve hem geniş toplum hem de kendi üyeleri tarafından farklı bir grup olarak algılanan bir insan topluluğu*” olarak tanımlanmıştır⁹⁴.

1966 yılında Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27. maddesine bağlı bir çalışmayı hazırlamak amacıyla Francesco Capotorti özel raportör olarak görevlendirilmiştir. Capotorti’nin yaptığı tanım günümüzde azınlıkların tanımlanması çerçevesinde yapılan çalışmalarda belirleyici rol oynamıştır. Etnik, dilsel, dinsel azınlıklara ait kişilerin haklarını inceleyen Capotorti, genellikle kabul edilen şu tanımlamayı yapmıştır. “*Azınlık, bir devletin nüfusunun geri kalanına göre sayısal olarak daha az olan, egemen durumda olmayan, bu devletin vatandaşı olan, nüfusun geri kalan bölümünden etnik, dinsel, dilsel nitelikleri bakımından farklılık gösteren ve kültürlerini, geleneklerini, dinlerini korumaya yönelik, üstü örtülü de olsa bir dayanışma*

⁹² TUNÇ, 2004, s.181; Naz ÇAVUŞOĞLU, “Azınlık Nedir?”, İnsan Hakları Yıllığı, C, XIX-XX, 1997-1998.s. 93-101; François RIGAUX, “Azınlıklar Hukuku: Tanımlama Sorunları”, Ulusal, Uluslararası ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, (Editör İbrahim Ö. KABOĞLU) İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.51-67; Francis DELPEREE, “Avrupa ve Azınlıklar Kopenhag Krtierleri Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin Ortak Paydası mı?” (Editör İbrahim Ö. KABOĞLU) İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, İstanbul, 2001, s.187.

⁹³ <http://www.tdk.gov.tr>; <http://www.minorityrights.org> (Erişim tarihi: 19.08.2009)

⁹⁴ Kadir CANATAN, “Azınlıklar ve Azınlıkların Oluşumu”, Avrupa Günü, S.1, 2001, s.82

Dr. Doğan KILINÇ

*duygusu gösteren gruptur*⁹⁵. Capotorti'nin yaptığı bu tanım günümüzde yaygın olarak kullanılmakta ve genellikle kabul edilmektedir.

Self determinasyon, sınırlamaları olmayan mutlak bir hak değildir. Bu hak sömürgeciliğin tasfiyesi sırasında ortaya çıkmıştır. Sömürge altındaki halkların yabancı egemenliğinden kurtularak kendi bağımsız devletini kurma veya başka bir devletle birleşme hakkıdır. Dolayısıyla halkların sahip oldukları bu hak, sömürge devletten bağımsız olma veya başka bir devletle birleşme ile ilgilidir. Kurulmuş veya kurulacak olan bağımsız devletlerin siyasi düzenlerinin niteliği ya da demokratik olup olmadıkları konusu self determinasyonu ilgilendirmez. Bu hakka diğer bir sınırlama toprak bütünlüğüdür⁹⁶. Bu hak genelde “toprak bütünlüğünün korunması” ya da “sınırların değişmezliği” ilkesiyle beraber ele alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, halk sömürgeci yönetimden devralınacak sınırlar içinde yaşayan kişilerin toplamıdır. Ülkenin geleceğinin belirlenmesi için o ülkede yaşayan tüm halkın çoğunluğunun oyu dikkate alınır. Ayrıca ülke içinde yaşayan değişik azınlıklar self determinasyon hakkına sahip değildir⁹⁷.

BM'nin 1970 tarihli ve 2625 sayılı bildirgesine göre; halkların eşit hakları ve self determinasyon ilkesi, halklar bakımından bir hak olduğu gibi diğer devletler açısından da bir yükümlülüktür. Ancak bildirme, ülke bütünlüğüne de vurgu yapmıştır. Self determinasyon hakkı; ırk, inanç, ya da renk ayrımı yapılmaksızın ülkenin tüm halkını temsil eden bir yönetime sahip egemen ve bağımsız devletlerin ülke bütünlüğünü ya da siyasi birliğini bozacak şekilde yorumlanamaz. Görüldüğü gibi bildirme, self determinasyon ilkesini desteklerken doğal olarak ülke bütünlüğünün korunması gerektiğinin de altını çizmektedir⁹⁸.

BM Genel Kurulu, self determinasyonun bölgesel ve uluslararası istikrarı bozucu bir şekilde kullanılmasına karşı çıkmıştır. Bu yaklaşım “Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri”de (1514-XV)⁹⁹ ve “Dostça İlişkiler ve İşbirliği Bildirisi”nde açıkça ifade edilmiştir. Burada self determinasyonun sömürge durumundaki ülkelerin bağımsızlık kazanmalarıyla ilgili bir hak ol-

⁹⁵ Francesco CAPOTORTI, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations, New York, 1991.

⁹⁶ THORNBERRY, 1980, s. 453. UZ, 2007, s.72.

⁹⁷ KARAOSMANOĞLU, 2003, s. 152; UZ, 2007; s.70, SALADIN, 1991, s. 174.

⁹⁸ ŞAHİN, 2000, s. 28; KÜTÜKÇÜ, 2004, s. 269

⁹⁹ TAŞDEMİR, 1999, S.17; http://undp.un.org.tr/unic_tur/ekler.html (Erişim tarihi: 19.08.2009)

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

duğu, bağımsız ülkelerde azınlıklara ya da etnik gruplara bağımsızlık hakkı tanıyarak, devletlerin toprak bütünlüklerinin bozulmasına yol açan bir ilke olmadığı belirtilmiştir¹⁰⁰.

Self determinasyon talebinin haklı görülebilmesi için sistematik bir sömürü, ayrımcılık ya da adaletsizliklerin mevcut olması gerekir. Başka bir ifadeyle etnik grup, üyesi olduğu toplumda etnik kimliğinden dolayı artık barış ve güvenlik içinde yaşayamayacağı bir pozisyonda olmalıdır. Eğer BM kendi üyelerinin ülke bütünlüğünü desteklemeseydi daha sonra zor durumda kalabilirdi. Ulusal self determinasyon düşüncesi, devletlerin çoğunluğunda potansiyel ayrılıkçıları olduğu dikkate alınırca uluslararası sistemde mevcut düzene meydan okur. Self determinasyon hakkı ne mutlak ne de şartsız bir haktır. Bu hak, azınlıkların ağır bir şekilde ayrımcılığa maruz kalmış olma ve teröre bulaşmamış olma gibi gerekli şartların yerine getirilmesine bağlı olarak incelenebilir¹⁰¹.

b. Self Determinasyon Örnekleri

Bir sömürge ülkesi, bağımsızlığını kazandıktan sonra söz konusu ülke içinde yaşayan halkların ayrı bir devlet kurma teşebbüsleri devletler tarafından kabul edilmemektedir. Sömürge olmayan bir ülkede yaşayan bir halkın self determinasyon gerekçesiyle bir ülkeden ayrılma isteği devletler hukukuna aykırı olacaktır. Örneğin 1. Dünya Savaşı sırasında bağımsızlığını ilan eden ve içinde çoğunluğun İsveç dilini konuştuğu Aland Adalarının bu talebini Milletler Cemiyeti böyle bir devletler hukuku kuralı olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yine Kongo'dan ayrılmak isteyen Katanga bölgesinin isteğini kabul etmemiştir. Gerekçe ise; self determinasyon hakkı sömürge yönetiminden çıkma hakkını tanıy ancak bu bölgelerin kendi devletlerinde ayrılma hakkını içermez¹⁰².

Self determinasyon hakkı, 2. Dünya Savaşına kadar hukuki olmaktan ziyade siyasi bir ilke olarak kabul edilmiş, daha sonraki yıllarda hak olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak bu hakkın öznesinin kim olduğu tartışmalıdır. Sömürge altında yaşayan halkların bu hakka sahip olduğu neredeyse ittifak halinde kabul edilmektedir. Bağımsızlığını kaybeden bir devletin yeniden bağımsızlığını kazanması, aynı ulusun iradesi dışında bölünmesi halin-

¹⁰⁰CASSESE, 1995, s. 122; UZ, 2007, s.74; RADAY, 2003, s. 455.

¹⁰¹ GÜRSES, 1998, s. 60.

¹⁰² DOĞAN, 2006, s. 4.

Dr. Doğan KILINÇ

de yeniden birleşmesi durumunda da self determinasyon hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Doğu-Batı Almanya'nın birleşmesi, Kuzey ve Güney Yemen'in birleşmesi, SSCB egemenliği altındaki devletlerin bağımsızlıklarını kazanmaları konuya örnek olarak verilebilir¹⁰³. Ancak Filistin halkı belli bir özerklik verildiği halde henüz bağımsızlık kazanamamıştır. Dolayısıyla self determinasyon hakkının hukuki olmaktan ziyade siyasi bir yönünün olduğu¹⁰⁴ ileri sürülebilir.

Devletlerin self determinasyon konusundaki pratiği, BM vesayeti altındaki topraklar ve çoğu Afrika devleti örneğindeki gibi, sömürge statüsünden çıkan veya S.S.C.B ve Yugoslavya örneklerinde olduğu gibi, dağılan konfederasyonlardan kopan diğer tarihsel olarak tanımlı topraklarla sınırlı kalmıştır. 1960'lı yıllarda Nijerya'dan ayrılmak için Biafra tarafından başlatılan teşebbüs, yine yakınlarda Çeçenistan gibi kurulu bağımsız devletlerden kendilerini ayırmaya çalışan nüfuslar için self determinasyon hakkı kabul edilmemiştir¹⁰⁵.

Doktrinde bazı yazarlar self determinasyon hakkının kolektif bir hak olduğunu ve bu nedenle bu hakkı henüz devlet aşamasına gelmemiş halkların da kullanabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken nokta şudur. Etnik, dil, din farklılıklarına bakılmaksızın kişilerin kendi kaderlerini belirleyebilmeleri demokrasinin özünde mevcut olan bir durumdur. Demokraside yaşayan bireyler demokratik sürecin kendilerine açık olduğu, alınan kararlarda kendilerinin dışlandıkları hissine kapılmadıkları sürece¹⁰⁶ veya toplumdaki demokratik yapı halkın her kesiminin yönetimde bir şekilde temsil etmesine imkan sağlıyorsa bu hak ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla demokratik bir ortama rağmen çeşitli etnik grupların hareketine destek vermek devletler hukukuna aykırıdır. Nitekim BM verdiği kararlarında sömürge olmayan topluluklar açısından bir yerde beraber yaşayan halkların ayrılmasını meşru olarak kabul etmemektedir. 1970 yılında aldığı 2625 sayılı kararda bu durum açıklanmıştır¹⁰⁷.

10. Self Determinasyonun Uygulanması

Self determinasyonla ilgili diğer bir sorun bu ilkenin nasıl uygulanacağıdır. Bu hak kullanılırken askeri güç kullanılabilir mi? Üçüncü kişiler bu hak-

¹⁰³ DOĞAN, 2006, s. 8.

¹⁰⁴ TIERNEY, 2002, s.942.

¹⁰⁵ HADDEN, 1998, s. 34., THORNBERRY, 1980, s.452.

¹⁰⁶ HAZIR, 1996, s. 272

¹⁰⁷ DOĞAN, 2006, s. 6

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

kın yerine getirilmesini talep edebilir mi? BM sömürge altından kurtulmak veya işgal edilen ülkenin yeniden bağımsızlığını kazanabilmesi için silahlı mücadele vermesini meşru görmektedir. Uygulamada self determinasyon hakkının genelde güçle elde edilebildiğini söylemek mümkündür¹⁰⁸. Örneğin Filistin halkı hakkında BM'lerde farklı zamanlarda ülkelerine dönebileceklerine ilişkin kararlar çıkmasına rağmen bugün dünyanın pek çok yerinde sürgünde Filistin halkı yaşamaktadır. Bu durum, self determinasyonun hukuki olmaktan ziyade siyasi bir ilke olmaya devam ettiğinin göstergesidir.

Azınlık hakları, azınlığa mensup bireylerle ilgilidir, self determinasyon hakkı ise bir topluluk hakkıdır. Azınlık hakları, self determinasyonun içsel görünümü olarak ifade edilebilir¹⁰⁹. Self determinasyonun iç görünümü sadece azınlık haklarıyla sınırlanamaz, bireyleri de kapsar. Diyelim ki benim self determinasyon hakkım var. Şayet benim konuşma hakkımı inkar ederseniz bu benim kendimi belirleme hakkım dahil olmak üzere temel insan hakkı olan ifade hürriyetimin ihlalidir. Eğer ben etnik, dinsel ya da dilsel bir gruba aitsem, bu grubun haklarının yok sayılması benim self determinasyon hakkımın da ihlal edilmesi demektir¹¹⁰.

Günümüzde devletler, self determinasyonun ilkesinin uygulanması konusunda sorunlar yaşamaktadır. Bu sorunlardan birincisi yukarıda açıklamaya çalıştığımız halkın kim olduğudur. İkincisi, bu ilkenin bir devletten ayrılarak başka bir devlet kurma hakkını içerip içermediği ve günümüzde nasıl uygulanacağı, üçüncüsü ise; bu ilkenin uluslararası hukuk kuralı haline gelip gelmediğidir.

Günümüzde, devletlerin self determinasyon hakkına dayanarak ayrılma hakkı kullanılmasına göz yumarak, ülkelerinin parçalanmasına ve uluslararası ve bölgesel istikrarsızlıkların ortaya çıkmasına seyirci kalacaklarını beklemek pek akıllıca olmayacaktır. Bu sebeple, uluslararası hukuk kurallarının yapıcısı olan devletler, yeni bağımsız devletler görme konusunda çok az istekli olacaklar ve bu ilkenin demokratikleşme anlamında yorumlanarak söz konusu ülkede yaşayan gruplara temel hak ve özgürlükler, yönetime katılma gibi konularda iyileştirme yapılması tavsiyesinde bulunacaklardır. Belki de en fazla, bölgesel özerklik, federasyon gibi hakları içeren birtakım uygulamalar olmasını isteyeceklerdir. Ancak yine de istisnaen self determinasyon hakkına

¹⁰⁸ DOĞAN, 2006, s. 9

¹⁰⁹ ŞAHİN, 1998, s. 1336

¹¹⁰ REHMAN, 2002, s. 411

Dr. Doğan KILINÇ

dayanarak ayrılma hakkının kabul edilebileceği söylenebilir¹¹¹. 2007 yılında başlayan süreçte Kosova'nın ayrılarak devlet kurma isteğinin Avrupa Birliği tarafından desteklenmesi bu duruma örnek olarak verilebilir.

Son olarak, self-determinasyonun uluslararası hukuk kuralı haline gelip gelmediği de tartışmalıdır¹¹². Gerçi 1966 yılında imzalanan ve 1976'da yürürlüğe giren BM ikiz sözleşmeleriyle, self-determinasyon bağlayıcı bir uluslararası hukuk kuralı niteliği kazanmış gibi görünmektedir. Ancak yukarıda bahsedilen self determinasyonla ilgili sorunlar, ayrıca uluslararası hukuk kurallarının devletlerin belli konularda istikrarlı bir biçimde aynı davranışı sergilemeleri sonucu olduğu düşünüldüğünde, bu ilkenin bir hukuk kuralı oluşturmadığı¹¹³ ileri sürülebilir. Öte yandan BM tarafından alınan kararlar ve kabul edilen belgeler, hukuksal açıdan bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir. Ayrıca bu belgelere devletler tarafından yüklenen anlamlar da farklı olabilmektedir. Self determinasyon kavramının içsel ve dışsal anlamlarının olması ve bunların bile iç içe geçmeye başlaması, uygulama açısından sorunu daha da karmaşık hale getirmektedir¹¹⁴.

Devlet içindeki bir etnik grubun ayrılma yoluyla yeni, bağımsız bir devlet kurma ya da mevcut devlet yapısı içinde daha geniş siyasi, kültürel ve ekonomik özerklik istemesi halinde içsel hem de dışsal boyutlu olabilecek self determinasyon söz konusudur. Bu talepler, tarihi, kültürel veya ekonomik nedenlere dayanabilir. Self determinasyon talebinin birden çok devleti ilgilendirmesi durumunda ise sınır değişiklikleri gündeme geleceğinden istikrarsız bir bölge ortaya çıkması yüksek ihtimaldir.

Devletler, kendi çıkarları doğrultusunda self determinasyon konusunda politikalar izlemektedir. Örneğin, batılı devletler, sömürgeleri bulunduğu dönemde bu hakka şiddetle karşı çıkmışlardır. Ancak, günümüzde aynı devletler, sömürgelerini kaybettikten sonra bu hakkı desteklemektedir.

SONUÇ

Self determinasyon, tarihsel kökenleri Aristo'ya kadar gitmekle birlikte özellikle 1. Dünya Savaşı ve sonrasında uluslararası alanda popüler olmuş ancak Milletler Cemiyeti Sözleşmesinde yer almamıştır. 2. Dünya savaşından

¹¹¹ KURUBAŞ, 2004, s. 157.

¹¹² RADAY, 2002-2003, s. 461.

¹¹³ Uluslararası hukuk kurallarının oluşumu konusunda bkz. PAZARCI, 2003, s. 33.

¹¹⁴ KURUBAŞ, 2004, s. 158.

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

sonra self determinasyon yine gündemde olmuş ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer alarak sömürge altındaki halkların bağımsızlığını kazanmasında önemli bir rol oynamıştır.

İkiz Sözleşmeler olarak bilinen ve BM tarafından hazırlanılarak 1966 yılında imzaya açılan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi” ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi self determinasyonun sömürge halkları dışında evrensel bir nitelik kazanmasında önemli bir etken olmuştur. Yine AGİT belgelerinden olan 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedi, 1989 tarihli Viyana Belgesi, 1990 tarihli Yeni Avrupa İçin Paris Şartı ve 1991 tarihli Moskova Belgesi self determinasyon ilkesini soğuk savaş sonrası döneme taşımıştır. Başka bir ifadeyle, sömürgecilik sonrası dönemden sonra ilke yeniden dünya gündemine girmiştir.

Self determinasyon, sömürgeciliğin tasfiyesi sırasında başarıyla uygulanmış ve uluslararası toplum tarafından da desteklenmiştir. Ancak, sömürgeleşme sonrası dönemde bu hakkın uygulanması konusunda farklı yaklaşımlar olmuştur. Bazı ülkeler, self determinasyonun yalnızca sömürge altında yaşayan halklara tanındığını ileri sürerken bazı ülkelerde etnik, dilsel dinsel grupların da bu hakka sahip olduğunu ileri sürmüştür.

Günümüzde, self determinasyonun hak olduğu genellikle kabul edilmektedir. Ancak, bu hak halklara tanındığından ve halk tanımı üzerinde bir uzlaşma olmadığından dolayı tartışmalar sürüp gitmektedir. Burada içsel self determinasyonun sorunun çözümüne katkı sağlayabileceği ifade edilebilir. Eğer, bir devlet ülkede yaşayan etnik, dilsel ya da dinsel açıdan farklı gruplara karşı sistematik bir ayrımcılık yapıyorsa, onların yönetimde söz sahibi olmasını engelliyorsa o grup self determinasyon hakkını kullanabilir aksi halde bu hak kullanılmayacaktır. Örneğin Güney Afrika’da yaşayan zenci halkın bu kapsamda self determinasyon hakkının bulunduğu ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin tanındığı ve güvenceye alındığı demokratik bir sistemde o ülkede yaşayan gruplar self determinasyon hakkından yararlanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- ARAL, Berdal:** “Kolektif Bir İnsan Hakkı Olarak Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C, 21-22, 1999-2000
- ARSAVA, Ayşe Füsün:** “Self Determinasyon Hakkının Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Aaland Adaları Sorunu”, Seha L. Meray’a Armağan, C. I, Ankara 1981
- CANATAN, Kadir:** “Azınlıklar ve Azınlıkların Oluşumu”, Avrupa Günlüğü, S.1, 2001
- CAPOTORTİ, Francesco:** Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations, New York, 1991.
- CASSESE, Antonio:** Self Determination of Peoples, Cambridge University Press 1995
- ÇAVUŞOĞLU, Naz:** “Azınlık Nedir?”, İnsan Hakları Yıllığı, C, xıx-xx, 1997-1998
- DELPREE, Francis:** “Avrupa ve Azınlıklar” Kopenhag Kriterleri Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği’nin Ortak Paydası mı? (Editör İbrahim Ö. KABOĞLU) İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, İstanbul, 2001
- DOĞAN, İlyas:** “Kendi Geleceğini Belirleme İlkesi”, Kamu Hukuku Arşivi, Yıl 9, S. 1-62, Mart 2006
- GÜRSES, Emin:** Milliyetçi Hareketler ve Uluslararası Sistemler, Bağlam yayınları, İstanbul, 1998
- HADDEN, Tom:** “Uluslararası Hukukta Azınlıkların ve Halkların Hakları”, (Schulze, Kirsten E.-Stokes. Martin- Campbell, Colm), Ortadoğu’da Milliyetçilik, Azınlıklar ve Diasporalar, Çev. Ahmet Fethi, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1998
- HAZIR, Hayati:** “Demokrasilerde Etniklik Sorunu ve Türkiye Açısından Tartışılması”, Avrasya Dosyası, C, 3, S, 4, 1996
- KARAOSMANOĞLU, Ali:** “Kendi Kaderini Tayin, Ülke Bütünlüğü, Uluslararası İstikrar ve Demokrasi” Doğu-Batı, Yıl, 6, S, 24, Ağustos, Eylül, Ekim, 2003

Self Determinasyon İlkesinin Azınlıklar Açısından Değerlendirilmesi

- KOSKENNİEMİ, Martti:** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Günümüzde Milli Self Determinasyon: Hukuki Teori Ve Uygulama Sorunları” Gazi Üniversitesi, H.F.D. C,1, S, 1, 1997
- KURUBAŞ, Erol:** “Kuzey Irakta Olası Bir Ayrılmanın Meşruluğu ve Self Determinasyon Sorunu”, Ankara Üniversitesi, S.B.F.D, C, 59, S, 3, 2004
- KURUBAŞ, Erol:** Asimilasyondan Tanınmaya Uluslararası Alanda Azınlık Sorunları ve Avrupa Yaklaşımı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006
- KUZU, Burhan:** Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994
- KÜTÜKÇÜ, M. Akif:** “Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Türk Cumhuriyetleri” Selçuk Üniversitesi S, B, E, D, S, 12, 2004
- ÖZER, Attila:** Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- PAZARCI, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
- POMERANCE, Michla:** Self Determination in Law and Practice, The New Doctrine in the United Nation, 1982
- RADAY, Frances:** “Self Determination and Minority Rights”, Fordham International Law Journal, 2002-2003, Vol.26
- REHMAN, Javaid:** “Yeni Dünya Düzeni ve Azınlıkların Geleceği”, Çev. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Ulusal, Ulusalüstü ve uluslar arası Hukukta Azınlık Hakları (Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, Lozan Antlaşması), (Editör, İbrahim Ö. KABOĞLU), İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi, Yayın no.2, 2002,
- RIGAUX, François:** “Azınlıklar Hukuku: Tanımlama Sorunları”, Ulusal, Uluslarüstü ve Uluslararası Hukukta Azınlık Hakları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002
- SALADİN, Claudia:** “Self Determination, Minority Rights And, Constitutional Accommodation: The Example of The Czech And Slo-

Dr. Doğan KILINÇ

vak Federal Republic”, Michigan Journal of International Law, Vol.13, 1991

SÖNMEZOĞLU, Faruk: “Kendi Kaderini Tayin ve Birleşmiş Milletler”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan 2) İstanbul, 1982

ŞAHİN, Mustafa: Avrupa Birliğinin Self-Determinasyon Politikası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000

ŞAHİN, Mustafa: Yeni Türkiye Dergisi, Özel sayı:22, 1998

TAMÇELİK, Soyalp: “Değişen Dünya Düzeninde Kıbrıs’ın Yeri Ve Self-Determinasyon İlkesinin Yeniden değerlendirmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

TAŞDEMİR, Fatma: “İsrail-Filistin Sorununun Self Determinasyon Hakkı Çerçevesinde Analizi” G.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, C, 2, S, 2, 2000

TAŞDEMİR, Fatma: “Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon” Gazi Üniversitesi, İ.İ.B.F.D, C, 12, Ankara, 1996

TAŞDEMİR, Fatma: Yeni Dünya Düzeninde Self Determinasyon, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999,

TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2001

THORNBERRY, Patrick: “Is There, a Phoenix in The Ashes International Law and Minority Rights”, Texas International Law Journal, Vol. 15.421, 1980

TİERNEY, Stephen: “The Search for a New Normativity: Thomas Franck, Post-Modern Tribalism and The Law of Self-Determination, EJIL (2002) Vol.13, No,4

TUNÇ, Hasan: “Uluslararası Sözleşmelerde Azınlık Hakları Sorunu ve Türkiye”, Gazi Üniversitesi, H.F.D, C,VIII, S,1-2, Haziran-Aralık, 2004.

UZ, Abdullah: “Teori ve Uygulamada Self Determinasyon Hakkı”, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Uluslararası Hukuk ve Politika, C,3, No, 9, 2007

KIBRIS SORUNUNUN TÜRKİYE-AB İLİŞKİLERİNE ENDEKSLENMESİ SÜRECİ

Yrd. Doç. Hasan MOR*

ÖZET

Kıbrıs'ın güneyindeki Rum Yönetimi 1990'da, Kıbrıs'ın tamamı adına AB'ye tam üyelik başvurusunda bulunmuştur. Hem Kıbrıs'taki tarihi, sosyolojik ve siyasi gerçeklik, hem de 1959/60 Zürih, Londra ve Lefkoşa Andlaşmalarının tescil ederek kurduğu hukuki statü Rumlara tek başlarına Kıbrıs'ı temsil etme yetkisi tanımamasına rağmen, bu müracaat AB tarafından kabul edilip işleme konmuştur. Daha sonra Türkiye'nin yaptığı itirazların da etkisiyle, AB içerisinde Rum müracaatının değerlendirilmesine dair kararsızlıklar yaşanmaya başlanmıştır. Ancak 1995'te Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliği Kararlarının görüşüldüğü esnada, esasen Türkiye'nin AB ile ilişkilerini daha da muğlaklaştırıcı etkiye sahip olmasına rağmen Yunanistan ve AB, Türkiye'deki siyasal irade ve yönetim zafiyetinden faydalanarak, Gümrük Birliğini Rum müracaatının sonuçlandırılmasına dair rezerv ve itirazlardan vazgeçilmesi şartına bağlamıştır.

Bu tarihten itibaren, devamlı surette Türkiye AB'ye yakınlaşmaya çalıştıkça, Kıbrıs Sorunu ile ilgili olarak pozisyon ve mevzi kaybetmek zorunda kalmış ve böylelikle Yunanistan ve AB'nin sistematik bir şekilde Kıbrıs Sorununu, Türkiye'nin AB ile ilişkilerine endekslediği görülmüştür. Bu durum, 2004'te Güneydeki Rum Yönetiminin Kıbrıs Cumhuriyeti adına AB üyesi yapılması ile çok daha vahim, sorunlu ve hatta çok yönlü kaotik bir niteliğe bürünmüştür. Özellikle Türkiye'nin tam üyeliği ulusal bir dış politika hedefi haline getirerek, sonucu tamamen belirsizliklerle dolu olsa da, AB ile tam üyelik müzakerelerine başladığı dikkate alınınca, AB ve Yunan-Rum ikilisinin Türkiye'yi tam bir *dış politika hedefler çatışması* (Zielkonflikte) krizinin içerisine sokmuştur.

Türkiye'nin içerisinde bulunduğu bu durum, oldukça sağlam tarihi, siyasi ve hukuki dayanak ve zemine sahip olmasına rağmen, Kıbrıs'ta dolaylı Enosisi kabul etmek ve böylece AB bekleme odasında kalabilmek ya da AB'ye tam üyelik hedefinden vazgeçmek şeklindeki bir dilamadır.

Adada aleyhteki bütün somut siyasi, sosyal ve hukuki gerçekliğe rağmen, Rumları Kıbrıs'ın tamamı adına AB üyesi yaparak, bu dilammanın inşasında belirleyici rol

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Hasan MOR

oyunayan AB, böylelikle 21. yüzyılda global bir aktör olabilmenin gerektirdiği, uluslararası sorun çözme yetenek ve kapasitesi, geniş ufukluluk ve stratejik vizyonuna dair derin zafiyetler içerisinde olduğunu ortaya koymuş bulunuyor.

ANAHTAR KELİMELELER

Kıbrıs Sorunu, Türk Dış Politikası, Türkiye-AB İlişkileri, Türk-Yunan İlişkileri, Avrupa Birliği.

ABSTRACT

Greek Government in the Southern part of Cyprus applied to the EU on behalf of the full community living in the divided Island in 1990. Although historical, sociological, and political realities of the Cyprus, and also legal status defined by 1959/1960 London and Zurich agreements openly prevent Greek Cyprus from one-sidedly representing all the Island in the international affairs, its application was unfairly accepted by the EU despite Turkey's political objection of the time. Later in 1995, during Turkey's negotiation with the EU regarding its accession to the Custom Union, under the veto pressure by Greek government the EU authorities were able to convince Turkey to withdraw its political and legal reserves and objection to Greek Cyprus' membership to the EU, which resulted in further weakening Turkey's diplomatic and political power in the upcoming years. Therefore, as Turkey EU relations intensified in later years, Turkey has lost its major negotiation power and the issue of Cyprus has systematically come to be indexed to Turkish-EU relations. The political situation has later become increasingly chaotic when finally Greek Cyprus has become full member to the EU in 2004. It is especially true for Turkey since the EU membership has now become an official foreign policy of Turkey, but Cyprus issue turned into a predicament creating conflicting foreign policy goals for the decision makers in Ankara. It puts Turkey in a political dilemma, which is either Turkey have to accept an indirect *Enosis* plan shrewdly put in action by Athens and Nicosia in Cyprus by accepting the current status in the Island and so that it will keep its hopes for full membership by waiting in the EU line, or it have to renounce from its rights to EU membership but save the Northern Cyprus's political independence. The current political impasse of Cyprus is also critically important in understanding the EU's political weakness as it aspires to be a 21st century global actor on the one hand, but displays a failure in developing larger vision, strategy and global leadership in resolving such a critical issue in its region as Cyprus.

KEY WORDS

Political Indexation Process of Cyprus Issue to Turkish-EU Relations

Giriş

Bu makalede, yarım asırdan fazla zamandır Türkiye'nin dış politikasında çoğu kere birinci derecede, ama her halükarda devamlı olarak belli ölçülerde doğrudan ya da dolaylı bir şekilde belirleyici bir faktör rolü oynayan Kıbrıs Sorunu, Türkiye-Avrupa Birliği (AB) ilişkileri bağlamında ele alınacaktır. Daha doğrusu Türk dış politikasında süreklilik kazanmış önemli bir sorun alanını oluşturan Türk-Yunan ilişkilerinin kilit bir konusu durumundaki Kıbrıs Sorunu'nun iki ülke arasında bir ihtilaf olmaktan çıkıp, Türkiye-AB ilişkilerine endeksenerek, Türkiye'nin AB'ye üyeliği karşısındaki tek olmasa da en önemli engel haline gelmesi/getirilmesi süreci temel seyir çizgileri itibariyle ele alınacaktır¹.

Türk-Yunan uyuşmazlıkları, Yunanistan'ın dış ve hatta zaman zaman iç politikası açısından biricik değilse bile, kesinlikle birinci önceliğe sahip bir sorun alanı durumundadır². Türk dış politikasında da, yukarıda işaret edildiği üzere Yunanistan ile olan uyuşmazlıkların önemli öncelikli bir yere sahip olduğu görülmektedir³. Hatta zaman zaman Yunanistan eksenli sorunların Türk dış politikasında birinci öncelikli bir konum kazandıkları da gözlemlenir⁴. Kıbrıs Sorunu da, Türk-Yunan ihtilafının ana eksenini teşkil etmekte olup diğer sorunların çözümünde daha, doğru bir ifadeyle çözümsüzlüğünde kilit rol oynamaktadır⁵. İkinci Dünya Savaşı müteakip Türk dış politikasının seyri-ne bakılarak, izlediği güzergahlar ve buradaki temel belirleyici dinamiklerin analiz edilmesi durumunda, Türk-Yunan ilişkilerinin ve bunlar içerisinde de Kıbrıs Sorununun başta gelen bir yere sahip olduğu anlaşılacaktır⁶.

¹ Bu hususta benzer saptamalar için bkz. **SÖNMEZOĞLU**, Faruk, II. Dünya Savaşı'ndan Günümüze Türk Dış Politikası, İstanbul 2006, s. 647.

² Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve analizler için bkz. **AXT** Heinz-Jürgen, Griechenlands Aussenpolitik und Europa: Verpasste Chancen und neue Herausforderungen, Baden-Baden 1992, s.61 vd.

³ **GÜRBEY** Gülistan, Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen, Pfaffenweiler 1988, s. 80 vd.

⁴ Türk-Yunan uyuşmazlığının her iki ülkenin dış politikalarındaki etki ve rollerine dair tespitlerle ilgili olarak bkz. **AXT** Heinz-Jürgen/**KRAMER** Heinz, Entspannung im Aegaeischieskonflikt? Griechisch-türkische Beziehungen nach Davos, Baden-Baden 1990, s. 7-8.

⁵ **GÜRÜN** Kamuran, "Ege Sorunu", *Yeni Türkiye*, Mart-Nisan 1995, Sayı:3, s. 260-262.

⁶ **GÜRÜN** Kamuran, Dış İlişkiler ve Türk Politikası (1939 dan günümüze kadar), Ankara 1983, s. 3.

Burada, Kıbrıs Sorunu gibi oldukça çok yönlü ve karmaşık bir sorunun⁷ diğer bütün yönleri bir tarafa bırakılarak sadece, meselenin bir Türk-Yunan ihtilaf konusu olmaktan çıkarak, Türkiye-AB ilişkilerinde nasıl temel belirleyici kilit bir rol oynar konuma geldiği⁸ ya da getirildiği incelenecektir. İlaveten Türkiye ile AB arasında tam üyelik müzakerelerinin başladığı bir dönemde, Kıbrıs'ın Mayıs 2004'te tek taraflı olarak adanın tamamını temsilen AB'ye tam üye olmasından itibaren Türkiye-AB ilişkilerini nasıl bloke edici hale geldiği araştırılacaktır. Bu durumun AB'nin küresel bir aktör olabilmesinin olmazsa olmazını teşkil eden, global vizyon, stratejik bakış açısı ve sorun çözme kapasitesi bağlamında taşıdığı anlam ve açıklayıcılık niteliği üzerinde de durulacaktır.

1. Kıbrıs'ın Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesinde Altyapının Oluşması

Esasen bugün Kıbrıs Sorununun Türkiye'nin AB'ye tam üyeliğinin önünde bir engel haline gelerek, Türk-Yunan ilişkilerinde ikili bir sorun olmaktan çıkmasında, sürecin 1981 yılında Yunanistan'ın AB'ye tam üye olması ile işlemeye başladığı görülecektir. Zira AB, ki o zamanki adı Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET), daha önce Türkiye ve Yunanistan'a karşı ilişkilerinde devamlı olarak belli bir dengeyi gözetmekteydi. Bu durum, 1970'li yılların sonlarına doğru Yunanistan'ın AET'ye tam üye olmak üzere harekete geçmesi ile birlikte zemin kaybetmeye başlamıştır. Türkiye ve Yunanistan ile ilişkilerinde eşit mesafeli bir yaklaşım konusunda, denge gözetici anlamında özenli davranmaya çalışan AET, tam bu esnada Türkiye'nin de tam üyelik için girişimlerde bulunmasına dair sinyaller göndermiş, fakat Türk siyasal önderlerinin kayıtsız kalmaları sonucu, Yunanistan'ın tek başına AET'ye tam üyeliği süreci işlemeye başlamış ve AET ile ilişkilerde söz konusu bu Türk-Yunan dengesi ortadan kalkmıştır.

Bu süreç Yunanistan'ın AET'ye tam üyeliği ile sonuçlanmış ve Yunanistan Birlik üyesi bir ülke olarak, AB karar alma mekanizmaları içerisine dahil olmak suretiyle AB kararları üzerinde doğrudan ve dolaylı bir şekilde etkili

⁷ Kıbrıs Sorunu ile ilgili gelinen son aşamaya ve bu aşamanın AB ile bağlantısına ilişkin ayrıntılı bir analiz için bkz. BAĞCI Hüseyin/USLU Nasuh, "Kıbrıs Sorunu ve AB: Son Gelişmeler ve Tarafların Tavrı", Zeynep Dağı (der.), Doğu'dan Batı'ya Dış Politika. AK Partili Yıllar, Ankara 2006, s. 253 vd.

⁸ Konuya dair oldukça ayrıntılı ve aktüel analizler için bkz. BÜRGİN Alexander, "Beitrittsverhandlungen auf Sparflamme- die EU-Mitgliedschaft und die innenpolitische Krise der Türkei", Internationale Politik und Gesellschaft, Heft 3/2007, özellikle s. 94.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

olmaya başlamıştır⁹. Sonuçta Türkiye'nin AB ile ilişkilerinde Kıbrıs Sorununun kilit bir konum kazanması sürecinde elverişli bir zeminin inşası ile ilgili önemli bir taşıyıcı sütun kurulmuştur.

Bu süreçte ikinci önemli zemin oluşturucu bir başka kilometre taşı olarak da, 1987 yılında değişmeye yüz tutmuş uluslararası sistemin de etkisiyle, Türk dış politikasındaki karar verici aktörlerin Avrupa Topluluğu'na (AT) tam üye olma yönünde bir karara vararak, Nisan 1987'de üyelik müracaatında bulunmalarına işaret etmek gerekir. Bu müracaat ile birlikte, Türkiye'nin AB'ye tam üyelik hedefinin, bir dış politika konsepti olarak Türkiye'nin dış politikasında temel öncelikli bir eksen haline gelmesi süreci işlemeye başlayacaktır. Zira bu müracaatı müteakip belli iniş çıkışlar yaşanmasına rağmen, Aralık 1999 Helsinki Zirvesi ile birlikte Türkiye'ye tam üyelik perspektifi verilmiş ve Türkiye için AB üyeliği daha muhtemel hale geldiğinden, AB'ye tam üyelik Türk dış politikasında birinci öncelikli bir ulusal dış politika hedefi haline gelmiştir. Buna rağmen, Türkiye'nin tam üyeliği fiilen mümkün kılacak elverişli araçlara başvurma, taktik ve stratejiler oluşturma ve uygulama konularında ciddi zaafiyetler gösterdiği söylenebilir¹⁰. Türkiye'nin bu müracaatına AT, 1989 yılında "şimdilik hayır" şeklinde bir cevap vermiş, Türkiye ise "bu uzun ince bir yoldur, pes etmek yok" diyerek bunun öncelikli bir dış politika tercihi olduğuna dair kararlılığını ortaya koymuştur.

Yunanistan'ın 1981'de AET'ye tam üye olması ile, bir taraftan AET'nin Türkiye ve Yunanistan'a karşı dengeli bir ilişki kurma politikası sona ererek, Yunanistan AB karar alma mekanizmasının içerisine dahil olmuş, öbür taraftan da 1987 müracaatı ile birlikte AB karar alma mekanizması Türkiye için daha önce hiç olmadığı derecede önemli bir hale gelmiştir.

Böylece, Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB ilişkilerine endekslenmesi ile sonuçlanacak bir sürecin işlemesinde elverişli bir altyapı oluşmuştur. Bu altyapı Kıbrıs'ın Türkiye-AB ilişkilerine endekslenmesi sürecinde oldukça önemli olmakla birlikte, tek başına belirleyici bir dinamik durumda değildir. Süreci biçimlendirerek bugünkü sonucun ortaya çıkmasını belirleyen ve bir anlamda Kıbrıs Sorununda sürdürülebilir bir çözümün önündeki en büyük engeli de ifade eden faktör ise, Güney Kıbrıs Rum Yönetiminin

⁹ PAPANTONIOU Antonios, Griechenland in der EPZ. Die Aussenpolitik Griechenlands seit dem Beitritt in die EG unter besonderer Berücksichtigung seiner Teilnahme an der EPZ, Frankfurt am Main 1993, s. 84.

¹⁰ AKGÜN Mansur, "Akademi'nin sempozyumu", *Yeni Yüzyıl*, 30 Nisan 1998.

(GKRY) Kıbrıs'ın tamamı adına AB'ye tam üye yapılmasıdır. Bu anlamda Kıbrıs sorununda AB'yi taraf haline getiren, doğrudan doğruya Kıbrıs-AB ilişkilerinin seyriyle ilgili gelişmelere bakarak buradaki gelişmeleri ortaya çıkarmak gerekir.

2. AB-Kıbrıs İlişkilerinin Hukuki Temelleri

1960'da bağımsız bir devlet olmasından iki yıl sonra, Kıbrıs AET'ye Ortaklık Anlaşması için müracaatta bulunmuştur. Hemen hemen aynı dönemde, Rumlar 1959/60 Zürih, Londra ve Lefkoşa anlaşmaları ile kurulan iki toplumlu ve toplumların siyasi eşitliği temelindeki ortak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bu niteliklerini ortadan kaldırmaya koyulmuşlardır¹¹. Rumların kurucu anlaşmalar ve Anayasayı ihlal ederek, Türkleri sistemden dışlamaya başlamaları toplumlararası çatışmaları başlatmış; bunun üzerine Türk toplumu temsilcileri ortak hükümetten ayrılmıştır. Dolayısıyla müzakereleri Rum toplumu temsilcileri tek başına yürütmüş ve Aralık 1972 tarihinde AET ile Kıbrıs Cumhuriyeti arasında Ortaklık Anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylelikle 1959/60 kurucu anlaşmalara temelden aykırı bir şekilde Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti adına hareket ederek adayı AB'ye tam üyeliğe götürecek hukuki süreci başlatmışlardır. Zira söz konusu kurucu anlaşmalara göre Kıbrıs Türkleri Kıbrıs Cumhuriyeti'nin eşit kurucu iki halkından birisidir. Bu durumda Rumların tek başlarına Kıbrıs adına hareket etmeleri uluslararası hukuka göre mümkün değildir. Buna rağmen daha o zaman AET Kıbrıs konusunda tarafsızlığını bozmuş ve dahası uluslararası hukuku ihlal etmiştir.

Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'ni (GKRY) Kıbrıs'ın tamamının temsilcisi olarak kabul eden bu anlaşmaya göre, ilki 1977'ye kadar ve ikincisi de bunu takip eden beş yılı kapsayan iki aşama öngörülmüş; bununla Kıbrıs ile AET arasında ticareti kısıtlayan engellerin aşamalı olarak ortadan kaldırılması, bu sürelerin bitiminde ise Kıbrıs ile gümrükleri tamamen ortadan kaldıracak bir Gümrük Birliği Kararı'nın alınması planlanmıştır.

Bu anlaşma karşısında Rauf Denктаş, Kıbrıs Anayasasının 50. maddesine atıfta bulunarak AET ile yapılan Ortaklık Anlaşmasını hukuk dışı ilan etmiştir. Anayasanın söz konusu maddesi,¹² Temsilciler Meclisi'nin herhangi bir

¹¹ Rumların bu iki toplumlu ve toplumların siyasi eşitliği temelindeki yapıyı ortadan kaldırmaya yönelik geliştirdikleri bir konsept olan Akritas Planı ile ilgili olarak bkz. **KİLERCİOĞLU** Orhan S., *Unutulan Bedel*, Ankara 2007, s. 194.

¹² **SARICA** Murat/**TEZİÇ** Erdoğan/**ESKİYURT** Özer, *Kıbrıs Sorunu*, İstanbul 1975, s.309.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

kanunu ve kararı veya bunların bir kısmını cumhurbaşkanı ve yardımcısının birlikte veya tek başlarına veto edebileceklerini düzenlemektedir. Bu madde, milletlerarası andlaşmalar, sözleşme ve anlaşma akdini de veto edilebilecek konular arasında zikretmektedir. Denktaş hukuken anayasanın bu hükmüne dayanmakta, siyasi bakımdan ise, prensip olarak AET ile ilişkilerin geliştirilmesine karşı olmadığını, fakat Türk Yönetiminin hiçbir aşamasına iştirak ettirilmediği bir andlaşmanın meşruluğu ve hukukiliğinin kabul edilemeyeceğini öne sürmektedir.

Temmuz 1974'te, Yunanistan destekli Sampson bir darbe yaparak 1959/60 Zürih, Londra ve Lefkoşa Andlaşmalarındaki birçok hükümleri açık ve ağır bir şekilde ihlal etmiş ve bu andlaşmaların eki durumundaki Garanti Andlaşmasının 4. maddesinde yer alan Garantör Ülke sıfatı ile Türkiye Ortaklık Andlaşmasından yaklaşık bir buçuk yıl kadar sonra, adaya müdahale etmiştir¹³. Bu müdahale ve adanın ikiye bölünmesi gibi önemli siyasal gelişmeler; ayrıca ekonomik bakımdan beklenen olumlu gelişmelerin sağlanamaması yüzünden, yukarıda sözü edilen aşamalardan ilki sona erdirilmiş, ikinci beş yıllık aşamanın başlatılması ise önce 1979'a, sonra 1983 ve 1985'e ve nihayet 1987'ye ertelenmiştir. 1987 yılında Gümrük Birliği Kararı ile ikinci aşamaya geçilerek Gümrük Birliğinin oluşturulması belli bir takvime bağlanmıştır¹⁴.

3. Kıbrıs'ın AB'ye Tam Üyeliği İle Sonuçlanacak Sürecin Başlangıcı

Yukarıda işaret edilen andlaşmalar temelinde Rum Yönetimi, 3 Temmuz 1990'da AT'a tam üyelik başvurusunda bulunarak 2004'te tam üyelikle sonuçlanacak olan süreci doğrudan başlatmıştır. Bütün bu süreçte önce AET, sonra da Avrupa Topluluğu (AT) her ne kadar Kıbrıs Sorununda taraf olmadığı izlenimi vermek istemiş olsa da¹⁵, aslında bütün bu andlaşmaların müzakerelerini ve sonuca bağlanmasını sadece Rumlarla yürüterek, sanki Kıbrıs'ta adanın tamamı için üniter bir yönetim varmış ve onu da tek başına Rumlar temsil ediyormuş gibi yanlı bir tutum sergilemiştir¹⁶. Oysa Kıbrıs'ta siyasal

¹³ Bu müdahaleye dair ilginç ayrıntılar için bkz. **KİLERCİOĞLU**, s. 230 vd.

¹⁴ Aslında Kıbrıs-AB ilişkilerinin geliştirilmesine yönelik Rum-Yunan çabalarının temel hedefi, sorunu "uluslararasılaştırma" olmuştur. Bu tespit Yunanlı araştırmacılar tarafından da paylaşılmaktadır. Bkz. **PAPANTONIOU**, s. 54.

¹⁵ **GÜRBEY** Gülistan, *Genese eines Konflikt: Eine Analyse der Konfliktursachen*, a.g.e. s. 102-103.

¹⁶ Kıbrıs konusunda AB'nin Rum tarafını muhatap almakla birlikte değişik zamanlarda duruma göre farklı tutumlara yöneldiğine dair bkz. **FIRAT** M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", Gencer Özcan / Şule Kut (Ed.), *En Uzun Onyıl*, İstanbul 1998, s. 257.

eşitliğe sahip iki ayrı toplumun mevcudiyeti, fiili-tarihi bir gerçek olmanın ötesinde; hem kurucu andlaşmalarla teyit edilerek uluslararası hukuka göre taraflar açısından bağlayıcı hale getirilmiş, hem de bu andlaşmalar temelinde yapılan Kıbrıs Anayasası'nda devletin temel düzen ve işleyişi bu iki toplumlu yapı doğrultusunda esasa bağlanmak suretiyle, Kıbrıs Cumhuriyeti kurularak Kıbrıs iç hukuku açısından anayasal bir niteliğe kavuşturulmuştur. Yunanistan ve Rumların bu hukuki durumu göz ardı ederek, adada tek taraflı tahakküm temelinde bir emrivaki yapma girişimlerinin sonucunda; Türkiye, uluslararası hukukun kendisine tanıdığı¹⁷ yetkileri kullanmak suretiyle bu gidişatı önlemiş ve Kıbrıs'ta iki toplum, ayrı müstakil sınırlar içerisinde fiilen kendi devletlerini kurmuşlardır.

Kıbrıs'taki bu iki devletli bölünmüş durum şüphesiz normal olmayan ve söz konusu kurucu andlaşma ve hukuki metinlerin öngörmedikleri olağanüstü bir kriz durumudur. Bu şartlar altında AB'nin tarafsız ve sorun çözücü bir aktör olarak yapması gereken, önce adada bağımsız bir devlet olarak Kıbrıs Cumhuriyeti'ni ortaya çıkaran ve uluslararası hukukça da tescil edilen bir hukuk düzeninin mevcudiyetini kabul etmek; sonra bu hukuk düzeninin sona erdirilmesi ve mevcut fiili durumun ortaya çıkmasında kimin hangi belirleyici rolü oynadığını belirlemek olmalıydı. Bundan sonra da, nihayet hukuk düzeninin yeniden inşası için Kıbrıs Cumhuriyeti devletini kuran bütün hukuk metinlerinde eşitlikleri kabul edilen tarafların, bu eşit statülerini kabul ederek, iki tarafın eşit sayıldığı görüşmelerle sorunun çözümü doğrultusunda yapıcı katkılar sağlamaktır. Hemen burada bir ara tespit olarak AET, AT ve şimdi de AB'nin bu şekilde davranmayıp, sadece taraflarından birisi hatta sorunu çıkaran taraf olan Rumları muhatap almakla, aslında hukuk düzenini sona erdiren saldırgan tarafı hukuk dışı gayrimeşru hedefleri açısından ümitlendirerek cesaretlendirdiği ve böylece de "çözumsuzlüğe esaslı katkılarda bulunduğu" tespit edilmelidir¹⁸.

AB'nin 1999 Helsinki Kararları ile Kıbrıs'ın AB'ye tam üyelik müracaatının sonuçlandırılması için sorunun çözülmüş olmasının aranmayacağı; 2002 Kopenhag Zirvesi Kararları ile tam üyelik için net bir takvimin verilmiş olması ve nihayet 2004'te Kıbrıs'ın AB'ye tam üye olması ile sonuçlanan süreç, 1990 tarihinde Rum Yönetiminin tek başına Kıbrıs'ın bütünü adına AB'ye

¹⁷ Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne de tescil ettirilmiş olan 1959/60 Zürih, Londra ve Lefkoşa Andlaşmalarının Ek Garanti Andlaşması 4. maddesi hükmü böyle bir yetkiyi açıkça tanımaktadır.

¹⁸ Aynı şekilde benzer aktüel saptamalar için bkz. ÜNAL Hasan, "AB'nin Kıbrıs Saplantısı", *Zaman*, 23 Mart 2000.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

tam üyelik müracaatında bulunması ve bu müracaatın AB tarafından kabul edilip değerlendirmeye alınması ile işlemeye başlamıştır.

Rum kesiminin Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliği ile ilgili bu müracaatı da ne yazık ki, AB tarafından kabul edilmiş ve olarak gerekli raporun hazırlaması için AB Komisyonu'na havale edilmiştir¹⁹. Bu tutum, aslında doğurması muhtemel sonuçlar dikkate alındığında, AB'nin Kıbrıs konusunda daha önce hiç rastlanmadık ölçüde Rum yanlısı bir tutum takındığını ifade etmektedir ve AB'nin gittikçe artan bir oranda Kıbrıs Sorununun tarafı haline gelmiş olmasının önemli göstergesidir. Zira AB'nin, bu müracaatı kayıtsız şartsız kabul ederek işleme koyması; Rumların adanın tamamı için karar verme yetkisine sahip olduklarının kabul edilmesinin yanısıra; Kıbrıs'ın AB'ne tam üye olması ile sonuçlanacak bir süreci de başlatmak anlamına gelmekteydi. Bu da Kıbrıs Cumhuriyeti diye bir uluslararası hukuk kişisi niteliğindeki devleti doğuran bütün kurucu anlaşmaların kökten ihlal edilmesi demektir. Zira Zürih, Londra ve Lefkoşe Andlaşmaları, Kıbrıs'a, Türkiye ve Yunanistan'ın aynı anda üyesi bulunmadığı herhangi bir siyasi ve ekonomik örgüte kısmen veya tamamen üye olmayı açıkça yasaklamakta²⁰ ve bu statüyü de Garanti Anlaşması ile güvenceye almaktadır. Bu durumda AB, 1990 tarihindeki Rum müracaatını işleme koymakla doğrudan Kıbrıs'ı oluşturan temel hukuk zeminini ortadan kaldıracak bir sürece yeşil ışık yakmış olmaktadır²¹.

AB, Türkiye ile ilişkilerini, Türkiye'nin Yunanistan ile ilişkilerini düzeltmesine endeksleyerek de dolaylı biçimde Kıbrıs Sorununda Yunanistan tarafı bir müdahil aktör haline geldiğini hissettiriyordu. Türkiye'nin 1987 tarihli tam üyelik müracaatına dair AT Komisyonu'nun 1989 tarihli görüşünde, Türkiye'nin AT üyesi Yunanistan'la ilişkilerini düzeltmesi ve Kıbrıs'ın yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesinden bahsedilmekteydi. Yine AT'nin 1990 Haziran'ındaki Dublin Zirve bildirisinde Türkiye'nin Topluluk ile ilişkilerinin Kıbrıs Sorununa bağlandığı belirtilmektedir. Bu bildiriden hemen sonra Kıbrıs'ın AT'ye tam üyelik müracaatında bulunduğu dikkate alınırsa, Kıbrıs Sorununda AB'nin tarafı tutumu²² ve bu tutumun sorunun çözümü ile ilgili çıkmaza girilmesindeki etkileri daha kolay anlaşılacaktır²³.

¹⁹ GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkiletri ve Kıbrıs Sorunu", ŞEN Sabahattin (der), Yeni Dünya Düzeni ve Türkiye, İstanbul 1992, s. 157.

²⁰ Kıbrıs Sorununun çok yönlü hukuki boyutları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZERSAY Kudret, Kıbrıs Sorunu. Hukuksal Bir İnceleme, Ankara 2002.

²¹ ÖZKAN İ. Reşat, Türkiye'nin Dış Politika Sorunları, Ankara 1999, s. 59.

²² Bkz. BAĞCI/USLU, s. 253.

²³ GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkiletri ve Kıbrıs Sorunu", s. 156.

Rum kesiminin 6 Temmuz 1990'daki tam üyelik müracaatının hemen ardından, KKTC Cumhurbaşkanı Denktaş 12 Temmuzda bir muhtıra yayınlamış ve 16 Temmuzda bu muhtırayı AT Konseyi Dönem Başkanlığı'na iletmiştir. Denktaş, Kıbrıs adına Rum Yönetiminin tam üyelik müracaatında bulunmasına karşı olmalarının hukuki ve siyasal sebeplerini anlatarak, bu girişimin Birleşmiş Milletlerin "soruna çözüm bulunmadan tarafların durumu daha da kötüleştirecek her türlü davranıştan kaçınmaları"nı ihtar eden 649 sayılı kararına aykırı olduğunu ve başvuruyu Kıbrıs Rum Yönetiminin tüm adayı temsil yetkisi bulunmadan yaptığını, dolayısıyla kurucu andlaşmalar, 1960 Anayasası ve uluslararası hukuka aykırı olan bu müracaat karşısında AT'ın hiçbir şey yapmaması gerektiğini ifade etmiştir²⁴.

Söz konusu bu müracaat karşısında Türkiye de, aynı şekilde GKRY başvurusunun hukuka aykırı olduğunu öne sürerek KKTC ile entegrasyonu güçlendirici adımlar atmak şeklinde tepki göstermiştir. Bir taraftan Türkiye'nin KKTC ile ekonomik ve siyasi ilişkilerini derinleştirme kararını içeren bir mutabakat metni imzalayıp AT ile ilişkilerini geliştirmeye öncelik tanıdığını vurgulamasına; diğer yandan aynı anda bazı siyasilerin de Kıbrıs Sorununun Türkiye'nin AT ile ilişkileri geliştirilmesinde bir engel teşkil ettiği yolundaki resmi değerlendirmelerde bulunmalarına tanık olunmuştur. Bu durum, AB ile GKRY arasındaki ilişkilere paralel olarak, Türkiye ile KKTC arasında entegrasyona gitme politikasını daha etkili ve ısrarcı bir şekilde takip eden Denktaş'ın, Türkiye tarafından zaman zaman yalnız bırakıldığı izlenimini uyandırmıştır²⁵.

Böylelikle aslında günümüz Türk dış politikasında temel bir çelişki ve çıkmaz haline gelen Türkiye'nin AB ile ilişkileri ve Kıbrıs Sorunu arasında sıkışıp kalma paradoksunun ilk göstergelerinin daha 90'lı yılların başlarında kendini göstermeye başladığı anlaşılmaktadır.

Türk dış politikasında böylece yeni bir süreç işlemeye başlarken, 1991-92 yıllarında "Gali Fikirler Dizisi" ortaya atılarak tartışılmış ve bu çerçevede ABD, Denktaş üzerindeki baskısını yoğunlaştırmıştır²⁶. 1992 yılı sonlarında Gali'nin taraflı tutumunun da etkisiyle BM Güvenlik Konseyi'nin 789 sayılı kararı ile Türk toplumuna karşı göreceli olarak daha sert bir tutum benimsendiği anlaşılmaktadır.

²⁴ Bkz. a.g.e. s. 157.

²⁵ ÖZKAN İ. Reşat, Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı, İstanbul 1996, s. 151 vd.

²⁶ GÜREL Şükrü S., "Değişmekte Olan Dünyada Türk-Yunan İlişkileri ve Kıbrıs Sorunu", a.g.e. s. 162.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

AB Komisyonu, 1993 Haziran ayında Rumların 1990 yılında yaptıkları tam üyelik müracaatına ilişkin görüşünü açıklamıştır. Komisyon görüşünde, Kıbrıs'ın Birliğe dahil edilmesinin güvenlik ve refah açılarından katkı sağlayacağı; adada dengesizlikleri gidererek bir çözüme ulaşılmasını kolaylaştıracağı belirtilmiş, bu çerçevede BM Genel Sekreteri'nin girişimlerinin desteklenmesi gerektiği, toplumlararası görüşmeler başlamazsa, yeniden bir değerlendirme yapılarak Ocak 1995'te Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliği sorununun tekrar ele alınacağı ifade edilmiştir. Ki bu ifadeden, AB Komisyonu'nun Kıbrıs'ın tam üyeliğine yeşil ışık yaktığı anlaşılmaktadır. Nitekim 17 Ekim 1993'te AB Konseyi, Komisyon'un görüşlerini benimseyerek Kıbrıs ile ilişkilerini yoğunlaştırmış ve sorunun çözümüne doğrudan katkıda bulunma söylemi eşliğinde 1995 tarihinde tam üyelik sürecinin başlatılmasına karar vermiştir.

Bu arada, 1993 yılında BM Genel Sekreteri Butros-Gali'nin, Maraş'ın yerleşime açılması, bölgeye her iki toplum üyelerinin de serbestçe giriş-çıkışlarının sağlanması, buralarda vergiden muaf ticaretin teşvik edilerek toplumların yakınlaşmalarına katkıda bulunulması, Lefkoşe Uluslararası Havaalanının BM denetiminde sivil uçuşlara ve kargo trafiğine açılması gibi önemli hususları da içeren "Güven Arttırıcı Önlemler Paketi" ortaya atılarak tartışılmıştır²⁷. Rumlar, AB'den aldıkları tek taraflı olarak AB'ye tam üye olabileceklerine dair yeşil ışığın da cesaretlendirici etkisi ile söz konusu pakete karşı oldukça isteksiz bir tutum takınarak müzakereden kaçmışlardır.

Bu atmosfer içerisinde AB, 1994 Korfu Zirvesinde yayınladığı "Beyaz Sayfa" bildirisinde, Kıbrıs'ı genişleme programına dahil ettiğini ilan ederek, müzakerelerin başlama tarihinin, Ocak 1995'te AB Dışişleri Bakanları toplantısında belirleneceğini kararlaştırmıştır. AB'nin bu kararına KKTC tepki göstermekte gecikmemiş ve KKTC Meclisi Güven Arttırıcı Önlemler Paketi'nin artık bir değer taşımayacağını ilan ederek, Türkiye ile dışişleri, savunma, güvenlik ve ekonomi konularında ileri düzeyde entegrasyonu hedefleyen bir dizi kararlar almıştır. Daha da önemlisi KKTC Meclisi, bu aşamada, federasyonu tek çözüm olarak değerlendiren ve 1974 müdahalesinden sonra ve özellikle de 1975 Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin ilanı ile birlikte çok daha kararlılıkla savunulup tekrarlanan tezinden vazgeçmiştir.

²⁷ Birleşmiş Milletler'in Kıbrıs Girişimleri ve Güven Arttırıcı Önlemler Paketi ile ilgili ayrıntılar için bkz. **BÖLÜKBAŞI** Süha, "Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Birleşmiş Milletler: 1954-1996 Arası Barışçı Çözumsuzlük", SÖNMEZOĞLU Faruk(der), Türk Dış Politikasının Analizi, a.g.e. s. 282-305.

4. Gümrük Birliği Kararı Kısacasında Kıbrıs Sorunu

Korfu Zirvesinde, Kıbrıs'ın genişlemeye dahil edilmesinin kararlaştırıldığı dönemde, Türk hükümetinin AB ile Gümrük Birliği müzakerelerini başlatmış olması ve Yunanistan'ın da kendisi açısından isabetli bir strateji geliştirerek, Kıbrıs'ın AB ile tam üyelik müzakerelerini başlatmasına Türkiye'nin itiraz etmemesine karşılık kendisinin de, Gümrük Birliği Kararı'nı veto etmeyeceğini hissettirmesi; Türkiye'de hükümeti Kıbrıs konusunda AB'nin tarafsızlık zeminini tamamen terk etmesi karşısında tepkisiz kalmaya itmiştir.

Türkiye'nin AB ile aldığı Gümrük Birliği Kararı esasen birçok açılarından rasyonellikten uzak olmasının yanında, Türkiye'nin aleyhine işleyecek ciddi olumsuz hükümler de içermekteydi²⁸. Zamanın hükümetinin iç politika mülahazalarından dolayı²⁹ Türk bürokratik, siyasal ve ekonomik elitinin Avrupa konusundaki irrasyonel yaklaşımından faydalanarak böyle bir andlaşmayı mutlak bir hedef olarak görmesi ve medyanın da ihale, teşvik ve kredi ilişkilerinden dolayı hükümetin güdümüne girmesi, oldukça büyük önem taşıyan bu konunun ayrıntılı bir şekilde tartışılmasına ve dolayısıyla taşıdığı olumsuzlukların ortaya çıkmasına imkan vermemiştir³⁰.

Bir taraftan Türkiye, tam üye olması durumunda AB'nin lehine olabilecek bütün tavizleri bu anlaşma ile tek taraflı olarak verdiğinden³¹, tam üyeliğin AB açısından hiçbir avantajı kalmamış³² ve dolayısıyla 1997 tarihli AB'nin Türkiye'yi tam üyelik sürecinin tamamen dışına iten Lüksemburg Zirvesi Kararları için süreç başlamış olurken; diğer taraftan da Kurucu Andlaşmalara ve Kıbrıs Anayasasına tamamen aykırı olarak Kıbrıs'ın tamamı adına Rumların AB ile tam üyelik müzakerelerini başlatmalarına Türkiye'nin tepkisiz kalması sağlanmıştır. Buna rağmen, 6 Mart 1995 tarihinde Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliği Kararı imzalanmış ve Kararın, AB Parlamentosu'nun onayından geçtikten sonra 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır.

²⁸ Gümrük Birliği Anlaşmasının genel olumsuzlukları ve Kıbrıs sorununa etkileriyle ilgili olarak bkz. **MOR** Hasan, "Gümrük Birliği: Traji-komik bir fenomen", *Yeni Yüzyıl*, 13 Mart 1995; **MANİSALI** Erol, Avrupa Birliği'ne Alınmayan Türkiye'yi Gümrük Birliğinde Bekleyen Sorunlar, İstanbul 1994.

²⁹ **FIRAT** M. Melek, "AB-Kıbrıs İlişkileri ve Türkiye'nin Politikaları", a.g.e. s. 269.

³⁰ O dönemin söz konusu özel iç şartlarıyla ilgili olarak bkz. **MOR** Hasan, "Gümrük Birliği: Traji-komik bir fenomen", a.g.m.

³¹ Benzer tespitler için bkz. **GÜNDÜZ** Aslan, "AB'de Yunanistan'ın dediği oldu", *Zaman*, 15 Aralık 1997; **MANİSALI** Erol, Avrupa Birliği'ne Alınmayan Türkiye'yi Gümrük Birliğinde Bekleyen Sorunlar, a.g.e. s. 47 vd.

³² **ÖZKAN** İ. Reşat, Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı, a.g.e. s. 209-210.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

Aynı gün AB Bakanlar Konseyi tarafından, 1994 yılında Birliğin atamış olduğu Kıbrıs Gözlemcisinin raporları incelenerek, Komisyon'un daha önceki teklifleri doğrultusunda 1996 yılında Kıbrıs'ın tam üyeliği görüşmelerinin başlatılması kararı alınmıştır³³.

Bu arada, AB Parlamentosu'nun 6 Aralık 1995 tarihli onaylama oylamasına doğru yaklaşılırken, Türkiye'de 24 Aralık seçimlerinin atmosferine girilmiştir. Hükümet bu olayı tarihi bir zafer olarak sunarak iç politikada kullanmak isterken³⁴, muhalefet ve kamuoyunun belli bir kesimi de konuyu tartışmaya açarak Kıbrıs açısından bu kararın taşıdığı riskleri ortaya koymaya çalışmıştır. Bu tartışmaların da etkisiyle, Cumhurbaşkanı Demirel ile KKTC Cumhurbaşkanı Denктаş tarafından 28 Aralık 1995 tarihinde ortak bir deklarasyon yayınlanmıştır.

Söz konusu bu deklarasyonda, AB ile GKRY arasındaki ilişkilerin kazandığı son boyutların KKTC ve Türkiye açısından doğuracağı sonuçların fark edildiği dikkati çekmektedir. Zira deklarasyonda, Kıbrıs Türkleri ve Türkiye'yi Kıbrıs konusunda söz sahibi yapan hukuki zeminin kaymakta olduğunun altı çizilmekte ve Garanti Anlaşmasına atıfla Türkiye'nin etkin ve fiili garantisinin devam edeceği; Kıbrıs'ın AB'ye tam üyelik müzakerelerinin belli bir mutabakat çerçevesinde Türk ve Rumlardan müteşekkil bir ortak heyetçe yürütülmesinin gerektiği; Kıbrıs'ta kesin çözüme ulaşıncaya kadar Türkiye'nin KKTC'nin güvenliğini sağlamayı sürdüreceği belirtilmekte ve gerekirse Rum-Yunan etkinliklerine mukabil davranışlar geliştirileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliğinin (GB), Türkiye ile KKTC arasında ekonomik ve ticari ilişkileri tahdit edici herhangi bir hüküm içermediği şeklinde anlaşıldığı; Türkiye ile KKTC Dışişleri Bakanlıkları arasındaki ilişkilerin daha da yoğunlaştırılarak daimi bir danışma mekanizmasının oluşturulacağı ve nihayet Kıbrıs'ın AB'ye üyeliğinin, adada nihai çözüme varılarak Federal Kıbrıs Devleti kurulduktan sonra ancak Türkiye'nin üyeliği ile eş zamanlı olarak gerçekleşebileceğinin altı çizilmektedir.

Bir taraftan Gümrük Birliği Kararı'nın Avrupa Parlamentosu'nda onaylanması ve Türkiye'de hükümet ve farklı beklentilerle hükümetin güdümüne girmiş çevrelerce zafer kutlamalarının yapılıyor oluşu; diğer taraftan da bu deklarasyonun yayınlanmış olması, Kıbrıs Sorunu ve AB ile ilişkiler konusunda devlet ve/veya devlet adına politika üreten kişi ya da kurumlar, kısaca dış

³³ MOR Hasan, "Gümrük birliği yüzyıllık hasreti bitirdi mi?", *Yeni Yüzyıl*, 19 Aralık 1995.

³⁴ ÖZKAN İ. Reşat, *Dış Politika: Dış Kapının Dış Mandalı*, a.g.e. , s. 215.

politika karar alma mekanizmasını oluşturan aktörler arasında derin bir çelişkinin mevcudiyetini ve bunun da en nihayetinde ülkenin bir yönetim zafiyeti içerisinde bulunduğunu yansıtmaktadır³⁵.

Şüphesiz bütün bu gelişmelerden son derece memnun olanlar da vardı. Yunanistan ve Rumlar için, adanın tamamı adına AB'nin Rum kesimince yapılmış olan müracaatın adada soruna bir çözüm bulununcaya kadar askıya alınması kararından vazgeçmiş olması, sevinç vesilesi olmaktaydı. AB açısından da, ciddi hiçbir bedel ödemeksizin, Türkiye tam üye yapılmaksızın, tam üye olması durumunda Birlik için sağlayabileceği bütün ekonomik imkanları, AB'ye tanımış olması oneli bir mutluluk vesilesi olmaktaydı³⁶.

Türkiye'de birçok çevre, Gümrük Birliğini AB ile ilişkilerini pekiştirici ve tam üyelik hedefine giden yolu daha da kısaltıcı ve güçlendirici bir ön aşama gibi görmek isterken; AB çevrelerindeki ağırlıklı görüş ise Türkiye'yi AB'ye bağlayarak, bu ülke üzerindeki her türlü çıkarını garanti eden nihai bir ilişkiler parametresi ("Ayrıcalıklı Ortaklık") şeklindeydi³⁷.

5. Lüksemburg Zirvesi Kararları: Türkiye'nin AB'den Dışlanması

Bir taraftan Türkiye ekonomik ve dolaylı olarak da siyasal anlamda GB Andlaşması ile kontrol altına alınırken; aynı zamanda diğer taraftan da sanki bu durum Türkiye için bir ödölmüş gibi sunulmak suretiyle, sözüm ona buna bir karşılıkmişçasına GKRY'nin Kıbrıs'ın tamamı adına AB'ye tam üye olması yolu açılarak bugünkü çıkmazı hazırlayan süreç hızla işlemeye başlamıştır.

Bu veriler çerçevesinde 1997'ye gelindiğinde, AB Komisyonu'nun yayınladığı "Gündem 2000" adlı raporundaki genişleme listesinde Türkiye yer almazken, Kıbrıs birinci etapta genişlemeye dahil edilecek ülkeler arasında gösterilmekteydi. 12 Aralık 1997 Lüksemburg Zirvesinde AB Konseyi, Komisyonun yayınladığı bu raporu benimseyerek bir AB Konsey Kararı şeklinde resmileştirmiştir. Bu kararlar birlikte başlayan tepki ve karşı tepki süreci dikkatle analiz edildiğinde, AB'nin Helsinki Kararları ile birlikte Kıbrıs Sorununda gelinen noktayı daha gerçekçi bir düzlemde analiz ederek anlamlandırmak mümkün olacaktır.

Kendisini tamamen dışlayarak AB genişleme sürecinin dışına iten ve bununla da, bir bakıma Gümrük Birliğini, AB-Türkiye ilişkilerinde varılabilecek

³⁵ Bkz. a.g.e., s. 224 vd.

³⁶ Gümrük Birliği Kararı ile ilgili oldukça eleştirel değerlendirmeler için bkz. MANİSALI Erol, Avrupa Çıkmazı, İstanbul 2001, s. 103.

³⁷ MANİSALI (2001), s. 109.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

nihai nokta olarak değerlendirdiğini ortaya koyan AB'nin bu dışlayıcı tavrını, Türkiye sergilediği tepkilerle net olarak anladığını göstermekteydi. AB, 24 Şubat 1997'de siyasi olarak sorun çözülmeden Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliğinin görüşülemeyeceği, GKRY'nin adanın tamamını temsil edemeyeceğinden Türklerin de müzakerelere dahil edilmesinin gerektiği şeklindeki kararını³⁸ da unutmuş görünerek, bütün Kıbrıs adına GKRY ile Mart 1998'de tam üyelik müzakerelerini başlatarak Kıbrıs'ı AB'ye tam üye yapma yaklaşımını da resmileştiriyordu. Türkiye bu karar karşısında, AB'nin görmeye hiç alışık olmadığı ve bundan dolayı da asla beklemediği bir sertlikte tepki vermiştir. Türkiye, AB ile her türlü siyasi diyalogu kestiğini, Kıbrıs ve Yunanistan'a dair hiçbir konuyu AB ile asla müzakere etmeyeceğini ve AB ile Kıbrıs Rum Yönetimi arasında tam üyelik görüşmelerinin başladığı anda, kendisinin de KKTC ile kısmi bütünleşme programını uygulamaya koyacağını deklare etmiştir³⁹.

Bunu müteakip, 31 Mart 1998'de AB'nin Rum Yönetimi ile tam üyelik müzakerelerini başlatması üzerine, 22-24 Nisan tarihleri arasında Cumhurbaşkanı Demirel ile KKTC Cumhurbaşkanı Denktaş, Demirel'in daveti üzerine Ankara'da bir araya gelerek ikinci bir Ortak Deklarasyon yayınlamışlardır⁴⁰. Bu deklarasyonda Türkiye-KKTC Ortaklık Konseyi'ni toplantıya çağırarak daha önce belirlenmiş tedbirler paketini yürürlüğe koymak suretiyle, AB-GKRY yaklaşımına paralel bir şekilde KKTC ile Türkiye arasında da bir entegrasyona gidilmesi ve bundan böyle ilişkileri bu doğrultuda geliştirme kararı alınmıştır. Böylece, AB'nin adanın bütünü için Rum Yönetimini meşru temsilci kabul ederek, Kıbrıs ile tam üyelik görüşmelerini başlatmakta ısrar etmesiyle birlikte, Kıbrıs Sorununun çözümüne dair daha önce kabul edilen çözüm parametrelerinin ortadan kalktığı ve artık adada iki ayrı devletin varlığını esas almayan çözüm arayışlarının kabul edilemeyeceği⁴¹ ve Türkiye ile KKTC arasında ekonomik, siyasi, güvenlik, eğitim ve kültür alanlarındaki ilişkilerin derinleştirilmesi sürecinin başlatıldığı ilan edilmiştir. Bu tavır aynı zamanda KKTC'nin Kıbrıs Sorununa nihai çözüm olarak federasyon düşüncesinden vazgeçerek, konfederasyon görüşünü kalıcı bir çözüm perspektifi olarak benimsediği anlamına da gelmekteydi⁴².

³⁸ SÖNMEZOĞLU(2006), s. 627.

³⁹ FIRAT, s.276.

⁴⁰ SÖNMEZOĞLU(2006), s. 628.

⁴¹ BİRAND Mehmet Ali, "Yıllardır dünyayı aldattık, artık bitti (4)", *Sabah*, 2 Nisan 1998.

⁴² Karşılaştırmamız KARAOSMANOĞLU L. Ali, "Denktaş'ın önerisi Kıbrıs ve AB için yeni bir fırsattır", *Zaman*, 9 Eylül 1998.

Türkiye'nin AB ile her türlü siyasi diyalogu askiya aldığını deklare eden bu kararlı tepkisiyle birlikte Türkiye-AB, Türkiye-Yunanistan, Türkiye-Kıbrıs ilişkileri ve bunların da birbirleri ile ilişkilerini içine alan bütün ilişkiler ağının parametreleri temelden değişerek yeni bir nitelik kazanmış oluyordu.

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Lüksemburg Kararlarının hem AB ve hem de bu kararların oluşumunda önemli rol oynayan temel aktör konumundaki Yunanistan açısından büyük bir taktik-stratejik hata olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira bu kararlar ile AB'den dışlanmış bulunan Türkiye, AB ile her türlü siyasal diyalogu kesince, AB Türkiye'ye karşı kullanabileceği bütün kartlarını kaybetmiştir. Bu ise, hem Kıbrıs ve Yunanistan ile olan sorunların çözümü konusunda, hem de Soğuk Savaş sonrası dönemin uluslararası sisteminde global bir aktör olma düşüncesindeki AB açısından, tarihi, kültürel ve daha da önemlisi jeopolitik potansiyelleri itibarı ile Avrasya'nın kilit bir aktörü durumdaki Türkiye'nin çekim alanı dışına itilmesinin sakıncaları bakımından kabul edilemez bir durum olarak görülmüştür⁴³.

AB ve Yunanistan bu hatalarını anlamakta gecikmediler. Bu anlamda AB'nin Helsinki Zirvesi Kararları ile noktalanın süreci, bu büyük hatanın düzeltilmesine yönelik AB ve Yunanistan'ın arayış, taktik ve stratejilerinden müteşekkil bir manevralar zinciri olarak görmek mümkündür. AB açısından bakıldığında, 31 Mart 1998'de Rum Yönetimi ile tam üyelik müzakerelerinin başlamış olmasına rağmen, Kıbrıs'ta fiilen iki ayrı devletin varlığı realitesinin, bu üyelik sorununu içinden çıkılmaz hale dönüştürmüş olduğu görülecektir⁴⁴. Bunun farkına varan Almanya, Hollanda, İtalya ve Fransa gibi AB'nin dört büyük ülkesi, 9 Kasım 1998'de yayınladıkları ortak bir deklarasyonla⁴⁵, bölünmüş bir Kıbrıs'ın AB'ye tam üyeliğinin ciddi sorunlar çıkaracağını belirterek, soruna bir çözüm bulunana kadar Kıbrıs'ın AB'ye üyelik görüşmelerine taraftar olmadıklarını ilan etmişlerdir⁴⁶.

⁴³ Prof. Norman Stone, Türkiye'nin söz konusu bu potansiyellerinin AB ve ABD açısından taşıdığı önemi ve bu sebepten dolayı Türkiye'nin dışlanmışlığının geçici olduğunu ve mutlaka sürece tekrar dahil edileceğini daha Haziran 1998 Cardiff zirvesinde Türkiye'nin AB tarafından dışlanmışlığının sürdürüleceği anlamına gelen bir tutum takınılması üzerine kaleme aldığı makalesinde iddia etmekteydi ve yaklaşık bir buçuk yıl sonra Helsinki zirvesi sonuç bildirgesi ile birlikte Stone'un tezleri haklılığını ispatlamış oldu bkz. **STONE** Norman, "Cardiff dağı fare mi doğurdu?", *Zaman*, 23 Haziran 1998.

⁴⁴ Bkz. a.g.m.

⁴⁵ Söz konusu deklarasyonun etkileri ile ilgili bkz. **BAHCHELLI** Tozun, "Güç merkezlerinin Kıbrıs'taki çözüm kışkıracı", *Zaman*, 8 Aralık 1998.

⁴⁶ Bkz. a.g.m.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

Aynı dönemde, KKTC Cumhurbaşkanı Denктаş ve Türkiye Dışışleri Bakanı İsmail Cem tarafından Kıbrıs'ta iki bağımsız devlet olduğunun kabul edilmesini ve bu iki devletin karşılıklı olarak birbirlerini tanıdıktan sonra, birlikte AB'ye tam üye olması gerektiğini içeren Konfederasyon önerisi ortaya atılmıştır⁴⁷. Bu öneri Yunanistan ve Rum Yönetimince incelenmeye bile değer bulunmayarak reddedilirken, AB tarafından da pek fazla ilgiye değer görülmemiştir. Ancak bu tarihten itibaren, Türk tarafı Kıbrıs Sorununun çözümü ile ilgili olarak konfederasyon tezini savunmaya başlamıştır.

Aralık 1999'da Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Kofi Annan gözetimindeki New York görüşmelerinin yapılabilmesi için, Denктаş KKTC'nin tanınması ve görüşmelerin iki egemen eşit devlet arasında doğrudan yapılmasını şart koşmuş; bu önerinin kabul görmemesi üzerine ise görüşmelerin dolaylı biçimde yürütülmesi konusunda bir mutabakata varılmış ve böylece Annan'ın aracılık ettiği dolaylı görüşmelere başlanmıştır.

BM himayesinde yapılan New York dolaylı görüşmelerinde, BM Genel Sekreteri Annan, adadaki iki halkın siyasi açıdan eşit olduklarını ve birinin yekdiğerini temsil yetkisinin olmadığını açıklayarak gerçekçi bir çözüm parametresi durumdaki temel Türk tezini teyit etmiştir⁴⁸. İlaveten sorunun çözümü ile ilgili olarak hükümet, anayasa, güvenlik ve toprak konularını öncelikle ele alınması gereken konular olarak değerlendirirken, Türk tarafı bir çözüm şekli olarak konfederasyon modelini, tarafların eşitliğinin kabulü ile KKTC'ye uygulanan ambargoların kaldırılması konularını ön plana çıkarmıştır⁴⁹.

Tam da New York'ta dolaylı görüşmelerin devam ettiği esnada, AB'nin Türkiye'yi tekrar tam üye adayı ilan ederek, bir anlamda Lüksemburg Zirvesi kararından geri adım attığı Aralık 1999 Helsinki Zirvesi kararları alınmıştır ki, bu kararlarda Türkiye ve Kıbrıs ile ilgili hususlar müteakip dönemde Kıbrıs Sorununun kaderini temelden etkileyici rol oynamıştır.

Burada hemen şimdi Helsinki Zirvesi Kararlarını oluşturan sürece dönerek, nasıl bir atmosfer içerisinde bu kararlara ulaşıldığına, AB ile Yunanistan'ı Türkiye'ye karşı belirgin bir yaklaşım değişikliğine iten faktörlerin neler olduğuna kısaca bakmak gerekir.

⁴⁷ ÜNAL Hasan, "Yanlışlardan Doğruya Gidilmiyor", *Zaman*, 28 Eylül 1999.

⁴⁸ BAĞCI/USLU, s. 256.

⁴⁹ Konuya dair değerlendirmeler için bkz. SÖNMEZOĞLU (2006), s. 619.

GKRY'nin Yunanistan ile birlikte Kıbrıs'a S-300 füzeleri yerleştirme kararında takvim işleyerek sona yaklaşmakta olduğu dönemlerde, Türkiye bu kararın kendi güvenliği için açık bir tehdit ve meydan okuma anlamına geldiğini ve uygulamaya konulması durumunda gerekli her türlü tedbire başvurarak bunu engelleyeceğini ilan etmiştir. Bu kararlı tutum karşısında, bir çatışma çıkmasından çekinen ABD ve belli başlı AB üyesi ülkeler bu kararın uygulanmasından vazgeçilmesi yönünde telkinlerde bulunması için baskı yaparak Yunanistan'ı harekete geçirmişlerdir⁵⁰. Türkiye'nin kararlı tutumu karşısında işin ciddiyetini kavrayan Yunanistan, önce kendisi tutum değiştirmiş ve Rum Yönetimine de baskı ve telkinlerle etkide bulunarak bu karardan vazgeçirmiştir⁵¹.

Diğer taraftan, Yunanistan'ın Kosova'ya müdahale konusunda hem AB ve hem de ABD'den farklı bir tutum takınarak, Sırp ve Rusya Federasyonu'na çok daha yakın durması; dahası Yunanlı diplomatların NATO'nun bazı gizli plan ve bilgilerini Sırbistan'a sızdırdığı iddialarının yayılması Yunanistan'ı zor durumda bırakmış ve NATO ve AB içerisinde tecrit edilmesi ciddi ciddi gündeme gelmiştir.

Yine 1999'un başlarında, A. Öcalan'ın Kenya'da ele geçirilmesi ve Yunanistan ile çok yönlü ilişkiler içerisinde olduğunun ortaya çıkması, Yunanistan'ın bu dönemdeki diğer bir dış politika zorluğu olarak kendini gösterecektir⁵².

Yunanistan yukarıda belirtildiği şekilde dış politikada hızlı bir tecrit edilmişlik sürecine giriyordu. Daha da önemlisi, en öncelikli dış politika alanı olan Türkiye ile ilişkiler ve Kıbrıs Sorunu konusunda tamamen inisiyatifini kaybetmiş olması, hayati önemlilikte bir dış politika sorunu niteliğine bürünmekteydi. Zira Yunanistan AB üyesi bir ülke olarak, uzunca bir zamandan beri ve özellikle de Türkiye, AB ile GB ilişkisi oluşturduktan sonra, ikili sorunlarıyla ilgili Türkiye üzerinde ciddi bir baskı kurma enstrümanı elde etmiş ve bunu da maharetle kullanmaktaydı. 1997 Lüksemburg Zirvesi kararlarına bir tepki olarak Türkiye, AB ile hiçbir politik konuyu konuşmayacağını ilan edince, aslında Yunanistan ve bir parça da AB yapmış oldukları taktik ve stratejik hatayı⁵³

⁵⁰ Bu konuyla ilgili Batılı basında dile getirilen kaygılara bir örnek olarak bkz. CONRAD Berrnt, Sprachlosigkeit bedrocht Zypern", *Die Welt*, 27 April 1998.

⁵¹ S-300 Füzeleri Krizi ile ilgili değerlendirmeler için bkz. SÖNMEZOĞLU(2006), s. 316 vd.

⁵² TAŞHAN Seyfi, "Atina hatasını kabul etmeli", *Zaman*, 2 Mart 1999.

⁵³ Benzer değerlendirmeler için bkz. ÖZCAN Mehmet, "2007 Haziran Zirvesi: AB Türkiye

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

hemen fark etmişlerdi. Artık Yunanistan, Kıbrıs ve Ege uyuşmazlıkları gibi hayati önemlilikteki dış politika konularında Türkiye'yi sıkıştırabileceği etkili bir zemin ve manivelayı tamamen kaybetmiş bulunmaktaydı. Oysa Gündem 2000 raporunda ve Lüksemburg Zirvesi Kararlarında, Türkiye'nin hiçbir zaman AB'ye üye olamayacağını kayda geçirmiş olmasaydı, esasen herhangi somut bağlayıcı bir taahhüt altına girmemekle birlikte, Türkiye'yi çekim alanı içerisinde tutmaya devam edecek ve böylelikle de Ege ve Kıbrıs konularında baskı kurma imkanına sahip olmayı sürdürecekti. Ama ne Yunanistan ne de AB bu basit soğukkanlılık ve stratejik vizyona bile sahip olmayarak, beraberce bilinçaltılarında kök salmış olan bağnazca hislerine mağlup olmuşlardır⁵⁴.

Bütün bu şartlar bir arada mütalaa edilince, Yunanistan'ın Türkiye ile diyalogu içeren yeni bir dış politika konsepti geliştirmesi daha anlaşılır ve anlamlı hale gelmektedir⁵⁵. Dolayısıyla 1999 Ağustos ayında, önce Türkiye ve arkasından da Yunanistan'da yaşanan depremlerin, Türk-Yunan diyalogunun başlamasına vesile olduğu şeklinde kamuoyunda beliren kanaatin bir yanılmasından ibaret olduğunu söylemek gerekir. Deprem faktörü, sadece yukarıdaki dinamiklerin zorlaması ile iki ülke Dışişleri Bakanlarının Madrid buluşması ile başlayan diyalog sürecinin her iki ülke kamuoyu tarafından destek görmesine bir katkıda bulunmuştur. Bilindiği gibi görüşmeler neticesinde Ankara ve Atina arasında belirgin bir yakınlaşma sağlanabilmiştir. Madrid görüşmelerinde karşılıklı olarak kamuoylarını yumuşatmaya da hizmet etmek üzere, bazı ekonomik ve kültürel alanlarda işbirliği imkanlarının araştırılması ve ilişkilerin geliştirilmesi konusunda mutabakata varılmıştı. Hemen bunu müteakip karşılıklı ziyaretlerle havanın daha da yumuşatıldığı ve böylece hızla Helsinki Zirvesi Kararlarına yaklaşırken kamuoylarının hazırlandığı görülmüştür.

6. Aralık 1999 Helsinki Zirvesi Kararları: Sonun Başlangıcı

10-11 Aralık 1999 tarihinde dönem başkanlığını elinde bulunduran Finlandiya'nın başkenti Helsinki'de, AB yüzyılın son Zirve toplantısını yaparak, "Milenyum Deklarasyonu" adı altında bazı önemli kararlar almıştır. Söz konusu zirvede, Amsterdam Andlaşması yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan durumları da değerlendirerek AB'nin genişlemesi, savunma kimliği ve

İlişkileri Askıya mı Almıyor?", <http://www.usakgundem.com/yazarlar.php?type=2&id=692>, 15.05.2007.

⁵⁴ Özellikle zamanın Alman Hıristiyan Demokrat Şansölyesi Helmut Kohl'ün, Yunanistan ile birlikte bu kararın çıkmasında oldukça etkili oldukları görülmüştür.

⁵⁵ Bu saptamayı teyit eden benzer tespitler için bkz. BAĞCI/USLU, s. 255.

Birliğin geleceği ile ilgili olarak diğer bazı önemli kararlar alınmıştır. Ancak bu kararlar konu dışı olduğundan, burada Milenyum Deklarasyon’unda yer alan kararların sadece Türkiye ve Kıbrıs ile ilgili kısımlarının üzerinde durulacaktır.

Bu kararlarda, Türkiye’yi AB genişleme sürecinin tamamen dışına iterek Ankar’ın sert tepkisine neden olan, Aralık 1997 Lüksemburg Zirvesindeki tutumdan vazgeçilerek Türkiye’nin tekrar AB üye adaylığının teyit edilmiş olması, esasen çok fazla yeni somut bir anlam ifade etmemektedir. Zira Türkiye’nin üye adaylığı daha 1963 yılında imzalanan Ortaklık Andlaşmasının 28. maddesinde zaten hükme bağlanmış bulunmaktaydı⁵⁶. Bu kararlarda yeni olan, sadece daha önce Lüksemburg’da yapılan sapmadan dönülmesidir. Çünkü Lüksemburg Zirvesinde, AB’nin stratejik öngörüsüzlüğü ve içerisinde etkin olan tutucu Hıristiyan Demokratların AB’yi aynı zamanda bir kültürel değerler birliği olarak algılamaları ve bu değerlerin büyük ölçüde Hıristiyanlık dininin değerlerinden oluştuğu, Türkiye gibi bu değerler dairesine mensup olmayan bir ülkenin AB içerisinde yerinin olamayacağı şeklindeki anlayışları⁵⁷, Yunanistan’ın yanlış hesaplara dayanan irrasyonel tazyiki ile biraraya gelerek Türkiye’yi AB genişleme sürecinin tamamen dışına iten kararın oluşmasına sebep olmuştur.

Helsinki’de bu tavırdan dönülmüş olduğundan, Türkiye tekrar AB üye adaylığı statüsünü elde etmiştir. Ancak bunun ne zaman gerçekleşeceğine dair somut herhangi bir takvim belirlenmiş değildir⁵⁸. Böyle olmakla birlikte, Helsinki Zirvesi kararlarının Türkiye-AB ilişkileri bakımından önemi inkar edilemez. Zira Lüksemburg’da “Türkiye Birliğin genişleme alanında değildir” diyen AB, somut bir takvim telaffuz etmiyor olsa da, her halükarda Türkiye’ye tekrar tam üyelik perspektifi vermiştir. Gerçi bu Zirve kararları sonrasında başlayarak, gelinen şu noktada Romanya ve Bulgaristan gibi bütün objektif üyelik kriterleri bakımından Türkiye’nin oldukça gerisinde olan ülkelerin de tam üye olmaları ile birlikte 27 üyeli bir AB’ye, Türkiye’nin ne zaman üye olacağı ve hatta üye olup olamayacağı bile halen tam bir belirsizlik içerisinde bulunuyor; ama en azından bu defa belirsizlik Türkiye’nin AB’ye üye olamayacağını söylemeyeceğini de kapsamaktadır! Ancak bu

⁵⁶ Karşılaştırınız, **KARLUK** Rıdvan, “Avrupa Birliği Türkiye’yi dışlıyor mu?”, *Zaman*, 16 Aralık 1997.

⁵⁷ **İNAN** Kamran, “AB ve feda edilen 50 yıl”, *Zaman*, 16 Aralık 1997.

⁵⁸ Helsinki kararlarında tanınan üye adaylığı statüsünün reel olarak ne anlama geldiği ile ilgili olarak bkz. **Die Welt**, 13. Dezember 1999.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

çift yönlü belirsizliğin, Kıbrıs Sorununu Türkiye-AB ilişkilerine endeksleyen sürecin işleyerek bugünkü duruma gelmesine imkan tanıyan önemli ve kritik bir eşik olduğunun hiçbir şekilde unutulmaması gerektiği tespitini de yapmak gerekir⁵⁹.

Aralık 1999 Helsinki Zirvesinin sonuç bildirgesinde 4., 9. ve 12. maddeler Türkiye ile ilgilidir. 4. maddede AB'ye tam üyelik görüşmelerinin başlatılabilmesi için yerine getirilmesi gereken şartlar sıralamaktadır ki, elbette bu şartlar 12. maddede tam üye adaylığı açıkça ilan edilen Türkiye için de yerine getirmesi gereken üyelik müzakerelerini başlatma şartları niteliğindedir. Türkiye'nin içerisinde bulunduğu aday ülkelerin Kopenhag ve Maastricht Kriterleri'ni yerine getirmesi şart koşulmaktadır.

Bu kriterlerin hayata geçirilmesi, ekonomik, siyasal ve hukuki bir çağdaşlaşma standardına ulaşmak anlamına geldiği, dolayısıyla bu bakımdan motive edici ve yol gösterici bir rol oynayacağı düşünüldüğünde, kararların bu hususlara müteallik kısmının olumsuz nitelik taşıdığı söylenemez. Hatta bunları Türkiye'nin kadim çağdaşlaşma hedefi bakımından oldukça yapıcı, ivme kazandırıcı ve disipline edici olumlu faktörler olarak görmek gerekir.

Fakat yine 4. maddede yer alan aday devletlerin her türlü uyuşmazlıkları ve sınır sorunlarını barışçı müzakere yöntemiyle çözüme yoluna gitmeleri; müzakerelerle çözülememesi durumunda en geç 2004 yılı sonuna kadar Uluslararası Adalet Divanı'nda çözdürmüş olmalarını Konsey'in katılım sürecine etki edecek şekilde değerlendireceği belirtilmektedir. Bu katılım süreci şartının Yunanistan tarafından konulduğu ve adresin de Türkiye olduğu gayet açıktır. Sadece bu şart bile aslında Yunanistan'ın ikili sorunlarda Türkiye'yi zorlamak ve pozisyon kazanmak için Türkiye-AB ilişkilerini nasıl araçsallaştırmak istediğinin, dolayısıyla Türkiye ile diyalog politikasına niçin yöneldiğinin gerçek amacını çok net bir şekilde anlatır mahiyettedir.

Kaldı ki, 9. maddenin (b) fıkrasında yer alan "Avrupa Konseyi, siyasi çözümün Kıbrıs'ın AB'ye katılımını kolaylaştıracağını vurgulamaktadır. Katılım müzakerelerinin tamamlanmasına kadar herhangi bir çözüme ulaşılamamış olması durumunda, Konsey, katılım konusunda bu ön şarta bağlı olmaksızın karar verecektir. Konsey bu durumda, ilgili tüm faktörleri dikkate alacaktır" şeklindeki hüküm, hem Yunanistan'ın bütün bu ilişkilere nasıl baktığını hem de AB'nin Türkiye-Yunanistan, Türkiye-Kıbrıs, Türkiye-AB ilişkilerine

⁵⁹ BAĞCI/USLU, s. 256.

gerçekte nasıl yaklaşmaya başladığını başkaca izahı gereksiz kılacak netlikte açıklamaktadır⁶⁰.

Konsey'in Helsinki Kararlarının 12. maddesi ise, açık bir şekilde Türkiye'yi AB'ye üye adayı ülke olarak ilan etmekte, 4. maddedeki katılım şartlarına, 9. madde (a) fıkrasında yer alan AB'nin New York'ta BM himayesinde devam etmekte olan Kıbrıs görüşmelerinde kapsamlı bir çözüme ulaşılmasını desteklediğine dair hükme göndermeler yaparak, geniş bir şekilde Türkiye'nin AB'ye katılıma hazırlanmasına yönelik yöntem ve çalışmalar üzerinde durulmaktadır. Bu da Türkiye'yi tekrar ve daha yoğun bir şekilde AB çekim alanı içerisine alıcı bir ilave etki doğurmuştur. Türkiye, Kıbrıs Sorunu bugünkü noktaya taşıyan sürecin, yukarıda belirtildiği şekilde harekete geçirilmesi karşısında hiçbir hukuki şerh koyamamış ve GKRY'nin adanın bütününe temsilen AB'ye tam üye olmasının yolu böylece tamamen açılmıştır⁶¹.

Böylelikle, aslında AB, Yunanistan ve GKRY adeta bugün gelinen noktadaki ana statü, temel yapılanma ve ilişkiler parametrelerini daha bundan dokuz yıl önce Aralık 1999 Helsinki Zirvesi kararları ile altyapısını inşa ederek programlamışlardır dense yeridir⁶². Bugün Kıbrıs Sorunu Türkiye-AB ilişkilerine endekslenebilmiş ve Türkiye'nin AB üyeliği tam bir belirsizlik içerisinde bulunuyorsa, işte bu süreç esas itibariyle doğrudan doğruya yukarıda açıklanan Zirve kararının ve özellikle 9. maddesi (b) fıkrasının bir sonucu olarak gerçekleşmiştir.

Böylece bu kararlarla, Kıbrıs'ın AB'ye tek taraflı olarak tam üyeliğinin kolaylaştırılması yönünde bir tavır takınıldığı gayet açıktır. Zira Lüksemburg Zirvesinde AB'nin Kıbrıs ile tam üyelik görüşmelerini başlatmaya karar vermiş olmasına rağmen, sonradan adadaki fiili durumu da dikkate alan Almanya, Fransa, İtalya ve Hollanda'nın sorunu daha da karmaşıklaştıracağını öne sürerek bir çözüme varılıncaya kadar tam üyelik görüşmelerinin askıya alınması şeklindeki tutumları ile AB'de sorun kilitlenmiş vaziyetteydi. Bu durumdan çıkma ihtiyacı Rum-Yunan ikilisini çözüm aramaya mecbur etmişti. Lüksemburg Zirvesini müteakip Türkiye, AB ile hiçbir siyasi konuyu görüşmeme kararı alarak köprüleri atmış; 1995 GB Kararı ile GKRY'nin adanın tamamını temsilen tek taraflı olarak AB'ye tam üye olup dolaylı Enosisi gerçekleştirme- nin önü açılmışken; bu defa yukarıda da belirtildiği üzere Kıbrıs Sorununun

⁶⁰ ÜNAL Hasan, "Yunanistan seçimleri: Şimdi neler olacak?", *Zaman*, 13 Nisan 2000.

⁶¹ BAĞCI/USLU, s. 255.

⁶² KAMEL Ayhan, "AB Kompleksi", *Cumhuriyet*, 20 Aralık 1999.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

çözölmüş olması GKRY'nin AB'ye üyelik müzakerelerinde tekrar fiili bir şart olarak ortaya çıkmış bulunmaktaydı. Bu anlamda Helsinki Kararlarında Rum-Yunan tarafını zora sokarak Kıbrıs'ta bir çözümü AB'ye tam üyeliğin ön şartı haline getiren durum sona erdirilerek, tekrar Enosis yolu açılmış olmaktadır⁶³. Oysa Helsinki Zirvesi kararlarının hemen öncesinde adadaki bölünmüşlüğe bir çözüm bulunmaksızın tam üyelik görüşmelerine başlanmayacağı şeklindeki yaklaşım, bir taraftan Rumların adanın tamamının meşru temsilcisi sıfatıyla ortaya çıkmalarına örtölü bir itiraz anlamına gelmekte, diğör taraftan da Rumları bir anlamda adanın tamamını temsil etme yönündeki hukuk dışı tezlerinden vazgeçirerek, kabul edilebilir bir çözüm girişimlerine katılmayı teşvik etmekte ve hatta buna zorlamaktaydı.

Ne var ki, Helsinki Zirvesinde sorunun çözölmemiş olmasının Kıbrıs'ın tam üyeliği için bir engel teşkil etmeyeceği şeklindeki benimsenen son tutum, Rumları az çok müzakere masasına yaklaştırma potansiyeli taşıyan önemli parametreleri ortadan kaldırmış oldu⁶⁴. Dolayısıyla, bu şartlarda Rumların müzakereye daha büyük bir isteksizlikle yaklaşacakları öngörüsünde bulunmak kehanet sayılamazdı⁶⁵. Böylece söz konusu Aralık 1999 Helsinki Zirvesi Kararı, bir taraftan Türkiye'yi tekrar üye adayı ilan ederek; öbür taraftan da Kıbrıs ve Yunanistan ile ilgili yukarıda ifade edilen tutumu benimseyerek Aralık 2002 Kopenhag kararlarına giden yolun önünü açmaktaydı. Diğör bir anlatımla, Türkiye'yi tam bir dış politika çıkamazı ile karşı karşıya bırakan süreç başlatılmış bulunuyordu⁶⁶.

Buna göre, Helsinki Deklarasyonunun özellikle 4. ve 9. maddelerindeki düzenlemeler, AB'nin Ege ve Kıbrıs sorunları ile ilgili olarak Yunanistan ve Rum yönetiminin tez ve tutumlarını benimsediğini göstermekteydi⁶⁷. AB, Ege Sorunu ile ilgili olarak Türkiye'nin sonunda Uluslararası Lahey Adalet Divanı'na gitmeyi kabul etmesini şart koşarken, Kıbrıs Sorununun çözümünde ise bölünmüşlüğün adanın tam üyeliğe kabulüne engel teşkil etmeyeceğini deklare ediyordu. Netice itibarıyla, AB'nin bu iki konudaki tutumunun Yunanistan ve/veya GKRY'nin yıllardır savundukları görüşlere paralellik arzettiği,

⁶³ REUTER, 12.12.1999.

⁶⁴ Basler Zeitung, 11-12.12.1999.

⁶⁵ KAMEL Ayhan, "AB Kompleksi", a.g.m.

⁶⁶ Konuyla ilgili daha geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. MOR Hasan, "AB'nin Aralık 1999 Helsinki Zirvesi Kararları ve Kıbrıs Sorunu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Yıl 1999, Sayı 1-2, Konya 1999, s. 273 vd..

⁶⁷ ÜNAL Hasan, "AB'nin Kıbrıs Saplantısı", Zaman, 23 Mart 2000.

buna karşılık Türkiye'nin tezlerine de taban tabana zıtlık teşkil ettiği anlaşılıyor. AB, diğer şartların yanı sıra, bu iki hususu da tam üyelik müzakerelerinin başlatılmasında ön şartlar olarak kabul ettiğine ve Türkiye de, kendisine tam üyelik perspektifi sunan bu kararlarla birlikte AB'ye üyeliği tekrar genel dış politika konseptinin temel eksenini ulusal bir hedef haline getirdiğine göre, bu, Türk dış politikasında derin yapısal bir hedefler çatışması problematiği anlamına gelmekteydi. Bu yapısal kısır döngünün, bugün Türk dış politikasının en temel çıkmazı ve sorun alanını oluşturduğunu söylemek mümkündür, Türkiye-AB ilişkilerinde aşağıda ifade edileceği üzere gelinen tıkanma durumları ve çıkmazlar zaten bunu yeterli açıklıkta anlatır mahiyettedir.

Yunanistan ve GKRY 1987'den beri geliştirdiği taktik ve manevralarla birçok iniş-çıkışın ardından nihayet hedefine ulaşarak, Türkiye'yi temel öncelikteki iki ulusal çıkarıyla ilgili tam bir dilemma ile karşı karşıya bırakmayı başarmıştır. Bunun sonucunda, AB artık Ege ve Kıbrıs sorunlarında bir taraf haline gelmiş bulunuyor⁶⁸ ve Türk dış politikasının bu iki temel sorunu artık AB-Türkiye ilişkilerinde ana gündem maddelerini oluşturmaya başlamıştır⁶⁹.

Nitekim Helsinki Kararlarını müteakip Türkiye'nin AB'ye tam üyelik hedefini gittikçe artan bir yoğunlukta vurgulamaya başladığı, dış politika etkinliklerinde bu konuya birinci derecede öncelikli bir önem atfettiği görülecektir. AB'nin tam üyelik müzakerelerini başlatması için Türkiye'nin yapması gereken ev ödevlerini içeren ayrıntılı Katılım Ortaklığı Belgesine (KOB) karşı, Türkiye hemen bir Ulusal Program (UP) ile karşılık vermiş ve burada öngörülen kısa ve orta vadeli reformları yapmaya koyulmuştur. Özellikle Kopenhag Kriterlerini yerine getirmeye yönelik olarak, uzun yıllardır tartışıyor olmasına rağmen bir türlü gerçekleştiremediği anayasa değişikliklerini büyük bir gayretle gerçekleştirmiş olması, AB'ye tam üyeliğe ne kadar öncelikli bir önem verdiğini açıklıkla ortaya koyar mahiyettedir. Kısaca, Türkiye'nin bütün beyan, karar, tutum ve davranışları, AB'ye tam üye olmayı birinci derecede öncelikli ulusal bir dış politika hedefi olarak gördüğünü açıkça ortaya koymaktadır⁷⁰.

⁶⁸ Yunanistan'ın AB üyeliği ile birlikte yaşadığı çok yönlü sistemsiz dönüşümün yanında AB'yi dış politikasında bir enstrüman olarak kullanma şeklindeki araçsallaştırması konularında analizler için bkz. **KALKAN** Haluk, "Avrupa Birliği'ne Entegrasyon Sürecinde Yunanistan: Gerilimli Bir Dönüşümün Hikayesi", Birgül Demirtaş-Coşkun(der.), Türkiye-Yunanistan Eski Sorunlar, Yeni Arayışlar, Ankara 2002, s. 53-86.

⁶⁹ **ÜNAL** Hasan, "Yunanistan seçimleri: Şimdi neler olacak?", a.g.m.

⁷⁰ Konuya ilişkin benzer tespitler için bkz. **SÖNMEZOĞLU**(2006), s. 647.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

Bu kadar öncelikli bir dış politika hedefinin, aslında Helsinki Zirvesi kararlarında muğlak bile olsa, Ankara'ya tam üyelik perspektifi verilerek tetiklendiği çok açık olarak görülmektedir. Bütün parametreler birlikte değerlendirildiğinde, Helsinki'de Türkiye ile ilgili kararın gerçekten Türkiye'yi tam üyeliğe götürecek belli bir konsensüse dayanan samimi bir karar olmaktan ziyade, belli hedef ve hesaplara göre oluşturulmuş taktik bir manevra olmasının daha ağır bastığını düşünmek mümkün görünüyor. Özellikle, Kıbrıs ve Ege konuları etrafında ustalıklı manevralara başvuruluyor oluşu ve müteakip dönemde bunlarla da yetinilmeyerek Türkiye'nin tam üyeliğinin farklı formül ve mekanizmalar geliştirilerek tam bir belirsizlik düzlemine taşınmış olması bu bağlamda oldukça dikkate değer bir tutumdur.

7. Aralık 2002 Kopenhag Zirvesi: Kıbrıs'ta AB Kısıkcı ve/veya AB'de Kıbrıs Kısıkcına Doğru

AB'nin Helsinki Zirvesi Kararlarının anlamını çok iyi kavramış gözükten zamanın KKTC Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş, Kıbrıs adı altında Rumlara AB'ye tam üyelik kapısının açılmış olmasını haksız ve kabul edilemez olarak nitelendirip, bu tutumun yapılmakta olan görüşmeleri dinamitlediğini ifade ederek tepki göstermiştir⁷¹. Denktaş haklı olarak, adanın tamamı adına AB'ye üye olmasına yeşil ışık yakılmış olan Rum tarafının, artık Kıbrıs Türklerinin meşru haklarını dikkate alan bir çözüme yaklaşmayacaklarından endişe etmekteydi. Nitekim New York dolaylı görüşmelerinin Cenevre'de devam eden turlarında, Rumların tutumları Denktaş'ın endişelerini tamamen destekler mahiyette olmuştur. Zira görüşmeler uzunca bir zamandır devam etmiş olmasına rağmen hiçbir kayda değer gelişme kaydedilemediği gibi; GKRY ve Yunanistan 17-21 Ekim 2000 tarihleri arasında ortak bir tatbikat düzenlemişler ve bu tatbikat Türk tarafına saldırı senaryoları üzerine icra edilmiştir. Kasım 2000'de Cenevre'de beşinci turu yapılan görüşmelerde BM Genel Sekreteri Kofi Annan, taraflara tek uluslararası kimliği ve vatandaşlığı olan, tek ve bölünmez bir devleti öngören resmi olmayan bir belge sunmuştur. Bu belgede ayrıca, siyasal eşitliğin sayısal eşitlik anlamına gelmediği ve iki toplumun da merkezi hükümete sıkı bir şekilde bağlanması, önemli bir toprak parçasının Rumlara verilmesi, Rumların kuzeydeki evlerine yerleşebilmeleri öngörülmekteydi. Annan bu fikirlerin ileri safhadaki görüşmelere zemin teşkil etmesi amacıyla sahip olduğunu belirtip, tarafları bu fikirlere karşı tutumlarını ortaya koymaya çağırıyordu. Rumların oldukça hoşnut kaldıkları bu fikirlere Türk

⁷¹ BAĞCI/USLU, s. 256.

tarafı sert tepki göstermiştir. Denктаş Ankara’da Demirel ile yaptığı görüşmenin ardından 24 Kasım’da, Cenevre görüşmelerinin kendileri açısından sona ermiş olduğunu ve Türk parametrelerinin kabul edilmediği müddetçe bundan böyle dolaylı görüşmelere devam etmeyeceğini ilan etmiştir⁷². Bunu müteakip uluslararası toplum Türk tarafını görüşmelerden kaçan taraf olarak görmeye başlamış ve görüşmelerin sürdürülmesi doğrultusunda doğrudan ve dolaylı baskılar yöneltmiştir.

Genel Sekreter Kofi Annan’ın Cenevre görüşmelerinin beşinci turunda sunduğu ve Türk tarafı açısından kabul edilemez olan belgesi ile AB’nin sunduğu Katılım Ortaklığı Belgesinin (KOB) aynı zaman kesitine tekabül ediyor olması ve her iki belgede de Kıbrıs Sorununun çözümüne dair Türk tarafını yok sayan ve bu şekilde bir çözüme zorlama yaklaşım benzerliği oldukça manidardır.

8 Kasım 2000 tarihinde Helsinki Kararları doğrultusunda Türkiye’nin AB tam üyeliğine hazırlanması ile ilgili ayrıntılı reform ve şartları içeren Katılım Ortaklığı Belgesinde (KOB), Türkiye’nin AB’ye üyeliği ile Kıbrıs sorunu arasında bir bağlantı kurulduğu ve Kıbrıs’ın Türkiye’nin AB üyeliği için bir siyasi kriter olduğu ifade edilerek Türkiye, Genel Sekreterin çözüm çabalarını desteklemeye çağırılmıştır. Burdaki zamanlama, içerik benzerliği ve herşeyden önemlisi 1999 Helsinki Zirvesi Kararları ile Kıbrıs’ın tamamı adına Rumların üyelik müracaatını sonuçlandıracağını kabul etmesindeki taraflı ve yapıcı olmayan tutum yetmiyormuş gibi, bu noktada artık açık bir şekilde Türkiye-AB ilişkilerinin de Kıbrıs’a endekslenmeye çalışılması fevkalade dikkat çekici ve kaygı verici bir gelişmeye işaret etmektedir⁷³. Zira özellikle bu dönemden sonra, başta AB’nin genişlemeden sorumlu Komiseri Günter Verhuggen olmak üzere birçok üst düzey AB yetkilisi, bir taraftan Kıbrıs Sorununun çözümünün Türkiye’nin AB üyeliği bakımından bir siyasi kriter olduğunu vurgularken; öbür taraftan da özellikle Kıbrıs görüşmelerinin yapıldığı esnada bile, belli aralıklarla düzenli bir şekilde “Kıbrıs Sorunu çözülmemiş olsa bile Kıbrıs’ın AB’ye tam üye yapılacağını” bıkılmak usanmak bilmeksizin tekrarlayıp durmaları, AB’nin niyeti veya en azından sorun çözme ehliyeti konusunda çok ciddi şüpheler uyandırmaktaydı.

Katılım Ortaklığı Belgesi’nde Türkiye’nin tam üyeliği ile Kıbrıs Sorunu arasında bir ilişki kurulmasının arkasından, Türkiye böyle bir ilişki kurulama-

⁷² Bkz. a.g.e., s. 257.

⁷³ Konu ile ilgili benzer yorum ve değerlendirmeler için bkz. MANİSALI (2001), s. 168 vd.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

yacağını, kendisini sadece Helsinki Zirvesi kararlarındaki hükümlerin bağladığını ve KOB'dan Kıbrıs ile ilgili tüm göndermelerin çıkarılmasını istemiştir. Bunun bir sonucu olarak üye ülke dışişleri bakanlarından müteşekkil AB Genel İşler Konseyi, 4 Aralık 2000 tarihinde yaptığı toplantıda, Kıbrıs ve Ege meselelerini siyasal diyalog kapsamına almıştır. Gerçi böyle bir manevranın sonraki dönemde sürecin işleyişi bakımından hiçbir fiili etkisinin olmadığı görülecektir. Zira Kıbrıs'ın tamamı adına Rumların AB ile tam üyelik görüşmeleri ilerleyerek devam etmiştir.

Bu ara, ABD Kıbrıs Özel Temsilciliği görevlisi Moses'in Kıbrıs görüşmelerini tekrar başlatmaya yönelik Ocak 2001'de zemin yoklama gezilerine çıktığı ve BM Genel Sekreteri Annan'ın ortaya attığı ve Denктаş'ın müzakerelerden çekilmesine sebep olan fikirlerin çözüm çerçevesi olmak gibi niteliğe sahip olmadığını vurgulayarak görüşmelere devam edilmesi çağrısı yapmasına şahit olunmaktadır. Türk Dışişleri Bakanı İsmail Cem de esasen görüşmelerin sona ermediğini sadece bir bekleme dönemine girildiğini ifade ederek, görüşmelerin tekrar başlamasına destek verdiğini ima etmiştir. 2001 yılında Rum tarafında seçimlerin de yapılmasından sonra hem BM, hem AB ve hem de İngiltere tarafları tekrar görüşme masasına oturtmak üzere girişimlerini yoğunlaştırdılar. O zamana kadar uzlaşmaz görülen Denктаş biraz da sürpriz bir şekilde Kasım ayında Klerides'i yüz yüze görüşmeye davet etti. BM Özel temsilcisi De Soto'nun da katıldığı Denктаş-Klerides toplantısı, Kıbrıs'ın tampon bölgesinde gerçekleşti. De Soto, tarafların 2002 Ocak ayının ortasında doğrudan görüşmeler yapmayı kararlaştırdıklarını ilan etti. Görüşmeler ön şartsız başlayacak ve kapsamlı bir çözüm bulunana kadar BM himayesinde devam edecekti.

Tarafların tekrar görüşme masasına oturmalarının, temelde yine çok yönlü AB faktöründen kaynaklandığını söylemek mümkündür. Çünkü AB 14-15 Aralıkta Laeken Zirvesine hazırlanmaktaydı. AB Konseyi bu zirvede Kıbrıs ve Malta'nın da içerisinde bulunduğu Doğu Avrupa ülkelerinden oluşan, müzakere halinde olduğu on ülkenin üyeliklerini 2002 sonuna kadar sonuçlandırmayı karara bağlayacağını daha önceden açıklamış bulunmaktaydı⁷⁴. Dolayısıyla Rum tarafı böyle önemli bir randevuyu kaçırma riskini üzerine almak istememekteydi. Aynı şekilde Türk tarafı da bu önemli randevuda Kıbrıs'ın tamamı adına Rumların yer alarak kendisinin tamamen izole edilmesinden çekinmekteydi. Türkiye ise en öncelikli dış politika konusu olarak değerlendiril-

⁷⁴ Bkz. SÖNMEZOĞLU(2006), s. 629.

dirdiği ve yoğun bir şekilde hazırlandığı AB'ye tam üyelik hedefinin sulandırılmasından korkmaktaydı. Yunanistan'a gelince, o zaten perde arkasından Rumları çekip çevirirken, AB üyesi içeriden bir aktör olmanın bütün avantajları ile Türkiye'yi kısıp almaya doğru hızla ilerleyen süreci keyifle izleyerek mutlu sonu beklemekteydi. Yunanistan açısından her şey planlandığı gibi yürü(tül)mekteydi. Elbette bu şekilde bir pozisyon üstünlüğüne sahip olan ve mevcut haliyle işlemekte olan sürecin hiçbir maliyet riski bulunmayan taraflar olarak, Rum ve Yunan tarafının müzakerelere sırf katılmış olmak için katılmalarından başkası pek beklenemezdi. Gerçekten görüşmelerde Rumların bir çözüm için olmazsa olmaz olan belli taviz ve esneklik göstermek bir yana, tamamen maksimalist bir tutum takındıklarına şahit olunmuştur. AB Rumlara, bu şekilde uzlaşmaz tutum takınmaları halinde, AB'ye üyeliklerinin mümkün olmayacağını bir parça bile olsun hissettirmiş olsaydı, sonuç kesinlikle başka türlü olurdu⁷⁵. Ama AB, anlaşılmaz bir vizyon sefaleti sergileyerek, KKTC'yi tecrit etme ve Türkiye'ye de AB üyeliği üzerinden baskı kurma yolunu tercih ederek, Rum-Yunan ikilisini uzlaşmaya yaklaşmama konusunda devamlı olarak cesaretlendirici davranmayı tercih etmiştir.

Bu veriler ışığında 2002 başlarında manzaraya bakınca; Rumlar hızla adanın tamamı adına AB'ye üyelik doğrultusunda, AB'den geniş destek alarak ilerlemekte; Yunanistan bütün gelişmeleri arka plandan idare ederken, zahiren barış ve diyalog yanlısı gibi bir portre çizmektedir. Kıbrıs Türkleri bir taraftan sürecin tamamen dışına itilip yok sayılarak tecrit edilirken, diğer taraftan da sergilenen sahnenin tamamen farkında olan ve bundan kurtulmak için çırpınan Cumhurbaşkanları Denktaş aleyhine ve bir şekilde AB'ye girmek lehine inanılmaz bir AB, ABD, Rum-Yunan psikolojik hareketına maruz kalmışlardır. Türkiye ise Kıbrıs Türklerini azınlık statüsüne düşürücü, ideal bir Rum-Yunan çözüm tasavvuruna zorlayacak şekilde, bir anlamda "ya Kıbrıs, ya AB" ikilemine doğru sürüklenmektedir.

Daha önce kararlaştırıldığı üzere 16 Ocak 2002 tarihinde toplumlararası müzakereler yeniden başladı. Ama görüşmelerde hiç mesafe kat edilemiyordu. Bu çerçevede iki liderin Eylül ayı sonuna kadar toplam 57 defa görüşüp herhangi bir ilerleme sağlayamamalarının ardından, BM Genel Sekreteri Kofi Annan Paris'te iki lideri biraraya getirmiş ve Ekim ayı için New York'a davet etmiştir. 3-4 Ekim tarihlerinde kararlaştırıldığı şekilde New York'ta görüşmeler yapılmış ve bu görüşmelerin ardından Denktaş bir kalp ameliyatı için hastaneye yatmıştır.

⁷⁵ Benzer değerlendirmeler için bkz. BAĞCI/USLU, s. 260.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

Denktaş kalp ameliyatı nedeniyle yatıyor olmasına rağmen Kofi Annan, 12 Aralık Kopenhag Zirvesine bir çözümü yetiştirmek amacıyla harekete geçmiş⁷⁶ ve Kıbrıs Sorununun çözümüne yönelik kendi adı ile anılacak olan Annan Planı'nı 11 Kasım'da taraflara sunmuştur. Tam bu esnada Türkiye'de seçimler yapılmış, seçimi AKP kazanmış ve böylece bir hükümet değişikliği gündeme gelmiş ve fakat henüz yeni hükümet göreve başlayabilmiş değildir. Denktaş'ın da sağlık sorunları devam ettiği için, Türk tarafı bu plana resmi bir cevap vermek konusunda gecikmiştir. Rumlar ise planı bu haliyle kabul edemeyecekleri, ancak bir müzakere çerçevesi olarak değerlendirebilecekleri şeklinde esnek bir cevap vermişlerdir. 10 Aralıkta Genel Sekreter tarafların itirazları doğrultusunda bazı değişiklikler yaptıktan sonra, planı taraflara sunmuş ve 12 Aralık AB Kopenhag Zirvesinde tarafların imzalamaları çağrısında bulunmuştur. Yine bu zamanlama da, Kıbrıs Sorununun hızla AB'ye endekslenmekte olduğunun çarpıcı bir göstergesi durumundadır. Ancak Annan Planı üzerinde 12 Aralık AB Kopenhag Zirvesinde bir uzlaşma sağlanamamıştır.

Buna karşın AB, 12 Aralık Kopenhag Zirvesinde Güney Kıbrıs Rum Yönetiminin AB üyeliğini kesin olarak kabul etmiş ve Mayıs 2004 tarihini de üyeliğe nihai kabul tarihi olarak kararlaştırmıştır. Mayıs 2004 tarihinde Rumların nihai olarak tam üye olmalarına kadar Kıbrıs Sorununa bir çözüm bulunmasını istediğini de belirtmeyi ihmal etmeyen AB, artık bu gülünç arzusunu da kayda geçirmiştir. Bu Zirve kararı Kıbrıs Sorunu ile ilgili olarak, 1999 Helsinki Zirvesi Kararından çok daha kritik ve belirleyici bir anlam ifade etmektedir. AB'ye tek başına adanın tamamı adına kesin giriş randevusu alan bir Rum-Yunan ikilisinin, Türkiye de ısrarla AB'ye tam üye olma çabası içerisindeyken ve Türkiye'nin AB'ye tam üyeliği karşısında Kıbrıs Sorununun çözülmüş olması bir siyasi kriter-şart olarak yine AB tarafından kayıtlara geçirilmişken, Kıbrıs ile ilgili dolaylı Enosis ile sonuçlanmayacak bir çözüm modalitesini kabul etmelerini beklemek boş bir beklentidir⁷⁷. Bu anlamda AB, adadaki tarihi, siyasi, sosyal ve hukuki gerçekleri dikkate almamak suretiyle, taraflarca kabul edilebilir ve sürdürülebilirliği olan bir çözümü imkansızlaştırmış; böylelikle de sorunun önünün açılmasını neredeyse imkansız bir şekilde tıkayan tarihi bir rolün altına imza atmıştır. Bu durumun AB'nin geleceği, AB-Türkiye ilişkileri ve Türkiye-Kıbrıs ve Yunanistan ilişkilerinin seyri ve

⁷⁶ Kopenhag Zirvesi öncesinde, esnasında ve sonrasında Kıbrıs Sorunu ve Annan Planı çerçevesindeki gelişmelere dair geniş bilgi ve değerlendirmelerle ilgili olarak bkz. ŞİMŞİR N. Bilal, AB, AKP ve Kıbrıs, Ankara 2004, özellikle s. 49-196.

⁷⁷ SÖNMEZOĞLU(2006), s. 645.

geleceği bakımlarından fevkalade önemli etki ve sonuçlar doğuracağı açıktı. Nitekim o tarihten bu yana bahsi geçen konularla ilgili yaşanan gelişmeler daha şimdiden bu etki ve sonuçların hangi yönde ve neler olabileceklerine dair yeterli ipuçlarını vermiş bulunuyor.

8. 24 Nisan 2004 Annan Planı Referandumu: Kurgulanmış Çıkmazlar

12 Aralık 2003 AB Kopenhag Zirvesine kadar, Annan Planı üzerinde beklenilebileceği gibi tarafların bir uzlaşmaya varamamalarının ardından, AB, Rum Yönetimini resmen üyeliğe davet etmiş olup, katılım takvimini de Mayıs 2004 olarak netleştirmiştir. Kıbrıs Sorunu ile ilgili olarak görüşmelerin 28 Şubat 2003 tarihine kadar devam ettirilmesi, çözüm sağlanmaması durumunda AB müktesebatının sadece güneyde uygulanacağı vurgulanmaktaydı. Bu şartlar altında Rumlar ve Yunanistan açısından süreç, herhangi bir kayıp ve risk taşımak bir yana, Enosisi gerçekleştirmekten başka bir anlama gelmeyen, Türkleri kafalarındaki ideal çözüme zorlama⁷⁸ doğrultusunda, AB cenderesi içerisinde hızla kısaca alıp köşeye sıkıştırmaya doğru ilerliyordu. Böyle bir durumda Rumların görüşmelerde yapıcı bir tutum sergilemelerini beklemek asla gerçekçi değildi⁷⁹. Bu arada bütün bu görüşmelerin yapıldığı esnada, AB'nin genişlemeden sorumlu komiseri Günter Verheugen'in görüşmelerde ortaya çıkacak sonuçtan bağımsız olarak Kıbrıs'ın AB'ye üye yapılacağını devamlı olarak tekrarlayıp durmasının, Kıbrıs Sorununda geline çözümsüzlük ve çıkmaza dair AB'nin rol ve sorumluluklarıyla⁸⁰ ilgili taşıdığı anlama bir defa daha işaret etmek gerekir.

Nitekim Denktaş ve Klerides Kopenhag Zirvesinden sonra sekiz defa bir araya gelmelerine rağmen hiçbir ilerleme sağlanamamıştır. 16 Şubat 2003'te GKRY'de yapılan başkanlık seçimlerinde Klerides'i yeterince sert olmamakla eleştiren EOKA'cı Tasos Papadopoulos başkan seçilmiştir. Annan 26 Şubat'ta adaya gelerek planının üçüncü versiyonunu taraflara sunduktan sonra, 10 Martta Lahey'de tarafları görüşme yapmaya çağırıp, uzlaşsın ya da uzlaşılmasın planı adada referanduma götürme konusunda taraflardan taahhüt istemiştir.

10 Martta Lahey'de Annan, Denktaş ve Papadopoulos biraraya gelerek görüşmelere başlamışlardır. Bu yoğun görüşmelerden de bir sonuç çıkmama-

⁷⁸ BAĞCI/USLU, s. 291.

⁷⁹ SÖNMEZOĞLU(2006), s. 639.

⁸⁰ Karşılaştırmamız ŞİMŞİR, s. 481.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

sının ardından, 13 Nisan 2003 tarihinde Atina'da düzenlenen görkemli bir törenle AB, Rum Yönetimi ile katılım andlaşmasını imzalamıştır. Bu arada KOB doğrultusunda Türkiye Ulusal Programlar yayınlayarak, enerjik bir şekilde AB üyeliğine hazırlanmasına rağmen, AB Türkiye'nin üyeliğine dair hiçbir somut takvim telaffuz etmeyerek konuyu belirsizlikte tutmaktadır. Türkiye ise AB'ye üyeliğini zora sokup riske etmemek için, Rumların yukarıda belirtildiği şekilde Kıbrıs'ı AB'ye üye yapmalarına herhangi etkin önleyici bir müdahalede bulunmadığı gibi; ciddi bir itiraz ve karşı çıkış da sergilememiş olup⁸¹, bu şartlarda çözümle sonuçlanması hiç de mümkün görünmeyen müzakerelerin sürdürülmesine destek vermeyi yeğlemiştir. 14 Nisanda BM Güvenlik Konseyi, görüşmelerin sonuçsuz kalmasından Türk tarafını sorumlu tutan bir raporu onaylamıştır. Oysa Papadopoulos daha sonra Kasım ayında, Annan Planı'nı Lahey'de Denktaş onaylamış olsa bile kendisinin asla onaylamayacağını açıkça beyan etmiştir. Böylece söz konusu başarısız Lahey görüşmelerinden sonra, Kıbrıs Sorunu bir müddet hiç ilgilenilmeyerek kenara itilmiştir. Ama diğer yandan KKTC'de Aralıkta yapılacak olan seçimler yaklaşmaktaydı ve adadaki seçim kampanyalarında AB, merkezi bir kampanya konusu haline gelmişti. Türk toplumunun bir şekilde AB'ye dahil olmasının sağlayacağı imkanlar müthiş abartı ve çarpıtmalara da başvurularak yoğun bir şekilde işlenmiş⁸² ve Annan Planı zemininde bir çözüme gidilerek, Mayıs 2004'te AB'ye adanın tamamının katılmasını savunan sol partiler ile, Annan Planı'na dair kuşkulara sahip olan sağ-liberal partiler, 50 üyelik meclise 25'er üye sokabildiler. Seçimlerden sonra Mehmet Ali Talat'ın sol partisi ile Serdar Denktaş'ın partisi bir koalisyon hükümeti kurmuşlardır.

Türkiye'ye AB ile ilişkilerinde somut bir takvim elde etmek bir yana, kendisine Kıbrıs Sorununun üyelik için bir ön şart olduğu ima edilmekte, Kıbrıs'ın tamamı adına Rumların kesinleşen AB'ye katılma takvimi de hızla ilerlemekteydi. Böyle bir ortamda Türkiye, çözümsüzlükten sorumlu tutulmaktan endişe ederek ve her şeyden önemlisi de AB üyelik sürecini zora sokmamak asıl endişesinin etkisiyle, içerisine itildiği çıkmazı fark ederek, Kıbrıs Sorununun çözümüne yönelik yeni bir diplomatik girişim başlatmıştır. Bu doğrultuda ABD ve BM nezdindeki girişimleri cevap bularak, BM Genel Sekreteri Kofi Annan Türk ve Rum toplum liderlerine 4 Şubat 2004 tarihinde bir davetiye göndererek, Denktaş ve Papadopoulos'ı 10 Şubatta görüşmek üzere New York'a çağırmıştır. Görüşmeler esnasında, Annan taraflara

⁸¹ BAĞCI/USLU, s. 263.

⁸² ŞİMŞİR, s. 410 vd.

müzakere çerçevesi olmak üzere hazırladığı iki sayfalık bir metin sundu. Bu çözüm çerçevesine göre Denktaş ve Papadopulas, 22 Marta kadar müzakerede edecekler; şayet bir uzlaşma sağlayamazlarsa, 29 Marta kadar Türkiye ve Yunanistan müdahil olacak, bu şekilde de bir sonuca ulaşılamazsa anlaşılabilen hususlar Annan tarafından resen düzeltililecek ve nihai şekli verilecek olan bu metin, böylece Kıbrıs'ın AB'ye üyelik tarihi olan 1 Mayıs 2004'ten önce Kıbrıs'ta referanduma sunulacaktı. İki lider bu çözüm çerçevesini içeren metni kabul etmek suretiyle 1 Mayıstan önce Kıbrıs'ta Türk ve Rum toplumlarının Annan Planını referandumda oylamalarının önü açılmış oldu. Böylece bu çözüm çerçevesi zemininde görüşmeler tekrar işlemeye başladı. İki liderin bir çözüme ulaşamamaları neticesinde, çözüm çerçevesinde öngörüldüğü üzere Bürgenstock'ta Türkiye ve Yunanistan'ın katılımı ile dörtlü müzakereler gerçekleşti. Bu müzakerelerden de uzlaşma çıkmayınca Annan devreye girip Plana son şeklini verdikten⁸³ ve referanduma sunulacak olan kesin nihai metni taraflara ilettikten sonra, 24 Nisan 2004 tarihinde Annan Planı Türk ve Rum toplumlarının oyuna sunuldu.

Bu bağlamda Annan Planı'nı ana hatlarıyla çok kısaca değerlendirmek yerinde olacaktır. Oldukça geniş ve ayrıntılı olan planda, görünüşte iki toplumluluk ve toplumların siyasal eşitliği gözetiliyor görünse de, Türk tarafının gayet doğru ve yerinde bir şekilde adil ve kalıcı bir çözüm için olmazsa olmaz olarak gördüğü temel parametrelerin orta ve uzun vadede pek bir güvencesi kalmamaktaydı. Zira AB'ye üye bir Kıbrıs, doğal olarak AB müktesebatına tabi olacaktır. Annan Planı'nda sağlanmakta olan iki kesimlilik ve iki toplumluluğun temel hukuki ve siyasal altyapısı esasen AB hukuki müktesebatına aykırılık içermektedir. AB birincil hukuku çerçevesinde, serbest dolaşım, yerleşme, seçme ve seçilme, mülk edinme gibi haklar garanti altına alınmış olan önemli Birlik hukuki müktesebatı durumundadırlar. Dolayısıyla Annan Planı çerçevesinde Kıbrıs için öngörülen iki toplumluluk ve iki kesimliliği sağlamaya yönelik getirilen kısıtlamalar, mevcut halleriyle AB birincil hukukuna aykırılık teşkil etmekteydi. Türkiye'nin üye olarak içerisinde bulunmadığı (ki bu durum halen tam bir belirsizliktir) bir AB gözönüne alınınca, bu riskin çok daha somut hale geleceği açıktır. Bu durumda, söz konusu kısıtlamaların AB Adalet Divanı'na götürülmesi halinde, AB hukukuna aykırı bulunarak iptal edilecekleri kesindir. Kıbrıs konusunda Enosisi ulusal bir ülkü olarak gördüğünü sürekli ortaya koyan bir toplumun,

⁸³ Referanduma sunulan Annan Planı'nın içeriğine dair detaylı tespit ve analizlerle ilgili olarak bkz. SÖNMEZOĞLU(2006), s. 642 vd.; BAĞCI/USLU, s. 264 vd.; ŞİMŞİR, s. 433 vd.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

AB hukuku çerçevesindeki yasal mekanizmaları işleterek amacına ulaşmak isteyeceğine kesin gözüyle bakmak gerekir. Buna karşı alınabilecek hukuki önlem, söz konusu planda iki toplumluluk ve iki kesimliliği temin eden düzenlemelerin daimi istisnalar (derogasyonlar) olarak tek tek belirlenmek suretiyle daimi derogasyonlar olarak gerekli prosedürlerden sonra, AB birincil hukuku niteliğine kavuşturulması olabilirdi. Ne var ki, böyle bir şey yapılmadığı gibi buna şiddetle karşı çıkmıştır. Bu durumda referanduma sunulan Annan Planı'nın, Türk tarafı açısından ciddi hayati riskler taşıyan bir çözüm şeklini ifade ettiği oldukça açıktı.

Türkiye bu durumu yeterince dikkate almadığından, önleyici bir karşı tutum da geliştirememiştir. Ankara'nın bu tutumunun esas itibarıyla AB'ye üyelik sürecini tehlikeye atmama etrafında şekillendiği söylenebilirse de, bu tutum ve arkasındaki temel kabuller pekçok açıdan oldukça sorunlu niteliktedir. Tek başına Kıbrıs'ın tamamı adına AB'ye katılım tarihi bile tespit edilmiş bir Rum tarafının, bu aşamada herhangi bir şekilde etkilenebilirliği mümkün olabilir miydi? Kıbrıs konusunda Türk tarafı her isteneni kabul ederek, adayı tamamen Rumlara teslim etmiş olsa bile, böyle bir tutum bile asla Türkiye'nin AB'ye tam üyeliğinin kabulünün garantisini anlamına gelmemektedir. Türkiye'nin AB üyeliği için somut bir tarih telaffuz edilmemesinden başka, bugün belirsizliğin daha da arttığı⁸⁴ gerçeği dikkate alınırca, Türkiye'nin Annan Planı gibi oldukça riskli bir çözüm şekline onay vermesi ve hele hele sistematik bir şekilde AB üyelik hedef ve beklentisi istismar edilerek kısaca alınıyor oluşu karşısındaki edilgenliği, esasen ülkenin derin, yapısal bir yönetim zafiyetine işaret etmektedir.

Neticede, Türk tarafı açısından ciddi hayati riskler taşıyor olmasına rağmen, Annan Planı 24 Nisan 2004 tarihinde adada referanduma sunulmuş, Türk tarafı % 65 gibi bir çoğunlukla bu plana "evet" derken; inanılmaz bir şekilde Rum tarafı da % 70'ten fazla bir çoğunlukla "hayır" demiştir. Rum tarafının bir çözüm için olmazsa olmazı durumundaki Enosise açık olma niteliğine de sahip olmasına rağmen, Annan Planı'na bu kadar büyük bir çoğunlukla "hayır" demesi nasıl açıklanabilir? Bunun en önemli izahı ne yazık ki bir hafta sonra AB'ye girme garantisini almış olması ve Türkiye'nin de ne pahasına olursa olsun muğlak bir AB üyeliği hedefine sınıksız sarıldığı görüntüsü vermesidir. Bu durumda Rum tarafı, AB hukuki prosedürlerini işletmek suretiyle,

⁸⁴ BÜRGİN, s. 99.

biraz dolambaçlı bir yoldan Enosis'e ulaşma⁸⁵ zahmetine bile katlanmayacak kadar, külfetsiz tercihlerden yana seçici olabilme imkanı tanıyan sihirli bir AB anahtarını ele geçirdiğini düşünmüş olmalıdır.

9. Türkiye'nin AB Müzakere Süreci: Daraltılan Kıskaç

Her iki toplumda da referanduma sunulan, Annan Planı'nın Türk tarafında büyük bir ekseriyetle kabul edilmesi, Rum tarafında da daha büyük bir ekseriyetle reddedilmesinin arkasından, AB yetkililerince Türklerin çözüm doğrultusundaki bu iradelerinin karşılıksız kalmayacağı, Türklere yönelik tecridin peyderpey kaldırılması için çalışmalar yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak bu sözlerin fiiliyatta hemen hemen hiçbir değerlerinin olmadığını müteakip dönemdeki AB eylemleri göstermiştir. İlginç olan belli aralıklarla nakarat olarak, Kıbrıs görüşmelerinde bir çözüme ulaşılsın ya da ulaşılmasın bundan bağımsız olarak Kıbrıs AB'ye üye yapılacaktır görüşünü tekrarlayıp duran Birliğin genişlemeden sorumlu Komiseri Verheugen, Rumların Annan Planı'na "hayır" demelerini hiç beklenmeyen bir durummuş gibi değerlendirip, Rumlar tarafından "kandırıldığını" beyan etmiştir. Bütün bir süreç ve bu süreç içerisinde sergilenen tutumlar birlikte değerlendirildiğinde, asıl şaşılacak husus Verheugen'nin bu traji-komik şaşkınlığıdır.

Referandumun ardından 29 Nisan tarihinde AB müktesebatının adada uygulanış şeklini gösteren AB Kıbrıs Tüzüğü yayınlanarak, KKTC'den "Kıbrıs Cumhuriyeti'nin etkili kontrolü altında bulunmayan bölge" olarak bahsedilerek, kararlaştırıldığı üzere, 1 Mayıs 2004 tarihinde Kıbrıs, çoğunluğunu eski doğu Avrupa ülkelerinin oluşturduğu 9 devlet ile birlikte AB'ye kesin olarak üye yapıldı.

1 Mayıs 2004'te Kıbrıs'ın AB'ye üye olmasını, hem Rum hem de Yunan siyaset ve devlet adamlarının "Helenizm'in tarihi bir zaferi" olarak değerlendirmeleri ve hatta bu durumu Enosisin gerçekleşmesi olarak ilan etmeleri, birlikte değerlendirildiğinde, Rum-Yunan ikilisinin Kıbrıs Sorunu ile ilgili gerçek niyetlerini ve kafalarındaki nihai çözüm modalitesini açıkça gösterir mahiyettedir⁸⁶.

⁸⁵ Rumların tam üyelik müracaatları sonuçlandırılarak mevcut haliyle Kıbrıs'ın AB'ye üye yapılmasının nasıl dolaylı Enosis anlamına geldiğine dair Türk ve Yunan-Rum değerlendirmeleriyle ilgili olarak bkz. **ŞİMŞEK**, s. 498-503.

⁸⁶ Benzer tespitler için bkz. **BAĞCI/USLU**, s. 271.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

Her şeyden önemlisi de, 1995 Gümrük Birliği Kararı ile başlayan Türkiye-AB ilişkileri ve özellikle de 1999 Helsinki Zirvesi Kararlarında Türkiye'ye tam üyelik perspektifi verilmesinden sonra, sistematik bir şekilde yapılan manevra ve yürütülen stratejinin gerçekte neyi amaçladığı ve nihai hedeflerin neler olduğunun somut olarak anlaşılması bakımından son derece dikkate değer niteliktedir⁸⁷. Böylelikle Yunanistan'a ilave olarak ikinci bir hırçın, Türkiye karşıtı devlet daha AB'ye üye olmuş oldu. Artık AB hukuku bakımından Rumlar, Türkiye-AB ilişkilerinin bütün aşamalarında, her aşamada bütün süreci veto ederek tıkayabilecek bir hukuki konum elde etmiş oldular. Ya da AB, Türkiye'nin üyelik sürecinde ayak sürümeyi devam ettirebilmek açısından bir kalkan daha elde etmiş oldu. Gerçi Yunanistan'ın 1981'den beri bu görevi aksatmaksızın deruhte etmekte olduğu dikkate alınınca, Rumların AB'ye katılmış olması bu bağlamda sadece bir seçenek zenginleşmesi anlamına gelmekteydi. Burada asıl önemli olan konu, Kıbrıs Sorununun çözümü doğrultusunda Kıbrıs'ın AB üyeliği, tarafları çözüme teşvik etme ve/veya zorlama bakımından AB'nin elde ettiği tarihi altın bir fırsatın önyargılı, taraflı ve her şeyden daha da önemlisi vizyonsuz bir yaklaşımla hoyratça heba edilmiş olmasıdır. Türkiye'yi gerçekten AB üyesi olarak görmek isteyenler açısından da, Rum vetosu bakımından süreç tam bir çıkmaza girmiş bulunmaktaydı⁸⁸; ki daha sonra Türkiye'nin üyelik müzakereleri sırasında yaşananlar ve halen yaşanmakta olanlar bu durumun ilişkiler bakımından zehirleyici vahametini açıkça gözler önüne sermektedir.

Kıbrıs ile birlikte dokuz yeni üyenin AB'ye katılmasının ardından, Türkiye 12 Mayıs 2004'te Kıbrıs hariç dokuz üyeyi Gümrük Birliği Kararı'na dahil ettiğini Resmi Gazetede ilan etmiştir. Bunun üzerine Türkiye'ye yoğun baskılar gelmiş; bu baskılar karşısında Türkiye 2 Ekim 2004'te bir Bakanlar Kurulu Kararı ile GKRY'yi de Kıbrıs adı ile Gümrük Birliğine dahil etmek kararını almak zorunda kalmıştır. Görüldüğü üzere daha bu aşamada bile, Kıbrıs Sorunu artık Kıbrıslı Rumlarla Kıbrıslı Türkler arasında bir sorun olmaktan çıktığı gibi; Türkiye ile Yunanistan arasında ikili bir sorun olmaktan da çıkmış ve

⁸⁷ Kıbrıs Sorunu çözülmeden mevcut haliyle, GKRY'nin AB tarafından Ada'nın tamamı adına yapılmış olarak kabul edilen müracaatı neticelendirilerek AB'ye tam üye yapılması durumunda, ortaya çıkacak sorunlar ve Türkiye'nin milletlerarası hukuk bakımından nasıl köşeye sıkıştırılacağıyla ilgili ipuçlarına dair bkz. LAFFERT von Gred, Die völkerrechtliche Lage des geteilten Zypern und Fragen seiner staatlichen Reorganisation, Frankfurt am Main 1995, s. 230 vd.

⁸⁸ Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB ilişkilerini nasıl çıkmaza soktuğuna dair benzer saptamalar için bkz. BÜRGİN, s. 95.

Yrd. Doç. Dr. Hasan MOR

doğrudan AB ile Türkiye arasında bir sorun haline gelmiş⁸⁹; hatta daha da önemlisi Türkiye'nin AB üyeliğine endekslenmiş bulunmaktadır.

17 Aralık 2004 AB Zirvesinde AB, Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin AB Komisyonu İlerleme Raporu da dikkate alınarak, Ekim 2005'te başlatılmasını karara bağlamıştır.

Ancak bu zirve kararında, Türkiye'nin komşularıyla olan sınır sorunlarını gerektiğinde Uluslararası Adalet Divanı'na götürerek çözmesine işaret ediliyor oluşu; müzakerelerin sonucunun garanti edilemeyen açık uçlu olduğunun özellikle vurgulanma ihtiyacı duyulmuş olması; uzun geçiş süreleri, derogasyonlar ve daimi koruma tedbirlerinden bahsedilmesi ve daha da önemlisi bu şekilde ayrımcılık ve ikircilik taşıyan bir metnin bile güçlülük ve uzun tartışmalardan sonra oluşturulabilmiş olması, esasen AB'nin de Türkiye'nin üyeliği konusunda halen net bir karara ulaşamadığını gösterir niteliktedir.

AB'nin pamuk ipliği ile bağlı olan Türkiye ile üyelik müzakerelerini başlatma kararında⁹⁰, Türkiye'nin Gümrük Birliğini on yeni üyeye teşmil etmesi doğrultusundaki kararından memnunluk duyduğunun ve bunu gecikmeksizin yapmasını beklediğinin altının çiziliyor olması da, AB'nin GKRY olarak AB'ye üye yapılmış olan güneydeki yapının Kıbrıs'ın tamamı adına tanınmasına büyük önem attediğini ima eder mahiyettedir. KKTC'yi ve Kıbrıs Türklerini yok saymasını ve Kıbrıs ile ilgili şimdiye kadar takip ettiği bütün politika ve kazanımlardan tek taraflı olarak vazgeçmesi gibi asla adil ve kabul edilemez bir yönde köşeye sıkıştırılacağı anlamına gelen bu kararlar, Türkiye'nin Kıbrıs ile ilgili bir sarmalın içerisine itilmekte olduğunun habercisidir⁹¹.

17 Aralık 2004 Brüksel Zirvesinde Türkiye ile tam üyelik müzakerelerinin başlatılması, yukarıda belirtildiği üzere daha önce hiçbir aday ülke ile ilişkilerde asla karşılaşılmayan birçok müphem yaklaşımlar, ikircikli karar hüküm cümleleri, her şeyden önce Türkiye'nin üyeliği ile ilgili AB nezdinde derin tereddüt, çelişki ve kararsızlıkların olduğunu ve böylece oldukça muğlak, sorunlu ve riskli bir sürece girildiğini göstermekteydi. İkinci olarak da, ilişki-

⁸⁹ Konu ile ilgili aynı doğrultudaki saptamalara dair bkz. **YILMAZ** Fatma, "Kıbrıs Sorunu: Aldanan AB'nin Tutumu Ne Kadar Değişti?", <<http://www.turkishweekly.net/turkce/yorum.php?id=580>>, 21.12.2007.

⁹⁰ 17 Aralık 2004 Brüksel Zirvesi Kararlarının tercüme tam metni için bkz. <http://www.mfa.gov.tr/MFA_tr/DisPolitika/AnaKonular/Turkiye_AB/2004_BrukselZirveSonuc_Turkiye.htm>, 20.12.2007.

⁹¹ Konu ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **BAĞCI/USLU**, s. 273 vd.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

rin seyir ve geleceği bakımından en az birinci kadar önemli olan, Türkiye'nin AB ile ilişkilerinde Kıbrıs Sorununun merkezi nitelikte belirleyici bir faktör haline geldiği ve/veya getirildiği anlaşılmaktaydı Türkiye, bu kararda belirlendiği şekilde müzakerelerin başlatılacağı tarih olan 3 Ekim 2005'e doğru yaklaşıırken 17 Aralık Brüksel Zirvesi kararında yukarıda işaret edildiği üzere Kıbrıs dahil on yeni üyeye Ortaklık Andlaşmasını teşmil etme konusunda, AB tarafından baskı görmeye başlar ve nihayet 29 Temmuz 2005 tarihinde Ortaklık Andlaşması Ek Protokolünü imzalar. Aynı gün Türkiye, Gümrük Birliğini teşmil ettiği on yeni AB üyesi ülke arasında Kıbrıs'ın da olmasının, bilinen Kıbrıs politikasından bir dönüş yaptığı şeklinde anlaşılması gerektiği, bu protokolde atıfta bulunulan Kıbrıs'ın hiçbir şekilde Kıbrıs Cumhuriyeti'nin tanındığı anlamına da gelmediğini beyan eden bir Deklarasyon yayımlamıştır⁹². Buna mukabil AB de bu Deklarasyonda belirtilen hususları kabul etmediğini bildiren bir karşı Deklarasyon ile Türkiye'ye cevap vermiştir. Sadece bu gelişme bile, yukarıda da işaret edildiği üzere Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB ilişkilerine endekslendiğini gösteren oldukça somut bir göstergedir.

Bu gelişmelerin eşliğinde 17 Aralık Zirvesinde katılım müzakerelerinin başlaması için öngörülen tarih olan 3 Ekim 2005 tarihine ulaşılmıştır. Başlatılacak olan müzakerelerle ilgili, Müzakere Çerçeve Belgesinin oluşturulacağı bu toplantıda, benzer kararsızlıklar, mütereddit ve ayrımcı yaklaşımlar kendini hissettirmiştir. Hem bu belgeye son şeklini verme aşamasındaki tartışma, pazarlık ve manevraların zamanı, şekli ve içeriği itibarıyla, hem de bütün bu altüst oluşların akabinde kaleme alınabilmiş olan nihai metnin bizzat içeriği itibarıyla, sergilenen AB yaklaşımının Türkiye'nin "normal bir aday ülke" olarak görülüp algılanması hariç, başkaca her anlama gelebilecek şekilde olduğuna şahit olunmuştur.

Müzakere Çerçeve Belgesinde, yine Yunanistan'ı tatmin etmeye yönelik ve/veya Yunanistan marifetiyle aday ülkelerin sınır ihtilaflarını (Ege Sorunu), gerektiğinde Uluslararası Adalet Divanı'na götürmek suretiyle çözmeyi kabul etmeleri; müzakerelerin ucunun açık olduğu; kişilerin serbest dolaşımı (İşgücü ve hizmetlerin kapsayacak şekilde formüle edilmektedir) ile ilgili "gerektiğinde" kalıcı derogasyonların olabileceği; Birliğin hazmetme kapasitesinin de dikkate alınacağı; Türkiye'nin "Kıbrıs Cumhuriyeti de dahil olmak üzere" AB

⁹² Söz konusu Deklarasyonun tam metni için bkz. <<http://www.mfa.gov.tr/NR/rdonlyres/CF1DE678-FA55-4B98-9E39-23D34C343EA5/0/DEKLARASYONMETNI.doc>>, 20.12.2007.

üyesi bütün ülkelerle ikili ilişkilerini normalleştirilmesi (GKRY'nin Kıbrıs'ın tamamını temsil eden bir devlet olarak tanınması şartı) gerektiği; Türkiye'nin Ortaklık Andlaşması ve Ortaklık Andlaşması'nı tüm yeni AB üyesi devletlere genişletmesini düzenleyen EK Protokolden doğan yükümlülükleri yerine getirmesi (Kıbrıs'ı tanıma şartı) gerektiği şeklinde, diğer normal üye aday ülkelerden istenen şartlara ilave olarak bütün bu nesnel ve teknik olmayan "Türkiye özeline mahsus" şartlara yer verilmiştir⁹³.

Böylelikle Türkiye'nin AB ile katılım müzakereleri kaygan bir zeminde, akıbeti meçhul ve isteksiz bir şekilde başlatılıyordu. Söz konusu kayganlık ve belirsizliğe ilave olarak üstüne üstlük bir de bütün bu katılım sürecinde Yunanistan ve GKRY, diledikleri zaman süreci sabote edebilme kilit konumunu elde etmişlerdi. Bu ikilinin, Kıbrıs ve Ege Sorunlarında Türkiye'yi kısıpaca alarak köşeye sıkıştırmak suretiyle, kabul edilemez ve asla sürdürülebilirliği olmayan maksimalist çözüm parametrelerine zorlamak için, bu konularını bir manivela olarak en son kerteye kadar kullanacakları hiç şüphesizdir. Daha şimdiden Rum tarafının defalarca Türkiye'nin katılım müzakerelerini tamamen bloke etme tehdidinde bulunmuş olması, durumun nezaketini çok somut olarak anlatan bir örnektir.

Kaldı ki, Aralık 2006'da Türkiye'nin Ortaklık Andlaşması'nı yeni üyeleri de kapsayacak şekilde genişletmesini düzenleyen Ek Protokolü, Kıbrıs'ı da kapsayacak şekilde uygulamayı aksattığı gerekçesiyle katılım müzakereleri sarsıntı geçirmiş ve sekiz başlıkla ilgi müzakereler askıya alınmış vaziyette-dir⁹⁴. Bunun yanında başta mevcut genişlemeden sorumlu Komiser Olli Rehn olmak üzere, farklı düzeyde birçok AB yetkilisi Kıbrıs ile ilgili Ek Protokolü, Türkiye'nin tam olarak uygulayarak, Rum gemi ve uçaklarına karşı limanlarını açmasını, aksi takdirde katılım müzakerelerinin askıya alınabileceğini sıklıkla her fırsatta ifade etmektedirler. Ayrıca yine son zamanlardaki bütün ilerleme raporlarında Türkiye'nin Ek Protokolü, Kıbrıs'ı da kapsayacak şekilde tam olarak uygulaması; Kıbrıs ile ikili ilişkilerin normalleştirilme çağrısı tekrarlanmaktadır. Rum ve Yunan ikilisi bu suretle Türkiye'yi kısıpaca aldıklarını ve adanın tamamının meşru hükümetiymiş gibi, Türkiye tarafından Kıbrıs Cumhuriyeti olarak tanınmayı ummaktadırlar.

⁹³ Müzakere Çerçeve Belgesi'nin tam metninin gayri resmi tercümesi için bkz. http://www.mfa.gov.tr/NR/rdonlyres/7FA78A66-EC3F-4D13-ADAE-5679210B1CE0/0/mcb_tr.pdf, 20.12.2007.

⁹⁴ Konu ile ilgili değerlendirmeler için bkz. **BÜRGİN** s. 95 vd.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

Türkiye, bir taraftan ulusal bir dış politika hedefi haline getirdiği AB'ye tam üyelik sürecini işletmeye çalışmakta; öbür taraftan da bu hedefle ilgili olarak ayaklarına dolaştırılmış olan Kıbrıs kısıpacı ile mücadele etmek şeklindeki bir fasit dairenin içerisinde kıvranıp duran bir konuma sürüklenmiş durumdadır. Bu durumda Rum-Yunan ikilisinin Kıbrıs ve Ege sorunlarını ikili ilişkilerde bir sorun olmaktan çıkartarak, Türkiye ile AB arasında bir sorun haline getirdikleri ve hatta daha da ileri giderek Türkiye'nin AB'ye katılım sürecine endeksleyerek, ne yazık ki Türkiye'yi tam bir dış politika hedef çatışması sarmalı ile karşı karşıya bırakmıştır. Yunanistan ve GKRY, Türkiye'yi böyle bir kısıpaca alma sürecinde AB'nin sonsuz desteğini hep yanında hissetmişlerdir. Türkiye'nin bu durumu esasen çok uluslu üçlü bir ortak üretim niteliğindedir. Ortak üretimde oynadıkları role göre bu troyka: 1. Türkiye⁹⁵, 2. Avrupa Birliği, 3. Yunan-Rum ikilisi şeklinde sıralanabilirler.

Şu haliyle, troykanın sergilediği bu senaryoda Türkiye, içerisinde bulunduğu derin çıkmaz itibariyle tartışmasız yenilen olarak görünüyorsa da, orta ve uzun vadede geniş anlamda bu oyunun kesinlikle hiçbir kazananı yoktur. Zaten, ortada henüz bir çözüm ve barış olmadığı için kazananın söz etmek de mümkün değildir.

Sonuç

Çalışmada ortaya çıkan bulguları, tasnif edip gruplandırılarak yorumlamak konunun bütüncül bir perspektiften anlaşılması bakımından daha işlevsel olacaktır.

İlk olarak, Rumların daha 1990'daki tam üyelik başvurusundan başlayarak AB, Kıbrıs Sorunu ile ilgili çözüme katkı sağlayacak, hatta çözümü mümkün kılacak reel bir enstrüman elde etmiştir. Müteakip dönemde Rumların bu başvurunun takibi ile ilgili gösterdikleri çaba, AB üyeliğine atfettikleri büyük önemi göstermektedir. Tam da bu noktada AB, hem adadaki fiili durumu, hem 1959/60 Andlaşmalarının teyit ettiği uluslararası hukuktan kaynaklanan gerçekliği dikkate alması ve hem de uluslararası ihtilafların çözümüne öncülük ederek global barışın kurulması ve sürdürülmesi bağlamında, stratejik bakım-

⁹⁵ Daha 1995 GB Kararlarından başlayarak, Türk siyasal hayatında belli başlı bütün partilerin (SHP, CHP, DYP, RP, ANAP, DSP, MHP, AKP) bir şekilde tek başlarına veya koalisyon ortağı sıfatıyla kurdukları hükümetlerin istisnasız tamamının Kıbrıs Sorunu ile ilgili olarak ülkenin şu anda içerisinde bulunduğu bu çıkmaza sokulmasında az ya da çok, ama mutlaka katkısı(!) olmuştur. Yani gelinen bu nokta, esas itibariyle bir bütün olarak Türkiye'nin bürokrat/seçilmiş milli bir "yönetim yeteneği düzeyini" yansıtmaktadır.

dan söz konusu Rum müracaatını bekleme alması gerekmektedir. Rumlara “bakın fiilen ve hukuken burada bir halk daha var, bundan dolayı siz tek başınıza adayı temsil ehliyetine ne hukuken, ne siyaseten ve ne de etik olarak sahipsiniz. Birlikte müracaat ederseniz, biz Kıbrıs’ı aramızda görmekten mutluluk duyarız” demek suretiyle her iki tarafı da AB’ye üyelik cazibesiyle bir çözüme teşvik etmiş hatta zorlamış olacaktı. Ama ne yazık ki, AB bu global stratejik vizyonu göstererek Kıbrıs Sorununun çözümünde etkin bir hakem olabileceken⁹⁶; daha baştan adadaki bütün sosyal, tarihi, siyasi ve hukuki gerçeklere sırt çevirerek söz konusu tek taraflı Rum müracaatını işleme koymak suretiyle, sorunla ilgili bir taraf haline gelmiştir. Dahası, Türkiye’yi dini, kültürel ve kimliksel gerekçelerle bağnazca AB’den dışlamaya çalışırken, Rumların arkasına sığınarak, Kıbrıs Sorununu bir manevra imkanı ve kalkan olarak araçsallaştırmaya bile yeltenebilmektedir⁹⁷.

İkinci olarak, 1987’de Türkiye AB’ye müracaat ederek, tam üye olmak doğrultusunda güçlü bir irade ortaya koymuştur. AB, 1989’da “şimdilik üyeliğe ehil olmadığı” söylemek suretiyle tam üyelik kapısını aralıklı tutarak, Türkiye’yi AB üyelik rayında ya da çekim ve etki alanında tutmuştur. Diğer başkaca global ölçekli gelişmelere paralel olarak, Avrupa bütünleşmesi ivme kazanmış ve AB hızla yeni bir yapılanmaya yönelmiştir. AB’nin yeni bütünleşme eğilimi Türkiye için olduğu kadar, Rumlar için de tam üyeliği oldukça cazip hale getirmiştir. Bu hava içerisinde her iki taraf da yapmış oldukları tam üyelik müracaatı ile ilgili daha hevesli ve ısrarcı bir tavır sergilemeye başlamışlardır. Böylece AB, Kıbrıs Sorununun çözümüyle ilgili ikinci defa önemli bir “altın fırsat” elde etmiştir. AB bu fırsatı sorunun çözümü doğrultusunda değerlendirmek yerine, Türkiye ile ilgili Gümrük Birliği Kararı olarak farklı bir ilişki biçimi tesis ederken, Rumların üyelik müracaatının sonuçlandırılmasına ivme kazandırmıştır.

Üçüncü olarak, AB 1999 Helsinki Zirvesi Kararları ile muğlak bir üyelik perspektifi vererek, Türkiye’yi ciddi bir tam üyelik beklentisine sokarken⁹⁸; Rumlara da “Kıbrıs Sorununun çözülmemiş olması tam üyeliğe engel olma-

⁹⁶ GKRY’nin Türkiye’den önce Kıbrıs Sorunu çözülmeden AB’ye tam üye olmasının doğuracağı sorunlarla ilgili olarak bkz. **BLANKENSTEIN** Hide, “AB’nin Günahı Kıbrıs”, *Zaman*, 8 Aralık 1998.

⁹⁷ Genel olarak Türkiye-AB ilişkileri ve özellikle de AB çevrelerindeki söz konusu ideolojik dışlama ve Kıbrıs’ı araçsallaştırma tutumları ile ilgili oldukça isabetli analiz ve saptamalar için bkz. **KRAMER** Heinz, “EU-Türkei: Der Konflikt um Zypern schwelt weiter”, *Südos-teuropa*, 54. Jg., Heft 4, 2006, s. 1-13.

⁹⁸ **SÖNMEZOĞLU(2006)**, s. 643.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endeksenmesi Süreci

yacaktır” demek suretiyle Kıbrıs Sorununun kalıcı olarak çözümüyle ilgili büyük bir altın fırsatı daha heba etme vizyonsuzluğunu sergilemiştir.

Dördüncü olarak, 1989’lardan başlayarak global uluslararası sistem hızla değişip dönüşmeye başlamış ve nihayet 1991’de Sovyetler Birliği’nin dağılmasıyla iki kutuplu sistemin düzeni olan soğuk savaş dönemi sona ermiş ve ABD tek süper güç olarak hegemonyal bir anlayışla uluslararası sistemi yeniden dizayn etmeye yönelmiştir. AB, söz konusu sistemik değişime uygun refleksler vererek, Tek Senet, Maastricht, Amsterdam, Nice, AB Anayasası ve nihayet Lizbon Reform Andlaşması gibi andlaşmalarla bütünleşmesini hem derinleşme ve hem de genişleme boyutlarında hızla ilerletip pekiştirmiştir. Özellikle Roma’da 2004 tarihinde imzaladığı AB Anayasasına bakılınca⁹⁹, AB’nin sanki bir Avrupa Birleşik Devletlerine dönüşerek 21. yüzyılda global düzenleyici roller oynayan global bir aktör olma iradesi ortaya koyduğu anlaşılmaktadır.

Beşinci olarak, Küreselleşmenin iyice belirgin bir olgu niteliğine büründüğü bir sırada, dünyada hemen hemen hiçbir sorun lokal kalamamakta, bütün dünyayı içine alan küresel etki ve sonuçları olmaktadır. Böyle bir dünyada sorunların küresel bir vizyonla ele alınmaları ve bütün konseptlerin küresel ölçekli olması, en azından küresel boyutta düşünülerek bu bütünsellik içerisinde tasarlanmaları zorunluluğu vardır. Bu perspektiften bakınca, günümüzde tek süper güç durumundaki ABD’nin küresel güvenlik, barış ve düzeni inşa etmede sergilediği özensizlik, hata ve yetersizlikler dikkate alınınca, AB gibi aktörlerin küresel roller oynamalarına dünyanın her zamankinden çok daha fazla ihtiyacı olduğu söylenebilir. Ne var ki, bu vizyonsuzluktaki bir AB’nin, böyle bir rolü oynayamayacağı da açıktır.

Altıncı olarak, bugün genel olarak dünyadaki yapılanmaya bakıldığında, 21. yüzyılda ABD’nin dışında mevcut altyapı ve potansiyelleri itibarıyla küresel roller oynamaya en yakın ve yatkın gücün AB olduğu görülecektir¹⁰⁰. AB’nin yukarıda kısaca ifade edilen bütünleşme çabaları dikkate alındığında,

⁹⁹ Bu Andlaşmanın kadük hale gelmesi ile yerine geçen Lizbon Reform Andlaşması’nda Roma Anayasa Andlaşması’nın özünün korunduğu görülmektedir.

¹⁰⁰ Soğuk Savaş sonrası dönemde uluslararası sistemdeki yeni yapılanmalar içerisinde AB’nin konumuna dair detaylı değerlendirmeler için bkz. **ÖZER** Yonca, “Tek Kutuplu Dünyada Çok Kutuplu Düzen Arayışları: Kutuplardan Biri Olma Yolunda Avrupa Birliği”, in Yüksel Taşkın/Fatih Furtuna/Erhan Büyükkakıncı/ Yonca Özer/Nurşin Ateşoğlu Güney/Münevver Cebeci/Mehmet Öğütçü/Kerem Batır, Tek Kutuplu Dünyada Yaşamak. Gerçekler, Yanılgılar ve Beklentiler, SODEV Yayını, İstanbul 2006, ss. 65-92.

böyle bir rol oynama niyet ve iradesine sahip olduğu da söylenebilir. Mevcut haliyle ekonomik olarak AB fiilen böyle bir rolü yürütebilecek durumdadır. Siyasal olarak ise, hem stratejik vizyon bakımından, hem de ortak savunma, güvenlik ve dış politika oluşturabilme vizyon ve yeteneği açılarından oldukça derin handikaplara sahip olduğu görülmektedir. AB'nin bu handikaplarının neredeyse tamamı, Türkiye ile ilişkilerinde kendini göstermekte ve/veya Türkiye ile kuracağı ilişkilere bağlı veyahut ta bu ilişkilerle çok yakından ilgilidir. Şöyle ki:

1. AB, şayet 21. yüzyılda dünyada global düzenleyici bir rol oynayacaksa, böyle bir rolü oynayabilmesiyle ilgili olarak burada söz konusu olan Türkiye'nin sadece bir katkısı olmayıp, bundan çok daha öte Türkiyesiz böyle bir rolü oynayamayacağının hemen hemen kesin olmasıdır¹⁰¹.

2. AB, global düzeyde düzenleyici bir rol oynama hevesine sahip olmakla birlikte, bu rolü oynayabilmenin altyapısını inşa etme konusunda oldukça yetersiz kaldığını göstermektedir¹⁰². Zira bu rolü oynamada Türkiye, hem jeostratejik, jeopolitik, jeoekonomik, jeokültürel ve hem de askeri imkan ve kapasite itibarıyla AB'ye eşsiz derecede güç katma potansiyeline sahiptir¹⁰³.

3. Buna ilave olarak da AB, Türkiye gibi kültür ve kimlik bakımından tam olarak kendisi gibi olmayan ve fakat bizatihi bu farklılıklarıyla dünyanın genişçe bir coğrafyasında zengin ortaklıklara erişim sağlama imkanına sahip bir ülkeye karşı, çalışma içerisinde sıklıkla gösterildiği üzere, ikircikli, ayrımcı ve dışlayıcı tutumlar sergilemektedir. Bu tutum da en somut haliyle Kıbrıs Sorunu karşısında mevcut tutumu ve Türkiye'nin AB üyeliği konusuna dair önemli resmi karar metinlerde kendini göstermektedir. Kimlik ve kültür bakımından tam olarak kendisine benzemeyen bir ülke ile üyelik ilişkilerini deklere ettiği demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, işlerlikli piyasa ekonomisi gibi "yumuşak güç unsurları" kriterlerine göre teknik olarak değil de;

¹⁰¹ 25 Ekim 2007'de Friedrich Naumann Vakfının düzenlediği "AB Üyesi Türkiye: Topluğun Yükü mü Gücü mü?" Adlı uluslararası sempozyumda Berlin'deki Bilim ve Politika Araştırmaları Kuruluşundan Türkiye-AB uzmanı Prof. Heinz Kramer de aynı görüşleri savunmakta ve gerekçelendirmektedir. Bkz. < http://konferenz.virtuelle-akademie.fnst.org/webcom/show_page.php/_c-15488/_nr-1/i.html>, 20.12.2007.

¹⁰² Benzer tespit ve irdelemeler için bkz. **ÖZER**, s. 89.

¹⁰³ Türkiye'nin AB için taşıdığı önemin altı daha 1997'lerde Lüksemburg Zirvesi Kararı ile AB'nin Türkiye'yi üyelik sürecinin dışına attığı zamanlarda ısrarla vurgulanarak AB stratejik vizyon sahibi olmaya davet edilmekteydi. Bkz. **KRAMER** Heinz, "Die EU-Mitgliedschaft der Türkei ist wichtig für Europas Stabilität und Sicherheit", in: Internationale Politik Und Gesellschaft (IPG), 4/1997, s. 445.

Kıbrıs Sorununun Türkiye-AB İlişkilerine Endekslenmesi Süreci

din, kültür, kimlik gibi kriterlere göre belirleyen bir AB'nin¹⁰⁴ dünyanın bir çok açılardan kendisine benzemeyen din, kültür, kimlik havzalarında nasıl bir güven, inandırıcılık ve işbirliği zemininde kabul görüp, söz konusu global belirleyici rolü oynayabileceğini kuşkulu hale getirmektedir.

4. Bu kadar dar bir vizyondan dünyaya bakıp yaklaşım geliştiren bir AB, derin farklılıklara sahip dünya ölçeğinde roller oynamak bir yana; küreselleşen dünya ile birlikte kaçınılmaz olarak değişik düzeylerde farklılıklardan oluşan, kendi çok kültürlü yapısını bile barış içerisinde bir arada tutmakta zorlanabilecektir. Zira AB üyesi ülkelerde şu anda *de facto* tam da Türkiye'yi dışladığı kültür ve kimlik farklılıklarına sahip on milyonlarca insan yerleşik olarak yaşamakta ve hatta bunların hatırı sayılı bir kısmı buldukları AB üyesi ülkenin vatandaşı durumundadır.

5. Yukarıda da belirtildiği üzere, bölgenin ve hatta dünyanın kronik bir sorunu haline gelmiş olan Kıbrıs Sorunu ile ilgili konjonktürel olarak eline defalarca çok etkili çözüm araç ve fırsatı geçmesine rağmen, bu tarihi fırsatları kullanarak sorunu çözmek yerine, anlaşılmaz bir şekilde tarafgir ve vizyonsuz bir yaklaşımla sorunun bir parçası haline gelmiş bir AB, nasıl olup da çok daha girift olduğu halde daha zayıf enstrümana sahip olduğu, dünyanın başkaca birçok sorunlarını çözüp; dünya barış ve güvenliğini sağlayıp sürdürme yeteneği gösteren global bir aktör olabilecektir?

Bütün bu veriler ışığında netice olarak Türkiye'nin yapması gereken, öncelikle her türlü siyasal, akademik ve entelektüel kanal ve platformlar aracılığı ile, 21. yüzyılın eşliğinde küreselleşen dünyanın temel yapı ve dinamikleri; bunların anlamlandırılması; bu anlamlandırma içerisinde AB'yi bekleyen görev ve sorumlulukların neler olduğu; bu görev ve sorumlulukların üstesinden gelebilmenin temel şartları; tam da bu bağlamda AB ile bütünleşmiş bir Türkiye'nin taşıdığı önem ve anlam derinlemesine anlatılmak suretiyle; AB'ye global bir perspektif ve bütünsellikte asrın idrakine nüfuz edebilecek bir stratejik vizyon kazandırmak olmalıdır. Ancak ve sadece böyle bir vizyona sahip bir AB için, hem kendi yapısal sorun ve zafiyetlerinin aşılması; hem de Kıbrıs Sorunu gibi sorunları çözmek sadece küçük bir ayrıntıdan ibaret hale gelecektir.

¹⁰⁴Din ve kültür farklılığı eksenli tarafların algılayışlarına dair değerlendirmelerle ilgili olarak bkz. BÜRGIN s. 95 vd.

Yrd. Doç. Dr. Hasan MOR

Diğer taraftan AB'ye yukarıdaki vizyon kazandırılıncaya kadar Türkiye, AB'ye üye olamaması durumunda, kendisi için herhangi bir işe yaramayacak olan ve dönülmesi mümkün olmayan hiçbir adım atmamalıdır. Özellikle Kıbrıs Sorunu ile ilgili hiç değilse bundan böyle, Rum-Yunan ikilisine AB manivelasını kullanarak, Kıbrıslı Türklerin, Kıbrıs'ın eşit, egemen, kurucu bir halkı olduğu zeminini ve bu zeminde Türkiye'nin etkin garantisini sağlamayan herhangi bir çözümü asla kabul ettiremeyecekleri çok net bir şekilde anlatılarak gösterilmelidir.

Örneğin, AB baskısı ile Türkiye Ek Protokolü fiilen "Kıbrıs Cumhuriyetine" teşmil etmek bağlamında, Rum gemi ve uçaklarına Türk limanlarını açmak zorunda kalırsa, hemen bu kararlar eş zamanlı olarak törensel bir nitelikte Kıbrıs'a en az 5000 daha ilave Türk askeri göndermeli; Maraş'ı sembolik olarak yine törensel bir şekilde Türklerin iskanına açmaya başlamalıdır.

Bunlara ilave olarak "çok özel tamamen siyasi niteliklere bürünmüş bir konu haline geldiğinden" bahisle; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs ile ilgili hiçbir kararını asla tanımayacağını bütün dünyaya ilan edip; Avrupa Konseyi'ne bu kararını bir nota ile bildirmelidir. Böylelikle Türkiye, sistematik olarak Kıbrıs Sorununun, AB üyeliğine endekslenmesi tuzak ve sarmalından kurtulabilecektir.

Hem AB ve hem de Rum-Yunan ikilisi bu dili çok iyi anlayıp gecikmeksizin bu anlayış ile uyumlu tavırlar geliştirmeyi de öğreneceklerdir.

Bunun dışında, Türkiye'nin içerisine itildiği "Kıbrıs mı- AB mi?" kıskacıdan kurtulabilme imkan ve şansı oldukça zor görünmektedir. Kaldı ki, Kıbrıs'ta şu anda Rum-Yunan ikilisinin "çözüm parametreleri" doğrultusunda bir çözümü (dolaylı Enosisten başka hiçbir anlama gelmeyecek olmasına rağmen) kabul etse bile; AB'nin Kıbrıs dışında Türkiye'nin tam üyeliğine karşı diğer birçok engelleri dikkate alındığında, Türkiye'nin AB üyeliğinin önü açılmış olmayacağı açıktır. Diğer bir anlatımla, Kıbrıs Sorunu Türkiye'nin AB üyeliği önündeki tek engel olmayıp, birçok engelden sadece birisidir.

İDARİ YARGIDA TEMYİZ İNCELEMESİNİN USULİ KAZANILMIŞ HAKLAR AÇISINDAN SINIRLANMASI

İlhami ÖZTÜRK*

ÖZET

İdare ve vergi mahkemesi kararlarının Danıştay tarafından esasa ilişkin nedenlerle bozulması halinde, bozma gerekçelerine uyularak verilen kararlar tekrar temyiz edildiğinde, maddi veya hukuki koşullarda hiçbir değişiklik olmamasına rağmen başka bir gerekçe ile yeniden bozulabilmektedir. Danıştay'ın kendi gösterdiği yöntem ve gerekçe esas alınarak verilen kararın yeniden bozulması idari yargı sistemimize hakim olan pek çok ilkeyi zedelemekte, uyuşmazlığın makul sürede sonuçlandırılmamasına neden olarak sisteme duyulan güveni sarsmaktadır. Bu nedenle Danıştay'ca ilk kez yapılan temyiz incelemesi ile sonraki incelemelerin farklı esaslara göre yapılması gerekmekte, adli yargılamada içtihadi yolla yerleşik bir ilke haline gelmiş olan usulî kazanılmış hak müessesesinden de yararlanılmalıdır.

ANAHTAR KELİMELER

Temyiz, bozma, onama, uyma, ısrar, usulî kazanılmış hak, kesin hüküm, usul ekonomisi.

SUMMARY

In the event that decisions of administrative and tax courts are annihilated in accordance with the grounds of principles, when the decisions made by complying with the grounds of annihilation are appealed again, the decisions may be annihilated again under another ground despite the fact that different material and legal circumstances don't occur. Iterated annihilation of the decision by basing the method and the ground of the Council of State injures many prevalent principles in our administrative jurisdiction and abuses the trust on the system since it is the reason for not finalizing the disputes. Thus, initial appeal examination made by the Council of State and following examinations should be carried out in accordance with different principles and the institution of the right achieved procedurally which is established through case law in administrative jurisdiction as a principle should be used.

KEY WORDS

Appeal, annihilation, ratification, compliance, insistence, right achieved procedurally, procedural economics

* Sermaye Piyasa Kurulu Üyesi ANKARA

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilerek hukuka uygun idarenin geliştirilmesinde büyük rol üstlenen idarî yargı sistemimiz, iki dereceli yapısı ile ilgili bazı sorunlarını bugüne kadar çözememiştir. Bu sorunlardan biri de, idare ve vergi mahkemelerince verilip Danıştay dairelerince esasa ilişkin nedenlerle bozulan kararların tekrar temyiz yolu ile incelenmesi dolayısıyla yaşanmaktadır. Mahkemelerin, bozma kararına uyarak uyuşmazlığı bozma kararında belirtilen esaslar dairesinde sonuçlandıran kararları tekrar temyiz edildiğinde, maddi veya hukuki koşullarda hiçbir değişiklik olmamasına rağmen başka bir gerekçe ile yeniden bozulabilmektedir. Danıştay'ın kendi gösterdiği yöntem ve gerekçe esas alınarak verilen kararın yeniden bozulması, bir yandan yargılamamanın kesin hükme ulaşma gayesi ile çelişirken, bir yandan da uyuşmazlığın makul sürede sonuçlandırılmamasına neden olmakta ve usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Daha da önemlisi yargıya olan güven zedelenmekte, idarî yargının hukuka uygun idarenin geliştirilmesine yönelik misyonundan uzaklaşmaktadır.

Bu çalışma ile söz konusu sorun idarî yargının kendine has özellikleri de dikkate alınmak suretiyle incelenmiş ve çözüm önerileri geliştirilmiştir. Bu bağlamda öncelikle konunun hukuki yapısına değinilmiş, ardından sorunun hukuk yargılaması ile karşılaştırmalı olmak üzere tahlili suretiyle çözüm önerileri sunulmuştur.

A. İDARİ YARGIDA TEMYİZ, İTİRAZ VE KARAR DÜZELTME

Genel olarak ilk derece mahkemelerince verilen nihai kararların üst mahkemece hukuka uygunluk bakımından denetlenmesi¹ olarak tanımlanan temyiz, (genel) idarî yargı alanındaki en önemli olağan yasa yoludur. İdarî yargıda istinaf yolunun bulunmayışı bu önemi daha da artırmaktadır.² İdarî yargı sistemimiz içinde ilk derece mahkemeleri olarak idare ve vergi mahkemeleri, üst mahkeme olarak da Danıştay yer almaktadır. Ancak Danıştay Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca ve yine bu maddede sayılan sınırlı sayıda dava ve iş bakımından Danıştay daireleri de ilk derece mahkemesi olarak görev yapabilmektedirler. Buradan hareketle Danıştay, özel görevli bir ilk derece mahkemesi olarak nitelendirilmektedir.³ 1990 yılında İdari Yargılama Usulü

¹ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İstanbul, 1966, s.1992

² GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Turhan, 25. Bası, Ankara, 2006, s.490

³ GÖZÜBÜYÜK, DİNÇER, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan, Ankara, 1996, s. 288, İdari yargı

İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması

Kanununda yapılan değişiklikle Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkeme sıfatıyla görüp karara bağladıkları davalar için de temyiz yolu açılmış olup⁴ bu kararlara karşı ilgisine göre idari veya vergi dava daireleri kurullarına temyiz yolu ile başvurulabilmektedir.

Sistem içinde yer alan diğer bir mahkeme olan bölge idare mahkemeleri ise idare ve vergi mahkemelerinin başta tek hâkimli kararları olmak üzere diğer bir kısım kararlarını “**itiraz yolu**” ile incelemektedir.⁵

İtiraz yolunun temyiz yolundan temel farkı, bölge idare mahkemesinin yapılan itirazı kabulü halinde ortaya çıkmaktadır. Zira temyizden farklı olarak, itirazın kabulüne karar veren bölge idare mahkemesince, dosyadaki belge ve bilgiler yeterli ise dosya üzerinden, yetersiz ise yargılama yapılarak işin esası hakkında da bir karar verilmektedir.⁶ İlk derece mahkeme kararının sadece hukukilik açısından denetlenmemesi ve olay denetimine de girilmesi itiraz incelemesini istinaf incelemesine yaklaştırmaktadır. Buna karşılık itiraz incelemesi üzerine verilen her türlü kararın kesin olması ve bu kararlara karşı üst mercilere gidilememesi itiraz yolunu, istinaf yolundan ayırmakta ve temyiz incelemesine yakınlaştırmaktadır.⁷

İdari Yargılama Usulü Kanununda temyiz veya itiraz edilen kararlara karşı bir de karar düzeltme yolu öngörülmüştür. Kararın düzeltilmesi yolu ile itiraz veya temyiz incelemesi sonucunda nihai olarak verilmiş kararın, kararı veren

alanında genel görevli ilk derece mahkemeleri idare mahkemeleridir. Başka bir deyişle; yasalarla açıkça başka bir mahkemeye verilmemiş tüm idarî uyuşmazlıklarda görevli mahkeme idare mahkemeleridir.

⁴ Bu değişikliğin Anayasa’ya aykırılığından bahisle yapılan iptal başvurusu Anayasa Mahkemesi’nin 21/6/1991 gün ve E.1990/20, K. 1991/17 sayılı kararı ile; yüksek yargı organlarından herhangi birinin ilk derecede çözümleneceği dava türlerini belirlemek ve bunlara karşı kanun yollarını açıp açmamak tercihinin yasama organına ait bir takdir hakkı olduğu, Anayasa’nın 155. maddesinde Danıştay’ca ilk derecede verilen kararların kendi içinde temyizini önleyici herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği ve bu davalar için temyiz yolunun açılmasında anayasal bir engel bulunmadığı, bu maddede yer alan ve idare mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin (Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği karar ve hükümler dahil) ilk ve son inceleme merciinin Danıştay olduğuna ilişkin düzenlemenin yasa koyucu tarafından son karar verme yetkisine sahip başka bir yargı yeri kurulamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği gerekçesi ile reddedilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-17.htm>

⁵ Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45 inci maddesi

⁶ ALTAY, Evren, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan, Ankara, 2004, s.160

⁷ ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin, Ankara, 2002, s.107

mahkeme, daire veya kurulca bir kez daha “**gözden geçirilmesi**”⁸ amaçlanmakta olup bu olağan kanun yoluna⁹ Yasada gösterilen sınırlı sebepler dâhilinde başvurulabilmektedir. Kanunda karar düzeltme üzerine kararın bozulması hali ve buna bağlı sonuçlar temyiz yolundan farklı olarak ayrıca düzenlenmemiştir. Bu nedenlerle bozma kararlarına ilişkin olarak temyiz yolu bakımından yapılan açıklamalar karar düzeltme yolunun kullanıldığı hallerde bu yolu da kapsayacak şekilde aynen geçerlidir.

B. TEMYİZ İNCELEMESİ ve KARARIN BOZULMASI

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesine göre; Danıştay yaptığı temyiz incelemesi sonucunda temyiz konusu kararı başlıca üç nedenle bozabilir. Sözü geçen maddede; görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi ve usul hükümlerine uyulmaması bozma nedenleri olarak sayılmıştır. Yapılan inceleme sonucunda hem usul, hem de esas yönünden kararda isabet görülmemiş ise kararın bütünü bozulabileceği gibi bir kısmının onanması bir kısmının da bozulması mümkündür.

Usul hükümleri dayanak gösterilerek verilen temyize konu kararlarda esas incelemesi yapılmamış olacağından, Danıştayca bu kararların temyiz incelemesi üzerine verilen kararlarda esasa ilişkin bir unsura yer verilmemekte, işin esası hakkında karar verilmek üzere dosya ait olduğu Danıştay dava dairesi veya idari mahkemeye gönderilmektedir.

Mahkemece bozma kararı üzerine bozmaya uyularak verilen kararda, bozulan kararın temyiz merciince dokunulmamış kısımları yönünden de hüküm kurulabilir. Örneğin; temyiz konusu bir karar, duruşma yapılmamış olması veya dava dosyasının tekemmül etmeksizin karar verilmiş olması gibi nedenlerle bozulmuş ise, mahkemenin bozmaya uymak suretiyle verdiği kararda, önceki kararına aykırı hüküm kurması olanaklıdır.

Danıştay’ca yapılacak temyiz incelemesi sonucunda iki tür karar verilebilir. Bunlar; kararın hukuka uygun olduğunun tespiti halinde verilen **onama** ile aksi halde verilen **bozma** kararlarıdır. Düzelterek onama kararlarının onama, kısmen onama kısmen bozma kararlarının ise onanan kısmının

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi”, AÜSBFD, 1965, C.XX, S.4., s.145; GÖZÜBÜYÜK, DİNÇER, a.g.e., s. 665

⁹ Karar düzeltmenin kanun yolları arasındaki yerinin olağan mı yoksa olağanüstü mü olduğu hususu öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanunu bu yolu olağan bir kanun yolu olarak kabul etmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. ÇAĞLAYAN, a.g.e., s.112

onama, bozulan kısmının ise bozma kararları kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Temyiz incelemesi sonucunda bozma kararı verilmesi halinde ilk derece mahkemeleri veya ilk derece mahkeme sıfatıyla davayı gören Danıştay dairelerince dava dosyasının yeniden incelemeye alınması gerekmektedir. Bu inceleme ve sonucunda verilecek karar bakımından idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay dairelerinin durumu farklıdır.

1. İdare Ve Vergi Mahkemelerinin Bozma Kararı Karşısındaki Durumu

Kararı bozulan idare ve vergi mahkemeleri ya “**bozmaya uyma**” ya da ilk kararlarında “**ısrar**” ettiklerine ilişkin yeni bir karar alabilirler, bunun dışında üçüncü bir tür karar vermelerine olanak bulunmamaktadır.¹⁰ Birçok Danıştay kararında; “**Danıştayca, uyumsuzluğun çözümü de gösterilerek verilen ve kesinleşen bozma kararları üzerine, ilk derece mahkemelerinin, bozma kararında yazılı esaslara uygun olarak karar vermeleri ya da ilk kararlarında ısrar etmeleri dışında başkaca bir karar vermeleri olanaklı değildir.**”¹¹ şeklinde ifade edilen bu durum nedeniyle bozmaya uyulması halinde bozma kararında belirtilen hususlara sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekmektedir. Aksi hal verilen bu ikinci kararın da bozulması sonucunu doğuracaktır.¹²

İdare ve vergi mahkemelerinin Danıştay dairelerince bozulan ilk kararlarında ısrar etmeleri ve bu kararların da temyiz edilmesi halinde temyiz yeri bu defa ilgisine göre Danıştay idarî veya vergi dava daireleri kurullarından biri

¹⁰ ÇAĞLAYAN, *a.g.e.*, s.97

¹¹ Danıştay Üçüncü Dairesinin 19/10/1999 gün ve E.1998/3495, K. 1999/3400 sayılı kararı, Danıştay Yedinci Dairesinin 1/2/2005 gün ve E.2001/2332, K.2005/81 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

¹² Danıştay Yedinci Dairesinin 1/2/2005 gün ve E.2001/2332, K.2005/81 sayılı kararında; “**Danıştayca, uyumsuzluğun çözümü de gösterilerek verilen ve kesinleşen bozma kararları üzerine, ilk derece mahkemelerinin, bozma kararında yazılı esaslara uygun olarak karar vermeleri ya da ilk kararlarında ısrar etmeleri dışında başkaca bir karar vermeleri olanaklı değildir. Olayda da, vergi mahkemesi kararının, Dairemizin yukarıda açıklanan nitelikteki kararı ile bozulduğu ve Mahkemece de, ilk kararda ısrar edilmeyip, bozma kararına uyulduğu belirtildiğine göre, vergiye tabi tutulan kağıdın mahiyeti tayin edildikten sonra, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı Tablonun IV’üncü bölümünün 1’inci maddesinin (i) bendi ve olay tarihi itibarıyla öngörülen vergi oranı da dikkate alınarak, söz konusu kağıdın, anılan hüküm çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu yönüyle herhangi bir inceleme yapılmaksızın verildiği anlaşılan temyize konu kararda isabet görülmemiştir.**” denilmektedir. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

olacaktır. Bu kurulların ısrar kararı üzerine vereceği bozma veya onama kararı ise ilk derece mahkemeler bakımından bağlayıcı olup bu karara karşı yeniden direnme veya ısrar hakları bulunmamaktadır.

2. Danıştay Dairelerinin Bozma Kararı Karşısındaki Durumu

İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin 4 ve 6 ncı fıkraları uyarınca Danıştay dairelerinin ilk derece mahkeme sıfatıyla verdikleri ve İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından bozulan kararlarında ısrar (direnme) hakları bulunmamakta, dolayısıyla uyuşmazlığın bozma kararı doğrultusunda çözülmesi gerekmektedir.

Davayı ilk dereceden gören mahkemenin idare-vergi mahkemesi veya Danıştay dairelerinden biri olmasına göre bozma kararına uyma veya direnme konusunda farklı bir uygulama benimsenmiştir. Ancak Kanunun başka bir açıdan sistematik bütünlüğünü koruduğu görülmektedir. Kanun karara belli bir noktada kesinlik kazandırmaya çalışmakta, bu noktaya ise kurul kararından yola çıkarak ulaşmaktadır. Danıştay dairelerinin kararlarını temyizen inceleyen kurul kararlarına da, idare ve vergi mahkemelerinin ısrar kararlarını temyizen inceleyen kurul kararlarına da uyulması zorunlu karar niteliği tanınması¹³ bundan kaynaklanmaktadır.

C. KESİN HÜKÜM

Yargılama faaliyetinin belli bir yere geldikten sonra sonlandırılması başka bir deyişle kesin hükme ulaşılması hem birey güvenliği hem de kamu yararı bakımından zorunludur.¹⁴ Yargılamanın sonlanmadığı, sürekli gündemde kaldığı bir hukuk sistemi düşünülemez.¹⁵ Kesin hüküm müessesesinin bulunmadığı bir hukuk düzeninde yargılama ile ulaşılacak istenilen hukuki gerçekliğe hiçbir zaman ulaşılamaz. Haklar, sürekli olarak sürüncemede kalır ve kullanılamaz. Bu durum her şeyden önce yargılama faaliyetinin amacına aykırıdır ve güvenilirliğinin sorgulanmasına, gerekliliğinin tartışılmasına neden olur. Öte yandan yargılama faaliyetine konu hakkın sahibi bireyler bakımından da, bu durumun sürekli bir güvensizlik yaratacağı ortadadır.

Ülkemizde de mevcut yargılama usullerine ilişkin kanunların tümünde mahkemelerce verilen karar, belli bir noktadan itibaren kesin olarak kabul

¹³ GÖZÜBÜYÜK, DİNÇER, a.g.e., s. 638

¹⁴ İNAN, Kubilay, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, Seçkin, Ankara, 2006, s.62

¹⁵ SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2000, s.457

edilmekte ve bu karara çok genel olarak “**kararı veren mahkeme de dahil hiç kimse tarafından değiştirilememe**”¹⁶ şeklinde özetlenebilecek olan kesin hüküm etkisi tanınmaktadır. Başka bir deyişle bir yargı kararı, yasalar da belirlenen usullere uygun olarak verildikten ve varsa itiraz, temyiz, karar düzeltme gibi kanun yollarından geçtikten veya bu yollara başvurmak için tanınan sürelerin sona ermesinden sonra kesinleşmektedir.¹⁷

Yargılama faaliyetinin kesin hükümle sonuçlandırılmasına yönelik amaç İdari Yargılama Usulü Kanununun bütününde de göze çarpmaktadır. Üst derece incelemesi olan temyiz incelemesinin, ilk derece mahkeme kararının hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlanması, karar düzeltme incelemesinin daha da daraltılıp temyiz kararının gözden geçirilmesine indirgenmesi, ilk derece mahkemelerin bozma üzerine alabilecekleri kararın, bozmaya uyma ve ısrar kararından ibaret olması ve üçüncü bir tür karar verilememesi hallerinin tümünde bu amaç gözlenmektedir.

D. KESİNLEŞEN BOZMA KARARINA UYULARAK VERİLEN KARARIN YENİDEN TEMYİZİ

İlk derece mahkeme kararlarının temyizi halinde, Danıştay dairelerince yapılacak temyiz incelemesinin sınırları İdarî Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinde hukuka uygunluk olarak gösterilmiştir. Aynı maddede, bu kararların Danıştay dairelerince bozulması halinde, mahkemelerce yapılacak incelemenin sınırları da uyma ve ısrar kararları bağlamında dolaylı olarak ortaya konulmuştur. Buna karşılık, ilk derece mahkemesinin, kesinleşmiş bir bozma kararına uyarak uyuşmazlığı bozma kararında belirlenen çerçevede içinde sonuçlandırması ve buna ilişkin kararın tekrar temyiz edilmesi halinde yapılacak incelemenin sınırları gösterilmemiştir.

Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, “*..ilk derece mahkemelerinin bozma hükmüne uyarak verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları ancak, bozma esaslarına uygunluk yönünden incelenmelidir.*” Başka bir deyişle inceleme, bozma kararı gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile sınırlı olmalıdır. Aksi halin kabulü; bir taraftan “**kesin hükmün sonuçlarını bertaraf ederken**” bir taraftan da usul ekonomisi ve adil yargılanma hakkı bağlamında makul sürede, hızlı, basit ve çabuk yargılanma ilkesine de aykırı olacaktır.¹⁸

¹⁶ ÇAĞLAYAN, *a.g.e.*, s.25

¹⁷ ÇAĞLAYAN, *a.g.e.*, s.25

¹⁸ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 21/2/1997 gün ve E. 1995/207, K. 1997/125

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında “*Temyiz incelemesi sonucunda bir mahkeme kararının işin esasına ilişkin olarak bozulması halinde mahkemenin, bozma kararına uymak veya ilk kararında ısrar etmek olanağının bulunduğu, mahkemenin ilk kararında ısrar etmeyerek, bozma kararına uymak suretiyle verdiği kararın temyizi halinde, temyiz merciinin bu kez bozma kararına uygun karar verilip verilmediğini incelemek durumunda olduğu, temyiz incelemesi sırasında, temyiz merciinin aynı yasal mevzuatla farklı bir sonuca ulaşması, ilk bozma ve buna uyularak verilmiş olan yargı kararının aynı mevzuat karşısında yeniden değerlendirilmesi taraflar ve uygulama açısından istikrar ve kazanılmış haklar yönünden aykırı sonuçlar yaratabileceği, İdari Yargılama Usulü Kanununda “usulî kazanılmış hak” ile ilgili açık bir hüküm olmamakla beraber idare mahkemesince, Danıştay’ın ilgili dairesinin temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, dairesince yeniden temyizen incelenmesi aşamasında yapılacak inceleme, mahkeme kararının bozma kararına uygun olup olmadığı, bir başka anlatımla bozma kararı doğrultusunda olup olmadığı konusuyla sınırlı olmak durumunda bulunduğu” şeklinde bir tespiti yer vermiştir.¹⁹*

Zira; Anayasa’nın 141 inci maddesine göre “**Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.**” Kısaca “**usul ekonomisi**”²⁰ olarak adlandırılan bu ilkenin biri makro diğeri mikro

sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

¹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 3/3/2000 gün ve E. 1999/1126, K. 2000/394 sayılı kararı, bkz. COŞKUN, Sabri, KARYAĞDI, Müjgan, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin, Ankara, 2001, s. 549-552

²⁰ Tanrıver bu ilkeyi şöyle özetlemektedir: “Usul ekonomisi ilkesi, genel çerçevesi itibarıyla, boş yere dava (özellikle, mükerrer dava) açılmasını, yargılama sırasında gereksiz işlemlerin yapılmasını ve zor yöntemlerin seçilmesini önlemeye yönelik bir işlevi üstlenmiştir ve yargılamada, emekten, zamandan ve masraflardan olabildiğince tasarruf edilmesini öngörür (Schumann, E.: Die Prozessökonomie als Rechtsetischesprinzip, Festschrift für Kari Larenz zum 70. Geburtstag, München 1993, s. 271-287. s.277-278; Mettenheim. C: Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1969, s.26; Yılmaz, E.: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982, s.45). Bir başka ifade ile, ihlâl edilen ya da ihlâl edilmesi olasılığı bulunan objektif hukukun (hukuk düzeninin), en az giderle, en kısa sürede ve en az zorlukla (yani, bürokratik işlemlerden ve formal kalıplardan olabildiğince arındırılmış bir biçimde) gerçekleştirilmesini ve boş yere davalar açılmasının önüne geçilmesini sağlamaya yönelik bir yargılama hukuku ilkesidir (Mettenheim s. 91; Yılmaz, E.: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler, SÜHFD., 1996/1-2. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s.56-57). Sözü edilen ilke, hukuk tekniğinden ziyade, hukuk etiği ile ilgilidir (Schumann, s.280 vd.); bilhassa usul hükümlerinin hâkim tarafından yorumlanması sırasında özel bir önem taşır (Schumann s. 285-286) ve bu ilkeye uygun davranma, hem mahkemeler hem de taraflar açısından bir yükümlülük oluşturur (Schumann

İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması

olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. İlkenin makro yönü vatandaşlarının haklarına en az giderle ve en kısa sürede ulaşmasını sağlamakla görevli olan devleti ilgilendirmektedir. Konumuz bakımından asıl önemli olan mikro yönü ise doğrudan mahkemeleri ve hâkimleri ilgilendirmektedir. Buna göre mahkemelerin görevi önlerine gelen uyuşmazlığı çözmekten ibaret olmayıp aynı zamanda bu çözüme en kısa sürede ve en az giderle ulaşılmasını sağlamaları da gerekmektedir. Bu her şeyden önce mahkemelerin elindeki dava malzemesini iyi inceleyip değerlendirmesini ve boş yere zaman harcamamasını ifade eder.²¹

Kuşkusuz, Anayasa ile yargıya verilen bu görev, sadece ilk derece mahkemelere değil, yargılamanın her düzey ve derecesindeki tüm mahkemelere yöneliktir. Dolayısıyla yargılama faaliyetinin devamı süresince her derecedeki incelemeler boyunca bu ilkenin göz önünde bulundurulması anayasal bir zorunluluktur. Bu ödeve uygun davranma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinde ifade olunan adil yargılanma hakkının da bir gereğidir.²² İdari yargılama usulüne hakim olan temel ilkelerden olan ucuzluk, basitlik ve çabukluk ilkesi de bunu gerektirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davaların makul bir süre içinde görülmesine ilişkin istikrar kazanmış kararlarından biri olan Frydlender kararında; yargı sistemlerinin mahkemelerin makul bir süre içinde kesin bir karara ulaşmasını herkes için garanti edecek biçimde düzenlenmesinin Sözleşmeciler Devletlerin sorumluluğu altında olduğu hatırlatılmaktadır.²³

Buna karşılık uygulamada, maddi ve hukuki koşullarda hiçbir değişiklik olmamasına, dosyaya başkaca bir bilgi veya belge eklenmemesine rağmen, Danıştay'ın, hatta aynı Danıştay Dairesinin daha önce verdiği kararın tam tersi bir karar vermesi hali ile karşılaşılabilmektedir.²⁴ Konuyu bir örnek

s.279); Yılmaz-Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi. s.57). Medenî yargılamanın amacı gerçeğe ulaşmaktır; usul ekonomisine uygun davranılarak bu sağlanırsa, etkin bir yargılamadan söz edilir. Ancak, bu vesileyle, yargılamanın çabuklaştırılması adına gerçeğe ulaşma amacından da ödün verilemeyeceğinin altının çizilmesinde yarar vardır." TANRIVER, Suha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2000, C. 49, S. 1-4, s.67-83

²¹ KONURALP, Haluk, "İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasında Yetkili Mahkeme", <http://auh.f.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Konuralp.pdf>

²² TANRIVER, Suha, a.g.m.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007, s.249

²⁴ Danıştay Altıncı Dairesinin 10/11/2006 gün ve E. 2004/1459, K. 2006/5160, 11/4/2006 gün

İlhami ÖZTÜRK

üzerinde somutlaştıracak olursak; Danıştay, mahkeme tarafından iptalle sonlandırılmış bir davada işin esasına ilişkin nedenlerle kararı bozmakta, mahkeme bozma kararına uyararak bu defa davayı reddetmekte, ret kararının temyizi üzerine ise yine esasa ilişkin nedenlerle bu kararı da bozmaktadır. Bu son bozma kararı mahkemece iptal kararı verilmesi gerekirken ret kararı verildiği anlamına gelmektedir. Oysa mahkeme bu kararı daha en başta vermiştir. Danıştay, kararın gerekçesi ile ilgili olarak farklı bir düşünceye ulaşmış ise bunu da düzelterek onama yolunu kullanarak aşma olanağına sahiptir. Bu aşamada Danıştay'ca varılan nokta aslında işin ta başında bulunulan noktadır. Nitekim, Danıştay Onikinci Dairesinin 19.1.2007 günlü E.2004/2664, K.2007/97 sayılı kararında; davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptali yolundaki kararını davacının eyleminin subuta erdiği gerekçesiyle bozan Danıştay Onikinci Dairesinin kararı üzerine bozma kararına uyularak davanın reddine dair verilen kararın bu kez davacı tarafından temyizi sonucunda; davacının eyleminin verilen cezaya uyarlık göstermediği gerekçesiyle bozulmasına hükmetmiştir. Karara muhalif kalan Danıştay Onikinci Dairesi Başkanının; dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamakla beraber Danıştayın bozma kararı doğrultusunda verilen İdare Mahkemesi kararının yeniden bozulmasının **usulî kazanılmış hak** olarak tanımlanan ilkeye aykırılık teşkil edeceği, idare mahkemesince verilen davanın reddi yolundaki karara katılmamakla birlikte anılan ilke uyarınca mahkeme kararının bozulması yolundaki çoğunluk kararına karşı olduğunu belirten ayrışık oyu usulî kazanılmış hak ilkesine ilişkin olarak yüksek yargı organının da tam bir görüş birliği içinde bulunmadığını göstermesi açısından dikkat çekicidir.

Bu önemli sorunun aşılması konusunda bir çözüm olarak idarî yargıda da hukuk yargılamasında kabul edilen usulî kazanılmış hak müessesesinin kabul edilmesi gerektiği düşünülmekte olup aşağıda bu konuya değinilecektir.

ve E.2004/982, K.2006/1855, 28/12/2005 gün ve E.2004/4297, K.2005/6697 sayılı kararları, Danıştay Sekizinci Dairesinin 12/2/2001 gün ve E.1999/2034, K. 2001/463, 30/9/2004 gün ve E.2003/5531, K.2004/3548, 21/2/2006 gün ve E.2005/3863, K.2006/672 sayılı kararları, Danıştay Onuncu Dairesinin 21/4/2006 gün ve E.2004/9784, K.2006/2598 ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 19/11/1999 gün ve E. 1998/431, K. 1999/1090sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

E. İDARİ YARGIDA BOZMA KARARLARI BAKIMINDAN USULİ KAZANILMIŞ HAK MÜESSESESİ

Bir davada mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine doğmuş olan ve kendisine uyulması zorunlu olan hakka “**usulî kazanılmış hak**” denilmektedir.²⁵ Kuru, hukuk yargılama usulü bakımından bozma kararı nedeniyle doğan usulî kazanılmış hakları ikiye ayırmaktadır. Bunlardan birincisi, bazı konuların bozma kararının kapsamı dışında kalması ile doğan usulî kazanılmış hak, diğeri ise bozma kararına uyulması ile doğan usulî kazanılmış haktır.²⁶ İdari yargı alanında bunların ilki kısmen onama kararı şeklinde somutlaşmakta olup burada usulî kazanılmış haktan ziyade kesin hüküm müessesesinin uygulanması söz konusudur.²⁷

Bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği üzere; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda “...usule ait kazanılmış hakka ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de, Yargıtay’ın bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş bulunmasının yanında, hukuki alanda istikrar gayesine ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından, usule ait müktesep hak müessesesi usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamı ile ilgilidir. Esasen hukukun kaynağı sadece kanun olmayıp, mahkeme içtihatları dahi hukukun kaynaklarından oldukları cihetle, söz konusu usulü müktesep hak için kanunda açık hüküm bulunmaması onun kabul edilmemesini gerektirmez.”²⁸

Bilindiği üzere idari yargıda ilk derece mahkemeler 1982 yılında kurularak iki dereceli bir yapıya geçildiğinden bozmaya uyma veya ilk kararda ısrar gibi müesseseler de ancak bu tarihten sonra yargılama usulü alanına girebilmiştir. Bu nedenle bozma kararına uyulması ile birlikte usulî kazanılmış hak doğup doğmayacağına ilişkin tartışmalar da hukuk yargılamasına göre idarî yargılama alanında oldukça geç bir zamanda ortaya çıkmıştır.²⁹

²⁵ KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir-Demir, İstanbul, 2001, C.5, s.4737

²⁶ KURU, Baki, a.g.e., s.4763

²⁷ KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargıda Usulü Kazanılmış Hak”, *Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt, VIII, Sayı:1-2, (115-154), s.137

²⁸ 9/5/1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, RG 28.06.1960, S. 1613–1614

²⁹ KAPLAN, a.g.m., s.137

İlhami ÖZTÜRK

Bu tartışmanın bir tarafında yer alan ve idari yargılamada usulî kazanılmış hakların³⁰ tanınamayacağına ilişkin görüşü benimseyenler; her şeyden önce, usulî kazanılmış hakkın köken olarak maddi hukuktaki kazanılmış hak kavramına dayandığından yola çıkmakta ve kazanılmış hak meselesinin kamu hukuku alanında yeri olmadığını savunmaktadırlar.³¹ Bu görüş sahiplerine göre; İdari Yargılama Usulü Kanununun 20/1 inci maddesi ile idarî mahkemelere tanınmış bulunan re'sen inceleme ilkesi gereği hâkimler, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayıp, davanın her aşamasında gerekli görülen her türlü araştırmayı kendiliklerinden yapabilmektedirler. Bu yönüyle, ceza yargılamasına benzeyen idarî yargıda hâkimin sadece taraf iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak nitelikteki usulî kazanılmış hak ilkesi uygulanamaz.³² Kaplan'a göre; idari yargılamada davayı taraflar değil hâkim yürütmekte ve yargılama ile ilgili pek çok durum kamu düzeninden sayılmaktadır. Örneğin, henüz istikrar kazanmış olmamakla birlikte Danıştay kararlarına göre idarî yargıda feragatin davayı sonlandırabilmesi ancak kamu yararının ağır basmadığı hallerde olanaklıdır. Kişisel menfaate kıyasla, kamu yararının ağır bastığı hallerde davacının davasından feragati, davanın ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır.³³

İdari yargılama hukukuna hakim olan temel ilkelere biri olan re'sen araştırma ilkesinin ceza yargılaması ile idarî yargılama arasında bir benzerlik yarattığı ortadadır. Buna karşılık idarî yargıda davanın açılması davacının, kararın temyizi ise tarafların iradesine bırakılmıştır. Davadan feragatle ilgili olarak İdari Yargılama Usulü Kanununun 31 inci maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerine atıf yapılmış olup, buna göre feragat davayı sona erdiren hallerden biridir. Feragatin, kamu yararını ilgilendiren hallerde davayı sonuçlandırmayacağına ilişkin Danıştay kararlarına rastlanmakla birlikte, görüş sahibinin de ifade ettiği üzere; bu kararlar sınırlı sayıda ve aksine içtihatlar da bulunmaktadır. Dolayısıyla re'sen araştırma

³⁰ İdare hukuku bakımından kazanılmış haklar konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. OĞURLU, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin, Ankara, 2003.

³¹ KAPLAN, a.g.m., s.117

³² İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 3/3/2000 gün ve E. 1999/1126, K.2000/394 sayılı kararının azlık oyu, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 21/2/1997 gün ve E. 1995/207, K. 1997/125 sayılı kararının azlık oyu, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

³³ KAPLAN, a.g.m., s.152, Bu konuda yeni tarihli bir Danıştay kararı için bkz. Danıştay Altıncı Dairesinin 26/1/2007 gün ve E. 2006/6836, K.2007/381 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması

ilkesinin mevcudiyeti veya idare hukukunun ceza hukuku gibi kamu hukuku alanında kaldığı gibi nedenler, idarî yargıda usulî kazanılmış hakların uygulanmasına engel oluşturmamalıdır.

Öte yandan, Danıştay'ın bazı kararlarında da belirtildiği üzere³⁴ mahkemelerin kesinleşmiş bozma kararına uyarak, bu karardaki usul ve esaslara uygun şekilde verdikleri kararları ile hiç Danıştay incelemesinden geçmemiş kararlarının farklı değerlendirilmesi gerektiği de ortadadır. Ancak bu farklı değerlendirme yapılırken, idare hukukunun kendine özgü yapı ve özellikleri de hatırdta tutulmalıdır. Başka bir deyişle; usulî kazanılmış hak ilkesinin katıksız uygulamalarının idarî yargının varlık nedeni olan hukuka uygun idare ilkesini yerleştirme ve hukuk devletini koruma gibi amaçları zedeleyebileceği ve bu değerlerin usule ilişkin kaygılarla göz ardı edilebileceği unutulmamalıdır. O halde hukuk yargılamasında bile çok geniş istisnalar tanınan ilke uygulamalarında oldukça dikkatli olunmalıdır. Nitekim usulî kazanılmış haklarla ilgili görüşümüzü destekler nitelikteki birçok Danıştay kararında da belirtilen endişeler nedeniyle söz konusu kavramın kullanılmasından özenle kaçınıldığı gözlenmektedir.³⁵

İdarî yargıda bozma kararları bakımından usulî kazanılmış hak ilkesinin **“belirtilen kayıtlar ile”** kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümüze karşılık sorunun yasal bir düzenleme ile çözüme kavuşturulmasına yönelik önerilere katılmamaktayız. Kazanılmış hakların fonksiyonel ve esnek niteliği³⁶ kadar idare hukukunun yukarıda anılan özellikleri, bu tür haklara hem maddi hem de usulü alanda yöneltilen eleştiriler ile bozma kararına uyulması ile oluşan usulî kazanılmış hakkın idarî yargıdaki istisnalarının çokluğu karşısında bu tür bir yasal zorunluluk getirilmesi uygulamada çok daha nitelikli ve çözümünü zor başka sorunlara neden olacaktır. Konu ile ilgili yeni bir içtihadı birleştirme kararı veya kanunun çıkması, karara dayanak alınan yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi gibi hallerle görev, süre gibi usul kurallarına aykırılık hallerinin ikinci inceleme sırasında tespit edilmesi veya re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde yeni bir bilgi veya belgenin dosyaya girmesi halinde

³⁴ Bkz. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 29/11/2002 gün ve E. 2002/443, K. 2002/430 ve 13/12/2002 gün ve E. 2002/563, K. 2002/490 sayılı kararları, Dördüncü Dairenin 21/9/2006 gün ve E. 2006/2008, K. 2006/1670, 9/11/2004 gün ve E. 2004/1254, K. 2004/2220 sayılı kararları, Yedinci Dairenin 10/11/1997 gün ve E. 1996/4048, K. 1997/3822 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

³⁵ Bu kavramın açıkça kullanıldığı bir karar için bkz. İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 3/3/2000 gün ve E. 1999/1126, K.2000/394 sayılı kararı.

³⁶ TAN, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1970, s.65

İlhami ÖZTÜRK

usulî kazanılmış hak uygulamasından söz edilemeyeceği tabiidir. Bu konuda çok daha esnek bir yapılanmanın bulunduğu hukuk yargılamasında bile, ne mevcut Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ne de istinaf yolunun kabulü nedeniyle farklı bir sistemin benimsendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.³⁷ İdari yargıda da uygulamanın hukuk yargılama usulünde olduğu gibi yasal bir zorunluluktan ziyade içtihadî yolla benimsenmesi daha uygun bir çözüm olacak ve uygulamaya gereken esnekliği sağlayacaktır.

Ancak, uzunca bir süre Başbakanlıkta bekledikten sonra yapılacak yeni çalışmalarla birlikte değerlendirilmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından geri çekilen İdari Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı taslağı ile 2577 sayılı Kanunun 50 inci maddesinin 2 inci fıkrasında bu yönde bir düzenleme yer almakta ve madde gerekçesinde; Danıştayın esas hakkında verdiği bozma kararlarına uyularak verilen mahkeme kararlarının temyiz incelemesinin, bozma kararındaki nedenlerle sınırlandırılması suretiyle “usulî kazanılmış hakkın korunması amaçlanmıştır.” denilmekte idi.³⁸ Yapılacak yeni kanun çalışmasında soruna aranılacak çözümün yukarıda anılan esaslar dahilinde geliştirileceği umulmaktadır.

Öte yandan; usulî kazanılmış hak ilkesinin içtihat haline gelmesinin maddi ve hukuki sebeplerde değişiklik olmaması durumunda mahkemelerce bozma kararlarına uyularak verilen kararların temyizi durumunda sonucun değişmeyeceği göz önüne alınarak davalı idarelerin yeniden temyiz yoluna başvurmaları yönündeki yaygın uygulamadan vazgeçilmesine yardımcı olacağı bir gerçektir. Bunun sonucunda yargılama masraflarının azalması ve yargılama sürecinin kısalması gibi idari yargıdan beklenen hedeflere daha kolay ulaşılacağı açıktır. Konuyu vergi yargılaması açısından somutlaştıracak olursak; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 377 inci maddesinde; mükellefler ve kendilerine vergi cezası kesilenlerin tarh edilen vergiler ve kesilen cezalara karşı vergi mahkemesinde dava açabilecekleri, vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairelerinin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığınca belirlenen tutarları aşan davalarda Gelir İdaresi Başkanlığının muvafakatını almadan vergi mahkemesi kararları aleyhine temyiz yoluna gidemeyecekleri, Gelir İdaresi Başkanlığının tespit edeceği hadlerle sınırlı olmak şartıyla muvafakat verme yetkisini vergi dairesi müdürlüklerinin taraf bulunduğu davalar için vergi dairesi

³⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmko>

³⁸ İdari Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/iyuk.htm>

İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulî Kazanılmış Haklar Açısından Sınırlanması

başkanlıklarına veya defterdarlıklara devredebilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca, Vergi Daireleri İşlem Yönergesinin 218 inci maddesinde; mükellefler, adına ceza kesilenler veya hakkında takibat yapılanlarca açılan davaların, vergi dairesi aleyhine karara bağlanması veya vergi dairesince açılan davanın reddi veya takdir komisyonu kararının onaylanması ile sonuçlanan vergi mahkemesi kararlarının, bölge idare mahkemesi veya Danıştay nezdinde dava konusu edilmelerinde fayda veya gerek görülmediği takdirde bu kararlar itiraz veya temyiz edilmeyerek belli esaslar dahilinde hıfza kaldırılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Vergi mahkemesi Danıştayın ilgili dairesinin bozma kararı karşısında eski kararında ısrar etmeyerek, bozma kararı doğrultusunda karar verir ise, mahkemenin Danıştay'ın bozma esaslarına uyularak hüküm verilmiş olması şartıyla bu karara karşı temyiz yoluna gidilmeyerek kararın hıfz edilmesi yargılama süresini kısaltarak hükmün daha çabuk kesinleşmesini, yargılama giderlerinin ve Danıştayın iş yükünün artmamasını ve mükellef ile vergi idaresi arasındaki ihtilafın gereksiz yere uzamamasını sağlayacaktır. Tüm bunlara rağmen usulî kazanılmış hak ilkesinin yerleşik içtihat haline dönüşmemiş olması nedeniyle uygulamada vergi daireleri Danıştayın bozma kararı doğrultusunda verilen vergi mahkemesi kararlarını yetkili mercilerin onayı alınarak hıfza kaldırma yoluna gitmeyip yeniden temyiz etmektedirler.

F. SONUÇ

İdari yargı düzeninin ilk derece mahkemelerince kesinleşmiş bozma kararına uyularak, bu karardaki usul ve esaslara uygun şekilde verilen kararlar ile hiç Danıştay incelemesinden geçmemiş kararların temyizi halinde Danıştay tarafından yapılacak inceleme ve değerlendirme farklı esaslara göre yapılmalıdır.

Makul sürede yargılanma hakkı, usul ekonomisi ilkesi, yargılamanın kesin hükme ulaşma gayesi, hukuki istikrar ve güven ilkesi gibi ilkeler de, işin doğası da bunu gerektirmektedir. Genel ilke olarak benimsenmesi gereken bu sonucun uygulamaları, idare hukukunun kendi yapısı ve özellikleri de dikkate alınarak her durum için kesin, keskin ve mutlak değil, gereken esnekliği içerecek şekilde ve uyuşmazlığın öznel koşullarına göre yapılmalıdır. İdarî yargının başta hukuka uygun idareyi oluşturma amacı olmak üzere kendine has özellikleri hep hatırdta bulundurulmalı, usule ilişkin kaygılar ile yargılamanın gerçeği bulma amacı arasındaki hassas denge gözetilmelidir. Sorunun

İlhami ÖZTÜRK

yasal düzenlemeden ziyade içtihadî yolla çözümünü zorunlu kılan bu durum ise tabii olarak uygulamanın oturtulması sürecini uzatacaktır.

Sürecin başarı ile sonuçlanması ve sistemin oturtulması yolunda her düzey ve derecedeki yargı mensuplarına büyük rol düştüğü unutulmamalıdır. Zira; kararın çerçevesini çizecek olan sadece temyiz mercii olan Danıştay daireleri değil, özellikle ısrar hakkını kullanmak suretiyle o daireleri belli çerçevede hareket etmeye zorlayacak olan mahkemeler ve mahkemeler önünde hak arayan taraflar ile bu tarafların vekil ve temsilcileridir.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004
- COŞKUN, Sabri, KARYAĞDI, Müjgan, İdari Yargılama Usulü, Seçkin, Ankara, 2001
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargıda Kanun Yolları, Seçkin, 2002, Ankara
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “İdari Yargıda Kararın Düzeltilmesi”, AÜSBFD, 1965, C.XX, S.4
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-DİNÇER, Güven, İdari Yargılama Usulü, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996
- İNAN, Kubilay, Ceza Yargılamasında Yasa Yolları, Seçkin, Ankara, 2006
- KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargıda Usulü Kazanılmış Hak”, Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt, VIII, Sayı:1-2, (115-154)
- KONURALP, Haluk, İcra Takibinden Önce Açılan Menfi Tespit Davasında Yetkili Mahkeme, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Konuralp.pdf>
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir, İstanbul, 2001, C.5
- OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin, Ankara, 2003
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, İstanbul, 1966, C. III
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku, Yetkin, Ankara, 2000
- TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, AÜSBF Yayını, Ankara, 1970
- TANRIVER, Süha, “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. 49, S. 1-4

BOŞ

**OMBUDSMANI BEKLERKEN:
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KAMU DENETÇİLİĞİ
KURUMU KANUNU İPTALİNE DAİR GEREKÇELİ KARARI
ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN*

ÖZET

İlk kez 19. yüzyılda İsveç'te kurulan ombudsman, kurumun aynı adla bütün dünyada hızla yayılması sonucu hemen her kıtada bilinen bir kavram halini almıştır. Ombudsman kurumunun sayısı yalnızca kamu sektöründe ve ulusal düzeyde 2009 yılı itibariyle çoktan 120'yi aşmıştır. Türkiye ombudsman kurumuna sahip ülkeler listesinde yer almıyor olsa da bu listeye girmeye hiç bu kadar yakın olmamıştı. Nitekim TBMM 28 Eylül 2008 tarihinde 5548 Sayılı Kamu Kurumu Denetçiliği Kanunu'nu kabul etmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi bu kanunu anayasaya ayıkırı bularak iptal etmiş ve gerekçeli kararını 4 Nisan 2009 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlamıştır. Bu makalede Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu kararını inceleyecektir.

ANAHTAR KELİMELER

Ombudsman, Kamu Kurumu Denetçiliği Kanunu.

(WAITING FOR AN OMBUDSMAN:

**AN ANALYSIS ON THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL
COURT ON THE PUBLIC SUPERVISORY ACT)**

ABSTRACT

The term "Ombudsman" has become a worldwide phenomenon as a result of the significant increase in the number of the Ombudsman institutions around the world. As of 2009 the Ombudsman institution exists in more than one hundred and twenty countries around the world at the national level and in the public service sector alone. Even though Turkey has not been among the countries that have established the Ombudsman institution, it has never come so close to be on the list. In this regard, Turkish Parliament passed the Public Supervisory Act, No: 5548 on 28/09/2008. However, the Constitutional Court annulled the act establishing an ombudsman's office and announced its reasoned decision on 04/04/2009. This article will review of this decision of the Constitutional Court.

KEY WORDS

Ombudsman, Public Supervisory Act.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Erzurum.

Giriş

İlk kez 19. yüzyılda İsveç'te kurulan ombudsman, kurumun aynı adla bütün dünyada hızla yayılması sonucu hemen her kıtada bilinen bir kavram halini almıştır. Ombudsman kurumunun sayısı yalnızca kamu sektöründe ve ulusal düzeyde olmak üzere 2009 yılı itibariyle çoktan 120'yi aşmıştır (law.ualbertain.ca/centres/oi/, 2009). Daha özelde ise Avrupa Birliği'ne bakıldığında görülmektedir ki, Birliğe dâhil 27 üyenin 25'i bu kuruma sahiptir.¹ Ayrıca Avrupa Birliği Maastricht Anlaşması çerçevesinde Avrupa Birliği kurum ve organlarının kötü yönetimi hakkındaki şikâyetleri araştırması için Avrupa Ombudsmanını oluşturulmuştur (euro-ombudsman.eu.int, 2009). Ombudsman kurumunun hem dünya genelinde hem de Avrupa özelinde sayısının hızla artması noktasında Türkiye farklı bir noktada durmaktadır. Nitekim, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası organizasyonlar ombudsman kurumunun kuruluşuna açıkça destek verirler iken, bu organizasyonların uzun süreli üyesi olan Türkiye -Birleşmiş Milletler'e 24 Ekim 1945 ve Avrupa Konseyi'ne 9 Ağustos 1949 yılından itibaren üyedir ve ayrıca Avrupa Birliği'nin 11 Aralık 1999 tarihinden itibaren resmi aday ülkesidir- ombudsman kurumuna sahip ülkeler listesinde yer almamaktadır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 2009 itibariyle Türkiye ombudsman kurumuna sahip ülkeler listesinde yer almamış olsa da Türk akademisyenlerinin bu kuruma olan ilgisi 1970'lere kadar dayanmaktadır. Kurumun oluşturulmasına yönelik en somut yasal adımlar ise ancak son birkaç yıl içerisinde atılmıştır. Son yıllarda atılan bu somut adımları ise Türkiye'nin Avrupa Birliği üyelik sürecinde insan hakları karnesini düzeltme çabalarına bağlamak pek de yanlış olmayacaktır. Nitekim, klasik anlamda ombudsman kurumu idarenin her türlü işlemine karşı bu işlemin haksız olduğundan bahisle yapılan başvuruları değerlendirirken, insan hakları çağı olarak adlandırılan bu dönemde insan hakkı

¹ Avusturya (*Austrian Ombudsman Board*), Belçika (*The Federal Ombudsman*), Güney Kıbrıs (*The Office of the Commissioner for Administration*), Çek Cumhuriyeti (*Public Defender of Rights*), Danimarka (*Parliamentary Commissioner for Civil and Military Administration*), Estonya (*Chancellor of Justice*), Finlandiya (*The Parliamentary Ombudsman of Finland*), Fransa (*Le Médiateur de la République*), Yunanistan (*The Greek Ombudsman*), Macaristan (*Parliamentary Commissioners' Office of Hungary*), İrlanda (*The Office of the Ombudsman*), Letonya (*The Latvian National Human Rights Office*), Litvanya (*The Seimas Ombudsmen's Office*), Lüksemburg (*Le Médiateur*), Malta (*Ombudsman*), Polonya (*Commissioner for Civil Rights Protection*), Portekiz (*The Provedor de Justiça*), Slovakya (*The Public Defender of Rights*), Slovenya (*The Human Rights Ombudsman of the Republic of Slovenia*), İspanya (*El Defensor del Pueblo*), İsveç (*The Ombudsmen of Justice (JO) or the Parliamentary Ombudsmen*), Hollanda (*The National Ombudsman*), Birleşik Krallık (*Parliamentary Commissioner for Administration*).

ihlali olarak nitelendirebilecek idari işlemlerin yargı-dışı denetimini de yaptığı gözlemlenmektedir. Ombudsman kurumunun gittikçe artan bu rolü insan hakları ihlali ile diğer haksız idari işlemler arasındaki ilişkiye vurgu yapmaktadır (Giddings vd., 2000: 442). Bu anlamda “*insan hakları alanındaki uluslararası sözleşmeler o kadar çok tanınmış ve kabul edilmiştir ki iyi hükümet ve yönetimin ilham alması gereken güçlü bir standartlar listesi sunmaktadır*” (Giddings vd., 2000: 442). Macaristan, Polonya ve Slovenya gibi özellikle yeni gelişen demokrasilerde ombudsman kurumunun insan hakları ihlallerini araştırıcı ve düzeltici rolünün gittikçe arttığı gözlemlenmektedir ki bu özellik kurumunun önemli bir özelliği haline gelmiştir (Giddings vd., 2000: 442). Bu bağlamda Türkiye yine ilginç bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Türkiye temel insan hakları sözleşmelerinin büyük bir kısmına taraf olsa da, Türkiye’nin insan hakları karnesi her zaman sorunlu olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bu nedenle çok sayıda çalışma Türkiye’de insan haklarının daha etkin nasıl korunabileceği sorununa cevap aramaktadır. Bu soruya verilen cevaplardan bir tanesi de Türkiye’de ulusal insan hakları kurumlarından ombudsman kurumunun kurulması olmuştur.

Gerek ombudsman kurumu ile ilgili akademik çalışmalar gerekse de kurumun oluşturulması yönündeki yasal düzenlemeler incelendiğinde görülmektedir ki, Türkiye ombudsman kurumuna sahip olan ülkeler listesine girmeye hiç bu kadar yaklaşmamıştı. Nitekim, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) 15 Haziran 2006 tarihinde Kamu Denetçiliği Kurumu adı altında ombudsman kurulması amacıyla Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nu kabul etti (5521 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kabul No: 15/06/2006). Fakat dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in söz konusu Kanunu yeniden görüşülme üzere geri göndermesi üzerine (cankaya.gov.tr, 2006),² TBMM 28 Eylül 2006 tarihinde yeniden kabul etmiştir (5548 sayılı Kamu Kurumu Denetçiliği Kanunu, Kabul No: 28/09/2006). Bunun üzerine, Cumhurbaşkanı ilgili kanunu onaylamak zorunda kalmış ve fakat Anayasa Mahkemesi’ne kanunun iptali için başvuracağını kamuoyuna duyurmuştur. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer ve yeterli sayıdaki TBMM üyelerinin başvurusu üzere Anayasa Mahkemesi önce 27 Ekim 2006 tarihinde ilgili Kanunun Geçici 1’inci maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiş ve bu karar 1 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır (Resmi Gazete, Sayı: 26333). Ardından Yüksek Mahkeme 25 Aralık 2008 tarihinde söz konusu Kanunu anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir (anayasa.gov.tr, 2009) ve bu iptale ilişkin gerekçeli karar

² http://www.cankaya.gov.tr/tr_html/ACIKLAMALAR/01.07.2006-3512.html

4 Nisan 2009 yılında Resmi Gazete’de yayınlanmıştır (Resmi Gazete, Sayı: 27190).

Sözü edilen gelişmeler ışığında bu çalışmanın amacı Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu iptaline ilişkin gerekçeli kararını değerlendirmektir. Daha sağlıklı bir değerlendirme için ise öncelikle Türkiye’deki ombudsman tartışmalarının tarihine bir göz atmak gerekmektedir ve bu üç başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki akademisyenlerin, ikincisi siyasi partilerin ve sivil toplum örgütlerinin ombudsman kurumuna yaklaşımlarıdır. Üçüncü ve son yaklaşım ise Avrupa Birliği süreci olarak adlandırabileceğimiz sürecin Türkiye’de ombudsman kurulması üzerine etkisidir. Bu aşamada önce hem Avrupa Birliği’nin, hem de Türkiye’nin ombudsman kurumunun kurulması ile üyelik kriterleri arasında nasıl bir bağ kurduğu ele alınacaktır. Bu aşamada açıkça görülecektir ki, Avrupa Birliği üyelik sürecinin ombudsman kurulmasına ayrı bir ivme kazandırmıştır. Bu açıklamaların ardından Anayasa Mahkemesi’nin gerekçeli kararı ayrıntılı olarak incelenecektir.

1 Ombudsman Kurumunun Türkiye’deki Tarihçesi

1.1 Türk Akademisyenlerinin Ombudsman Kurumuna Yaklaşımları

Bilindiği üzere, klasik anlamda ilk ombudsman İsveç’te 1809 tarihli Anayasası ile kurulmuştur (jo.se/Page.aspx, 2009). Bununla birlikte, kurum önce 1960’lı yıllarda İskandinavya’da yayılmaya başlamış, ardından 1970’li yıllarda bütün dünyada hızlı bir şekilde yayılmıştır. Türkiye’deki akademisyenlerinin ombudsman konulu ilk çalışmaları ise bu yıllara denk düşmektedir. Bu zamanlama, hem ombudsman kurumu üzerindeki ilginin dünyadaki gelişmelere paralel olarak Türkiye’deki yansımaları olarak görülebilir hem de Fransız idare hukukundan oldukça etkilenmiş olan Türk akademisyenlerinin 1973 yılında Fransa’da bu kurumunun kurulması üzerine bu konuda çalışmaya başlamış olmaları olarak algılanabilir. Bu anlamda ombudsman kurumuna atıf yapan ilk çalışma olarak Tahmin Bekir Balta’nın *İdare Hukukuna Giriş* adlı eseri karşımıza çıkmaktadır (Balta, 1970). Ombudsman hakkındaki kapsamlı çalışma ise Ömer Baylan tarafından *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Modeli* adlı çalışmasıdır (Baylan, 1977). Bu tarihten sonraki ombudsman konulu çalışmalara Baylan’ın bu eserinin yol gösterici olduğu söylenebilir.

Her ne kadar ombudsman kurumunu başlı başına elen alan ilk çalışma 1977 yılında ortaya çıkmışsa da, 1980’li yıllarda bu konuda çok fazla çalışma

yapıldığını söylemek zordur. Parlamento istikrarsızlığı ile politik kutuplaşma ve hatta Eylül 1980'deki askeri darbe ile sonlanan toplumsal çatışma ombudsman kurumunu ele alan çalışmaların ortaya çıkmamasının ana sebebi olarak görülebilir. Yine de 1982 Anayasası hazırlık çalışmaları sırasında Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne bağlı öğretim üyelerinin temel hak ve özgürlüklerin korunması için Kamu Denetçisi Kurumu oluşturulması önerisi dikkat çekicidir (Gerekçeli Anayasa Önerisi, 1982). Milli Güvenlik Kurumu bu öneriyi kabul etmemiş ve fakat Devlet Denetleme Kurumu'nu kurmuştur. Süleyman Arslan gibi bazı akademisyenler idarenin eylemlerini denetlemek üzere kurulan Devlet Denetleme Kurumu'nun varlığının bile bu kurum ombudsman olmasa da bir denetleme mekanizmasına duyulan ihtiyacı gösterdiğini kabul etmektedirler (Arslan, 1992: 1044). 1980'lerde ombudsman kurumunu yüzeysel olarak inceleyen birkaç çalışma ya Avrupa'daki ombudsman kurumlarını incelemiştir (Arslan, 1986: 156) ya da ombudsman ile ilgili farklı dillerdeki çalışmaların Türkçeye tercümesi olarak kalmıştır (Pickl, 1986: 36). Bu dönemde ortaya çıkan çalışmaların ortak noktası Türkiye'de ombudsman kurumuna ihtiyaç duyulup duyulmasının sorgulanmamasıdır. Dolayısıyla bu çalışmaları daha çok tanıtıcı çalışmalar olarak adlandırabiliriz.

1990'lı yıllar boyunca ise ombudsman kurumuna karşı göreceli olarak daha muhafazakâr ve dikkatli bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu anlamda Türk idari sistemini reform etme ile ilgili çalışmalarda var olan kurumların ombudsman gibi çalışmasını sağlayacak biçimde yenilenmeleri önerilmiştir. Örnek olarak TODAİ tarafından 1991 yılında hazırlanan Kamu Yönetimi Araştırması Raporunda şu öneri yapılmıştır: "Devlet Denetleme Kurumu'nun ombudsman gibi çalışması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır" (TODAİE, 1991: 23).

Kanımızca, ombudsman kurumu kurulmasından ziyade var olan kurumların ombudsman gibi çalışmalarının sağlanması şeklindeki öneriler bile kurumun gittikçe artan bir seviyede akademik dikkati çektiğini göstermektedir. Ombudsman kurumuna dair var olan bu akademik ilginin yeniden doğuşu idare hukuku üzerine düzenlenen konferans ve kongrelerde görülebilir. Örneğin 1990 yılında düzenlenen Birinci Ulusal İdare Hukuku Kongresinde özel bir oturum ombudsman kurumuna ayrılmıştı. Bu kongrede Yıldırım Uluer ombudsman kurumunun Türkiye'deki uygulamasını görme amaçlı olarak seçilecek bir pilot bölgede İnsan Hakları Ombudsmanı kurulmasını önermişti (Uluer, 1992: 1027).

Son olarak, 1990'lı yılların sonunda Ombudsman kurumuna yönelik artan ilgi bu konuda daha çok kitap ve makalenin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Bu çalışmalar arasında 1999 yılında Müslüm Akıncı ombudsman kurumunu bağımsız idari otoriteler başlığı altında incelemiştir (Akıncı, 1999). Aynı yıl Zakir Avşar ise Türkiye'deki idari adaletsizlikleri ortadan kaldırmak için bir model olarak ombudsmanı ele almıştır (Avşar, 1999). İnsan hakları bağlamında ise Yıldırım Uluer'den sonra ilk kez Tufan Erhürman ombudsman kurumunun insan hak ve özgürlüklerinin koruması rolüne değinmiştir (Erhürman, 1995, Erhürman, 1998; Erhürman 2000). Bu alandaki en yeni çalışmalar olarak 2002 yılında Yılmaz Altuğ ve 2005 yılında Kemal Özden'nin tarafından yapılmıştır (Altuğ 2002, Özden, 2005). Bu iki eser önceki çalışmalardan farklı olarak TBMM'nde ombudsman kurulmasına dair atılan yasal düzenlemeleri de ele almışlardır.

Bu noktada Türk akademisyenlerin ombudsman kurumu konulu çalışmaları için şu tespitleri yapmak faydalı olacaktır. İlk olarak yukarıda sözü edilen bütün çalışmalar aynı metodu izlemektir ki, bu metot ile önce ombudsman kurumu tanımlanmakta, ardından kurumun en temel ve ayırt edici özelliklerine değinilmekte ve devamında değişik ülkelerdeki ombudsman kurumlarını arasında karşılaştırma yapılarak bitirilmektedir. Yukarıda sözü edilen çalışmalar ile ilgili olarak ikinci tespit bu çalışmaların genel ve öncelikli amacının ombudsman kurumunun akademik ve siyasi çevre kadar topluma tanıtılmasıdır. Bu nedenle bu çalışmalar büyük oranda ve kaçınılmaz olarak tanıtıcıdır. Üçüncü olarak, bütün bu çalışmaların birisi hariç hepsi kamu idaresinin geliştirilmesi noktasında ombudsman kurumunun idari denetim yönüne vurgu yapmaktadır. Bu açıdan ombudsman kurumu daha çok idare hukukunun sınırları içinde kalmıştır. Bu noktada dikkat çeken husus ise hem idare hukukçuları hem de insan hakları hukukçuları ombudsmanı etkin bir insan hakları koruma mekanizması olarak görmeyi yeğlememeleridir. Aslında idare hukukçularının tutumunun bu noktada insan hakları hukukçularından daha kapsamlı olduğu söylenebilir. Zira idare hukukçuları bu role insan hakları hukukçularından daha fazla atıf yapmaktadırlar. Fakat bu atıflarda ombudsman kurumunun insan hakları koruma mekanizması rolüne etraflı ve derinlemesine bir inceleme yapıldığını söylemek zordur. Yukarıda sözü edilen çalışmalarla ilgili yapılması gereken son tespit ise sözü edilen çalışmaların hepsinin ombudsman kurumunun kararlarına bu kararlar bağlayıcı olmasa da idarenin bu kararlara uyacağını varsaymalarıdır.

1.2 Siyasi Parti ve İdari Kurumların Ombudsman Kurumuna Yaklaşımları

Siyasi partilerin ve idari kurum ve organların ombudsman kurumuna yaklaşımları önem taşımaktadır çünkü bu yaklaşım ombudsman kurulması yönünde atılan somut yasal çabaları anlamaya yardımcı olacaktır. Bununla birlikte, ombudsman kurumuna yönelik akademik yaklaşım ile siyasi parti ve şahısların yaklaşımlarını birbirinden ayırmak o derece kolay olmamaktadır. Bunun nedeni ise Hikmet Sami Türk ve Zekeriya Temizel gibi önemli ombudsman savunucularının siyasi kimliklerinin yanında akademik bir geçmişe ve kimliğe sahip olmalarıdır. Bu anlamda Zekeriya Temizel'in ombudsman literatürüne katkısı *Vatandaşın Yönetime Karşı Korunmasında Başka Bir Denetim Organı: Ombudsman* adlı kitabı ile aynı adı makalesi olmuştur (Temizel, 1997a; Temizel 1997b). Sözü edilen parlamenterlerin bu konudaki çabaları ile 57. Hükümet döneminde (28.05.1999–18.11.2002) ombudsman kurumu kurulması yönünde ilk kez somut bir adım atılmıştır. Hikmet Sami Türk'ün ısrarlı çabaları sonunda Hükümet, ombudsman kanunu tasarısını TBMM'ne yollamıştır. Bu dönemde Hükümet Sözcüsü Şükrü Sina Gürel, insan hakları ve demokrasinin geliştirilmesi yönünde ombudsman kurulmasına ihtiyaç duyulduğunu ve bu kurumun kurulması için de bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulduğunu vurgulamıştı (turkiyegazetesi.com/, 2005).

İdari kurumların ombudsmana kurumuna yaklaşımı konusunda ise ilk ele alınması gereken kurum, beş yıllık kalkınma planları yayınlayan Devlet Planlama Teşkilatı'dır (DPT). DPT 1996–2000 yıllarını kapsayan Kalkınma Planı'nda kamu hizmetlerinin geliştirilmesi amaçlarından biri olarak ombudsman kurumu kurulması önermiştir:

“Yönetim-birey ilişkilerinde karşılaşılan uyuşmazlıkların etkin ve hızlı bir şekilde çözümü amacıyla; yargının katı işleyiş kurallarına bağlı oluşu ve zaman alıcı işlemesi gerçeği karşısında, yönetimi yargı dışında denetleyen ama yönetime de bağlı olmayan bir denetim sistemi ihtiyacı sonucunda ortaya çıkmış olan ve Avrupa Birliğinin kendi bünyesinde ve üye ülkelerin çoğunda da bulunan, halkın şikâyetleriyle ilgilenen bir Kamu Denetçisi (ombudsman) sisteminin Türkiye’de de kurulması sağlanacaktır.” (Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996–2000): 119)

Aynı şekilde 2001 ve 2005 yıllarını kapsayan Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda ombudsman kurumuna şu şekilde değinilmiştir:

“Kamu yönetimi-vatandaş ilişkilerinde karşılaşılan uyumsuzlukların etkin ve hızlı bir şekilde çözümü amacıyla, halkın şikâyetleriyle ilgili konularda, yönetimi denetleyen ama yönetime bağlı olmayan bir Kamu Denetçisi (ombudsman) sistemi kurulacaktır. Bu çerçevede, gerekli altyapının oluşturulmasına ve sistemin istisnasız tüm idari işlem ve eylemleri kapsamına önem verilecektir.”(Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001–2005): 193)

Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı TBMM tarafından 18 Haziran 1995 tarihli 142. oturumda onanırken, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı 20 Haziran 2000 tarihinde 119. oturumda onanmıştır. Her iki kalkınma planının TBMM tarafından onaylanması mecliste temsilcisi bulunan siyasi partilerde de ombudsman kurumu kurulması yönünde bir uzlaşımın varlığına işaret edebilir. Bu anlamda mevcut iktidar ve ana muhalefet partilerinin yaklaşımına değinmenin faydalı olacaktır. İlk olarak son iki hükümeti de kuran Adalet ve Kalkınma Partisi 2002 Seçim Bildirgesinde hem ulusal, hem de yerel seviyede ombudsman kurumu kuracağına dair taahhütte bulunmuştu: *“Kamu idaresinin denetimi ve insan haklarının korunması için bir kamu denetçisi (ombudsman) kurulacaktır ve bu kurum yerel seviyede de oluşturulacaktır”* (akparti.org.tr, 2006). Aynı şekilde Cumhuriyet Halk Partisi de 2002 Seçim Bildirgesinde insan haklarının korunması başlığı altındaki taahhüdü şu şekildedir: *“Avrupa Birliği çerçevesinde de var olan Ombudsman kurumunu oluşturarak hak arama yollarını geliştirmeyi amaçlıyoruz”* (chp.org.tr/, 2006). Bu açıklamalar ışığı altında ombudsman kurumunun oluşturulması siyasi partilerin olduğu kadar idari kurumların amaç ve hedefleri arasında olduğu görülür.

Türk akademisyenlerinin ombudsman konulu çalışmaları yankısını sadece siyasi partilerin seçim bildirgesinde bulmamış ve fakat sivil toplum örgütlerinde de bulmuştur. Bu anlamda başlıca sivil toplum örgütlerini barolar ve ticaret örgütleri oluşturmaktadır. Bu örgütler son on yılda ombudsman kurumu ile ilgili çok sayıda konferans ve kongreler düzenleyerek ve raporlar yayınlarak kurumun toplumun gündeminde tutulması için gayret sarf etmişlerdir. Buna ek olarak İsveç, Danimarka ve Yunanistan Ombudsmanları gibi ombudsmanlar deneyimlerini paylaşmaları için Türkiye’ye davet edilmişlerdir. Bu doğrultuda 1997 yılında Türk Sanayici ve İşadamları Derneği *Ombudsman Kurumu* başlıklı bir rapor hazırlatmıştır (Babüroğlu–Hatiboğlu, 1997). Aynı şekilde 2000 yılında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Avrupa Birliği yolundaki Türkiye’nin idaresinin yeniden yapılandırılması bağlamında Ombudsman kurumunu ele almıştır (TOBB, 2000). Sivil toplum örgütlerinin

bu yapıcı yaklaşımın kurumun Türkiye’de oluşturulması açısından önem taşıdığı açıktır.

1.3 Avrupa Birliği Üyelik Sürecinin Türkiye’de Ombudsman Kurulması Sürecine Etkisi

Türkiye’nin insan hakları karnesinin Avrupa Birliği’ne (AB) katılım sürecinde önemli bir konu teşkil ettiği şüphe götürmez bir gerçektir. Bu anlamda Türkiye’nin AB’ne adaylık statüsünün ombudsman kurulması sürecine etkisi konumuz açıdan önem taşımaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere Türkiye’nin ombudsman kurumuna olan ilgisinin 1970’li yıllara kadar gitse de ombudsman kurulması yönündeki sürecin 1999 yılında gerçekleştirilen Helsinki Zirvesi’nden sonra ivme kazandığı görülmektedir. Bilindiği üzere 10–11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki’de gerçekleştirilen AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi Türkiye-AB ilişkilerinde bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Zira bu zirvede Türkiye AB’ne resmi-aday ülke olarak kabul edilmiştir. Bu noktada AB’nin ombudsman kurulması sürecine etkisi iki değişik açıdan ele alınabilir. İlk olarak AB’nin ombudsman kurulmasının ne derecede üyelik kriterleri arasında görmüş olduğudur. İkinci olarak ise Türkiye’nin kendisinin ombudsman kurumu ile üyelik yükümlülükleri arasında ne derecede bağlantı kurduğudur.

Konuya ilk olarak AB açısından baktığımızda 12–13 Aralık 1997 tarihlerinde Lüksemburg’da gerçekleştirilen AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde alınan karara göre Avrupa Komisyonu üye ülkelerin Kopenhag kriterlerine uygun olarak ilerlemelerini inceleyen düzenli raporlar yayınlamaktadır. 1998 Kasım ayında yayınlanan ilk düzenli raporda TBMM’de yürütülen ombudsman çalışmalarına değinilmiş ve kurulacak ombudsmanın Türkiye’nin insan hakları seviyesini yükselteceği vurgulanmıştır (Düzenli Rapor, 1998: 17). Düzenli raporlarının önemi Türkiye’nin aday ülke statüsünü kazanması ile daha da artmıştır ki 1999 yılında hazırlanan Avrupa Komisyonu raporunda polis merkezlerinde ve hapishanelerde işkence ve kötü muameleyi önleyecek denetim eksikliğine ombudsman kurumuna açık bir atıf yapılmaksızın değinilmiştir (Düzenli Rapor, 1999: 13). Bununla birlikte, 2000 yılında yayınlanan düzenli raporda Avrupa Komisyonu, Adalet Bakanlığı’nın son zamanlarda Kopenhag siyasi kriterlerini yerine getirme adına aralarında ombudsman kurulması da var olan yoğun çalışmaları not etmiştir (Düzenli Rapor, 2000: 8). Son olarak, Avrupa Komisyonu’nun 2004 tarihli raporunda Kopenhag siyasi kriterleri başlığı altında ombudsman ile ilgili olarak şunu ifade

etmiştir: “*İstinaf mahkemelerinin kurulması, sivil toplumun iyileştirilmesi ve Ombudsmanın kurulmasına destek gibi aktiviteler yürütülmektedir*” (Düzenli Rapor, 2004). Avrupa Komisyonu’nun 2004 tarihli ilerleme raporu üzerine Avrupa Parlamentosu “*insan hakları koruma mekanizmalarını güçlendirecek reformlarda ki bu reform vatandaşın şikâyetlerini sunacakları bağımsız bir kurum oluşturma olabilir; Türk yetkilileri destekleyeceklerini ve bu sebeple ombudsman kurumunun yakın bir gelecekte kurulacağını öngördüğünü*” 15 Aralık 2004 tarihinde bir ilke kararı olarak belirtmiştir (COM (2004) 0656/final: paragraf 51).

Bu arada, AB Konseyi üyelik öncesi strateji enstrümanı olarak Türkiye’nin de içinde bulunduğu Orta ve Doğu Avrupa aday ülkelerine her türlü yardımın yapılabilmesi için Katılım Ortaklığı Belgesi düzenleme kararı almıştır (AB Konseyi Lüksemburg Zirvesi 12–13 Aralık 1997). Türkiye açısından ilk Katılım Ortaklığı Belgesi Bakanlar Konseyi tarafından 2001 Mart ayında yayınlamış ve Türkiye için bir çalışma takvimi ve somut öneriler hazırlamıştır (8 Mart 2001 tarih ve (2001/235/EC) sayılı Konsey Kararı). 2005 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi de kısa vadeli hedefler arasında etkin olarak çalışacak bir ombudsman kurumunun kurulmasından bahsetmiştir (23 Ocak 2006 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Katılım Ortaklığı’nın içerdiği ilke, öncelik ve koşullara ilişkin Konsey Kararı (2006/35/EC)).

Türkiye-AB ilişkileri çerçevesinde AB’nin Türkiye’de bir ombudsman kurumu kurulması konusundaki yaklaşımını Avrupa Komisyonu’nun istişare amaçlı Türkiye ziyaretlerinden sonra hazırladıkları raporlarda görebiliriz. Türkiye’nin AB yolunda özellikle yargının bağımsızlığının güçlendirilmesi ve insan haklarının tam olarak uygulandığı bir kültürün geliştirilmesi konularını gözden geçirme amaçlı üç ziyaret yapılmıştır. Bu üç ziyaret sonrasında Avrupa Komisyonu yargının işleyişi konusunda üç rapor hazırlamıştır. 23 Eylül–10 Ekim 2003 tarihleri arasında gerçekleştirilen ilk ziyaretten sonra hazırlanan raporda

“Mahkemelerde Aşırı İş yükünü Önleme ve Azaltmaya Yönelik Tedbirlere İlişkin (86) 12 No’lu Avrupa Konseyi Tavsiyesinin 1. Hedefi uyarınca, bireyler ve kamu kuruluşları arasında vuku bulan özel hukuk uyuşmazlıklarının, uzlaştırma kurulları ya da benzer organlar tarafından çözülebilmemesine imkân verecek usul kuralları ve mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılmasını, tavsiye ediyoruz.”

denilmiştir (1. İstisari Ziyaret Raporu, 28 Eylül–10 Ekim 2003). Görüldüğü gibi uyuşmazlıklar için alternatif çözüm mekanizmalarının ne olacağına dair açık bir ifade yer almamaktadır. 11–19 Temmuz 2004 tarihinde yapılan istisari ziyaretten sonra hazırlanan raporda, Adalet Bakanlığı'nın ilk rapora verdiği cevaptan söz edilmiş ve Adalet Bakanlığı'nın bireyler ile kamu kurumları arasında doğan uyuşmazlıkların çözümünde iki aşamalı bir çözüm benimsediğini belirtmiştir (2. İstisari Ziyaret Raporu, 11–19 Temmuz 2004). Bu anlamda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün ombudsman kurumu kurulması için hazırladığı yasa hazırlıkları memnuniyetle karşılanmış ve raporda 2005 yılında ombudsman kurulmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Son olarak üçüncü raporda söz konusu yasanın TBMM'de olduğu gözlemlenmiştir (3. İstisari Ziyaret Raporu, 13–22 Haziran 2005).

Bu açıklamalar ışığı altında AB Konseyi ve Parlamentosu gibi kurumların Türkiye'deki ombudsman tartışmalarını yakından takip ettikleri ve bu kurumun kurulması yönündeki desteklerini açıkça ifade ettikleri görülmektedir. Kabul etmek gerekir ki, sözü edilen belgelerin büyük kısmının bağlayıcı bir özelliği bulunmamaktadır. Bu yüzden bu belge ve raporların Türkiye üzerindeki etkisi sorgulanabilir. Bununla beraber, sözü edilen belge ve kararların bağlayıcı özelliği bulunmasa da ombudsman kurumunun kurulmasının Kopenhag kriterleri ile sıkı bir şekilde ilişkilendirilmiş olduğu açıktır. Bağlayıcı olmama özelliğine rağmen, AB'nin bu önerilerinin bu anlamda 1970'li yıllarda ilk defa sözü edilen ombudsman kurumunun kurulması sürecine 2000 yılından itibaren büyük bir ivme kazandırdığı bir gerçektir.

İkinci olarak açıklığa kavuşturulması gereken konusu ise Türkiye'nin ombudsman kurumu ile AB'ne üyelik yükümlülüğü arasında ne derecede bağlantı kurduğudur. Bu anlamda hem hükümet, hem de TBMM için ombudsman kurulmasının AB üyelik sürecini hızlandıracağı konusunda hem fikir olduklarıdır. Bu yüzden Başbakan Recep Tayyip Erdoğan ve Kabinesi bu hususu çeşitli platformlarda açıkça ifade etmişlerdir. Örneğin, 15 Haziran 2005 tarihinde Başbakan Recep Tayyip Erdoğan AB elçilerine verdiği yemekte hükümetin önceliklerinden birisinin üyelik görüşmelerine hazırlık olduğunu belirtmiştir ve Birliğe üyelik yolunda ombudsman kurulması gibi gerekli adımları atacaklarını söylemiştir (hurriyet.com.tr, 2006). Dönemin Dışişleri Bakanı Abdullah Gül ise 15 Aralık 2005 tarihinde İnsan Hakları Günü nedeniyle yayınladığı bildiriye hükümetin uluslararası toplumca da takdir edilen insan hakları reformlarına imza attığını ve çok yakın zamanda bu reformlar içinde ombuds-

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

man kurumu kuracaklarını ifade etmiştir (mfa.gov.tr, 2006). Son olarak, dönemin TBMM Başkanı Bülent Arınç 9 Mayıs 2004 tarihinde “Hukuk Devletinde Ombudsmanın Rolü” başlıklı ve TBMM İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa Konseyi’nce düzenlenen konferansın açılış konuşmasında, ombudsman kurulmasının AB’ne uyum çalışmalarında önemli bir adım olduğunu belirtmiştir (tbmm.gov.tr, 2006).

Özetle, AB üyelik sürecinin ombudsman kurulmasına etkisini iki değişik pencereden görmek mümkündür: AB perspektifi ve Türkiye perspektifi. Türkiye’de ombudsman kurulması yönündeki tartışmaların 2000 yılından itibaren farklı bir platformda yürüdüğü açıktır ve bu platformda ombudsman kurulmasına en yakın noktada olduğumuz bir gerçektir.

2 Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununu İptaline Dair Gerekçeli Kararı İncelemesi

Yukarıda anlatıldığı üzere, ombudsman kurulmasına dair somut adımlar 2000 yılından sonra atılmıştır. Bununla birlikte bu yolda atılan en somut adım önce dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in vetosu ve ardından da Anayasa Mahkemesi’nin iptali engeli ile karşılaşmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin çok yeni tarihli gerekçeli kararı incelendiğinde, Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun iptali sebebi ile açtığı davada ileri sürdüğü savlara büyük oranda dayandığı görülmektedir. Bu bakımdan hem Cumhurbaşkanı’nın iptal isteminin dayanaklarını, hem de Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçelerini dört ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilk ve en önemli gerekçe, ombudsman kanununun Anayasa’ca benimsenmiş kuvvetler ayrılığı ilkesine ayrı olduğu Cumhurbaşkanı savı ve Anayasa Mahkemesi yargısıdır. Hem Cumhurbaşkanı, hem de Anayasa Mahkemesi sırası ile Anayasa’nın Başlangıç bölümünde ve 6. maddesinde, Ulus istencinin mutlak üstünlüğünü ve egemenliğin kayıtsız koşulsuz Türk Ulusu’nun olduğunu; Türk Ulusu’nun egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu ilkelere göre, yetkili organları eliyle kullanacağını; hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını belirtilmiştir (AYM, 25.12.2008, E.2006/140, K.2008/185). İddiaların devamında Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi, Anayasaya göre egemenliği Türk Ulusu adına kullanacak üç erkin yasama, yürütme ve yargı olduğunu not ettikten sonra bu erklerden her birinin Ulus egemenliğini kendi görev alanı ile sınırlı biçimde kullanacağını ifade etmiştir (*Ibid.*).

Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi yürütme organını, siyasal niteliği ile hükümeti, teknik niteliği ile de “idare”yi kapsadığını ifade ederken, “*yürütmenin siyasal kanadı olan hükümet, izlenecek genel politikayı belirlemekte ve bununla ilgili kararlar almakta; teknik kanadı olan “idare” ise, bu kararları somutlaştırmakta, teknik ve günlük gereksinimleri giderecek biçimde görev yapmaktadır*” demektedirler (*Ibid.*).

Bilindiği üzere, Anayasa’nın üçüncü kısmında, “Cumhuriyetin Temel Organları” düzenlenirken bu kısmın birinci bölümünde “Yasama”, ikinci bölümünde de “Yürütme” ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Yasama bölümünde, TBMM’nin kuruluşu, görev ve yetkileri, etkinlikleri, bilgi edinme ve denetim yolları, seçimler ve milletvekillerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yürütme bölümünde ise, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve “idare”ye ilişkin kurallara yer verilmiştir. Görüldüğü üzere “İdare” Anayasa’nın yürütme bölümünde yer almıştır. Bu hususlar Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi tarafından hatırlatıldıktan sonra Cumhurbaşkanı’nın savı ve Anayasa Mahkemesi’nin yargısı anayasal sistemin, TBMM’ne bağlı, “idare”nin eylem, işlem, tutum ve davranışlarını inceleyip, araştırarak bir kurum oluşturulmasına olur vermediğidir (*Ibid.*).

Yasamanın yürütmeyi denetlemesi konusunda ise Cumhurbaşkanı’nca ve Anayasa Mahkemesi’nce varılan kanaat, yasamanın yürütmeyi denetlemesinin yalnız siyasal denetimi kapsamakta olduğu ve bu denetim yollarının Anayasa’nın “Yasama” bölümünün 98–100. maddelerinde düzenlendiği şeklindedir. Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi sözü edilen bu denetim yolları dışında, TBMM Başkanlığı’na bağlı bir Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmasının Anayasa’ya göre olanaklı olmadığı kanısındadırlar (*Ibid.*).

Kuvvetler ayrılığı konusunda ise son olarak Anayasa’nın 87. maddesinde, “idare”nin eylem ve işlemlerinin incelenip araştırılması TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmadığı görülmüş, Anayasa’nın “Yargı” bölümünde bulunan 125. maddesinde, “idare”nin her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı tutulduğu vurgulanmıştır. Buradan Cumhurbaşkanı’nca ve Anayasa Mahkemesi’nce anlaşılan ise “idare”nin eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında incelenip araştırılması, ancak yürütmenin kendi içinde oluşturacağı denetim kurum ya da birimleriyle olanaklıdır. Yasama organına bağlı, idarenin işleyişini denetleyecek bir kurum öngörülmesi anayasal sistemde değişiklik gerektirmektedir ki, Cumhurbaşkanı’na ve Anayasa Mahkemesi’ne göre bunun yasayla yapılamayacağı açıktır (*Ibid.*).

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki Cumhurbaşkanı'nın ikinci temel savı ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi Kanun'da Başdenetçi ve denetçiler olarak tanımlanan ombudsmanın TBMM tarafından atanmasının anayasallığı ile ilgilidir. Bu anlamda Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 11 ve Geçici 1. maddelerinde, Başdenetçi ve denetçilerin TBMM Genel Kurulu'nca seçilmesi öngörülmüş; 15. maddesinde de Başdenetçi ve denetçilerin TBMM Genel Kurulu'nca görevden alınabileceği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne göre Kurumun asli ve sürekli görevlerini yerine getirecek Başdenetçi ve denetçilerin TBMM Genel Kurulu'nca seçilmesi konusunun, Anayasa'nın 87. maddesi yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere Anayasa'nın değişik 87. maddesinde, TBMM'nin görev ve yetkilerinin,

- Yasa koymak, değiştirmek ve kaldırmak,
- Bakanlar Kurulu'nu ve bakanları denetlemek,
- Bakanlar Kurulu'na belli konularda yasa gücünde kararname çıkarma yetkisi vermek,
- Bütçe ve kesinhesap yasa tasarılarını görüşmek ve kabul etmek,
- Para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek,
- Uluslararası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak,
- Üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek,
- Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmek olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, TBMM'nin görev ve yetkileri Anayasa'nın 87. maddesinde tek tek sayılmıştır. Cumhurbaşkanı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'da öngörülen bu görev ve yetkilerin dışına çıkılarak TBMM'ne yasayla görev ve yetki verilmesi olanaklı görülmemektedir (*Ibid.*). Nitekim Anayasa'nın 87. maddesi gerekçesinde, "*Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanma ve görevleri yerine getirme şeklindeki hükümlerin genel nitelikteki görevleri düzenleyen bu maddeye alınması uygun görülmüştür. Zira bu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa'da gerek bu maddede gerek diğer maddelerinde düzenlenmiş olan bütün görev ve yetkile-*

rini kapsayacak şekilde düşünülmüştür” denilerek, tüm görev ve yetkilerin bu maddede düzenlendiği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanı ve Anayasa Mahkemesi bu durumda, Anayasa’da TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmayan kamu görevlisini seçme ya da atama yetkisinin yasa ile verilmesinin uygun olup olmadığının sorgulamıştır. Bu konuda 01.11.1990 günlü, 3677 sayılı “Sayıştay Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesine Dair Kanun”un kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verilen Anayasa Mahkemesi’nin kararı bu konuya ışık tutacak niteliktedir. Söz konusu kararda, Sayıştay Yasası’nın Başkan ve üyelerin seçimine ilişkin 5. ve 6. maddeleri Anayasa’nın 87. maddesi yönünden incelenirken TBMM’nin görev ve yetkilerinin Anayasa’nın 87. maddesinde tek tek sayıldığı, bu görev ve yetkiler arasında yasama dışındaki organlara üye seçme görev ve yetkisinin bulunmadığı not edilmiştir. Böyle bir görev ve yetkinin yasa ile verilmesinin de ancak, o organla TBMM anayasal sistemden kaynaklanan bir ilişkinin olması durumunda Anayasa’ya uygun görülebileceği kabul edilmiştir (AYM, 11.07.1991, E.1990/39, K.1991/21). Anayasa’da Kamu Denetçiliği Kurumu konusuna ve bu denetimi yapacak organa ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmamaktadır. Anayasa’nın 87. maddesinde ve diğer maddelerinde TBMM’ne Başdenetçi ve denetçileri seçmek görevinin verilmemektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı’na ve Anayasa Mahkemesi’ne göre, TBMM ile adı geçen Kurum arasında, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda değinilen kararında söz edildiği gibi, anayasal sistemden kaynaklanan doğal ve zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır (AYM, 25.12.2008, E.2006/140, K.2008/185). Her ne kadar söz konusu Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nda, Kurum ile TBMM arasında çok sıkı bir bağ kurulmuşsa da, Cumhurbaşkanı’nın savı ve Anayasa Mahkemesi’nin yargısına göre bu bağ “anayasal sistemden kaynaklanan” bir bağ değildir.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi’ne taşınmasının ve Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmesinin üçüncü temel nedeni Kurumun yetki alanı ile ilgilidir. Şöyle ki, Kanunu’nun 9. maddesinde,

“(1) Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, Türkiye Cumhuriyeti’nin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.

(2) *Ancak;*

- a) *Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re'sen imzaladığı kararlar ve emirler,*
- b) *Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler,*
- c) *Yargı faaliyetlerine ilişkin işlemler ile yargı mensuplarının işlem ve eylemleri,*
- ç) *Türk Silâhlı Kuvvetlerinin salt askerî hizmete ilişkin faaliyetleri, Kurumun görev alanı dışındadır”* denilmiştir.

İlk olarak, merkezi yönetim ve yerinden yönetim örgütlerinden oluşan “idare”nin, yürütme erki içinde, onun siyasal olmayan, kamu görevinin yürütülmesi için örgütlenen bölümünü oluşturduğu hatırlatılmaktadır. Cumhurbaşkanı’na ve Anayasa Mahkemesi’ne göre ise yasama ve yargı erklerinin işlem, eylem ve etkinlikleri, hem “idare” kapsamında olmadığından, hem de anayasal sistem izin vermediğinden Kurum’un görev kapsamına girmemektedir (*Ibid.*). Oysa söz konusu Kanun’un ilgili maddesinin (1). fıkrasına göre, “idare”nin her türlü eylem ve işlemi ile tutum ve davranışına ilişkin yakınlıklar Kurum’un görev alanına girmektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 105, 125 ve 159. maddelerinde yargı denetimi dışında tutulan işlem, karar ve emirlerin, yasa ile Kamu Denetçiliği Kurumu’nun görev kapsamına alınması anayasal kuralların özüne ters düşmektedir. Örneğin, Kanun’da Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı görevler bundan istisnadır deniliyorsa bunun anlamı Cumhurbaşkanı’nın diğer görevlerinin, yani Başbakanın ve bakanın imzasıyla birlikte yapacağı görevlerinin Kurum’un görev alanı içinde olduğudur. Oysa Cumhurbaşkanı’nın resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi dâhil hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı gibi Cumhurbaşkanı’nın, Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanan işlemlerinden ve kararlarından da sadece Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Bu sebeple Mahkemeye göre, Cumhurbaşkanı’nın anayasal konumu, Devlet’in ve yürütmenin başı sıfatı, işlem, emir ve kararlarının Kanun kapsamına alınmasına engel oluşturmaktadır (*Ibid.*). Öte yandan, birinci fıkrada Kurum’un görev alanı belirlenirken Anayasanın 130’uncu ve 131’inci maddelerinde özerk kurumlar olarak düzenlediği üniversiteler ve Yükseköğretim Kurulu ile yine Anayasanın 133’üncü maddesinde özerk bir kurum olarak düzenlediği Radyo ve Televizyon Kurumu’nun da bu alan içinde bırakıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bir başka ilginç tespiti ise söz konusu

özerk kurumların denetimine ilişkin ilkeler Anayasanın 130'uncu, 131'inci ve 133'üncü maddelerinde yer almaktadır ve bu ilkeler arasında Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yapacağı denetim görünmemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'ne göre Kurum'a belirtilen özerk kurumlar üzerinde denetim yetkisi tanınması Anayasanın 130'uncu, 131'inci ve 133'üncü maddelerine aykırı düşmektedir (*Ibid.*). Sonuç olarak Cumhurbaşkanı'nın savı ve Anayasa Mahkemesi'nin yargısı, anayasal düzen ve kurallar nedeniyle yasa kapsamına alınamayacak konuların, yasa kapsamında izlenimi verecek biçimde istisna olarak düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesinin önemli konularından olan yasa yapma tekniği ile bağdaşmamakta, dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşmektedir (*Ibid.*).

Son olarak Cumhurbaşkanının iptal başvurusunun ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinin nedeni Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun düzenlemeyi hedeflediği yönetmeliktir. Şöyle ki, 5548 sayılı Kanun'un 26. maddesinin (2). fıkrasında, “(2) *Uzman yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlik sınavının şekli ile uzman ve uzman yardımcılarının görev, yetki ve çalışmalarına ilişkin esas ve usûller yönetmelikle düzenlenir*” denilerek, uzman ve uzman yardımcılarının görev, yetki ve çalışmalarına ilişkin ilke ve yöntemlerin bir yönetsel işleme düzenlenmesi öngörülmüştür. Oysa Cumhurbaşkanı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir (*Ibid.*). Bu söz konusu madde karşısında önerilen sav ve varılan yargı, bir kamu tüzelkişisi olarak oluşturulmak istenen Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Kanun'da yer verilen kuruluş amacı ve görevleri incelendiğinde, genel idare esaslarına göre kamu hizmeti gören bir Kurum, bu Kurum'da çalıştırılacak uzman ve uzman yardımcılarının da, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kamu görevlileri olduğunda kuşku bulunmadığıdır (*Ibid.*). Bu durumda, Kurum'da çalıştırılacak uzman ve uzman yardımcılarının görev, yetki ve çalışma ilke ve yöntemlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, bu konuların yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 128. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Öte yandan, Anayasa'nın 6. maddesinde, hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaya-

cağı; 7. maddesinde de, yasama yetkisinin Türk Ulusu adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen bir konunun, yasada genel ilkeleri konulmadan, sınırı ve çerçevesi çizilmeden yönetmeliğe bırakılması, Anayasa'nın 7. maddesine de aykırı düştüğü iddia edilmektedir (*Ibid.*).

Yukarıda görüldüğü üzere, ilk bakışta hem Cumhurbaşkanı savının hem de Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararının iyi yapılandırılmış argümanlarla donatıldığı izlenimi uyanmaktadır. Fakat bununla birlikte, bu gerekçeli karara büyük oranda katılabilmek pek mümkün gözükmemektedir. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararı incelediğinde Mahkemenin ilk ele aldığı hususun, "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı" ibaresinin "kuvvetler ayrılığı" prensini açısından anayasaya aykırılığı olup olmadığıdır. Yüksek Mahkeme izleyeceği usulü belirleyerek incelemeye başlamış olup, bu usul Mahkemeye göre; "Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Anayasanın konuyla ilgili tüm hükümlerinden yararlanmak zarureti vardır. Çünkü her yasa gibi Anayasa da bir bütündür ve tek bir kuralın yeterince açıklık getirmediği durumlarda bütün metnin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla, sözün de açıklık olmayınca özüne gidilmesi ve bunun için de kuralların tümünün incelenmesi, öz yönünden yorum yapılırken ileriye dönük ve gerçekçi bir yolun izlenmesi gerekir" denilmiştir (R.G., 12.04.1990, Sa.26) (*Ibid.*). Biz de bu değerlendirme sırasında Anayasa Mahkemesi ile aynı usulü izleyeceğiz.

Yukarıda da görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin argümanı "kuvvetler ayrılığı" prensibine dayanmakta ve bu prensip Mahkeme'ce şu şekilde özetlemektedir:

"Egemenliğin kullanılışı yönünden 1924 Anayasası ile 1961 ve 1982 Anayasaları arasında fark vardır. 1924 Anayasasına göre millet adına egemenlik hakkını yalnız TBMM kullanabildiği halde, 1961 ve 1982 Anayasalarına göre millet, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanılır. Böylece meclis, egemenliği kullanan tek organ olmaktan çıkmış, Anayasada belirtilen yetkili organlardan biri durumuna gelmiştir. Bu durum, Türkiye cumhuriyeti Anayasasında, hukuk devletinin şekli şartlarından olan kuvvetler ayrımı sisteminin benimsenmesinin bir sonucudur.

Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerinde <<kuvvetler ayrılığı>> ilkesi somutlaştırılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti,

erkler ayrılığı ilkesini temel alan, laik, demokratik, sosyal bir hukuk devletidir. Devletin temel yapısını oluşturan bu niteliklerin değiştirilemeyecek olması, Türkiye'nin evrensel değerlere bağlılığının ve çağdaş dünyayla bütünleşme kararlılığının göstergesidir."

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili anayasa hükümlerinden vardığı sonuç, TBMM'ne bağlı ve "idare" nin eylem, işlem, tutum ve davranışlarını inceleyip, araştıran bir Kurumun kurulması "kuvvetler ayrılığı" ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasal sisteme aykırı düşmektedir şeklinde özetlenebilir. Bu durumda cevaplanması gereken iki sorun karşımıza çıkmaktadır:

1- "Kuvvetler ayrılığı" prensibi ilke olarak idarenin yasama tarafından denetlenmesine engel oluşturmakta mıdır?

2- Ombudsman kurumu idarenin yasama tarafından denetlenmesini sağlayan diğer olağan denetim yollarından birisi midir?

Bu anlamda şüphesiz Anayasa Mahkemesi'nce sözü edilen bütün anayasa hükümleri "kuvvetler ayrılığı" prensibi ile ilgilidir. Fakat unutulmamalıdır ki, 1882 Anayasası ile benimsenen "kuvvetler ayrılığı" prensibi bir kontrol ve dengeler sistemi kurmayı amaçlamaktadır. Bu sebeple Anayasa'nın başlangıç bölümünde "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" belirtilmiştir. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi'nce kabul edildiği üzere Anayasa idarenin yasama tarafından denetlenmesi düzenlemiştir. Sonuçta, ilke olarak ombudsman kurumunun "kuvvetler ayrılığı" prensibi ile çatıştığını iddia etmek güçtür. İkinci soru ile ilgili olarak ise Anayasa Mahkemesi'nce TBMM'nin görev ve yetkileri arasında idarenin her türlü eylem ve işlemini denetlemek olmadığından bahisle ombudsman eliyle yasamanın idareyi denetlemesi "kuvvetler ayrılığı" prensibine aykırı bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararı incelendiğinde görülmektedir ki, ombudsman kurumunun yapısı ve görevi Anayasa Mahkemesi'nce tam olarak anlaşılmamıştır. Çünkü Anayasa Mahkemesi ombudsmanı TBMM'nin bir komisyonu veya ona bağlı bir organ olarak görmektedir. Oysa Başdenetçi ve denetçilerin TBMM'nce atanmaları konusunda ise ilk olarak not edilmesi gereken husus, ombudsman literatüründe de açıkça ortaya konulduğu üzere bağımsızlık ve tarafsızlık ombudsmanın en önemli ayırt edici özelliklerinden birisidir. Bu bağımsızlığı kazandırmanın

ve korumanın en önemli yolu ise ombudsmanın kurumunun Anayasa tarafından kurulması ve ombudsmanın Parlamento tarafından atanmasıdır. Açıkça görüldüğü üzere Türkiye açısından ilk şart sağlanmaya çalışılmıştır. Şöyle ki, Türkiye'nin ombudsman kurumuna olan ilgisini ele aldığımız zaman not ettiğimiz üzere AB'ne üyelik doğrultusunda 1999 ve 2005 yılında atılan somut adımlar ombudsman kurma sürecini hızlandırmıştır. Bu noktada AB üyelik sürecinin bir yandan ombudsman kurulmasının yasal sürecini hızlandırırken, bir yandan da bu hızlı sürecin ombudsman kurumunun anayasallığını tartışmaya açık bırakacak bir etkisinin olduğunu vurgulamak lazımdır. Başka bir deyişle, hükümetin AB yolunda somut adımlar atma çabalarının hükümetin aynı zamanda bu kurumu Anayasa değişikliği yapmaksızın kurma tercihi kurumun anayasallığı tartışmalarını gündeme taşımıştır. Biraz daha dikkatli incelendiğinde görülmektedir ki, Ombudsman Kanunu 2001 Şubat ayından itibaren özellikle Anayasa değişiklikleri olarak ortaya çıkan Uyum Paketlerinden birisinde yer almaktadır. Hükümet 9. Uyum Paketi olarak adlandırılan çalışmasını TBMM'nin çalışmaya ara vereceği 3 Temmuz 2006 ile 1 Ekim 2006 tarihinden önce çıkarılmak istemiştir. Bu amaçla ilk deneme olan Kanun 15 Haziran 2006 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2006 tarihinde ise Cumhurbaşkanı'nın Kanunu görüşülmek üzere bir kez daha TBMM'ne yollaması üzerine, 148 milletvekilinin yazılı başvurusu neticesi TBMM Başkanı Meclisi toplantıya çağırılmış ve 26 Eylül 2006 tarihinde TBMM Kanunu bir kez daha kabul ederek Cumhurbaşkanı'na yollamıştır. Bu noktada 9. Uyum Paketinin zamanlaması gerçekten dikkat çekicidir. Şöyle ki, Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki ilerleme raporunu 24 Ekim 2006 tarihinde açıklaması beklenilmekte idi. Hükümetin Avrupa Komisyonu ilerleme raporundan evvel kurumu yasal olarak oluşturma çabaları, zaman alıcı ve daha sıkı şekil şartlarına bağlı Anayasa değişikliğinden kaçınmasına yol açmış, bununla da Kanunun anayasallığı tartışmalarına davetiye çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararında Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun çok kısıtlı bir zaman diliminde alelacele çıkarılmış olmasını dikkate almamasını anlaşılır bir yaklaşımdır. Ama yine de mevcut Anayasa'da ombudsman kurulmasına dair açık düzenlenmelerin olmamasına rağmen, Anayasa'nın ombudsman kurulmasını engellediğini söylemek de zordur. Başdenetçi ve denetçilerin TBMM'nce atanması konusuna geri dönecek olursak, Başdenetçi ve denetçilerin TBMM'ce atanmaları bu kurumu doğrudan TBMM'nin bir komisyonu veya organı kılmamaktadır. Çünkü ombudsman literatüründe de ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kurumun etkin bir kurum olabilmesi onun bağımsız ve tarafız olabilmesi ile doğru orantılıdır. Bu bağımsızlığı ve taraf-

sızlığı sağlamanın en önemli yolu ombudsmanın Parlamento tarafından atanmasıdır. Sonuç olarak ombudsman kurumunun ayırt edici özelliklerini dikkate almadan kurumu “kuvvetler ayrılığı” prensibine aykırı gören yorumu kabul etmek mümkün görülmemektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki Cumhurbaşkanlığı'nın ikinci temel savı ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi, Kanun'da Başdenetçi ve denetçiler tanımlanan ombudsmanın TBMM tarafından atanmasının anayasallığı ile ilgili idi. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin hem Anayasa'nın TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen maddesinde, hem de diğer maddelerinde TBMM'ne Başdenetçi ve denetçi atama yetkisi ile idarenin her türlü işlem ve eylemini Kamu Denetçiliği Kurumu aracılığıyla denetleme yetkisinin verilmediği şeklindeki varsayımı da çok tutarlı görünmemektedir. Cumhurbaşkanlığı'nca ve Anayasa Mahkemesi'nce de atıf alan iki karardan yola çıkarak Anayasa Mahkemesinin TBMM ile Kamu Denetçiliği Kurumu arasında bir ilişki olduğu ve fakat bu ilişkinin anayasal düzenden kaynaklanmadığı şeklindeki tespitine de katılmak mümkün değildir. Bu şekilde varılan bir yargıyı sorgulamaya başlamak için en ideal kavramın anayasal düzen olması gerekir. Zira bu kavram Anayasa Mahkemesi kararının temelini oluşturmaktadır. Bu anlamda ilk belirtilmesi gereken husus, Anayasa tarafından anayasal düzen kavramının açıkça tanımlanmamış olduğudur. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararı incelendiğinde, Mahkeme'nin Anayasa tarafından düzenlenmemiş hususların anayasal düzene doğrudan aykırı olacağı şeklinde dar açılı bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Bu anlamda anayasal düzenden anlaşılması gereken, Anayasanın esasa ve şekle ilişkin genel hukuk düzeni olmalıdır. Bu açıdan Anayasanın 2. maddesinde açıkça ifade edilen demokratik bir hukuk devletinde insan haklarını korumaya yönelik alınan tedbirler anayasal düzenin bir gereği olmalıdır. Bu anlamda ulusal insan hakları kurumlarından sayılan ombudsman kurulmasının demokratik bir hukuk devletinde anayasal düzeninin doğal bir sonucu kabul edilmesi gerekir. Sonuç olarak, TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddesinde ve diğer maddelerinde ombudsman kurumundan söz edilmemiş olmasının onun başlı başına Anayasaya aykırılığı sonucunu doğurmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin diğer bir tartışmalı gerekçesi ise ombudsman kurumunun yetkisi ile ilgilidir. Şöyle ki, Kanunun iptali istenen 9'uncu maddesinin birinci fıkrasında Kamu Kurumu Denetçiliği Kurumu'nun görevlerine yer verilmiş, ikinci fıkrasında da, Kurum'un görev alanı dışında tutulan

işlem, eylem ve etkinlikler düzenlenmiştir. Bu anlamda tartışma götürmeyen hususlar şöyle sıralanabilir: Yukarıda bahsedildiği üzere, ombudsmanın görev alanı ile ilgili sorular gün ışığına çıkmaktadır. Bu vesile ile ifade etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu konu ile yargısının kilit ifadesi yasa yapma tekniğidir. Fakat Anayasa tarafından yasama yapma tekniği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden bu ilkeye aykırılığın Anayasanın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılıkla ilişkilendirilmektedir. Bu anlamda Anayasa ele alındığında görülmektedir ki, maddelerin ilk fıkrası bir hakkı düzenlerken ikinci fıkrası ise; istisnaları ele almaktadır. Bu anlamda yasa yapma tekniğini şeklen ele aldığımızda söz konusu kanun hükmünün şekli yasa yapma tekniğine uyduğu görülür. Bu anlamda yasa yapma tekniği açısından daha karmaşık ve temel sorun Anayasanın 105'inci, 125'inci ve 159'uncu maddelerinde yargı denetimi dışında tutulan işlem, karar ve emirlerin, kanun ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev kapsamına alınması Anayasal kuralların özüne ters düşüp düşmediğidir. Bu anlamda kurumun özellikle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) işlem ve eylemleri hakkındaki şikâyetleri inceleyip inceleyememesi en esaslı tartışma konusu olmalıdır. Unutulmamalıdır ki, HSYK'nın yapısı ve kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasının demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde bir görüş birliği bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ise bu Kurumu görev alanı dışında bırakmaması çeşitli tartışmaları beraberinde getireceği muhakkaktır. Bununla birlikte, Anayasanın 130'uncu ve 131'inci maddelerinde özerk kurumlar olarak düzenlediği üniversiteler ve Yükseköğretim Kurulu ile yine Anayasanın 133'üncü maddesinde özerk bir kurum olarak düzenlediği Radyo ve Televizyon Kurumu'nun da Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yetki alanı içinde bırakıldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nce göre söz konusu bu kurumların ombudsman denetimine tabi olması mümkün görünmemekte iken kanımızca HSYK karar ve işlemlerinin aksine bu kurumların karar ve işlemlerinin ombudsman denetimine tabi olması için anayasal bir engel görünmemektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun yetki alanı ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin ilginç bir tespiti de yasama ve yargı erklerinin işlem ve etkinliklerini "idare" kapsamında görmemesi ve dolayısıyla doğası gereği Kurumun görev kapsamı dışında bırakmasıdır. Bunların yasada istisna belirtilmesi de yasama tekniğine aykırı görülmektedir. Bu yargıya katılmak mümkün değildir. Zira hem yargının, hem de yasamanın idari nitelikte işlemler tesis ettiği açıktır ve bu işlemlerin denetime tabi olmasından doğal başka bir şey

olmamalıdır. Kamu Denetçiliği Kanunu'nun ombudsmanın görev alanı dışında bıraktığı bu kurumun yargısal ve yasama dair işlem ve etkinliklerim olduğu da açıktır.

Son olarak, Kanun'da kurumda çalışan uzman ve uzman yardımcılarının görev, yetki ve çalışmalarına ilişkin ilke ve yöntemlerin yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmekte idi. Anayasa Mahkemesi haklı olarak bir kamu tüzel kişisi olarak oluşturulmak istenen Kamu Denetçiliği Kurumu'nun, Kanun'da yer verilen kuruluş amacı ve görevleri incelendiğinde, genel idare esaslarına göre kamu hizmeti gören bir Kurum olduğunu tespit etmiştir. Yine aynı şekilde, Kurum'da çalıştırılacak uzman ve uzman yardımcılarının da, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kamu görevlileri olduğunu belirtmiştir. Bu durumda, Kurum'da çalıştırılacak uzman ve uzman yardımcılarının görev, yetki ve çalışma ilke ve yöntemlerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, bu konuların yönetmeliğe bırakılması bizce de Anayasanın 128'inci maddesiyle bağdaşmamaktadır. Benzer şekilde, Mahkeme iptali istenen kuralın, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı tanıdığı için Anayasanın 8'inci maddesine, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7'nci maddesine, böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6'ncı maddesine aykırı olan bir düzenleme görmektedir ve bu yargısında haklıdır.

Sonuç olarak yukarıda görüldüğü üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nun anayasallığını tartışmamızı sağlayan dört konu vardır. Kısaca bu konular; a) Kamu Denetçiliği Kurumu'nun ilke olarak kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olup olmadığı,

b) TBMM'nin Anayasanın 87. maddesinde düzenlenen görev ve yetkilerinin arasında Başdenetçi ve denetçiler atama yer almaz iken, Başdenetçi ve denetçilerin TBMM'nce atanmasının kanunla düzenlenmesinin Anayasaya aykırı olup olmadığı,

c) Kurumun yetki alanının anayasallık sorunu doğuracak şekilde düzenlenip düzenlenmediği ve

d) Son olarak sonradan çıkarılacak yönetmelik ile Kuruma yönelik asli düzenleme yetkisinin devrinin mümkün olup olmadığıdır.

Sonuç

Yukarıda da detaylı olarak anlatıldığı üzere ombudsman kavramı kurumun aynı adla bütün dünyada kurulması sonucu hemen her kıtada bilinen bir kavram halini almıştır. Türkiye’de ise ombudsmana konulu çalışmalar kurumun bütün dünyada hızla yayıldığı 1970’li yıllara denk gelse de kurumun kurulması yönündeki çabalar Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne resmen aday olmasını takip eden 2000 yılında atılmaya başlanmıştır ve bu atılan adımların sonuncusu 28/09/2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Kurumu Denetçiliği Kanunu’dur. Bununla birlikte söz konusu Kanun dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından anayasaya aykırı olduğu savı ile Anayasa Mahkemesi’ne taşınmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından ise Cumhurbaşkanı’nın hemen hemen bütün savlarına iştirak edilerek anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Kanımızca, yasa koyucunun, kuşkusuz, hukukun evrensel ilkelerine ve Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla her konuda yasal düzenleme yapma yetkisi vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin de kabul ettiği üzere “*kural koymak, değiştirmek, yürürlükten kaldırmak veya yasalar arasında ya da aynı yasanın kuralları arasında uyum sağlamak yasa koyucunun, genel düzenleme yetkisi içinde ise de, bu yetkilerini kullanırken Anayasayı hukukun genel ilkelerini gözetmek zorunda olduğu kuşkusuzdur*” (AYM, 25.12.2008, E.2006/140, K.2008/185). Bununla birlikte yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerini de gözeterek genişletici yorum yapmak yerine Kamu Denetçiliği Kurumu’na dar kapsamlı bir yorumla yaklaşmıştır. Bu dar kapsamlı yorumun en açık kanıtı ise Anayasa Mahkemesi’nin Kurum’a verilen görevlerin, Kurum’un bağlı olduğu TBMM’ni, yürütmenin üstünde bir konuma getirdiği şeklindeki tespitidir (*Ibid.*). Sonuç olarak, her şeyden önce anayasal sistemin şu anki mevcut hali ile TBMM Başkanlığı’na bağlı bir Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmasını açık olarak düzenlemiyor olsa da ombudsman kurumunun Türkiye’de kurulmasına engel olduğu şeklindeki Anayasa Mahkemesi’nin görüşüne katılmak mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Akıncı, Müslüm (1999), *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta, İstanbul.

Altuğ, Yılmaz (2002), *Kamu Denetçisi (Ombudsman)*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Arslan, Süleyman (1986), “İngiltere’de Ombudsman Müessesesi” 19 Amme İdaresi Dergisi, 156-173.

Arslan, Süleyman (1992), “Yıldırım Uluer’in Konuşmasına Katkı”, *1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi 3. Kitap: Çeşitli İdare Hukuku Konuları*, Da-nıştay Yayınları, Ankara.

Avşar, Zakir (1999), *Ombudsman (Kamu Hakemi) Türkiye İçin Bir Model Önerisi*, HAK-İŞ Yayınları, Ankara.

Balta, Tahsin Bekir (1970), *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİ Yayınları, An-kara.

Baylan, Ömer (1977), *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu, Ankara.

Erhürman, Tufan (1995), *Dünyada ve KKTC’de Ombudsman*, Işık Kita-pevi, Lefkoşa.

Erhürman, Tufan (1998), “İnsan Haklarını Koruma Mekanizması Olarak Ombudsman Kurumu”, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı.

Erhürman, Tufan (2000), “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü”, 1-4 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155-180.

Gerekçeli Anayasa Önerisi (1982), AÜHF Yayınları, Ankara.

Giddings, Philip-Sladecek, Vladimir-Bueso, Laura Diez (2000), “The Ombudsman and Human Rights”, Gregory, Roy-Giddings, Philip (Eds), *Righ-ting Wrongs: The Ombudsman in Six Continents*, IOS Press, Oxford.

Özden, Kemal (2005), *Ombudsman: Yeni Yönetim Anlayışı İçin Bir Mo-del*, Tasam Yayınları, İstanbul.

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

Pickl, Victor J. (1986), “Ombudsman ve Yönetimde Reform” Çev. Turgay Eren 19 Amme İdaresi Dergisi 37-46.

Temizel, Zekeriya (1997a), *Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı: Ombudsman*, IULA-EMME, İstanbul.

Temizel, Zekeriya (1997b), “Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bir Başka Denetim Organı: Ombudsman”, 14 Yeni Türkiye Dergisi 764-778.

Uluer, Yıldırım (1990), *1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 3. Kitap*, İdari Yargı, Ankara.

Raporlar ve Planlar

1. İstişare Ziyaret Raporu (The Functioning of the Judicial System in the Republic of Turkey - Report of an Advisory Visit, European Commission (28 September - 10 October 2003)), <<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>>, 23/03/2006.

2. İstişare Ziyaret Raporu (The Functioning of the Judicial System in the Republic of Turkey - Report of an Advisory Visit, European Commission (11-19 July 2004)), <<http://www.abgm.adalet.gov.tr/advisoryii.pdf>>, 22/03/2006.

3. İstişare Ziyaret Raporu (The Functioning of the Judicial System in the Republic of Turkey - Report of an Advisory Visit, European Commission (13-25 June 2005)), <<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>>, 22/03/2006.

Babüroğlu, Oğuz-Hatiboğlu, Nevra (1997), *Ombudsman (Kamu Hakemi) Kurumu İncelemesi: Devlette Bir Toplam Kalite Mekanizması Örneği* Yayın No. TÜSİAD-T/1997.

Düzenli Rapor 1998 (1998 Regular report on Turkey’s progress towards accession), <http://ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_en.htm>, 21/03/ 2006.

Düzenli Rapor 2000 (2000 Regular report on Turkey’s progress towards accession), <http://ec.europa.eu/enlargement/turkey/key_documents_en.htm>, 21/03/2006.

Düzenli Rapor 2004 (2004 Regular report on Turkey’s progress towards accession), <http://www.deltur.cec.eu.int!/PublishDocs/en/2004_rr.pdf>, 21/03/2006.

Sekizinci Beş Yıllık (2001–2005) Kalkınma Planı Karar No: 697 Karar Tarihi: 27.6.2000.

Ombudsmanı Beklerken

TOBB, Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik Sürecinde Türkiye'de Yönetimin Yeniden Yapılandırılması (2000), Ankara.

TODAİE (1991), *Kamu Yönetimi Araştırması–Genel Rapor*, TODAİE, Ankara.

Yedinci Beş Yıllık (1996–2000) Kalkınma Planı Karar No: 374 Karar Tarihi: 18.7.1995.

Diğer

AK Parti Seçim Beyannamesi: “Her şey Türkiye İçin” <<http://www.akparti.org.tr>>, 18/03/2006.

CHP Seçim Bildirgesi 2002: “Güzel Günler Göreceğiz!”, <http://www.chp.org.tr/index.php?module=chpmain&page=list_party_info&info_id=17&pid=148>, 18/03/2006.

8 Mart 2001 tarih ve (2001/235/EC) sayılı Konsey Kararı (Council Decision 2001/235/EC of March 2001 (OJ L 85, 24.3.2001)).

Dışışleri Bakanı Abdullah Gül'ün 10 Aralık 2005 tarihinde İnsan Hakları Günü nedeniyle yayınladığı mesaj,

<http://www.mfa.gov.tr/MFA/Ministry/TheMinister/SpeechesofMinister/Message_10December2005.htm>, 23/03/2006.

TBMM Başkanı Bülent Arınç'ın 9 Mayıs 2004 tarihinde Nevşehir'de düzenlenen “Hukuk Devletinde Ombudsmanın Rolü” konulu konferansındaki açılış konuşması <http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_basin_aciklamalari.aciklama?p1=4947>, 23/03/2006.

COM (2004) 0656/final sayılı Avrupa Parlamentosu İlke Kararı (European Parliament resolution on the 2004 regular report and the recommendation of the European Commission on Turkey's progress towards accession COM (2004) 0656 -C6-0148/2004 -2004/2182(INI), <<http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2005/ce226/ce22620050915en01890197.pdf>>, 22/03/2006.

Hürriyet Gazetesi 15/06/2005,

<<http://webarsiv.hurriyet.com.tr/2005/06/15/658315.asp>>, 23/03/ 2006.

Türkiye Günlük Siyasi Gazetesi 08/09/2000,

<<http://www.turkiyegazetesi.com/news/home/>>, 13/03/2005.

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

Yasal Mevzuat

1982 Anayasası

5521 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kabul No: 15/06/2006

5548 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, Kabul No: 28/09/2006

İnternet

Anayasa Mahkemesi <<http://www.anayasa.gov.tr>>, 25/06/2009.

European Ombudsman <<http://www.euro-ombudsman.eu.int>>, 26/06/2009.

International Ombudsman Institute<<http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/About-the-I.O.I./History-and-Development.php>>, 26/06/2009.

İsveç Ombudsmanı <<http://www.jo.se/Page.aspx>>, 28/06/2009.

Resmi Gazete <<http://rega.basbakanlik.gov.tr/#>>, 27/06/2009.

T.C. Cumhurbaşkanlığı <<http://www.cankaya.gov.tr/>>, 17/08/2006.

**AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN 53.
MADDESİ'NİN TOPLULUK HUKUKUNUN
ÜSTÜNLÜĞÜNE ETKİSİ**

Prof. Dr. Hakan TAŞDEMİR*

Öğr. Gör. Fatma AKKAN GÜNGÖR**

ÖZET

Avrupa Birliği'nde insan hakları hukukunun çoğu zaman belirsizlikler yarattığı ifade edilmekte ve Birlik ile üye devletler arasında çatışmalara sebebiyet verdiği düşünülmektedir. Bu bağlamda, Temel Haklar Şartı, insan hakları hukukunun terminolojisini kullanarak mevcut gerilimi yumuşatmaktadır. Bu durum, Şart'ın Avrupa Birliği ve ulusal anayasal düzenler arasındaki mevcut dengeyi korumaya özen gösterdiğinin bir belirtisi olarak kabul edilmektedir. Ancak, Şart'ın 53. Maddesi'nde yer alan Koruma Düzeyi ile, bahsi geçen denge korunurken, aynı zamanda Topluluk hukukunun üstünlüğüne de bir etkide bulunduğu iddia edilmiştir. Öğretide, bu etkinin üstünlüğü koruduğu ya da bunu artırıcı veya azaltıcı olduğu yönündeki görüşler tartışmalıdır.

ANAHTAR KELİMELER

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 53. Madde, üstünlük ilkesi, koruma düzeyi.

**(THE EFFECT OF THE ARTICLE 53 OF CHARTER OF FUNDAMENTAL
RIGHTS OF EUROPEAN UNION ON THE SUPREMACY
OF COMMUNITY LAW)**

ABSTRACT:

It is argued that the human rights law concerning the European Union, frequently creates ambiguities and it is conceived that this situation causes conflicts between the Union and member states. In this regard, the Charter of Fundamental Rights alleviates this tension by using the wording of human rights law. This situation is accepted as a sign of the Charter's intension to protect the balance between the European Union and

* Gazi Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, haktas@gazi.edu.tr.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, fatmaakkan@gmail.com

Prof. Dr. Hakan TAŞDEMİR/Öğr. Gör. Fatma AKKAN GÜNGÖR

national constitutions. But, while the balance in question is protected by the Level of Protection which is assured by the Article 53 of the Charter, it is also *claimed that this Article has an effect on the supremacy of Community law. In the doctrine there are opinions which accept this effect as protecting, lowering or increasing the supremacy of Community law.*

KEYWORDS

Charter of Fundamental Rights of European Union, Article 53, principle of supremacy, level of protection.

GİRİŞ

Avrupa Birliği hukukunda korunmuş olan temel haklara ilişkin kapsamlı bir izahat veren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 7 Aralık 2000 tarihinde, Konsey, Komisyon ve Parlamento tarafından ortak bir bildiri olarak kabul edilmiştir. Bu Şart, Avrupa Birliği sürecinde ilk kez, Avrupa vatandaşlarının ve Avrupa'da ikamet eden kişilerin kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyal haklarının tümünün tek bir metinde toplanmış halidir.¹

Şart'ta yer alan Saygınlık (md.1-md.5), Özgürlükler (md.6-md.19), Eşitlik (md.20-md.26), Dayanışma (md.27-md.38), Vatandaşlık Hakları (md.39-md.46) ve Adalet (md.47-md.50) bölümlerinin temelini özellikle, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi (AİHS) tarafından tanınan temel hak ve özgürlükler, üye devletlerin anayasal gelenekleri ve Avrupa Birliği ya da üye devletlerin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlar oluşturmaktadır. Giriş bölümü hariç toplam 54 maddeden oluşan Şart'ın son bölümü ise Genel Hükümler (md.51-md.54) başlığını taşımaktadır. Bu bölüm, Şart'ın uygulama ve yorumuna dair genel hükümleri içermektedir. İçerdiği yeni temel haklar ile bu Şart'ın, mevcutlar arasında en ileri düzeyde olduğu kabul edilmektedir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın son bölümünde "Koruma Düzeyi" başlığıyla yer alan 53. Madde, şöyle demektedir: "*Bu Şart'ta yer alan hiçbir hüküm; ilgili uygulama alanlarında, Birlik hukuku, uluslararası hukuk, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi de dahil olmak üzere, Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamaz*".

Genelde bu tür düzenlemeler, insan hakları ile ilgili metinlerde yer almakta ve insan hakları konusunda yapılan düzenlemelerin, minimum standartlar olduğunu belirtmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte 53. Madde'nin yazımında kullanılan dilin, Topluluk hukuku üzerinde yasal etkiler doğurabileceği endişesi ortaya çıkmıştır. Bazı akademisyenler, Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği hukuku ile uyumlaştırılmaması durumunda Topluluk hukukunun üstünlüğünün zedeleneceğini ve üye devletlerde insan hakları konusunda kendi ulusal hukuklarını Topluluk hukukuna tercih etme yönünde bir eğilim

¹ Şart'la ilgili olarak bkz.: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm.

ortaya çıkabileceğini öne sürmüşlerdir. Çalışmada, bu varsayımın ne derece doğru olduğu ve bu yönde bir eğilim ortaya çıkarsa, Topluluk hukukunun üstünlüğünün ne derece etkileneceği incelenmiştir.

1) AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE ÜSTÜNLÜK KAVRAMI

1960'lı yıllardan itibaren Topluluk hukukunun temel ilkelerinden birisi olan Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesi Avrupa Birliği Anayasası'nın I-6. maddesinde normatif bir içerik kazanmıştır.² Buna göre; “*Anayasa ve kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, üye devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir*”.

Başlangıçta, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun örgütsel anlamda uluslararası (*supranasyonal*) bir örgüt olduğu bilinmekteydi. Ancak, Topluluğun normatif anlamda uluslararası bir örgüt olduğu gerçeği henüz ortaya çıkmamıştı. Çünkü, Topluluk hukuku ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin kurucu antlaşmalarda düzenlenmemesi nedeniyle ortaya çıkan boşluğun nasıl doldurulacağı belli değildi.³

Avrupa Birliği Adalet Divanı⁴, *Van Gend & Loos*⁵ (1963) davası ile başlayan süreç içerisinde Topluluğun, yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturduğu vurgusunu yaparak, üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde Topluluk hukukunun doğrudan etki doğurduğuna karar vermiştir. Divan kararında; “*Antlaşmalar nedeniyle, haklar ve yükümlülüklerle ilgili devletlerin iç hukuk sistemlerinden Topluluk hukuk sistemine yapılan transfer, devletlerin egemenlik haklarını sürekli sınırlandırmayı da beraber getirir...*” demiştir. Yine Divan, *Costa v. ENEL*⁶ (1964) davasında, ulusal hukuk normlarının anayasal doğa-

² Bahsi geçen Anayasa, 13 Haziran-10 Temmuz 2003 tarihleri arasında Avrupa Konvansiyonu tarafından Tasarı metni şeklinde hazırlanmış ve 18 Temmuz 2003 tarihinde Roma'da Avrupa Konseyi Başkanı'na sunulmuş ve Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma adıyla 29 Ekim 2004'de Roma'da imzalanmıştır. Ancak, Anayasa'nın yürürlüğe girmesi tüm üye devletlerin onaylamasına bağlıdır. Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlarda (sırasıyla 29 Mayıs ve 1 Haziran 2005) Anayasa'ya hayır oyu çıkmasından sonra, 16-17 Haziran 2005 tarihli Avrupa Konseyi Zirvesi'nde, Anayasa Antlaşması'nın yürürlüğü için öngörülen 1 Kasım 2006 tarihinin imkan dahilinde olmaktan çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu konuda bilgi için bkz. Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma: <http://www.abgm.adalet.gov.tr/e-kutuph.htm>.

³ Kemal Başlar, “Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası'nın Uyumlaştırılması Sorunu”, 2005, <http://turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51>.

⁴ Çalışmada, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Divan terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

⁵ Case 26/62.

⁶ Case 6/64.

sının, sonra vazedilmiş olsa bile, Topluluk hukukuyla çatışmasında Topluluk hukukunun normlarının üstün geleceğini belirtmiştir.

*Internationale Handelsgesellschaft*⁷ (1970) davasında Topluluk hukukunun üye devletlerin anayasal hükümlerinin üzerinde yer aldığını ortaya koyan Divan'a göre, Roma Antlaşması'ndan kaynaklanan hukuk, ulusal hukukun kuralları ile geçersiz hale gelmez. Topluluk tasarrufunun geçerliliği veya bir üye devletteki etkisi, Anayasa'da yer alan temel haklar veya ulusal anayasal yapının ilkelerine aykırılık gerekçesinden etkilenmez. *Simmmenthal*⁸ (1978) davasında ise Divan üstünlük ilkesinin sadece önceki değil sonraki yasalar için de geçerli olacağına karar vermiştir.

II) AVRUPA BİRLİĞİ ve TEMEL HAKLAR

1950'lerin ilk yarısında ortaya konulan ve başarısızlığa uğrayan Avrupa Siyasal Topluluğu projesinde, temel haklar konusunda AİHS'ye atıf yapan bir bölüm öngörülmesine karşılık, Avrupa Toplulukları'nı kuran antlaşmalarda temel haklarla ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bu nedenle, Avrupa Toplulukları'nın kuruluş yıllarından itibaren, Topluluk kurumlarının, sahip oldukları geniş yetkileri kullanırken bireyin temel haklarını ihlal edebilecekleri gerekçesiyle, temel insan hakları konusunda Toplulukların tabi olacağı açık kurallar getirilmesi yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Topluluk hukukunda temel hakların tanınması, ilk kez, Divan'ın 60'lı yılların sonundan itibaren geliştirmeye başladığı içtihat hukuku ile olmuştur. 5 Nisan 1977 tarihinde Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un kabul ettikleri ortak bir bildiriyle, temel haklar, Topluluğun siyasi kurumları düzeyinde de tanınmıştır.⁹

Avrupa Toplulukları'nı kuran antlaşmalar, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır. Divan'ın da kabul ettiği şekilde, bu hukukun, her şeyden önce antlaşmalarda ve ikincil mevzuatta yer alan kurallardan, hukukun genel ilkelerinden ve özellikle üye devletlerin anayasa hukuklarının dayandığı temel haklar, ilkeler ve diğer haklardan oluştuğu vurgusuyla; bütün üye devletlerin, AİHS'ye taraf olduğu göz önünde tutularak 1977 tarihli Bildiri kabul edilmiştir. Bu Bildiri şunları söylemektedir:

⁷ Case 11/70.

⁸ Case 106/77. Ayrıca, Topluluk hukukunun uluslararası niteliği için bkz.: Başlar, loc.cit.; Halk Günuğur, **Avrupa Topluluğu Hukuku**, Tarhan Basımevi, Ankara, 1993, s. 13-44.

⁹ Bildiri, Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi'nin C serisinin 103. sayısında, 27 Nisan 1977 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 103, 27.4.1977).

Prof. Dr. Hakan TAŞDEMİR/Öğr. Gör. Fatma AKKAN GÜNGÖR

i. Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon, özellikle üye devletlerin anayasalarından ve AİHS'den kaynaklanan insan haklarının korunmasına atfettikleri birincil önemi vurgular.

ii. Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon, yetkilerini kullanırken ve Avrupa Topluluklarının amaçlarını gerçekleştirirken, bu haklara saygı gösterir ve gelecekte de göstermeye devam eder.

Temel haklar konusunun antlaşma metnine girmesi ise, 1992 yılında imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması ile olmuştur. Antlaşma'nın F(2) maddesinde [Amsterdam Antlaşması ile 6(2) maddesi olmuştur], Avrupa Birliği'nin, AİHS ile teminat altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal teamüllerinden kaynaklanan temel haklara, hukukun genel ilkeleri olarak saygı göstereceği hükme bağlanmış, ancak Antlaşma'da bir haklar manzumesine yer verilmemiştir.

3-4 Haziran 1999 tarihlerinde gerçekleştirilen Köln Zirvesi'nin sonuç bildiğinde, Avrupa Birliği'nin geldiği aşamada, Birlik düzeyinde uygulanan temel hakların, bir şartta toplanmak suretiyle açıklığa kavuşturulmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Köln Zirvesi'nin bu direktifi doğrultusunda sürdürülen çalışmalar, Nice'de 7 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın imzalanmasıyla sonuçlanmıştır.¹⁰ Bu Şart, Topluluğun ve Birliğin görev ve yetkileri ile süsidiarite ilkesini gözeterek, özellikle üye devletlerin ortak anayasal değerlerinden ve uluslararası yükümlülüklerinden, Avrupa Birliği Antlaşması'ndan ve Topluluk antlaşmalarından, AİHS'den, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Sosyal Şartlardan ve Divan ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat hukukundan kaynaklanan hakları teyit etmektedir.¹¹

Temel Haklar Şartı, Konsey, Komisyon ve Parlamento tarafından ortak bir bildiri olarak kabul edilmiştir. Şart, Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın II. Bölümü olarak Anayasa metni içine alınmıştır. Karakaş, Şart'ın üye devletler hukuku ile Birlik hukuku, Birlik hukuku ile AİHS hukuku arasındaki ilişkiler açısından uluslararası bir yapıyı ve uluslararası hukukun sahip olduğu özellikleri sunmadığını belirtmektedir. Şart, üye devletlerin te-

¹⁰ Şart, Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi'nin C serisinin 364. sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000).

¹¹ Şart'ın hazırlanma süreci ile ilgili olarak bkz.: Hakan Taşdemir ve Hasan Demir, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:2, No:3, 2002, s. 91-94; Richard Bellamy and Justus Schönlaue, "The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights", **Constellations**, Vol:11, No:3, 2004.

mel hak ve özgürlüklerini koruyucu anayasal düzenlemeleri ile çatışmanın engellenmesi doğrultusunda hükümler içermektedir. Böylece, anayasal düzenlerin özerkliği korunmakta ve bunun neticesinde, bu alanda uluslararası hukukun etkinliğinin derecesi tartışılır hale gelmektedir. Öyle ki, Fransa Anayasa Konseyi, yetki sorununu çözen 111¹² ve yorum konusunda düzenleme getiren 112. Madde'nin¹³ ışığında, ne maddelerinin içerikleri itibarıyla ne de ulusal egemenliğin kullanılmasındaki esas şartlara etkileri açısından Temel Haklar Şartı'nın Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'da yer almasının Fransız Anayasası'nda bir değişiklik gerektirmediğini belirten bir karar vermiştir.¹⁴

Yapılan düzenlemelerden anlaşılmaktadır ki, Avrupa Birliği hukuku içinde temel hak ve özgürlüklerin korunması üç temel üzerinde sağlanacaktır. Bunlar, Temel Haklar Şartı, AİHS ve üye devletlerin anayasal gelenekleridir. Yine de, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında Divan'ın içtihatlarının belirleyici bir rol oynayacağı açıktır. Hukuken bağlayıcı ve Birlik hukukunun uluslararası yapısının sonucu olarak üstünlük niteliği ile donatılmış olan Şart'ı yorumlayan Divan, AİHM yorumlarından daha farklı bir yorum yapabilir. Böylece, AİHS ile benzer maddelerin aynı yönde yorumlanacağına dair bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte farklı yorum olasılığı söz konusu olabilecektir.¹⁵

Bilindiği üzere, Avrupa Birliği Anayasası, Fransa'da ve Hollanda'da yapılan referandumlarda kabul edilmemiştir. Bu sonuçların Anayasa'nın onay süreci üzerinde olumsuz etkileri olmuştur. Bu bağlamda, Anayasa'yı onaylayan 18 üye devlete rağmen, Devlet ve Hükümet Başkanları 21 ve 22 Haziran 2007 tarihli Brüksel Zirvesi'nde onay sürecini durdurmayı ve yeni bir metin hazırlayarak, süreci yeniden başlatmayı kararlaştırmışlardır. 23 Temmuz 2007 tarihinden itibaren yeni bir hükümetlerarası konferans toplanması kararlaştırılmış ve öngörüldüğü gibi bu konferans belirlenen tarihte toplanmıştır. Mevcut dönem başkanlığı bu vesileyle yeni bir antlaşma taslağı hazırlamıştır. Bu taslak üzerinde Hükümetlerarası Konferans'ın çalışmaları 3 Ekim 2007'de tamamlanmış ve Devlet ve Hükümet Başkanları düzeyindeki mutabakat 19 Ekim 2007'de Lizbon'da toplanan gayri resmi Zirve'de sağlanmıştır.

Bu bağlamda, 19 Ekim 2007 tarihinde kabul edilen bu mutabakat, 13 Aralık 2007 tarihinde Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği

¹² AB AY m. II-111 (THŞ, m. 51).

¹³ AB AY m. II-112 (THŞ, m. 52).

¹⁴ Işıl Karakaş, "Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematigi: Teori ve Pratik Sorunlar", 2005, www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/ısil.pdf.

¹⁵ Ibid.

Antlaşması'nı Değiştiren Lizbon Antlaşması adıyla imzalanmıştır. Şart'la ilgili olarak ise Anayasa'nın II. Bölümü'nü oluşturan Temel Haklar Şartı bu Antlaşma'da tam metin olarak yer almamıştır. Bu Antlaşma'da sadece Temel Haklar Şartı'na bir göndermede bulunulmuştur.¹⁶ Bu durumun, Şart'ın hukuken bağlayıcılık kazanması yönünde olumsuz bir değişikliğe yer vermediği belirtilmektedir.¹⁷

Birlik hukukunda temel hak ve özgürlüklerin korunması aynı zamanda Divan içtihatları ile de gerçekleştirilmiştir. Divan *Stauder*¹⁸ (1969) kararında, Topluluk hukuku genel prensiplerinin temel hakları içerdiğini belirtmiştir ki daha önce kurucu antlaşmalardaki boşluklar nedeniyle insan hakları konusunu kendi yetki alanı içerisinde değerlendirmemiştir. Bu süreçte, *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁹ (1970) kararında ise Divan, ulusal anayasalardaki temel haklar koruma sistemlerine atıf yapmıştır. Yine *Nold*²⁰ (1974) kararında, üye devletler tarafından ortak kabul gören anayasal gelenekler dışında, üye devletlerin taraf oldukları insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmaların da, Topluluk hukuku bakımından rehber ilkeler oluşturduğu belirtilmiştir. *Rutili*²¹ (1975) kararında ise AİHS temel hakların bir kaynağı olarak kabul edilmiştir. *Defrenne*²² (1978) kararında ise Divan, görüşünü Avrupa Sosyal Şartı ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 no'lu Sözleşmesi'ne dayandırmıştır. Böylece bu süreçte, Birliğin, temel hakların korunmasında, üye devletlerin anayasal gelenekleri, AİHS ve insan hakları ile ilgili uluslararası antlaşmaları dikkate aldığı anlaşılmaktadır.²³

¹⁶ İlgili Antlaşma için bkz.: OJ C 306.

¹⁷ Temel Haklar Şartı, Topluluğun temel hakları korumasında yorumlama kaynağı olmuştur. İlk Derece Mahkemesi'nin "Judgment of the Court of First Instance, max.mobil Telekomunikation Service v Commission, Case T-54/99 (30 January 2002)" kararı bu duruma örnek olarak verilmektedir. Bu davada İlk Derece Mahkemesi, şikayetlerin dikkatli ve tarafsız bir şekilde ele alınmasının sağlam bir yönetimle alakalı olduğunu ve sağlam yönetimin de hukuk düzeniyle yönetilen üye devletlerin anayasal geleneklerinde ortak olarak var olduğunu ifade etmiştir. Dahası, İlk Derece Mahkemesi, 7 Aralık 2000 tarihinde Nice'de deklare edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 41(1) maddesinin, her insanın işlerinin Avrupa Birliği kurumları ve organları tarafından tarafsız, adil ve makul bir zaman dilimi içerisinde halledilmesi hakkına sahip olduğunu onayladığını belirtmektedir.

¹⁸ Case 29/69.

¹⁹ Case 11/70.

²⁰ Case 4/73.

²¹ Case 36/75.

²² Case 149/77.

²³ Jaanika Erne, "Discourse upon the Constituent Human Rights Developments in the European Union", *Juridica International*, No:1, 2007, p. 82.

Yukarıda bahsedilen geçmiş uygulama hem Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın anlaşılması için hem de Şart'ın Avrupa Birliği hukuk sisteminde temel hakların korunması konusundaki yerini anlamlandırma açısından önemlidir. Bu noktada şu husus ön plana çıkmaktadır: Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Birliği Anayasası'na entegre edilmesinin, Divan'ın davalar aracılığıyla oluşturduğu içtihat hukukunu etkilemeyeceği ve bu bağlamda Divan'ın üye devletlerin anayasal geleneklerini dikkate alarak kararlar vermesinin ve içtihatla bulunmasının hukuken mümkün ve geçerli olduğu kabul edilmiştir.²⁴

A) Avrupa Birliği Hukukunun Üstünlüğüne Bir Tehdit Olarak 53. Madde

İnsan haklarına ilişkin talepler yaşamsal çıkarları korumak için öne sürülüklerinden “ahlaki talepler”dir. Gerçekten Habermas, temel insan haklarının değerini destekleyecek başka bir boyut olmadığına dikkat çeker. İnsan haklarına niçin ihtiyaç duyulduğu ve hangi dereceye kadar insan hakları tarafından korunmanın beklenildiği açık değildir. Bu haklar siyasal ve hukuki karar alma mekanizmaları tarafından kanunlaştırılmışlardır. Ancak, bu konuda daha geniş bir temele ihtiyaç duyulduğu açıktır. Maddi hukuk yaklaşımları, hukuki düzenleri değiştirme, tasfiye etme ve yeni kanunlar yapma üzerine odaklanmışlardır.²⁵

Bu bağlamda hazırlanan Şart'ın, yasal içeriği hakkında ortaya çıkan sorunlardan biri, farklı insan hakları düzenlemelerine tolerans gösteren 53. Madde'nin, ulusal anayasalar çerçevesinde, Topluluk hukukunun üstünlüğüne teorik bir tehdit olarak görünmesidir. Geleneksel bağlamda, üstünlük ilkesi Topluluğun “yeni yasal düzeni”nin köşe taşlarından biridir. Bu öngörü, akademisyenler tarafından henüz derin bir şekilde tartışılmamıştır, ancak Şart'a dair ilk yorumlarda bir soru işareti olarak ortaya çıkmıştır.²⁶

²⁴ Directorate General Internal Policies of the European Union, “Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relations Between the European Convention of Human Rights, The European Charter and the EU Member States Constitutions”, **Briefing Paper**, September 2007, PE 393.251, p. 4.

²⁵ Erik Oddvar Eriksen, “Why a Charter of Fundamental Human Rights in the EU?”, **Ratio Juris**, Vol: 16, No:3, September, 2003, p. 367.

²⁶ Jonas Bering Liisberg, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, **Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01**, 2001, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010401.html>.

Liisberg, sadece metne dayalı bir analiz dahi yapılırsa, 53. Madde'nin kesinlikle, ne Divan'a, ulusal anayasa normlarını, Topluluk hukukunun üstünde görme yetkisi verdiğini ne de ulusal yargı kurumlarına, kendi anayasaları ile çatışan durumlarda Topluluk hukukunu göz ardı etme imkanı sağladığını vurgulamaktadır. Madde özellikle "bu Şart'ta yer alan hiçbir şey", ulusal anayasalardaki hakların sınırlandırılması için kullanılmaz, demektir. Başka bir ifadeyle Şart, diğer Topluluk enstrümanlarının böyle bir etkisi olabileceği ihtimalini göz ardı etmemektedir.²⁷

Somut bir örnek vermek gerekirse, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü kapsamında bir devletten, dünyaca tanınmış bir terörist ile ilgili tüm banka ve hesap bilgilerini istediği varsayılın. Söz konusu devlet Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 5. Maddesi'nin 2. Fıkrası'nı²⁸ öne sürerek, ulusal anayasasının, bankacılık gibi konularda gizliliği öngördüğünü ve 17. Madde'nin²⁹ de bunu desteklediğini iddia ederek, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. Madde çerçevesindeki üstünlüğünü reddedemez. Uluslararası hukuk kapsamında söz konusu devlet ya anayasasını değiştirmek ya da ihlal etmek durumundadır.³⁰

B) Farklı İnsan Hakları Düzenlemelerinin Çakıştığı Durumlarda Bir Çözüm Olarak 53. Madde

Avrupa Anayasası'nın 112. Maddesi'nin 3, 4 ve 7. Fıkraları Şart'ın yorumuna ilişkin ilkeleri düzenlemektedir.³¹ 3. Fıkra, Şart'ta yer alan bir düzenlemenin AİHS ile benzerlik göstermesi halinde, bu hakların içeriğinin AİHS

²⁷ Ibid; Paolo G. Carozza, "The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States", **The EU Charter of Fundamental Rights: Politics Law and Policy**, S. Pears and A. Ward (Eds.), Hart Publishing Co., Oxford, 2004, p. 46.

²⁸ Bu fıkra şöyle demektir:
"Bu Sözleşme'ye taraf olan herhangi bir Devlette yasalara, sözleşmelere, yönetmeliklere veya teamüllere göre tanınmış olan ya da var olan temel insan haklarından hiçbirisi, bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da var olandan daha sınırlı olarak tanıdığı gerekçesiyle sınırlanamaz ve kaldırılmaz".

²⁹ Bu madde şöyle demektir:
"-Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlere bulunulamaz.
-Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır".

³⁰ Liisberg, loc.cit.

³¹ AB AY m. II-112 / 7 (THŞ m. 52/3); Temel Haklar Şart'ının 52. Maddesi, orijinal metinde, 3 fıkradan oluşmaktadır. Anayasa'nın son halinde ise II-112. madde olarak numaralandırılmış olan 52. Madde'nin fıkra sayısı 7'ye çıkartılmıştır.

ile aynı yönde olacağını, ancak Birlik hukukunun daha yüksek bir standart sağlayabileceğini ifade etmektedir. Burada AİHS, minimum standart olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, Temel Haklar Şartı'nı ve AİHS'yi uygulayan yargıçların birçok güçlükle karşı karşıya kalacakları öngörülmektedir. Ancak bu güçlükler, Birlik hukukunun üstünlüğü ilkesi ile birlikte daha koruyucu nitelikte olan standardın uygulanması ile aşılabilmektedir. Zira, 53. Madde, mevcut hukuki belgelerin etki alanlarına dokunulmayacağına altını çizmektedir. *Dutheil de la Rochere* de, bu durumun, *Internationale Handelsgesellschaft*³² (1970) kararında yer alan, hiçbir iç hukuk metninin Topluluk hukukuna aykırı olamayacağı ilkesi ile, çelişkili olduğuna dikkat çekmektedir.

53. Madde'nin Şart'a eklenmesinin en önemli nedenlerinden birisi, Şart'ın AB hukuk sistemine adapte edilmesinin, Birliğin özellikle Divan aracılığıyla temel haklar konusunda oluşturduğu içtihat hukukunun zarar görmesini engelleme düşüncesidir. Bu bağlamda, Adalet Divanı'nın Birlik hukukunun genel ilkelerini ve üye devletlerin anayasal geleneklerini dikkate alarak kararlar vermesinin ve içtihatla bulunmasının meşruiyeti devam etmektedir. Daha önce ifade edilen gerekçeler ışığında Divan'ın bu hakkı, Topluluk hukukunun üstünlüğünün temel haklar konusunda bir gerilemeye neden olabileceği durumlarda, ulusal anayasalar ve diğer uluslararası insan hakları metinleri lehinde kullanmaya devam edeceği söylenebilir. Böylece 53. Madde, Topluluk hukukunun insan hakları konusunda gelişmesinin ne derece iyi standartlar getireceği konusunda şüphe duyan ulusal mahkemeler üzerinde de yatıştırıcı bir etkiye sahip olmaktadır.

Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi, var olan daha yüksek standartları dışlamayan minimum bir standart oluşturmaktadır. Mesela, Topluluk hukukunda, belli haklar Şart içinde özellikle korunmamışsa bile, bu durum, Şart'ın var olan AB haklarını azalttığı şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle, malların ve sermayenin ekonomik serbest dolaşım hakkı, Adalet Divanı'nın "temel özgürlükler" olarak tanımladığı haklar olarak düşünülebilir. Bunlar, meslek serbestisi ve çalışma hakkı ile teşebbüs serbestisi şeklinde özetlenebilir (Şart'ın 15 ve 16. Maddesi). Ancak, bunlar Topluluk hukukunda açık ve iyi tanımlanmış durumda değildir. Ayrıca, 53. Madde, Şart'ın, AİHS altında beyan edilen koruma düzeyini etkilemeyeceğini kesin olarak garanti etmektedir ki, esas sorun, 53. Madde'nin diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ve ulusal anayasalar karşısındaki konumudur.³³

³² Karakaş, loc.cit.

³³ Leonard F. M. Besselink, "The Member States, the National Constituons and Scope of the

Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği hukukunda korunmuş olan temel haklara ilişkin kapsamlı bir izahat vermektedir. Şart'ın mevcut anayasal haklara kıyasla yetersiz kaldığı durumlarda, 53. Madde üye devlet anayasaları ve “tüm üye devletlerin taraf olduğu” insan hakları düzenlemeleriyle sağlanan *daha iyi hakların* korunmasını sağlamaktadır. Almanya gibi uluslararası hukukta düalist doktrini benimseyen devletlerde, özellikle anayasal haklar önemlidir. Eğer 53. Madde sadece birçok üye devlet anayasasında tanınan haklara saygı göstermek anlamında algılanırsa, Almanlar Şart'tan yüksek mahkemelerinin talep ettiği şekilde yararlanamamış olabilirler. Bununla birlikte, eğer 53. Madde anayasada yer alan tüm temel hakların üstünlüğünü korursa, Alman Anayasası'nın Avrupa Birliği hukukundan beklediği eş değer garantisi sağlanmış olur. Bu durum, İtalyan ve Alman yargı kurumlarının ısrarla talep ettiği, Topluluk hukukunun üstünlüğüne dair istisnanın resmi olarak tanınması anlamına gelecektir.³⁴

Uluslararası hukukta monist doktrini benimseyen Hollanda gibi devletlerde ise, ulusal mahkemeler tüm üye devletlerin taraf olmadığı uluslararası insan hakları antlaşmaları açısından sorun yaşayabilirler. Bu durumda, söz konusu devletler bu antlaşmalarla verilen *haklar* ile Topluluk hukukuna uyum konusundaki *görevler* arasında bir denge kurmak zorunda kalacaktır.³⁵

Son olarak 53. Madde, farklı hukuki temelleri olan insan hakları normlarının çatıştığı durumlarda çözüme yardımcı olabilecek bir araç olarak algılanabilir. Örnekle somutlaştırmak gerekirse, eğer bir üye devlet, kendi yasalarında azınlıklara karşı kin ve nefret uyandırıcı beyanlarda bulunmayı yasaklamışsa, Divan, Şart'ın 11. Maddesinde belirtilen ifade özgürlüğü hakkını öne sürerek söz konusu yasayı geçersiz saymamalıdır.³⁶

Bu noktada, ulusal anayasalardan kaynaklanan haklar konusunda, Temel Haklar Şartı ile ilgili sorunları, Divan'dan ziyade üye devlet mahkemeleri çözmelidir. Diğer bir ifadeyle hukuki sübsidiarite uygulanmalıdır. Bu bağlamda, *Grogan* (1991) kararında Divan'ın izlediği yöntem benzer olarak, *Open Door* (1992) davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ve (doğmamış) yaşam hakkı arasında bir karar vermek yerine bu denge-

Charter”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol: 8, No: 1, 2001, p. 73.

³⁴ Ibid., p. 78-79.

³⁵ Ibid., p. 79.

³⁶ Liisberg, loc.cit.

yi ilgili devlet mahkemelerine bırakması, 53. Madde'nin amaçladığı duruma örnek olurdu.³⁷

C) 53. Madde Revize Edilmeli mi?

Temel Haklar Şartı'nın Anayasa'ya dahil edilmesi ve AİHS'ye katılım hususu, Topluluk hukukunun üstünlüğü ile ilgili bazı sorular gündeme getirmiştir. Oysaki, bu değişikliklerin amacının, kesinlikle temel hakların korunması konusunda Birliğe daha net ve önemli bir konum sağlamak olduğu da belirtilmektedir. Bununla birlikte, literatürde, ulusal hukukun Birlik hukukunun üstünde tutulması gibi bir sonucun doğabileceğini öne sürenler olduğu gibi, bu değişikliklerin, üstünlük prensibini güçlendirdiği en azından koruduğunu iddia edenler de mevcuttur.³⁸ Bu görüşlere ek olarak bazı akademisyenler de, 53. Madde'nin, Avrupa temel haklar sistemine yaptığı katkıya dikkat çekmektedirler.³⁹

Diğer taraftan 53. Madde'nin yorumu konusunda bir takım sorunlar ortaya çıkmıştır. Bazı uzmanlar, maddeyi sadece lafzi yorumlayarak, bu madde nedeniyle Şart'ın insan haklarının korunması konusunu ulusal anayasalara devrettiğini iddia etmişler ve bu durumun, Topluluk hukukunun üstünlüğüne istisna oluşturduğunu öne sürmüşlerdir. 53. Madde'nin, Birliği, temel hakların korunması konusunda ulusal anayasaları esas almak zorunda bıraktığı yorumu yanlıştır.⁴⁰ Tersine böylesi koruyucu ifadelerin insan hakları düzenlemelerinde kullanılması yaygın bir yöntemdir ve AİHS'nin 53. Maddesi veya Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 5(2). Maddesi gibi birçok düzenlemede de yer bulmuştur.

Bu noktadan hareketle, Avrupa Parlamentosu Birlik İç Politikalar Direktörlüğü, ulusal anayasalar ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı arasındaki ilişkinin şu şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir: *Her ne kadar Toplu-*

³⁷ Ibid.; Grogan, Case C-159/90 ; Open Door, A-246; Grogan ve Open Door davaları ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Rick Lawson, "The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty?", *European Journal of Health Law*, Vol: 1, No: 2, 1994, p. 167-186.

³⁸ Christine Bengtsson, "Fundamental Rights in the European Community and Their Effect on the Principle of Supremacy-With Special Reflection on the New Constitution for Europe", Master's Thesis within EC Law, Jönköping International Business School, Jönköping University, 2006, p. 46.

³⁹ Stefano Giubboni, "Fundamental Social Rights in the European Union: Problems of Protection and Enforcement", *Italian Labour Law eJournal*, 2003, pp. 13-14, <http://www.labourjournal.it>, (14.12.2008).

⁴⁰ Directorate General Internal Policies of the European Union, op.cit., p. 5.

*luk hukuku her bir ulusal anayasanın düzenlemelerini dikkate almak zorunda değilse de, üye devletlerin anayasal gelenekleri Divan için bir ilham kaynağı oluşturabilir. Diğer taraftan temel haklara dair Şart'ın getirdiği standartların, ulusal anayasasındaki standartlardan daha düşük olduğu durumlarda üye devletler, 53. Madde tarafından kendilerine sunulan koruma düzeyini göz ardı etmemelidirler. Bu çözüm hem hukuki olarak sağlamdır hem de siyasi açıdan fırsatlar sunmaktadır. Sağladığı esneklikle 53. Madde, ulusal anayasanın temel hakları garanti altına alan maddeleri ile Topluluk hukukunun çatışmasını önleyecek ve üye devlete söz konusu durumda meşruiyet sağlayacaktır.*⁴¹

SONUÇ

Uluslararası insan hakları hukukunun, Avrupa Birliği bağlamında kullanılması iki önemli sonuç doğurmaktadır. Bunlardan birincisi, şu an Avrupa Birliği'nin iç hukuk sistemiyle korunmayan insan haklarının korunması, ikincisi ise, Avrupa Birliği'nin, insan haklarını koruma konusundaki mevcut kavram ve metotlarının, uluslararası hukuk prensipleriyle çatışma yaşama olasılığıdır.⁴²

Avrupa Birliği ve üye devletlerin insan hakları beyannameleri arasındaki ilişkide bazı unsurlar ön plana çıkmaktadır. Bunlardan en önemlisi şudur: Üye devletlerin insan hakları düzenlemeleri, vatandaşlarına Avrupa Birliği insan hakları düzenlemelerinden daha fazla koruma sağlayabilir; bu, bir hakkın benzer bir Avrupa Birliği hakkından daha geniş formüle edilmesi nedeniyle olabilir (veya üye devletlerin anayasası, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı altında öngörülmeleyen bir hakkı temel hak olarak tanımlayabilir). Bu bağlamda, 53. Madde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı öne sürülerek mevcut daha gelişmiş hakların kısıtlanmasını engellemektedir. 53. Madde'nin lafzi yorumunda, ortaya çıkan durum budur. Bir diğer ifadeyle, 53. Madde Şart'ın, ulusal anayasalar, Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası antlaşmalar hukukunda var olan daha ileri düzeydeki hakları, olumsuz olarak etkilemeyeceğini öne sürmektedir.⁴³

Diğer taraftan, 53. Madde üye devletler için yararlı bir boşluk oluşturmaktadır. Bu durum üye devletlere Şart'ın kendi ulusal anayasalarını ve insan

⁴¹ Ibid., pp. 5-6.

⁴² Tawhida Ahmed and Israel de Jesus Butler, "The European Union and Human Rights: An International Law Perspective", *The European Journal of International Law*, Vol: 17, No: 4, 2006, p. 772.

⁴³ Besselink, op. cit., pp. 72-73.

hakları ile ilgili daha iyi düzenlemeler içeren ulusal hukuk mevzuatlarını tehdit etmeyeceği yönünde bir garanti vermektedir. 53. Madde'nin yazımındaki bozukluklar çok ciddi hukuki sonuçlar doğurmuyor gibi görünebilir. Fakat bu durum zaten karmaşık olan Topluluk hukukuna olumsuz yansiyabilir. Bu bağlamda, Topluluk hukukunun üstünlüğüne ilişkin kurumsal kaygılar açıkça tartışılmamaktadır. Bu tavrın, insan haklarının önceliğine atfedilen önem ve diğer uluslararası metinlerde yer alan benzer maddelerin varlığıyla açıklanması mümkündür. Bunlara ek olarak, Divan'ın oluşturduğu içtihat hukukuyla söz konusu eğilimi zaten kabul ettiği söylenebilir.

Topluluk hukukuna ve uluslararası hukukun üstünlüğüne saygı gösterilip gösterilmemesi sadece bu ikisiyle ilgili hukuki düzenlemelere bağlı bir durum değildir. Bu durum, aynı zamanda, ulusal yargı kurumlarının, üstünlük ve insan hakları kavramlarına yaklaşımlarıyla da ilintilidir.

KAYNAKÇA

AHMED, T. and DE JESUS BUTLER, I., “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, **The European Journal of International Law**, Vol: 17, No: 4, 2006, pp. 771-801.

Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma: <http://www.abgm.adalet.gov.tr/e-kutuph.htm> (15.12.2008).

Avrupa Parlamentosu Resmi İnternet Sitesi: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm (25.12. 2008).

BAŞLAR, K., “Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, 2005, <http://turkishweekly.net/turkce/makale.php?id=51>, (06.11.2008).

BELLAMY, R., and SCHÖNLAU, J., “The Normality of Constitutional Politics: An Analysis of the Drafting of the EU Charter of Fundamental Rights”, **Constellations**, Vol:11, No:3, 2004, pp. 412-433.

BENGTSSON, C., “Fundamental Rights in the European Community and Their Effect on the Principle of Supremacy-With Special Reflection on the New Constitution for Europe”, Master’s Thesis within EC Law, Jönköping International Business School, Jönköping University, 2006.

BESSELINK, L. F. M., “The Member States, the National Constitutions and Scope of the Charter”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol: 8, No: 1, 2001, pp.68-80.

CAROZZA, P. G., “The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States”, **The EU Charter of Fundamental Rights: Politics Law and Policy**, S. Pears and A. Ward (Eds.), Hart Publishing Co., Oxford, 2004, pp. 35-58.

Directorate General Internal Policies of the European Union, “Promoting and Protecting Fundamental Rights in the European Union: The Relations Between the European Convention of Human Rights, The European Charter and the EU Member States Constitutions”, **Briefing Paper**, September 2007, PE 393.251.

ERIKSEN, E. O., “Why a Charter of Fundamental Human Rights in the EU?”, **Ratio Juris**, Vol: 16, No: 3, September, 2003, pp. 352-373.

AB Temel Haklar Şartı'nın 53. Maddesi'nin Topluluk Hukukunun Üstünlüğüne Etkisi

ERNE, J., “Discourse upon the Constituent Human Rights Developments in the European Union”, **Juridica International**, No:1, 2007, pp. 80-90.

European Court and Commission of Human Rights, A-246, Open Door Counseling v. Ireland, [1992].

European Court of Justice, (Case 1/58), Stork v High Authority, [1959].

(Case 4/73), Nold v Commission, [1974].

(Case 6/64), Costa v. ENEL, [1964].

(Case 11/70), Internationale Handelsgesellschaft, [1970].

(Case 26/62), Van Gend en Loos, [1963].

(Case 29/69), Stauder, [1969].

(Case 36/75), Rutili, [1975].

(Case 106/77), Simmenthal, [1978].

(Case 149/77), Defrenne, [1978].

(Case C-159/90), SPUC v. Grogan, [1991].

(Case T-54/99), Max.mobil Telekomunikation Service v Commission, [2002].

GIUBBONI, S., “Fundamental Social Rights in the European Union: Problems of Protection and Enforcement”, **Italian Labour Law eJournal**, 2003, pp. 1-23, <http://www.labourjournal.it>, (14.12.2008).

GÜNUĞUR, H., **Avrupa Topluluğu Hukuku**, Tarhan Basımevi, Ankara, 1993.

KARAKAŞ, I., “Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematığı: Teori ve Pratik Sorunlar”, 2005, www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/ısil.pdf, (06.11.2008).

LAWSON, R., “The Irish Abortion Cases: European Limits to National Sovereignty?”, **European Journal of Health Law**, Vol: 1, No:2, 1994, pp. 167-186.

Prof. Dr. Hakan TAŞDEMİR/Öğr. Gör. Fatma AKKAN GÜNGÖR

LIISBERG, J. B., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?”, **Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01**, 2001,

<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010401.html>, (24.10.2008).

Official Journal of the European Union, C 103, 27. 04. 1977.

Official Journal of the European Union, C 364, Vol: 43, 18.12.2000.

Official Journal of the European Union, C 306, Vol: 50, 17. 12. 2007.

TAŞDEMİR, H. ve DEMİR, H., “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt:2, No:3, 2002, 85-100.

27 ARALIK 2008–18 OCAK 2009 GAZZE SALDIRISI VE ULUSLARARASI CEZA HUKUKU

Yrd.Doç.Dr. Ahmet Hamdi TOPAL*

ÖZET

27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 tarihleri arasında İsrail tarafından gerçekleştirilen Gazze Saldırısı'nda meydana gelen ölümler ve yaşanan yıkımın büyüklüğü, sorumluların yargılanması ve uluslararası adaletin tecelli etmesi yönünde haklı bir beklenti oluşturmuştur. Bu makalede, vuku bulduğu iddia edilen uluslararası hukuk ihlallerinden ötürü sorumluluğu doğduğu ileri sürülen sivil ve askeri şahısların bireysel cezai sorumluluklarına gidilip gidilemeyeceği tartışılmaktadır. Çalışmada ilk olarak Gazze Şeridi'nde yaşananlar kısaca özetlenmekte ve gerçekleştirildiği belirtilen ihlalleri araştırmak üzere Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Konseyi tarafından kurulan soruşturma komisyonunca hazırlanan ve 'Goldstone Raporu' olarak da bilinen rapor ele alınmaktadır. Ardından ilgili şahısların bireysel cezai sorumluluğuna gidilmesi bağlamında uluslararası hukuk çerçevesinde var olan seçenekler üzerinde durulmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Gazze Saldırısı, İsrail, Goldstone Raporu, Bireysel Cezai Sorumluluk, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Ceza Mahkemesi

(THE MILITARY CAMPAIGN IN GAZA BETWEEN 27 DECEMBER 2008 – 18 JANUARY 2009 AND INTERNATIONAL CRİMİNAL LAW)

ABSTRACT

The scale of casualties and material destruction caused by the Israeli military campaign in Gaza between 27 December and 18 January 2009 created a widespread global expectation as to hold those people responsible for alleged violation of international law accountable before the law. In this paper, I discuss the possibility of holding civil and military individuals legally responsible for their acts that are alleged to violate international law. I first make a brief summary of the recent war in Gaza and then

* KTÜ İİBF Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

examine the report of the fact-finding mission created by the United Nations Human Rights Council (also known as the ‘Goldstone Report’). Lastly, I review the available options for holding pertinent individuals accountable according to international law.

KEY WORDS

Military campaign on Gaza Strip, Israel, Goldstone Report, Individual Criminal Responsibility, United Nations, International Criminal Court

I. GAZZE ŞERİDİ'NDE YAŞANANLAR VE GOLDSTONE RAPORU

Filistin'in batısında bulunan ve adını en büyük şehri Gazze'den alan Gazze Şeridi; Güneybatı'da Mısır, batıda Akdeniz, kuzeyde ve doğuda İsrail topraklarıyla çevrili bir toprak parçasıdır.¹ 1967 Altı Gün Savaşı'nda İsrail tarafından işgal edilen Gazze Şeridi'nde 38 yıl boyunca devam eden işgal, İsrail'in 2005'te çekilmesiyle birlikte sona ermiş ve bölgede iskân edilen Yahudi yerleşimciler de bölgeden tahliye edilmiştir.²

İsrail'in çekilmesinin ardından 2006'da yapılan seçimi 132 sandalyeli Filistin Meclisinde 76 sandalye elde ederek kazanan Hamas, Batı Şeria ve Gazze Şeridi'nde kontrol icra eden Filistin Ulusal Yönetimi (*Palestinian National Authority*) bünyesinde hükümeti kurmuştur.³ Seçimlerle birlikte işbaşına

¹ Uzunluğu 41 km, genişliği 6–12 km arasında değişen ve toplam 360 km²lik bir alana sahip olan Gazze Şeridi'nde, büyük bir kısmı işgal edilen Filistin topraklarından ayrılarak mülteci konumuna düşen Filistinlilerin oluşturduğu 1.5 milyon kişinin yaşadığı tahmin edilmektedir. Bkz. Report of the National Lawyers, **Onslaught: Israel's Attack on Gaza and The Rule of Law**, http://www.nlginternational.org/report/NLG_Final_Report.pdf (21 Aralık 2009).

² Bilindiği üzere Filistin-İsrail sorununa barışçı bir çözüm bulabilmek için 30 Ekim 1991'de Madrid Barış Konferansı ile birlikte başlayan Ortadoğu Barış Süreci, Oslo Anlaşmaları ile sonuçlanmıştır. Bu kapsamda, 9–10 Eylül 1993'de mektup teatisi şeklinde gerçekleşen Karşılıklı Tanıma Anlaşması ve Gazze Şeridi ile Eriha için özerklik öngören ve çekilme konularına ilişkin çerçeve anlaşma niteliğindeki 13 Eylül 1993 tarihli İlkeler Anlaşması imzalanmıştır. Karşılıklı Tanıma Anlaşması ile birlikte Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) İsrail Devletinin varlığını tanımış, buna mukabil İsrail de FKÖ'yü Filistin halkının meşru temsilcisi olarak kabul ederek Ortadoğu Barış Konferansı çerçevesinde FKÖ ile müzakereleri yürüteceğini beyan etmiştir. Gazze ve Eriha'da Filistin halkına sınırlı özerklik tanıyan İlkeler Anlaşması ise, çatışmalara son verilmesini ve karşılıklı meşru siyasi hakların tanınmasını öngörmektedir. Böylece barış sürecinin nasıl yürütüleceği ve işgal altındaki Batı Şeria ve Gazze Şeridi'nde Filistinlilerin kendi yönetimlerini oluşturmaları için öngörülen takvim ana hatlarıyla ortaya koyulmuştur. Ortadoğu Barış Süreci çerçevesinde ilk safha, İsrail Eriha'dan çekilmesi ve bölgede özerk bir yönetim oluşturulmasıyla neticelenmiştir. Ancak Filistin'in nihai statüsünü ortaya koyacak olan yol haritasını belirlemeye yönelik müzakere süreci, İsrail Başbakanı İzak Rabin'in bir suikast sonucu öldürülmesiyle birlikte kesilmiştir. Taraflar Amerika Birleşik Devletleri (ABD) öncülüğünde farklı zamanlarda bir araya gelse de henüz bir sonuca ulaşamamıştır. Ortadoğu Barış Süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARI, Tayyar: **Geçmişten Günümüze Orta Doğu Siyaset, Savaş ve Diplomasi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2005, s. 668–698.

³ İsrail ve batılı ülkeler, seçim sonuçlarına rağmen “terörist örgüt” olarak nitelendirdikleri Hamas tarafından kurulan hükümeti tanımamışlar ve Hamas'ı bir politik aktör olarak muhatap almama yoluna gitmişlerdir. Öte yandan Hamas'ın seçim zaferinin ardından Filistin'de temel iki politik figür olan FKÖ ile Hamas arasındaki çekişme giderek artmıştır. Filistin'e bağış yapan ülkelerin yardımlarını Filistin Ulusal Yönetimi Başkanlığı vasıtasıyla yapmaya başlamaları, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların daha da artmasına neden olmuştur. Nitekim Mart 2007'de taraflar arasında çıkan çatışmalar neticesinde Hamas Gazze Şeridi'nde, FKÖ'de Batı Şeria'da kontrolü sağlamış, ikili bir yapılanma oluşmuştur.

gelen Hamas hükümetini hiçbir surette benimsemeyen İsrail, bölgeye yönelik baskılarını giderek artırmıştır. Ayrıca Gazze Şeridi'nde belirli aralıklarla düzenlediği saldırılarda birçok Filistinliyi öldürdüğü gibi pek çoğunu da tutuklayarak Hamas hükümetini sindirme yoluna gitmiştir. Nitekim son Gazze Saldırısı öncesinde Hamas'ı yönetimden uzaklaştırabilmek için Gazze Şeridi'ni havadan, denizden ve karadan abluka altına alarak ambargo uygulamaya başlamıştır. Ambargo ile birlikte bölgeye ilaç, gıda, akaryakıt ve her tür yardım girişine engel olunmuş ve Filistinlilerin hareket serbestisi sınırlandırılmıştır.⁴ Yaklaşık on sekiz ay devam eden ambargo sürecinde İsrail'e yönelik roket ve havan saldırıları da devam etmiştir.

Nihayet her iki taraf 19 Haziran 2008'de ateşkes üzerinde anlaşmaya varmış ve İsrail ambargoyu kaldırmayı kabul etmiştir. Buna karşılık Filistin tarafı da, Güney İsrail'e yönelik saldırıları sonlandırmayı ve Filistin gruplar tarafından esir tutulan İsraili asker Gilad Şalit'i serbest bırakmayı taahhüt etmiştir.⁵ Ateşkesin sağlanmasıyla birlikte saldırılar da büyük ölçüde azalmıştır. Ancak 4 Ekim 2008'de İsrail, Hamas üyelerini hedef alan bir hava saldırısında bulunarak ateşkesi ihlal etmiştir.⁶ Altı Hamas üyesinin hayatını kaybettiği bu olayın ardından İsrail'e yönelik saldırılar artmaya başlamıştır. Bunun üzerine İsrail, 27 Aralık 2008'de Gazze Şeridi'ne yönelik "Dökme Kurşun Harekâtı" (*Operation Cast Lead*) adını verdiği harekâtı başlatmış ve 18 Ocak 2009'da ilan edilen ateşkese kadar da saldırılarını sürdürmüştür.⁷ İsrail Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklamada; Güney İsrail'e yönelik roket ve havan saldırıları gerekçe gösterilerek meşru müdafaa temelinde haklılaştırılmaya çalışılan harekâtın, İsraili sivilleri korumayı ve Gazze Şeridi'ni Hamaslı militanlardan temizlemeyi amaçladığı; ayırım gözetme ve orantılılık ilkesi başta olmak üzere uluslararası hukuk kurallarına riayet edildiği ifade edilmiştir.⁸

⁴ İsrail, Gazze Şeridi'nden çekilmiş olsa da hava sahasını ve karasularını kontrol altında tutmaya devam ederek hava ve deniz yoluyla gerçekleştirilen mal sevkiyatı ile insan giriş çıkışına izin vermemiş; bölgeye yönelik sağlık ve elektrik, su, telekomünikasyon gibi altyapı hizmetlerinin sunulmasında tek belirleyici güç olmaya devam etmiştir. Bu durumda, 2005'te bölgeden askerlerini çeken ve yerleşimcileri tahliye eden İsrail'in fiilen işgalci güç olarak bölgedeki varlığını sürdürdüğünü söylemek mümkündür.

⁵ Israel Agrees to Truce with Hamas on Gaza, Newyork Times, 18 Haziran 2008, <http://www.nytimes.com/2008/06/18/world/middleeast/18mideast.html?hp> (29 Aralık 2009).

⁶ Gaza Truce Broken as Israeli Raid Kills Six Hamas Gunmen, Guardian, 5 Kasım 2008, <http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/05/israelandthepalestinians> (29 Aralık 2009).

⁷ Operation Cast Lead against Terror Infrastructure in Gaza Continues, 27 Aralık 2008, http://dover.idf.il/IDF/English/News/the_Front/08/oper/default.htm (29 Aralık 2009).

⁸ Israel Ministry of Foreign Affairs, Responding to Hamas Attacks From Gaza-Issues of Proportionality, <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/A1D75D9F-ED9E-4203-A024->

Saldırıları karşısında gecikerek de olsa harekete geçen BM Güvenlik Konseyi, 8 Ocak 2009'da aldığı 1860 sayılı kararında derhal ateşkes ilan edilerek İsrail Ordusunun Gazze Şeridi'nden çekilmesini talep etmiştir.⁹ Güvenlik Konseyinin bu talebine rağmen İsrail Ordusuna ait deniz, hava ve kara unsurları tarafından müştereken gerçekleştirilen ve üç hafta boyunca devam eden saldırılarda; sivillere ait evler, okullar, insani yardım kuruluşlarına ait binalar, karakollar ve hastaneler hedef alınmış; Filistin Meclis Binası, Dışişleri, İçişleri ve Adalet Bakanlığı Binalarının da yer aldığı pek çok hükümet binası tahrip edilmiştir. Ateşkesin ardından yapılan incelemelerde, binlerce binanın tamamen yıkıldığı veya ağır derecede hasar gördüğü, altyapı sisteminin kullanılamaz hale geldiği görülmüştür.¹⁰ Daha da önemlisi 313'ü çocuk olmak üzere toplam 1414 Filistinlinin hayatını kaybettiği, çoğu ağır durumda olmak üzere 5300 Filistinlinin de yaralandığı açıklanmıştır.¹¹

Saldırılarda meydana gelen can ve mal kaybı, bu tablonun oluşmasında sorumluluğu bulunan şahısların yargılanmasını gündeme getirmiştir.¹² Uluslararası kamuoyunda oluşan bu beklentiyi dikkate alarak harekete geçen BM İnsan Hakları Konseyi özel gündemle toplanmıştır. Merkezi Cenevre'de bu-

AF8398997029/0/Responding_to_Hamas_Attacks_from_Gaza_december_2008.pdf (29 Aralık 2009).

⁹ S.C. Res. 1860, U.N. Doc. S/RES/1860 (8 Ocak 2009).

¹⁰ Filistin İnsan Hakları Merkezi (*The Palestine Centre for Human Rights*), Gazze Saldırısı'nda 2400 evin tamamen yıkıldığını, en az 12 bin evin zarar gördüğünü; 60 polis karakolu ile 30 caminin tamamen yıkıldığını; düğün salonu, otel ve kafeterya gibi özel teşebbüse ait 21 işletmenin zarar gördüğünü; bakanlık, belediye binası ve balıkçı barınağı dâhil 28 sivil tesisin zarar gördüğünü; 121 işyeri ve imalathanenin tamamen tahrip edildiğini, en az 200 tanesinin de zarar gördüğünü; 5 beton fabrikası ile meyve suyu fabrikasının tahrip edildiğini; 5 basın yayın kuruluşu ile 2 sağlık tesisinin tahrip edildiğini; okul binaları dâhil eğitim amaçlı 29 binanın yıkıldığını ve binlerce dönüm tarım arazisinin bombalandığını açıklamıştır. Bkz. Palestine Centre for Human Rights, **Aftermath (3) "Is this not forbidden?"**, <http://www.pchrgaza.org/files/campaigns/english/aftermath/3.html> (21 Aralık 2009).

¹¹ LENDMAN, Stephen: "Operation Cast Lead: War Crimes against Children", http://www.palestine-chronicle.com/view_article_details.php?id=15195 (10 Kasım 2009). Gazze Saldırısı'nda 3'ü sivil olmak üzere toplam 13 İsrailinin hayatını kaybettiği belirtilmektedir. Bkz. MISHAAN, Rose: "Recent Events in Gaza", **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.**, Sayı 32, 2009, s. 639.

¹² Amnesty International, **Israel/Gaza: Operation "Cast Lead": 22 Days of Death and Destruction**, <http://www.amnesty.org/en/library/info/MDE15/015/2009/en> (28.12.2009); Palestinian Centre for Human Rights, **Report on the Israeli Military Offensive against the Gaza Strip (27 December 2008-18 January 2009)**, http://www.pchrgaza.org/files/Reports/English/pdf_spec/War%20Crimes%20Against%20Children%20Book.pdf (29 Aralık 2009); Report of the National Lawyers Guild Delegation to Gaza February 2009, **Onslaught: Israel's Attack on Gaza and the Rule of Law**, http://www.nlginternational.org/report/NLG_Final_Report.pdf (29 Aralık 2009).

lunan 47 üyeli Konsey, 33 ülkenin desteğiyle Gazze Şeridi başta olmak üzere işgal altındaki Filistin toprakları ile İsrail’de gerçekleştirildiği iddia edilen uluslararası hukuk ihlallerini araştırmak üzere bağımsız bir soruşturma komisyonu kurulmasına karar vermiştir.¹³ Konseyin aldığı bu karar üzerine BM İnsan Hakları Konseyi Başkanı Martin Ihoeghian Uhomoibhi, 3 Nisan 2009’da yaptığı basın toplantısı ile birlikte aynı zamanda komisyon başkanlığını üstlenen Güney Afrikalı Richard Goldstone ile tanınmış bir uluslararası hukukçu olan İngiliz Prof. Dr. Christine Chinkin, Pakistanlı Avukat Hina Jilani ve asker kökenli İrlandalı Desmond Travers’den oluşan bir soruşturma komisyonu kurulduğunu açıklamıştır.¹⁴

Komisyon, soruşturma kapsamında 27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 tarihlerinde Gazze Şeridi ile Batı Şeria’da sivillere ve askerî olmayan bazı hedeflere yönelik 36 önemli olayı detaylı bir şekilde soruşturmuş; şikâyet raporlarını, belge niteliği taşıyan resim ve video kayıtlarını incelemiş ve İsrail ve Gazze Şeridi’nden Cenevre’ye çağırılan 38 tanık dâhil pek çok kişinin bilgisine başvurmuştur.¹⁵ Komisyon yaptığı bu çalışmalar neticesinde hazırladığı “*Filistin ve İşgal Altındaki Diğer Arap Topraklarında İnsan Hakları*” başlıklı raporu, 15 Eylül 2009’da uluslararası kamuoyuna açıklamış¹⁶ ve BM İnsan Hakları Konseyine sunmuştur.¹⁷ Komisyon başkanlığını üstlenen Richard Goldstone’a

¹³ U.N. General Assembly, Human Rights Council Resolution, A/HRC/S-9/L.1 (12 Ocak 2009).

¹⁴ 12 Ocak 2009 tarihli kararda, son Gazze Saldırısı dâhil işgal altındaki Filistin topraklarında gerçekleştirildiği iddia edilen uluslararası hukuk ihlallerinin araştırılması öngörülmüştür. Ancak soruşturma komisyonunun kurulduğunun açıklandığı 3 Nisan 2009 tarihli toplantıda, İsrail’in yanı sıra Filistinli silahlı grupların sorumlu tutulduğu uluslararası hukuk ihlallerinin de soruşturma kapsamında yer aldığı açıklanmıştır. Bkz. U.N. General Assembly, Human Rights Council Press Release, **Richard J. Goldstone Appointed to Lead Human Rights Council Fact-Finding Mission on Gaza Conflict**, <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/2796E2CA43CA4D94C125758D002F8D25?opendocument> (21 Aralık 2009).

¹⁵ İsrail, Komisyon üyelerinin uzmanlığına rağmen işbirliğine yanaşmamış, BM ekibinin İsrail’e veya Filistin topraklarına girişine izin vermemiştir. Süreci baştan itibaren destekleyen Filistin tarafı ise, gerek Gazze Şeridi’nde gerekse Batı Şeria’da Komisyonla işbirliği yapmıştır.

¹⁶ U.N. General Assembly, Human Rights Council, **Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict**, A/HRC/12/48, 25 Eylül 2009. Raporun metni için bkz. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48.pdf> (10 Aralık 2009).

¹⁷ Raporun açıklanmasının ardından İsrail Dışişleri Bakanlığı, Komisyonun önyargılı ve taraflı davrandığını ileri sürmüştür. İsrail’in eleştirilerine dair bkz. Israel Ministry of Foreign Affairs, **Gaza Facts-The Israeli Perspective**, <http://www.mfa.gov.il/GazaFacts/Goldstone/> (29 Aralık 2009). İsrail’in özellikle komisyon başkanı Goldstone’u hedef alarak yaptığı eleştiriler üzerine İsrailli gazeteci Gideon Levy, Haaretz’de yayınlanan bir yazısında, geçmişte Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinde de görev yapan üst düzey bir

atfen “Goldstone Raporu” şeklinde isimlendirilen rapor, 16 Ekim 2009’da BM İnsan Hakları Konseyinde görüşülerek kabul edilmiştir.¹⁸

II. GOLDSTONE RAPORU’NDA YER VERİLEN ULUSLARARASI HUKUK İHLALLERİ

Goldstone Raporu’nda; Gazze Saldırısı ile Güney İsrail’e yönelik roket ve havan saldırıları ve bu saldırılar neticesinde taraflarca gerçekleştirildiği ileri sürülen ihlaller ayrıntılı bir şekilde ele alınmış, söz konusu ihlallerin neden olduğu sonuçlar uluslararası hukuk bakımından açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.¹⁹

A. İsrail

Rapora bakıldığında, Gazze Saldırısı çerçevesinde İsrail’e yöneltilen eleştirilerin saldırıların aşırı ölçüde oluşu ve ayırım gözetmeyen yönleri üzerinde odaklandığı görülmektedir. Bilindiği üzere silahlı çatışmalar hukukunun temel ilkelerinden biri olan ayırım gözetme ilkesine (*the principle of distinction*) göre, sivil hedeflerle askeri hedeflerin ve sivil halkla savaşçıların mutlak surette ayırt edilmesi ve sivil unsurların hiçbir şekilde askeri saldırıya konu teşkil etmemesi gerekmektedir.²⁰ Burada amaç; sivil hedef, kişi ve nesnelere gözetilerek çatışan tarafların bunlara zarar vermemesini sağlamaktır.

uluslararası hâkim sıfatına sahip olan Goldstone’un hukuki referanslarından şüphe duyulamayacağı, Goldstone’un sadece hukuki açıdan değil ahlaki yönden de bir otorite olduğunu ve kendisine karşı anti-semitizm silahının kullanılmasının anlamsız olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Disgrace in The Hague, Haaretz, 17 Eylül 2009, <http://www.haaretz.com/hasen/spages/1115240.html> (29 Aralık 2009).

¹⁸ BM Genel Kurulu, 5 Kasım 2009’da söz konusu raporu destekleyen karar tasarısını kabul etmiştir. Kararda, yaşanan ihlallerin araştırılması amacıyla İsrail ve Hamas’a kendi iç soruşturmalarını gerçekleştirmeleri hususunda üç aylık bir süre tanınmıştır. Ayrıca BM Genel Sekreteri Ban Ki-Moon’dan, raporu en kısa zamanda BM Güvenlik Konseyine sunması ve kararda yer verilen tavsiyelerinin uygulanıp uygulanmadığına dair Genel Kurulu üç ay içinde bilgilendirmesi talep edilmiştir. Aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 114 ülke, tasarının kabulü yönünde oy kullanırken 18 ülke tasarının reddi yönünde oy kullanmış, 44 ülke de çekimser kalmıştır. Raporu gündemine alması beklenen BM Güvenlik Konseyinde veto yetkisine sahip üye ülkelerden ABD hayır oyu verirken İngiltere, Fransa ve Rusya çekimser kalmış, Çin ise olumlu yönde oy kullanmıştır. Bkz. G.A. Res. 64/10 (5 Kasım 2009).

¹⁹ Toplam 452 sayfadan oluşan ve oldukça ayrıntılı bir şekilde hazırlanan raporda; sırasıyla takip edilen yöntem ve hukuk kuralları, Gazze Şeridi ve Batı Şeria dâhil işgal altındaki Filistin topraklarında yaşananlar, Filistinli silahlı gruplar tarafından gerçekleştirilen ve Güney İsrail’i hedef alan roket ve füze saldırıları ile gerçekleştirildiği belirtilen uluslararası hukuk ihlallerinden kaynaklanan sorumluluk ele alınmış, son bölümde de ulaşılan sonuç ve önerilere yer verilmiştir.

²⁰ Örneğin 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne Ek Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I Nolu Protokol madde 48’de, sivillerin korunmasına yönelik temel hükümler çerçevesinde ayırım gözetme ilkesine yer verilmiş, madde 51(4)’de de ayırım gözetmeyen saldırılarda bulunmak yasaklanmıştır.

İsrail'in açıkça hedef gözeterek sivil unsurlara saldırdığına işaret eden Komisyon, yaşanan can kaybı ve yıkımın askeri hedeflerle sivil unsurlar arasında ayırım gözetilmesini öngören uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınmaması neticesinde gerçekleştiği tespitinde bulunmuştur.²¹ Raporda, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne²² Ek Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I Nolu Protokol'de²³ "Koruyucu Önlemler" başlığı altında yer verilen 57. madde de öngörülen sivillere verilecek zararı asgari düzeye indirecek uygun yöntem ve araçlar bulunup kullanılması yükümlülüğüne dikkat çekilmiştir. Bu hükme göre; başvurulacak araç ve yöntemlerin kazara sivil can kaybına, sivillerin yaralanmasına, sivil hedeflerin hasar görmesine ya da sağladığı askeri yarardan daha fazla sivil zarara yol açma ihtimali olduğu takdirde ya saldırıdan vazgeçilecek ya da saldırı ertelenecektir. Komisyon, İsrail'in öngörülen sivil can kaybına ve sivil hedeflere zarar verilmesine engel olacak veya bu ihtimali asgari düzeye indirecek tedbirleri almakta başarısız olduğu sonucuna ulaşmıştır.²⁴ Raporda ayrıca İsrail'in sağlık ve eğitim kurumları ile uluslararası yardım kuruluşlarına ait binalara saldırarak bu tür yapıların hedef alınmamasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarını ihlal ettiği de ortaya koyulmuştur. Uluslararası hukuka göre, söz konusu yapılar askeri amaçlar doğrultusunda kullanıldığı takdirde hedef alınabilmektedir. Nitekim I Nolu Ek Protokol madde 52(3)'de ibadethane, ev ya da diğer ikamet yerleri ya da okullar gibi normalde sivil amaçlar doğrultusunda faaliyet gösteren bir hedefin, askeri amaçlar doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığına ilişkin herhangi bir şüphenin varlığı halinde, söz konusu hedefin askeri amaç doğrultusunda kullanılmamış sayılacağı ifade edilmiştir.

²¹ Raporda, İsrail Ordusu tarafından ayırım gözetilmeksizin gerçekleştirilen ve sivil can kaybı ve yaralanmayla neticelenen bu tür saldırılara yer verilmiştir. Bkz. para. 653–703.

²² 12 Ağustos 1949 tarihli birbiriyle bağlantılı dört ayrı sözleşmeden oluşan 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde; uluslararası silahlı çatışmalarda izlenmesi gereken kurallar, özellikle yaralılar, tutsak alınan siviller, çatışmalara hâlihazırda katılmayan veya katılmamış kişilere nasıl davranılacağına ilişkin kurallar düzenlenmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmeleri olarak bilinen sözleşmeler sırasıyla I Nolu Savaş Alanındaki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesi Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi; II Nolu Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerin Durumlarının İyileştirilmesi Hakkındaki Cenevre Sözleşmesi; III Nolu Savaş Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve IV Nolu Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nden oluşmaktadır.

²³ 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile birlikte oluşturulan sözleşme düzeninde var olan ya da sonradan çıkan eksiklikleri gidermek için 8 Haziran 1977 tarihli Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin I Nolu Ek Protokol ile Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin II Nolu Ek Protokol kabul edilmiştir.

²⁴ Para. 1919.

27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku

Komisyon, sivil hedeflere yönelik bu saldırıların yukarıda zikredilen hükümlerin yanı sıra I Nolu Ek Protokol madde 51(2) ve 75, Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 27 ile Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 6 ve 7’yi de ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur.²⁵

Öte yandan IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 16, I Nolu Ek Protokol madde 10 ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 3. maddesinde de, her şart altında tüm yaralı ve hastalara insanca muamele edileceği ve bu kişilere mümkün olan en kısa zamanda durumlarının gerektirdiği tıbbi bakım ve ilginin gösterilmesi gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Yine IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 17, 18, 19 ve 20 ile I Nolu Ek Protokol madde 15 ve 21 hükmü gereğince sivil hastanelere hiçbir surette saldırılamayacağı; tarafların hastaneleri, sağlık görevlilerini ve sağlık ulaşım araçlarını korumakla yükümlü oldukları; sağlık görevlileri ile araçlarına yardımcı olmak ve yaralılara derhal müdahale edilebilmesi için gereken tedbirleri almak zorunluluğu altında oldukları belirtilmiştir. Ancak Komisyon, İsrail’in yaralılara müdahale etmek isteyen görevlilere engel olduğu gibi Al-Quds Hastanesi örneğinde görüldüğü üzere bizzat hastaneleri ve sağlık görevlilerini hedef almak suretiyle söz konusu hükümleri açıkça ihlal ettiğini tespit etmiştir.²⁶

Saldırılarda orantısız ve sistematik bir güç kullanımında bulunulduğunu ileri süren Komisyon, İsrail’in ağırlaştırılmış metal patlayıcılar (*Dense Inter Metal Explosive/DIME*) ve fosfor bombası gibi hâlen uluslararası hukuk çerçevesinde herhangi bir düzenlemeye tâbi tutulmamış türden imha edici silahlar kullandığına dikkat çekmiştir.²⁷ Raporda; BM Mültecilere Yardım ve Yerleştirme Ajansına (*UNRWA*) ait tesislere fosforlu bomba kullanılarak gerçekleştirilen saldırı, kullanılan silahlar ve saldırının yöntemi itibarıyla doğuracağı sonuçlar dikkate alınmaksızın gerçekleştirilmiş saldırılara örnek gösterilmiştir.²⁸ Oysa I Nolu Ek Protokol’de “Savaş Araçları ve Yöntemleri” başlığı altında düzenlenen 35. madde; hiçbir silahlı çatışmada tarafların savaş araçlarını ve yöntemlerini seçme hakkının sınırsız olmadığını belirterek had-

²⁵ Para. 1921.

²⁶ Para. 1919, 1921.

²⁷ Söz konusu silahların yasak olduğuna dair uluslararası hukukta özel bir düzenleme olmakla birlikte bu silahların yarattığı etkiler bakımından orantılılık ve koruyucu tedbirler alınması çerçevesinde kullanılmalarının sınırlandırıldığı hatta yasaklandığı ifade edilmiştir. Bkz. para. 1924.

²⁸ Para. 1919.

dinden fazla yaralanmaya ve gereksiz acı çekmeye yol açan silahların ve savaş yöntemlerinin kullanılmasını yasaklamıştır.

Diğer taraftan İsrail askerlerinin Filistinlileri içinde bubi tuzağı kurulduğundan ya da düşman unsurların barındığından şüphelenilen evlere girmeye zorlayarak Filistinlileri canlı kalkan olarak kullandıkları tespit edilmiştir.²⁹ Oysa uluslararası hukuk bir taktik olarak insanların canlı kalkan şeklinde kullanılmasını yasaklamıştır. Nitekim I Nolu Ek Protokol madde 51(7) ile IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 28'de askeri hedefleri saldırılara karşı korumak, askeri operasyonlara yarar sağlamak veya hız kazandırmak amacıyla sivilleri kullanmak yasaklanmıştır. Komisyon, Filistinlileri canlı kalkan olmaya zorlayan İsrail'in Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde yaşam hakkını düzenleyen 6. madde ile zalimane ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen 7. maddeyi ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur.³⁰

IV Nolu Cenevre Sözleşmesi uyarınca korunan şahıs statüsünde olduğu kabul edilen pek çok Filistinlinin gözaltına alındığına dikkat çeken Komisyon, bu durumun hukuk dışı savaşın (*unlawful combatants*) gözaltına alınması veya güvenlik gerekçesiyle meşrulaştırılamayacağını ifade etmiştir.³¹ Söz konusu eylemlerin korunan şahısların aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelelere tâbi tutulmalarını ve kötü şartlarda alıkonulmalarını yasaklayan ve bu şahıslara insanca muamele edilmesini öngören IV Nolu Cenevre Sözleşmesi 27. madde hükmüyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşan Komisyon³², Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde işkence, zalimane ve insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamelede bulunulmasını yasaklayan 7. madde, hürriyetinden mahrum bırakılan herkese insanca davranılmasını ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilmesini öngören 10. madde ve adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. madde hükümlerinin de ihlal edildiğini ifade etmiştir.³³ Komisyon, ayrıca uzun süreli toplu göz altılarının IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 33 ve 1907 Lahey Sözleşmesi madde 50'de düzenlenen toplu ceza yasağını ihlal ettiğini belirtmiştir.³⁴ Gözaltındaki kadınlara yönelik muameleleri de inceleyen Komisyon, bu tür kabul edilemez hareketlerin kadınlara özel

²⁹ Para. 1925.

³⁰ Para. 1925.

³¹ Para. 1927.

³² Söz konusu maddede, korunan şahısların insanca muameleyle tâbi tutulacakları, özellikle şiddet veya tehdit hareketleri ile hakarete karşı korunacakları hüküm altına alınmıştır.

³³ Para. 1927.

³⁴ Para. 1927.

saygı gösterilmesini ve özellikle tecavüze, zorlama fuhşa ve herhangi başka bir uygunsuz saldırıya karşı korunmasını öngören I Nolu Ek Protokol'ün 76. maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.³⁵

Raporda yer verilen bir diğer husus, gözaltına alınan Filistinlilerin, silahlı gruplar ve Gazze Şeridi ile Mısır arasında inşa edilen tüneller hakkında bilgi sahibi olabilmek için ölüm ve yaralama tehdidi altında sorguya tâbi tutulmasıdır. Komisyon, bu durumun korunan şahıslara karşı kendilerinden veya başkalarından bilgi almak için maddi veya manevi şiddet kullanılamayacağını öngören IV Nolu Cenevre Sözleşmesi 31. madde hükmü ile 33. maddede düzenlenen tarafların ellerinde bulundurdukları korunan şahıslara yönelik cinayet, işkence ve diğer bedeni cezalar uygulanması yasağıyla bağdaşmadığını belirtmiştir.³⁶

Sivillere ait evlere, içme suyu şebekesi ve su kaynaklarına, hayvan sürülerine, değirmen, sera ve ekili tarım arazilerine, gıda üretim tesisleri ile depolarına yönelik İsrail saldırılarını da inceleyen Komisyon, İsrail'in askeri gereklilik ilkesiyle bağdaşmayacak bir şekilde hareket ettiğini tespit etmiştir.³⁷ İsrail'in saldırılarla birlikte sivil halkın hayatını sürdürebilmesi için vazgeçilmez nitelik taşıyan temel ihtiyaçlarını karşılamalarına engel olmayı amaçladığını belirten Komisyon, söz konusu saldırıları sivil halkın yaşam şartlarını giderek zorlaştırmaya yönelik bilinçli ve sistematik bir politikanın parçası şeklinde nitelendirmiştir.³⁸ Kaldı ki bu tür saldırılar; sivil halkın hayatını sürdürebilmesi için vazgeçilmez nitelik taşıyan hedeflere saldırılmasını, bunların yok edilmesini veya ortadan kaldırılmasını ya da kullanılamaz hale getirilmesini yasaklayan I Nolu Ek Protokol madde 54(2) hükmüyle de bağdaşmamaktadır.

Komisyon, Gazze Saldırısı öncesinde 18 aydır uygulanan ve saldırı sonrasında da uygulanmaya devam edilen ambargoya da dikkat çekmiştir.³⁹ Bölgeye gıda, akaryakıt ve insani yardım malzemelerinin girişine engel olan bu ambargonun Filistinlilere yönelik toplu cezalandırma boyutuna ulaştığı ve bölgeye yönelik sistematik bir tecrit ve mahrumiyet politikası uygulandığı ifa-

³⁵ Para. 1927.

³⁶ Para. 1926.

³⁷ Para. 1929.

³⁸ Para. 1929.

³⁹ Para. 1931–1932.

de edilmiştir.⁴⁰ Sivil halkı her açıdan son derece zor şartlar altında yaşamaya mahkûm eden ambargo, işgalci güç statüsündeki İsrail açısından yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir.

Komisyon netice olarak İsrail'in Gazze Saldırısı sırasında gerçekleştirdiği kasten adam öldürme, işkence ve insanlık dışı muamele, kasten büyük ıstıraba veya insan bedeni ya da sağlığı üzerinde ciddi yaralanmaya bilerek neden olma, askeri gereklilik olmaksızın hukuka aykırı ve kasti bir şekilde mülkiyetin tahrip edilmesi eylemlerinin IV Nolu Cenevre Sözleşmesi uyarınca ağır ihlal teşkil ettiği ve bu durumun ilgili şahıslar açısından bireysel cezai sorumluluğun doğmasına neden olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴¹ Filistinli sivillerin canlı kalkan olarak kullanılmasını Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü uyarınca savaş suçu şeklinde nitelendiren Komisyon, Gazze Şeridi'nde yaşayan Filistinlilerin hayatlarını sürdürebilmeleri için sahip olmaları gereken barınma, iş, su gibi temel insani ihtiyaçlarını giderme imkânından mahrum bırakılmaları, bölgeye giriş ve çıkışların engellenmesi gibi eylemlerin zulmetme suçu bağlamında insanlığa karşı suç teşkil ettiğini ifade etmiştir.⁴²

B. Filistin

Komisyon, Güney İsrail'e yönelik roket ve havan saldırılarını da oldukça ayrıntılı bir şekilde ele almıştır.⁴³ Raporda, İsrail resmi kaynaklarına atıfla Gazze Şeridi'nde üstlenen silahlı gruplar tarafından 27 Aralık 2008 ile 18 Ocak 2009 tarihleri arasında 570 roket saldırısı ile 205 havan saldırısının gerçekleştirildiği ve üçü sivil olmak üzere dört İsrailinin hayatını kaybettiği bilgisine yer verilmiştir.⁴⁴ Her ne olursa olsun sivillerin insani muameleye tâbi tutulmaları ve şiddet veya tehdit hareketlerine karşı korunması yükümlülüğüne işaret eden Komisyon, bu saldırılarda askeri hedeflerle sivil halk ve diğer

⁴⁰ Komisyon, İsrail'in aksi yöndeki iddialarına rağmen insani amaçlı yardım malzemelerinin bölgeye girişini izin vermeyerek IV Nolu Cenevre Sözleşmesi "Lüzumlu Tıbbi Malzeme, Gıda ve Giyim Eşyası Gönderme" başlıklı 23. maddeyi ihlal ettiğini belirtmiştir. Diğer taraftan II Nolu Ek Protokol madde 18'de, çatışan tarafların insani amaçlı yardımların geçişine izin vermek ve bu tür çalışmaları kolaylaştırmakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Bkz. para. 1931–1932.

⁴¹ Para 1935.

⁴² Para. 1935, 1936, 1965.

⁴³ Para. 1594–1691.

⁴⁴ Para. 1604, 1648–1651. Raporda, Gazze Saldırısı öncesi ve sonrasında gerçekleştirilen benzer saldırılara ilişkin istatistikî bilgilere de yer verilmiştir. Bkz. 1600–1603, 1607–1609.

sivil unsurlar arasında ayırım gözetilmediğini tespit etmiştir.⁴⁵ Saldırıların sonuçlarına dikkat çeken Komisyon; saldırıların can ve mal kaybının yanı sıra halk arasında korkuya ve ağır derecede fizikî ve psikolojik travmaya neden olduğunu, sivillere ait mülklere ve ibadethanelere zarar verdiğini, ekonomik ve kültürel hayatı olumsuz yönde etkilediğini ifade etmiştir.⁴⁶

Belirli bir askeri hedefin yer almadığı sivil yerleşim yerlerine yönelik bu saldırıların uluslararası hukuk açısından haklı görülemeyeceğine işaret eden Komisyon, söz konusu saldırıların savaş suçu ve insanlığa karşı işlenen suç başlığı altında ele alınabileceği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁷ Ayrıca Gazze Şeridi'ndeki Hamas hükümetinin Güney İsrail'e yönelik bu saldırıları gerçekleştiren silahlı gruplar üzerinde denetim yetkisine sahip olmadığını kabul etmekle beraber söz konusu saldırıları önlemediği için sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir.⁴⁸

III. SORUMLARIN BİREYSEL CEZAI SORUMLUĞUNA GİDİLMESİ

Goldstone Raporu'nda da ifade edildiği üzere Gazze Saldırısı'nda başta savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar olmak üzere uluslararası suçlar işlenmiştir. Sorumluların gerek iç hukuk düzeyinde gerekse uluslararası düzeyde adalet önüne çıkartılması, hukukun bir gereği olarak uluslararası toplumun önünde durmaktadır. Bu bağlamda sorumlular hakkında iç hukuk düzeyinde silahlı çatışmanın tarafı olan devletler veya evrensel yargı yetkisi çerçevesinde herhangi bir devlet tarafından yargılama süreci başlatılabileceği gibi sorumluların uluslararası düzeyde yargılanmasına yönelik *ad hoc* bir mahkeme kurulması veya UCM'nin yetkilendirilmesi söz konusu olabilir. Nitekim Goldstone Raporu'nda, İsrail ve Filistinli yetkililere iddiaları soruşturmaları çağrısında bulunulmuş; söz konusu yükümlülüğün ilgili tarafın yetersizliği ya da isteksizliği sebebiyle yerine getirilmemesi halinde uluslararası yargı mekanizmalarının harekete geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁹

⁴⁵ Komisyon; IV Nolu Cenevre Sözleşmesi madde 27(1), I Nolu Ek Protokol madde 48, 51(2–4–6) ile II Nolu Ek Protokol madde 4(2)(d) ve 13(2) hükümlerine yer vererek saldırılarla birlikte gerçekleştirilen ihlalleri açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Bkz. para. 1683–1684.

⁴⁶ Para. 1691.

⁴⁷ Para. 1687, 1691, 1950–1951.

⁴⁸ Para. 1954.

⁴⁹ Raporu, ayrıca Güvenlik Konseyinin bağımsız uzmanlardan müteşekkil bir heyet oluşturarak taraflarca yürütülecek soruşturma ve yargılama sürecini izlemesi talep edilmiştir. Kurulacak heyetin, sürecin iyi niyet çerçevesinde yürütülmediği sonucuna ulaşması halinde, Gü-

A. Sorumluların İç Hukuk Çerçevesinde Yargılanması

Uluslararası hukuka göre, silahlı çatışmaya taraf her bir devlet yeterli de- lile ulaştığı takdirde yargılanmayı gerekli kılan suçları işlediği iddia edilen şahıslar hakkında soruşturma yapabilmektedir. Nitekim İsrail; uluslararası toplumun baskısıyla da olsa iddiaları araştırmak üzere harekete geçmiş, yapılan askeri soruşturma neticesinde İsrail Ordusunun harekât süresince uluslararası hukuka uygun hareket ettiği, sadece istihbarat eksikliği ve operasyonel hata kaynaklı sakınılması güç küçük bazı hataların söz konusu olduğu yönünde bir açıklama yapmıştır.⁵⁰ Ancak İsrail tarafından gerçekleştirilen bu soruşturma, İnsan Hakları İzleme Örgütü başta olmak üzere uluslararası toplum tarafından bağımsız ve tarafsız olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵¹ Goldstone Raporu'nda da bu husus özellikle vurgulanmış, İsrail'in uluslararası hukuka uygun tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yapma isteğine sahip olmadığı dile getirilmiştir.⁵² Gazze Şeridi'nde kontrole sahip Hamas hükümetinin de Güney İsrail'e yönelik saldırılardan dolayı sorumlu tutulan Filistinlileri yargı önüne çıkarmak hususunda isteksiz davrandığı gözlemlenmektedir. Bu duruma dikkat çeken Komisyon, Filistinlilere yönelik iddiaların Gazze Şeridi'ndeki yönetim tarafından soruşturulmadığına işaret etmiştir.⁵³

Öte taraftan uluslararası hukuka göre; savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım suçundan dolayı sorumlu tutulan şahısların yargılanarak cezalandırılması veya ilgili devletlere iade edilmesi (*aut dedere aut judicare*) devletler için birer *erga omnes* yükümlülüktür.⁵⁴ Bu anlamda, özellikle 1949

venlik Konseyinin Gazze Şeridi'nde yaşananları Roma Statüsü madde 13(b) uyarınca UCM Savcılık Makamına iletmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. para. 1963, 1969.

⁵⁰ Conclusion of investigations into claims in Operation Cast Lead - Part 1, Israel MFA, Apr. 22, 2009, http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism+Obstacle+to+Peace/Hamas+war+against+Israel/IDF_Conclusion_of_investigations_Operation_Cast_Lead_Part122-Apr-2009.htm (21 Aralık 2009). Soruşturmanın bu şekilde sonuçlanmasının ardından İsrail Savunma Bakanı Ehud Barak, soruşturmanın İsrail'in dünyanın en ahlaki ordusuna sahip olduğunu gösterdiği yönünde bir açıklama yapmıştır. Bkz. Gaza Offensive: Israeli Military Says No War Crimes Committed, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/31/israeli-military-denies-war-crimes-gaza> (21 Aralık 2009).

⁵¹ Human Rights Watch, **Israel/Gaza: Israeli Military Investigations not Credible**, 23 Nisan 2009, <http://www.hrw.org/en/news/2009/04/23/israelgaza-israeli-military-investigation-not-credible> (21 Aralık 2009).

⁵² Para. 1959–1961.

⁵³ Para. 1962.

⁵⁴ AKSAR, Yusuf: “Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt 52, Sayı 4, 2003, s. 138.

Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokoller’de düzenlenen Ağır İhlaller Sistemi (*Grave Breaches System of the Geneva Conventions*) taraf devletler için bu yükümlülüğü açıkça öngörmüştür.⁵⁵ Kasten adam öldürme; işkence veya biyolojik deneyler dâhil insanlık dışı muamele; kasten büyük ıstıraba ya da insan bedeni veya sağlığı üzerinde ciddi yaralanmaya bilerek neden olma; korunan şahısların hukuka aykırı bir şekilde tehciri veya nakli yahut hapsi, düşman devlet silahlı kuvvetlerine hizmet etmeye zorlanması veya sahip olduğu adil ve düzenli yargılanma hakkından mahrum bırakılması; rehin alma ve askerî gereklilik olmaksızın hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde mülkiyetin geniş çaplı tahrip edilmesi ve bunlara el koyulması gibi fiiller Ağır İhlaller Sistemi içinde yer almaktadır.⁵⁶ Söz konusu fiilleri, Sözleşme düzeninde yer alan diğer ihlallerden veya diğer uluslararası hukuk ihlallerinden ayıran temel özellik, tüm taraf devletlerin evrensel yargı yetkisi (*universal jurisdiction*) çerçevesinde sorumluluğu doğduğu iddia edilen şahısları görevi, unvan ve rütbesi ne olursa olsun vatandaşlığına ve suçun nerede işlendiğine bakmaksızın yargılamak veya yargılanmak üzere ilgili devlete iade etmekle yükümlü olmasıdır.⁵⁷ Ağır İhlaller Sistemi için öngörülen bu düzenleme, soykırım suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar bakımından da geçerlidir ve bu suçlara ilişkin kuralların günümüzde *jus cogens* nitelik kazandığı ve *erga omnes* yükümlülük doğurduğu genel kabul görmektedir.⁵⁸

Hiç şüphesiz bu yükümlülük, Gazze Saldırısı’nda söz konusu olan ağır ih-

⁵⁵ Söz konusu yükümlülük I, II, III ve IV Nolu Cenevre Sözleşmeleri’nde sırasıyla madde 49, 50, 129 ve 146’da düzenlenmiş, taraf devletler ağır ihlal şeklinde nitelendirilen ve yasaklanan fiillere ilişkin ilave bazı yükümlülüklerle tâbi tutulmuştur. Ağır İhlaller Sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKSAR, Yusuf: **Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court**, Routledge, London, 2004, s. 115–181.

⁵⁶ I, II, III ve IV Nolu Cenevre Sözleşmeleri’nde sırasıyla madde 50, 51, 130 ve 147’de düzenlenen ve ağır ihlal şeklinde nitelendirilen bu fiillerin her biri, açıkça savaş suçu niteliği taşımakta olup savaş suçları arasında geniş kabul görmüş yasakları ifade etmekte ve ilgili şahısların bireysel cezai sorumluluğuna neden olmaktadır. Bu nedenle sözleşme düzeninde, diğer bütün Cenevre Sözleşmeleri ihlallerinden farklı olarak insancıl hukuka aykırı olduğu kabul edilen ağır ihlallere ilişkin ortak bazı düzenlemelere yer verilmiş ve ağır ihlaller evrensel yargı yetkisine tâbi tutulmuştur.

⁵⁷ Evrensel yargı yetkisinin öngörüldüğü bu düzenlemede, doğrudan bireylere yönelik herhangi bir yükümlülük getirilmemiş olmakla birlikte tüm devletler, yasaklanan fiillerden herhangi birini işleyen veya işlenmesini emreden şahıslara uygulanacak cezai müeyyideleri tespit etmek üzere gereken her tür kanuni tedbiri almak, vatandaş olup olmadığına bakmaksızın ilgili şahısları mahkemeye sevk ederek yargılamak ya da aleyhinde yeterli delil mevcut olduğu takdirde yargılanmak üzere ilgili devlete teslim etmekle yükümlü kılınmıştır. Bkz. AKSAR, 2003, s. 139.

⁵⁸ AKSAR, 2003, 139.

laller dâhil diğer savaş suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar bakımından da geçerlidir.⁵⁹ Dolayısıyla Gazze Saldırısı sırasında işlendiği iddia edilen suçlar hakkında evrensel yargı yetkisine dayanarak kendi kanunlarında bu yetkiye yer veren ülkelerin sorumlular aleyhine bir yargılama süreci başlatması mümkündür. Nitekim Guardian gazetesinde yayınlanan 14 Aralık 2009 tarihli bir haberde, İngiliz Westminster Mahkemesinin İsrail'in Gazze Saldırısı sırasında İsrail Dışişleri Bakanı olarak görev yapan ve hâlen muhalefetteki Kadima Partisi lideri olan Tzipi Livni hakkında evrensel yargı yetkisi çerçevesinde savaş suçları nedeniyle tutuklama kararı verildiği yazılmıştır.⁶⁰ Ancak diplomatik kaygılar ve klasik uluslararası hukuk anlayışının etkisiyle hareket eden Uluslararası Adalet Divanının yakın geçmişte *Belçika Tutuklama Kararı Davası*'nda verdiği karar dikkate alındığında, iç hukuk düzeyinde bu tür bir yargılamanın yapılabilmesi zor görülmektedir.⁶¹ Nitekim tutuklama kararının ardından İsrail'in gösterdiği sert tepki üzerine açıklama yapan İngiliz Dışişleri Bakanı David Miliband; önceden bilgi vermeden veya uyarıda bulunmadan tutuklama kararı alınabilmesinin, İngiltere ve Galler'de uygulanan sistemin olağandışı bir özelliği olduğunu, hükümet olarak ülkede bu tür kararların alınabilmesine imkân sağlayan sistemi değiştirmenin yollarını araştırdıkları yönünde bir açıklama yapmıştır.⁶²

⁵⁹ Pinochet Davası, evrensel yargı yetkisinin millî mahkemeler tarafından uygulandığını göstermesi bakımından önemli bir örnektir. Dava konusu olayda Şili Devlet Başkanı olarak görev yaptığı 1976–1983 yılları arasında birçok kişinin öldürülmesi, işkenceye tâbi tutulması ve ortadan kaybolması dolayısıyla Pinochet hakkında İspanyol yargısı tarafından uluslararası tutuklama kararı verilmiştir. Alınan bu karar uyarınca Pinochet, 16 Ekim 1998'de İngiltere'de tutuklanmıştır. Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POWER, Robert C.: "Pinochet Case and the Uncertain Globalization of Criminal Law", *Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Sayı 39, 2007, s. 89-147.

⁶⁰ Verilen tutuklama kararının bir toplantıya katılmak üzere İngiltere'ye gelmesi beklenen Livni'nin İngiltere'de olmaması sebebiyle geri çekildiği ifade edilmiştir. Bkz. British Court Issued Gaza Arrest Warrant for Former Israeli Minister Tzipi Livni, Guardian, 14 Aralık 2009, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/14/tzipi-livni-israel-gaza-arrest> (21 Aralık 2009).

⁶¹ Uluslararası Adalet Divanı, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ile Belçika arasındaki davaya ilişkin olarak 14 Şubat 2002'de verdiği kararda, uluslararası suçlar dolayısıyla üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme neticesinde, devlet başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yabancı mahkemeler önünde yargı dokunulmazlıklarının bulunduğu, dolayısıyla da Belçika mahkemelerince alınan tutuklama kararının kaldırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Karara yönelik eleştirel bir değerlendirme için bkz. AKSAR, 2003, s. 131–146.

⁶² Foreign & Commonwealth Office, Response to UK arrest warrant for Tzipi Livni, Guardian, <http://www.fco.gov.uk/en/news/latest-news/?vivi=News&id=21448373> (21 Aralık 2009).

B. Sorumluların Uluslararası Yargı Kuruluşu Tarafından Yargılanması

Sorumluların uluslararası düzeyde bireysel cezai sorumluluklarına gidilmesi çerçevesinde, yakın geçmişte pek çok örnekte görüldüğü üzere *ad hoc* bir mahkeme kurulabileceği gibi UCM'nin yetkilendirilmesi de mümkündür.

1. *Ad Hoc* Mahkeme

BM Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması uyarınca uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında sorumlu temel organ olarak belirlenmiş ve üstlenmiş olduğu bu görevi yerine getirebilmesi amacıyla önemli yetkilerle donatılmıştır. Bu anlamda Güvenlik Konseyi, BM Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde mevcut durumun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğu sonucuna ulaştığı takdirde *ad hoc* nitelikte uluslararası bir ceza mahkemesi kurma yetkisine de sahiptir. Nitekim Güvenlik Konseyi; geçmişte Eski Yugoslavya, Ruanda, Sierra Leone ve Lübnan'da yaşanan ihlaller karşısında *ad hoc* nitelikte uluslararası veya yarı uluslararası nitelikte mahkemeler kurmuştur.⁶³ Söz konusu örnekler de dikkate alındığında Güvenlik Konseyinin Gazze Saldırısı'na ilişkin olarak *ad hoc* nitelikte uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması yönünde bir karar almasının teorik olarak mümkün olduğu görülür. Kurulacak bu tür bir mahkeme, gerçekleştirildiği belirtilen ihlallerden dolayı sorumlu tutulan şahısların münhasıran yetki sahibi olacaktır. Ayrıca BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde kurulacağı için tüm devletler, mahkemeye dair alınacak kararları da yerine getirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla Güvenlik Konseyi, ilgili devletleri kurulacak mahkeme ile işbirliği yapmaları hususunda zorlama yetkisine sahip olacaktır. Ancak *ad hoc* bir mahkemenin kurulmasına ilişkin karara yönelik politik eleştiriler ve mahkemenin maliyeti bu tür bir mahkemenin kuruluşunu zorlaştırmaktadır. Öte taraftan Güvenlik Konseyinin işleyişi ve üye yapısı dikkate alındığında, daimi üyelere herhangi birisinin veto yetkisini kullanarak bu yönde bir karar alınmasına engel olma ihtimalinin var olduğu görülmektedir. Güvenlik Konseyinin daimi üyelerinden ABD'nin son olarak Genel Kurulda Goldstone Raporu'nu destekleyen karar tasarısının aleyhinde oy kullandığı; İngiltere, Fransa ve Rusya'nın da çekimser kaldığı dikkate alındığında benzer bir sürecin bu konuda işletilebilmesinin fiilen mümkün olmadığı söylenebilir.

⁶³ Söz konusu mahkemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPAL, Ahmet Hamdi: **Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 87–102.

BM sistemi içinde uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması hususunda temel yetkili organ olan Güvenlik Konseyinin bu görevini yerine getir(e) memesi halinde, BM Genel Kurulunun harekete geçerek inisiyatif üstlenmesi gündeme gelmektedir. Herhangi bir hukuki yaptırıma sahip olmayan Goldstone Raporu'nun BM İnsan Hakları Konseyinde kabul edilmesi ve devamında Genel Kurulda alınan karar, *ad hoc* nitelikte bir mahkeme kurulmasına ilişkin benzer bir sürecin Genel Kurul bünyesinde işletilip işletilemeyeceğini sorusunu akla getirmektedir. Esasında Genel Kurul, esas itibarıyla bir tartışma ve müzakere organı olup almış olduğu kararlar bağlayıcı değere sahip değildir. Bu çerçevede BM Andlaşması 10. maddede, Genel Kurulun Andlaşma kapsamında yer alan veya BM organlarından herhangi birinin yetki ve görevlerini ilgilendiren her tür konuyu görüşebileceğini ve 12. madde hükmü mahfuz kalmak kaydıyla bu konulara dair Güvenlik Konseyine ve BM üyesi devletlere tavsiyelerde bulunabileceği hükme bağlanmıştır. 12. maddede açıklığa kavuşturulan bu kurala göre; Güvenlik Konseyi herhangi bir uyuşmazlık veya durum karşısında uluslararası barış ve güvenliği sağlamak için BM Andlaşmasıyla kendisine tevdi edilen görevleri yaptığı sürece Genel Kurulun bu konularda karar alması söz konusu değildir. Bunun tek istisnası, Güvenlik Konseyinin Genel Kuruldan bu yönde bir talepte bulunmuş olmasıdır. Ancak Genel Kurul, veto yetkisinin kötüye kullanılarak Güvenlik Konseyinde karar alınamaması ve Konseyin uluslararası barış ve güvenliği sağlama görevini yerine getirememesi karşısında geçmişte meşhur Barış İçin Birlik Kararını alarak devreye girmiştir.⁶⁴ Gazze Saldırısı'nda işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin olarak ilgili şahısların cezai sorumluluklarına gidilmesi yönünde bir karar al(a)mayan Güvenlik Konseyinin görev ve sorumluluklarını yerine getir(e) memesi karşısında, benzer bir sürecin burada da tekrarlanması doğal olarak gündeme gelmektedir. Genel Kurul, görevlerini gerekli gördüğü takdirde kendisine yardımcı organ oluşturma yetkisi veren BM Andlaşması 22. madde doğrultusunda sorumluların yargı önüne çıkartılarak cezai sorumluluklarına gidilebilmesi için *ad hoc* bir mahkeme kurulması yönünde karar alabilir.⁶⁵ Bu yönde alınacak bir karar, saldırganların mutlak surette yargı önüne çıkartılacaklarını göstermesi bakımından önemli olduğu gibi Güvenlik Konseyinin görevlerini yerine getirmediği hallerde de BM'nin uluslararası barış ve güven-

⁶⁴ Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve kararın metni için bkz. GÜNDÜZ, Aslan: **Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 114–118.

⁶⁵ Bu yönde bir görüş için bkz. AKSAR, Yusuf: "The Concept of Individual Criminal Responsibility in International Humanitarian Law and Arab-Israeli Conflict in 2002", **The Rev. of Int'l Affairs**, Sayı 2, No 2, 2002, s. 105–106.

liğin sağlanması görevinin gereğini yerine getirdiğini göstermesi bakımından da son derece önemlidir.

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi

İlgili şahısların cezai sorumluluklarına gidilmesi bağlamında ele alınması gereken bir diğer seçenek, konunun Lahey’de kurulu olan ve daimi niteliğe sahip UCM önüne taşınmasıdır. Ancak bunun yapılabilmesi için ilk olarak Mahkemenin Gazze’de yaşananlara dair yargı yetkisine sahip olması gerekmektedir. Aslında İsrail’in Gazze’ye yönelik saldırılara başlamasının ardından hükümetler dışı uluslararası kuruluşlar ve bireyler İsrail aleyhine UCM’ye yapılan pek çok suç duyurusunda bulunmuşlardır. Ayrıca Filistin Ulusal Yönetimi, Gazze Şeridi’nde yaşananlarla ilgili olarak 22 Ocak 2009’da UCM’ye başvurmuş ve Mahkemenin yargı yetkisini tanıdığını resmen bildirmiştir.⁶⁶ Bu durumda, UCM’nin sahip olduğu yargı yetkisini hangi hallerde kullanabileceği ve somut olayda yargı yetkisinin doğup doğmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Burada yapılacak inceleme; Gazze’de suç işlenip işlenmediği konusunda değil, somut olayda Mahkemenin yargı yetkisine sahip olup olmadığına ilişkindir. Nitekim UCM adına açıklama yapan Savcı Luis Moreno-Ocampo, Filistin Ulusal Yönetiminin uluslararası hukuka göre Mahkemeyi tanıma yetkisine sahip olup olmadığı sorusunun öncelikli olarak cevaplandırılması gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁷

17 Temmuz 1998’de imzalanan Roma Statüsü uyarınca kurulan ve 1 Temmuz 2002’de faaliyete geçen UCM, uluslararası toplumu derinden etkileyen suçları soruşturacak bir uluslararası ceza yargılama mekanizması oluşturmak amacıyla millî mahkemelerin tamamlayıcısı olarak kurulmuş, sürekli ve bağımsız bir yargı organıdır.⁶⁸ UCM ile birlikte, bireylerin işledikleri uluslararası nitelikteki suçlar için sosyal statüsü ve görevi ne olursa olsun cezai sorumluluğun tesis edilmesi ile uygulanacak yaptırımların işlenmesi muhtemel

⁶⁶ Bildirinin metni için bkz. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279777/20090122PalestinianDeclaration2.pdf> (10 Kasım 2009). Mahkeme tarafından yapılan açıklamada da başvurunun işleme konulduğu ifade edilmiştir. Bkz. <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/74EEE201-0FED-4481-95D4-C8071087102C/279778/20090123404SALASS2.pdf> (10 Kasım 2009).

⁶⁷ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4CC08515-D0BA-454D-A594-446F30289EF2/280869/PNAMFA130209.pdf> (10 Kasım 2009).

⁶⁸ Statü’ye göre millî mahkemeler, UCM’ye nazaran bir önceliğe sahiptir. Diğer bir ifadeyle, Statü’de düzenlenen bir suç yetkili devlette kovuşturma ya da soruşturmaya konu olduğu takdirde, söz konusu devletin bu süreci devam ettirme istek ve yeteneği olmaması durumları hariç UCM’nin yargı yetkisi bulunmamaktadır.

suçlar açısından engelleyici bir rol oynaması, cezasızlığın sona erdirilmesi ve mağdurlar için adaletin temin edilmesi hedeflenmiştir.⁶⁹ Statü'nün ilk maddesine göre, süreklilik temelinde faaliyet gösteren Mahkeme, uluslararası toplumun huzur ve düzenini bozduğu için bir bütün olarak uluslararası toplumu mağdur ettiği düşünülen ağır suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip kılınmıştır. Mahkemenin yargı yetkisine dâhil edilen ve temel uluslararası suçlar şeklinde nitelendirilebileceğimiz suçlar; soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu olmak üzere dört kategori halinde sıralanmıştır.⁷⁰

Roma Statüsü'ne göre UCM'nin yargı yetkisi bakımından temel ilke, devletlerin Statü'ye taraf olması ya da somut bir olayla ilişkili olarak belli suçlar bakımından Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiğini bildirmesidir.⁷¹ Bu iki durumun dışında da Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşlarının UCM önünde yargılanabilmesi mümkündür. Ancak bunun için BM Güvenlik Konseyinin BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde hareket ederek herhangi bir olayı Mahkemeye havale etmesi ya da Statü'ye taraf bir devletin ülkesinde Statü'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşlarının Mahkemenin yargı yetkisi içinde bulunan herhangi bir suçu işlediği gerekçesiyle ilgili devlet tarafından Mahkemeye sevk edilmeleri gerekir.⁷² Bu sayede Güvenlik Konseyi kararıyla *ad hoc* bir mahkeme kurulmasına gerek kalmaksızın gerçekleştirilen uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı sorumlu tutulan şahısların bireysel cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Ayrıca Savcılık Makamı da Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların işlendiğine dair ulaşılmış olduğu bilgi ve belgeler ışığında, kendiliğinden (*proprio motu*) soruşturma başlatabilme imkânına sahip kılınmıştır.⁷³ Ancak bunun için 12. maddede düzenlenen yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön şartların karşılanması gerekmektedir.

Somut olaya bakıldığında, gerek İsrail'in gerekse Filistin'in Statü'ye taraf olmadıkları görülmektedir. Öte yandan Güvenlik Konseyinin yapısı ve işleyişi

⁶⁹ TOPAL, s. 104.

⁷⁰ Roma Statüsü; UCM'nin söz konusu suçlar üzerinde yargı yetkisinin olduğunu 5. maddede belirtmekle beraber, saldırı suçu hariç söz konusu suçları ayrıntılı bir şekilde sırasıyla 6, 7 ve 8. maddelerde düzenlemiştir. Statü; saldırı suçunu da Mahkemenin yargı yetkisi içinde kabul etmekle birlikte, söz konusu suçun tanımı hususunda bir sonuca ulaşılmadığı için saldırı suçunun ne olacağına gelecekte gerçekleştirilecek düzenlemelerle tespit edileceğini hükme bağlamıştır.

⁷¹ Madde 12.

⁷² Madde 13(a) ve (b).

⁷³ Madde 13(c) ve 15(1). Adı geçen bilgi ve belgelerin kaynağı hakkında da ciddi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu belge ve bilgiler resmi organlardan gelebileceği gibi sivil toplum örgütlerinin de bu konuda Savcılık Makamına yardımcı olabilmeleri mümkündür.

dikkate alındığında sorunun UCM Savcılık Makamına havale edilmesini öngören bir kararın alınabilmesi zor gözükmektedir. Aslında Güvenlik Konseyi, Darfur'da yaşanan olaylara ilişkin olarak 31 Mart 2005'te almış olduğu 1593 sayılı karar uyarınca Statü'ye taraf olmayan Sudan hakkında UCM'ye başvurmuştur.⁷⁴ Benzer şekilde Gazze Saldırısı'na ilişkin olarak Roma Statüsü madde 13(b) uyarınca aynı doğrultuda bir karar alınması, *ad hoc* bir mahkeme kurulması ihtimalini gündemden çıkaracağı gibi Güvenlik Konseyine yönelik eleştirilerin de ortadan kalkmasını sağlayacaktır.

Diğer taraftan Roma Statüsü'ne göre; taraf olmayan bir devlet, soruşturulmasını istediği olayla ilgili olarak sunacağı bir bildiri ile Mahkemenin yargı yetkisini *ad hoc* düzeyde kabul ederek Mahkemeyi yetkili kılabilmektedir.⁷⁵ Yukarıda belirtildiği üzere Filistin Ulusal Yönetimi bu hükme dayanarak 22 Ocak 2009'da Gazze'deki olaylara dair UCM'nin yargı yetkisini tanıdığını resmi olarak Mahkemeye bildirmiştir. Adalet Bakanı Ali Khashan tarafından Mahkemeye sunulan bildiriye, Filistin Ulusal Yönetiminin Roma Statüsü madde 12(3) uyarınca Mahkemenin yargı yetkisini 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren tanıdığı ve Roma Statüsü'nün IX Bölümü gereğince Mahkemeye işbirliği yapacağı ifade edilmiştir. Belirli bir zaman dilimi ile sınırlı olmayan bildiriye, Roma Statüsü'nün yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2002'den itibaren Filistin topraklarında işlenen tüm suçlar üzerinde Mahkemenin yargı yetkisi tanınmıştır.⁷⁶ Başvurunun ardından UCM tarafından yapılan basın açıklamasında, İsrail ve Filistin topraklarında yaşananlarla ilgili olarak Savcılık Makamına Roma Statüsü madde 15 uyarınca, hükümetler dışı uluslararası kuruluşlarla bireyler tarafından toplam 326 suç duyurusunda bulunulduğu, Filistin Ulusal Yönetiminin başvurusu dâhil tüm başvuruların dikkatli bir şekilde incelenerek sonuçlandırılacağı ifade edilmiştir.⁷⁷ Yapılan açıklamadan da anlaşıldığı üzere, ön inceleme neticesinde somut olaya dair Mahkemenin yargı yetkisinin var olduğu kabul edildiği takdirde, soruşturma açılabilir.⁷⁸ Burada önemli olan Filistin'in "devlet" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Çünkü Roma Statüsü madde 12(3)'de Statü'ye taraf olmayan devletin, Mahkeme Yazı İşleri Dairesine sunacağı bir bildiri ile Mahkemenin

⁷⁴ S.C. Res. 1593, U.N. Doc. S/RES/1593 (31 Mart 2005).

⁷⁵ Madde 12(3).

⁷⁶ Bildiriye Filistin topraklarının nereleri kapsadığı ayrıntılı bir şekilde ifade edilmemiş olmakla beraber Batı Şeria ve Gazze Şeridi'nin her halükarda bu kapsamda kabul edildiği açıktır.

⁷⁷ <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4CC08515-D0BA-454D-A594-446F30289EF2/280869/PNAMFA130209.pdf> (10 Kasım 2009).

⁷⁸ Madde 15(1).

yargı yetkisini kabul edebileceği ifade edilmektedir. Bu durumda, bir devlet olarak Filistin'in söz konusu maddede düzenlenen başvuruyu yapacak yeterliliğe sahip olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.⁷⁹

SONUÇ

Farklı ölçülerde de olsa her iki tarafı da savaş suçu ve insanlığa karşı suç işlemekle suçlayan Goldstone Raporu'nda da belirtildiği üzere Gazze Saldırısı, gerek insancıl hukuk gerekse insan hakları hukuku açısından uluslararası hukuka yönelik ihlaller içermektedir. Hiç şüphesiz kasten adam öldürme, işkence ve insanlık dışı muamele, kasten büyük ıstıraba veya insan bedeni ya da sağlığı üzerinde ciddi yaralanmaya bilerek neden olma, korunan şahısları aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelelere tâbi tutma ve kötü şartlarda alıkoyma, sivilleri canlı kalkan olmaya zorlama, sivil halkı hayatını sürdürdürebilmesi için vazgeçilmez nitelik taşıyan temel ihtiyaçlarını giderme imkânından mahrum bırakma, askeri gereklilik olmaksızın hukuka aykırı ve keyfî bir şekilde mülkiyete zarar verme, hastane ve okul binaları ile uluslararası yardım kuruluşlarına ait tesislere saldırılarak bunları tahrip etme gibi fiiller uluslararası hukuk açısından meşru kabul edilemez. İlgili şahısların savaş suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlar bağlamında cezai sorumluluklarının doğmasına neden olan bu tür ihlaller karşısında, söz konusu fiillerin soruşturulması ve sorumluların yargı önüne çıkartılarak yargılanması uluslararası hukuk açısından bir zorunluluktur. Bu bağlamda sorumlular hakkında iç hukuk düzeyinde silahlı çatışmanın tarafı olan devletler veya evrensel yargı yetkisi çerçevesinde herhangi bir devlet tarafından yargılama süreci başlatılabileceği gibi sorumluların uluslararası düzeyde yargılanmasına yönelik *ad hoc* bir mahkeme kurulması veya UCM'nin yetkilendirilmesi mevcut seçenekler arasında yer almaktadır. Bu amaçla başta BM olmak üzere uluslararası toplumun harekete geçmesi ve somut adımlar atması gerekmektedir. BM Güvenlik Konseyi, sorumluların yargılanmasına yönelik *ad hoc* nitelikte uluslararası ya da yarı uluslararası nitelikte bir mahkeme kurulması yönünde karar alabileceği gibi Roma Statüsü uyarınca sorunu UCM'ye havale edebilme imkânına da sahiptir.

⁷⁹ Ortadoğu Barış Süreci çerçevesinde şekillenen Filistin Ulusal Yönetiminin devlet statüsüne ilişkin farklı görüşler için bkz. QUIGLEY, John: "The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue", **Rutgers L. Rec.**, Sayı 35, 2009, s. 1-10; ASH, Robert Weston: "Is Palestine a "State"? A Response to Professor John Quigley's Article, The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue", **Rutgers L. Rec.**, Sayı 35, 2009, s. 186-200.

DEMOKRASİ TÜRLERİ VE MÜZAKERECİ DEMOKRASİ KAVRAMI

Prof. Dr. Hasan TUNÇ*

ÖZET

Tarihsel sürece bakıldığında halkın halk tarafından yönetimini esas alan demokrasi kavramına, toplumların gelişme düzeylerine bağlı olarak farklı anlamlar atfedilmeye başlandığı görülmektedir. Günümüzde özellikle batılı devletler tarafından müzakereci demokrasi anlayışı alternatif bir model olarak sunulmaya başlanmıştır. Müzakereci demokrasi anlayışı, devlette kurum ve kuralların oluşturulması ve her türlü sorunların çözümünde karşılıklı görüşmeyi ve katılımı esas alan doğrudan demokrasi benzeri bir modeldir.

Müzakereci demokrasi, bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının karar oluşum süreçlerine katılımını öngörmesi bakımından ideal bir model olarak görünmektedir. Ancak bu modelin artan nüfus ve küreselleşme sürecinde devletlerin karşılaştığı temel sorunlar dikkate alındığında uygulanabilirlik ihtimali oldukça düşüktür. Dolayısıyla modelin günümüzde alternatif bir model olarak sunulması dikkat çekmektedir. Bu çerçevede çalışmamızda demokrasi kavramı, demokrasi türleri ele alınmış ve müzakereci demokrasi kavramı üzerinde durulmuştur. İdeal olarak pratikte uygulanması mümkün olmayan bu kavramın batılı devletler ve küresel güç odakları (şirketler) tarafından neden alternatif bir model olarak sunulduğunun gerekçeleri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER

Demokrasi, müzakereci demokrasi, liberal demokrasi, katılım, demokrasi türleri, doğrudan demokrasi, temsil, küreselleşme, çoğunluk, karşılıklı görüşme.

ABSTRACT

By considering the historical development, it can be seen that concept of democracy which bases the governance of the public by public itself, has been given different meanings depending on the level of progress of the societies in all fields of the social life. Today, model of deliberative democracy has been started to be offered as an alternative model, especially by western countries. Model of deliberative democracy, which is similar to direct democracy, bases on establishment of institutions and

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

legal norms and mutual negotiations and participation in settlements of any disputes in the state.

Deliberative democracy is said to be an ideal model, since it offers the opportunity to individuals and non-governmental organizations to take part in decision making progress. However, the possibility of this model's implementation is quiet low given the main problems confronted by the states in the process of globalization and in the light of increasing population. Accordingly, the provision of this model as an alternative is striking in contemporary world. Under this framework, our study focuses on the notion and types of democracy with a special stress on the deliberative democracy. We endeavor to present the reasons why this model is presented as an alternative model by the western countries and global conglomerates given the fact that it is ideally impossible to implement.

KEY WORDS

Democracy, deliberative democracy, liberal democracy, participation, types of democracy, direct democracy, presentation, globalization, majority, mutual negotiation.

GİRİŞ

Demokrasi sözlük anlamı itibariyle halkın kendi kendini yönetme biçimi olarak tanımlanmaktadır¹. Latince bir deyim olan demokrasi halk anlamına gelen “demos” ile “egemenlik-iktidar” anlamına gelen kratos sözcüklerinden oluşmaktadır².

Demokrasi en genel tanımıyla halkın halk tarafından yönetilmesi, egemenliğin millete veya halka ait olmasıdır³. Bu çerçevede demokrasi iktidarın halkın elinde olmasına vurgu yapan bir kavramdır. Abraham Lincoln 1864 yılında verdiği bir söylevde demokrasiyi “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi” olarak tanımlamıştır⁴.

Atatürk ise demokrasiye ilişkin olarak “Demokrasi prensibi, hakimiyete istismak eden vasıta ne olursa olsun esas olarak milletin hakimiyete sahip olmasını ve sahip kalmasını icap ettirir”, “Demokrasi esasına müstenit hükümetlerde, hakimiyet halka, halkın ekseriyetine aittir. Demokrasi prensibi, hakimiyetin millete ait olduğunu, başka yerde olamayacağını iltizam eder. Bu suretle, demokrasi prensibi, siyasi kuvvetin, hakimiyetin menşesine ve meşruyetine temas etmektedir” demiştir⁵.

Zaman içinde oluşan tecrübeler demokrasinin daha geniş kapsamlı tanımlara konu olmasına neden olmuştur. Bu kapsamda demokrasi “En üst iktidarın halkta bulunduğu ve halkın belli aralıklarla tanınan özgür seçimlerde, temsilcilerini seçtiği, temsil ve devredilmiş otorite yoluyla halk tarafından dolaylı olarak kullanılan hükümet biçimine imkan veren siyasi sistem” olarak ifade edilmiştir⁶.

¹ EJDİR, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996, s.190.

² GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, Anayasa Hukuku, Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.22.

³ DERDİMAN, R.Cengiz, Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2006, s.91.

⁴ İBA, Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2008, s.81.

⁵ “Demokrasi Üzerine Özlü Sözler”, Derleyen Prof.Dr.Coşkun Can AKTAN, www.canaktan.org, 08.03.2009.

⁶ Webster’s Third New International Dictionary, Unabridged, G. And C. Merriam Company, Massachusetts 1971, s.600,(AKTARAN) TUNÇ Hasan , Anayasa Hukukuna Giriş, Nobel Yayınları, Ankara 1999, s.187-188.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Demokrasi denince akla ilk olarak, eski Atina sitelerinde uygulanan doğrudan demokrasi örnekleri gelmektedir. Bu uygulama biçiminde, halk bir meydana toplanmakta ve önemli konulardaki kararlarını yöneticilere doğrudan bildirmektedir. Atina’da uygulanan bu yöntem antik çağda bilinen ilk demokrasi örneği olmakla birlikte, bu yönetim tarzında, yalnız vatandaşlar demokratik hak ve özgürlüklerden yararlandırılmakta, kölelerin ise hiçbir hak ve özgürlüğü bulunmamaktadır. Toplantılara sadece belli bir yaşın üzerindeki erkek vatandaşlar katılabilmekte, alınan kararlar bir grup tarafından uygulanmaktadır. Atina demokrasisinde her ne kadar eşitlik, oy hakkı, söz hakkı gibi kurallar bulunmasa da, burada uygulanan demokrasi “tek kişinin yönetiminde mutlak ve sınırsız söz sahibi olması” özelliğini taşımamaktadır⁷.

Nitekim daha sonraki yıllarda yönetiminde tek kişinin mutlak ve sınırsız hakimiyetine son vermek için büyük bir çaba gösterilmiştir. Tek kişinin mutlak hakimiyeti, Avrupa’da önce toprak soylularının yönetiminde söz sahibi olduğu feodal sisteme yerini bırakmıştır. Feodal sistemin yıkılması ile birlikte ise güçlü merkezi krallıklara geçilmiş ve toprağa bağlılık yerine tarımsal yapı, zanaat ve ticaretin gelişmesi ile burjuvazi ve beraberinde işçi sınıfı doğmuştur. Merkezi krallıklar ile burjuvazi arasında uzun süren çekişmeler sonucunda monarşiler yıkılmış ve parlamentolu döneme geçiş sağlanarak, klasik batı demokrasisi doğmuştur. Diğer yandan, işçi sınıfının kendini ezdirmemek için giriştiği mücadele sonucu sosyalist akım ortaya çıkmıştır. Üretim araçlarının topluma mal edilmesi, üretimin ihtiyaçlara göre yapılması ve bunların demokratik bir usulle gerçekleştirilmesi şeklindeki görüşleri savunan sosyalist demokrasi ve-veya Marksist demokrasi anlayışı gündeme gelmiştir⁸.

Dolayısıyla tarihsel sürece bakıldığında toplumların gelişme düzeyine bağlı olarak demokrasi kavramına farklı anlamlar atfedilmeye başlandığı ve demokrasinin farklı şekillerde tezahür ettiği görülmektedir.

Egemenliğin kullanılması bakımından demokrasi türleri olarak, doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ve yarı doğrudan demokrasi uygulamalarını sayabiliriz.

⁷ GİRİTLİ İsmet/ SARMAŞIK Jale, Anayasa Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Yeni Bası, 2. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001, s.49; GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Yedinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006, s.115-116.

⁸ GİRİTLİ/SARMAŞIK, a.g.e., s.49-50.

DOĞRUDAN DEMOKRASİ, halkın egemenliği bizzat, aracısız kullanmasıdır. Kökeni halk egemenliği ve egemenliğin devredilmezliği teorisine dayanmaktadır. Bu teorinin temeli ise Rousseau'nun sosyal sözleşme doktrinine ve egemenliğin devredilmezliği kuramına dayanmaktadır. Doğrudan demokraside devlet için gerekli tüm kararlar bizzat halk tarafından alınmaktadır. Doğrudan demokrasi, demokrasi idealine en yakın sistem olarak anılmakla birlikte, gelişen nüfus dikkate alındığında bu sistemin pratikte uygulanma imkanı mümkün olamamaktadır. Günümüzde doğrudan demokrasi sadece İsviçre'nin birkaç kantonunda (Glaris, Unterwald, Appenzell) uygulanmaktadır⁹.

TEMSİLİ DEMOKRASİ, millete ait olan egemenliğin milletin seçtiği temsilciler aracılığı ile kullanılmasıdır. Temsili demokraside seçim temel araçtır. Her ne kadar seçmen ile temsilci arasındaki bağ seçimden seçime kurulmakta ise de dilekçe hakkı gibi usullerle vatandaşın katılımı sağlanmaya çalışılmaktadır. Temsili demokrasi milli egemenlik teorisine dayanmaktadır. Temsilci, seçildiği bölgenin değil, tüm milletin temsilcisi konumundadır. Temsili demokrasi uygulayan ülkelere örnek olarak Türkiye, Almanya, İngiltere, Japonya, ABD, Hollanda'yı saymak mümkündür¹⁰.

YARI DOĞRUDAN DEMOKRASİ, egemenliğin kullanılmasının halk ile temsilcileri arasında paylaştırıldığı demokrasi çeşididir. Yarı doğrudan demokrasi, egemenliğin kullanımının esasen halkın seçtiği temsilcilere bırakılması nedeniyle temsili demokrasiye, referandum gibi araçlarla seçmenlerin egemenliğin kullanılması doğrudan katılmaları bakımından ise doğrudan demokrasiye benzemektedir. Bu çerçevede yarı doğrudan demokrasinin temsili ve doğrudan demokrasinin birleşimi olduğunu söylemek mümkündür. Yarı doğrudan demokraside halk egemenliğe referandum, halk vetosu, halk teşebbüsü ve temsilcilerin azli yollarıyla doğrudan katılmaktadır. Yarı doğrudan demokrasi İsviçre ve İtalya örneklerinde görülmektedir¹¹.

Temelindeki amaca göre demokrasi türleri ise şunlardır:

KLASİK (ÇOĞULCU) DEMOKRASİ, bir başka deyişle çoğulcu veya batı demokrasisi yönetme hakkının çoğunluğu elde eden siyasal iktidara bırakıldığı, yaş ve uyrukluk gibi belli koşullara sahip herkese oy hakkı tanındığı,

⁹ GÖZLER, a.g.e., s.115-116.

¹⁰ DERDİMAN, a.g.e., s.94; GÖZLER, a.g.e.,”s.117.

¹¹ GÖZLER, a.g.e., s.120-124.

genel seçim yolu ile siyasal iktidarın belirlendiği, demokrasinin bir ideoloji değil yönetim biçimi olarak esas alındığı bir demokrasi türüdür. Çoğulcu demokraside insan amaçtır ve her şey insanın mutluluğu içindir. Devlet ise, insanların mutluluğunu demokratik yollarla sağlamakla yükümlüdür¹².

Klasik demokrasi özellikle ekonomik ve sosyal bakımdan gelişmiş batı toplumlarında uygulama alanı bulmaktadır. Her ülkenin ekonomik, sosyal ve toplumsal koşullarının birbirinden farklı olması nedeniyle, uygulamada farklılıklar görülmektedir. Nitekim klasik demokrasi, farklı yönetim sistemlerine örneğin parlamenter sisteme, başkanlık sistemine veya meclis hükümeti sistemine uyum sağlayabilmektedir¹³.

Çoğulcu demokrasinin dayandığı temel ilkeler kısaca şunlardır¹⁴;

- Siyasal çoğulculuk: Tüm düşünce ve inanışların açıkça ortaya konması, kişiler ve toplulukların birbiri ve iktidar ile diyalog kurması mümkündür. İktidarı eleştirme, karşıt görüşler ileri sürme ve seçim yolu ile iktidarı elde etme çoğulcu sistemin temel araçlarıdır.

- Temsil: Halk adına kararlar, temsilciler tarafından alınmaktadır. Temsilciler seçildikleri yeri değil, tüm milletin vekili olarak görev yapmaktadır.

- Seçim: Tüm milletin vekili olarak görev yapacak temsilciler genel oy, eşit oy ve serbest oy esasına dayanan seçim yoluyla belirlenmektedir.

- Çoğunluğun yönetme hakkı: Seçimle iş başına gelen çoğunluk, belli bir süre için kamu işlerini yürütme hakkında sahip bulunmaktadır. Çoğunluğun yönetme hakkı siyasi partiler aracılığıyla gerçekleşmektedir. Siyasal partilerden birinin çoğunluğu sağlayamaması halinde aralarında anlaşan partiler birlikte hükümet kurma (koalisyon) yoluna başvurur. Çoğunluğun aldığı kararların, demokratik ilkelere uygun olarak açıklık ve özgür düşüncenin ortaya konularak tartışılarak alınması gerekmektedir. Nitekim aksi bir durum çoğunluğun diktatörlüğüne dönüşeceğinden, çoğunluk gelenekler, kamuoyu ve anayasa ile sınırlandırılır, çoğunluğun hukuka uygunluğu yargı denetimi ile sağlanır.

- Muhalefet etme özgürlüğü: Çoğulcu demokraside iktidar geçici ve değişken olduğundan, doğal olarak muhalefetin iktidara aday olmak üzere değişik

¹² GÖZÜBÜYÜK, s.23; GİRİTLİ / SARMAŞIK, a.g.e., s.50.

¹³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.23; GİRİTLİ / SARMAŞIK, a.g.e., s.50.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.24-27; GİRİTLİ / SARMAŞIK, a.g.e., s.51-52.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

görüş ve düşünceleri ileri sürebilme özgürlüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda çoğulcu demokraside serbest ve devamlı muhalefet esastır. Muhalefetin sesini duyurması, iktidarın sınırlandırılması ve azınlığın korunması anlamına gelmektedir ve bu gelenekler, kamuoyu ve anayasanın güvencesi altındadır.

- Temel hak ve özgürlüklerin korunması: İktidarın keyfi davranışlarına karşı kişinin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmış, devletin kişi haklarına karışması önlenmek istenmiştir. Bu amaçla temel hak ve özgürlüklerin anayasada yer alması, sınırlamanın ancak yasa ile yapılması, yasaların anayasa uygunluğunun yargısal denetimi öngörülmüştür.

- Yasa önünde eşitlik: Yasaların sosyal, ekonomik, kültürel koşullara bakılmaksızın herkese herhangi bir ayırım yapılmadan uygulanmasıdır.

Klasik yani çoğulcu demokrasi diğer toplumsal kurumlarda olduğu gibi zaman içinde gelişme göstermiştir. Ekonomik ve sosyal etkenlere bağlı olarak çoğulcu demokrasinin temel ilkelerinde gelişmeler olmuştur. Liberal devletten sosyal devlete doğru bir akım başlaması klasik temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra ekonomik ve sosyal hakların doğmasına neden olmuş, devlet ise hem bu hakların hem de kişi haklarının koruyucusu olmuş ve ekonomik yaşama etkin bir biçimde karışmaya başlamıştır. Ancak günümüzde özelleştirme uygulamaları devletin müdahalesi açısından yeni bir gelişme ortaya koymaktadır¹⁵.

ÇOĞUNLUKÇU (MUTLAK) DEMOKRASİ, çoğunluk prensibine dayanmaktadır. Çoğunluk prensibi devletin halkın çoğunluğun iradesine göre yönetilmesi gerektiğine ve çoğunluğun kararının her şeyin üstünde olduğu anlayışına dayanmaktadır. Dolayısıyla bu anlayışa göre çoğunluğun yönetme hakkı mutlak ve bu hakkın azınlık hakları, kuvvetler ayrılığı, çift meclis sistemi, kanunların yargısal denetimi gibi kavram ve kurumlarla sınırlandırılmaması gerekmektedir¹⁶.

MARKSİST DEMOKRASİ, bir başka ifadeyle sosyalist demokrasi, işçi iktidarına dayanan, iktidarın Marksist ideolojinin uygulayıcısı olduğu ve bunu gerçekleştirmek için yönetilenleri zorladığı demokrasi türüdür. Marksizm, batı demokrasisinin gerçek bir demokrasi olmadığı, burjuvazinin çıkarlarını savunma amacı taşıdığını, özgürlüğün sadece burjuva sınıfından olanlar için var olduğunu dolayısıyla batı demokrasisinin biçimsel bir demokrasi olduğu

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.27.

¹⁶ GÖZLER, a.g.e., s.114.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

eleştirisini yapmaktadır. Marksist düşünceye göre, kapitalist düzende siyasal demokrasi kapitalist sınıfın işçi sınıfı üzerindeki egemenliğini gizlemeye yaramaktadır. Dolayısıyla, gerçek demokrasi ancak sınıfsız bir toplumda varlık kazanabilecektir¹⁷.

Marksist demokrasi tek ve bir ideolojiye dayanmaktadır ve çoğulcu ve diyalogcu değildir. İktidar geçici ve değişken olmadığından muhalefet yoktur, komünist parti iktidardır. Marksist demokrasinin dayandığı temel ilkeler kısaca şunlardır¹⁸:

- Marksist ideoloji proletarya egemenliğini kurmak ve komünist aşamaya varmak için devrimler, aşamalar öngörmektedir.

- Toplum gelişmelerinin itici gücü ve yaratıcısı maddi koşullar yani üretim biçimidir. Tüm toplumsal gelişme koşulları ve yasaları üretim biçimlerine göre belirlenmektedir. Toplumun üst yapısı olan hukuk düzeni, rejim, siyasal kurumları temel yapı yaratmaktadır ve sosyalist düzene geçmek için temel yapıdaki değişikliği işçi sınıfı gerçekleştirecektir.

- Tek parti sistemi vardır ve komünist parti Marksist demokrasinin geliştirip yetiştirilmesi görevini yerine getirmektedir.

- Bireyin yüceltilmesi esas olup, özgürlük değil insanın özgürleştirilmesi önemlidir. Ekonomik koşullar, üretim biçimi ve toplum düzeni değişikçe insan özgürleşecektir.

- Sınıf egemenliğine dayalı mülkiyet ortadan kaldırılmalı, üretim araçlarına kamu sahip olmalıdır.

Bilindiği üzere Marksist demokrasi örneği olan ülkelerde bu anlayış kısa sürede çökmüş ve çoğulcu demokrasiye geçme çabaları artmış, devlet üretici ve işletmeci olarak ekonomik yaşamdan uzaklaşmıştır¹⁹.

LİBERAL DEMOKRASİ, batılı toplumsal siyasal örgütlenme tarzının kurumsallaşmış niteliklerini ifade etmektedir. Liberal demokrasi, insan hak ve hürriyetlerinin varlığını esas almakta, bireysel eşitlik ve özgürlüğü tesis etmeye gayret eden toplumsal-siyasal kurumsallaşmanın gerektiğini kabul etmek-

¹⁷ GİRİTLİ / SARMAŞIK, a.g.e., s.52-53.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.47-48.

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.48.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

tedir. Bu çerçevede liberal demokrasi terimi yerine “özgürlükçü demokrasi”, “çoğulcu demokrasi” terimleri de kullanılmaktadır²⁰.

Liberal demokraside, tüm yurttaşlara eşitlik imkanı sağlayan ve onlara rekabet ve katılım imkanı veren kural ve kurumlar öngörülmektedir. Robert Dahl’a göre, liberal demokrasinin asgari usuli şartları özetle şunlardır²¹:

- Seçilmiş görevliler: Devlet politikası ve hükümet kararlarının üzerindeki kontrol yetkisinin anayasal olarak seçilmiş görevlilerce yapılması.

- Kapsayıcı seçme hakkı: Her yetişkinin görevlilerin seçiminde oy kullanması.

- Özgür ve adil seçimler: Yöneticilerin sık aralıklarla yapılan, adil biçimde yürütülen, özgür bir düzen içinde seçimle belirlenmesi.

- Mevki için yarışma hakkı: Yetişkinlerin seçimle belirlenen yönetim mevkileri için yarışma hakkının varlığı.

- İfade özgürlüğü: Cezalandırma tehdidi olmaksızın, siyasal meseleler, yönetim, rejim, ekonomik düzen, yürürlükteki ideoloji dahil her konuda. kendi düşüncelerini ifade etme hakkı.

- Alternatif enformasyon: Alternatif bilgi kaynaklarına ulaşma hakkı.

- Örgütsel özerklik, Yurttaşların ideallerini gerçekleştirebilmek için siyasi partiler ve çıkar grupları da dahil özerk kuruluşlar ve örgütler oluşturma hakkı.

Robert DAHL’ın saydığı bu unsurlara Philippe Schmitter ve Terry Karl iki şart daha eklemektedir. Bunlar, halk tarafından seçilmiş organların, anayasal yetkilerini seçilmemiş organların ezici muhalefetine tabi olmadan kullanabilmeleri ve devletin siyasi sistemler tarafından getirilen baskılardan bağımsız olarak hareket edebilmesi, kendi kendini yönetmesidir²².

PLEBİSTÇİ DEMOKRASİ, doğrudan demokrasinin bir türüdür. Halk referandum veya benzeri araçlarla yönetim üzerinde belirleyiciliğe sahiptir.

²⁰ TUNÇ, a.g.e., s.190.

²¹ TUNÇ, a.g.e., s.191-192.

²² P.C.SCHMITTER – T.L.KARL, “Demokrasi Nedir Ne Değildir, Çev.Levent GÖNENÇ, DEMOKRASİNİN KÜRESEL YÜKSELİŞİ, Derleyen, L.DIAMOND –M.F. PLATTANER, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.73.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Bu sistemde halk siyasi konulardaki düşüncelerini doğrudan yönetime iletebilmektedir²³.

RADİKAL DEMOKRASİ, demokrasiyi sadece bireysel özgürlükler açısından değil aynı zamanda halkın çıkarlarını gerçekleştirecek bir araç olarak kabul etmektedir. Bu yaklaşıma göre halkın katılımının yüksek tutulması gerekmektedir²⁴.

SİBER DEMOKRASİ, bilgisayar ve internet gibi teknolojik araçlar kullanılarak doğrudan demokrasinin sağlanabileceğini savunan anlayıştır²⁵. Teknik açıdan vatandaşların oylarının internet aracılığıyla kullanması mümkün olmakla birlikte, günümüz şartlarında, bu sistemde gizli oy ilkesinin sağlanması mümkün görülmemektedir²⁶.

DÜŞÜK YOĞUNLUKLU DEMOKRASİ, batı kaynaklı olmasına rağmen küresel düzeyde uygulanmaya çalışan liberal demokrasiyi eleştiren bir anlayış ortaya koymaktadır. AMİN, CHOMSKY ve FARNK tarafından yazılan “Düşük Yoğunluklu Demokrasi” eserinde ele alınan kavram gelişmekte olan ülkelerin Batı kaynaklı demokrasilerin yaygınlaştırılması çabalarına karşın getirdikleri alternatif bir bakış açısı olarak açıklanmaktadır²⁷. Düşük yoğunluklu demokrasi anlayışında, ABD ve diğer büyük güçlerin çıkarlarına hizmet edecek şekilde üçüncü dünya ülkelerinin siyasal sistemlerinin yapılandırılması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, Batı, üçüncü dünya ülkelerine demokrasiyi empoze etmeye çalışırken demokrasinin bazı özelliklerini ise sakınmakta, görmezden gelmektedir²⁸.

MİLİTAN DEMOKRASİ, kendi değerlerini korumak amacıyla ifade hürriyetine siyasi örgütlenme hakkına sınırlama getiren demokrasidir²⁹. Bu anlayışa göre demokrasinin işlerliğini azaltmaya yönelik ya da demokrasiye tümüyle aykırı düşüncelerin veya eylemlerin engellenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sürdürülebilir demokrasinin varlığı için militan olması gerekmektedir.

²³ İBA, a.g.e., s.87.

²⁴ İBA, a.g.e., s.87.

²⁵ İBA, a.g.e., s.87.

²⁶ GÖZLER, a.g.e., s. 116.

²⁷ ÖZTOPRAK SAĞIR Meral / KARKIN NACİ, “Demokrasinin Güncel Sorunları ve Demokratik Paradokslar”, Akdeniz İ.İ.B.F.Dergisi, (10) 2005, s.20, www.akdeniz.edu.tr, 08.03.2009.

²⁸ İBA, a.g.e., s.88.

²⁹ GÖZLER, a.g.e., s.124.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

tedir³⁰. Militan demokrasi mücadelecı demokrasi olarak da adlandırılmaktadır. Militan demokrasi bazı düşüncelerin ifade ve düşünce özgürlüğü kapsamı dışında olduğunu benimsemekte, bu kapsamda iftira, küfür, müstehcen ifadeler suç işlemeye teşvik, savaş kışkırtıcılığı, din ve ırk ayrımcılığı vb. ifadeler bu anlayışa göre düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kalmaktadır³¹.

UZLAŞMACI DEMOKRASİ, mutabakatı esas almaktadır. Bu anlayışa göre kanunların yapımında ve kararların alınmasında mümkün olan en geniş mutabakatın aranması gerekmektedir³².

DELEGASYONCU DEMOKRASİ, liderin aşırı kişiselleştiği demokrasi anlayışıdır. Demokrasinin kurumsallaşamadığı ülkelerdeki lidere endeksli durumu işaret etmektedir. Siyasal kurumlar dahil hemen her şeyin lidere endeksli olduğu modeldir³³.

WESTMINSTER MODELİ DEMOKRASİ, çoğunluk hakimiyetini esas almaktadır. Halkın yönetiminin, halkın çoğunluğu tarafından yapılacağını ve halk anlaşmazlık içinde ve çelişen tercihlere sahip ise, hükümetin halkın çoğunluğunun çıkarlarına hizmet etmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu model, İngiliz parlamentosu ve hükümet kuramlarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Westminster modeli, dokuz unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; yürütme gücünün toplanması, iktidarın birleşmesi ve kabine üstünlüğü, asimetrik iki meclislilik, iki partili sistem, tek boyutlu parti sistemi, çoğunlukçu seçim sistemi, tekçi ve merkezîyetçi yönetim, yazılı olmayan anayasa ve meclis ege-menliği ve münhasıran temsili demokrasidir³⁴.

OYDAŞMACI DEMOKRASİ, çoğulcu toplumlardaki çoğunluk yönetiminin demokrasi yerine çoğunluk diktatöryası ve iç çatışma anlamına gelmesi ihtimalinde çatışmadan çok oydaşmayı vurgulayan, dışlayıcı değil kapsayıcı olan ve dar bir çoğunluk yerine yönetici çoğunluğun kapsamını genişletmeye çalışan bir demokrasi modelidir. Bu model Westminster demokrasi modelinin çoğunlukçu özelliklerine karşıtlık oluşturmaktadır. Oydaşmacı modelin

³⁰ İBA, a.g.e., s. 88.

³¹ DERDİMAN, a.g.e., s.117.

³² İBA, a.g.e., s.88.

³³ İBA, a.g.e., s.88.

³⁴ LIJPHART, Arend, ÇAĞDAŞ DEMOKRASİLER, 1986, Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Demeği Ortak Yayını, Çev. Prof.Dr.Ergun ÖZBUDUN, Doç.Dr.Ersin ONULDAN, s.3-6.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

çoğunluğu sınırlayıcı temel özellikleri şunlardır: Yürütme gücünün paylaşılması, resmi ve gayri resmi kuvvetler ayrılığı, dengeli iki meclislilik ve azınlık temsili, çok partili sistem, çok boyutlu parti sistemi, nisbi temsil, yerel ve yerel olmayan federalizm ve yerinden yönetim ile yazılı anayasa ve halk vetosudur³⁵.

Açıklanan bu demokrasi çeşitlerinin dışında koruyucu demokrasi, kalkınmacı demokrasi, plüralist demokrasi, endüstriyel demokrasi gibi çeşitli tanımlara da yer verilmektedir. Diğer yandan özellikle küreselleşme sürecinde küresel güçlerin ısrarla gündeme taşıdıkları, bir başka deyişle siyasi bir model olarak dayatmaya çalıştıkları, müzakereci demokrasi kavramı önem taşımaktadır.

MÜZAKERECİ DEMOKRASİ'nin, devlette kurum ve kuralların oluşturulması, her türlü sorunların çözümünde karşılıklı görüşmeye, danışmaya ağırlık veren bir yaklaşımı esas aldığı ileri sürülmektedir³⁶.

Müzakereci demokrasi, liberal demokrasinin gelişen dünya düzeninde toplumların karşılaştığı sorunların çözümünde yetersiz kaldığı ve meşruiyet bunalımı yarattığı anlayışı çerçevesinde öne sürülen alternatif bir modeldir. Bu anlayışa göre, liberal demokrasinin aksayan yönleri özetle şunlardır³⁷:

- Liberal demokrasi, bireysel niteliği ve vatandaşlarla arasında kurduğu sözleşmeye dayalı bağ nedeniyle azınlık hakları, cinsiyet ayrımcılığı, etnik farklılıklar gibi konularda çözüm üretmekten uzak kalmaktadır.

- Liberal demokraside düzenli seçimlerin yapılması halkın katılımı sağlamakla birlikte, vatandaşların kendileri adına alınan kararlarda etkileri çok azdır ve vatandaşların niyetleri ile onlar adına yapılan siyasal kararlar arasında fark bulunmaktadır. Çünkü temsilcilerin faaliyetleri, bakış açıları ve çıkarları, vatandaşların niyet ve bakış açılarından uzaktır.

- Çoğunluğu ele geçirerek iktidar olan siyasi partinin, bütün yönetim organlarını ele geçirmesi ve iktidar olmaktan kaynaklanan yetkilerini azınlığın çoğunluğun sağladığı haklara ulaşmasını engellemek için kullanması eşit olmayan sonuçlar yaratmakta, demokrasi adil, eşit ve açık tarzda işlememek-

³⁵ LIJPHART, a.g.e., s. 14-18.

³⁶ DİRDİMAN, a.g.e., s.117.

³⁷ SİTEBÖLÜKBAŞI Şaban, "Liberal Demokrasinin Çıkılmazına Çözüm Olarak Müzakereci Demokrasi", Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, (10) 2005, s.139-144, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

tedir. Yöneticilerin kendi çıkarlarına hareket etmeleri, vatandaşa sorumlu oldukları esastan uzaklaşarak yaptıkları hesapsız icraatları ve vatandaşı bilgilendirmemeleri demokratik kurumlara olan güveni sarsmaktadır.

- Çoğunluk yönetimi veya vatandaşlar arasında eşit güç olmamasından kaynaklanan iktidar paylaşımının uygulamada yarattığı sorunlar sosyal dengezliliklere yol açmaktadır.

- Sivil toplum ve siyasi kurumlar içerisinde mevcut olan eşitsizlikler sosyal tercih mekanizmalarının tarafsızlığını etkilemekte, karar alma süreci oluşukları ortamın özellikleriyle değil sadece tercihlerin bir araya getirilmesiyle oluşmaktadır.

- Eşit oy verme ilkesi demokratik katılımı ve katılım bilincini sağlamak ve çoğunluğun iradelerinin siyasal sürece yansımaya neden olmakla birlikte, çoğunluk sağlayamamış farklı görüş ve eğilimlerdeki alt kültür gruplarını sürecin dışında bırakmaktadır.

Küreselleşme ve çok kültürlülüğün gündemde olduğu günümüzde liberal sistem, etnik köken üzerine kurulmuş ulusçuluk olarak algılanmaktadır. Etnik köken üzerine kurulmuş bu anlayışın devletlerin meşruiyetini zayıflattığı, halkla etnisite arasındaki bağın çözülmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu çerçevede bireysel ve grup çatışmasına dayalı geleneksel çoğulcu anlayışı içeren liberal demokrasiye alternatif modeller öne sürülmeye başlanmıştır³⁸.

Alternatif model arayışı ABD eski Başkanı Clinton tarafından, üçüncü bir yol bulunması gerekliliği olarak ifade edilmiştir. Burada üçüncü yoldan kasıt, sivil toplumu güçlendirmek, idarenin aşırılıklarını törpülemek, devlet ve toplumun ortaklık içerisinde olduğu üst bir düzenleme oluşturmak, bu düzenlemenin hem toplumun hem de devletin ihtiyaçlarını karşılamasıdır³⁹.

Liberal sistemi eleştirenler tarafından alternatif bir model olarak öne sürülen sistem müzakereci demokrasi anlayışıdır. Müzakereci demokrasi, vatandaşların bilgilendirildiği ve birbirleriyle bilgi alışverişinde bulunduğu, toplumla ilgili görüşlerin oluşturulmasına katıldığı, siyasi süreçlere dahil olduğu bir modeldir. Bu niteliği itibariyle müzakereci demokrasinin doğrudan demokrasi uygulamasına yakın olduğunu söylemek mümkündür. Müzakereci

³⁸ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m., s.143-144, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

³⁹ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m., s.144-145, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

demokrasi, temsil esası yerine vatandaşların karar alma sürecine katılımına yani kararların müzakere ile oluşmasına vurgu yapmaktadır.

Müzakereci demokraside yasaların meşruiyeti, serbest ve açık bir müzakere şartları içinde oluşmasına ve bu nedenle herkes tarafından mantiki olarak kabul edilmesine bağlıdır⁴⁰. Müzakereci demokraside, her türlü görüşün müzakere sürecine dahil edilmesi esastır. Görüşler sivil toplum kuruluşları tarafından öne sürülmekte; müzakerenin sınırları ise, devlet tarafından belirlenmektedir⁴¹.

Müzakereci demokrasi anlayışı Habermas tarafından işlevsel ve belirli bir zaman arasında varlığı süren bir topluma özgü etik kurallarını içeren bir çerçevede algılanmıştır⁴². Habermas, iletişimsel müzakereci demokrasi ile çoğulcu toplumların demokratik deneyimlerini kavramsal ve kurumsal bir model olarak kuramlaştırmıştır. Habermas müzakereci yaklaşımın temel amacını iletişimci anlamda yeniden yorumlayarak halk egemenliğini vurgulamıştır⁴³.

Habermas, halkı siyaset öncesi varolan bir birlik olarak değil toplumsal sözleşmenin bir ürünü olarak algılamaktadır. Toplumsal sözleşmeyi özgür ve eşit yurttaşların bir araya gelmesiyle kendi koydukları yasaların düzeni içinde yaşama iradesi olarak kabul eden Habermas, toplumsal sözleşmenin niteliği gereği kararların demokratik biçimde işleyen düşünce ve irade süreçleri ile yani katılımı alınması gerektiği görüşündedir⁴⁴.

Habermas'ın müzakereci demokrasi anlayışı, liberal ve cumhuriyetçi modellerin eleştirisi niteliğindedir. Habermas'a göre liberal modelde devlet arabuluculuk fonksiyonu görmektedir. Liberal demokraside vatandaşların statüsü subjektif haklara göre belirlenmekte, bu haklar kişilerin devletten ve diğer kişilerden gelecek müdahalelere karşı korunmasını sağlamaktadır. Liberal modelde politika bireylerin değişik ekonomik çıkarlarını elde etmek için dev-

⁴⁰ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m., s.148, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

⁴¹ TOSUN Gülgün, "Türkiye'de Devlet- Sivi toplum ilişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım", Ege Akademik Bakış, Cilt:1, Sayı:1, Yıl:2001, www.eab.ege.edu.tr., 09.03.2009.

⁴² COŞKUN Mustafa Kemal, "Demokrasi Yanılsaması", Ankara Üniversitesi, DTCF, http://birgun.net, 10.03.2009.

⁴³ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m., s.148, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

⁴⁴ GÖZTEPE Ece, "Yurttaşlığın Kamusal ve Ulusüstü Boyutu : Avrupa Yurttaşlığı ve Göçmen Forumu Örnekleri", s.236-238, http://dergiler.ankara.edu.tr, 10.03.2009.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

lete karşı yürüttükleri işlevsel bir etkinliktir ve bireyler sadece kendi çıkarları için eylemde bulunma ve oy verme ile politika faaliyetinde bulunmaktadır. Cumhuriyetçi modelde ise, eşit bireylerin iletişimsel uzlaşmasına dayanan bir toplum modeli vardır ve siyasi yapıda bireylerin aktif katılımı söz konusudur. Devletin görevi aktif statü haklarının korunması, bir başka ifadeyle düşünce ve irade oluşturma sürecinin güvence altına alınmasıdır. Habermas liberal modeli aktif katılım çerçevesinde ele alırken; Cumhuriyetçi modelin ise demokratik süreci yurttaşların erdemlerine ve etik tavırlarına çok fazla bağımlı kılması ve idealize etmesi nedeniyle eleştirmiştir⁴⁵.

Habermas'a göre söylem kuramı, liberal ve cumhuriyetçi teorilerin özelliklerini temel alarak bunları "ideal bir usul" kavramında bütünleştirmektedir. Usulden kasıt, siyasetin iletişimsel biçimlerinin ve koşullarının kurumsallaştırılmasıdır. Dolayısıyla bu yöntem vatandaşın toplu eylem yerine müzakere ve diyalog aracılığıyla siyasete katılmasını öngörmektedir. Bu durum, liberal ve cumhuriyetçi modellerden farklı olarak, demokrasinin devlet toplum ilişkisi olarak anlaşılmasından ziyade ahlaki ve siyasal olarak eşit kabul edilen bireysel ve kolektif kimliklerin kendi yaşam tarzlarını etkileyen kararlar üzerinde tartışma ve sorgulama imkanı buldukları ve karar alma süreçlerine katıldıkları bir usul öngörmektedir. Önemli olan karar sürecinde tartışan veya müzakere eden fikirlerden hangisinin galip geldiği değil, kararın vatandaşların birbirini dinleyip eleştirdikten sonra sonuca varması ve dolayısıyla benimsenmiş olmasıdır⁴⁶.

Müzakereci demokrasinin kurumsallaşması bakımından diğer yaklaşımlar ise Smith ve Wales tarafından geliştirilen "vatandaş jürileri" modeli ile Evans ve Boyte tarafından geliştirilen "serbest alanlar" modelidir. Vatandaş jürileri, gelişigüzel seçilmiş bir grup vatandaşın belli bir konuyu müzakere etmek üzere bir araya gelmesi, tanık sorgulayabilmesi, bilgi isteyebilmesi ve müzakere sonucunda tavsiye niteliğinde rapor hazırlamalarını öngörmektedir. Serbest alanlar ise, toplum içerisinde herkese açık tartışma ortamları oluşturularak insanların açık ve katılımcı karakterde yeni bir saygı, grup kimliği ve toplumla ilgili işbirliği değerleri ve yetenek öğrenmelerini içermektedir. Bir diğer model ise, sivil kuruluşlara izafe edilen, particilikten uzak ve bağımsız şekilde etkinlik gösteren Vatandaş Birlikleri'dir. Vatandaş birlikleri toplumun önemli konularını müzakere etmek ve bu konularda çözüm üretmek, öneriler

⁴⁵ GÖZTEPE Ece, a.g.m., s.236-238, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, 10.03.2009.

⁴⁶ COŞKUN Mustafa Kemal, a.g.m., <http://birgun.net>, 10.03.2009.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

doğrultusunda harekete geçerek gerekli mekanizmaları etkilemek amacıyla toplanmaktadırlar⁴⁷.

Genel anlamda müzakereci demokrasi anlayışı temel olarak şu argümanlara dayanmaktadır⁴⁸:

- Müzakereci demokrasi, vatandaşların önceden belirlenmiş bir gündem veya amaç olmaksızın gönüllü olarak siyasal görüşmesini, dolayısıyla karşılıklı görüş alışverişi yapmasını ve siyasal hayatla bağ kurmasını sağlamaktadır.
- Müzakereci demokrasi, kişilerin ihtilafları çözmeleri bakımından belli bir ortak faydayı değil, müzakere sonucu oluşturulan herhangi bir ortak faydanın katılanlar tarafından üretilmesini sağlamaktadır.
- Müzakereci demokrasi, birbirini anlamayı ve siyasi diyalogu hedeflemekte, eşitlikçi ve karşılıklı ikna ilkelerini egemen kılmaya çalışmaktadır.
- Müzakereci demokrasi bireylerin bilgilendirilmesini ve karar alma sürecine aktif katılımını esas alarak, bireylerin önceden belirlenmiş iradesinin değil katılımı ile oluşturduğu iradesini meşruiyetinin kaynağı olarak görmektedir.
- Müzakereci demokrasi, bireylerin birbirleriyle müzakere ederek değişik fikirleri de görmeleri, karşılıklı etkileşimde bulunmaları, karar alma süreci içine dahil olarak müzakere ile ortak bir noktada buluşmaları ve bu süreçte yer almaları nedeniyle kararları benimsemelerini sağlamaktadır.
- Demokratik müzakere, karşılıklı saygı ve tanımayı teşvik ederek, kişilerin toplumsal çıkarların daha ağırlıklı olması gerektiğini benimsemelerini sağlar ve derin görüş ayrılıkları içermeyen ihtilafların daha kolay çözümlenmesini hedefler.

Greiff'e göre, müzakereci demokrasinin ideal ilkeleri şunlardır⁴⁹:

a. Müzakere tartışma şeklinde yapılmalı ve konu eleştirel biçimde,

⁴⁷ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m, s.154-155, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009

⁴⁸ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m, s.148-156, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

⁴⁹ GREIFF,P. (2000) Deliberative Democracy and Group Representation, Social Theory and Practice, 26 (3), AKTARAN, SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m., s. 149-150, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

- doğruluğunu sınavan kişiler tarafından görüş alışverişi şeklinde gerçekleştirilmelidir.
- b. Müzakere kural olarak herkese açıktır. Kararlardan etkilenecek olan kişilerin müzakereye eşit olarak girme ve katılma hakkı bulunmaktadır.
- c. Müzakereler dış baskı olmaksızın, katılımcıların eşitliğini esas alarak serbest olarak yapılır.
- d. Müzakereler mantığa dayalı uzlaşmayı amaçlar ve şartsız devam ettirilir.
- e. Müzakereler herkesin eşit çıkarlarını düzenleyecek şekilde ihtiyaçların belirlenmesi, tercihlerin değiştirilmesi gibi konuları içerir.
- f. Müzakerenin sonuçları özgürlük ve adil fırsat ilkelerine aykırı olmamalıdır.

Bu çerçevede kısaca özetleyecek olursak, müzakereci demokrasi, vatandaşların karar oluşturma sürecine katılımını öngören, bu sürece katılımı belli bir faydaya ulaşmak için değil karşılıklı bilgi alışverişi ve etkileşim ile ortak bir faydaya ulaşmak olduğunu kabul eden ve meşruluğun bulunan ortak faydanın katılımcı kişiler tarafından benimsenmesi noktasında oluşacağını iddia eden demokrasi modeli olduğunu söylemek mümkündür.

Buraya kadar açıklananlar müzakereci demokrasinin teorik boyutuna yöneliktir. Müzakereci demokrasinin ideal bir model olup olmadığını ortaya koymak için, müzakereci demokrasinin güçlüklerinin ele alınması ve konunun pratik yönünün irdelenmesi gerekmektedir.

Müzakereci demokrasinin ideal olarak gerçekleşebilmesi için müzakere ortamının baskılardan uzak, tarafsız, eşit, açık ve kapsamlı olması gerekmektedir. Ancak uygulamada ihtilafların çözümünün müzakere ile sonuçlandırılacağı dikkate alındığında kişisel çıkarlar karşısında baskılardan uzak bir müzakere ortamının ve tarafsızlığın ne ölçüde sağlanacağı şüphelidir.

Diğer yandan müzakereye katılımın gönüllü olması katılımın düşük olmasına veya zamanla düşmeye başlamasına yol açabilecek, bu durum ise kapsamlılık ilkesine zarar verecektir. Müzakere ortamı kuramsal olarak ön yargılardan ve duygusallıktan uzak akılcı bir temelde ikna yolu ile tartışmaların yapılmasını hedeflemekte iken, kişilerin özel bir eğitim ve çaba gerektiren bu

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

niteliklere sahip olması her zaman mümkün olmayacağından, müzakerelerin önyargılı olması ve istismar edilmesi kolaylaşacaktır. Ayrıca, müzakereci demokraside bireylerin tartışmalara eşit katılımı esas olmakla birlikte, siyasal katılımcıların potansiyel eşitsizliği yani müzakereye diğerinden daha yetenekli oluşu, müzakerenin eşit ve mantıklı bir tartışmanın ürünü olmasını engelleyebilecektir. Bir diğer önemli nokta, müzakere ile vatandaşlar arasındaki ihtilafların çözülmesi hedeflenirken bu ihtilafların müzakere süreci sonunda daha da kutuplaşması veya çoğalması da mümkün bulunmaktadır⁵⁰.

Günümüzde müzakereci demokrasi anlayışı özellikle Avrupa Birliği, ABD ve batılı ülkeler tarafından bazı ülkelere alternatif bir demokrasi modeli olarak sunulmaya çalışılmaktadır. Müzakereci demokrasi anlayışının, katılıma önem vermesi ve karar oluşum sürecinde bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının eleştirel yaklaşımları, fikirleri ve karşılıklı etkileşim halinde bulunulmasına imkan tanınması açısından ideal bir model olarak görünmektedir. Ancak, artan nüfus, toplumsal ihtiyaçlar ve küreselleşme sürecinde devletlerin karşı karşıya kaldığı temel sorunlar dikkate alındığında bu modelin pratikte uygulanmasının mümkün olmadığı, bir başka açıdan, uygulanmasının başka temel sorunlara sebebiyet verebileceği düşünülmektedir.

Nitekim, müzakere ile akılcı kararların alınabilmesi için gerek müzakere sürecinin gerekse müzakereye katılan kişilerin eşit ve tarafsız olması gerekmektedir. Eşitlik statüsel bir eşitliği gerektirdiği gibi, müzakereye katılan kişilerin müzakere yetenekleri ve eğitim seviyeleri bakımından da eşit seviyede bulunmalarını kapsamaktadır. Diğer yandan, müzakere sürecinin tarafsız olması yani baskılardan uzak olması da en önemli kriterdir.

Bu kriterlerin, ülkelerin mevcut siyasi yapıları dikkate alındığında sağlanmasının güçlüğü açıkça ortadadır. Özellikle, parti içi demokrasinin gerçekleştirilemediği, partilerde lider egemenliğinin ön plana çıktığı, Anayasada özel olarak düzenlenmesine rağmen kurumlara müdahale girişimlerinin son zamanlarda sıklıkla arttığı ve medya vb. çıkar gruplarının toplumu yönlendirdiği ülkemizde, müzakereci demokrasi anlayışının tarafsızlık ve eşit bir katılımı uygulanma ihtimalinin düşük olduğu açıktır. Dolayısıyla müzakereci demokrasinin, ülkemize ideal bir model gibi sunulması katılımcı demokrasinin gerçekleşmesi amacından öte; Batılı devletlerin bölünmüş bir Türkiye'den elde edecekleri çıkarları gözetererek geçmişten bu yana empoze etmeye çalıştıkları etnik ve kültürel ayrım temelinde toplumu bölme amacı daha belirgin-

⁵⁰ SİTEMBÖLÜKBAŞI, a.g.m, s.156, www.akdeniz.edu.tr, 09.03.2009.

Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı

dir denilebilir. Bu yaklaşım aynı zamanda küreselleşen dünyada ulus devleti ayrıştırma ve vatandaşlık kavramı yerine küresel toplumun bir bireyi olmayı sağlama ve ülkeyi özerk yönetimlere bölme amacının bir parçasıdır.

Nitekim eski ABD Ankara Büyükelçisi Robert Strawsz Hupe “Amerikanın misyonu milli devletleri gömmek, halkları daha küçük birimlere bölerek yaymaktır...Yeni dünya düzeni, Amerikan imparatorluğuna tüm insanlığın rakip olmadığı evrensel düzenin adıdır.” ifadelerini kullanmıştır⁵¹.

Müzakereci demokrasinin ülkemiz açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer boyutu mevcut demokratik düzenimizin buna ihtiyacı olup olmadığıdır.

14 Mayıs 1998 günü Atatürk Barış Ödülünü alan Prof. Dr. Bernard Lewis “Türkiye’nin demokrasi deneyimi, koşullar ve engeller dikkate alındığında çok başarılı. Fransız Devrimi’nden bu yana 200 yıldan fazla zaman geçti. Bu süre zarfında Fransızlar iki monarşi, iki imparatorluk ve beş cumhuriyet yaşadılar... Bugün Avrupalılar Türkleri yeterince demokratik olmamakla suçluyorlar. Aynı Avrupalılar 200 yıl önceki değil, çünkü Hitler’in, Mussoli’nin ve Laval’in mirasçıları. Oysa Türkiye’de bir Hitler ya da Mussolini hiç olmadı, olacağını da sanmıyorum” demiştir⁵².

Her ne kadar ülkemizde son zamanlarda demokratik sistemimiz son zamanlarda biraz daha yoğun sorunlarla karşı karşıya kalmış olsa da, bu durum demokratik sistemimizin tamamen kötü işlediği veya işlemediği sonucunu doğurmamaktadır. Aksine, ülkemizin bir çok batılı devletten daha demokratik olduğu ve her şeye rağmen işleyen bir demokrasimizin olduğu bir gerçektir. Dolayısıyla gerek yasal düzenlemelerimiz gerekse uygulamamız açısından, ülkemizin anayasal demokratik sistemi bakımından, böyle yeni bir modele ihtiyacı bulunmamaktadır.

SONUÇ

Demokrasi teorilerin gelişme seyri itibariyle, günümüzde tartışılan son modelinin ‘müzakereci demokrasi modeli’ olduğunu söylememiz mümkündür. Müzakereci demokrasi anlayışı ideal bir model öngörmekle birlikte, bu modelin günümüzde pratik olarak uygulanma ihtimali zayıftır. Özellikle küreselleşen dünya ve değişen güç odakları dikkate alındığında, doğrudan de-

⁵¹ SAVAŞ Vural, YÜCE DİVAN DOSYASI, Bilgi Yayınevi, 2009, s.174.

⁵² SAVAŞ, a.g.e., 223.

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

mokrası benzeri bu modelin ideal bir şekilde baskı unsuru olmaksızın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu model, bazı çıkar gruplarının ulus devleti şekillendirme taleplerini kolaylaştıran aracı bir kurum işlevi görebilecektir. Bu nedenle, müzakereci demokrasi anlayışını irdelerken, konunun teorik boyutunun yanı sıra, pratikteki açıklamaya çalıştığımız sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu modelin, ülkemiz açısından uygulanabilirliğini ve uygun bir model olup olmadığını net olarak ortaya koyabilmek mümkün olmamakla birlikte, tercih edilebilir bir model olduğunu söyleyebilmek de oldukça zordur.

1982 ANAYASASI'NIN İNSAN HAKLARI ANLAYIŞININ ULUSLARARASI BELGELER VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Murat YANIK*

ÖZET

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin özellikleri arasında "insan haklarına saygılı devlet anlayışı" yer alırken, aynı konu, 1961 Anayasası'nda "insan haklarına dayanan devlet" şeklinde düzenlenmekteydi. Öğretide ve yargı kararlarında insan haklarına saygılı olmakla, insan haklarına dayalı olmak arasındaki kavram farklılığının, büyük bir yaklaşım ve anlam farklılığı oluşturup oluşturmadığı yoğun tartışmalara konu olmuştur. Günümüzde özellikle Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları sonrasında, bu tartışmanın anlamsızlığı ortaya çıkmıştır. Makalede bu tartışma, uluslararası belgelerdeki düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ele alınmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Anayasa, İnsan Hakları, Anayasa Mahkemesi, Uluslararası Sözleşmeler.

ABSTRACT

While the phrase «the State... respecting human rights » is laid down in the Article 2 of the Constitution of 1982, as one of the characteristics of the Republic, the Constitution of 1961 preferred instead the phrase « the State... based on human rights » as one of the characteristics of the Republic. The question of whether in fact there exists a great deal of difference between the two phrases in terms both of meaning and of the framer's intent posed a heated debate both among the scholars and the judiciary in Turkey until the recent decisions of the Constitutional Court. Today, it may be said that this debate has lost its attractiveness, and is over especially after some of the judgments of the Constitutional Court. Thus, the objective of this paper is to analyze the subject in the light of the judgments of the Constitutional Court and of the international human rights instruments.

KEY WORDS

Constitution, Human Rights, Constitutional Court, International Conventions

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

GİRİŞ

Anayasalar, devletin temel kurum ve kuruluşlarının oluşumunu, çalışmasını ve birbirleri ile olan ilişkilerini; kişilerin temel hak ve hürriyetlerini düzenleyen temel hukuk metinleridir. Anayasaların ortaya çıkışındaki en büyük etmenlerden biri, temel hak ve hürriyetlerin korunmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, 1789 Fransız İhtilâli ve İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden sonra yapılan anayasaların büyük çoğunluğunda insan haklarını kurumsallaştırmak ve korumak için bazı anayasal güvenceler oluşturma yoluna gidilmiştir.

Tarihsel süreç içerisinde, özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından başlayan dönemi “İnsan Hakları Çağı” olarak nitelendirebiliriz. Zira II. Dünya Savaşı'nda insanlığın yaşadığı acı tecrübelerden sonra, sürdürülen kararlı ve tutarlı çabalar sonucunda, insan haklarının salt teorik düzenlemelerde yer almasıyla yetinilmeyip, bu hakların aktif bir şekilde kullanılabilmesi ve etkili bir güvenceye kavuşturulması için yoğun çalışmalar yapılmıştır. Bütün bu çalışmalar sonucunda günümüzde insan haklarının kurumsallaşması, korunması ve güvence altına alınması, bir iç hukuk ve anayasa sorunu olmaktan çıkmış ve uluslararası bir nitelik kazanmıştır.

Nitekim bu yaklaşımın bir sonucu olarak ve Anayasa Mahkemesi'nin kararları doğrultusunda yasa koyucu 2004 yılında Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” düzenlemesine yer vererek, insan haklarının uluslararası niteliğini tartışmasız olarak vurgulamıştır.

Gerçekten günümüzde insan hakları, insanlığın onuru, erdemi ve ortak paydası olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle devletler, insan haklarını çağdaş anlayışa uygun olarak anayasal ve yasal bir düzene kavuşturmak ve olabildiğince sağlam, etkin ve güvenceli bir koruma mekanizmasını yaşama geçirmek zorundadırlar. Bunun sağlanması için çağdaş Anayasaların, insan haklarını sadece düzenlemekle kalmayıp, onları koruyup güçlendirerek, devlete ve diğer kişilere karşı daha etkili bir şekilde ileri sürülebilir hale getirmesi gerekir.

Ülkemizde Senedi İttifak'tan günümüze kadar hazırlanan anayasal belgelerde ve Anayasalarda hep birtakım haklar düzenlenmiş ve koruma altına alınmak istenmiştir. İnsan hakları konusunda en kapsamlı düzenlemeyi yapan

ve insan hakları için belirgin bir güvence sistemi oluşturan ilk anayasa, 1961 Anayasası olmuştur. Bu Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin “insan haklarına dayalı olma” niteliği belirtilmiş ve devletin temel amacının insan haklarını gerçekleştirmek olduğu vurgulanmıştır.

1982 Anayasası ise, temel hak ve hürriyetler konusunda 1961 Anayasası ile benzer düzenlemeler içermekle beraber, 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerini sayarken, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi “insan haklarına dayalı” deyimini kullanmamış, onun yerine “insan haklarına saygılı” kavramına yer vermiştir. 1982 Anayasası'ndaki bu kavram değişikliği nedeniyle, bu anayasa ile 1961 Anayasası arasında insan haklarına yaklaşım bakımından temel bir ayrılık olup olmadığı, doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Elbette bu tartışmada anayasa konusunda bağlayıcı yorum yapma tekeli elinde bulunduran Anayasa Mahkemesi'nin tutumu büyük önem arz etmektedir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin anayasal kuralları ne şekilde yorumlayacağı ve bu konuda ne yönde içtihat oluşturacağı merak edilmiştir. Her ne kadar anayasa koyucu anayasanın insan haklarıyla ilgili kurallarında ve özellikle sınırlandırılması sisteminde çok köklü değişiklikler yapmışsa da, değiştirilemezlik kuralı gereği Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “insan haklarına saygılı” kavramını değiştirememiştir. 1982 Anayasası'nın artık bütüncül bir insan hakları sistematiğinin kaldığından bahsetmek olanaksızdır. Bu nedenle yeni bir anayasanın yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Bu çalışmanın amacı, insan hakları konusundaki doktriner tartışmalara çok fazla girmeden, uluslararası ve bölgesel düzeydeki belgelerde ve 1982 Anayasası'nda insan haklarının ne tür bir yaklaşımla düzenlendiğini ve bu düzenlemeleri, Anayasa Mahkemesi'nin nasıl yorumladığını ortaya koymaktır. Bu bağlamda 1961 Anayasası'nın “insan haklarına dayalı devlet” anlayışı ile 1982 Anayasası'nın “insan haklarına saygılı devlet anlayışı” kavramlarını ve Anayasa Mahkemesi'nin Cumhuriyetin niteliği olarak insan haklarına saygılı devlet ilkesine bakışını irdelemeye çalışacağız.

I. ULUSLARARASI BELGELERDE İNSAN HAKLARI

A. Küresel Ölçekte İnsan Hakları

Küresel ölçekte insan haklarının korunması ile ilgili çalışmaların tamamına bu makalede yer verilmesi mümkün değildir. Ancak, Birleşmiş Milletler (BM) Teşkilatı'nın kurulmasından itibaren geçen süreç içerisinde insan hak-

larının korunması ile ilgili bazı temel belgelerin insan hakları yaklaşımına kısaca yer verilecektir.

a) BM Şartı'nda

BM Şartı'nın Başlangıç bölümünde, Birleşmiş Milletler halkları olarak, temel insan haklarına olan inanç teyit edilmiştir. Şart'ın dikkat çeken önemli tarafı, insan kişiliğinin değerine ve insan onuruna yapılan göndermedir. Burada ayrıca, ulusların eşitliği yanında kadın ve erkek eşitliği de vurgulanmıştır¹.

Aslında BM'nin kurucu belgesi olan Şart'ta sözü edilen "insan haklarına inancın teyit edilmesi", son derece anlamlıdır. Bu ifadenin yer aldığı paragraf, insan hakları için doğrudan bir temel sağlamayı ya da bir argüman ileri sürmeyi hedeflememektedir. Kullanılan "teyit (reaffirm)" ifadesi, insan haklarına zaten mevcut olan inancın yinelenmesi anlamına gelmektedir. Burada özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının insanlığa getirdiği felakete dikkat çekilmekte ve insan haklarına inancın yinelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu şartı imzalayacak olan tüm ulusların *ortak inancı* dile getirilmek suretiyle, insan haklarının insanlığın geleceği için vazgeçilmez önemine dikkat çekilmektedir².

Bununla birlikte, Şart aynı paragrafta, insanın değeri ve insan onuru gibi kavramlara inancı da teyit etmekte ve vurgulamaktadır. Bu kavramlara olan inancın teyidi bir anlamda insan hakları için bir temel belirleme çabası olarak da nitelendirilebilir. Burada, birer ulusal beyanname olan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve Virginia İnsan Hakları Beyannamesi'nde olduğu gibi doğal hukuk temellendirmesine doğrudan bir göndermede bulunulmamıştır. Ancak doğal haklar temellendirmesi dolaylı olarak yapılmıştır. Şöyle ki, insan değeri ve insan onuru gibi kavramlar aslında liberal kuramlarda dahi, Hristiyanlık öğretisinin Aristotelesçi yorumlarından türetilmiştir. Her ne kadar, Liberalizmin fikir babası kabul edilen J. Locke bu kavramları doğrudan kullanmamış olsa da "bütün insanların eşitliği" ya da "doğal hukuka saygı yükümlülüğü gibi" kavramlar Hristiyanlık öğretilerinin bir sonucudur. İnsanın, Tanrının bir imgesi olarak yaratılmış olduğu inancı, insanın başlı başına değerli bir varlık olduğunu vurgulayan temel öğreti olmaktadır. Benzeri görüşlerin T. Jefferson tarafından da ifade edildiğini burada belirtmekle yetinelim³.

¹ Şartın tam metnine BM'nin şu adresinden ulaşılabilir:
<http://www.un.org/en/documents/charter/preamble.shtml> (Çevrimiçi, 10/09/2009).

² MAHONEY, Jack, The Challenge of Human Rights: Their Origin, Development, and Significance, Blackwell Publishing, UK 2007, s. 124-125.

³ MAHONEY, s. 120-124.

BM Şartı'ndaki insan hakları argümanı doğal hukuk temellendirmesi ile sınırlı değildir. Şart, aynı zamanda adaletin sağlanması ve daha iyi bir dünyanın yaratılabilmesi amacıyla insan haklarının tanınması gerektiğine dikkat çekmektedir. Böylelikle, yukarıdaki paragrafta dikkat çekilen doğal hukuk yaklaşımı, yerini daha çok neticeyi ön plana alan (consequentialism) ya da yararçı (utilitarian) kuramlara bırakmaktadır⁴. Bu yönüyle Şart'ın tam anlamıyla pozitivist bir metin olduğu; hatta her hangi bir biçimde felsefi temel arayışının Şart'ta bulunmadığı ileri sürülmüştür⁵. Bu bağlamda Şart, çeşitli hükümlerde herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesinden ve bu hak ve özgürlüklerin gözetilmesinden söz etmektedir⁶.

Şart'ın insan haklarını temellendirmiş olup olmadığına ilişkin bu tartışmalar bir yana, denilebilir ki, Şart pozitif bir metin olarak, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, o güne kadar var olan insan hakları anlayışına somut ve evrensel bir bakış açısı getirmiş ve insan haklarının küresel bir düzlemde korunması idealinin küresel bir örgüt olan BM'nin amaçları arasında olacağını ifade etmiştir⁷.

b) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde

BM Şartı'nın 68. maddesi uyarınca hazırlanan BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek ilan edilmiştir. Beyanname, 48 evet oyuna karşılık 8 çekimser oyla kabul edilmiştir⁸. Beyannameye karşı hiçbir ret oyunun kullanılmamış olması, Beyannamenin (normatif) evrenselliğini teyit edici bir unsur olarak kabul edilmektedir⁹.

⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. MAHONEY, s. 125 vd.

⁵ Louis Henkin's International Law: Politics, Values and Functions, in: STEINER/ALSTON, International Human Rights in Context, Second Ed., 2000 United Kingdom, s. 140.

⁶ BM Şartı'nın şu maddelerinde insan haklarına doğrudan gönderme yapılmaktadır: 1/3, 13/1, 55, 62, 68 ve 76. maddeler. Şart'taki insan hakları referansları (ve Türkçe çevirileri) için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 339-340.

⁷ Bunun somut yansımaları Şart'ın özellikle 68. maddesinde görmek mümkündür: Bu madde açık biçimde, bir BM organı olan Sosyal ve Ekonomik Konseyin, insan haklarının geliştirilmesi (promotion) amacıyla bir komisyon kurmasını öngörmektedir. Bu komisyon, 1947 yılında ilk toplantısını yapmış ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesini hazırlamıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. STEINER/ALSTON, s. 137-138.

⁸ BM'ye üye toplam 58 Devlet arasında çekimser oy kullanan devletler şunlardır: SSCB, Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya, Belarus, Ukrayna, Suudi Arabistan, Güney Afrika Birliği. Bkz. GEMALMAZ, s. 398.

⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla

Genel Kurul, söz konusu belgenin BM'ye üye devletler tarafından ülke halklarınca okunmasının sağlanması için gerekli eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi çağrısında bulunmuştur. Bu çağrıda, söz konusu faaliyetlerin yapılmasında ülkelerin siyasi ve coğrafi konumlarının bir fark yaratmaması gerektiğine özellikle vurgu yapılmak suretiyle, Beyannamede yer alan hak ve özgürlüklerin her türlü siyasi ve coğrafi düşünce farklılıklarının üzerinde evrensel bir karakterinin bulunduğu teyit edilmiştir¹⁰.

Şurası açıktır ki, Beyannamenin ilan edilmesinin ardından gerek küresel düzlemde gerekse bölgesel düzlemde insan haklarının korunması ve gözetilmesi amacıyla pek çok uluslararası sözleşme akdedilmiştir. Bütün bu belgelerin kaynağını Beyannamenin oluşturduğunu söylemek abartılı olmayacaktır. Öyle ki, belge artık uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası kabul edilmekte ve uluslararası kamu düzeni ile sıkı bir bağlantı içerisinde bulunmaktadır¹¹.

Beyannameye imza koyan üye devletlerin, insan haklarına ve temel özgürlüklere *saygı gösterilmesini* taahhüt etmiş olmalarının anlamı nedir? Aslında Beyannameyi hazırlayanlar ve o gün BM Genel Kurulu'nda imzalayan devletler bu belgenin hukuksal olarak bağlayıcı bir metin olmasını öngörmemişlerdi. Onlar daha çok, belgenin eğitim amaçlı olarak yol gösterici bir rol oynayacağını düşünmekteydi. Zira belge, uluslararası bir sözleşme olmayıp, yalnızca bir temel hak ve özgürlükler listesinin ilanı ve hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi için bir çağrı niteliğindedir. Bununla birlikte, bu çağrıda buyurucu bir dil tercih edilmiş, belgede tanımlanmış olan hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesi konusunda üye devletlerin "tam bir takdir haklarının" bulunacağı, bu bağlamda da belgenin bir "tavsiye" kararı olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin öneriler reddedilmiştir¹².

İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 27 vd.

¹⁰ Evrensel Beyannamenin İngilizce metni ve söz konusu çağrıdaki ifadeler için bkz. <http://www.un.org/en/documents/udhr/> (Çevrimiçi, 11/09/2009).

¹¹ Bkz. STEINER/ALSTON, s. 139-142.; GEMALMAZ, s. 406 vd.

¹² Beyannamenin Genel Kurulda kabul edilmesi öncesinde SSCB temsilci, belgenin bir "tavsiye/recommendation" kararı niteliğinde olması gerektiğini, bu nedenle de "ilan/proclamation" ifadesinin değiştirilmesi gerektiğini teklif etmiştir. Dahası SSCB temsilci, belgede yazılı olan hak ve özgürlüklerin ne şekilde ve hangi çerçevede kabul edileceği meselesinin tamamıyla üye devletlerin takdir yetkilerinde olacağını önermiştir. Bütün bu öneriler reddedilmiştir. SSCB'nin Beyannameye çekimsiz oy kullanmış olduğunu da anımsamak gerekir. Söz konusu tartışmalar için bkz. MORSINK, Johannes, Universal Declaration of Human Rights, University of Pennsylvania Press, USA, 1999, s. 295-324.

1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ...

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, her ne kadar bir sözleşme olması nedeniyle uluslararası hukuk açısından bağlayıcı olmasa da, yukarıda belirtildiği üzere bu belgenin örf ve adet hukukunun bir parçası haline geldiği dikkate alınır, uluslararası hukuk açısından da bağlayıcı olduğu sonucuna varılacaktır. Başka bir deyişle, belgeye imza koyan, hatta çekimser kalmış devletler Beyanname'de yazılı hak ve özgürlüklere saygı yükümlülüğü altında olacaktır¹³.

Beyanname'de, "üye devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada gerçekten saygı gösterilmesinin sağlanmasını..." ibaresi yer almaktadır¹⁴. Belirtmek gerekir ki, bu belgede üye devletlerin sistemlerinin "insan haklarına dayanmasından" değil, bu rejimler ne olursa olsun "insan haklarına saygı göstermelerinden" bahsedilmektedir.

c) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'de

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (The International Covenant on Civil and Political Rights), küresel ölçekte medeni ve siyasi hakların en yetkin ve kapsamlı olarak düzenlenmiş olduğu sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 2200 A (XXI) Sayılı Kararı ile 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş; yeterli sayıda üye devletin taraf olma işlemini tamamlamasının ardından 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmede, genel olarak klasik hak ve özgürlüklerin düzenlenmiş olduğunu; buna karşılık ekonomik, sosyal ve kültürel hakların aynı tarihte hazırlanmış olan ikinci bir sözleşmede düzenlendiğini belirtmek gerekir¹⁵.

Sözleşme, Başlangıç (preamble) ve altı bölümden oluşmaktadır. Başlangıç bölümünde, BM Şartı'na gönderme yapılarak, insan haklarına ve özgürlüklerine evrensel olarak *saygının* geliştirilmesi ve bu hak ve özgürlüklerin evrensel olarak gözetilmesinin (observance) üye devletlerin yükümlülüğü olduğu teyit edilmiştir. Yine, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ne göndermede bulunularak, insanın özgürlüğünün ideal bir biçimde sağlanabilmesi

¹³ Belgenin etkileri ve hukuki niteliği hakkında bkz. **GEMALMAZ**, s. 406 vd.

¹⁴ **KUZU, Burhan**, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitapevi, İstanbul 2009, s. 803.

¹⁵ **SUN, Shiyan**, "The Understanding and Interpretation of ICCPR in the Context of China's Possible Ratification," Chinese Journal of International Law, March 2007 için bkz. <http://www.britannica.com/bps/additionalcontent/18/24896935/The-Understanding-and-Interpretation-of-the-ICCPR-in-the-Context-of-Chinas-Possible-Ratification> (Çevrimiçi, 14/08/2009).

Doç. Dr. Murat YANIK

için, onun medeni ve siyasal haklara sahip olması kadar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara da sahip olması gereğine işaret edilmiştir¹⁶.

Sözleşmede birden fazla hak kategorisine yer verilmiştir¹⁷. Ancak bu hakların taraf devletler bakımından güvenceye alınması gerektiği vurgulanırken, sözleşmenin hiçbir yerinde bu ülkelerin yönetimlerinin *insan haklarına dayalı* yönetimler olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Sözleşmenin pek çok yerinde *insan haklarına saygının geliştirilmesinden* ya da *insan haklarının gözetilmesinden* söz edilmiştir. İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için insan haklarına dayalı bir demokratik yönetimin olması gerektiğini düşünmek gerekir.

Nitekim BM İnsan Hakları Komitesi *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi/Republic of Korea* kararında¹⁸ vicdani retçilerin mahkûmiyetlerini m. 18 (din ve vicdan hürriyeti) kapsamında değerlendirmiş; bu maddenin yorumlanmasının zaman içerisinde sürekli bir evriminin olduğuna öncelikle dikkat çekmiştir. Komite, yine zamana bağlı yorumunda, zamanla Sözleşmeye taraf devletlerin ve Komitenin yetkisini tanıyan devletlerin sayısında artışın olduğuna ve bu artışa paralel olarak söz konusu devletlerin vicdani ret konusunda askerlik hizmetine alternatif kamu hizmeti sunmuş olduklarına işaret etmiştir. Komiteye göre, Sözleşmeye taraf olan bütün devletler Sözleşmede yazılı olan hak ve özgürlükleri yargı yetkileri içerisindeki herkes için sağlamakla yükümlüdürler; dahası Sözleşmenin ihlalinin tespit edilmesi durumunda, bu ihlalin ortadan kaldırılması için etkin ve yürütülebilir bir çözümü sunmakla yükümlüdürler. Bu bağlamda Komite, söz konusu çözümü sunması konusunda Kore Cumhuriyeti'ne 90 günlük bir süre tanımıştır.

K.L. v. Peru kararında¹⁹ ise Komite, şikâyetçinin doktor kararıyla hamileliğinin devam ettirilmesinin ve yasal olan kürtaja ulaşmasının engellenmesinin Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Buradaki engellenmenin, bir devlet yasağı olmadığının altı çizilmelidir. Olayda, K.L'nin yaşı (17) ve bayan olması dolayısıyla toplumda kırılğan bir konumda bulunduğu, kendisinin yasal tavsiye alabilecek imkânlardan da yoksun olduğu belirtilmiş ve

¹⁶ <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html> (Çevrimiçi, 10/09/2009).

¹⁷ Sözleşmede, bireysel hakların yanında (m.6-26), ulusların kendi kaderlerini tayin hakları gibi halkların haklarına (m.1) ve sınırlı da olsa azınlık haklarına yer verilmiştir (m.27).

¹⁸ *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea* Comm. Nos. 1321/2004 and 1322/2004: Republic of Korea, 23/01/2007, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004 (*Jurisprudence*).

¹⁹ KL v. Peru, **Communication No. 1153/2003, Views of 22 November 2005.**

devletin aktif olarak bu durumdaki kişilerin sağlıklarıyla ilgilenmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Kuşkusuz bu karar, devletin negatif ödev yükümlülüğünün insan haklarına saygı yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli olmadığı; aynı zamanda pozitif ödev yükümlülüğünün de pek çok durumda söz konusu olduğunun ortaya konulması bakımından önemli bir karardır.

B. Bölgesel Ölçekte İnsan Hakları

Bölgesel ölçekte insan haklarının korunmasından söz ettiğimizde kuşkusuz, üç önemli belge akla gelmelidir: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Bunlardan kuşkusuz en etkin olanı Türkiye'nin de taraf olduğu 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu nedenle de AİHS'ni tarihsel sırayı dikkate almadan en sonda incelemeyi uygun gördük.

a) Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan Devletler Örgütü tarafından San José'de (Costa Rica) 1969 yılında imzalanmış olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmede, medeni ve siyasal hakların yanında (II. Bölüm), ekonomik ve sosyal haklara da yer verilmiştir (III. Bölüm). Sözleşmede ayrıca kişinin haklarının yanında ödevlerine de yer verilmiştir (V. Bölüm)²⁰.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde “taraf devletler bu sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklere saygı göstermeyi taahhüt ederler” ifadesi yer almakta ve aynı maddenin başlığı ise “haklara saygı gösterme yükümlülüğü” şeklinde ifade edilmektedir²¹.

Taraf Devletlerin “haklara saygı yükümlülüğünün” kapsamı noktasında belirtmek gerekir ki, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, klasik hak ve özgürlüklerin kapsamlarının yorumlanması konusunda, Devletlerin negatif ödev konseptinin ötesinde, pozitif ödevlerinin de bulunduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, *Velasquez Rodriguez v. Honduras* kararında²², yaşam hakkının korunmasında devletin pozitif ödev yükümlülüğünün kapsamını or-

²⁰ <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic1.%20Intro.htm> (Çevrimiçi, 10/09/2009); <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-32.htm> (Çevrimiçi, 14/11/2009).

²¹ <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-32.html> (Çevrimiçi, 14/11/2009).

²² *Velasquez Rodriguez Case*, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988): http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_12d.htm (Çevrimiçi, 14/11/2009).

taya koymuştur. Mahkemeye göre, taraf devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü, öncelikle bu Sözleşmede yazılı hak ve özgürlüklerin doğrudan devlet eliyle ihlal edilmemesini gerektirmektedir²³. Burada Mahkeme, saygı yükümlülüğünü devletin negatif ödevi çerçevesinde değerlendirmektedir. Ne var ki, taraf devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünün kapsamı devletin negatif ödev yükümlülüğü ile sınırlı değildir. Mahkemeye göre, Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerin, yargı yetkisi içerisindeki herkes için özgür ve tam olarak gerçekleştirilmesinden ve “sağlanmasından/ensure” da devlet sorumludur²⁴. Burada Mahkeme şüphesiz devletin pozitif ödev yükümlülüğüne gönderme yapmaktadır.

Mahkemeye göre, Angel Manfredo Velásquez Rodríguez’in kaybolmasından dolayı Honduras mercileri tatmin edici ve etkili bir soruşturma yapmamıştır. Rodriguez’in kaybolmasında doğrudan devlet yetkililerinin elinin olması şart değildir. Rodriguez’in yaşam hakkının korunması konusunda devlet yetkililerinin, özellikle olayın akıbetinin ortaya konulması ve sorumluların bulunarak cezalandırılmaları konusunda yeterli soruşturmayı yapmamaları, Devletin Sözleşmenin m. 1/1’den kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelmektedir²⁵.

Rodriguez kararı, insan haklarına saygı ilkesinin belirlenmesinde devletin negatif ödev yükümlülüğünü yerine getirmesinin yeterli olmadığını ortaya koyması bakımından oldukça önemli bir karardır. Bu bağlamda insan haklarının korunmasında, klasik liberalizmin belirlemiş olduğu standartların aşılması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan klasik liberal anlayışın halen ABD Yüksek Mahkemesi’nde hakim olduğunu da söylemek gerekir²⁶. Bu bakımdan da, ulusal hukukların insan haklarının korunması noktasında yetersiz kaldığı alanlarda uluslararası

²³ Velasquez Kararı, paragraf 165.

²⁴ Mahkeme burada, Sözleşmede geçen, “ensure the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to every person subject to its jurisdiction.” ifadesini yorumlamaktadır. Velasquez Kararı, paragraph 166.

²⁵ Velasquez Kararı paragraf 177–182.

²⁶ ABD Yüksek Mahkemesi, DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 US 189 (1989), kararında, Anayasanın Due Process hükmünün devlet dışı aktörlerin müdahaleleri bakımından uygulanmasının söz konusu olmadığını, Anayasayı hazırlayanların bu noktada devlete hiçbir olumlu edim ödevi yüklemeyi düşünmüş olmadıklarını belirtmiştir. Mahkeme, anayasa yorumunda dinamik bir yorum yerine orijinalist bir yorumu benimsemiştir. Karar için bkz. <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=489&invol=189> (çevrimiçi, 14/11/2009).

insan hakları hukukunun sağladığı açılımların insanlığın bugünü ve geleceği açısından ne derece önemli olduğunun altını bir kez daha çizmek gerekir²⁷.

b) Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, 27 Haziran 1981 tarihinde Afrika Birliği Organizasyonu tarafından kabul edilmiş olup, 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şart'ın birinci maddesinde, Organizasyona üye devletlerin, bu Şartta yazılı olan hak ve özgürlükleri tanıyacaklarından (recognize) ve söz konusu hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlamak için gerekli yasa-ya da diğer tedbirleri alacaklarından bahsedilmektedir²⁸.

Afrika İnsan Hakları Komisyonu, Şart'ın 1. maddesindeki yükümlülüğün kapsamını 4. maddesindeki yaşam hakkı çerçevesinde yorumladığı *Amnesty International and Others v. Sudan* kararında²⁹, Sudan'da bir iç savaşın hüküm sürdüğünün farkında olduğunu belirttikten sonra, çatışma bölgelerindeki sivillerin risk altında (kırılgan-vulnerable) durumda bulduklarının altını çizmiş ve bu bölgelerdeki sivillerin korunması konusunda Sudan devletinin uluslararası insancıl hukuka uygun olacak mümkün olan tüm tedbirleri alması zorunluluğuna işaret etmiştir³⁰.

Komisyonun göre yargısız infazların hükümet tarafından soruşturulması her ne kadar olumlu bir adım ise de, soruşturmanın derinliği ve etkinliği yargısız infazların cezalandırılması ve önlenmesi konusunda yetersiz kalmıştır. Bu soruşturmaların, bağımsız kişiler tarafından yürütülmesi gerekmektedir³¹. Komisyonun yerleşik kararları göstermektedir ki, bu türden olaylarda kendisine karşı yöneltilen insan hakları ihlali iddiaları bakımından ispat yükü hükümetin üzerindedir. Hükümet şayet aleyhine yöneltilen ihlal iddialarına karşı kanıt getiremez ise, Komisyon bu iddiaların doğruluğunu (ya da muhtemelen doğru olduğunu) kabul edecektir. Mevcut bilgiler ışığında Komisyon, Sözleşmenin

²⁷ ABD, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamış olmasına karşın henüz bu makalenin yazıldığı tarih itibarıyla onaylamamıştır. Onay ve imza listesi için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-32.html> (çevrimiçi, 25/10/2009).

²⁸ <http://www.hrcr.org/docs/Banjul/afhr3.html> (çevrimiçi, 11/09/2009).

²⁹ *Amnesty International and Others v. Sudan*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Comm. No. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93 (1999): http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/48-90_50-91_52-91_89-93.html (Çevrimiçi, 11/10/2009).

³⁰ *Amnesty International and Others v. Sudan* kararı, paragraph 50.

³¹ *Amnesty International and Others v. Sudan* kararı, paragraph 51.

4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³². Bu kararda Komisyon sözü edilen bu maddeler dışında Sözleşmenin diğer birçok maddesinin de Sudan tarafından ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır³³.

Görüldüğü gibi Afrika İnsan Hakları Komisyonu da, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi gibi, Sözleşmeden kaynaklanan insan haklarına saygı yükümlülüğünü devletin negatif ödev yükümlülüğünün ötesinde pozitif ödev yükümlülüğünü de gerektiren bir çerçevede yorumlamaktadır.

c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyi'ne üye devletler tarafından imzalanmış, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış, 18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren ise Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir³⁴.

Sözleşmenin başlangıç bölümünde açık biçimde BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne atıfta bulunulmakta ve Beyannamenin amacının Beyannamede ilan olunan hak ve özgürlüklerin evrensel ve etkin biçimde tanınmasının ve gözetilmesinin sağlanması olduğuna vurgu yapılmaktadır. Bu çerçevede Sözleşme, temel özgürlüklerin, yeryüzünde adalet ve barışın temelini oluşturduğuna işaret etmektedir.

Beyannamede ilan edilen hak ve özgürlükler listesinin tamamı değil, yalnızca medeni ve siyasi hakların yer aldığı bir kısım düzenlenmiştir. Dolayısıyla Sözleşmede ne ekonomik, sosyal ve kültürel haklara, ne de halkların haklarına yer verilmiştir. Sözleşmenin kuşatıcılığı bakımından eksik olduğu söylenebilir de, etkinliği bakımından yeryüzünde uygulanan en etkin insan hakları sözleşmesi olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır³⁵.

³² Amnesty International and Others v. Sudan kararı, paragraph 52.

³³ Komisyon göre, Sözleşmenin 2, 4, 5, 6, 7.1(a), (c), (d), 8, 9, 10 ve 26 maddeleri ihlal edilmiştir.

³⁴ Sözleşmenin imza ve onay bilgileri için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG> (Çevrimiçi, 02/11/2009), bu tarih itibarıyla Sözleşmeye, Avrupa Konseyi'ne üye olan 47 devlet taraf konumundadır. Ayrıca bkz. **GEMAL-MAZ**, s. 965-967.

³⁵ Christian Tomuschat'ın "The Success Story of the European Convention on Human Rights and A Few Dark Stains," 13 Human Rights L. J. 401 (1992)'deki görüşleri için bkz. **STEINER/ALSTON**, s. 802-803.

Zira Sözleşmenin etkisi ile yalnızca Türkiye iç hukukunu Sözleşme ile uyumlu hale getirmek amacıyla yasalarında pek çok değişikliğe gitmemiş; Avusturya, İngiltere, Belçika, Federal Almanya ve Hollanda gibi ülkeler iç hukuklarında önemli değişikliklere gitmişlerdir³⁶.

“İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan Sözleşmenin 1. maddesinde, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yargı yetkisi [egemenlik alanı] içerisinde bulunan herkes için bu Sözleşmenin I. Bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri temin edeceklerdir (secure³⁷)”. hükmüne yer verilmiştir³⁸.

Taraf devletlerin Sözleşmenin II. Bölümünde tanımlanmış olan hak ve özgürlükler listesi bakımından yükümlülük altına girmelerinin kaynağını Sözleşmenin yukarıda sözü edilen 1. maddesinin oluşturduğu belirtilmelidir. Zira II. Bölümde listelenmiş olan hak ve özgürlükler 1. madde olmaksızın beyan niteliğinden öte bir anlam ifade etmeyecektir. Bu bakımdan birinci maddenin anlamının açıklığa kavuşturulması önemlidir³⁹.

Bazı yazarlar, bu maddenin Taraf devletlere Sözleşmeyi ya da en azından I. Bölümde yazılı olan hak ve özgürlükleri iç hukuklarında doğrudan düzenleme yükümlülüğünü yüklediğini ileri sürmektedirler. Aslında Sözleşme hükümlerinin iç hukukta, yöntem ne olursa olsun tam manasıyla etkinleştirilmesi konusunda bir tartışmanın bulunmadığı belirtilmektedir. Her hal ve karda taraf devletler Sözleşmenin iç hukukta etkin biçimde uygulanmasını sağlamakla ve iç hukuklarındaki düzenlemeleri Sözleşme ile uyumlu hale getirmekle yükümlü olacaklardır. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (kısaca Mahkeme) denetimine tabidir⁴⁰.

Bu bağlamda, bir taraf devlet anayasal sistemine bağlı olarak ya Sözleş-

³⁶ Bu konuda birtakım örnekler için bkz. Andrew Drzemczewski and Meyer Ladewig'in “Principal Characteristics of the New ECHR Control Mechanism...” : in STEINER/ALSTON, s. 801-802.

³⁷ Burada “temin etmek” olarak tercüme ettiğimiz “secure” ifadesinin karşılığı Fransızca metinde, “reconnaittent” olarak verilmiştir ki; bu kelime İngilizce “secure” olarak tercüme edilebileceği gibi “tanımak (recognize)” anlamında da tercüme edilebilir.

³⁸ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>

³⁹ OVEY, Clare & WHITE, Robin C.A., European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, USA, 2002, s. 14.

⁴⁰ OVEY & WHITE, s. 15-18.

mede yazılı hak ve özgürlükler listesini olduğu gibi iç hukuka(örneğin bir yasayla)⁴¹ aktaracak, ya da Sözleşme hükümlerini anayasal olarak iç hukukun doğrudan bir parçası olarak kabul etmek suretiyle –örneğin Türk hukukundaki gibi- bu yükümlülüğü yerine getirecektir. Yöntem ister dualist-ikici, isterse monist-tekçi olsun, taraf devletlerin bu yükümlülüğünün kapsamında bir değişiklik söz konusu olmayacaktır.

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün kapsamı, ilişkili olduğu her bir hak ve özgürlüğün kapsamının belirlenmesiyle doğrudan orantılı bir konudur. Bu bağlamda, Sözleşmenin yaşayan bir organizma olarak nitelendirildiğinin ve böylece Mahkeme tarafından dinamik olarak yorumlandığının altını çizmek gerekir.

Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşmede güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin kapsamı konusunda kendisini Sözleşmeyi hazırlayanların iradesi ile zorunlu olarak bağlı görmediği gibi, Sözleşmenin hazırlandığı dönemde geçerli olan ve klasik liberal anlayışın getirmiş olduğu bir sınırlama mahiyetindeki “*negatif ödev*” konsepti ile de bağlı saymamaktadır.

Mahkeme, *Opuz v. Turkey* kararında, yaşam hakkına yönelik müdahalelerde devlet dışı üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olan eylemlerin dahi Sözleşme çerçevesinde hak ihlaline yol açabileceğini kabul etmiştir⁴². Olayda, aile içi şiddet kurbanı olan başvurucunun annesinin ölümünü engellemek için yetkililerin gerekli tüm özeni göstermemiş olduğuna karar veren Mahkeme, üçüncü kişilerin eylemi nedeniyle de olsa sözleşmenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Öyle ki, hükümetin, yasal mevzuatı gerekçe göstererek “özel hayata müdahale etmemek için” söz konusu tedbirlerin Mahkemenin belirttiği düzeyde alınmadığı yönündeki savunmasını Mahkeme, yaşam hakkının söz konusu olduğu yerde böyle bir müdahalenin haklılaştırılabileceği gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkeme bu kararında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin yukarıda sözü edilen *Rodriguez* kararına atıf yapmış ve Sözleşmede yazılı hak ve özgürlüklerin korunması konusunda taraf devletlerin müdahale etmeme yükümlülüklerinin ötesinde pozitif ödev yükümlülüklerinin bulunduğunu vurgulamıştır. Aslında *Opuz* kararı, üçüncü kişilerin eylemlerinden dolayı devletin

⁴¹ Bu yöntem İngiltere tarafından, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanununun (Human Rights Act of 1998) çıkarılması suretiyle uygulanmıştır.

⁴² *Case of Opuz v. Turkey*, Application No. 33401/02, Judgement of 9 June 2009.

sorumluluğunun oldukça net olarak tayin edildiği bir karar olmaktadır. *Rodriguez* kararında, yaşam hakkına müdahalenin Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği ya da en azından bu konuda çok büyük kuşkular bulunduğu noktasından hareket edilmişti. Halbuki, *Opuz v. Turkey* kararında, yaşam hakkına yapılan müdahalenin Devlete atfedilmemesi konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat burada Devletin kişinin yaşamını korumak için mümkün olan bütün tedbirleri alıp almadığı bu tedbirlerin etkin olup olmadığı sorgulanmaktadır.

Kısaca, Devletin Sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri güvenceye alma noktasında, 1. maddenin başlığında yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğünü” yerine getirmiş sayılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin her bir hak ve özgürlüğün kapsamı konusunda üretmiş olduğu içtihat hukukunu yakından takip etmesi gerekecektir. Zira bu sınırlar, zaman içerisinde değişmekte ve işin doğrusu sürekli bir evrimle genişlemektedir.

II. “İNSAN HAKLARINA DAYANAN DEVLET İLKESİ” VE “İNSAN HAKLARINA SAYGILI DEVLET İLKESİ”NİN KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 Anayasası'nın hazırlanmasındaki temel yaklaşım, 1961 Anayasası'nda tanınmış olan temel hakların çok geniş olduğu, bu hakların kötüye kullanıldığı; buna karşın, yürütmenin elinde çok fazla yetki olmadığı için devletin güçsüz kılınmış olduğudur. 12 Eylül 1980 öncesi yaşanan üzücü olaylar, 1961 Anayasası'nın tanıdığı özgürlükçü ortamın sonucu olarak görülmüş ve yeni Anayasaya bu önyargılı yaklaşım egemen olmuştur. Bu durum Devlet Başkanı Kenan Evren'in Anayasayı tanıtmaya programı çerçevesinde yaptığı konuşmalardan açıkça anlaşılmaktadır⁴³.

1982 Anayasasının temel haklar konusunda getirdiği düzenleme sistematik bakımdan genel olarak 1961 Anayasasının aynısıdır⁴⁴. İki Anayasada da

⁴³ **ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara-2008, s. 65.; Ayrıca Dal'a göre, 1961 Anayasasının her ne pahasına olursa olsun, hatta devleti yıkma pahasına da olsa, kişi mutlaka sahip olduğu hak ve hürriyeti kullanmalıdır şeklindeki düşüncesi, Türkiye'de anarşi ve terörün hukuki kaynağı olmuştur. **DAL, Kemal**, Türk Esas Teşkilat Hukuku, Bilim Yayınları, Ankara 1986, s. 130.

⁴⁴ Temel hak ve ödevlerin düzenlenmesindeki sistematik bakımından 1961 ve 1982 Anayasaları arasında belirgin bir ayrılık gözlenmemektedir. Ancak, bazı yazarlara göre 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin ödev ve sorumluluk kavramları ile birlikte yer almış olması birey-toplum arasında toplum lehine yapılmış olan bir genel tercihin anlatımıdır. Bu durum iki anayasa arasında genel yaklaşım bakımından önemli bir fark oluşturmaktadır. **Gören, Zaffer**, Anayasa ve Sorumluluk, Ankara 1992, s. 54; **GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, Anayasa Hukuku,

temel haklara ilişkin bir takım genel hükümler getirilmiş, arkasından Alman Hukukçu Jellinek'in yapmış olduğu sınıflandırma esas alınarak üç bölüm halinde düzenleme yapılmıştır. Bu bölümler; kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile siyasi haklar ve ödevlerdir.

Anayasanın temel haklara ilişkin genel yaklaşımını ise Anayasanın Başlangıç bölümünde, 2., 5. ve 12. maddelerinde bulmak mümkündür. Anayasanın Başlangıç bölümünün 6. paragrafında “*her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu,*” belirtilmiştir. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddede ise Devlet, “*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*” şeklinde tanımlanmıştır.

Devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddede devletin görevi ise, “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve Demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak sınırlayan siyasal, sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” la sınırlanmıştır.

Anayasa'nın insan hakları konusundaki yaklaşımını ortaya koyan en önemli maddelerden biri de 12. maddesidir. “*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*” başlığını taşıyan bu maddeye göre “*herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*”.

Buna karşılık insan hakları, 1961 Anayasası'nın Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir*” şeklinde düzenlenmişti.

Turhan Kitapevi, Ankara 2002, s. 166.; DAL, s. 86.; KİLİ, Suna “Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 28; TANÖR, Bülent, İki Anayasa, İstanbul 1991, s. 152.

1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ...

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde geçen “insan haklarına saygılı” deyimini ile 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde geçen “insan haklarına dayalı” ifadeleri arasında insan haklarına yaklaşım bakımından temel bir yaklaşım farklılığı olup olmadığı yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Ayrıca, bu iki ifade arasında bir anlam farkı yoksa yeni anayasada bu ifade farklılığı niçin yapılmıştır? sorusu sıklıkla cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

Bazı yazarlar bu iki ifadelendirme şeklinin sadece bir üslup farklılığı olduğunu düşünürken, diğer bir kısım yazarlar ise bu ifade değişiminin basit bir üslup farklılığı olmadığını, bu üslup değişiminin derin bir yaklaşım farklılığından kaynaklandığını savunmaktadır. Gerçekten öğretide Tanör, Soysal ve Yüzbaşıoğlu bu ifadelendirme şeklinin temel bir yaklaşım farklılığı olduğunu savunurlarken⁴⁵, Özbudun, Kuzu ve Gözler bu ifadelendirmenin temel bir yaklaşım farklılığı olmadığını sadece bir üslup farklılığı olduğunu söylemektedir⁴⁶.

Bunun temel bir yaklaşım farklılığı olduğunu savunan yazarlardan Soysal'a göre; temel haklar, insan hakları içinde sadece Türkiye Cumhuriyeti'nce benimsenen, ayrıntılarıyla düzenlenen, belirli bir güvenceye ve özellikle Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere bağımsız yargı organlarının gerçekleştirecekleri koruma yollarına kavuşturulan haklardan meydana gelmektedir. Yazara göre “İnsan Hakları” deyimini, bu temel hakları da içine alacak bir biçimde, fakat onların ötesinde ve üzerinde, bir genel felsefeyi, insana temel değer olarak bakan bir yaklaşımı belirtmektedir. Dolayısıyla Soysal'a göre “İnsan haklarına dayanan devlet”, bu inanç üzerine kurulmuş olan, insanı temel değer olarak kabul eden, kendi varoluş nedenini insan haklarının korunması ya da gerçekleştirilmesi amacına dayandıran devlet demektir. Zira, devlet insan için, insanın insanca yaşaması ve varlığını devam ettirebilmesi için vardır. Oysa 1982 Anayasası'nda devletin “insan haklarına dayanan devlet” olmaktan çıkıp “insan haklarına saygılı” duruma gelmesi, özellikle Anayasa düzenindeki diğer değişikliklerle bir arada düşünüldüğü zaman, çok temel bir yaklaşım

⁴⁵ **TANÖR Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1994, s.196 v.d.; **SOYSAL, Mümtaz**, İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, C.3, s. 47; **SOYSAL Mümtaz**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul 1997, s. 126.; **YÜZBAŞIOĞLU Necmi**, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s. 134.

⁴⁶ **ÖZBUDUN**, s. 109.; **KUZU, Burhan**, 1982 Anayasası'nın Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, Filiz Kitapevi, İstanbul 1990, s. 214; Gözler'e göre “bu iki deyim arasında hukuki sonuçları bakımından hiçbir fark yoktur.” **GÖZLER, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi, Bursa 2000, s. 121.

Doç. Dr. Murat YANIK

farklılığını anlatıyor. İnsan hakları, artık, devletin temeli sayılmaktan, onun “dayandığı” kavramlar ve değerler bütünü olmaktan çıkmıştır⁴⁷.

Aynı yönde düşünen Tanör ise, bu değişiklikle, Anayasanın genel amacının değiştiğini, siyasal felsefesinin tamamen farklılaştığını söylemektedir. Yazara göre; 1961 Anayasası “insan hak ve hürriyetleri” ve “demokratik hukuk devleti” gibi evrensel değerlere dayanan, demokratik ve özgürlükçü bir içeriğe sahip olmasına rağmen demokrasi ve insan hakları kavramlarını kendisi ile özdeşleştirmeyip daha geniş ve evrensel bir perspektif çizmiştir. Oysa 1982 Anayasası’nda demokrasi ve insan hakları sadece Anayasada belirtilenlerden ibarettir. Başlangıcın 5 ve 8. paragraflarında geçen “bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” ve “bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanarak” ifadeleri insan hakları ve demokrasi kavramlarını evrensel boyutlarından kopartarak “millileştirmiş” olmaktadır.⁴⁸

Yine Tanör’e göre, Cumhuriyetin nitelikleri açısından da “insan hakları” bir statü kaybına uğramış görünmektedir. “1961 Anayasası’na göre insan hakları, devletin dayandığı temel ilke ve niteliklerden biriydi, devletin varoluş nedeni bir “insan hakları ülküsü”nden kaynaklanıyordu. Yeni düzenlemeye göre ise, insan hakları artık devletin temel dayanaklarından, içsel ve özsel unsurlarından ve varoluş nedenlerinden biri değildir. Gerçi devlet bunlara “saygılı” davranma borcu altındadır. Ancak, her saygı objesi gibi buradaki de, saygıyı göstermesi gerekenin dışında ve ondan ayrı bir nesnedir. Bu açıdan iki düzenleme biçimi arasında basit bir üslup değişikliği çerçevesini aşan temel bir yaklaşım farkı olduğu söylenebilir⁴⁹.

Aksi görüşü savunan Özbudun’a göre ise, “1961 Anayasasının “insan haklarına dayalı” deyiminin yerine, 1982 Anayasasının “insan haklarına say-

⁴⁷ Gerçekten Soysal’a göre “Devlet başka amaçlar için vardır; 2. maddenin “insan haklarına saygı” dan da öne aldığı ve devleti içine yerleştirdiği kavramlar olan “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı” için vardır. Toplumun huzurunu sağlamak, ulusal dayanışmayı gerçekleştirmek ve adalet anlayışını egemen kılmak çerçevesinde varolan, bu çerçeve içinde yer alan devlet, yine de başıboş ve keyfi davranamayacak, insan haklarına “saygılı” olacaktır. İnsana yine değer verilmesi, insan onurunun yine kulanması gerekecektir ama, insan hakları artık devletin varoluş nedeni olmaktan çıkmıştır”. SOYSAL, s. 126-127.

⁴⁸ TANÖR, s. 196.

⁴⁹ Ayrıca, yazara göre, 1961 Anayasası’nda Türkiye Cumhuriyeti’nin “insan haklarına dayalı” oluşu, herhangi bir kayıt ve şarta bağlı tutulmamışken, yeni Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti’nin “insan haklarına saygılı” oluşu bile “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde” kalmak ve bu sınırları aşmamak zorundadır. İbid. Aynı yönde bkz: SOYSAL, s. 192.

gılı” deyimini kullanmasında bir anlatım farkı ötesinde temel bir anlam ve yaklaşım farkı olduğunu savunmak güçtür⁵⁰.

Diğer yandan maddenin yazılış tarzının uyandırdığı bir başka tereddüt de, “içinde” sözcüğünden sonra bir virgül geldiği için “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” kavramlarının insan haklarını sınırlandırıp sınırlandırmayacağıdır?

Özbudun’a göre bu iki ibarenin virgülle ayrılmış olması sebebiyle insan haklarına saygının, toplumun huzuru ve milli dayanışma ve adalet kavramları ile çerçeveslendirilmiş olmadığının kabulü daha doğru olur⁵¹.

Aksi görüşte olan Tanör’e göre ise, bu yoruma katılabilmek zordur. Anayasa, “otorite-hürriyet dengesinde otoritenin ağırlığı”nı artırmıştır. Ayrıca, bir an için bu deyimlerin insan haklarını sınırlamadığı kabul edilse bile, bunlar Cumhuriyetin niteliklerinin gösterildiği aynı hüküm içinde ve insan haklarına saygı ilkesinden önce belirtilmişlerdir. Bu nedenle insan hakları üzerinde kaçınılmaz bir denge ve denetim rolü oynamaktadırlar. Nitekim maddenin yazılışından doğan bu tereddüt milletvekillerinin ant içmesini düzenleyen 81. maddesiyle giderilmektedir. Maddeye göre: “ ... toplumun huzuru ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsünden...” bahsedilirken iki kavram bloğunun birbirinden virgülle ayrılmamış olması yazarın düşüncesinin dayanağını oluşturur⁵².

Ancak belirtmeliyiz ki, 1982 Anayasası’nın yazımından dolayı ortaya çıkan bu tür sorunlar Anayasanın birçok maddesinde vardır. Anayasa pek çok konuyu uzun ve karmaşık cümlelerle düzenlemeye çalışmıştır. Örneğin Başlangıç bölümü çok uzun bir cümle olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 2. maddede olduğu gibi imla ve yazım hataları Anayasada pek çok yerde vardır⁵³.

⁵⁰ ÖZBUDUN, s. 109.

⁵¹ İbid.

⁵² TANÖR, s. 197.

⁵³ 1982 Anayasası’nın milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddenin son fıkrasında da aynı durum 1995 değişikliğinden önceki halinde vardır. Düzenlemeye göre: Anayasa Mahkemesinin kararında partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na tebliğ edildiği tarihte sona erer. Burada “tarihte” ifadesinden sonra gelen virgül maddeyi değişik şekilde yorumlamaya itecek şekilde anlaşılabilir. Partinin kapatılmasına sebep olan milletvekillerinin üyeliği dava açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği ise kapatma kararının TBMM Başkanlığı’na

Bu nedenle, Anayasanın bir yerinde olup da başka bir yerinde olmayan bir “virgül” farklılığından çok temel sonuçlar çıkarılması doğru değildir.

Kuzu’ya göre ise, “insan haklarına dayanan devlet” ile “insan haklarına saygılı devlet” kavramları arasında büyük bir nitelik farkı yoktur. Zira bu ifadeleri değerlendirirken Anayasanın bütünlüğü içinde ele almak gerekir. 1982 Anayasasının “insan haklarına dayanmadığını, bu haklara sadece saygılı olduğunu” ileri sürmek Anayasanın bütünlüğü içinde pek mümkün değildir⁵⁴.

Yine Kuzu’ya göre, “insan haklarına dayanan” veya “insan haklarına saygılı” devlet olmanın pratik bir faydası da yoktur. Önemli olan soyut ve ideal planda bir haklar listesine saygılı olmak veya dayanmaktan öte, iç hukuktaki somut düzenlemeleri dikkate almaktır. Başka bir deyimle kişinin ulusal ölçeklerde insan değil de, uluslararası ölçekte bir insan olması yanılığısından kurtulmak gerekir. Zira asıl özgürlüklerin oluştuğu veya oluşması gerektiği yer ulusal ölçeklerdir⁵⁵.

Buna karşılık Tanör’e göre, Anayasanın insan haklarına yaklaşımını açıklayan bir başka unsur 2. maddede geçen “Başlangıç’ta belirtilen temel ilkelere dayanan” devlet formülüdür. Anayasanın siyasal felsefesini ortaya koyan bu bölüm “hürriyetçi demokrasi”yi ve insan haklarını “bu Anayasada gösterilene” indirgediği gibi, daha da ileri giderek bireyin ve toplumun ideolojik, kültürel, siyasal ve hatta psikolojik bütün faaliyetlerini yönlendirmektedir⁵⁶.

Anayasanın insan haklarına bakışını gösteren bir başka düzenleme temel haklar ve ödevler arasında kurmuş olduğu bağıdır. 1982 Anayasası ile 1961 Anayasası arasında şekli bakımdan herhangi bir fark yoktur. İkisinin de ilgili kısım ve bölüm başlıkları “ve ödevler” şeklindedir. Bu ifade tarzı hak ve özgürlük arasında doğal bir bağ bulunduğunu anlatmakta ve her hakkın aynı zamanda bir ödevi de ihtiva ettiğini belirtmekteydi. 1982 Anayasası’nın 12. maddesinde herkesin “kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vaz-

tebliğ edildiği tarihte sona erecektir. Bu yorum hükmün yürürlükte olduğu dönemde uygulanmamıştır. Maddeye göre, partinin kapatılmasına sebep olan milletvekilleri ile davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan milletvekillerinin üyeliği kapatma kararının TBMM Başkanlığına tebliği edildiği tarihte sona erecektir.

⁵⁴ KUZU, 1982 Anayasası’nın Temel Nitelikleri, s. 214.; Özsoy ise bu görüşün aksini ileri sürerek, 1982 Anayasası’nın insan haklarına saygıyı temel bir değer olarak algılamayabileceğini belirtmektedir. ÖZSOY, Şule, “1982 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi”, Oğuz İmregün’e Armağan, İHFD., İstanbul 1998, s. 1028.

⁵⁵ KUZU, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri, s. 214.

⁵⁶ TANÖR, s. 198.; Benzer bir görüş için bkz: YÜZBAŞIOĞLU, s. 135.

geçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip” olduğunu belirttikten sonra, ikinci fıkrasında, “temel haklar ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” diyerek sorumluluğu “topluma karşı” hale getirmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde de benzer bir düzenleme vardır. Ancak Bildiride kişinin ödevleri, ancak, “kişiliğin tam ve özgürce gelişmesine olanak veren topluluğa” karşıdır. Oysa, 1982 Anayasası'nda böyle bir ayırım yapılmadan doğrudan topluma, aileye ve diğer kişilere karşı sorumluluk kabul edilmiştir. Bu yaklaşımda yine insan haklarına dayalı devlet değil, 2. maddedeki insan haklarına saygılı devlet ilkesindeki yaklaşımı çağrıştıran bir düşüncedir⁵⁷.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları incelendiğinde 1982 Anayasası'nın özgürlükçü bir şekilde okunabileceği de söylenebilir. Gerçekten Anayasa Mahkemesi, ilk yıllardaki devlete ve otoriteye öncelik tanıyan yorumlarından sonra bu içtihadından dönmüş ve demokratik toplum düzeninden çağdaş batı demokrasilerinin düzenini anlarken, insan hakları yeni ideolojisinin benimsenmesinde önemli bir mesafe almıştır⁵⁸.

Diğer yandan, 1982 Anayasası'nı uluslararası hukuka açan Anayasanın 15. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin “sert çekirdeğini” oluşturan hak ve özgürlükleri, insan hakları deklarasyonlarındaki karakteristiklerine uygun olarak, olağanüstü hallerde bile “kullanılması durdurulamayan” hak ve özgürlükler olarak nitelendirmiş ve güvence altına almıştır⁵⁹. Yine olağanüstü dönemlerde özgürlükler için getirilen düzenlemelerin uluslararası hukuka uygun olacağını belirten bir Anayasanın; olağan dönemlerde öncelikle özgürlükler rejimi yönünden uluslararası insan hakları belgeleri ile uyumlu ve uluslararası hukuka açık olmasını beklemek en doğal hukuk mantığının gereğidir⁶⁰.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İNSAN HAKLARINA SAYGILI DEVLET İLKESİNE YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi, ilk yıllarda 1982 Anayasası'nı devlet otoritesine öncelik verir tarzda ve kuşkucu yazarlara hak verecek şekilde yorumlamıştır. 21.6.1984 günlü 3029 sayılı Tapu Kanunu'nun incelenmesinde Anayasa Mah-

⁵⁷ SOYSAL, s. 128.; YÜZBAŞIOĞLU, s. 137.

⁵⁸ ÇAĞLAR Bakır, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara-1990, s. 97.

⁵⁹ YÜZBAŞIOĞLU, s. 139.; ÇAĞLAR, s. 94, dipnot 74.

⁶⁰ YÜZBAŞIOĞLU, s. 139.

kemesi “1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasasına nazaran devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanımıştır”⁶¹ diyerek Anayasayı pozitivist yorumlamış, metne bağlı kalmıştır. Aynı kararda Başlangıç’ın 7. paragrafına atıfta bulunarak “hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk Milli menfaatlerinin ... karşısında korunma göremeyeceği” ve “Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gerektiği belirlenmiştir”⁶² ifadeleri ile de Anayasayı devletçi ve otoriter bir biçimde okumuştur.

Anayasa Mahkemesi, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu’nun incelenmesi sırasında, temel hak ve hürriyetler konusunda getirilebilecek sınırlamaların sınırını araştırmış, “Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur”⁶³ diyerek, Anayasayı devletçi ve otoriter bir biçimde okumayı sürdürmüş, ayrıca “demokratik toplum” kavramından çağdaş özgürlükçü demokrasiyi değil, salt “Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi”yi anladığını belirtmiştir.

Bununla beraber Mahkeme, daha sonra vermiş olduğu başka kararlarda Anayasayı daha özgürlükçü okuyabilmiştir. 16.06.1985 tarih ve 3233 sayılı kanunla değiştirilen Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nu incelemesi sırasında Anayasanın özgürlüklere bakışını değerlendirmiştir. Bu kararında Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir.

Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtildikten sonra, 5. maddesinde ‘kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya’ çalışmasını”⁶⁴ devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Anayasa Mahkemesi aynı yaklaşımı bir başka kararında “Başlangıçta geçen ‘... hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla

⁶¹ AMK., E.1984/14, K.1985/7, K.t. 13.6.1985, AMKD S.21, s.173.

⁶² İbid., s. 173.

⁶³ AMK., E.1985/21, K.1986/23, K.t. 6.10.1986, AMKD S.22, s.224.

⁶⁴ AMK., E.1985/8, K.1986/27, K.t. 26.11.1986, AMKD S.22, s.365.

1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ...

belirlenmiş hukuk düzeni ...' sözcükleri, özgürlükçü demokratik düzenin gerekleriyle buna uygun hukuk düzenini bir temel olarak"⁶⁵ vurgulamıştır.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında hukuk devletini sadece Anayasa ve kanunlarda gösterilen ilkelerle bağlı saymamış "*Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir*"⁶⁶ diyerek, insan hakları anlayışının hukukun uygar ülkelerce benimsenen ilkelerine uygun olması gerektiğini kabul etmiştir.

Mahkeme, Anayasayı yorumlarken anayasal bazı tartışmalara çözüm getirmeyi de kendisine işlev olarak benimsemiş ve bu tür sorunların çağdaş nitelikteki yorumlarla çözülmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararında "Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında hukukun genel kurallarının Anayasa kurallarından da önde geldiğini belirlemiştir. Bunun yanında "uluslararası sözleşmelere dayalı ulusalüstü bir hukukun ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi gibi kimi ulusalüstü organların verdiği kararların bağlayıcılığı ve insan haklarının ortak değer olarak korunması anlayışı, Anayasa Mahkemesinin getireceği yorumlardaki çağdaş niteliği belirleyen ölçütler haline dönüşmüştür"⁶⁷ diyerek, Anayasa Mahkemesinin insan haklarına bakışında ulusalüstü hukukun esas alındığını vurgulamıştır.

Aynı şekilde Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi incelemesi sırasında da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Mahkemenin milletlerarası normlara başvurduğunu ve bu normların ve ilkelerin Anayasanın üzerinde olduğunu vurguladığını görmekteyiz.⁶⁸

⁶⁵ AMK, E.1986/17, K.1987/11, K.t. 22.5.1987, AMKD S.23, s.223.

⁶⁶ AMK, E.1985/31, K.1986/11, K.t. 27.3.1986, AMKD S.22, s.119.

⁶⁷ AMK, E.1992/1(Siyasi Parti Kapatma), K.1993/1, AMKD S.29, C.2, s.1186-1187.

⁶⁸ Mahkeme 424 ve 425 sayılı KHK için verdiği kararda "Anayasanın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda, olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce milletlerarası hukukun genel ilkelerine sonra da Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir" demıştır. AMK, E.1990/25, K.1991/1, K.t. 10.1.1991, AMKD S.27, C.1, s. 96.

Anayasa Mahkemesi yine aynı konuda çıkan 430 sayılı KHK için de benzer yönde bir yaklaşımda bulunmuş ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme hükümlerinden yararlanarak kararını vermiştir⁶⁹. Ayrıca, aynı kararda olağanüstü hal ilan edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK'lerinin uygulanmasını insan haklarına saygılı devlet ilkesine aykırı kabul etmiştir⁷⁰.

Nitekim 2004 yılında Anayasanın 90. maddesinde yapılan değişiklikle "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" düzenlemesi getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, devletin görevlerini incelediği bir başka kararında ise, devletin insan hakları ile ilgili görevlerinin gittikçe genişlediğini belirterek, demokrasi ve cumhuriyetin korunması ile insan haklarının da korunacağını söylemektedir: "...Devlet vatandaşlarına insanca yaşama şartları sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. Devlet fertlerin hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmek, onları herkesçe faydalanılabilir hale getirmek ödevini yüklenmiştir. Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, Devletin temel amaç ve görevidir. Siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin temel hakları sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlamaları halinde Devletin karışması bir görev olarak ortaya çıkmıştır"⁷¹.

Anayasa Mahkemesi, 3475 sayılı Kanun'un incelenmesi sırasında ise, 2. maddeyi doğrudan esas almış "2. maddeye göre '... adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı' olunması da cumhuriyetin niteliklerindedir. Adalet, hak ve hukuku gözeterek insancıl duyguları rahatlatan soyut ve evrensel bir kavramdır"⁷² diyerek, adalet duygusunu incitecek şekilde yönetsel takdire bırakılan yetkiyi, hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkesine aykırı bulmuştur.

Yukarıdaki alıntılardan da anlaşılacağı gibi Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları ile ilgili yaklaşımını ortaya koyduğu kararlar genellikle hukuk devleti tanımını yaptığı kararlardır. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında hu-

⁶⁹ AMK, E.1991/6, K.1991/20, K.t. 3.7.1991, AMKD S.27, C.1, s. 394.

⁷⁰ AMK, E.1991/6, K.1991/20, K.t. 3.7.1991, AMKD S.27, C.1, s. 405.

⁷¹ AMK, E.1990/15, K.1991/5, K.t. 28.2.1991, AMKD S.27, C.1, s. 172.

⁷² AMK, E.1992/40, K.1992/55, K.t. 31.12.1992, AMKD S. 28, C.2, s. 581.

kuk devletini şu şekilde tanımlamıştır: “Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya 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 bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlettir.”⁷³.

Mahkemenin 1990'lı yıllarda yapmış olduğu bu tanımda insan haklarına saygılı devlet ilkesinin sadece saygıyı ifade etmediği, aynı zamanda bu hakları koruyup güçlendirecek bir devlet anlayışına da işaret ettiği belirtilmektedir. Mahkeme bu yaklaşımı ile insan haklarına saygılı devlet anlayışı ile insan haklarına dayalı devlet anlayışı arasında temel bir fark görmemektedir. Dolayısıyla bu iki kavram arasında temel bir anlam farklılığının olduğunu da düşünmemektedir.

SONUÇ

Yukarıda da değindiğimiz gibi uluslararası ve bölgesel beyanname ve bildirilerde, “üye devletlerin insan haklarına ve temel özgürlüklerine gerçekten saygı gösterilmesinin sağlanmasından” bahsedilmektedir. Bu belgelerde insan haklarının taraf devletler tarafından güvenceye alınması gerektiği vurgulanırken, sözleşmenin hiçbir yerinde bu ülkelerin yönetimlerinin insan haklarına dayalı yönetimler olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Dolayısıyla bu tür belgelerde “dayalı-saygılı” şeklinde bir kavram kargaşasına yer vermeden bütün rejimlerin ne olursa olsun insan haklarına saygı göstermeleri gerektiği vurgulanmaktadır. İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için ise insan haklarına dayalı bir demokratik yönetimin olması gerektiği tartışmasız bir gerçektir. İnsan haklarının güvence altına alınması için etkin hukuksal koruma mekanizmalarının kurumsallaşması ise, insan haklarına dayalı demokratik bir yönetim anlayışının doğal bir sonudur.

Bu bağlamda 1982 Anayasasının insan haklarına yaklaşımında bazı sorunlar olduğu söylenebilir. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından belirtildiği gibi 1982 Anayasasının insan haklarına sadece saygıyı öngördüğünü iddia

⁷³ AMK, E.1992/8, K.1992/39, K.t. 16.6.1992, AMKD S.28, C.2, s.440, AMK, E.1988/39, K.1989/29, K.t. 6.7.1989, AMKD S.26, s.28, AMK, E.1989/35, K.1990/22, K.t. 19.7.1990, AMKD S.26, s.369, AMK, E.1988/36, K.1989/24, K.t. 2.6.1989, AMKD S.25, s.262, AMK, E.1988/34, K.1989/26, K.t. 21.6.1989, AMKD S.25, s.284.

etmek abartılı bir yaklaşımdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, ilk yıllarda bu yaklaşımı haklı kılacak yorumlar yapmasına rağmen, daha sonra verdiği kararlarla istikrarlı bir şekilde bu yaklaşıma katılmadığını açıkça göstermiştir.

Gerçekten Mahkeme, 1982 Anayasası'nın uygulandığı ilk yıllarda, Anayasayı pozitivist bir yaklaşımla yorumlamış ve hürriyetçi demokrasi ile kastedilen şeyin bu Anayasada gösterilenden ibaret olduğunu söylemiştir. Ancak daha sonra tutumunu büyük ölçüde değiştirmiş ve insan haklarından ve demokratik toplum düzeninden anlaşılması gereken şeyin çağdaş demokratik batı ülkelerinde uygulanan ve kabul edilen demokrasi ve insan hakları olduğu fikrini benimsemiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, özellikle 2000'li yıllardan sonra verdiği kararlarında daha da vurgulu bir şekilde 1961 Anayasası'nın ifadesi olan "insan haklarına dayanan devlet" kavramı ile 1982 Anayasası'nın ifadesi olan "insan haklarına saygılı devlet" kavramı arasında herhangi bir anlam ve içerik farklılığının olmadığını ortaya koymuştur. Mahkemenin bu konuda verdiği kararlar tarandığında görülmektedir ki, mahkeme özel ve bilinçli bir kavram tercihi kaygısı duymadan, bu iki kavramı aynı anlama gelecek şekilde kullanmaktadır⁷⁴.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bu iki kavram arasında herhangi bir farklı anlam yüklemesi yapmadan, üstelik 1982 Anayasa'sının 2. maddesinde kullanılan kavram "insan haklarına saygılı devlet" ifadesiyken, bu kavramla aynı anlamda olmak üzere 1961 Anayasası'nın ifadesi olan "insan haklarına dayanan devlet" ifadesini daha sık olarak kullandığı yadsınmaz bir gerçektir. Bu da göstermektedir ki, Anayasa Mahkemesi Anayasa metninde "dayanan" ve "saygılı" kavramlarının yer almasının, herhangi bir yorum veya anlam far-

⁷⁴ Örneğin, AMK, E. 2004/36, K. 2004/92, Kt. 30.6.2004.; AMK, E. 2007/9, K. 2009/4, Kt. 12.3.2009.; AMK, E. 2006/42, K. 2009/73, Kt. 11.6.2009.; AMK, E. 2007/43, K. 2009/51, Kt. 12.3.2009.; AMK, E. 2007/85, K. 2009/42, Kt. 5.3.2009.; AMK, E. 2004/95, K. 2008/156, Kt. 6.11.2008.; AMK, E. 2005/107, K. 2009/23, Kt. 19.2.2009.; AMK, E. 2007/91, K. 2009/25, Kt. 19.2.2009.; AMK, E. 2007/91, K. 2009/25, Kt. 19.2.2009.; AMK, E. 2008/30, K. 2009/96, Kt. 25.6.2009.; AMK, E. 2005/83, K. 2008/110, Kt. 9.5.2008.; AMK, E. 2005/79, K. 2009/38, Kt. 5.3.2009.; AMK, E. 2006/107, K. 2009/28, Kt. 19.2.2009.; AMK, E. 2003/12, K. 2004/69, Kt. 16.6.2004.; AMK, E. 2005/69, K. 2009/61, Kt. 7.5.2009.; AMK, E. 2008/106, K. 2009/54, Kt. 12.3.2009.; AMK, E.: 2006/65, K. 2009/114, Kt. 23.7.2009.; AMK, E. 1999/33, K. 1999/51, Kt. 29.12.1999. Bu kararlarda "insan haklarına dayanan devlet" kavramını kullanan mahkeme, AMK E. 2006/144, K. 2009/87, Kt. 18.6.2009.; AMK, E. 2001/493, K. 2002/11, Kt. 8.1.2002.; AMK, E. 2002/55, K. 2003/8, Kt. 11.3.2003.; AMK, E. 2005/138, K. 2008/124, Kt. 19.6.2008.; AMK, E. 2002/112, K. 2003/33, Kt. 10.4.2003 kararlarında ise "insan haklarına saygılı devlet" kavramını nerdeyse tıpatıp cümleler içerisinde aynı anlamda kullanmıştır. Bütün kararlar için bkz: www.anayasa.gov.tr, 14. 10. 2009.

kına yol açmadığını düşünmektedir. Dolayısıyla, mahkeme buradaki farkın sadece bir üslup ve ifade farklılığı olduğunu kabul etmektedir.

Aslında Mahkemenin böyle bir kavram farklılığına herhangi bir anlam yüklememesi, anayasanın çağdaş bir anlayışla yorumlanması ilkesiyle de uyumludur. Anayasa Mahkemesi'nin, 1982 Anayasası'nın insan hakları anlayışını, iyi niyetli bir yaklaşımla ve olması gereken açıdan ele aldığı söylenebilir. Zira 1982 Anayasası'nın insan hakları anlayışı lâfzi, tarihsel, amaçsal ve bütüncül v.b. değişik yorum yöntemleriyle yorumlandığında Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonuçlara ulaşamayacağı da iddia edilebilir. Ancak 12 Eylül döneminin ürünü, bir miktar haklılık payı olan tüm bu kuşkucu yaklaşımların, Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararları karşısında artık çok fazla bir değeri yoktur.

Diğer yandan, uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olan bir devletin bu kuşkucu yaklaşıma saplanıp, bu sözleşmelerle güvence altına alınmış olan insan haklarını dar bir yaklaşımla ele alması ve bu konuları salt bir iç hukuk sorunu olarak görmesi büyük bir çelişki olacaktır. Nitekim hem Anayasamız, hem de onu yorumlayan Anayasa Mahkemesi (2004 yılındaki Anayasa değişikliğinden önceki kararlarında bile) uluslararası insan hakları sözleşmelerini doğrudan iç hukukun parçası saymakla yetinmemiş, aynı zamanda bu sözleşme hükümlerine kanunlardan daha üst bir konum vermiştir. Dahası Anayasanın 90. maddesinin açık hükmü gereği bu sözleşmelerin anayasaya aykırılıklarının ileri sürülmesi de mümkün değildir.

Bu çerçevede ülkemizin hukuksal olarak “insan haklarına saygı yükümlülüğü” altında olduğunda ve bu yükümlülüğünün gereğini etkin bir şekilde yerine getirmek zorunda olduğunda hiçbir kuşku yoktur. Söz konusu yükümlülüğünün kapsam ve sınırları konusunda yorum yapma yetkisinin ise, iç ve dış koruma kurumları olan Anayasa Mahkemesi, AİHM ve BM İnsan Hakları Komitesi gibi organlarda olduğunda şüphe yoktur.

KAYNAKLAR

- Çağlar, Bakır. Anayasa Yargısı, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler”, Ankara, 1990.
- Dal, Kemal. **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Bilim Yayınları, Ankara 1986.
- Esen, Bülent Nuri. **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması**, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları No:301, Ankara1972.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- Gören, Zafer. **Anayasa ve Sorumluluk**, Ankara 1992.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitapevi, Bursa 2000.
- Gözübüyük, Şeref. **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara 2002.
- Kili, Suna. **Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları**, **Anayasa Yargısı**, Ankara 1984.
- Kuzu, Burhan. **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1990.
- Kuzu, Burhan. **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1997.
- MAHONEY, Jack. **The Challenge of Human Rights: Their Origin, Development, and Significance**, Blackwell Publishing, UK 2007.
- MORSINK, Johannes. **Universal Declaration of Human Rights**, University of Pennsylvania Press, USA, 1999.
- Ovey, Clare & White, Robin C.A. **European Convention on Human Rights**, Third Edition, Oxford University Press, USA, 2002.
- Özsoy, Şule. “1982 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi”, Oğuz İmregün’e Armağan, İHFD., İstanbul 1998.

1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ...

- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2009.
- Sosyal, Mümtaz. **İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği**, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, C.3, s. 47
- Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul 1997.
- STEINER/ALSTON. **International Human Rights in Context**, Second Ed., 2000 United Kingdom.
- Şahin, Kemal. **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Tanör, Bülent. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, İstanbul 1994.
- Tanör, Bülent. **İki Anayasa**, İstanbul 1991.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul 1993.

BOŞ

KORUMA BÖLGE KURULLARI İLE KORUMA, UYGULAMA VE DENETİM BÜROLARI (KUDEB) ARASINDA KANUNDAN KAYNAKLANAN YETKİ ÇATIŞMASI VAR MI?

Doç. Dr. Hasan Nuri YAŞAR*

ÖZET

Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin Kanunda yapılan değişiklikle ihdas edilen KUDEB'lere tanınan yetkilerin, koruma anlayışını zayıflatıcı bir etkisi bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda koruma bölge kurulları ile KUDEB'ler arasında yetki çatışmasının koruma kurullarının aleyhine sonuç doğurup doğurmadığı hususları ele alınmakta ve analiz edilerek, çözüm yolu önerilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Kültür ve Tabiat varlığı, Koruma Bölge Kurulu, KUDEP, sit alanı, inşai ve fiziki müdahale, proje onaylama, avan proje.

SYNOPSIS

Avec cet article, nous avons tenté de connaitre, s'il y a des conflits des règles dans la législation concernant la protection des patrimoines culturels et naturels. On a suivi cette dilemme jusqu'au moins détail des règles en vigueur dans ce domaine et proposé la solution plus convenable au cas traité.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

1. Giriş

Ülkemiz kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda 1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)¹ ile bir koruma düzeni ve aynı zamanda bir koruma kültürü oluşturmuştur. Kanunun “Amaç” başlıklı 1. maddesine göre, “Bu Kanunun amacı; korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmektir”. Görüldüğü üzere, KTVKK, kültür ve tabiat varlıklarını tanımlama ve koruma işlemlerinden oluşan koruma düzeni ile bu düzeni ilke ve uygulama kararları ile yürürlüğe koyacak teşkilatı düzenlemektedir.

Kuşkusuz bu varlıkların korunması yasal kurallar yanında toplumsal sorumluluk da gerektirmektedir. Diğer yandan konunun artan önemi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan uzmanlık alanları dolayısıyla, kültür ve tabiat varlıklarının gereği gibi korunabilmesi için koruma düzeninin ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulması ve koruma kararlarının alındığı kurulların sayıca artırılması sorunları çözmeye yetmemekte başka araçların da koruma düzenine dahil edilmesi gerekmektedir.

Kanun koruma düzenini, 2004 yılına kadar Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları aracılığıyla yürütürken, 2004 tarih ve 5226 sayılı Kanunla eklenen koruma, uygulama ve denetim büroları (KUDEB) ve bu büroları bünyelerinde bulunduran sayısı binleri aşan ilgili idareler (belediyeler, büyükşehir belediyeleri ve il özel idareleri) koruma kurallarının üretimine katılma işleviyle bu faaliyete dahil olmuşlardır. Böylece, Bakanlık merkez teşkilatı bir yana bırakılırsa, bir Koruma Yüksek Kurulu ve sayısı tozu aşan koruma bölge kurulları arasında koruma kurallarının paralel biçimde uygulanmasını sağlayacak araçların tartışma konusu edildiği bir ortama binlerce yeni aktör kazandırılmıştır.

KUDEB'nın yavaş yavaş kurularak, örneğin İstanbul sınırları içinde Büyükşehir Belediyesi ile belediyelerinin bünyesinde göreve başlamasıyla koruma bölge kurulları ile bu bürolar arasında sit alanında kalan tescilli parsel hariç parsellerin yapılaşması ile ilgili bazı yetki tartışmaları doğmuş olduğu görülmektedir. Bu çalışma, sorunu, uygulamada ortaya çıkan klasik idari çekişmeler bakımından değil, bizzat Kanunun maddeleri ve Kanun ile “Koruma,

¹ R.G., Tarih : 23/07/1983, Sayı: 18113.

Uygulama ve Denetim Büroları, Proje Büroları İle Eğitim Birimlerinin Kuruluş, İzin, Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliği² (KUDEB Yönetmeliği olarak anılacaktır) arasındaki çatışmalar yönünden ele alarak, bir analiz yapmayı amaçlamaktadır.

2. Kanun hükümleri arasında çatışma var mı?

KTVKK'nun "Yetki ve yöntem" başlıklı 10/1. maddesine göre, "Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırarak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir". Maddeye 2004 tarih ve 5226 sayılı Kanunla eklenen (sırasıyla) 10, 11, 12. fıkralarına göre, "(Ek fıkra:14/7/2004 – 5226/4 md.) büyükşehir belediyeleri, valilikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur. (Ek fıkra:14/07/2004 – 5226/4 md.) Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir. (Ek fıkra:14/07/2004 – 5226/4 md.) Bu bürolar **koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen** koruma amaçlı imar plânı, **proje** ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler".

2.1. Sit alanlarında inşâî ve fiziki müdahale

KTVKK'nun 57. maddesine 5226 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen (sırasıyla) 6. ve 7. fıkralara göre, "(Ek fıkra: 14/07/2004 - 5226/11 md.) Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların koruma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanununun 21 inci maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tadilat ve tamiratlar; özgün biçim ve malzemeye uygun olarak, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır. Bunların dışında her türlü inşâî ve fizikî müdahale koruma bölge kurulunun izni ile yapılır. (Ek fıkra: 14/07/2004 - 5226/11 md.) Ancak, koruma amaçlı imar plânı onaylanmış sit alanlarında, taşınmaz kültür varlığının bulunduğu parseller dışındaki inşâî ve fizikî müdahaleler, koruma amaçlı

² R.G., Tarihi: 11.06.2005, Sayı: 25842

imar plânı hükümleri doğrultusunda, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır”.

Görüldüğü üzere, 6. fıkrada henüz koruma amaçlı imar planı onaylanmamış sit alanlarında sadece, İmar Kanunu'nun 21. maddesinde sayılan ve ruhsata tabi olmadığı belirtilen basit tamirat ve tadilatlar, bünyesinde KUDEB bulunan idarelerin izin ve denetimi altına alınarak koruma bölge kurullarının yetki alanından çıkarılmış bulunmaktadır. Bu düzenlemenin koruma düzeni bakımından tartışılabilir olmakla beraber, içeriğinin tartışmasızlığı ortadadır.

Buna karşılık, 7. fıkradaki sit alanlarında koruma amaçlı imar planı onaylanmış olmak koşuluyla tescilli parseller hariç parsellerdeki inşai ve fiziki müdahaleler bünyesinde KUDEB bulunan idarelerin izni ve denetimi altında yapılır kuralının, koruma bölge kurullarını devreden çıkarıp çıkarmadığı Kanundaki diğer hükümler birlikte ele alındığında tartışılmalı görünmektedir. Bu tartışmada koruma bölge kurullarının devre dışı bırakıldığı iddiası doğru ise, bunun sonucu olarak, kurulların sit alanlarında tescilli parsel hariç parsellerin yapılaşmasına ilişkin karar alma yetkisi, Kanunun 10/2. maddesine göre sadece uygulamayı denetlemek amaçlı kurulmuş KUDEB'ni bünyelerinde bulunduran idarelere aktarılmıştır. Bünyesinde KUDEB bulunduran idareler ise, İmar Kanunu'nun 21. maddesinde ruhsat verme yetkisine sahip olan belediye ve valiliklerdir. Bu durumda, koruma amaçlı imar planları onaylanmış sit alanlarında tescilli parseller hariç izin ve denetim yetkisi KUDEB üzerinden aslında belediye ve valiliklere (il özel idareleri) aktarılmış olmaktadır.

Gerçi ister koruma bölge kurulları ister KUDEB tarafından izin verilsin ve denetimi yapılsın, ruhsat verme yetkisi her zaman belirtilen idarelerdedir. Ancak, a) KUDEB'lerin ilgili idarelerin bünyesinde olması b) KTVKK'un “*Kararlara uyma zorunluluğu*” başlıklı 61. maddesine göre, “Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına uymak zorundadır” hükmü KUDEB için ayrıca belirtilmediğinden, sit alanlarına ilişkin koruma amaçlı imar planlarının belirlediği yapılaşma kurallarına uygunluğun sağlanmasının uygulamada ne ölçüde gerçekleşeceği tartışması ortaya çıkmış bulunmaktadır.

2.2. İnşai ve fiziki müdahale tanımı

KTVKK'nun “İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı” başlıklı 9. maddesine göre, “(Değişik: 14/7/2004 - 5226/3 md.) Koruma Yüksek Kurulunun

ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşai ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. **Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır**”.

Görüldüğü üzere, 9. madde de inşai ve fizikî müdahalenin içeriği, “esaslı onarım, inşaat, tesisat vs olarak sıralı biçimde sayılırken, “inşaat”, esaslı onarımdan sonra zikredilerek belirtilmiştir. Madde metninin en üst müdahaleden en alta doğru sıralama yaptığı düşünüldüğünde, inşaatın, esaslı onarımdan küçük bir “inşai ve fizikî müdahale” olması gerektiği, dolayısıyla inşaatın “yeni yapı” anlamında kabul edilebilmesi için ise, “inşaat” kavramının “esaslı onarım”dan önce zikredilmesi gerektiği açıktır. Kanunun ifadesi, inşaatın, esaslı onarımdan daha düşük bir “inşai ve fizikî müdahale” olmasını amaçladığını göstermektedir. Ünlü Latin özdeyişine göre, “Kanun, kanun koyucudan akıllıdır”, diğer bir söyleyişle, kanunun koyucu ne düşünürse düşünsün önemli olan, “kanun metni”dir. Dolayısıyla, sıralamanın yanlış yapıldığını iddia etmek başka, kanunu metnin tersine okumaya çalışmak başka şeydir.

Ayrıca, 9. madde de izinsiz müdahale durumu anlatmaktadır. İzinsiz müdahalelerin içinde “inşaat” kavramına yer verilmesi, her inşaatın izne bağlanmak suretiyle yapılabileceğinin mutlak delili sayılamaz. Aksi durumda, izin otomatikleşir ve her başvurana verilmesi gerekli bir hak haline gelir. Oysa sit alanlarının temel özelliği yapılaşmaya sınırlı alanlar olmalarıdır.

2.3. Proje onaylama yetkisi ve inşai ve fizikî müdahale

Sorun KUDEB’nin sit alanlarındaki tescilli parseller hariç parsellerde koruma bölge kurullarından bağımsız ve doğrudan koruma amaçlı imar planlarının uygulanmasına yönelik “inşaat” izni kararı verip veremeyeceği olunca, inşaatın başlamasına olanak veren “proje onaylama” yetkisinin kimde olduğu sorusu gündeme gelmektedir. KTVKK’nun 57. maddenin 7. fıkrasında, inşai ve fizikî müdahaleyi tanımlayan 9. maddeye bir yollama yapılmamış sadece “inşai ve fizikî müdahale” deyimini tekrarlanmıştır: Fakat inşai ve fizikî müdahalenin “inşaat” kavramını içerdiği kabul edilse bile, KUDEB’lerin “proje” onaylama yetkisi KTVKK’nun hiçbir maddesinde zikredilmemiştir.

Buna karşılık, proje onaylama yetkisinin koruma bölge kurulların yetkisinde olduğunu gösteren iki düzenlemeye Kanunda açıkça yer verilmiştir.

Bunlardan *ilki*, Kanunun 57. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesindeki, “(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/11 md.) Koruma bölge kurulu, belgeleri tam olarak koruma bölge kuruluna ibraz edildiği tarihten itibaren, koruma amaçlı imar plânlarını en geç altı ay, uygulamaya yönelik projeleri ise en geç üç ay içinde karara bağlar” kuralıdır. Bu madde ile uygulamaya ilişkin projeleri karara bağlamak (onay, düzelterek onay veya red) yetkisi koruma bölge kurullarına verilmiş ve bu konuda tescilli parseller hariç sit parsellerinin inşaat konusu olduğunda uygulama projelerinin KUDEB tarafından karar bağlanacağına ilişkin bir kurala yer vermemiştir.

İkincisi, kanunun 10. maddesine eklenen 12. fıkradaki, “(Ek fıkra: 14/07/2004 – 5226/4 md.) Bu bürolar **koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen** koruma amaçlı imar plânı, **proje** ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler” kuralıdır. Görüldüğü üzere, bu fıkrada, KUDEB’lerin ancak koruma kurulları tarafından uygun görülen “proje (...) ile inşaat denetimi de dahil” olmak üzere “uygulamayı denetlemekle yükümlü” olduğu açık biçimde belirtilmiştir. Böylece, KUDEB’nin koruma bölge kurullarından bağımsız ya da koruma kurulları tarafından onaylanmayacak veya koruma kurulları kararlarına aykırı olabilecek “yeni bir uygulamaya” yetkili kılınmadığı ortaya çıkmaktadır.

Bu iki kurala karşılık, Kanunun herhangi maddesinde KUDEB’nin proje onaylama yetkisi bulunduğu dair ne bir açık, ne kapalı kural, ne de imalı bir kural mevcuttur. Bu durumda, gerek KUDEB ve gerekse bünyesinde KUDEB bulunduran idarelerin sit alanlarında tescilli parseller hariç parsellere ilişkin proje onaylama yetkisi bulunmamaktadır. O halde, “uygulama projelerini karar bağlamak” yetkisi koruma bölge kurullarında olduğundan KUDEB’nin içinde bulunduğu idarelerin koruma bölge kurulları tarafından karar bağlanmamış projelere dayanarak inşaat izin verme yetkileri olduğu kabul edilemez. Bu sonuçla, koruma bölge kurulları tarafından avan projeleri onaylanmamış söz konusu parsellerde inşaat yapılmasına ilişkin izinlerin ilgili idareler tarafından verilmesinin hukuka açık biçimde aykırı olacağı kanısındayım.

Ayrıca uygulamanın bu duruma rağmen sürdürülmesinin sit alanlarının korunmasını ve koruma amaçlı imar planlarının senkronize biçimde uygulanmasını engelleyeceği, uygulamada zorlukla karşılaşılması durumunda ilgili idarelerin kapsamlı plan değişiklikleri yaparak koruma kurullarının yeterli zamana sahip olmamasından yararlanarak söz konusu parsellere bağlamında,

Kanunla kurulmuş koruma düzenini bozucu birçok kuralı ekleyebileceklerini söylemek yanlış olmaz.

3. Kanun-Yönetmelik çelişkisi var mı?

KTVKK'nun 10, 11 ve 57. maddelerine istinaden çıkarılan KUDEB Yönetmeliğinin "Amaç" başlıklı 1. maddesine göre, "Bu Yönetmeliğin amacı, il özel idareleri, büyükşehir belediyeleri ve Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek, denetimlerini yapmak üzere kurulan koruma, uygulama ve denetim büroları ile il özel idareleri bünyesinde kurulan proje bürolarının ve eğitim birimlerinin kuruluş, çalışma, usul ve esasları ile Vakıflar Genel Müdürlüğü idaresindeki taşınmaz kültür varlıklarının tadilat ve tamiratlarına ilişkin esasları düzenlemektir". Yönetmeliğin 4/16. fıkrasında, inşai ve fiziki müdahalenin, "Esaslı onarım, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı ve benzeri işleri" kapsadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu fıkra, esaslı onarımdan daha ileri bir "inşai ve fiziki müdahale" tanımlanmamış, böylece inşaat 57. maddenin 7. fıkrasındaki "inşai ve fiziki müdahale", Yönetmelikte, esaslı onarım ve daha alt düzeydeki müdahaleleri kapsayan bir içerikle sınırlandırılmıştır.

3.1 KUDEB Yönetmeliği eksik midir?

KTVKK'nun "İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı" başlıklı 9. Maddesinin son cümlesinde, "Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır" denilmektedir. Yönetmeliğin 4/16. maddesinin, Kanunun 9. maddesinin son cümlesinde geçen tanımı "inşaat" terimi hariç alarak "inşai ve fiziki müdahale"nin içeriğini belirlediği görülmektedir.

KUDEB'nin görevleri iki başlık altında toplanabilir. *İlk kural*, KTVKK'nun 57. maddesine 5226 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen 6. fıkra ifade edilen "(Ek fıkra: 14/07/2004 - 5226/11 md.) Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların koruma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21 inci maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tadilat ve tamiratlar; özgün biçim ve malzemeye uygun olarak, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır" kuralıdır. Bu çerçevede dışında kalan her türlü inşai ve fizikî müdahale koruma bölge kurulunun izni ile yapılır kuralı da aynı fıkranın devamında yer almaktadır.

İkinci kural, aynı maddenin 7. fıkrasındaki, “(Ek fıkra: 14/07/2004 - 5226/11 md.) Ancak, koruma amaçlı imar plânı onaylanmış sit alanlarında, taşınmaz kültür varlığının bulunduğu parseller dışındaki inşai ve fizikî müdahaleler, koruma amaçlı imar plânı hükümleri doğrultusunda, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır” kuralıdır. Burada, “inşai ve fizikî müdahale” yasak kapsamından çıkarılmıştır. İnşaat izni verme yetkisi söz konusu olunca, Kanunun 9. maddesinin son cümlesindeki “Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fizikî müdahale sayılır” tanımdan hareketle Yönetmeliğe de, “eksik” olan “inşaat” teriminin eklenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak yukarıda açıkladığımız gibi, inşaat, tescilli parsel hariç sit parsellerinde gerçekleşecek olsa bile, bir proje onayına ihtiyaç vardır ve proje onay yetkisi sadece koruma bölge kurullarında olduğundan, KUDEB’nin koruma kurulu kararı olmaksızın inşaat izni vermesi, proje onayı anlamına geleceğinden mümkün olmamak gerekir. Bu nedenle de, inşaat teriminin Yönetmelikte olmaması bir eksiklik değil, doğru ve yerinde bir düzenlemedir. Aksi durumda, proje onay yetkisinin kanuni dayanaktan yoksun olarak aktarılması söz konusu olurdu.

Yönetmeliğin “inşaat” terimini içermemesi bir eksiklik midir? Gerek bu makalenin ilk kısmında gerekse Kanun-Yönetmelik çelişmesini araştıran bu kısımdaki düzenlemeler Yönetmeliğin bir “eksiklikle malul” olduğunu göstermemektedir. Zira inşaat yapımı “esaslı karar” gerektirmekte, KUDEB ise, koruma bölge kurulları kararlarına dayanan uygulamaları ve en ilerisi mevcut ruhsatlı bir yapının “esaslı onarım” olabilecek inşai ve fizikî müdahale izin ve denetimlerini bünyesinde yer aldıkları idarelerin yapmalarını mümkün kılan bir araç konumundadır. Kuşkusuz bu görevleri de son derece önemli ve kapsamlı olmakla beraber, koruma bölge kurullarının tescilli parsellerdeki görev ve yetkilerinin tescilli olmayan parsellerdeki eşiti/paraleli değildir.

Ancak tescilli parsel dışında kalan sit parsellerinde KUDEB’ler yoluyla koruma bölge kurullarının devre dışı kalmasını amaçlayan bazı “ilgili idareler”, “inşai ve fizikî müdahale”yi yeni bir yapı izni olarak algılamaya başlamış, böylece kendi bünyelerinde yer alan KUDEB onayı ile sit alanlarında yapı ruhsatı verme olanağı yakalamak arzusuna kapılmışlardır. Diğer yandan, henüz KUDEB tarafından onaylanmış avan proje mevcut olmamakla beraber, bu çalışmada karşı çıktığımız koruma kurullarının devre dışı bırakılması görüşünü kabul eden bazı idareler, KUDEB’nin olumsuz yaklaşımına karşın, bizzat kendileri avan projeleri onaylayarak yapı izni vermeye başlamış görünmektedir.

3.2 Yürürlükteki koruma amaçlı imar planları-Yönetmelik çelişkisi

Yukarıda açıkladığımız üzere, Kanun ve Yönetmelik arasında bir çelişki bulunmuyor olmasına karşın, Yönetmeliğin “eksiklikle malul” olduğu görüşü savunulunca, koruma amaçlı imar planlarında genel olarak yer alan “koruma bölge kurulu tarafından onaylanan avan projeye göre uygulama yapılır” biçimindeki plan notlarının Yönetmeliğe aykırı olduğu ve bu nedenle uygulanmayacağı görüşü geliştirilmiştir. Burada, KUDEB Yönetmeliğinin “eksiklikle malul” olduğu görüşünü paradoksal biçimde, eksikliğin yorum yoluyla tamamlanarak uygulanması görüşü takip etmektedir. Buna karşın usulüne uygun olarak yapılarak yürürlüğe girdiğinde tereddüt bulunmayan ve İmar Hukukunda yönetmeliklerden üstün olduğu kabul edilen koruma amaçlı nazım ve uygulama planlarının avan projelere ilişkin notları KUDEB Yönetmeliği gerekçe gösterilerek uygulanmamaktadır ki, bu durumun yeni bir hukuka aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

4. Sonuç

KTVKK'nun “Korunma alanı ile ilgili karar alma yetkisi” başlıklı 8. maddesinde, “(T)escil edilen korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının korunma alanlarının tesbiti ve bu alanlar içinde inşaat ve tesisat yapılıp yapılamayacağı konusunda karar alma yetkisi Koruma Kurullarına aittir (...) Korunma alanlarının tespitinde, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının korunması, görünümünün ve çevreleri ile uyumlarının muhafazası için yeteri kadar korunma alanına sahip olmaları dikkate alınır” denilmektedir.

Anayasanın 124. maddesine göre, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler”. Bu yönetmelikler uygulama yönetmelikleridir. Dolayısıyla bu yönetmelikler, dayanaklarını oluşturan kanunun bütünüyle uygulanmasını sağlayacak kuralları içermek zorundadırlar. Kanuna uygun yapılmadıklarında kanunun uygulanması gerektiğinde şüphe yoktur. Oysa olayımızda, kanuna uygun yapılmadığı ileri sürülen yönetmelik yorumla tamamlanarak kanuna rağmen uygulanmaktadır. Burada söz konusu olan avan proje onaylama yetkisidir.

Yetki kuralları, İdare Hukukunda kamu düzeninden sayılır, yorum yoluyla değiştirilemez. Bu durumda, KUDEB yoluyla, koruma bölge kurullarının yetkisinde olan avan proje onay ve buna dayalı inşaat izni verilmesine ilişkin

Doç. Dr. Hasan Nuri YAŞAR

kararlar, basit bir yetki tecavüzü³ olmayıp, merkezi idare ile yerel yönetim arasında meydana geldiğinden ağır ve bariz bir yetki tecavüzü oluşturur ve yok hükmünde sayılır.

³ GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 131.

2007 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN DOĞURDUĞU TEREDDÜTLER ve ÇÖZÜM YOLLARI

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ*

ÖZET

2007 yılında 5678 sayılı kanunla 1982 Anayasası'nın beş maddesi değiştirilmiş ve iki geçici madde ilave edilmiştir. Bu anayasa değişikliği paketi yedi maddelik bir paket olmasına rağmen, neredeyse madde sayısından daha fazla sayıda tereddüdü ve problemi beraberinde getirmiştir. Anayasa değişikliği gibi bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde, son derece büyük titizlik ve hassasiyet gösterilmesi gerekir. Ancak, anılan Anayasa değişikliği paketindeki problem ve tereddütler, bu titizlik ve hassasiyetin gösterilmediğini ortaya koymaktadır.

“TBMM 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresi 4 yıl mı olacak? 5 yıl mı olacak? 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi 5 yıl mı olacak? 7 yıl mı olacak?” sorusunun cevabı için kazanılmış hak kavramının göz önünde bulundurulması gerekir. Bu durumda 23. Dönem Milletvekillerinin 5 yıl, 11. Cumhurbaşkanı'nın 7 yıl görev yapacağını kabul etmek gerekir.

Artık denilebilir ki 5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği Türkiye'de yarı-başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir. Ayrıca belirtmeliyiz ki ülkemizde bu anayasa değişikliği öncesi de bir problem olarak görülen ve üzerinde sık sık durulan Cumhurbaşkanı-hükümet çatışmasının nasıl aşılabileceği belirsizdir.

ANAHTAR KELİMELER

2007 Anayasa Değişikliği, 11. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanının Görev Süresi, Hükümet Sistemi

ABSTRACT

In 2007, 1982 Constitution was amended by Law No. 5678. By this constitutional amendment, five articles of 1982 Constitution were amended, and two temporary articles were added to 1982 Constitution. Although this constitutional amendment package consists of seven articles, it has brought more doubts and problems than the number of the articles. An activity like a constitutional amendment requires ultimate accuracy and precision. However, the hesitations and problems referred to the consti-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

tutional amendment package have shown that accuracy and precision was not acted.

“Shall Turkish Parliaments 23. Term Deputies officiate for 4 yeared period or 5 yeared period? Will 11. President of Republic of Turkey officiate for 5 yeared period or 7 yeared period?” To answer these questions, the concept of acquired rights must be taken into consideration. Under these circumstances, it must be accepted that Turkish Parliaments 23. Term Deputies will officiate for 5 yeared period and 11. President of Republic of Turkey will officiate for 7 yeared period.

From now on, it can be said that the amendment of 1982 Constitution by Law No. 5678 has brought the semi-presidential government system for Turkey. Moreover, it is unclear how the conflict between the President and the Government which was seen as a problem and often emphasised can be overcome.

KEY WORDS

The 2007 amendment of 1982 Constitution, 11. President of Republic of Turkey, Term of Office of the President of Republic of Turkey, Government System.

GİRİŞ

31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun¹la 1982 Anayasası'nın 77.,79., 96. 101. ve 102. maddeleri değiştirilmiş, Anayasa'ya Geçici 18. ve 19. maddeleri ilave edilmiştir². Bu Anayasa değişikliği paketinin yedi maddelik bir paket olmasına rağmen, neredeyse madde sayısından daha fazla sayıda tereddütü ve problemi beraberinde getirdiğini görmekteyiz. Söz konusu değişikliğin hükümlerinin henüz uygulama aşamasına gelmediği için, bu değişikliğin doğuracağı problem ve tereddütlerin yoğun bir şekilde tartışılmadığını söyleyebiliriz. Ancak, gerek değişiklik sonrası ilk Milletvekili genel seçimi sürecinde, gerekse 12. Cumhurbaşkanı seçimi sürecinde tartışmanın yoğunlaşacağını ve şiddetleneceğini tahmin etmek güç değildir.

Acaba TBMM 23. dönem Milletvekillerinin görev süresi 4 yıl mı olacak? 5 yıl mı olacak? 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi 5 yıl mı olacak? 7 yıl mı olacak? Anayasa'nın 77. maddesinde Milletvekillerinin görev süresi değişiklikle dört yıl olarak belirlenmişken, Anayasa'nın 94. maddesinde TBMM Başkanlık Divanının görev süresi 2+3= 5 yıl olarak kalmaya devam etmiştir. Bu çelişki nasıl aşılacak? Bu Anayasa değişikliğinin içeriği değerlendirildiği zaman, değişikliğin ülkemizdeki hükümet sistemi üzerinde nasıl bir etkisi olacaktır? Doğabilecek olumsuz etkiler neler olabilir? Bu olumsuz etkileri gidermek için ne yapılmalıdır? gibi birçok soru cevap beklemektedir. Bu makale ile sayılan tereddütler ve problemler ayrıntılarıyla ortaya konulmuş ve çözüm yolları tespit edilmeye çalışılmıştır.

I. DEĞİŞİKLİĞİN GETİRDİKLERİ

A. Anayasa'nın 77. Maddesinde Yapılan Değişiklik

5678 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 77 nci maddesinin birinci fıkrasında geçen

¹ Halkoyuna sunulmak üzere 16/6/2007 tarihli ve 26554 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 16/10/2007 tarihli ve 5697 sayılı Kanunla değişik 31/5/2007 tarihli ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 21/10/2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31/10/2007 tarihli ve 26686 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yapılan halkoylamasına ülke genelinde kayıtlı olan 42.690.252 seçmenden 28.819.319 seçmen halkoylamasına katılmış, geçerli oyların 28.167.651 olduğu, bunlardan 19.422.714'ünün "Evet", 8.744.947'sinin "Hayır" oyu olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda halkoylamasına katılım oranının % 67,51, geçerli oylar üzerinden Evet oylarının % 68,95, Hayır oylarının ise % 31,05 olduğu anlaşılmıştır.

² Bu değişiklik sürecine ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Erdal ONAR, "1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler", Prof.Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.487-546.

“beş” ibaresi “dört” olarak değiştirilmiştir.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece, Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri beş yılda değil, dört yılda bir yapılması yönünde bir değişikliğe gidilmiştir.

B. Anayasa'nın 79. Maddesinde Yapılan Değişiklik

5678 sayılı kanunun 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasında geçen “seçim tutanaklarını” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını” ibaresi; son fıkrasında geçen “halkoyuna sunulması” ibaresinden sonra gelmek üzere “, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi” ibaresi eklenmiştir.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece Anayasa'nın Yüksek Seçim Kurulu'nun görev alanının kapsamını düzenleyen 79. maddesinde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin görev ve yetkilere de yer verilmiş oldu. Bu ilavenin Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişikliğin getirdiği bir zorunluluk ve bu değişikliklere 79. maddenin uyumlu hale getirilmesi amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

C. Anayasa'nın 96. Maddesinde Yapılan Değişiklik

5678 sayılı kanunun 3. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 96 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.””

hükmüne yer verilmiştir.

Bu değişiklikle meşhur “367 Krizi”³ ya da “Cumhurbaşkanı seçememe krizi” ile birlikte Anayasa Mahkemesi'nin 11. Cumhurbaşkanının seçimi ile

³ “367 Krizi” ya da Anayasa Mahkemesinin meşhur 367 kararı için bkz. Sami SELÇUK, “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM'nin 367 Kararı”, Prof.Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.579-634.; Ece GÖZTEPE, “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, Prof.Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.339-364.; Cem EROĞUL, “2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, Prof.Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, AÜSBF Dergisi, Temmuz-Eylül 2007, s.167-181.; ONAR (2008), s.488 vd.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

ilgili olarak verdiği iptal kararı⁴ üzerine ileride TBMM'nin toplantı yeter sayısı ile ilgili olarak doğabilecek tereddütler giderilmiş oldu. Bu değişikliğin TBMM'nin çalışmalarının daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve en azından toplantı yeter sayısı ile ilgili tikanlıkların yaşanmasının önüne geçilmesi adına olumlu olduğunu kabul etmek gerekir.

D. Anayasa'nın 101. Maddesinde Yapılan Değişiklik

5678 sayılı kanunun 4. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

“MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir.

Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.””

hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 101. maddesinin bu son haline göre, artık Cumhurbaşkanı doğrudan halkoyu ile, en fazla iki defa olmak üzere, beş yıl için seçilecek; bir milletvekili tek başına aday olamayacak; en az yirmi milletvekili ya da en son yapılan genel seçimlerde toplam yüzde on oranında geçerli oyu almış partiler ortak aday gösterebileceklerdir.

⁴ Anayasa Mahkemesi, K.T. 1.5.2007, E.2007/45, K.2007/54, R.G. 27.05.2007, S.26565. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2007-54.htm>) (E.T.24.10.2009.); Yürürlüğü Durdurma Kararı için bkz. E.2007/45, K.2007/21 (Yürürlüğü Durdurma) (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK07-21.htm>)(E.T.24.10.2009.)

E. Anayasa'nın 102. Maddesinde Yapılan Değişiklik

5678 sayılı kanunun 5. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 102 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 102 – Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır.

Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir."

hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın bu maddesi, Cumhurbaşkanının halkoyu ile seçiminin nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

F. Anayasa'ya Eklenen Geçici 18. Madde⁵

5678 sayılı kanunun 6. maddesi ile Anayasa'ya geçici 18. madde eklenmiştir. Bu madde, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 67 nci maddesinin son fıkrası, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılabilmesi için; çıkarılması gereken kanun hükümleri ile seçim kanunlarında yapılacak değişiklikler bakımından dikkate alınmaz." hükmüne yer vermiştir. Böylece Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasındaki "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz."

⁵ Bu hüküm, Anayasa değişikliği paketi halkoyuna sunulmadan beş gün önce, 16.10.2007 tarih ve 5697 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. R.G. 17.10.2007, S.26673.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

hükümün ile 11. Cumhurbaşkanı seçimlerinde bu değişikliğin uygulanmasına engel olmasının önüne geçilmek istenmiştir.

G. Anayasa'ya Eklenen Geçici 19. Madde⁶

Anayasa'da 5678 sayılı kanunun 6. maddesi ile yapılan değişiklik paketinde Geçici 19. maddeye de yer verilmiştir. Buna göre, “*Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması, bu Kanunun Resmi Gazetede yayımını takip eden kırkıncı günden sonraki ilk Pazar günü, ikinci tur oylaması ise ilk tur oylamayı takip eden ikinci Pazar günü yapılır.*”

Anayasanın 101 inci maddesi uyarınca gösterilen adaylar, yazılı muvafakatları ve Anayasanın değişik 101 inci maddesindeki şartları ihtiva eden ve diğer ilgili belgelerle birlikte ilk tur oylama tarihinden otuz gün önce Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına başvururlar. Adayların başvurularında eksik bilgi ve belgelerin tespit edilmesi halinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı tarafından, eksikliklerin giderilmesi için üç günlük kesin süre verilir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde adaylar, kendiliğinden adaylıktan çekilmiş sayılırlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca, Anayasanın 101 inci maddesinde belirtilen nitelikleri taşıdıkları anlaşılan adaylara ilişkin kesin liste iki gün içinde ilan edilir ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığına bildirilir.

Cumhurbaşkanı adayı gösterilen kamu görevlisi, aday gösterildiği tarihten itibaren görevinden ayrılmış sayılır. Görevinden ayrılan kamu görevlisinin Cumhurbaşkanı seçilememesi halinde görevine geri dönmesi konusunda ilgili kanun hükümleri uygulanır.

Birinci tur seçim sonuçlarının kesinleşmesinden ikinci tur oylamanın sonuçlanmasına kadar; ikinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki oy sıralaması esas alınarak sıradaki adayla doldurulması suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesine kadar; 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu,

⁶ Bu hüküm, Anayasa değişikliği paketi halkoyuna sunulmadan beş gün önce, 16.10.2007 tarih ve 5697 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. R.G. 17.10.2007, S.26673.

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile diğer kanunların bu maddeye aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

Anayasa'ya eklenen bu geçici madde ile 11. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından nasıl seçileceği ayrıntıları ile işlenmiştir. Bu anayasa değişikliğinin TBMM'de görüşüldüğü dönemde, 11. Cumhurbaşkanı seçilemediği için, görev süresi dolduğu halde 10. Cumhurbaşkanı görevini sürdürmekte idi. 11. Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine ilişkin takvimin nasıl olacağı, halk tarafından 11. Cumhurbaşkanı'nın nasıl seçileceği, seçimlerde hangi kanun hükümlerine göre hareket edileceği noktasında belirsizlikler bulunmaktaydı. Bu geçici madde ile söz konusu belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır.

II. DEĞİŞİKLİĞİN TEREDDÜT UYANDIRAN, PROBLEMLİ GÖRÜLEN YÖNLERİ VE ÇÖZÜM YOLLARI

5678 Sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleriyle Anayasa'nın 79. ve 96. maddelerinde yapılan değişikliklerin doğan ihtiyaçları karşıladığını ve bu değişiklik paketinin bütünlüğünü sağlama açısından gerekli ve yeterli olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, aynı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın 77. maddesinde yapılan değişikliğin; 4. maddesiyle Anayasanın 101. maddesinde yapılan değişikliğin; 6. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici 18. ve Geçici 19. maddelerin birtakım eksiklikleri, belirsizlikleri, tereddütleri ve problemleri beraberinde getirdiğini de kabul etmek gerekecektir.

A. Anayasa'nın 77. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBMM seçimlerinin beş yılda değil, dört yılda bir yapılması yönünde bir değişikliğe gidilmesinin tek başına doğurduğu herhangi bir sakıncanın olmadığını kabul etmek gerekir. Bu değişiklik tamamen Anayasa Koyucunun tercihinin yansımasıdır. Bu tercihin olumlu bir tercih olduğunu da kabul etmek gerekir. Çünkü, 1982 Anayasası, bu değişiklik öncesi seçimlerin beş yılda bir yapılmasını öngörmüş olmasına rağmen, bu Anayasa'nın uygulandığı dönemde seçimler hiçbir zaman beş yılda bir yapılmamıştır. Yapılan değişikliğin Anayasa'nın metnini uygulamaya uyumlu hale getirmekten ibaret olduğu söylenebilir. Ancak, bu değişiklikle birlikte Anayasa'nın 77. maddesi ile 94. maddesi arasında bir çelişkinin ortaya çıktığı

ğını; 22 Temmuz 2007 tarihinde seçilen 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresinin 4 yıl mı yoksa 5 yıl mı olacağı noktasında bu Anayasa değişikliğinin bir belirsizlik ve tereddüdün oluşmasına sebep olduğunu kabul etmek gerekir.

1. Anayasa'nın 77. Maddesi ile 94. Madde Arasında Oluşan Çelişki ve TBMM Başkanlık Divanının Görev Süresine İlişkin Tereddüt

Bu değişikliğin uygun, olumlu, yerinde bir değişiklik olduğunu kabul etmekle birlikte önemli bir eksikliği, tereddüdü ve garabeti⁷ de beraberinde getirdiğini söyleyebiliriz; Anayasa'nın bu maddesinin değişiklik sonrası anlamı ile Anayasa'nın TBMM Başkanlık Divanı'nı düzenleyen 94. maddesinin son fıkrası arasında bir çelişki ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, Anayasa'nın 77. maddesinin birinci fıkrasına göre "Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri dört yılda bir yapılır." Anayasa'nın 94. maddesinin son fıkrasına göre "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı için, bir yasama döneminde iki seçim yapılır. İlk seçilenlerin görev süresi iki, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi üç yıldır." Bu durumda Anayasa'nın 77. maddesine göre milletvekillerinin görev süresi dört yıl iken, Anayasa'nın 94. maddesine göre Başkanlık Divanı üyesi olan milletvekillerinin (özellikle ikinci devre için Başkanlık Divanına seçilenlerin) görev süresi 2+3=5 yıl olacaktır. Anayasa'nın bu iki hükmü arasındaki çelişki barizdir. Anayasanın bu iki hükmü birlikte değerlendirildiğinde TBMM için bir dönem 4 yıl iken, Başkanlık Divanına ikinci devre için seçilenlerin görev süresinin 5 yıl olması gibi bir gariplikle karşılaşılacaktır. Ancak maalesef Anayasa'nın 77. maddesinde değişiklik yapılırken, bu değişikliğe paralel olarak Anayasanın 94. maddesinde değişiklik yapılmamıştır. Bu durumun bilinçli bir tercihin göstergesi olduğunu söylemek güçtür. Akla gelen tek ihtimal Anayasa'nın 77. maddesinde değişiklik yapılırken 94. maddesinde de değişiklik yapılması gerektiğinin akla gelmediği, ihmal edilmiştir. Anayasa değişikliği gibi önemli bir faaliyette böyle bir ihmalin yapılmış olması, bu değişiklik paketinde aceleci davranıldığı ve gerekli titizliğin ortaya konulmadığını göstermektedir. Bu ihmalin uygulamada herhangi bir problem doğurmayacağı düşünülse bile, en azından Anayasa'nın metninde varlığını devam ettiren bir çelişki olması yönüyle teorik tartışmalara konu olabilir. Tali Kurucu İktidarın yapacağı ilk Anayasa değişikliği çalışmalarında bu durumu düzeltmesi, Anayasa'nın bu iki hükmünü birbirine uyumlu hale getirmesi, teorik tartışmaların da önünü alabilecek, Anayasa'nın ve TBMM'nin Anayasa yapma faaliyetlerinin itibarının daha fazla yıpratılmasının önüne geçecektir.

⁷ Hasan TUNÇ-Faruk BİLİR-Bülent YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2009, s.133.

Söz konusu değişikliğin de 94. maddede ikinci devre için Meclis Başkanlık Divanının görev süresinin iki yıla indirilmesi yönünde yapılması gerektiği açıktır.

2. Anayasa Değişikliği Sonrası İlk Genel Seçimler Hangi Tarihte Yapılacak? 2011’de mi? 2012’de mi?

Anayasa’nın 77. maddesinde yapılan değişikliğin doğurduğu bir diğer tereddüt de 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan seçimle oluşan Meclisin görev süresinin ne kadar olacağına belirsiz olmasıdır. Çünkü, seçimin yapıldığı tarihte yürürlükte olan Anayasa hükmüne göre TBMM’nin görev süresi beş yıl idi. Yani 22 Temmuz 2007 tarihinde seçilen 23. Dönem Milletvekilleri beş yıl için seçilmişlerdi. Ancak bu milletvekilleri görevlerine devam ederken görev süreleri dört yıla indirilmiştir. Bu durumda acaba 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresi için Anayasa’nın seçimlerin yapıldığı tarihteki hükmü mü esas alınacak, seçimden sonra 5678 sayılı kanunla değiştirilip yürürlüğe giren hükmü mü esas alınacak? Diğer bir deyişle, bundan sonraki 24. Dönem Milletvekilleri için yapılacak genel seçimler –eğer TBMM tarafından bir erken seçim kararı alınmaz ise- 2011 yılında mı yoksa 2012 yılında mı yapılacaktır? Belirtmek gerekir ki ne Anayasa’da bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme vardır ne de yapılan değişiklik geçici bir hükümlerle önümüzdeki ilk seçimlere ilişkin herhangi bir hükme yer vermiştir. Sonuçta bu belirsizliği giderecek herhangi bir açık pozitif dayanak mevcut değildir.

Acaba 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresi hukuken 4 yıl mıdır? Yoksa 5 yıl mıdır. Bu sorunun cevabını bulabilmek için öncelikle Anayasa hükmünün seçimlerin yapıldığı dönemdeki lafzına bakmak gerekir. Anayasa, 2007 yılında yapılan değişiklik öncesi aynen şu hükme yer vermişti: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri beş yılda bir yapılır.” Bu cümlenin ilk bakışta milletvekillerinin görev süresini belirleyen değil, seçimlerin ne kadar sürede bir yapılacağını belirleyen bir anlama sahip olduğu ileri sürülebilir. Eğer Anayasa, milletvekillerinin ne kadar süre görev yapacağını belirtmek isteseydi farklı bir ifade kullanabilirdi. “Milletvekillerinin görev süresi beş yıldır” ya da “Milletvekilleri beş yıl için seçilir” hükmüne yer vermesi gerekirdi. Oysa Anayasa böyle bir hükme yer vermemiştir. Anayasa hükmü bu şekilde yorumlanacak olur ise, 24. Dönem Milletvekilliği için yapılacak seçimlerin 2011 yılında yapılacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri beş yılda bir yapılır.” hükmünün doğrudan olmasa da dolaylı olarak Milletvekillerinin görev süresini belirlediğini

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

kabul etmek gerekir. Seçimlerin beş yılda bir yapılması demek, aynı zamanda seçilen milletvekillerinin normal şartlarda beş yıl görev yapacağı anlamını da taşımaktadır. Bu durumda 23. Dönem Milletvekilleri seçildikleri zaman, Anayasa'nın o dönem yürürlükte olan hükmüne göre beş yıl için seçildikleri anlamını çıkarmak gerekir.

23. Dönem Milletvekillerinin 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan seçimle beş yıl için göreve geldikleri düşünülecek olursa, daha sonra görev süresini dört yıla indiren bir değişiklik acaba görev süreleri üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olacaktır. Bu Milletvekillerinin beş yıl görev yapma yönünde kazanılmış haklarının bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekecektir. Eğer seçimin yapıldığı tarihte beş yıl için göreve geldikleri ve bu beş yıl görev yapma hakkı kazanılmış hak olarak görülür ise, 24. Dönem Milletvekillerinin 2012 yılında seçileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Eğer 23. Dönem Milletvekillerinin beş yıl için seçilmiş olmaları kazanılmış hak teşkil etmiyorsa, 24. Dönem Milletvekili genel seçimleri 2011 yılında yapılacaktır.

Problemin çözümünde kazanılmış hak kavramının 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresi ile ilgili olarak uygulanabilirliğinin tartışılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi ile yakından ilgili olan⁸ kazanılmış hak kavramı⁹ hukuk sistemimiz açısından net bir şekilde ortaya konulmamış, yerleşmemiş, doktrinde ve yargı içtihatlarında üzerinde fikir birliği sağlanamamış, birçok yargı kararında birbirleriyle çelişen anlamlar yüklenmiş bir kavramdır. Bu noktada mümkün olduğunca teorik tartışmalardan uzak kalarak, doktrinde ve yargı kararlarında, ele aldığımız problemle benzerliği olan yorumları tespit etmek yararlı olacaktır.

Kazanılmış hak, “kanunlar veya diğer düzenleyici işlemlerle yaratılan hukuki durumların bireyselleşmesi”¹⁰ olarak tarif edilebilir. Kazanılmış hakkın “...Hukuken geçerli olan düzenleyici-kural işlemlerin, belirli kişilere, durumlara, nesnelere uygulanması ile ortaya çıkan ve kendileri de hukuka uygun geçerli olan birel işlemlerin, işlemin ilgilisi kişiler lehine/aleyhine doğurduğu hukuksal sonuçlar”¹¹la ortaya çıkacağı belirtilmektedir. “... Statünün içinde

⁸ E. Ethem ATAY, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S.36, s.104.

⁹ Kazanılmış hak kavramı ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. Yücel OĞURLU, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

¹⁰ Turan YILDIRIM, İdari Yargı, Beta Yayınları, Ankara, 2008, s.200.

¹¹ Sait GÜRAN, “İdari İşlem”, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s.1283.

bulunmak, kişi için kazanılmış hak bahşetmez. Ancak statüyü düzenleyen genel normlar, fertlere özel normlarla uygulanarak kişisel hukuki durumların ortaya çıkması söz konusu olmuşsa, kazanılmış bir haktan bahsedilir.”¹² Yine kazanılmış haktan bahsedilebilmesi için tüm sonuçları ile hukuka uygun olarak elde edilmiş bir hakkın olması gerekir¹³.

Doktrindeki bu görüşlerden de anlaşılacağı üzere konumuzla ilgili olarak öncelikle kanun ya da diğer düzenleyici işlemlerle yaratılan bir hukuki durumun bireyselleşmiş olması gerekir. Milletvekilleri için seçildikleri dönemde Anayasa hükmü ile yaratılan bir hukuki durumun kişiselleşmiş olduğunu görmekteyiz. Artık 23. dönem milletvekilleri için somutlaşmış ve kişiselleşmiş bir Milletvekilliği statüsünün varlığı açıktır. Bu statünün tüm sonuçları ile birlikte hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olduğu konusunda da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ele aldığımız problemle benzerliği olan bir uyuşmazlıkta Danıştay, 2004 yılında verdiği bir kararında, yasal değişiklik öncesi daimi statüde görevlendirilmiş olan bir araştırma görevlisinin değişiklik sonrası süreli görevlendirmeye tabi tutulması durumunda, kazanılmış hakkının olmadığını, yani yeni düzenlemeye göre görev süresinin belirleneceğini kabul etmiştir¹⁴. Danıştay’ın incelediğimiz konu ile çok daha yakın bir benzerliği olan, 1. Dairesi tarafından verilmiş, görüş bildirme şeklinde bir karar ise konuya bakış açımızı belirleme adına önemli bir katkı sağlamaktadır. 1992 yılında Danıştay’dan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13.maddesinin 1.7.1992 günlü 3826 sayılı Kanunla değişik (a) fıkrasında yer alan “Ancak iki dönemden fazla rektörlük yapılamaz” hükmünün uygulanmasında, ortaya çıkan duraksamanın giderilmesi amacıyla istişari düşünce istenilmiştir. Danıştay 1. Dairesi, “Kanun açık seçik, daha önce üst üste iki dönem rektörlük yapmış olanların bu yeni sistem içinde rektör seçilemeyeceklerine ilişkin bir hüküm içermemektedir. İlke olarak her Kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki hukuki durumları düzenleyebileceğine göre, açık hükümler olmaksızın, gerek aday yönünden, gerekse oy verecek öğretim üyelerinin istedikleri adaylara oy verebilmeleri yönünden kısıtlama niteliği taşıyan bu hükmün yorum yoluyla Yasanın yürür-

¹² Bahtiyar AKYILMAZ, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2003, s.17-18.

¹³ E. Ethem ATAY, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.87.

¹⁴ Danıştay 8. Dairesi, E. 2003/3841, K.2004/2029, K.T. 30/04/2004. HUKUKTÜRK veri tabanı, [http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findDanistayDetail_n.jsp?&pKunye=Danıştay 8. Dairesi - Esas%20No: 2003/3841 - Karar%20No :2004/2029 - Tarih: 30/04/2004&pTopHtml=<table border=0 cellpadding=0></table>&pKunarId=23256&pMevzuatId=&pMainCategoryId=&pSearchKeyToBold=](http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findDanistayDetail_n.jsp?&pKunye=Danıştay%208.%20Dairesi%20-%20Esas%20No%20:2003/3841%20-%20Karar%20No%20:2004/2029%20-%20Tarih%20:30/04/2004&pTopHtml=<table border=0 cellpadding=0></table>&pKunarId=23256&pMevzuatId=&pMainCategoryId=&pSearchKeyToBold=)

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

lüğünden önce iki dönem rektörlük yapmış olanlara da uygulanması mümkün görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 3826 sayılı Kanunla değiştirilen 13.maddesinin (a) fıkrasının 1.bendinde yer alan “Ancak, iki dönemden fazla rektörlük yapılamaz.” hükmünün, sözkonusu 3826 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce rektörlük yapan kişilerin rektör adayı olarak seçilip atanmalarına engel olmadığı sonucuna varıldı.”¹⁵ diyerek konuya ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Danıştay 1. Dairesi, yasal değişikliğin sonraki seçim ya da atamalarda uygulanacağı, geçmişi kapsamayacağı yönünde kanaatini ortaya koymuştur.

Gerek doktrin gerekse yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde konumuza ilişkin olarak kazanılmış hak kavramının göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyebiliriz. Eğer Tali Kurucu İktidar Anayasa değişikliği yaparken aksini murad etmiş olsa idi açıkça bu konuya ilişkin düzenleme getirmesi gerekirdi. 22 Temmuz 2002 tarihinde beş yıl için Milletvekili seçilmiş olan 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresinin dört yıla indirilmesi, ancak bu Anayasa değişikliğinde geçici bir hükümlerle açıkça değişikliğin 23. Dönem Milletvekilleri için de geçerli olduğunu belirtilmesiyle mümkün olurdu. Aksini düşünmek kazanılmış hak kavramı açısından yanlış olacaktır. Diğer taraftan seçim sonrası gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin halihazırda görevine devam eden Milletvekillerine derhal uygulanabileceğini düşünmek, farklı problemleri de beraberinde getirecektir. Şöyle ki, anılan Anayasa değişikliği ile Milletvekillerinin görev süresi beş yıldan dört yıla indirilmeseydi de altı yıla çıkarılmış olsa idi, acaba beş yıl için seçilmiş Milletvekillerinin görev süresi altı yıla mı çıkacaktı? Bu durumda 23. Dönem Milletvekillerinin seçildikleri dönemde beş yıl için göreve geldikleri ve bu süreyi doldurmaları gerektiğini, Anayasa değişikliğinin bir sonraki seçimle birlikte uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir. Hukuki durumun böyle olduğunu tespit etmekle birlikte, 2011 yılında seçim tarihi üzerine yaşanacak yoğun tartışmaları göz önünde bulundurarak siyasi iradenin yani TBMM'nin devreye girmesi ve alacağı erken seçim kararı ile tartışmalara son vermesinin siyaseten uygun olacağını söyleyebiliriz.

¹⁵ Danıştay 1. Dairesi, E. 1992/224, K. 1992/238, K.T. 13.07.1997. HUKUKTÜRK veritabanı, http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findDanistayDetail_n.jsp?&pKunye=Danıştay 1. Dairesi - Esas%20No: 1992/224 - Karar%20No :1992/238 - Tarih: 13/07/1992&pTopHtml=<table border=0 cellspacing=0 cellpadding=0></table>&pKarakterId=2662&pMevzuatId=&pMainCategoryId=&pSearchKeyToBold=1992/224.

Oktay EKŞİ 1 Ekim 2009 tarihli köşe yazısında¹⁶ konuyu Prof.Dr. Erdoğan TEZİÇ'e sorduğunu ve onun da açık bir şekilde –özetle- “*Seçimle gelinen görevlerde o sırada uygulanan hükümler etkinliğini korur . Çünkü seçimle örneğin 7 yıllık bir süre için göreve gelen Cumhurbaşkanı yeni kurula tabi tutunca onu oraya getiren iradeyi yok saydığımız gibi sistemi de altı kaval üstü şüphane dedikleri bir hale dönüştürürsünüz . Dahası, süre kısaltma yoluyla o kişiyi görevden azletmiş olursunuz . Bu yolun hukuka aykırılığı bilindiği için anımsanacaktır 7 yıllık bir dönem için seçilen bir önceki Fransız Cumhurbaşkanı Jacques Chirac henüz görevde iken, Cumhurbaşkanlığı görev süresi orada da 5 yıla indirildi . Ancak Chirac 7 yılını tamamladı . Şimdiki Cumhurbaşkanı Sarkozy ondan sonra ve 5 yıl için seçildi.”* şeklinde cevap verdiğini ifade etmiştir. Köşe yazısına göre, Teziç aynı mantıkla, “*Milletvekillerinin görev süresi de 22 Temmuz 2007 tarihli seçimle gelenler için 2012’ye kadardır”* görüşünü savunuyor .

Konumuzla doğrudan ilgili bir kanun değişikliğinin 22 Ekim 2009 tarihinde yapıldığını görmekteyiz. 22 Ekim 2009 tarih ve 5922 sayılı kanun¹⁷la 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğin 2. maddesi ile 2839 Sayılı Kanunun “Seçim dönemi, seçimin başlangıcı ve seçim günü” başlığını taşıyan 6. maddesi :

“Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri dört yılda bir yapılır.

Bir önceki seçimin yapıldığı tarihten itibaren dört yılın dolmasından önceki son Pazar günü oy verilir. Oy verme gününden geriye doğru hesaplanacak doksan günlük sürenin ilk günü seçimin başlangıç tarihidir.

Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkan görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.

Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir.”

hükmüne yer vermiştir. Kanunda yapılan bu değişiklikle öncelikle 2839 Sayılı Kanunun 5678 sayılı kanunla 2007 yılında Anayasa’da yapılan değişikliğe uyum sağlaması amaçlanmıştır. Maddenin 1. fıkrası seçimlerin -5 yılda değil- dört yılda bir yapılacağını hükme bağladıktan sonra 2. fıkrası, bir er-

¹⁶ (<http://cep.hurriyet.com.tr/ArticleDetail.aspx?ArticleID=41908&AuthorID=204>)(E.T.: 13.12.2009)

¹⁷ R.G.: 30.10.2009, S. : 27391.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

ken seçim kararı alınmadığı takdirde, normal şartlarda seçim tarihinin nasıl tespit edileceğini düzenlemektedir. Değişiklik öncesi, madde hükmü, seçim tarihin belirlenmesinde sabit bir takvim öngörmüştü. Şöyle ki, kanunun değişikliği öncesi 6/2 hükmüne göre “Her seçim döneminin son toplantı yılının 20 Temmuz günü seçimin başlangıç tarihidir ve Kasım ayının ilk Pazar günü oy verilir.” Yani hiç erken seçim kararı alınmayacakmış gibi sabit bir takvimle, seçimlerin hep Kasım ayının ilk Pazar günü yapılmasını öngören, yılın diğer aylarında seçim yapılması ihtimalinin sanki olmayacağı gibi izlenim veren bir düzenlemeye yer verilmişti. Kanunun bu hükmüne göre, erken seçim kararı alınıp, Mart ayında seçim yapılması durumunda, seçilen Milletvekillerinin tam olarak görev sürelerini doldurmaları pek mümkün olmayacaktı. Bu durumda da birtakım tereddütlerin yaşanması kaçınılmaz olacaktı. Bu yönüyle düşündüğümüz zaman, yapılan kanun değişikliğinin isabetli olduğunu tespit etmemiz gerekir. Artık seçim takvimi belirlenirken, sabit bir takvimden bahsetmek mümkün değildir. En son yapılan seçimden itibaren, -erken seçim kararı alınmadığı takdirde- dört yıllık Milletvekiliği görev süresi aşağı yukarı tam olarak dolacaktır. Belki seçimin Pazar gününe denk getirilmesi için, görev süresinin tamamlanması açısından en fazla birkaç gün eksiklik söz konusu olacaktır.

2839 Sayılı Kanunun 6/2 hükmünde yapılan değişikliğin olumlu olduğunu kabul etmekle beraber, 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresinin 4 yıl mı yoksa 5 yıl mı olduğu noktasında oluşan tereddütleri izale etmediğini görmekteyiz. Bu değişiklik, genel ve soyut olarak, 5 yıllık milletvekiliği süresinin 4 yıla indirilmesine ve seçim takviminin değişken olarak belirlenmesine ilişkin bir hüküm getirmiştir. Yoksa 23. Dönem Milletvekillerinin kazanılmış hakkı olan 5 yıllık milletvekiliği sürelerini kısaltan bir hüküm değildir. Eğer kanun değişikliğinde geçici bir hükümle 24. dönem milletvekillerinin dördüncü yılın dolmasıyla görevlerinin de sona ereceği öngörülmüş olsa idi, o zaman bu geçici hükme göre 23. Dönem Milletvekillerinin görev sürelerinin dört yıl olduğu söylenebilirdi. Ancak böyle bir geçici hükmün kanun değişikliği ile getirilmediğini görmekteyiz.

Sonuç olarak, 5922 sayılı kanunla 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda yapılan değişikliğin de tereddütleri gidermekten uzak olduğunu, 23. Dönem Milletvekillerinin görev sürelerinin hukuken hala beş yıl olarak kabul edilmesi gerektiğini, ancak siyaseten tartışmaları bitirmek için 2011 yılında alınacak bir erken seçim kararı ile çözüme ulaşmak gerektiğini kabul etmek gerekir.

B. Anayasa'nın 101. ve 102. Maddesinde Yapılan Değişikliklerin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

Anayasa'nın 2007 değişikliği sonrası 101. maddesinin birinci fıkrasında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği belirtilmiştir. Maddedeki tek bu değişiklik bile öteden beri sık sık kamuoyunu meşgul eden "Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi"ne ilişkin soyut tartışmaların artık somutlaşmış bir Anayasa hükmünden hareketle yoğunlaşarak devam etmesine kapı aralamıştır. Artık tartışmanın boyutu "Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin bir değişiklik yapılmalı mı yapılmalı mı?" boyutundan "Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin değişiklik ne gibi problemleri beraberinde getirecek?" boyutuna taşınmıştır. Anayasa'nın değişiklik sonrası bu pozitif hükmünden hareketle, bugünkü hükümet sisteminin parlamenter hükümet sistemi mi yoksa yarı-başkanlık hükümeti sistemi mi olduğu noktasında tereddütler oluşmuştur.

Anılan değişiklik sonrası 101. maddenin 2. fıkrası "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir." hükmü Anayasa'da yer almıştır. Bu durumda karşımıza çıkan bir başka tereddüt 11. Cumhurbaşkanının görev süresinin kaç yıl olacağına ilişkindir. Bilindiği üzere 11. Cumhurbaşkanı, 28 Ağustos 2007 tarihinde TBMM tarafından Anayasa'nın değişiklik öncesi hükmüne göre seçilmişti¹⁸. Değişiklik öncesi Anayasa'nın 101. maddesinin "*Cumhurbaşkanı, ... yedi yıllık bir süre için seçilir.*" ifadesine yer vermişti. Ancak, 11. Cumhurbaşkanı seçildikten sonra Anayasa değişikliği yapıldı ve "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır.*" hükmü getirildi. Bu durumda "11. Cumhurbaşkanının görev süresi 2012 yılında mı yoksa 2014 yılında mı sona erecek?" sorusunun cevabının belirsiz olduğu ortaya çıktı. Şu an için bu sorunun cevabının ne olduğu kamuoyunu çok meşgul etmese bile 2012 yılının en sıcak tartışmalarından birinin bu konu üzerine olacağı rahatlıkla tahmin edilebilir. Bu konunun netleşmesinde kamunun menfaatinin olduğu da açıktır. Anayasa'nın pozitif düzenlemesinde bu sorunun cevabını veren herhangi bir açık hükme rastlamak mümkün değildir. Şimdiye kadar bu tereddüdü giderme yönünde herhangi bir girişimde de bulunulmamıştır.

¹⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 28/8/2007 tarihli 6 ncı Birleşiminde, 898 Sayılı Kararla, Kayseri Milletvekili Abdullah GÜL (339) oy ile Türkiye Cumhurbaşkanı seçilmiştir. R.G.: 28.08.2007, Mükerrer, S.: 26627.

1. Cumhurbaşkanı'nın Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi

a. Değişiklik Sonrası Hükümet Sistemi Parlamenter Hükümet Sistemi mi Yoksa Yarı-Başkanlık Hükümeti Sistemi mi Olmuştur?

Ülkemizdeki tarihi gelişime baktığımız zaman, Anayasalı dönemde 1876 Anayasası'nın kısa uygulaması ile 1921 Anayasası dönemi haricinde esas itibariyle parlamenter hükümet sistemi eksenli bir hükümet sisteminin tercih edildiği söylenebilir¹⁹.

Ülkemizde siyasi tarihimiz açısından parlamenter hükümet sistemine geçişin 1876 Anayasasında 1909 yılında yapılan değişiklikte olduğu²⁰ ittifakla kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın da ilk haliyle, her ne kadar otoriteye ağırlık veren, yürütmeyi güçlendiren, parlamenter hükümet sisteminin mantığını zorlayacak şekilde Cumhurbaşkanının yetkilerini genişleten²¹ bir Anayasa olsa da hükümet sistemi olarak parlamenter hükümet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir. Zaten Anayasanın “yürütme yetkisi ve görevi” başlığını taşıyan 8. maddesinin gerekçesinde parlamenter hükümet sisteminin uygulamaya konduğu²² açıkça belirtilmiştir.

1982 Anayasası'nın ilk haliyle de Cumhurbaşkanını son derece geniş yetkilerle donatması karşısında, kurduğu hükümet sisteminin bir Yarı-Başkanlık sistemi getirdiği²³ ileri sürülmüştür. Yarı-başkanlık hükümeti sistemi, esasında teorik açıdan parlamenter hükümet sisteminden çok farklı unsurlara sahip de-

¹⁹ Mehmet TURHAN, “Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choise For Turkey”, AÜSBFD., C.47., S.1-4., Ankara 1992., s.158.; Süheyl BATUM, “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara, 2000, s.67.

²⁰ Attila ÖZER, Türklere Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara, 2002, s.36; Tahsin Bekir BALTA, Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s.13; Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, s.40-41; Attila ÖZER, Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Ankara, 1998, s.87; Servet ARMAĞAN, 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978, s.7; Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998; s.114; Mustafa ERDOĞAN, Anayasacılık Parlamenterizm Silahlı Kuvvetler, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s.30; BATUM, s.352.

²¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN, İdare Hukuku, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 167-168.

²² Attila ÖZER, Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara, 1996, s.55-56.

²³ Zafer ÜSKÜL, Türkiye’nin Anayasa Sorunu, İstanbul, 1991, s.46.; Bülent TANÖR, İki Anayasa, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986, s.124.; KUZU, s.53.

ğildir. Sadece uygulama açısından ayrılan yönleriyle ön plana çıkmaktadır. Bu hükümet sistemi, V. Cumhuriyet Anayasası döneminde Fransa’da uygulanan hükümet sistemi nazara alınarak izah edilmiştir. Dolayısıyla özünde parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını taşımakla beraber, klasik parlamenter hükümet sisteminden sapma olarak nitelendirilebilecek uygulama şekli sebebiyle farklı bir şekilde ortaya çıkmış bir hükümet sisteminden bahsedilebilir.

Yarı başkanlık hükümeti sistemini Beşinci Cumhuriyet Fransa’sını nazara alarak açıklayıp 1970’lerde bilim hayatıyla tanıştıran yazar Maurice Duverger’dir. O’na göre yarı başkanlık hükümet sisteminin üç karakteristik özelliği vardır; öncelikle genel oyla seçilmiş bir başkan olacak, bu başkan hatırı sayılır yetkilerle donatılmış olacak ve bu başkanın yanı sıra yürütme organı içinde yasama organına karşı sorumlu, Başbakan ve bakanlardan oluşan bir kurul olacak²⁴.

1958 Fransız Anayasası uygulamasının klasik parlamenter hükümet sistemi uygulamasından ayrılan belli başlı yönleri olarak şunlar sayılmaktadır: (a) Cumhurbaşkanının karşı-imza kuralına tabi olmaksızın tek başına yapabileceği bazı işlemlerin olması ve olağanüstü dönemlerde kullanabileceği geniş yetkilerin bulunması; bundan dolayı devlet başkanının parlamenter hükümet sisteminde olması gerektiğinden çok daha güçlü bir konuma sahip olması; (b) 1958 Fransız Anayasası uygulamasına bakıldığında, neredeyse devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımı yoktur. Cumhurbaşkanı adeta devlet başkanı ve hükümet başkanı fonksiyonlarının ikisini de şahsında toplamıştır. (c) 1958 Fransız Anayasası uygulamasında 1962 değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceği bir sistem benimsenmiştir. Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, hukuki açıdan sahip olduğu yetkileri kullanırken edindiği demokratik meşruluk gücünden de destek olarak çok daha rahat bir hareket kabiliyetine sahip olacaktır.

1958 Fransız Anayasası’nın parlamenter hükümet sisteminden ayrılan yönleri açısından 1982 Anayasası’nın ilk uygulamasıyla önemli benzerlikle-

²⁴ Robert ELGIE, “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, *European Journal of Political Research*, Vol. 33, 1998, s.229.; Alan SIAROFF, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, *European Journal of Political Research*, Vol. 42, Issue 3, Mayıs 2003, s.290.; Mehmet TURHAN, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır 1989, s.78.; Erdal ONAR, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?”, in *Başkanlık Sistemi*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005., s.75.; Nur ULUŞAHİN, *İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.25-26.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

rinin olduğunu kabul etmek gerekir. Öncelikle 1982 Anayasası, tıpkı 1958 Fransız Anayasası gibi Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği önemli yetkileri düzenlemiştir. Böylece Cumhurbaşkanı hükümet üzerinde son derece etkin hale gelmiştir. Özellikle Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği atamalar ve diğer icrai işlemler ile kararnameleri imzalama yetkisinde inisiyatif kullanması bu etkinliğini arttırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası, 1958 Fransız Anayasasına nazaran devlet başkanı-hükümet başkanı ayırımına biraz daha bariz yer vermiştir. Çünkü Fransız Anayasasında Cumhurbaşkanı olağan olarak Bakanlar Kuruluna başkanlık yaparken, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının sadece “gerekli gördüğü hallerde” Bakanlar Kuruluna başkanlık edeceği belirtilmiştir. Uygulama da bu yöndedir. Yine olağanüstü hallerde kullanılacak yetkiler açısından, Fransız Cumhurbaşkanı tek başına hareket edebilirken, 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı ancak bakanlar kurulu ile birlikte karar verebilir. 1982 Anayasasının ilk şekli ile 1958 Fransız Anayasası arasındaki hükümet sistemi açısından en bariz fark Cumhurbaşkanının göreve geliş şeklinde görülmektedir. 1962 değişikliği ile birlikte Fransa’da Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde bir uygulama benimsenmiştir. Oysa bilindiği gibi 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesini hükme bağlamış ve bu güne kadar da Cumhurbaşkanları TBMM tarafından seçilmiştir. Bu farklılık Fransız hükümet sistemi ile Türk hükümet sistemi arasındaki en bariz fark²⁵ olarak kabul edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gerek 1982 Anayasası’nın hazırlık aşamasında gerekse 5678 sayılı yasa ile Anayasa değiştirilmeden önce kabul edilecek veya kabul edilmiş hükümet sisteminin hangisi olduğu noktasında tartışmalar yaşanmıştır. Ancak, söz konusu Anayasa değişikliğine kadar 1982 Anayasası’nın parlamenter hükümet sistemini getirdiği yönündeki görüş ağırlığını hep korumuştur. 5678 sayılı yasa ile Anayasa’da yapılan değişikliğe kadar, (a) Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi; (b) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (c) Çok fazla yetkiyle donatılmasına rağmen, Cumhurbaşkanının Fransa’da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması gibi farklar dolayısıyla 1982 Anayasası’nın bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini ve parlamenter hükümet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir.

²⁵ Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.306.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, doktrinde bu değişiklik öncesinde de zaman zaman Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceği bir parlamenter hükümet sistemine geçilmesi önerilmekteydi²⁶. Doktrinde çoğunluk görüşü, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin demokrasi mantığına uygun olmasına rağmen, parlamenter hükümet sisteminin mantığına uygun olmadığı²⁷ yönünde olmuştur. Doktrinde doğrudan halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının parlamenter hükümet sisteminin ruhuna uymadığı da açıkça ifade edilmektedir²⁸. Bu görüşü ileri sürenlere göre bir sistem bütünüyle parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını taşısa bile, devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi tek başına parlamenter hükümet sisteminin klasik uygulamasından sapma olarak değerlendirilebilir. Biz Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan seçilmesinin sistem açısından tek başına önemli bir etkisinin olmadığını düşünmekteyiz. Cumhurbaşkanının TBMM ya da halk tarafından seçilmesi hükümet sistemi tasnifinde tek başına belirleyici değildir. Ancak, belirtmek gerekir ki ülkemiz siyasi hayatında Cumhurbaşkanı her zaman önemli bir yer işgal etmiştir. Cumhurbaşkanları, TBMM tarafından seçildikleri dönemlerde bile siyasi hayata önemli müdahalelerde bulunmuştur²⁹. Bu durumda belki teorik açıdan değil ama uygulama açısından Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin hükümet sistemini değiştireceğini kabul etmek gerekir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi, 5678 sayılı yasa öncesinde, 1982 Anayasası'nı 1958 Fransız Anayasası'ndan ayıran belli başlı üç husus bulunmaktaydı; (a) Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi; (b) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaş-

²⁶ 1961 Anayasası hazırlıkları devam ederken ileri sürülen tekliflerden biri de; Cumhurbaşkanının TBMM üyeleri, İl Genel Meclisi üyeleri, Belediye Meclisi üyeleri, Mahalle ve Köy muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri, yüksek tahsil diplomasını haiz olanlar, mesleki teşekküller ve sendikaların temsilcilerinden oluşan seçiciler kurulu tarafından seçilmesi yönündeydi. Bu teklif için bkz. Orhan ALDIKAÇTI, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960, s.235; Bu teklifin dikkat çekici bir yönü vardır o da, henüz yüksek öğrenim görmemiş sade vatandaşları seçiciler kurulu dışında bırakıp, kalan seçkinler topluluğuna seçimi yaptırma yönünde bir anlayışı taşıdığı izlenimdir.

²⁷ Ahmet KERSE, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973, s.22; Meclis tarafından seçilen Cumhurbaşkanının nihayetinde bir parlamento adamı olduğu, hele bir de yeniden seçilme mümkün olduğu takdirde, yeniden seçilebilmek için parlamenterlerin istekleri doğrultusunda hareket edip, tarafsızlığını kaybedebileceği, bundan dolayı meclis tarafından Cumhurbaşkanının seçilmesinin parlamenter hükümet sistemine uygun olmadığı yönündeki görüş için bkz. ALDIKAÇTI, s.88.

²⁸ ERDOĞAN, (1993), s.48; KUZU, s.54-55; ATAR, (2003), s.315; GÖZLER, (2000), s.485.

²⁹ Kemal N. ÖZTÜRK, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Geleneği", *AİD*, C.25, S.1, Mart 1992, s.71.

kanında toplanmaması; (c) Cumhurbaşkanının Fransa’da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması. Bu farklardan en önemlisi olan Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi farkı anılan Anayasa değişikliği ile ortadan kalkmıştır. Artık ülkemizde –eğer gelecekte herhangi bir değişiklik olmaz ise- 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halkoyu ile seçilecektir. Bu Anayasa değişikliği sadece Cumhurbaşkanının göreve geliş şekline ilişkinmiş gibi görünse de, aslında sistem açısından büyük bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Artık, 1982 Anayasası’nın hükümet sistemi açısından Fransız uygulamasından ayrılan (a) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (b) Cumhurbaşkanının Fransa’da olduğu şekliyle olağanüstü hallerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkanına sahip olmaması gibi sadece iki yönünün olduğu söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, bu iki fark 1982 Anayasası’nın bir yarı-başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini ispatlamak için yeterli değildir. Ayrıca, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilecek olması, uygulama açısından Cumhurbaşkanını hükümet işlerinde daha fazla müdahil olma yönünde teşvik edecektir. Artık yürütme içinde Cumhurbaşkanı Başbakanı nazaran baskın bir konuma yükselecektir. Dolayısıyla Fransız uygulamasından ayrılan yönlerin de gittikçe zayıflaması gibi bir durumun ortaya çıkması beklenebilir. Bu durumda artık 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası’nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici denilebilecek bir fark kalmamıştır. Artık denilebilir ki 5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği Türkiye’de yarı-başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir.

b. Değişiklik Sonrası Oluşan Hükümet Sistemi ile Birlikte Doğabilecek Muhtemel Problemler ve Çözüm Yolu

aa. Yürütme İçinde İki Başlılık ve Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması Artabilir

1982 Anayasasında yer alan Cumhurbaşkanının parlamenter hükümet sisteminde olması gerekenden çok fazla olan yetkilerini kaldırmadan Cumhurbaşkanı seçimlerinin doğrudan halk tarafından yapılacağı bir sistemin getirilmesi, hükümet sisteminin yarı-başkanlık hükümeti sistemine dönüştürüldüğü anlamını taşımaktadır³⁰. Anayasal ya da yasal olarak Cumhurbaşkanının yetkilerinde en ufak bir artırma yapılmassa bile, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi tek başına Cumhurbaşkanının gücüne güç katacaktır. Bunun en

³⁰ ONAR, (2005) s.102-103.

açık örneği, Fransız V. Cumhuriyet Anayasası döneminde, Anayasada 1962 yılında yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin öngörülmesiyle görülmüştür. 1962 yılında yapılan değişiklikle, Devlet Başkanının genel oyla, doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü kabul edilmiştir. Böylece Devlet Başkanı, Fransa’da politik hayatın temel taşı haline gelmiştir³¹. Duverger’in veciz ifadesiyle “bu değişiklik devlet başkanına hiçbir yetki vermemesine rağmen gücüne güç katmıştır.”³².

Cumhurbaşkanının TBMM ya da halk tarafından seçilmesinin tek başına bir sakıncası yoktur. Hatta halkın yönetime daha doğrudan katılımı sağlandığı için, demokrasi adına bir kazanım olarak da görülebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki ülkemiz siyasi hayatında Cumhurbaşkanı her zaman önemli bir yer işgal etmiştir. TBMM tarafından seçildiği dönemlerde bile siyasi hayata önemli müdahalelerde bulunmuştur³³. Parlamenter hükümet sisteminde ve bu arada 1982 Anayasasının kurduğu sistem içinde, meşruiyetini doğrudan halktan alan bir Cumhurbaşkanının varlığı işleri daha da karmaşık hale getirebilir³⁴. Çünkü bu halde zaten sık sık görülen Cumhurbaşkanı-Hükümet çatışmaları artabilir. Cumhurbaşkanı, yürütme ile ilgili birçok konuda müdahil olabilir ve bu sebeple bir çift başlılık ortaya çıkabilir. Tek bir otoritenin olmadığı, birden fazla otoritenin olduğu bir sistemde de anlaşmazlıkların çıkması ihtimali yüksektir. Bu da sistem içinde tıkanmalara sebep olabilir. Fransa’daki yarı-başkanlık sisteminde olduğu gibi bir uygulama tercih edilebilir. Ancak, bu sistemin başarıyla uygulanabilmesi için siyasi parti sisteminin değişmesinde de bir zorunluluk vardır. Parti genel başkanının çok güçlü olduğu, partide tek otorite olduğu bir siyasi parti sisteminde kamplaşma ve kutuplaşmaların yaşanması ihtimali son derece yüksektir³⁵. Hal böyle olunca, meşruiyetini doğrudan halktan alan iki iktidarın olduğu bir sistemin, ülkemizde uygulanması son derece zordur.

³¹ David HOWARTH- Georgias VAROUXAKIS, *Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society*, Oxford University Press, London, 2003, s.40.; N. Ezra SULEIMAN, “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1994), s.137-138.; Esat ÇAM, *Devlet Sistemleri*, İstanbul, 1993., s. 162.

³² Constantijn A. J. KORTMANN - J. C. E. Van den BRANDHOF– Lukas PRAKKE – Hans van den BRANDHOF, *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, 2004, s.249.; SULEIMAN, s.143.

³³ ÖZTÜRK, s.71.

³⁴ ONAR, (2005), s.102.

³⁵ BATUM, (Tebliğ sonrası soru cevap bölümü), s.77.

Anayasa’da yapılan bu değişiklikte birlikte ortaya çıkabilecek bir başka tereddüt Cumhurbaşkanının beş + beş iki dönem için seçilmesinin doğurabileceği muhtemel sorunların nasıl çözümleneceğine ilişkindir. Cumhurbaşkanı seçimi ile genel seçimlerin farklı zamanlarda yapılacak olması, Cumhurbaşkanı ile Meclisteki çoğunluğun farklı eğilimlerde olması, diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı ile hükümetin farklı eğilimlerde olması ihtimalini beraberinde getirecektir. Bu durumda Cumhurbaşkanı-hükümet çatışması çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Ülkemizde bu anayasa değişikliği öncesi de bir problem olarak görülen ve üzerinde sık sık durulan Cumhurbaşkanı-hükümet çatışmasının nasıl aşılabacağı belirsizdir. Üstelik değişiklikte birlikte Cumhurbaşkanı, demokratik meşruiyet açısından değişiklik öncesine nazaran çok daha kuvvetli bir konuma gelecektir. Bu durumda Cumhurbaşkanının hükümet ile uyumlu çalışma çabası içinde olması beklenebilir mi?

bb. Cumhurbaşkanının Tarafsızlığı Ortadan Kalkar

Anayasa’nın 101. maddesinin doğurduğu bir başka tereddüt de Cumhurbaşkanının tarafsızlığının ne olacağı noktasındadır. Cumhurbaşkanının halkoyu ile seçilecek olması, günümüz demokrasisi partiler demokrasisi olduğuna göre artık bir kimsenin herhangi bir siyasi partinin desteğini almadan seçilemeyeceği anlamına gelir. Cumhurbaşkanı aday olacak kişinin bir siyasi partinin desteği ile halkın karşısına çıkması gerekir ki seçilme şansı olsun. Birinci dönem için Cumhurbaşkanı seçilen kişinin ikinci dönem için aday olması ve seçimi kazanma ihtimalini zorlaması için yine büyük bir partinin desteğini alması gerekir. Halihazırda Cumhurbaşkanı olan kişinin ikinci dönem Cumhurbaşkanlığına aday olup seçilebilmek için büyük bir siyasi partinin desteğini almaya çalışacağı da aşıkardır. Görevdeki bir Cumhurbaşkanının hem görevini tarafsız bir şekilde yürütmesi hem de büyük bir siyasi partinin desteğini sağlaması mümkün değildir. Cumhurbaşkanı, ikinci dönem Cumhurbaşkanlığı seçiminde bir siyasi partinin desteğini sağlayabilmek için, ister istemez o partinin taleplerini karşılayacak tercihlerde bulunacaktır. Kaldı ki Milletvekili olmayan bir kimsenin Cumhurbaşkanlığına aday olabilmesi ancak yirmi milletvekilinin teklifi ya da en son genel seçimde oylarının toplamı %10’u geçmiş siyasi partilerin ortak teklifi ile mümkündür. Halkın yoğun desteği olsa bile bir kimsenin Cumhurbaşkanı aday olabileceği Anayasa hükmüne göre siyasi partilerin iradesine bağlıdır. Bu durumda daha adaylık aşamasında hukuken siyasi partilere bağlanmış bir sistem bulunmaktadır. Dolayısıyla bu değişiklik sonrası Cumhurbaşkanının özellikle siyasi partiler karşısında tarafsızlığından

bahsetmek imkansız hale gelecektir. Anayasa'nın 101. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer." hükmünün de anlamını yitirdiği söylenebilir. Bu durumda artık Anayasa'nın Cumhurbaşkanının tarafsızlığını düzenleyen hükümlerinin anlamını kaybettiğini söylemek mümkündür.

cc. Çözüm Yolu

Yukarıda bahsedilen problemlerin çözümlenmesi için Anayasa değişikliği yapmanın kaçınılmaz olduğunu belirtmek gerekir. 2007 değişikliğinin bir Yarı-başkanlık sistemini problemleri ile beraber getirdiğini kabul ettiğimize göre yapılacak Anayasa değişikliğinin bu ön kabulden hareketle gerçekleştirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Akla gelebilecek ilk çözüm yolu, 2007 öncesi duruma geri dönülecek bir değişiklik yapmaktır. Yani 2007 değişikliği öncesi 1982 Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemini geri getirmektir. Anayasa'da yapılacak bu değişiklik ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinden vazgeçip, değişiklik öncesinde olduğu gibi TBMM tarafından seçilmesi usulünü getirmektir. Ancak, bu çözüm yolunun hayata geçirilmesinin siyaseten çok zor olduğunu peşinen ortaya koymak gerekir. Çünkü, halka verilmiş bir "Cumhurbaşkanı seçme" yetkisinin halktan geri alınması ya da alınmaya çalışılması halkın şiddetli tepkisini çekecektir. Anayasa'da bu yönde değişiklik yapma girişiminde bulunanların "halka güvenmediği", "halkın tercihine saygı duymadığı", "halkı cahil gördüğü", "egemenliğin asli sahibinin elindeki yetkiyi almaya kalktığı" ileri sürülecektir. Artık, bu durumda halka verilmiş bir yetkinin geri alınmasının -normal şartlar altında- imkansız yakın olduğunu kabul etmek gerekir. Bir an için bu şekilde anayasa değişikliğinin yapılabileceği düşünülse bile, tek başına bu değişiklik hükümet sistemi ile ilgili sorunları giderme adına yetersiz kalacaktır. Çünkü, geçmişte yaşanan tecrübeler göstermektedir ki, TBMM tarafından seçilse bile, Anayasa'nın Cumhurbaşkanına verdiği yetkilerin çok fazla olması sebebiyle, Cumhurbaşkanı-Hükümet çatışmasının çıkması ihtimali son derece yüksektir. Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesine yönelik bir Anayasa değişikliği ile birlikte, Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırlandırılması da zorunludur. Ancak bu durumda parlamenter hükümet sisteminin sağlıklı bir şekilde işlemesinin yolu açılmış olur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün değiştirilmesi pek mümkün değildir. O halde diğer çözüm yolla-

rını halkın Cumhurbaşkanı seçtiği bir sistem içinde aramak gerekir. İlk olarak Fransa'daki yarı-başkanlık sisteminde olduğu gibi bir uygulama tercih edilebilir. Ancak, bu sistemin başarıyla uygulanabilmesi için siyasi parti sisteminin değişmesinde, demokrasi ve uzlaşma kültürünün yerleşmesinde zorunluluk vardır. Çünkü, TBMM tarafından seçilen Cumhurbaşkanının olduğu dönemlerde bile, Cumhurbaşkanı-hükümet çatışması sık sık görüldüğüne göre, halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında çatışmanın çıkması ihtimali çok daha yüksek olacaktır. Bu durumda yaşanan kriz, daha öncekilere göre çok daha şiddetli olacaktır. Yasama organına karşı sorumlu olmayan Cumhurbaşkanı, bir de halk tarafından seçilirse Anayasa tarafından kendisine verilen yetkileri çok daha rahat bir şekilde kullanacak, hatta elindeki yetkileri genişletmeye, sisteme bütünüyle hakim olmaya çalışacaktır. Bu durumda yaşanacak kriz ve tikanlıklar ülkeyi adeta felakete sürükleyebilecektir.

Yarı-başkanlık hükümeti sistemini en başarılı şekilde uygulayan Fransa'da bile zaman zaman tikanlıklarla karşılaşılabilir. Yaşanan sıkıntılardan dolayı 2000 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı ile Milletvekili genel seçimlerinin her ikisinin de beş yılda bir yapılması, böylece Cumhurbaşkanı ile Meclis çoğunluğunun farklı siyasi partilere mensup olmasının önüne geçilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Fransa'nın problem olarak gördüğü ve değiştirdiği Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Milletvekili genel seçiminin farklı dönemlere rastlaması ve böylece Meclisteki çoğunluk ile Cumhurbaşkanının farklı partilerden gelmesi ihtimalini biz 2007 Anayasa değişikliği ile benimsemiş olduk. Adeta Fransa'nın sakıncalı gördüğü için terk ettiği sistemi biz kendi Anayasal sistemimize yerleştirdik.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü korunduğu zaman akla gelebilecek bir diğer alternatif ise başkanlık hükümeti sistemine geçmek olacaktır. Anayasa'da Cumhurbaşkanının aynı zamanda hükümet başkanı olmasını sağlayarak, yani Başbakanlık makamını kaldırıp, başkanlık hükümeti sistemine uygun bir yürütme yapısını oluşturmak yönünde bir değişiklik yapılabilir. Ancak öteden beri Başkanlık hükümeti sistemine ilişkin tartışmalarda ileri sürülen dezavantajlar düşünüldüğü zaman, ülkemiz açısından böyle bir değişikliğin yapılmasının yararlı olmayacağı sonucuna varmak mümkündür. Ayrıca bu yönde değişiklik yapmak, birkaç anayasa maddesini değiştirmekle de mümkün olmayacaktır. Çok kapsamlı bir değişiklik yapmak gerekecektir.

Ülkemiz şartları düşünüldüğü zaman, en uygun tercihin parlamenter hükümet sistemi olduğunu kabul etmemiz gerekir. Peki Cumhurbaşkanının halk

tarafından seçilmesi usulünü değiştirmeden parlamenter hükümet sistemi gerçekleştirilebilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür. Şöyle ki, yukarıda da bahsettiğimiz gibi, ne Cumhurbaşkanının yasama organı tarafından seçilmesi parlamenter hükümet sisteminin asli unsurudur ne de halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı tek başına parlamenter hükümet sistemine aykırıdır. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilse bile, yetkileri sembolik seviyeye çekildiği takdirde hükümet sistemi parlamenter hükümet sistemi olarak varlığını sürdürecektir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün korunması belki bir takım aksamalara sebep olabilecektir. Ancak, sembolik yetkileri olan bir Cumhurbaşkanının seçiminde siyasi çekişmelerin daha düşük bir seviyede cereyan edeceğini de tahmin etmek zor değildir. Bu şekilde bir değişiklik yapılmadığı takdirde, yarı-başkanlık hükümeti sistemi şu an için olmasa bile, ilk halkoyu ile işbaşına gelen Cumhurbaşkanı ile birlikte uygulamada da kendini hissettirecektir.

2007 Nisan ve Mayıs aylarında yaşanan Cumhurbaşkanı seçememe krizi sonrası, Anayasada 5678 sayılı yasa ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin değişiklikte Cumhurbaşkanının yetkilerinin sembolik seviyeye çekilmemesi bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı değişiklikte Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırlandırılması yerinde olacaktır. Böylece doğrudan halk tarafından seçilip demokratik meşruiyetini arttırmasına karşın Anayasal ve yasal düzlemde yetkileri sembolik konumda olacak bir Cumhurbaşkanı, parlamenter hükümet sistemi uygulamasına uygun bir konuma çekilecektir. Böylece yarı-başkanlık hükümeti sisteminde görülen Cumhurbaşkanı-hükümet uyumsuzluğu ve çekişmesinin önüne geçilebilecektir. Ancak, bu yönde bir çalışma ya da en azından bir teklifin ileri sürülmemesi büyük bir talihsizlik olarak ifade edilebilir. Günümüzde görülmesi bile, gelecekte 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiği zaman, Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında çıkacak anlaşmazlıklar dolayısıyla sistemde tıkanmaların görülmesi, yarı-başkanlık hükümeti sisteminin dezavantajları ile karşılaşılması kaçınılmazdır.

2. 12. Cumhurbaşkanı 2012 Yılında mı 2014 Yılında mı Seçilecek?

Yukarıda da bahsedildiği gibi, 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası 101. maddenin 2. fıkrası “Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.” hükmü Anayasa’da yer almıştır. Bu durumda karşımıza çıkan bir başka tereddüt 11. Cumhurbaşkanı görev süresinin kaç yıl olacağına ilişkindir. Bilindiği üzere 11.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

Cumhurbaşkanı, 28 Ağustos 2007 tarihinde TBMM tarafından Anayasa'nın değişiklik öncesi hükmüne göre seçilmişti. Değişiklik öncesi Anayasa'nın 101. maddesinin “*Cumhurbaşkanı, ... yedi yıllık bir süre için seçilir.*” ifadesine yer vermişti. Ancak, 11. Cumhurbaşkanı seçildikten sonra Anayasa değişikliği yapıldı ve “*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır.*” hükmü getirildi. Bu durumda “11. Cumhurbaşkanının görev süresi 2012 yılında mı yoksa 2014 yılında mı sona erecek?” sorusunun cevabının belirsiz olduğu ortaya çıktı. Bu durumda acaba 11. Cumhurbaşkanının görev süresi için Anayasa'nın seçimlerin yapıldığı tarihteki hükmü mü esas alınacak, seçimden sonra 5678 sayılı kanunla değiştirilip yürürlüğe giren hükmü mü esas alınacak? Şu an için bu sorunun cevabının ne olduğu kamuoyunu fazlaca meşgul etmese bile 2012 yılının en sıcak tartışmalarından birinin bu konu üzerine olacağı rahatlıkla tahmin edilebilir. Bu konunun netleşmesinde kamunun menfaatinin olduğu da açıktır. Anayasa'nın pozitif düzenlemesinde bu sorunun cevabını veren herhangi bir açık hükme rastlamak mümkün değildir. Şimdiye kadar bu tereddüdü giderme yönünde herhangi bir somut girişimde de bulunulmamıştır.

Acaba 11. Cumhurbaşkanının görev süresi hukuken 5 yıl mıdır? yoksa 7 yıl mıdır? Bu sorunun cevabını bulabilmek için öncelikle Anayasa hükmünün seçimlerin yapıldığı dönemdeki lafzına yani Anayasa'nın değiştirilmeden önceki hükmüne bakmak gerekir. Anayasa, 2007 yılında yapılan değişiklik öncesi aynen şu hükme yer vermişti: “*Cumhurbaşkanı, ... yedi yıllık bir süre için seçilir.*” Anayasanın bu hükmünün açık bir şekilde Cumhurbaşkanının görev süresini belirlediğini kabul etmek gerekir. Bu durumda 11. Cumhurbaşkanı seçildiği zaman, Anayasa'nın o dönem yürürlükte olan hükmüne göre yedi yıl için göreve geldiği anlamını çıkarmak gerekir.

11. Cumhurbaşkanının 28 Ağustos 2007 tarihinde yapılan seçimle yedi yıl için göreve geldiği düşünülecek olursa, daha sonra görev süresini beş yıla indiren bir değişiklik acaba 11. Cumhurbaşkanının görev süresi üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olacaktır. 11. Cumhurbaşkanının yedi yıl görev yapma yönünde kazanılmış hakkının bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekecektir. Eğer seçimin yapıldığı tarihte yedi yıl için göreve geldiği ve bu yedi yıl görev yapma hakkı kazanılmış hak olarak görülür ise, 12. Cumhurbaşkanının 2014 yılında seçileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Eğer 11. Cumhurbaşkanının yedi yıl için seçilmiş olması kazanılmış hak teşkil etmiyorsa, 12. Cumhurbaşkanı için seçim 2012 yılında yapılacaktır.

Problemin çözümünde kazanılmış hak kavramının 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi ile ilgili olarak uygulanabilirliğinin tartışılması gerekir. Yukarıda 24. Dönem Milletvekili genel seçimlerinin ne zaman yapılacağı ile ilgili olarak kazanılmış hak kavramı incelenmiştir. Aynı Anayasa değişikliği paketi içerisinde, Milletvekillerinin görev süresinin 5 yıldan 4 yıla düşürülmesi ile Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin 7 yıldan 5 yıla düşürülmesi arasında bir paralelliğin olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, tıpkı 23. dönem milletvekilleri için olduğu gibi, 11. Cumhurbaşkanı için de kazanılmış hak kavramının işletilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Yukarıda 23. Dönem Milletvekilleri için kazanılmış hak kavramına ilişkin yapılan açıklamaların 11. Cumhurbaşkanı için de aynen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Eğer tali kurucu iktidar Anayasa değişikliği yaparken aksini murad etmiş olsa idi açıkça bu konuya ilişkin düzenleme getirmesi gerekirdi. 28 Ağustos 2007 tarihinde yedi yıl için Cumhurbaşkanı seçilmiş olan 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin beş yıla indirilmesi, ancak bu Anayasa değişikliğinde geçici bir hükümlerle açıkça değişikliğin 11. Cumhurbaşkanı için de geçerli olduğunun belirtilmesiyle mümkün olurdu. Aksini düşünmek kazanılmış hak kavramı açısından yanlış olacaktır. Diğer taraftan seçim sonrası gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin halihazırda görevine devam eden Cumhurbaşkanı'na derhal uygulanabileceğini düşünmek, farklı problemleri de beraberinde getirecektir. Şöyle ki, anılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın görev süresi yedi yıldan beş yıla indirilmeseydi de on yıla çıkarılmış olsa idi, acaba yedi yıl için seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın görev süresi başka bir işlem olmaksızın on yıla mı çıkacaktı? Bu durumda 11. Cumhurbaşkanı'nın seçildiği dönemde yedi yıl için göreve geldiği ve bu süreyi doldurması gerektiğini, Anayasa değişikliğinin bir sonraki seçimle birlikte uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir. Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI ve Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, ntvmsnbc internet sitesine verdikleri beyanla bu görüşü desteklemiştir. 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER görevde iken, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı ile ilgili değişiklik yapılacağı ve Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin 5 yıla indirileceği ile ilgili haberlerin çıkması üzerine, ALDIKAÇTI ve TEZİÇ'in değerlendirmelerine dayanarak, ntvmsnbc internet sitesi şu habere yer vermiştir: "1982 Anayasası'nın mimarlarından Prof. Dr. Aldıkaçtı, mevcut Cumhurbaşkanı'nın 7 yıllığına seçildiğini ve 7 yıl görev yapması gerektiğini söyledi. Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı, Anayasa değişikliği teklifinde, siyasi partilerin kapatılması için üçte iki çoğunluğun aranmasının da doğru olmadığını belirterek, Anayasa Mahkemesi'nin daha önemli konularda salt çoğunlukla karar verdiğini belirtti."

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

Galatasaray Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Erdoğan Teziç de 5+5'in mevcut cumhurbaşkanının durumunda bir değişiklik yapmayacağını, Cumhurbaşkanı Sezer'in bu göreve 7 yıllığına seçildiğini söyledi. Prof. Dr. Teziç, şunları kaydetti:

"Eğer değişiklik teklifine ayrıca bir hüküm konulmazsa, yapılan değişiklik ileriye dönük olarak uygulanır. Yani Sezer'in 7 yıllık görev süresinin bitiminden sonra seçilecek olan, 5 yıl görev yapar. Seçildiğinizdeki statü neyse o devam eder. Sonradan yapılan değişikliğin durumu etkilememesi gerekir."

*Prof. Dr. Teziç, Fransa'da da cumhurbaşkanının görev süresinin kısaltıldığını, ancak halen görevde bulunan cumhurbaşkanının, eski görev süresini tamamlayacağını sözlerine ekledi.*³⁶

Yine Oktay EKŞİ 1 Ekim 2009 tarihli köşe yazısında³⁷ konuyu Prof.Dr. Erdoğan TEZİÇ'e sorduğunu ve onun da açık bir şekilde –özetle- *"Seçimle gelen görevlerde o sırada uygulanan hükümler etkinliğini korur . Çünkü seçimle örneğin 7 yıllık bir süre için göreve gelen Cumhurbaşkanı yeni kurallara tabi tutunca onu oraya getiren iradeyi yok saydığınız gibi sistemi de altı kaval üstü şeshane dedikleri bir hale dönüştürürsünüz . Dahası, süre kısaltma yoluyla o kişiyi görevden azletmiş olursunuz . Bu yolun hukuka aykırılığı bilindiği için anımsanacaktır 7 yıllık bir dönem için seçilen bir önceki Fransız Cumhurbaşkanı Jacques Chirac henüz görevde iken, Cumhurbaşkanlığı görev süresi orada da 5 yıla indirildi . Ancak Chirac 7 yılını tamamladı . Şimdiki Cumhurbaşkanı Sarkozy ondan sonra ve 5 yıl için seçildi . "* şeklinde cevap verdiğini ifade etmiştir.

TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Prof.Dr. Burhan KUZU da aynı yönde görüşünü beyan etmiştir. KUZU şu görüşlere yer vermiştir: *"Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresi 7 yıldır. Çünkü seçildiğinde 7 yıllığına seçilmişti. Biz bu şekilde düzenleme yapacağız. Ancak CHP Anayasa Mahkemesi'ne götürürse nasıl karar çıkar bilemiyoruz."*³⁸

Hukuken 11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin 7 yıl olduğu ve 2014 yılına kadar görev süresinin devam edeceğini tespit etmekle birlikte, 2012 yılında Cumhurbaşkanı seçimi tarihi üzerine yaşanacak yoğun tartışmaları göz

³⁶ (<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/57780.asp>)(E.T.: 13.12.2009)

³⁷ (<http://cep.hurriyet.com.tr/ArticleDetail.aspx?ArticleID=41908&AuthorID=204>)(E.T.: 13.12.2009)

³⁸ (<http://www.samanyoluhaber.com/haber-146302.html>)(E.T.: 13.12.2009)

önünde bulundurarak, Cumhurbaşkanının beş yıllık süreyi doldurduktan sonra istifa etmesinin tartışmaları sona erdirme yönünde atılmış olumlu bir adım olacağını da belirtmek gerekir.

3. 2007 Değişikliği Öncesi Cumhurbaşkanı Olmuş Kişiler Yeniden Cumhurbaşkanı Olabilirler mi?

2007 Anayasa değişikliğinin akla getirdiği bir başka soru da bu değişiklik öncesi Cumhurbaşkanı olmuş kişilerin yeniden Cumhurbaşkanlığına aday olup olamayacağına ilişkindir. Çünkü, anılan değişiklik öncesi Anayasa'nın 101. maddesinin 3. fıkrası "*Bir kimse iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.*" hükmüne yer vermişti. Dolayısıyla 2007 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı seçilenler için tekrar Cumhurbaşkanlığına aday olmak imkanı yoktu. Ancak değişiklikle birlikte 101. maddenin 2. fıkrası "*Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*" hükmüne yer vermiştir. Bu durumda, 2007 öncesi "*Bir kimse iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.*" hükmünün yürürlükte olduğu dönemde seçilen Cumhurbaşkanları için getirdiği yeniden seçilememe yasağının değişiklik sonrası da devam edip etmediğinin tespit edilmesi gerekir. Oktay EKŞİ, yukarıda geçen 1 Ekim 2009 tarihli köşe yazısında, "*Kâğıt üstünde buna aykırı bir hüküm bulunmasa da ne süresi bittikten sonra ne de süresini tamamlamadan istifa etmesi halinde Gül'ün tekrar aday olması düşünülemez . Çünkü aday olup yenik düşmesi sadece onun değil Cumhurbaşkanlığı makamının da hırpalanması sonucunu doğurur . Buna hukukun egemen olduğu hiçbir devlette rastlanamaz .*" diyerek 11. Cumhurbaşkanının yeniden aday olamayacağı görüşünü açıklamıştır. Oysa, EKŞİ'nin bu görüşü için dayandığı gerekçelerin hiçbir hukuki dayanağı olmadığı açıktır. Bu gerekçeler olsa olsa siyaseten göz önünde bulundurulabilecek gerekçelerdir.

2007 değişikliği sonrası "*Bir kimse iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.*" hükmü değiştirilip "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*" hükmü getirildiğine göre bu yasağın da kalktığı rahatlıkla söylenebilir. Yukarıda 23. Dönem Milletvekillerinin görev süresinin belirlenmesine ilişkin açıklamalarda geçen, Danıştay'ın 1992 yılında rektör seçilebilme ile ilgili verdiği karar³⁹ da bu görüşü destekler niteliktedir. Akla gelen diğer bir soru da şudur: "2007 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı seçilmiş ve 7 yıl görev yapmış bir kimse, değişiklik sonrası 5 yıl için yeniden seçildiği takdirde, toplam 12 yıl Cumhurbaşkanlığı yapmış olacaktır. Oysa, Anayasa değişikliği sonrası Cum-

³⁹ Danıştay 1. Dairesi, E. 1992/224, K. 1992/238, K.T. 13.07.1992.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

hurbaşkanı için 5+5 toplam 10 yıllık bir görev süresi öngörmüştür. Bu durumda 2007 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı seçilmiş bir kimse 5 yıllığına yeniden seçilip 12 yıl Cumhurbaşkanlığı yapabilir mi?” Kanaatimizce Anayasanın değişiklik sonrası lafzı sorunun cevabını açık bir şekilde vermektedir. Şöyle ki, değişiklik sonrası Anayasa bir kimse için azami Cumhurbaşkanlığı görev süresi öngörmemiştir. Anayasa “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*” diyerek iki dönemden fazla seçilmeyi yasaklamıştır. Bu durumda, şu an için hayatta olan 7. Cumhurbaşkanı, 9. Cumhurbaşkanı, 10. Cumhurbaşkanı ve 11. Cumhurbaşkanı'na mahsus 12 yıl Cumhurbaşkanlığı yapabilme imkanı hukuken mevcuttur.

C. Anayasa'nın Geçici 18. Maddesinin Doğurduğu Tereddütler

Bu madde ile Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasındaki “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.” hükmünün 11. Cumhurbaşkanı seçimlerinde bu değişikliğin uygulanmasına engel olmasının önüne geçilmek istenmiştir. Gerçi 11. Cumhurbaşkanı bu anayasa değişikliği hükümlerine göre değil, eski hükümlere göre TBMM tarafından seçilmiştir. Ancak o dönemde yaşanan tıkanıklığın TBMM’nde yapılacak bir Cumhurbaşkanlığı seçimi ile aşılması ihtimali de düşünülmemiştir. Bu arada geçici 18. maddenin ifadesinden münhasıran 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin olduğu anlamını çıkarmak da güçtü. Çünkü, madde 11. Cumhurbaşkanı seçimi değil, “Cumhurbaşkanlığı seçimleri”nden bahsetmekteydi. Demek ki 11. ve sonraki Cumhurbaşkanlığı seçimleri için de Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrası uygulanmayacaktı. Bu durumda Geçici 18. maddenin “geçici” değil daimi bir etkiye sahip olduğu, adeta ismiyle çeliştiğini kabul etmek gerekir.

22 Temmuz 2007 seçimleri sonrası oluşan yeni Meclis 28 Ağustos 2007 tarihinde yaptığı oylama ile 11. Cumhurbaşkanı'na seçmişti. Bu durumda 11. Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine ilişkin bu hükmün uygulanma imkanı kalmamıştı. Normalde bu hükmün varlığının herhangi bir sakıncası olmamasına⁴⁰ ve sadece uygulanma imkanı fiilen ortadan kalkmış olmasına rağmen; söz konusu Anayasa değişikliği halkoylaması ile kabul edildikten sonra 11. Cumhurbaşkanı'nın meşruiyeti ve görevinin devamı ile ilgili birtakım siyasi tartışmaların yaşanabileceği düşüncesi ile 5697 sayılı yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiş ve 21 Ekim 2007 tarihinde halkoylaması yapılacak olan Anayasa değişikliğinin 6. maddesinin, diğer bir deyişle Geçici 18. ve Geçici

⁴⁰ Aynı yönde görüş için bkz. ONAR (2008), s.539.

19. maddenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bir Anayasa değişikliğine gidilmiştir. Söz konusu değişiklik 17 Ekim 2007 tarihinde Resmi Gazete'de⁴¹ yayınlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

Geçici 18. ve Geçici 19. maddenin içeriğinden çok, yürürlükten kaldırılması yönteminin tartışılması; ortaya çıkan hukuki tereddüt ve problemlerin üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz. Halkoyuna sunulmuş; halkoylanmasıyla ilgili gerekli hazırlıklar yapılmış; gümrük kapılarında bazı vatandaşlar tarafından lehinde ya da aleyhinde oy kullanılmış bir anayasa değişikliği paketi üzerinde tekrar bir değişikliğin yapılmasının asıl tartışılması gereken konu olduğu söylenebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, halkoyuna sunulmuş olan bir anayasa değişikliği metninin henüz halkoylaması yapılmadan TBMM tarafından değiştirilmesinin mümkün olmadığı söylenemez. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de aynı anayasa değişikliği ile ilgili olarak yapılan başvuruya ilişkin 27 Kasım 2007 tarihinde verdiği kararında⁴² bu görüşü benimsediğini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesine göre "...Anayasada TBMM'nin *Anayasayı değiştirme* yetkisini kullanmasına, *halkoyuna sunulan yasalar üzerinde tasarrufta bulunmama* biçiminde bir istisna öngörmemektedir. Halkoyuna sunulmuş kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM, henüz referandumda oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahiptir..."⁴³ Ancak, daha önce halkoylamasına sunulmuş bir anayasa değişikliği metni üzerinde TBMM tarafından değişiklik yapılması durumunda ortaya yeni bir anayasa değişikliği metninin ortaya çıkacağı; ilk metinle değişiklik sonrası metnin aynı olmayacağı; ilk metni halkoyuna sunma yetkisinin Cumhurbaşkanında olduğu, değişiklik sonrası metni de halkoyuna sunması gerektiği; buna karşın söz konusu anayasa değişikliğinin yeni hali ile adeta doğrudan TBMM tarafından halkoyuna sunulmuş olacağı; Anayasaya göre halkoyuna sunma yetkisinin münhasıran Cumhurbaşkanına ait olduğu; bu sebeplerle ciddi bir hukuki sorunla karşı karşıya kalındığı yönündeki görüşün⁴⁴ de haklılık payının olduğunu belirtmek gerekir.

⁴¹ R.G. 17.10.2007, S.26673.

⁴² Anayasa Mahkemesi, 27.11.2007, E.2007/99, K.2007/86. (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm>) (E.T.: 16.11.2009)

⁴³ <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ /K2008/K.2007 -86.htm> (E.T.: 16.11.2009)

⁴⁴ Cem EROĞUL, "Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması", Cumhuriyet, 19 Ekim 2007.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

Ayrıca, 5697 sayılı kanun ile 16 Ekim 2007 tarihinde yapılan değişiklik öncesi, işleyen halkoylaması takvimine göre 11 Eylül 2007 tarihinden 16 Ekim 2007 tarihine kadar gümrük kapılarında bazı vatandaşlarımızın oy kullanmış olması; bu vatandaşlarımızın hakkında oy kullandığı metin ile 16 Ekim 2007 tarihi sonrası oy kullanan vatandaşlarımızın hakkında oy kullandığı metnin birbirinden ayrı olmasının da önemli bir hukuki sorunu beraberinde getirdiği yönündeki görüşün⁴⁵ de haklılık payının bulunduğunu söyleyebiliriz.

Nitekim konu Yüksek Seçim Kurulu tarafından da ele alınmış ancak, Yüksek Seçim Kurulu, 17 Ekim 2007 tarihinde aldığı kararla, işlemekte olan halkoylaması sürecinin ertelenmesi ve yeniden bir halkoylaması takviminin belirlenmesine gerek görmediğini belirtmiştir⁴⁶.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, halkoyuna sunulmuş olan bir anayasa değişikliği metninin henüz halkoylaması yapılmadan TBMM tarafından değiştirilmesi kural olarak mümkündür. Anayasa metni göz önünde bulundurulduğu zaman, bir Anayasa değişikliği metnini halkoyuna sunma yetkisinin münhasıran Cumhurbaşkanına ait olduğu ve 5697 sayılı kanunla yapılan değişikliği ve bu arada ortaya çıkan paketin yeni halini halkoyuna sunma yetkisinin de Cumhurbaşkanına ait olduğu anlamını çıkarmak mümkündür. Bu durumda TBMM'nin Anayasa tarafından verilmemiş bir yetki kullanması ve hukuki bir karmaşanın ortaya çıkmasından bahsedilebilir. Somut Anayasa değişikliği ile ilgili olarak da Anayasa Mahkemesi'nin "ağır ve açık bir yetki aşımı" olup olmadığı hususunu değerlendirmesi daha isabetli olurdu görüşü⁴⁷nün yapılan hukuki hatayı tespit etmesi noktasında haklılığı ortadadır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verip veremeyeceğinin de ayrı tartışma konusu olduğunu belirtmek gerekir.

5697 sayılı kanun ile 16 Ekim 2007 tarihinde yapılan değişiklik öncesi, işleyen halkoylaması takvimine göre 11 Eylül 2007 tarihinden 16 Ekim 2007 tarihine kadar gümrük kapılarında bazı vatandaşlarımızın oy kullanmış olması; bu vatandaşlarımızın hakkında oy kullandığı metin ile 16 Ekim 2007 tarihi sonrası oy kullanan vatandaşlarımızın hakkında oy kullandığı metnin birbirinden ayrı olmasının doğurduğu hukuki sorunun çok daha ciddi olduğunu belirtmek gerekir. Yüksek Seçim Kurulu'nun düzenlediği tutanakta⁴⁸ Gümrük

⁴⁵ ONAR (2008), s.540.

⁴⁶ ONAR (2008), s.540-541.

⁴⁷ ONAR (2008), s.542.

⁴⁸ R.G. 31.1.2007, S.26686.

Kapılarında kullanılan geçerli oyların toplamının 24880 olduğu; “Evet” oylarının 18727; “Hayır” oylarının 6153 olduğu belirtilmiştir. Yine aynı tutanakta toplam geçerli oyların 28.167.651; toplam Evet oylarının 19.422.714; Hayır oylarının 8.744.947 olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, gümrükte kullanılan oyların seçim sonuçlarına etki etmeyecek sayıda olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirildiği zaman, gümrük kapılarında kullanılan oylarla ilgili tartışmanın, halkoylamasının sonuçları ile ilgili hukuki tartışmalar açısından fazla öneminin olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak asıl sorunun vatandaşların oy kullanma hakkı gibi önemli bir temel haklarını kullanamamaları ile ilgilidir. Seçim sonuçlarını etkileyecek sayıda olsun ya da olmasın, gümrük kapılarında oy kullanan vatandaşların oy kullanma hakkının fiilen ellerinden alındığını; adeta bu vatandaşların 5697 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrası oy kullanma imkanlarının ellerinden alındığını; bu değişiklik öncesi kullandıkları oyların ise anlamsız hale getirildiğini; dolayısıyla bir insan hakkı ihlalinin yaşandığını belirtmek gerekir. Bu hak ihlaline uğramış olan vatandaşlarımızın mağduriyetlerini giderme adında da herhangi bir girişimin olmadığını da ortaya koymak gerekir.

D. Anayasa'nın Geçici 19. Maddesinin Doğurduğu Tereddütler

Anayasa'ya eklenen bu geçici madde ile 11. Cumhurbaşkanının halk tarafından nasıl seçileceği ayrıntıları ile işlenmiştir. Bu anayasa değişikliğinin yapıldığı dönemde, 11. Cumhurbaşkanı seçilemediği için, görev süresi dolduğu halde 10. Cumhurbaşkanı görevini sürdürmekte idi. 11. Cumhurbaşkanının seçilmesine ilişkin takvimin nasıl olacağı, halk tarafından Cumhurbaşkanı seçiminin nasıl yapılacağı, seçimlerde hangi kanun hükümlerine göre hareket edileceği noktasında belirsizlikler bulunmaktaydı. Geçici 19. madde ile bu belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Geçici 18. maddede olduğu gibi bu maddede de hep 11. Cumhurbaşkanının artık halk tarafından seçileceği ön kabulünden hareket edilmiş ve maddenin birinci fıkrasında “Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması, ...” ifadesiyle söze başlanmıştır. Ancak bilindiği gibi 11. Cumhurbaşkanı 22 Temmuz 2007 seçimleri sonrasında TBMM tarafından seçilmişti. Bu anayasa değişikliği halkoylaması sonucunda kabul edilip yürürlüğe girdiği tarihte de 11. Cumhurbaşkanı görevine başlamıştı. Zaten seçilmiş olan 11. Cumhurbaşkanının görevine devam ederken nasıl seçileceğinin Anayasa değişikliği ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması birtakım tereddütleri beraberinde getirmiştir. Acaba geçici 19. madde 11. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngörmüşken, TBMM

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

tarafından seçilmiş olması görevini sona erdirecek miydi? Bir başka deyişle TBMM tarafından seçilmiş olan Cumhurbaşkanı'nın görev süresi bu değişiklik ile gelen Geçici 19. madde ile, Anayasa Koyucu tarafından sona erdirilmiş miydi? Açıkçası, ilk bakışta Geçici 19. maddenin ifadesinden bu sorulara olumlu cevap vermek, yani "Anayasa hükmü 11. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilir diyor ve 11. Cumhurbaşkanı olarak görev yapan kişi TBMM tarafından seçilmiş ise o kişinin görev süresi sona ermiştir ve Geçici 19. maddesinde belirtilen takvim doğrultusunda 11. Cumhurbaşkanı seçilmelidir." anlamını çıkarmak mümkündür. Ancak, Anayasa koyucunun bu hükmü kabul ederken hangi amaçla hareket ettiği ve iradesinin ne yönde olduğu açıktır. 11. Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından seçilememesi karşısında halk tarafından seçilmesine ilişkin getirilmiş bir hükümdür. Diğer taraftan 11. Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilmiştir. Anayasa değişikliği ile birlikte 11. Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ereceği kabul edilse bile, akabinde halk tarafından seçilecek Cumhurbaşkanı 11. değil 12. Cumhurbaşkanı olacaktır. Yani Anayasanın Geçici 19. Maddesinin uygulanma imkanı zaten fiilen ortadan kalkmıştı. Yine de anayasa koyucunun bu konuda titiz davranması ve her ihtimali değerlendirip, tereddütlere yol açmaması gerekirdi. Anayasa koyucu "Onbirinci Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması" değil de "5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği sonrası yapılacak Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylaması" ifadesine yer vermiş olsa idi daha uygun olacaktı.

Anayasa'ya eklenen bu geçici madde ile 11. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından nasıl seçileceği ayrıntıları ile işlenmiştir. Bu anayasa değişikliğinin TBMM'de görüldüğü dönemde, 11. Cumhurbaşkanı seçilemediği için, görev süresi dolduğu halde 10. Cumhurbaşkanı görevini sürdürmekte idi. 11. Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine ilişkin takvimin nasıl olacağı, halk tarafından 11. Cumhurbaşkanı'nın nasıl seçileceği, seçimlerde hangi kanun hükümlerine göre hareket edileceği noktasında belirsizlikler bulunmaktaydı. Bu geçici madde ile söz konusu belirsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Ancak, 22 Temmuz 2007 seçimleri sonrası oluşan yeni Meclis 28 Ağustos 2007 tarihinde yaptığı oylama ile 11. Cumhurbaşkanı seçmişti. Bu durumda 11. Cumhurbaşkanı'nın nasıl seçileceğini düzenleyen bu hükmün uygulanma imkanı kalmamıştı. Normalde bu hükmün varlığının -tıpkı geçici 18. maddede olduğu gibi- herhangi bir sakıncası olmamasına⁴⁹ ve sadece uygulanma imkanı fiilen ortadan kalkmış olmasına rağmen; söz konusu Anayasa değişikliği halkoylaması ile kabul edildikten sonra 11. Cumhurbaşkanı'nın meşruiyeti ve görevinin devamı

⁴⁹ Aynı yönde görüş için bkz. ONAR (2008), s.539.

ile ilgili birtakım siyasi tartışmaların yaşanabileceği düşüncesi ile 5697 sayılı yasa ile TBMM tarafından kabul edilmiş ve 21 Ekim 2007 tarihinde halkoylaması yapılacak olan Anayasa değişikliğinin 6. maddesinin, diğer bir deyişle Geçici 18. ve Geçici 19. maddenin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bir Anayasa değişikliğine gidilmiştir. Söz konusu değişiklik 17 Ekim 2007 tarihinde Resmi Gazete'de⁵⁰ yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

SONUÇ

5678 sayılı kanunla 1982 Anayasası'nın beş maddesinin değiştirilmesi ve iki geçici madde ilave edilmesine ilişkin paketin yedi maddelik bir paket olmasına rağmen, neredeyse madde sayısından daha fazla sayıda tereddüdü ve problemi beraberinde getirdiğini görmekteyiz. Anayasa değişikliği gibi son derece önemli bir faaliyetin gerçekleştirilmesinde, diğer anayasal ya da yasal kamusal yetkilerin kullanılmasına nazaran çok daha fazla titizlik ve hassasiyet gösterilmesi gerekir. Ancak, anılan Anayasa değişikliği paketindeki problem ve tereddütler, bu titizlik ve hassasiyetin gösterilmediğini ortaya koymaktadır.

“TBMM 23. dönem Milletvekillerinin görev süresi 4 yıl mı olacak? 5 yıl mı olacak?” sorusunun cevabı için kazanılmış hak kavramının göz önünde bulundurulması gerekir. 5678 sayılı kanunla 2007 yılında yapılan değişiklik, 24. ve sonrası Dönem milletvekilleri için uygulanacaktır. 23. Dönem Milletvekillerinin 5 yıllık görev süresinin kazanılmış hakları olduğunu, 5922 sayılı kanunla 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda yapılan değişikliğin de tereddütleri gidermekten uzak olduğunu kabul etmek gerekir. Hukuki durumun böyle olduğunu tespit etmekle birlikte, 2011 yılında seçim tarihi üzerine yaşanacak yoğun tartışmaları göz önünde bulundurarak siyasi iradenin yani TBMM'nin devreye girmesi ve alacağı erken seçim kararı ile tartışmalara son vermesinin siyaseten uygun olacağını söyleyebiliriz.

“11. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi 5 yıl mı olacak? 7 yıl mı olacak?” sorusunun cevabı için de kazanılmış hak kavramının göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyebiliriz. 5678 sayılı kanunla 2007 yılında yapılan değişiklik, 12. ve sonrası Cumhurbaşkanı için uygulanacaktır. 11. Cumhurbaşkanı'nın 7 yıllık görev süresinin kazanılmış hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda 11. Cumhurbaşkanı'nın seçildiği dönemde yedi yıl için göreve geldiği ve bu süreyi doldurması gerektiğini, Anayasa değişikliğinin bir sonraki seçimle birlikte uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir.

⁵⁰ R.G. 17.10.2007, S.26673.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

“2007 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı seçilmiş bir kimse 5 yıllığına yeniden seçilip 12 yıl Cumhurbaşkanlığı yapabilir mi?” sorusuna Anayasanın değişiklik sonrası lafzı açık bir şekilde cevap vermektedir. Şöyle ki, değişiklik sonrası Anayasa bir kimse için azami Cumhurbaşkanlığı görev süresi öngörmemiştir. Anayasa “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*” diyerek iki dönemden fazla seçilmeyi yasaklamıştır. Bu durumda, şu an için hayatta olan 7. Cumhurbaşkanı, 9. Cumhurbaşkanı, 10. Cumhurbaşkanı ve 11. Cumhurbaşkanıya mahsus 12 yıl Cumhurbaşkanlığı yapabilme imkanı hukuken mevcuttur.

Artık ülkemizde –eğer gelecekte herhangi bir değişiklik olmaz ise- 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halkoyu ile seçilecektir. Bu Anayasa değişikliği sadece Cumhurbaşkanının göreve geliş şekline ilişkinmiş gibi görünse de, aslında sistem açısından büyük bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Artık yürütme içinde doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, Başbakanı nazaran baskın bir konuma yükselecektir. Dolayısıyla Fransız uygulamasından ayrılan yönlerin de gittikçe zayıflaması gibi bir durumun ortaya çıkması beklenebilir. Bu durumda artık 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası’nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici denilebilecek bir fark kalmamıştır. Artık denilebilir ki 5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği Türkiye’de yarı-başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir.

Anayasa’da yapılan bu değişiklikle birlikte ortaya çıkabilecek bir başka tereddüt Cumhurbaşkanının beş + beş iki dönem için seçilmesinin doğurabileceği muhtemel sorunların nasıl çözümleneceğine ilişkindir. Cumhurbaşkanı seçimi ile genel seçimlerin farklı zamanlarda yapılacak olması, Cumhurbaşkanı ile Meclisteki çoğunluğun farklı eğilimlerde olması, diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı ile hükümetin farklı eğilimlerde olması ihtimalini beraberinde getirecektir. Bu durumda Cumhurbaşkanı-hükümet çatışması çıkması da kaçınılmaz olacaktır. Ülkemizde bu anayasa değişikliği öncesi de bir problem olarak görülen ve üzerinde sık sık durulan Cumhurbaşkanı-hükümet çatışmasının nasıl aşılacağı belirsizdir. Üstelik değişiklikle birlikte Cumhurbaşkanı, demokratik meşruiyet açısından değişiklik öncesine nazaran çok daha kuvvetli bir konuma gelecektir. Bu durumda Cumhurbaşkanının hükümet ile uyumlu çalışma çabası içinde olması beklenebilir mi?

Cumhurbaşkanı, ikinci dönem Cumhurbaşkanlığı seçiminde bir siyasi partinin desteğini sağlayabilmek için, ister istemez o partinin taleplerini kar-

şılacak tercihlerde bulunacaktır. Kaldı ki Milletvekili olmayan bir kimse- nin Cumhurbaşkanlığına aday olabilmesi ancak yirmi milletvekilinin teklifi ya da en son genel seçimde oylarının toplamı %10'u geçmiş siyasi partilerin ortak teklifi ile mümkündür. Bu durumda daha adaylık aşamasında hukuken siyasi partilere bağlanmış bir sistem bulunmaktadır. Dolayısıyla bu değişiklik sonrası Cumhurbaşkanının özellikle siyasi partiler karşısında tarafsızlığından bahsetmek imkansız hale gelecektir. Anayasa'nın 101. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer." hükmünün de anlamını yitirdiği söylenebilir. Bu durumda artık Anayasa'nın Cumhurbaşkanının tarafsızlığını düzenleyen hükümlerinin anlamını kaybettiğini söylemek mümkündür.

Yarı-başkanlık hükümeti sistemini en başarılı şekilde uygulayan Fransa'da bile zaman zaman tıkanıklıklarla karşılaşabilmektedir. Yaşanan sıkıntılardan dolayı 2000 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı ile Milletvekili genel seçimlerinin her ikisinin de beş yılda bir yapılması, böylece Cumhurbaşkanı ile Meclis çoğunluğunun farklı siyasi partilere mensup olmasının önüne geçilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Fransa'nın problem olarak gördüğü ve değiştirdiği Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile Milletvekili genel seçiminin farklı dönemlere rastlaması ve böylece Meclisteki çoğunluk ile Cumhurbaşkanının farklı partilerden gelmesi ihtimalini biz 2007 Anayasa değişikliği ile benimsemiş olduk. Adeta Fransa'nın sakıncalı gördüğü için terk ettiği sistemi biz kendi Anayasal sistemimize yerleştirdik.

Ülkemiz şartları düşünüldüğü zaman, en uygun tercihin parlamenter hükümet sistemi olduğunu kabul etmemiz gerekir. Peki Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünü değiştirmeden parlamenter hükümet sistemi gerçekleşebilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek mümkündür. Şöyle ki, ne Cumhurbaşkanının yasama organı tarafından seçilmesi parlamenter hükümet sisteminin asli unsurudur ne de halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı tek başına parlamenter hükümet sistemine aykırıdır. Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilse bile, yetkileri sembolik seviyeye çekildiği takdirde hükümet sistemi parlamenter hükümet sistemi olarak varlığını sürdürecektir. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün korunması belki bir takım aksamalara sebep olabilecektir. Ancak, sembolik yetkileri olan bir Cumhurbaşkanının seçiminde siyasi çekişmelerin daha düşük bir seviyede cereyan edeceğini de tahmin etmek zor değildir. Bu şekilde bir değişiklik yapılmadığı takdirde, yarı-başkanlık hükümeti sistemi şu an için olmasa bile, ilk

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

halkoyu ile işbaşına gelen Cumhurbaşkanı ile birlikte uygulamada da kendini hissettirecektir. Anayasada 5678 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin sınırlandırılması yerinde olacaktı. Ancak, bu yönde bir çalışma ya da en azından bir teklifin ileri sürülmemesi büyük bir talihsizlik olarak ifade edilebilir. Günümüzde görülme bile, gelecekte 12. Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiği zaman, Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında çıkacak anlaşmazlıklar dolayısıyla sistemde tıkanmaların görülmesi, yarı-başkanlık hükümeti sisteminin dezavantajları ile karşılaşılmaması kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2003.
- ALDIKAÇTI, Orhan: Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1960.
- ATAR, Yavuz : “Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri”, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Sempozyumu, Ankara, 2003.
- ATAY, E. Ethem : İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- ATAY, E. Ethem : “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S.36.
- BALTA, Tahsin Bekir : Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- BATUM, Süheyl : “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara: 2000.
- ELGIE, Robert : “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, *European Journal of Political Research*, Vol. 33., (1998).
- ERDOĞAN, Mustafa : Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993.
- EROĞUL, Cem (2007) : “2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, Prof.Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, AÜSBF Dergisi, Temmuz-Eylül 2007.
- EROĞUL, Cem (2007a): “Hukuka ve Demokrasiye Aykırı Halkoylaması”, Cumhuriyet, 19 Ekim 2007.
- GÖZLER, Kemal : Türk Anayasa Hukuku, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.
- GÖZTEPE, Ece : “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin 367 Kararı İçin Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, Prof.Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut: İdare Hukuku, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref : Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- GÜRAN, Sait : “İdari İşlem”, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001.
- HOWARTH, David-VAROUXAKIS, Georgias: Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society, Oxford University Press, London, 2003.
- KERSE, Ahmet : Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1973.
- KORTMANN, Constantijn A. J.- BRANDHOF, J. C. E, Van den – PRAKKE, Lukas – BRANDHOF, Hans van den: Constitutional Law of 15 EU Member States, Kluwer, 2004.
- KUZU, Burhan : “Neden Başkanlık Hükümeti”, Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu, Ankara, 2000.
- OĞURLU Yücel : İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- ONAR, Erdal (2008):“1982 Anayasasının 2007 Yılında 5678 Sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, Prof.Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ONAR, Erdal (2005) : “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, İçinde: Başkanlık Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005.
- ÖZBUDUN,Ergun : Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- ÖZER, Attila (2002): Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim, Ankara, 2002.
- ÖZER, Attila (1998): Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği Ankara: 1998.
- ÖZER, Attila (1996): Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara, 1996.

Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

ÖZTÜRK, Kemal N. : “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Geleneği”, AİD, C.25., S.1., Mart 1992.

SELÇUK, Sami : “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM’nin 367 Kararı”, Prof.Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008

SIAROFF, Alan : “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, European Journal of Political Research, Vol. 42., Issue 3., Mayıs 2003.

SULEIMAN, N. Ezra : “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1 (Baltimore and London: The John Hopkins University Pres, 1994).

TUNÇ, Hasan – BİLİR, Faruk - YAVUZ, Bülent: Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2009.

TURHAN, Mehmet (1992) : “Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choıs For Turkey”, AÜSBFD., C.47., S.1-4., Ankara 1992.

TURHAN, Mehmet(1989) : Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Diyarbakır 1989.

ULUŞAHİN, Nur : İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

ÜSKÜL, Zafer : Türkiye’nin Anayasa Sorunu, İstanbul, 1991.

YILDIRIM, Turan : İdari Yargı, Beta Yayınları, Ankara, 2008.

**TÜRK HUKUKUNDA
KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE KRİTERLERİ
CONCEPT OF PUBLIC SERVICE AND ITS CRITERION**

Arş. Gör. Dilşat YILMAZ*

ÖZET

Kamu hizmeti kavramı, pek çok idare hukuku kavramına kaynak olma niteliği ile İdare Hukukunda çok önemli bir konuma sahiptir. Kavramın içeriği konusu yakın zaman kadar tartışma konusu olurken, son zamanlarda kavramın akıbetinin ne olacağı tartışılmaktadır. Ekonomik yaklaşımların kamu hukuku alanında etkisini artırması ile birlikte, kamu hizmeti gerek terminolojik gerek içerik açısından büyük değişimler geçirmektedir.

ANAHTAR KELİMELER

Kamu hizmeti, kamu yararı, özel hukuksal rejim, evrensel hizmet, terminolojide değişim.

ABSTRACT

Public service concept has a very important situation in Administrative Law because of the fact that it is source of many Administrative Law concepts. Not long ago the content of public service content was disputatious, nowadays new debate is "its existence". Along with the expanding influence of economic approaches in public law, there is a range of changes in the area of public service terminology and content.

KEY WORDS

Public service, public benefit, special legal system, universal service, change in terminology.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku

I. GİRİŞ

İdare Hukukunda merkezde bir rol oynayan ve yıllardır tartışılmalan “kamu hizmeti” kavramı, son yıllarda daha çok gündeme gelmeye başlamıştır. Avrupa Birliği’nin giderek genişlemesi ve buna bağlı olarak da serbest piyasa ekonomisinin kurallarının pek çok alana olduğu gibi hukuk alanına da müdahalesi, eski tartışmaların da bir adım ötesine giderek kamu hizmeti kavramının varlığını sorgulanır hale getirmiştir. Eskiden yapılan tartışmalar, genellikle kamu hizmetinin ‘tanımlanması’ ya da ‘sınırlarının belirlenmesi’ noktasında yaşanırken, son tartışmalar onun ‘varlığına’ ilişkin olarak yapılmaya başlanmıştır.

Çalışmamızda kamu hizmetinde gerek Avrupa Birliği gerek Türkiye’de geline son nokta, kavramın algılanışında yıllardır süren farklılaşmalar da belirtilmek suretiyle ele alınacaktır. Diğer bir ifade ile çalışma tamamlandığında, kamu hizmeti kavramının algılanışındaki son durum, bu noktaya gelen süreçle bir bütün halinde sunulmuş olacaktır. Bu şekilde bir plan izlenerek yapılacak olan çalışma, kamu hizmeti kavramında yaşanan değişimleri bir bütün halinde gözler önüne sermiş olacaktır.

II. KAMU HİZMETİ KAVRAMI

A. Genel Olarak

19. yüzyılın sonlarına doğru ortaya çıkan ‘kamu hizmeti’ kavramı, idare hukukunun en temel kavramlarından biridir. Kavram, dünyadaki gelişimine ve önemine paralel olarak, Türk idare hukuku tarihinde de yerini almıştır. Kamu hizmeti kavramı, Osmanlı devletinden bugüne kadar geline süreçte önemli bir yer tutmuştur¹.

Kamu hizmet kavramının idare hukuku açısından önemi, hemen her dönemde devlete ilişkin normlarda düzenleme konusu yapılmasından da anlaşılmaktadır. Anayasamız ve mevzuatımız incelendiğinde de bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır.

Kamu hizmeti kavramını tanımlamaya yönelik çalışmalar yanında bu kavramın önemini yani idare hukuku anlamındaki yerini tespit noktasında bazı farklı görüşler ortaya atılmıştır. Başka bir ifade ile, kavramın önemi sebebiyle, bu konuya ilişkin pek çok tartışma da söz konusu olmuştur.

¹ Detaylı bilgi için bkz GÜLAN Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S.1-4. , s. 97 vd.

B. Kavramın Önemi

Kamu hizmeti kavramının idare hukukunda merkez denilebilecek bir konumda yer almaktadır. Kamu hizmeti kavramının idarenin faaliyet alanını belirlemede, idari yargının görev alanını saptamada, memur, idari sözleşme gibi idare hukukuna ilişkin pek çok konuda kilit rol oynaması yani kamu hizmeti kavramından yola çıkarak diğerlerinin sınırlarının çizilebilmesi, kavramın idare hukuku açısından önemini anlatmaktadır². Diğer bir anlatımla, idare hukukuna ilişkin pek çok kavramı açıklayabilmek için kamu hizmeti kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum göstermektedir ki, kamu hizmeti kavramı pek çok idare hukuku kavramını tanımlamak bakımından referans niteliğindedir.

Ulusoy'un belirttiği gibi "Duguit'in kamu hizmeti kavramını idare hukuku teorisinin merkezine oturtması ve hatta idare hukukunu 'kamu hizmetleri hukuku' olarak algılamasının nedeni de daha rahat anlaşılabilirliği"³.

İdare hukuku açısından kilit role sahip olan bu kavramın açıklanabilmesi pek de kolay olmamıştır. Bu zorluğun çeşitli sebepleri bulunmaktadır⁴: Bunlardan en önemlisi, kamu hizmeti kavramının sadece hukuki boyutu olmaması aynı zamanda iktisadi bir boyutunun da bulunmasıdır⁵. Bu duruma yol açan diğer bir sebep de, kavramın idare hukukunu aşan bir yapıya sahip olması olarak gösterilmektedir⁶. Ayrıca, Orak'ın da ifade ettiği üzere, kavramın zaten kural ve pek çok belirsiz kavram barındıran bir alan olan İdare Hukuku içinde tanımlanmaya çalışılması da, kamu hizmeti kavramını tanımlama çalışmalarına zorluk katmaktadır. Tüm bu zorluklar, kavramı dönemselleştiren ihtiyaçlara göre belirleme şeklinde bir teamülün de ortaya çıkmasına yol açmıştır⁷.

² Aynı yönde bkz ULUSOY Ali, "Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme", *Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu*, 26 Mart 2004, BTHAE Yayınları, s. 59.

³ ULUSOY, Sempozyum, s. 60.

⁴ Detaylı bilgi için bkz ORAK Çağatay Cem, "Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?", *TBB Dergisi*, S. 68, s. 163.

⁵ "Kamu hizmeti, 'devletin işlevleri/görevleri' şeklinde siyaset bilimi alanında; 'kamu kesimi', 'kamu malı' şeklinde de kamu ekonomisi ve kamu maliyesi alanlarında incelenmektedir". KARAHANOGULLARI Onur, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan, Ankara 2002, s. 9.

⁶ Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda bkz BALTA T. Bekir, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1970, s. 18.

⁷ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 162 vd.

Kamu hizmeti kavramındaki belirsizlik idare hukukunun teori alanında belirttiğimiz sıkıntıları yaratmanın yanı sıra uygulamada yönetilenler açısından da sorun yaratabilecek bir görünüm arz etmektedir. Bilindiği üzere, idare hukukunun ve hukuk devletinin temel özelliklerinden bir tanesini devlet faaliyetlerinin belirliliği oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca, idarenin bütün faaliyetleri belirlidir ve öngörüldüğü koşul ve şekillerde gerçekleşir. Ancak kamu hizmeti kavramındaki belirsizlik, idarenin faaliyetlerinin öngörülebilirliği konusunda sorun yaratabilecek niteliktedir⁸. Bunu yanısıra, kamu hizmeti olarak belirlenen alanın, girişim özgürlüğü gibi bazı temel hak ve özgürlükler ile yakın ilişki bulunması yani bu özgürlükler bakımından sınırlayıcı etkisi olduğu için, kavramın sınırlarının net olarak belirlenmesi gereği hukuk devleti bağlamında kendini yoğun şekilde kendini göstermektedir. Kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki zorluk yanında, idare hukuku alanında son derece önemli bir yer tutan kavramın, idare hukukunu temellendirme noktasında tek kavram olup olmadığı da, Fransa’da olduğu gibi Türkiye’de de yoğun bir şekilde tartışılan konulardan olmuştur.

Kamu hizmetinin kurucusu olan Bordeaux Ekolüne göre, “*İdare hukuku kamu hizmeti kavramı üzerine inşa edilmiştir...Devlet, bu görüşe göre kamu hizmetleri teşkilatının bütünüdür. Kavram hem idarenin ve onun örgütlenmesi ve faaliyetlerini kurallara tabi kılan idare hukukunun varlık sebebini hem de içeriğini belirler*”⁹. Devlet, bireylerin ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve onların iyiliğini gerçekleştirmek için vardır. Başka bir ifade ile, Orak’ın da ifade ettiği gibi, kamu hizmeti kavramının sınırlarının belirlenmesi, aslında idari teşkilatın da içinde yer aldığı devletin ontolojik olarak ispatı anlamına gelmektedir¹⁰. Bu anlayışa göre kamu hizmeti, idare hukukunda her türlü soruna çözüm olabilen yegâne kaynaktır ve Duguit’in de ifade ettiği gibi idare hukuku, kamu hizmetleri hukukundan başka bir şey değildir, idare hukukunun konusunu kamu hizmeti etkinlikleri oluşturmaktadır.

Kamu hizmeti doktrininin “kamu hizmeti” kavramını idare hukuku açısından tek kaynak yapan görüş, çeşitli eleştirilere uğramıştır. Bazı yazarlar idare hukuku açısından sınırları belirlemede temel alınması gereken ilk ölçütün “kamu hizmeti” değil, “kamu kudreti” olduğunu ifade etmişlerdir. Hauriou’ya göre, idare hukukunun alanını belirlemede temel kavram, ‘kamu kudreti’dir¹¹.

⁸ Aynı yönde bkz ORAK, s. 163.

⁹ ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara 2006, s. 475.

¹⁰ ORAK, s. 165.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz ATAY, s. 476.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmeti ekolüne gelen diğer eleştiriler de, “kamu hizmeti” kavramının idari kolluk faaliyetlerini kapsamadığı, devletin ekonomik-ticari ve sosyal alanda faaliyette bulunma zorunluluğu olduğu ve devletin bu alanlarda özel hukuka tabi olarak da faaliyet gösterdiği şeklinde olmuştur. Ayrıca Fransa’da bu gelişmelere paralel olarak, “kamu hizmeti” kavramının idare hukukunda yegâne kavram olmadığına dair yargı kararları verilmiştir¹².

Kamu Hizmeti kavramının idare hukuku alanındaki öncelik sırasını belirlemeye yönelik bu tartışmalar, tanımının yapılması konusunda da belirsizliklere sebep vermiştir. Kavramın günümüz koşullarında geçirmeye başladığı değişimle birlikte, tanımı konusunda hatta kavramın geleceği konusunda kriz ortaya çıkmıştır. Ancak, her ne kadar kamu hizmeti kavramının öncelik sırası ve tanımı konusunda net bir çözüm bulunamasa da, kavramın idare hukuku açısından son derece önemli olduğu, pek çok kavramı tanımlamada esas alındığı başka bir ifade ile, “referans” olduğu da bir gerçektir. Tan bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “*Kamu hizmeti kavramının bir kimlik bunalımı geçirdiği ileri sürülmekle beraber, idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde, XX. Yüzyılın başındaki kadar olmasa da, hala belirleyici rol oynadığı kabul edilmektedir*”¹³. Dahası “*örgütlenmiş, kurumsal yapı ve hukuk düzenini oluşturan her toplumda ve dolayısıyla her ülkede bazen uygulama alanını genişleterek bazen de daraltarak, uygulama yöntemlerinde değişiklikler getirerek kamu hizmeti varlığını devam ettirecek, ancak hiçbir zaman tamamen yok olmayacaktır*”¹⁴. “*Bir Fransız idare hukukçusunun kamu hizmetinin bir etiket olup olmadığını tartıştığı yazısına ‘ünlü bir ihtiyardan son haberler’ başlığını koyması, hatta kamu hizmeti kavramına hala önem verenlerin yıkılan anıttan geriye kalan taşlarla avunana arkeologlara benzetilmesi kamu hizmeti kavramının artık önemini yitirdiği izlenimini veriyorsa da kavramın hala önemini koruduğunu söylemek yanlış olmaz*”¹⁵.

¹² 1921 tarihli Bac d’Eloka kararında Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınabileceğini ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların da adli yargıda çözümlenebileceğini kabul etmiştir. Detaylı bilgi için bkz ATAY, s. 476 vd.

¹³ TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, S. 8, s. 233.

¹⁴ TAN Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara 1-4 Mayıs 1990, s. 329.

¹⁵ ULUSOY, Sempozyum, s. 60.

III. KAMU HİZMETİ KAVRAMININ SINIRLARI

Kamu hizmeti kavramının idare hukukundaki öncelik sırasına ve tanımına yönelik tartışmalar olsa da, idare hukukunda referans olan bu kavramın sınırlarının en azından ana hatları ile belirlenmeye çalışılması gerekmektedir. Hangi hizmetin kamu hizmeti olduğu ya da olması gerektiği konusunda, farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Kavram ile ilgili detaylı bilgilere geçmeden önce bunlarla da yakın ilişkili olan kısaca bu yaklaşımlara kısaca bakalım:

Kamu hizmeti yaklaşımlarından ilkinde göre, belirli faaliyetler nitelikleri yani taşıdıkları özellik sebebiyle kamu hizmeti olarak kabul edilmelidirler. Duguıt'e göre, "eğer ortada toplumsal yaşam için mutlaka gerekli bir faaliyet varsa ve bu faaliyet özel girişim tarafından düzenli ve sürekli bir şekilde yürütülemiyorsa, o faaliyet doğası gereği kamu hizmetidir ve idare tarafından üstlenilmesi gerekir"¹⁶. Bu yaklaşım "objektif anlayış" şeklinde de ifade edilmektedir¹⁷.

Objektif anlayışta sorun yaratan nokta, "niteliği gereği kamu hizmeti" olmaktan ne anlaşılması gerektiği ve bunun nasıl saptanacağına ilişkin olmaktadır. Çünkü ifade edildiği üzere, "niteliği gereği kamu hizmeti" kıstasını açıklarken kullanılan kavramlar (toplumsal yaşam için mutlaka gerekli olma gibi)da son derece muğlak ve değişken niteliktedirler¹⁸. Bu görüşü eleştiren yazarlara göre, bir faaliyetin nitelik olarak kamu hizmeti olması düşünülemez çünkü her faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edilebilir, yeter ki zaman ve koşullar bunu gerektirsin¹⁹.

Virtüel kamu hizmetinde bu hizmet için siyasi otorite tarafından "kamu hizmeti" tanımlaması yapılmamaktadır. Ancak özel kesim tarafından yürütülen bir faaliyet ile kamu yararı, idarenin kolluk yetkisini aşan bir denetim içinde giderilmektedir. İdarenin kamu hizmetinin takipçisi olma sıfatı ile hizmeti gören kesime müdahale olanağı bulunmaktadır. Virtüel kamu hizmetinin varlığı ve niteliği konusunda, doktrinde farklı kabuller bulunsa da, niteliği gereği kamu hizmeti taşıma noktasında dikkatlere sunulması gereken bir durumdur²⁰.

¹⁶ Aynı yönde bkz ORAK, s. 166.

¹⁷ "Bu teori, iktisattaki liberal doktrinlerin, devlet müdahaleciliğine karşı çıkan görüşün etkisiyle ortaya atılmıştır". GÜLAN Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Prof. Dr. Lütfi DÜRAN'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, 1988, s. 154.

¹⁸ Bkz DÜRAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 304.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz GÜLAN, Kavram, s. 156 vd.

²⁰ Bkz TAN, Kriz, s. 330.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmetine sübjektif yaklaşım uyarınca, kamu hizmetleri kategorisinin oluşturulmasında, hizmetin niteliği değil, siyasi otoritenin kararları belirleyici rol oynamaktadır²¹. Duguit'in kamu hizmeti kavramı konusunda yaptığı tanımın "hizmetin kamu hizmeti olmasına kimin karar vereceği" noktasında eksik olduğuna inanan Jéze sübjektif yaklaşımı desteklemiş ve kamu hizmeti kavramını kavramına farklı bir boyut kazandırmıştır.

Sübjektif yaklaşımın gerek Türk gerek Türk idare hukuku öğretisine esin kaynağı olan Fransız idare hukuku öğretisinde objektif kriterden daha çok kabul gördüğü dikkat çekmektedir. Bu anlayış bugün için de genel olarak kabul görmektedir. Kamu hizmeti konusunda mutlak/objektif anlayıştan, göreceli anlayışa doğru bir kayma yaşanmaktadır. Truchet'e göre, "*kamu hizmeti belli faaliyetler üzerine siyasi iktidar tarafından yapıştırılan bir etiketten(label) ibarettir*"²². Gerçekten de siyasi otoritenin gerekli görmesi halinde, bir hizmete kamu hizmeti olarak nitelendirmesi mümkündür.

Anayasamızın 47. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hüküm de sübjektif yaklaşımı destekler niteliktedir: "*Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir*". Anılan bu düzenleme uyarınca gerektiğinde özel teşebbüsün yürüttüğü bir faaliyetin devletleştirilerek kamu hizmeti niteliği kazanması söz konusu olabilecektir.

Kamu hizmeti konusunda sübjektif anlayışın ağırlıklı olarak benimsenmesi karşısında, Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, Yüce Mahkemenin objektif kamu hizmeti anlayışını esas aldığı görülmektedir. Mahkemeye göre bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığını saptamada niteliği esas alınmalıdır. Mahkeme Anayasa'nın 47. maddesini de siyasi otoritenin iradesinin belirleyici olması şeklinde değil de, niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetin özel kesimce yürütülmesinin onun kamu hizmeti niteliğini etkilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır²³.

Kamu hizmetini tanımlama konusunda sübjektif yaklaşım esas alındığında ise, siyasal iradenin net olarak anlaşılabilmesi halinde kamu hizmetinin ne şekilde saptanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya daha sonra değinilecektir.

²¹ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

²² AYM, 22.12.1994, E 1994/70, K 1994/65-2, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

²³ Sübjektif kriteri oluşturmada kullanılacak kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 61-63.

Kamu hizmeti konusunda bir diğer yaklaşım olan ‘iktisadi kamu hizmeti anlayışı’ temel olarak kamu hizmeti kavramının alanının daha sınırlı bir hale gelmesi gerektiği temelleri üzerine oturmaktadır. Bu anlayış uyarınca kamu hizmetleri ancak özel kesimlerce yürütülmesi söz konusu olmayan faaliyetlerde gündeme getirilmelidir. Kamu hizmeti anlayışındaki değişim noktasında, bu yaklaşım da ağırlığını daha fazla hissettirme yolunda ilerlemektedir. Avrupa Birliği’nde kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişimler de bu gerçeğe dikkat çekmektedir.

Geldiğimiz noktaya kadar yapılan değerlendirmeler sonucunda, bugün için genel olarak subjektif kamu hizmeti yaklaşımının geçerli olduğunu yani kamu hizmetini belirlemede siyasi otoritenin iradesinin geçerli olduğunu görmekteyiz. Bu noktada da bazı sorunların ortaya çıkması muhtemel görünmektedir. Şöyle ki, kamu hizmetini belirleme gücüne sahip olan siyasi otoritenin bu belirlemede kıstas olarak neleri dikkate alması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada da, karşımıza birtakım kriterler çıkmaktadır²⁴:

Kamu Yararı Kriteri, subjektif anlayışı şekillendirme noktasında kullanılan kriterlerden biridir. Bu kriter uyarınca, siyasi otoritenin yürütülmesinde kamunun yararını saptadığı hizmetler, kamu hizmeti haline getirilmelidir. ‘Kamu yararı’ kıstasını belirlemede dayanak olarak almanın sorunlu bir yanı bulunmaktadır: Hangi faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı olduğunu saptamak ne yazık ki kolay değildir. Doktrinde “Ekâbir kamu hizmetleri” şeklinde de ifade edilen temel bazı kamu hizmetlerinde kamu yararı olduğu konusunda tartışma yoktur. Ancak günümüzde birçok faaliyetin kamu yararı gereği olup olmadığı tartışma yaratmaktadır. Bunun yanı sıra örneğin bir kamu hizmetine katkı sağlamak amacıyla kamu hizmeti olarak kabul edilen bazı faaliyetlerde doğrudan bir kamu yararı görmek mümkün değildir²⁵. Aslında burada yine objektif kamu hizmeti anlayışının eleştirilen yönü ile benzer bir durumla karşılaşmaktayız. Şöyle ki, niteliği gereği kamu yararı barındıran hizmetler grubu oluşturmak imkanı bulunmamaktadır. Kamu yararını belirleme noktasında, iktisat bilimi verilerinin siyasi otoriteye yol gösterici nitelikte olabileceği de ifade edilmektedir²⁶.

²⁴ Detaylı bilgi için bkz ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke, İstanbul 2004, s. 19–20., aynı yönde bkz AKYILMAZ, s. 330.

²⁵ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

²⁶ “*Ekonomik alanda bir takım kamu hizmetlerinin varlığı kabul edilince, kamu hukuk usulleri de, ister istemez kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan çıkıp, sonucu olmuştur*” ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, C. 9, S. 4, Aralık 1976, s. 76.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Kamu hizmetinin özelliklerinden bir diğeri, bu faaliyetlerin siyasi otorite tarafından spesifik bir hukuki statü içine yerleştirilmiş olmasıdır. Şöyle ki, özel hukuksal rejim kriteri uyarınca, özel kesim faaliyetleri ile aynı hukuksal rejime tabi tutulan faaliyetler kamu hizmeti olarak nitelendirilemezler. Kamu hizmeti olarak öngörülen faaliyetler için, özel kesim faaliyetlerinde söz konusu olmayan birtakım ayrıcalıklar ve yükümlülükler söz konusudur.

Özel hukuksal rejim kriterinde esas alınan, faaliyetin özel kesim faaliyetlerinden ayrı bir statü içerisinde olmasıdır. Yoksa, faaliyetin görülüş şeklinin hangi hukuk düzenine tabi olduğu değildir. Faaliyet özel hukuk usulleri içinde ya da kamusal yönetim usullerinde de görülebilir²⁷. Duran'ın da ifadesiyle “*eski olsun yeni olsun hiçbir kamu hizmeti, tam ve kesin bir surette, yalnızca Kamu Hukukuna veya sadece Özel Hukuka göre yürütülmemektedir. Kamu hizmetlerinin hukuki rejimi, tek ve saf olmayıp, konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde kamusal ve özel hukuklardan oluşan karma nitelikte çeşitli düzenlerdir. Bunlardan klasik idari kamu hizmetlerinin rejimi en yoğun biçimde kamu hukuku ise; sınai ve ticari kamu hizmetlerinin statüsü özel hukuka çok geniş yer vermiş olabilir*”²⁸. Önemli olan faaliyetin görülme usulü değil, “kamu hizmeti” niteliğinden kaynaklanan farklı bir statü içinde yer almasıdır.

Bir diğer kriter olan özel faaliyet olarak yürütülemez kriteri uyarınca, kamu hizmeti olacak faaliyetleri belirlerken siyasi otoritenin dikkate almak zorunda olduğu diğer bir ölçüt de, bu hizmetin özel faaliyet şeklinde gereği gibi ve devamlı sunulamayacak olmasıdır. Bu ölçüt hassasiyetle ele alınmalıdır çünkü kamu hizmeti belirleme yapılan her alanda aynı zamanda bireylerin birtakım özgürlükleri sınırlanmaktadır.

Özel faaliyet olarak yürütülemez noktasında vurgulaması gereken bir durum vardır: Bu ölçüt ile kastedilen, faaliyetin özel faaliyet şeklinde arzu edilen şekilde sunulamayacak durumda olmasıdır. Yoksa faaliyeti mutlaka kamu kesiminin sunması gerekmez. Özel hukuk kişileri de kamu hizmeti sayılabilecek faaliyeti sunabilirler ancak özel faaliyet şeklinde değil ve idarenin yoğun denetimi altında²⁹. Burada kolluk denetimini aşan içsel bir denetim söz

²⁷ DURAN, s. 306. , aynı yönde bkz AKYILMAZ, s. 330.

²⁸ Bkz AYM, 12.04.1990, E 1990/4, K 1990/6, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

²⁹ “*Araya ruhsat veya imtiyaz sözleşmesi gibi bir hukuki işle girmektedir. Belediyenin yetkileri kolluk yetkilerini aşmakta, İdare ile kişi arasında bir iç ilişki kurulmakta, İdare'nin yetkileri denetim ve gözetim seviyesine ulaşmaktadır*”. BİLGİN Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, S. 1, Mart 1980, s. 114. , Aynı yönde bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 63.

konusu olmaktadır³⁰. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bu duruma en güzel örnektir.

Siyasi otorite -ki bugün için bu otorite yasa koyucu olarak kabul edilmektedir-bir hizmeti “kamu hizmeti” olarak belirleme noktasında, bu hizmet için belirtilen kriterlerin birlikteliğinin söz konusu olup olmadığını ele almalıdır. O halde bu kıstaslara göre geçerli bir kamu hizmeti tanımını şu şekilde verebiliriz: “ *Önemli derecede kamu yararı içermesi ve bireylere özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan faaliyet kamu hizmetidir*”³¹.

Kamu hizmeti yapılan değerlendirmeler temel alınmak suretiyle “*siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir*”³² şeklinde de tanımlanabilir.

Kamu hizmetini saptama konusunda ele alınması gereken kriterler yukarıda sayılanlardır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Siyasi otorite kamu hizmeti konusunda iradesini net olarak belirtmişse sorun yoktur fakat belirtmemişse ne yapılmalıdır? Bu noktada, ceza kesme, kamulaştırma gibi özel hukuku aşan durumların olup olmadığına bakılmalıdır. Şayet bu durumların birkaçı varsa, bu faaliyet kamu hizmeti olarak değerlendirilebilecektir³³.

Kamu hizmetini saptama noktasında son olarak değinilmesi gereken bir durum daha vardır: Yasa koyucunun asla kamu hizmeti haline getiremeyeceği ya da kamu hizmeti olarak öngörmesi zorunlu faaliyetlerin olup olmadığı. Konu Fransa’da gündeme gelmiştir ve “anayasal kamu hizmetler” şeklinde bir anlayış ortaya atılmıştır. Bu anlayışa göre Anayasal normlar bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olmasını zorunlu kılıyorsa, bu durum yasa koyucu için bir zorunluluktur. Ayrıca yasa koyucunun bu tür bir faaliyeti kamu hizmeti olmaktan çıkarması da Anayasaya aykırılık teşkil eder. Ancak bu anlayış yerleşse de, Fransız Danıştay’ı baktığı davaların hiçbirinde önüne gelen kamu hizmetini anayasal nitelikte kamu hizmeti olarak görmemiştir. Türk hukuku

³⁰ ULUSOY, Sempozyum, s. 61.

³¹ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara 2004, s. 296. Bkz AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, AYMKD, S. 32, C. 1, s. 161.

³² Aynı yönde bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 29.

³³ Fransa ve Türkiye hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 23–24.

açısından da anayasamızda bazı kamu hizmetlerinin korunmaya alındığının düşünülebileceği ve bazı faaliyetlerin Anayasa hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda asla kamu hizmeti sayılamayacağı görüşünün değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁴.

IV. KAMU HİZMETİ YAKLAŞIM VE KRİTERLERİNİN GÜNÜMÜZ UYGULAMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kamu hizmeti kavramının günümüz algılanış şekline baktığımızda, mutlak yani objektif anlayıştan göreceli anlayışa doğru gidiş olduğu görülmektedir. Başka bir ifade ile, kamu hizmetini saptama konusunda, siyasi otoritenin yetkili olduğu kabul görmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa Mahkememiz bu konuda doktrinden farklı bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin hala mutlak yani objektif kamu hizmeti anlayışını benimsemekte olduğu ortaya çıkmaktadır. Mahkemeye göre bazı hizmetler varoluşları gereği yani “niteliği gereği” kamu hizmetidirler. Yani mahkeme, kamu hizmetini saptama noktasında “siyasi otorite” unsurunu dikkate almamaktadır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere bu anlayış, günün ihtiyaçlarını karşılamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Çünkü niteliği gereği kamu hizmeti sayılacak faaliyetler yoktur, her faaliyet zaman, mekan ve koşullara göre kamu hizmeti olarak kabul edilebilir. Bu gerekliliği saptama işi de siyasi otoriteye aittir.

Anayasa Mahkemesi’nin mutlak anlayışına bakıldığında, mahkemenin Duguit’ten ziyade, Sıddık Sami Onar’ın mutlak kamu hizmeti anlayışına bağlı kaldığı görülmektedir. Duguit’e göre bir faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti olarak kabulü için kamuya yararlı olmasının yanı sıra ayrıca özel girişim tarafından sürekli ve düzenli şekilde yani gereği gibi yürütülememesi gerekir. Onar’a göre ise, bir faaliyetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğundan bahsedebilmek için, sadece kamuya yararlı olması yeterlidir. Ancak açıktır ki, kamuya yararlı faaliyeti belirlemede net bir kıstas bulunmamaktadır ve böyle bir yaklaşım kamu hizmeti olarak kabul edilecek faaliyet alanını son derece geniş hale getirir³⁵.

Niteliği gereği kamu hizmeti taşıyan hizmetler saptamadaki zorluk sebebiyle bazı tanımlama çabaları olsa da, mahkemenin kamu hizmeti konusunda belli faaliyetleri hiçbir teknik değerlendirmeye girmeksizin nitelikleri kamu

³⁴ Fransa ve Türkiye hakkında detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 23–24.

³⁵ Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, Sempozyum, s. 71.

hizmeti saydığını görmekteyiz³⁶. Örneğin baraj, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanı yapma- işletme mahkemeye göre önemli kamu hizmetleridir.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında kamu hizmetini belirlemede siyasi otoritenin yetkili olduğunu kabul eden ifadeler kullansa da, sonuç olarak eğiliminin objektif anlayış yönünde olduğunu görmekteyiz³⁷.

Kamu hizmetini belirleme konusunda siyasi otoritenin kullanması gereken ölçütlere bakıldığında, yıllarca idare hukukunda kamu hizmeti kriteri olarak kullanılan pek çok ölçütün artık yerini yenilerine bıraktığı görülmektedir. Günümüzde yapılan yasal düzenlemeler de dikkate alındığında bu klasik kriterlerin artık kamu hizmetini tanımlamaya yetmediği açıkça görülmektedir. Şimdi bu kriterlere kısaca bakalım:

Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için “kamu yararı” barındırması gerektiğini ifade eden maddi kriter yukarıda da belirtildiği üzere artık bir faaliyete kamu hizmetidir diyebilmek için yeterli değildir.

Kamu hizmetlerinin sadece kamusal usullerle görülebileceğini ifade eden şekli kriterdeki çözüme kamu hizmetlerinin pek çok usul kullanılmak suretiyle görülmesi karşısında açıkça görülmektedir.

Kamu hizmetlerinin sadece kamusal organlar eliyle görülebileceğini ifade eden organik kriterde de büyük bir değişim olmuştur. Bugün artık, kamu hizmetinin sadece devlet eliyle görülmeyeceği, üzerinde kesin olarak anlaşılan bir konudur.

O halde bugün için geçerli bir kamu hizmeti tanımını bir kez daha vermek gerekirse kamu hizmeti: “*Özel bir hukuki rejime uygun olarak idare örgütü tarafından bizzat ve/veya bunların yakın denetim ve gözetimi altında yürütülen, yürütülmesinde kamu yararı bulunan ve bu hususun da siyasal karar almaya yetkili devlet organınca öngörüldüğü faaliyetlerdir*”³⁸.

³⁶ Bkz AYM, 26.03.1974, E. 1973/32, K. 1974/11, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009, Bkz AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, www.anayasa.gov.tr, 22.07.2009.

³⁷ AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, AMKD, S.31, C. I. s. 300 vd. Anılan karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi kamu hizmetini belirlemede siyasi iradenin rolünü kabul etmekle beraber, niteliği gereği kamu hizmeti olma durumunu asıl olarak değerlendirmektedir.

³⁸ ATAY, s. 480.

V. KAMU HİZMETİ TERMINOLOJİSİNDE DEĞİŞİM

Kamu hizmeti kavramına ilişkin olarak yapılan açıklamalar, kamu hizmeti kavramının dinamik yüzünü bir kez daha göstermektedir. Kavram bugüne kadar açıklandığı üzere pek çok değişim geçirmekle beraber son dönemlerde geçirdiği değişimler ayrıca inceleme konusu yapılmak durumundadır. Öyle ki, bu değişim evresinde kamu hizmetinin geleceğinin olup olmadığı dahi tartışma konusu haline gelmiştir.

II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan sistem, devletin işlevlerini son derece sınırlı bir alanda gerekli görmektedir. Etkilerini özellikle 80'lerden sonra daha belirgin bir şekilde hissettirmeye başlayan bu yaklaşım tarzına göre, devletin temel hizmetlerde sunacağı kaynak azaltılmalıdır. Kaynaklarda azalma ile beraber, rekabet ve serbestleşme sağlanmalıdır. Devletin etkinliği sınırlı bir alanda kalmalıdır. Devlete düşen görev, serbest rekabetin güvenliğini sağlamaktır³⁹.

Temellerini “ekonomik birlik- ortak pazar” olma düşüncesinin attığı Avrupa Birliği'nin kamu hizmeti yaklaşımının da 80'ler sonrası oluşan bu gidişata uygun olduğu anlaşılmaktadır. Birlik düzenlemeleri ve uygulamalarına bakıldığında, birliğin rekabete dayanan sistemi bir adım daha ileri götürerek, daha da etkin hale getirmek için gayret sarfettiği görülmektedir. Bu durum da, klasik kamu hizmetleri ile serbest rekabete dayalı ortak pazar kavramlarını karşı karşıya getirmektedir⁴⁰. Birlik içinde ekonomik yaklaşım ve serbest pazar yolunda ilerleme olsa da, hala kamu hizmetine ayrıcalık tanınması anlayışının da savunulduğu bir kutuplaşma yaşandığı yazarların dikkat çektiği bir nokta olmaktadır⁴¹.

Ekonomik anlayış temelleri üzerine kurulan Avrupa Birliğinin, bu anlayışa paralel olarak, kamu hizmeti alanında kendine özgü bir terminoloji yaratmaya başladığı görülmektedir⁴². Birliğin, müktesebatında genel ekonomik yarar hiz-

³⁹ Aynı yönde bkz ORAK, s. 176.

⁴⁰ “Karşılaşılan en büyük güçlük şüphesiz bu sözü edilen ‘serbest rekabete dayalı ortak pazar’ kavramı ile ‘klasik kamu hizmeti’ kavramının bağdaştırılmasıdır. Zira topluluk üyesi ülkelerin hemen hepsinde (bazılarında merkezi otorite temeline dayalı, diğerlerinde yerel iktidar temelinden esinlenen) geleneksel ve güçlü kamu hizmeti anlayışı egemendir”. ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998, s. 22.

⁴¹ Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 83.

⁴² Aynı yönde bkz KARAHANOGULLARI, s. 142., GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, **İdare Hukuku**, C. 1, Turhan, Ankara 200, s. 671.

meti, evrensel hizmet, minimum hizmet, ekonomik yarar hizmetleri, temel-ek hizmet gibi farklı bir terminoloji yaratmaya başladığı dikkat çekmektedir. Birlik düzenlemeleri incelendiğinde bugüne dek klasik kamu hizmeti anlayışında hiç kullanılmayan pek çok terimin kullanıldığı gözlemlenmektedir.

Birlik müktesebatında kamu hizmeti bağlamında yeni kavramlar kullanılması, kamu hizmeti kavramına hiç yer verilmediği anlamına gelmemektedir. Düzenlemelerde kamu hizmeti kavramı da kullanılmaktadır ancak bu kavrama özel olarak yer verilmemekte, sadece birkaç maddede değinilmektedir. Kamu hizmeti kavramının örneğin kurucu anlaşmanın yani Roma Anlaşmasınının 77. maddesinde taşımacılık ile ilgili olarak kullanıldığı dikkat çekmektedir⁴³. Kamu hizmeti kavramının bu şekilde seyrek kullanımı, birliğin ekonomik temeller üzerine kurulmuş olması ile ilişkilendirilmelidir.

Konuda bütünlüğü sağlama bakımından birlik müktesebatında kullanılan yeni kavramlara yakından bakalım:

“Evrensel hizmet” kavramı, birlik müktesebatında yoğun olarak kullanılmaktadır. Amerikan kaynaklı olan kavram, ilk kez 1987 senesinde A.B. Komisyonunun telekomünikasyona ilişkin olarak çıkardığı ‘yeşil kitap’ta geçmiş, daha sonra da birlik müktesebatında yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır⁴⁴.

Evrensel hizmetin⁴⁵ yer aldığı düzenlemelere bakılınca “*uygarlığın geldiği/ulaştığı düzeyde bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilmez niteliği nedeniyle en azından minimum bir bölümünün istisnasız herkese sağlanması zorunlu olan ve bu sağlamanın makul bir fiyat ve kaliteden olacağı temel bazı hizmetler olarak tanımlanmaktadır*”⁴⁶. Birlik içinde kullanımı yaygınlaşan evrensel hizmetin uygulanmasına yönelik çabalar dikkat çekmektedir ve üye ülkelerin bu konuda uyması gereken çeşitli ilkeler benimsenmiştir.

⁴³ 77. madde uyarınca, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde üye devletler taşımacılık sektöründe sübvansiyonlar yapabileceklerdir. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 79.

⁴⁴ Ulusoy’un da ifade ettiği üzere, kavram daha sonra da üye devletlerin yine telekomünikasyona ilişkin düzenlemelerinde ve birliğin aynı alana ilişkin düzenlemelerinde artan bir şekilde yer almaya başlamıştır. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 86 vd.

⁴⁵ Evrensel hizmet terimi yoğun olarak haberleşme sektöründe kullanılmaktadır. Ancak bu sektörlerde bu hizmete “kamu hizmeti yükümlülükleri” denilmektedir. Detaylı bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 87.

⁴⁶ ULUSOY, İncelemeler, s. 87, ayrıca bkz ORAK, s. 181.

Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri

Evrensel hizmet kavramı, kapsamının klasik kamu hizmetine göre dar olması, içine aldığı çekirdek alanı saptamadaki zorluk, bu hizmetin sayıca çok tutulmasının piyasaya girişte engel yaratması gibi sebeplerle eleştiriye uğramaktadır⁴⁷.

Avrupa Birliği'nde "evrensel hizmet" terminolojisi alanında yaşanan bu gelişmelere paralel olarak kavram, Türk Hukuk sisteminde de telekomünikasyon alanında etki göstermiştir. 2001 yılında 4502 sayılı yasa⁴⁸ ile kavram hukuk sistemimize girmiştir. Anılan yasa incelendiğinde, 'asgari hizmet' ifadesine ilişkin açıklama yapılırken, evrensel hizmetten de bahsedilmektedir. Yine 2005 tarihli 5639 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de evrensel hizmet kavramına yer verilerek tanımının yapıldığını görmekteyiz⁴⁹.

Avrupa Birliğinde kamu hizmeti alanında ortaya çıkan yeni terminolojinin bir parçası da "genel ekonomik yarar hizmetleri" olarak ortaya çıkmıştır. Birlik kurucu anlaşması olan Roma Anlaşması'nın 90. maddesinin 2. fıkrasında ve ATAD'ın pek çok kararında bu kavramın yer aldığı görülmektedir. ATAD bir kararında genel ekonomik yarar hizmetleri için "*bir bölgenin bütününde, tüketicilerin tamamına, aynı kalitede, özdeş ve ancak herkese uygulanan kriterlere göre değişebilen fiyatlarla*" yerine getirebilen hizmet şeklinde değerlendirmede bulunmuştur⁵⁰. Divana göre, bu hizmetler özel ya da kamusal işletmelerce görülebilirler. Önemli olan hizmetin kamusal bir otoritenin açık izni ile ve yine bu otoritenin sıkı denetimi altında gerçekleştiriliyor olmasıdır⁵¹.

Temel- ek hizmet kavramı da kamu hizmeti konusunda Avrupa Birliği müktesebatında kullanılmaktadır. Temel hizmet, "*yeteri kadar karlı olmadıkları için herhangi bir yatırımcı tarafından üstlenilemeyecek büyük alt yapı*

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 183 vd, ULUSOY, İncelemeler, s. 90 vd.

⁴⁸ Telgraf-ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁴⁹ M. 2: "Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri"., Türk hukuk sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 182 vd., ayrıca bilgi için bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 672.

⁵⁰ ULUSOY, İncelemeler, s. 86.

⁵¹ Corbeau ve Commune d'Almelo Kararı. Karar hakkında detaylı bilgi için bkz KARAHANOGULLARI,s. 149 vd., anılan karar ve genel ekonomik yarar hizmetlerinin ATAD tarafından saptanan özellikleri için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 85-86.

şebekeleri gerektiren, fakat toplumun günlük yaşantısı için mutlaka gerekli ve 'asgari' düzeyde uygar bir insan için vazgeçilemeyecek bir takım hizmetleri ifade etmektedir"⁵². Ek hizmet ise temel hizmet ve evrensel hizmet dışında kalan faaliyetleri anlatmak amacıyla kullanılmaktadır⁵³.

Avrupa Birliği terminolojisinde yer alan bir diğer kavram da "kamusal yarar hizmeti"dir. Ticari kamu hizmetinin Anglo Saxon hukukundaki karşılığını oluşturduğu belirtilen bu kavramın, şu an için birlik düzenlemelerinde kullanılmadığı, buna sebep olarak da kamu hizmeti kavramının "tutucu" bir yanının olmasının gösterildiği ifade edilmektedir⁵⁴.

Çalışmamız boyunca aktarılan bilgiler, kamu hizmeti terminolojisi ciddi bir evrim geçirdiğini göstermektedir. Ancak Birlik düzenlemeleri ve uygulamaları incelendiğinde, kavramların tam olarak yerleşmesi⁵⁵ için biraz daha süre gerektiği ortaya çıkmaktadır.

VI. KAMU HİZMETİ-EKONOMİ İLİŞKİSİ

Kamu hizmeti alanında yaygınlaşan ekonomik yaklaşım ve rekabete yönelme aynı zamanda bir sektörleşme olgusunu da beraberinde getirmiştir. Şöyle ki, birlik genel eğilimine bakıldığında, hangi hizmetin kamu hizmeti olacağını belirlemede sektörel bir yaklaşımın esas alındığı görülmektedir⁵⁶.

Sektörleşme eğilimi, kamu hizmeti kavramının farklı sektörlerde uygulanacak ortak ilkelere indirildiği ve her sektör için ayrı bir hizmet hukuku ortaya çıkacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Sektörleşme eğilimi, kamu hizmetinin temel prensiplerinin zarar görebilme ihtimali dolayısıyla da eleştirilere konu olmaktadır⁵⁷.

⁵² ULUSOY, İncelemeler, s. 98.

⁵³ Ulusoy'un da ifade ettiği üzere, ek hizmet aynı zamanda genel ekonomik yarar faaliyetine dahildir. Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 98.

⁵⁴ Bilgi için bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 99.

⁵⁵ Yazarlar birlik organları arasında kavram birliği sağlanamamış olsa yani organların her biri farklı kavram kullansa da, genel ekonomik yarar hizmetleri, evrensel hizmetler ve minimum hizmetlerin aynı anlama geldiğini ifade etmektedirler. Bkz ULUSOY, İncelemeler, s. 98, Birlik düzeyinde terminolojik çalışmalar hakkında ayrıca bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 673.

⁵⁶ "Aslında A.B. hukukundan kaynaklanan değişim, kavramsal düzeyde kalmamakta, kamu hizmetlerinin hukuki rejimine ve temel ilkelerine de yansımaktadır. A.B. 'de kamu hizmetlerinin tümünü kapsayan bir hukuki rejim oluşturmak yerine, hizmet sektörlerine göre farklı düzenlemelere gidilmesi yeğlenmektedir". GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 672.

⁵⁷ Bkz ORAK, s. 184-185.

Kamu hizmetinde sektörleşme yanında, hizmetin görülüş usullerinde de birtakım farklılıkların ortaya çıktığı görülmektedir. Birlik sistemine bakıldığında kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin en bilinen yolu olan imtiyaz yönteminin yerini “kamu hizmeti için yetkilendirme”nin aldığı görülmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, imtiyaz yönteminin serbest rekabet prensibi ile bağdaşmaması gösterilmektedir⁵⁸.

VII. YENİ KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI VE TÜRK HUKUK SİSTEMİ

Avrupa Birliğinde (dolayısıyla Avrupa ülkeleri hukuklarında) kamu hizmeti kavramında yaşanan değişime paralel olarak, kavram Türk Hukuk sistemi de kamu hizmeti konusunda bazı değişimler geçirmeye başlamıştır. Son yıllarda özellikle önemi her geçen gün daha da artan enerji, iletişim gibi sektörlerle ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, serbestleştirme ve rekabetin artırılmasına yönelik çabalar dikkat çekmektedir.

1999 senesinde 1982 anayasasının 47. maddesine eklenen hüküm ile kamu hizmetlerini yürütecek özel kişiler ile özel hukuk sözleşme yapılabileceğine ilişkin hüküm ve hemen bunun ardından 4993 sayılı yasa ile 3996 sayılı yasa kapsamında yer alan kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri haline getirilmesi, kamu hizmeti anlayışında yaşanan değişime örnektir. 1999 senesinde Anayasanın 125. maddesinde kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde tahkime gidilmesinin önünü açan ve yine aynı tarihte 155. maddede yapılan düzenleme ile Danıştay’ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki yetkisini düşünce bildirme haline getiren düzenlemeler de, Türk Hukuk Sisteminde Kamu Hizmeti alanında yaşanan dönüşümü açık olarak göstermektedir. 2004 yılında Avrupa Birliği tarafından yayımlanan Türkiye’nin Katılım Yönünde İlerlemesine İlişkin Raporda, düzenleyici ve denetleyici kurul kararlarına karşı temyiz mercii olarak Danıştay’ın öngörülmesinin endişe verici olarak belirtilmesi de bu başlık altında değinilmesi gereken noktalardan biridir⁵⁹.

Özellikle Türkiye’nin 2005 senesinde birliğe katılım müzakerelerine başlaması ile birlikte mevzuatımızda değişiklik daha da hız kazanmıştır. Mevzuatı değiştirme çabalarından biri de kamu hizmeti alanına ilişkin olmuştur. Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı adı altında hazırlanan metinde, klasik kamu hizmeti anlayışının değiştirildiği ve sistemin Avrupa Birliğinde yaşanan

⁵⁸ Aynı yönde bkz ORAK, s. 190.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz ORAK, s. 202.

gelişmeler doğrultusunda ele alındığı görülmektedir⁶⁰. Birliğin Türkiye’de son yirmi yılda yaşanan özelleştirme sürecini desteklediği de görülmektedir. Bu durum da değişen kamu hizmeti anlayışının yansımaları oluşturmaktadır.

VIII. SONUÇ

Çalışmamız sürecinde elde edilen bilgiler, yıllardır İdare Hukuku’nun en çok tartışılan konularından olan “kamu hizmeti” kavramında daha farklı tartışmaların gündeme geldiğini göstermektedir. Bu tartışmalar, kavramın daha ileriki zamanlarda söz konusu olup olmayacağına başka bir ifadeyle “varlığına” yönelik olarak yapılmaktadır. Kavramın varlığını yitireceğini ileri sürenler olduğu gibi bunun söz konusu olamayacağını savunanlar da bulunmaktadır. Bu konuda yapılan tartışmalar süregelse de, net olan bir durum vardır: Kamu hizmeti kavramının klasik algılanma şeklinde büyük değişimler yaşanmakta olduğu ve bu değişimin artık ulusal hukuk sistemlerini de etkilemeye başladığıdır. Bu etkilenme Türkiye açısından da son derece yoğun olarak yaşanmaya başlamıştır. Son yıllarda mevzuatta yapılan değişiklikler gözlemlendiğinde, kamu hizmeti kavramının Türk Hukuk sistemindeki algılanma biçiminde büyük değişiklikler olduğu gözlemlenmektedir. Kamu hizmeti alanında yapılan düzenlemeler ve çalışmalar incelendiğinde, sektörleşme ve serbest rekabet⁶¹ eğiliminin kamu hizmeti alanında da yaşandığı ve kamu hizmetinin klasik anlayışının klasik kalıplarının zorlandığı görülmektedir.

⁶⁰ Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı süreci hakkında detaylı bilgi için bkz Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 2, Mart-Nisan 2004.

⁶¹ Bkz GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 671.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar, **İdare Hukuku**, Sayram, Konya 2004.
- ATAY E. Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan, Ankara 2006.
- BALTA Tahsin Bekir, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1970.
- BİLGİN Pertev, “Kamu Hizmeti Hakkında”, İHİD, S.1, Mart 1980.
- ÇIRAKMAN Birsen, “Kamu Hizmeti”, AİD, C. 9, S. 4.
- DURAN Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN Turgut, **İdare Hukuku**, C. 1, Turhan, Ankara 2008.
- GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, İHİD, Prof.Dr. Lütfi DURAN’a Armağan Özel Sayısı, S. 1–3, 1988.
- GÜLAN Aydın, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S. 1–4.
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj, Ankara 2004.
- KARAHANOĞULLARI Onur, **Kamu Hizmeti, Kavram ve Hukuksal Rejim**, Turhan, Ankara 2002.
- ORAK Çağatay Cem, “Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?”, TBB Dergisi, S. 68.
- ULUSOY Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, AİD, C. 31, S. 2, Haziran 1998.
- ULUSOY Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Bunlara İlişkin Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 26 Mart 2004, BTHAE Yayınları.

Arş. Gör. Dilşat YILMAZ

ULUSOY Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke, İstanbul 2004.

TAN Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, S. 8.

TAN Turgut, “Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, Danıştay Yayınları, Ankara 1–4 Mayıs 1990.

Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı süreci hakkında detaylı bilgi için bkz Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 2, Mart-Nisan 2004.

ÇEVİRİLER

BOŞ

TEYİT MEKTUBU

Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben*

Prof. Dr. Tobias LETTL, LL.M. (EUR), Potsdam**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR***

ÖZET

Sözleşmelerin teyit mektubu ile oluşturulması ve değiştirilmesine ilişkin temel esaslar, hukuki işlem öğretisinin önemli bir kısmını oluşturması sebebiyle incelenmesi gereken önemli bir konudur. Yeni tarihli bir Alman Federal Mahkemesi kararına konu olay da bunu kanıtlamaktadır. Bu nedenle aşağıdaki çalışma teyit mektubunun fonksiyonu, hukuki dayanağı, dogmatik tasnifi ve şartlarını örneklerle ortaya koymakta ve nihayet bir örnek olay –Federal Mahkeme kararına konu olay- ve bunun çözümüne ilişkin açıklamalar ile bunu uygulama imkanı sunmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER

Teyit mektubu, teyit mektubunun fonksiyonu, teyit mektubunun hukuki niteliği, teyit mektubunun dogmatik tasnifi, teyit mektubunun şartları

ZUSAMMENFASSUNG

Die Grundsätze über das Zustandekommen und die Änderung von Verträgen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben als ein wichtiger Teil der Rechtsge-
schäftslehre sind sehr prüfungsrelevant. Ein jüngst vom BGH entschiedener Fall be-
legt dies. Der folgende Beitrag stellt deshalb Funktion, Rechtsgrundlage, dogmatische
Einordnung und Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts anhand von Beispielen dar

* Bu makale orijinali Almanca olarak JuS (Juristische Schulung 2008 Heft 10 s. 849-854) dergisinde yayınlanmıştır. Makalenin Türkçe'ye çevrilerek yayınlanmasına rıza göstermiş olan makale yazarı Prof. Dr. Tobias LETTL ve JuS Dergisi Yazı İşleri Yetkilisi Dr. Georg NEUREITHER'e teşekkürü bir borç bilirim (Hiermit möchte ich Herrn Prof. Dr. LETTL und Herrn Dr. Georg NEUREITHER für die Erlaubnis zur Übersetzung und Veröffentlichung danken).

** Potsdam Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku ve Ekonomi Hukuku kürsüsü öğretim üyesi.

***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD öğretim üyesi.

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

und gibt abschließend mit einem - auf der Grundlage des jüngst vom BGH entschiedenen Sachverhalts beruhenden - Fall sowie dessen Lösung Gelegenheit, das Erlernte einzuüben.

SCHLÜSSELWÖRTER

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Funktion des Bestätigungsschreibens, Rechtsgrundlage des Bestätigungsschreibens, Dogmatische Einordnung des Bestätigungsschreibens, Voraussetzungen des Bestätigungsschreibens

A. Teyit Mektubunun Fonksiyonu ve Çeşitli İhtimaller

Bir anlaşma çok sayıda -özellikle sözlü- görüşme neticesinde veya çok uzun yazılı görüşme trafiği neticesinde ortaya çıkmışsa, eksik veya ilk bakışta anlaşılabilen belgeler sebebiyle bir anlaşmanın oluşup oluşmadığı veya hangi içerikte olduğu konusunda uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu tehlikeyi bertaraf edebilmek için, işletmeler arasında anlaşmanın meydana geldiğini ve/veya içeriğini teyit etmek için yazılı bir belge gönderilmesi mutlak hale gelmiştir¹. İşte, teyit mektubu adı verilen bu belge ticaret hayatında hukuki güveni sağlamalıdır. Teyit mektubunu alan kişinin derhal (§121 I 1 BGB= Alman Medeni Kanunu) itiraz etmemesi halinde bu mektubun içeriğine uygun bir anlaşmanın ortaya çıktığını kabul etmiş sayılacağı hususundaki aksi iddia edilemez karine gereğince teyit mektubunun içeriği, her iki taraf açısından da bağlayıcıdır². Bu yüzden teyit mektubunu alan kişinin onayı hususunda gönderenin haklı güveni korunmaktadır. Bu durum hukuki dayanağını, ticaret hayatının bir anlaşmanın hızlı bir şekilde ortaya çıkmasını ve içeriğinin hızlı bir şekilde netlik kazanmasını işlem güvenliği açısından zorunlu gören özelliğinde bulmaktadır.

Bu çerçevede aşağıdaki ihtimaller birbirinden ayrı olarak ele alınmalıdır³:

- (1) Taraflar anlaşma görüşmelerini gerçekleştirmişler, hiç görüş birliğine varamamışlar veya çok az hususta görüş birliğine varmışlardır (akdin unsurlarında eksiklik veya gizli uyuşmazlık). Bu durumda teyit mektubuna karşı sessiz kalınması suretiyle anlaşma ilk kez ortaya çıkacaktır.
- (2) Geçerli bir temsil yetkisi olmadığı için anlaşma meydana gelememiş olabilir. Teyit mektubuna karşı sessiz kalınması halinde anlaşma ancak temsil yetkisinden doğan eksikliğin giderilmesinden sonra ortaya çıkar. Hatta teyit mektubunu tebellüğ edenin anlaşma görüşmelerinde yetkisiz temsilci tarafından temsil edilmiş olması halinde bile teyit mektubuna karşı sessiz kalması anlaşmanın kurulmuş sayılması için yeterli olacaktır⁴. Özellikle yetkisiz temsilci tarafından yapılan

¹ Karş. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. (2008), § 147 Rdnrn. 8 ff.

² *BGH*, NJW 1994, 1288.

³ Karş. *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl. (2007), § 346 Rdnr. 33; *Canaris*, HandelsR, 24. Aufl. (2006), § 23 Rdnrn. 12ff.; *Köhler*, BGB Allg. Teil, 31. Aufl. (2007), § 8 Rdnr. 31; *Lettl*, HandelsR, 2006, § 10 Rdnrn. 42-44.

⁴ *BGH*, NJW 2007, 987 (Rdnr. 21) = JuS 2007, 779 (*Karsten Schmidt*).

anlaşmanın, sözde temsil edilenin zımni temsil veya görünüşte temsil hususundaki temel esaslar çerçevesinde anlaşmayı kabule zorunlu olmadığı hallerde dahi sözde temsil edilenin teyit mektubuna karşı sessiz kalması suretiyle üçüncü kişi ile arasında bir anlaşmanın ortaya çıkması mümkün olabilecektir⁵.

- (3) Taraflar bir anlaşma yapmışlardır. Teyit mektubu ise bu anlaşma ile farklılık arz etmektedir. Tebellüğ edenin sessiz kalması anlaşmada değişikliğe yol açmaktadır.

B. Hukuki Dayanak

Yargı kararları⁶ ve öğretinin bir kısmı⁷ teyit mektubuna karşı sessiz kalınması ile ilgili temel esasları tacirler arasında geçerli ticari örf ve adet kurallarına (§346 HGB=Alman ticaret Kanunu) dayandırmaktadırlar. Diğerleri ise §§75h, 91a, 362 HGB hükümlerinde yer alan hukuki düşüncüyü genelleştirmektedirler⁸. Her halükârda teyit mektubuna karşı sessiz kalma hususundaki temel esaslar örf ve adet hukuku tarafından tanınmaktadır.

C. Dogmatik Tasnif

Öğretide bir kısım yazarlar teyit mektubu karşısında sessiz kalma hususundaki temel esasların, sessiz kalmaya ilişkin düzenlemelerle uyumlu olduğunu (sessiz kalma suretiyle irade beyanı olarak) kabul etmektedirler⁹. Buna karşı olanlar ise tebellüğ edenin hiç haberi olmasa bile bu esasların uygulama alanı bulacağını söylemektedirler. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre açıklama bilinci irade açıklamasının zorunlu parçası değildir. Sessiz kalmanın etkisini, tebellüğ edenin yükümlülüğünü yerine getirmemesine (zamanında itiraz etme yükümlülüğü) bağlayan gerekçenin karşısında ise yükümlülüklerin ihlalinin genel olarak sadece tazminat talebine neden olması yer almaktadır. Bu sebeplerle teyit mektubuna karşı sessiz kalma ile ilgili esasları §362/I HGB gibi uygulamanın yarattığı, görünüşe bağlı bir sorumluluk türü olarak kabul etmek doğru olacaktır¹⁰. Hatta tebellüğ eden teyit mektubunun içeriği ile hemfikir olmasa bile, sessiz kalmak suretiyle şeklen bunu onaylamış olmaktadır¹¹.

⁵ *BGH*, NJW 2007, 987 (Rdnr. 25) = *JuS* 2007, 779 (*Karsten Schmidt*).

⁶ *BGHZ* 40, 42 (46) = *NJW* 1963, 1922; *BGH*, NJW 1975, 1358 (1359).

⁷ Bu yönde örn. *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl. (2008), § 346 Rdnr. 17.

⁸ *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 10.

⁹ *Kramer*, in: *MünchKomm-BGB*, 4. Aufl. (2002), § 151 Rdnr. 21; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (yukarıda dipnot 3), § 346 Rdnr. 23.

¹⁰ *BGH*, NJW 1964, 1223 (1224); *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 9.

¹¹ *Köhler* (o. Fußn. 3), § 8 Rdnr. 31.

D. Sınırları

I. Sipariş Teyidi

1. Sipariş Teyidi Kavramı

Tacirler arasında kullanılan teyit mektubunu “sipariş teyidi” müessesesinden ayırt etmek gerekir. Sipariş teyidi müessesesi bir anlaşmanın ortaya çıkmış olduğunu ve/veya içeriğini teyit etmek için değil, anlaşmanın ilk kez ortaya çıkmasını (oluşmasını) sağlamak için gereklidir. Bu tür bir açıklama §145 BGB anlamında bir icabın (yazılı olarak) kabulünü ifade eder. Bu anlamda bir irade beyanı söz konusu ise, §§146vd. BGB hükümleri anlamında kabul olarak ortaya konan “siparişin teyidi” beyanı, §145 BGB anlamında kendisine yöneltilen icap ile farklılık içermekteyse, §150 II BGB hükmü gereğince karşı tarafın icabını reddeden ancak bununla ilişkili yeni bir icap olarak kabul edilmelidir. Öncekini esaslı düzeyde değiştiren böyle yeni bir icap karşısında sessiz kalmak zımni kabul olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bu halde onay faraziyesi de söz konusu olmaz¹². Buna karşılık zımni kabul, anlaşmadan doğan yükümlülüğün yerine getirilmesinin ihtirazî kayıtsız kabulü halinde söz konusu olabilir¹³.

2. Belirleyici Ölçüt

Tacirler arasındaki teyit mektubu ile gerçek anlamda sipariş teyidi ise ancak somut olayın yorumlanması sayesinde ortaya çıkarılabilir. Genel bir nitelendirme mümkün değildir. Belirleyici olan, bu yazının içeriğinden sözleşmenin ilk kez ortaya mı çıktığı (sipariş teyidi beyanı) yoksa önceden sonuçlanmış bir sözleşmeye mi atıf yaptığı (teyit mektubu) hususudur.

II. Zımni Kabul

Eğer §145 BGB anlamında bir icabı alanın sessiz kalmasının temelinde zımni kabul yatıyorsa, teyit mektubuna karşı sessiz kalma ile ilgili temel esaslara gitmeye gerek kalmayacaktır. Ancak bunun için özel koşullar bulunmalıdır.

Örnek: §145 BGB anlamında bir icaba karşı sessiz kalınması, bu sessiz kalma zaman itibarıyla icap ile sıkı bir ilişki içerisinde ise ve önemli nok-

¹² BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106; BGH, WM 1977, 451 (452).

¹³ Vgl. dazu sogleich E, m. Bsp.

talarında uzlaşma sağlanmış bir icap söz konusu ise artık zımni kabul söz konusudur¹⁴.

Zımni kabul icaba karşı yükümlülüklerin ihtirazî kayıtsız olarak yerine getirilmesi halinde de mevcuttur¹⁵.

Örnek: A akaryakıt dağıtıcısı Ö' ye 100.000 litre gazyağı sipariş etmiştir. Ö ise kabul beyanında bunu ancak uzatılmış mülkiyeti muhafaza kaydı ile yapabileceğini bildirmiştir. A ise bu koşulla yerine getirilen ifayı itirazsız kabul etmiştir. Böylece Ö'nün icabını kabul etmiştir.

Diğer bir örnek: A finansal zorluklarla karşılaşır ve B bankasına müracaat ederek defaten ödemesi gereken meblağı taksitlere bölmesini talep eder. B ise Gözetim kurulunun onayını almak şartıyla talebi kabul eder. A bunun üzerine belirlenen meblağı B'ye havale eder. B bunu alarak hiçbir beyanda bulunmadan toplam borçtan düşer. Gözetim kurulu A'nın taksitlere bölme talebini reddetse bile B, A'dan kalan borcu hemen ödemesini talep edemez. Zira B, A'nın yaptığı havaleyi onun hesabına alacak kaydederek borçtan düşmüştür¹⁶. Eğer B, A'nın talebini gözetim kurulunun kararına kadar bekletmek istemiş olsaydı, bunu A'ya açıkça söylemeli ve havale edilen meblağı gözetim kurulunun borcu taksitlendirme talebini reddetmesi halinde iade etme koşuluyla kabul etmiş olmalıydı.

E. Koşulları

Teyit mektubuna karşı sessiz kalma ile ilgili esaslar, aşağıdaki koşulların varlığı halinde uygulama alanı bulur.

I–Bu esaslar şahıs itibariyle uygulanabilir olmalı,

II–Bu esaslar konu itibariyle uygulanabilir olmalı,

III–Ticari ilişki ile teyit mektubu arasında zaman itibariyle bağlantı bulunmalı,

IV–Teyit mektubunu gönderen himaye edilebilir olmalı,

V–Tebellüğ eden derhal itiraz etmemiş olmalı,

VI–Aksine bir anlaşma bulunmamalıdır.

¹⁴ *BGH*, NJW 1995, 1281 (1282); *Koller*, in: *Staub/Canaris*, HGB, 4. Aufl. (2004), § 346 Rdnr. 72.

¹⁵ *BGH*, NJW 1995, 1671 (1672).

¹⁶ Karara konu olayla karşı., *BGH*, NJW 1995, 1281 (1282).

I. Şahıs İtibariyle Uygulama Alanı

1. Gönderilen (Tebellüğ Eden)

İçtihatlara göre¹⁷ teyit mektubunun gönderilebileceği kişi §1 vd. HGB anlamında tacir olanlar veya tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanlardır. Ancak bunu tespit etmek her zaman çok kolay olamamaktadır ve bazı belirsizliklere yol açabilmektedir. Her müteşebbis bu kapsamda değerlendirilemez. Tebellüğ eden kişinin daha ziyade §14 BGB anlamında müteşebbis olması gerekir.

Bu yüzden teyit mektubuna karşı sessiz kalınması ile ilgili esaslar ayrıca küçük işletme sahipleri ve doktor, avukat ve mimar gibi serbest meslek erbabı hakkında da uygulanır¹⁸. Yazı içeriğinin kendileri hakkında geçerli olmasını istemiyorlarsa, bunların da derhal itiraz etmelerini engelleyecek haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu hususun (sessiz kalmaya ilişkin esasların uygulanması) bunlar hakkında da başkaca bir şey aranmaksızın uygulanması beklenebilir ve mümkündür. Bu sebeple tam olarak müteşebbislere ait teyit mektubunun esasları söz konusudur. Ancak teyit mektubuna karşı sessiz kalma ile ilgili esaslar §13 BGB anlamında tüketici sayılanlar hakkında uygulanmayacaktır.

2. Gönderen

İçtihatlara¹⁹ ve bir kısım yazarlara²⁰ göre teyit mektubunu gönderen kişinin de §1 vd. HGB anlamında tacir olması veya ticari hayatta tacir gibi davranan bir kişi olması gerekir. Ticaret hayatının dışında yer alan kişilerle yürütülen sözleşme öncesi görüşmeler sırasında tacir, teyit mektubuna karşı sessiz kalma hususundaki ticari örf ve adetin uygulanacağını hesaba katmak zorunda değildir. Öte yandan teyit mektubunu gönderen kişi, §345 HGB anlamında ve §§75h, 91a, 362 HGB hükümlerinin yorumu neticesinde, tacir olmak veya tacir gibi ticaret hayatında yer almak zorunluluğundan bağımsız olarak, herkes olabilir²¹. Yani teyit mektubunu gönderen kişi §14 BGB anlamında müteşeb-

¹⁷ BGHZ 40, 42 (44) = NJW 1963, 1922.

¹⁸ *Baumbach/Hopt* (yukarıda dipnot 7), § 346 Rdnr. 18.

¹⁹ BGHZ 40, 42 (44) = NJW 1963, 1922; *BGH*, NJW 1975, 1358 (1359): tacir olmayan bir kişinin avukat tarafından temsil edilmesi halinde de, sessiz kalma suretiyle teyit mektubunun içeriğinin kabul edilmesi hususundaki esaslar başkaca koşullar aranmadan uygulama alanı bulamayacaktır.

²⁰ *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 1), § 148 Rdnr. 10; *Karsten Schmidt*, HandelsR, 5. Aufl. (2006), § 19 III 2b.

²¹ *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 7), § 346 Rdnr. 19; *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 45.

bis olmak zorunda olmadığı gibi, §13 BGB anlamında tüketici dahi olabilir. Bu sebeple teyit mektubunu gönderen ve alan kişi grupları birbiriyle örtüşmektedir.

Örnek: Bir kişi sigortacısına teyit mektubu göndermiş ise sessiz kalmak bunun onaylandığı anlamına gelir²².

II. Konu İtibariyle Uygulama Alanı

1. Ticari İlişki

Taraflar arasında veya teyit mektubunu gönderen ile teyit mektubu gönderilen kişinin yetkisiz temsilcisi arasında ticari bir ilişki meydana gelmiş olmalıdır. Bu ilişki sonuçlanmaya yakın hatta sadece sözlü olarak yürütülen sözleşme görüşmeleri veya sonuçlanan sözleşme şeklinde (sözleşme öncesi yürütülen görüşmeler olmaksızın) olabilir. Bu anlamda bir anlaşma sözlü olarak veya yazılı olarak oluşturulabilir, öyle ki yazılı anlaşmalar sırasında da bazen yazışmaların çokluğu veya içeriğinin çok açık olmaması sonucu ortaya çıkabilmektedir²³. Bu sebeple bazen sözlü olarak iletilen bir icabın yazılı olarak kabulü halinde bile teyit mektubuna karşı sessiz kalınması ile ilgili temel esaslar gündeme gelebilmektedir²⁴. Tarafların bir anlaşma için görüşmeler yaptıklarına ilişkin açıklamayı, tarafların bir sonuç elde etmek amacıyla görüşmeler yaptıkları şeklinde anlamak gerekir. Gönderen açısından edimin ifası özellikle masraf ve risk taşıdığı ve bu durum teyit mektubunun alıcısı tarafından da öngörülebilir mahiyette ise, bu halde de yine bir teyit mektubu söz konusudur. Aynı şey, bir anlaşmanın ifasında zorluklar ortaya çıktığında birlikte iş yapmaya devam edebilmek için bazı hususların açıklığa kavuşturulması durumunda da söz konudur.

2. Önceden Kararlaştırılanlara (varsayılanlara) İlişkin Yazılı Belge

Ortada en azından önceden kararlaştırıldığı varsayılan hususları büyük ölçüde içeren ve tekrar eden bir yazılı belge bulunmalıdır²⁵. Teyit mektubuna ilişkin, yazılı olmanın dışında bir şekil zorunluluğu bulunmadığı için bu mektup faksla veya E-mail yoluyla da gönderilebilir. Ancak burada gerçek anlam-

²² Farklı görüşte *BGH*, NJW 1975, 1358 (1359).

²³ *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 21; a.A. *Koller*, in: *Staub/Canaris* (o. Fußn. 14), § 346 Rdnr. 68.

²⁴ *BGHZ* 54, 236 (240f.) = NJW 1970, 2021; *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 7), § 346 Rdnr. 20.

²⁵ *BGH*, NJW 1965, 965; NJW 1972, 820.

da bir icabın kabulüne ilişkin irade beyanının söz konusu olmaması gerekir²⁶. §362/I HGB düzenlemesinde olduğu gibi burada da teyit mektubunun, alıcının kendi işletmesi bünyesinde ortaya çıkan bir sebeple kendisine ulaşmaması veya ulaşmaması sonucu değiştirmeyecektir. Teyit mektubunu gönderenin karşı taraftan bunun ulaşması ile ilgili karşı bir teyit istemesi halini ise ayrıca incelemek gerekir²⁷. Teyit mektubunun ulaştığına ilişkin karşı teyit talep edilmesi, bu teyit mektubunun içeriğinin ve sonuç doğurmasının karşı tarafın teyidine endekslendiği sonucunu doğurmamalıdır. Bu yöndeki taleple gönderen daha ziyade kendi talebinin karşı tarafa ulaşıp ulaşmadığına ve sözleşmenin oluşup oluşmadığına ilişkin belge elde etmiş olacaktır.

III. Ticari İlişki ile Teyit Mektubu Arasında Zaman Açısından Doğrudan Bağlantı

Teyit mektubunu gönderen bunu ticari ilişki ile süre açısından doğrudan bağlantılı olarak (anlaşma görüşmeleri veya anlaşmanın oluşmasını müteakip) göndermiş olmalıdır. Ayrıca bu mektup alıcıya derhal ulaştırılmalıdır (§130/I HGB). Uygulanacak süre somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Beş günlük süre makul karşılanırken²⁸, üç haftalık bir süre artık gönderilenin bir teyit mektubu beklemesi için uzun bir süre olacaktır.

IV. Gönderenin Himaye Edilebilirliği

Teyit mektubunu gönderen kişi sadece karşı tarafın onayı ile bir hakkın doğduğuna inanabileceği durumlarda himaye edilmektedir. Yani korunabilir olmalıdır. Teyit mektubunda, önceki görüşmelerden bilinçli olarak tamamen farklı hususlar yer almaktaysa veya alıcının önceki görüşmelerle ilişkilendiremeyeceği kadar çok uzak talepler yer almaktaysa artık gönderenin himaye edilmesi söz konusu olmayacaktır²⁹. Gönderenin ihmali olarak bilgisizliği ise teyit mektubunun geçerliliğini etkilemez³⁰. Bu sonuç §173 BGB ve §54/III HGB hükümlerinin yorumlanması ile ortaya çıkmaktadır.

²⁶ Yukarıda D başlığında anlatılanlarla karşılaştırınız.

²⁷ *BGH*, NJW-RR 2007, 325.

²⁸ *BGH*, WM 1967, 958 (960).

²⁹ BGHZ 40, 42 (44) = NJW 1963, 1922; 61, 282 (286) = NJW 1973, 2106; 93, 338 (343) = NJW 1985, 1333; 101, 357 (365) = NJW 1988, 55; *BGH*, NJW 1994, 1288; *Karsten Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 2. Aufl. (2005), § 346 Rdnr. 30.

³⁰ *Köhler* (o. Fußn. 3), § 8 Rdnr. 33; a.A. *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 30.

Örnekler: Teyit mektubunu gönderen, mektupta kasıtlı olarak anlaşmada önceden kararlaştırılan hususlardan farklı hususlar, mesela ücretin iki kata çıkarılması gibi, eklemiştir. Teyit mektubunun tahmin edilemeyen veya o branşta alışık olunmadığı gönderen tarafından da bilinen bazı koşullar taşıması.

Tali noktalara ilişkin eklemeler, kendi genel işlem şartlarının belirlenmesi veya anlaşma içerisine dahil edilmesi ise baskın görüşe göre gönderenin himaye edilmesine engel oluşturmaz. Aynı şey alıcının lehine yapılan değişikliklerle ilgili olarak da söz konusudur. Genel işlem şartlarından çok da farklı olmayan bazı hususları anlaşmaya eklemek amacıyla yapılan gerçek bir sipariş teyidinde ilişkin olarak sessiz kalınması halinde bir kısım yazarlara göre anlaşma meydana gelmeyecektir. Bu durumda teyit mektubu ile çok önemli bir farklılık ortaya çıkmaktadır ki bu da maddi hukuk açısından hiç adil değildir. Bu iki durumda da benzer sonucun ortaya çıkmasını sağlamak yerinde olacaktır. Hem teyit mektubu hem de sipariş teyidi ile ilgili olarak mevcut durum ile çok büyük farklılık taşımaları halinde anlaşmanın değiştirilmesi veya ortaya çıkması mümkün olmamalıdır³¹.

Yine bir teyit mektubu gönderen kişi, eğer karşı tarafça kendisine gönderilen ve kendi teyit mektubundan farklı bir içerik taşıyan teyit mektubu almışsa veya kendi teyit mektubu bir anlaşmaya veya koşula atıf yapılmışsa ve bu karşı tarafça açıkça reddedilmişse, artık korunmayacaktır. Bu halde gönderen alıcının kendisi ile mutabık kalacağını beklememelidir.

Örnek: A anlaşma görüşmeleri sırasında B'ye yanlış anlaşılmaya sebep olmayacak kadar açık bir şekilde yabancı genel işlem şartlarını kabul etmeyeceğini ifade etmiştir. B ise gönderdiği teyit mektubunda kendi genel işlem şartlarına dayanmıştır. A buna açıkça itiraz etmemiş olsa da B'nin genel işlem şartları sözleşmenin parçası haline gelmemiştir.

Temsil yetkisinin olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde (§54/III HGB veya §173 BGB) de teyit mektubunu gönderen kişinin korunması mümkün değildir. Yine teyit mektubunun temsil edilene değil de yetkisiz temsilciye gönderilmesi halinde de gönderen kişi korunamayacaktır³². Bu durumda gönderen, teyit mektubunun temsil edilene ulaşmayacağını ve temsil yetkisinden kaynaklanan eksikliği gideremeyeceğini hesaba katmalıdır.

³¹ *Köhler* (o. Fußn. 3), § 8 Rdnr. 33.

³² *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (o. Fußn. 3), § 346 Rdnr. 29; *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 30; a.A. *BGH*, NJW 1964, 1951; NJW 1990, 386; *Karsten Schmidt*, in: *MünchKomm-HGB* (o. Fußn. 29), § 346 Rdnr. 152.

V. Tebellüğ Edenin Derhal İtiraz Etmemesi

Teyit mektubunu alan kişinin derhal buna itiraz etmemiş olması (§121/I-1 BGB) gerekir. Buradaki itiraz bir irade açıklamasıdır. Ticaret hayatında sözleşmenin oluşmasında veya içeriğinin tespitinde ihtiyaç duyulan sürat sebebiyle teyit mektubuna itirazın da en kısa sürede yapılması gerekir. Üç gün yeterli görülebilirken bir haftadan daha uzun bir sürenin ise uzun olduğu kabul edilmelidir³³. Kısmi olarak itiraz edilmesi halinde ise itiraz edilmeyen kısım ile ilişkisi çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

VI. Farklı bir Anlaşmanın Bulunmaması

Teyit mektubuna karşı sessiz kalmaya ilişkin temel esaslar, tarafların aksini kararlaştırması halinde uygulanmayacaktır.

Örnek: Teyit mektubunu alan kişi teyit mektubunda yer alan anlaşmayı, yazılı bir beyanla kabul etme hakkını saklı tutmuştur³⁴.

F. Hukuki Sonuçlar

Teyit mektubu bir ispat vasıtası oluşturur. Esasen bunun dışında özel bir hukuki sonucu da bulunmamaktadır. Yani temelde açıklayıcı bir anlamı bulunmamaktadır. Ancak teyit mektubunun içeriği önceden varılan anlaşmadan farklılık arz ettiğinde bir ihdasî anlam taşıyacaktır. Teyit mektubuna karşı sessiz kalan kişi bu sessiz kalmasının neticesini düşünmelidir. Teyit mektubuna bir itirazda bulunmadan kabul edilmiş olması neticesinde bu mektubun içeriği sözleşmenin içeriği haline dönüşecektir. Bu halde teyit mektubu sözleşmeyi kuran veya değiştiren etkiye sahiptir. Bir teyit mektubu genel işlem şartlarını sözleşmenin içeriği haline de getirebilir (özel şahıslar açısından bu durum §305/II BGB gereğince gerçekleşmez). İtiraz edilmediği için kabul edilmiş sayılan teyit mektubu doğruluk ve bütünlüğe ilişkin çürütülebilir karineyi de içerisinde barındırmaktadır. Bu güvenilebilir ve isnat edilebilir bir dayanak oluşturma amacına hizmet eder. Bu sebeple her iki taraf da teyit mektubunun etkisine dayanabilir, öyle ki seçme şansları yoktur.

G. İptal Edilebilirlik

Teyit mektubunu alan kişi §362/I HGB hükmünde olduğu gibi, sessiz kalmasının hukuki sonuçları konusunda yanıldığı veya teyit mektubundan haberi

³³ BGH, NJW 1962, 104; NJW 1962, 246; *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 7), § 346 Rdnr. 25.

³⁴ BGH, NJW 1970, 2104.

olmadığı gerekçelerine dayanamaz³⁵, zira işlem güvenliği açısından müteşebbis bu riskleri taşımaktadır. Aksi halde onay varsayımı anlamsız hale gelirdi. Yine §119/I BGB anlamında iptalin mümkün olmayacağı bir durum da teyit mektubunu alan kişinin bu mektupta yer alan ve önceki görüşmelerle farklı olan hususları hesapta olmayan, saikte hata yaparak fark edemediği haldir³⁶. Aksi halde anlaşma içeriğini saptama amacı eksik olurdu. Bu sebeple teyit mektubunun hata sebebiyle iptali, anlaşma görüşmelerine dayanan ve teyit mektubunun içeriğine aykırı olan bir sebeple mümkün olmayacaktır³⁷. Teyit mektubunu alan kişinin bunun içeriğinde hataya düşmesi ve itiraz etmemesi halinde ise durum farklıdır (örn. yanlış anlama veya yanlış okuma). Bu durumda sessiz kalmasının sonuçlarını §119/I BGB hükmüne dayalı olarak iptal ettirebilir, zira bir teyit mektubunu alan kişi sessiz kalmasının neticesinde, açıkça açıklama yaptığı durumdan daha kötü bir durumda olmamalıdır. Hatanın teyit mektubu alıcısının özen eksikliğine dayanması da önemli değildir³⁸. §119/II BGB ve §123 BGB hükümlerine göre iptal her zaman mümkündür.

H. Örnek Olay³⁹

I. Olay

Dolandırıcılık suçundan bir çok sabıkası bulunan Z, hapisten çıktıktan sonra, ortakları G ve karısı H olan K isimli Kollektif Şirket ile yazılı bir anlaşma yapmıştır. Bu anlaşmaya göre;

“Bu anlaşma ile K, Z’ye inşaat malzemesi ve tarım ürünleri taşıma işi yapan bir işletmeyi kurmak ve işletmek imkanını tanıyacaktır, şu şartla ki; kendi şahsi giderleri dışında kalan tüm kazancı G ve H çiftine gönderecektir. Eski borçların ödenmesinden sonra gelir ve tesisat serbest bırakılabilecektir. Bu sırada tüm gelirler K tarafından bankada açılacak hesapta toplanacaktır. G ve H çiftine tüm işlemlerden haberdar olma imkanı sağlanacaktır. Taraflar

³⁵ *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 7), § 346 Rdnr. 33; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (o. Fußn. 3), § 346 Rdnr. 34; *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 34.

³⁶ *BGH*, NJW 1969, 1711 (1712); NJW 1972, 45; *Karsten Schmidt*, *HandelsR*, 5. Aufl. (2006), § 19 III 6b.

³⁷ *Koller*, in: *Staub/Canaris* (o. Fußn. 14), § 346 Rdnr. 121.

³⁸ *Koller*, in: *Staub/Canaris* (o. Fußn. 14), § 346 Rdnr. 121; *Baumbach/Hopt* (o. Fußn. 7), § 346 Rdnr. 33; *Canaris* (o. Fußn. 3), § 23 Rdnr. 38; a.A. *BGH*, NJW 1972, 45; *Karsten Schmidt*, in: *MünchKomm-HGB* (o. Fußn. 29), § 346 Rdnr. 167; *Roth*, in: *Koller/Roth/Morck* (o. Fußn. 3), § 346 Rdnr. 34.

³⁹ Ayrıca ticari mahiyette teyit mektubuna ilişkin esaslarla ilgili olaylar ve çözümleri için bkz. *Lettl* (o. Fußn. 3), § 10 Rdnr. 63 a.E., und *ders.*, *Fälle zum HandelsR*, 2007, Fall 9.

arasındaki yükümlülüğün değeri yaklaşık 75.000 Euro'dur. K tarafından serbest bırakılmasından itibaren Z her şeye sahip olabilecektir. Bu sürede üçüncü kişiler alacaklarının ödenmesi hususunda talepte bulunamazlar. Ben, Z, imza ile teyit ederim ki müşterilerden elde edeceğim kazancı G ve H çiftine aktarmak suretiyle onlara olan borcumu ödeyeceğim. K'ya karşı yöneltilecek talepler onun açıkça onayı olmadıkça geçerli olmayacaktır. Müşterilerden elde edilecek gelir K tarafından açılacak hesaba kaydedilecek ve o ölçüde Z'nin borçlarında azalmaya sebep olacaktır. Z'nin K'yı temsil yetkisi olmayacaktır. Ceza hukuku ve özel hukuk açısından ortaya çıkacak menfaatlerle ilgili sorumluluğu Z taşıyacaktır.”

Z, 28.09.2001 ve 10.10.2001 tarihlerinde A isimli Ltd. Şti.'yi arayarak K adına ilk aramada 20.000 Euro değerinde 100 ton buğday ve ikinci aramada 10.000 Euro değerinde 50 ton arpa satın almıştır. A isimli şirket bu satış sözleşmelerini 28.09.2001 ve 15.10.2001 tarihlerinde K nezdinde teyit etmiştir. “Sipariş teyidi” başlığını taşıyan ilk yazı K'nın adresine gönderilmiş ve Z tarafından onaylanmış ve 29.09.2001 tarihinde iade edilmiştir. İkinci yazı ise Z'nin adresine gönderilmiş ve K'ya ulaşmamıştır. Z tarafından ürünlerin A'dan alınmasından sonra A KDV dahil faturaları K'ya göndermiştir. K veya Z tarafından bir ödeme yapılmadığı için G'ye müracaat eden A 100 ton buğday bedeli olan 20.000 Euro'yu ödemesini talep etmiştir. G ve H'nin ise Z'nin bu alışverişlerinden hiç haberi yoktur. G'nin 29.09.2001 tarihinde A'ya telefonda bu anlaşmayı kabul etmediğine ilişkin beyanda bulunduğu iddiasını ispat için K, H'nin yeminli ifadesini sunmuştur. A bunu reddetmiştir. Mahkeme K'nın bu talebini reddetmiştir. A'nın G'den talebi haklı mıdır?

II. Plan

A'nın §128/ c. 1 HGB ve bununla bağlantılı olarak §433/II BGB, §124/I HGB hükümleri çerçevesinde G'den 20000 Euro talep etmesi

1. K'nın A'ya karşı 20000 Euro değerinde sorumluluğu

a) Satış Sözleşmesi

aa) hukuki işlemle ilgili temsil yetkisi (tam yetki, §166/II BGB)

bb) zımni temsil yetkisi

cc) görünüşte temsil yetkisi

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

b) K'nın sessiz kalmasıyla A ile K arasında anlaşmanın oluşup oluşmadığı?

aa) §362/I HGB

bb) Teyit mektubuna karşı sessiz kalınması

(1) Ticari ilişki

(2) A'nın korunabilirliği

(3) Alıcının derhal itiraz etmemesi

c) Ara sonuç

2. G'nin şahsi sorumluluğu (§128 HGB)

III. Çözüm

A'nın §128/ c. 1 HGB ve bununla bağlantılı olarak §433/II BGB, §124/I HGB hükümleri çerçevesinde G'den 20.000 Euro talep etmesi

Eğer K'nın A'ya karşı bir yükümlülüğü varsa, A'nın G'den 20.000 Euro talep etme hakkı ve G'nin şahsi sorumluluğu vardır.

1. K'nın A'ya Karşı 20.000 Euro'ya Kadar Yükümlülüğü

A ile K arasında 20.000 Euro değerinde bir borç ilişkisinin bulunması için §433/II BGB hükmü uyarınca A ile K arasında geçerli bir satış sözleşmesinin bulunması şarttır.

a) Satış Sözleşmesi

§433 BGB anlamında bir satış sözleşmesi karşılıklı birbiriyle örtüşen iki irade açıklamasının, yani icap ve kabulün, bir araya gelmesiyle oluşur. Bu sözleşme ile bir şeyin para karşılığı devri söz konusu olmalıdır. Z ve A, 100 ton buğdayın 20.000 Euro karşılığında satışı konusunda anlaşmışlardır. Ancak K'nın alıcı olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. K'nın kendisinin işlem yapması mümkün olmadığından (şirket tüzel kişiliği sebebiyle) geçerli bir şekilde temsil edilmesi gerekir. Bir kolektif şirketi temsil yetkisi öncelikle şahsi olarak da sorumlu olan ortaklara aittir (§125/I HGB). G ve H ise burada işlem yapmamışlardır. Z'nin K'yı geçerli bir şekilde temsil etmiş olması gerekir. K'nın Z tarafından temsil edilmesi ise onun adına işlem yapması ve temsil

yetkisine sahip olmasını gerektirir. Z, A ile K adına işlem yapmakta ise aleni-yet prensibi gereği (§164/I-2 BGB) bunun belgelenmesi gerekir. Ancak Z'nin temsil yetkisine dayalı olarak K adına işlem yaptığı hususu ise tartışmalıdır.

aa) Hukuki işlemle ilgili temsil yetkisi (=tam yetki, §166/II BGB). K tarafından Z'ye böyle bir yetkinin verildiğine dair bir ipucu bulunmamaktadır. Tam aksine aradaki anlaşmaya bakılırsa Z'nin temsile yetkisinin bulunmaması gerekir. G ve H'nin Z tarafından K adına yapılan alım işleminden haberdar olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Temsil yetkisinin verilmesi, bunun için temsil edilenin beyanı koşulunu arayan §167/I BGB hükmüne bağlı değildir. Hadiseyle ilgili bilgi sahibi olunması, olsa olsa zımni temsil ilişkisi için bir anlam ifade edebilir. Ne §§170-173 BGB hükümlerinde yer alan koşullar ne de §§5, 15/I, III ve 56 HGB hükümlerinde yer alan faraziyelerden biri bulunduğu için, olsa olsa zımni temsil ilişkisi veya görünüşte temsil yetkisi söz konusu olabilir.

bb) Zımni temsil yetkisi. Zımni temsil yetkisi zımni olarak verilen dış temsil yetkisine benzemektedir ve bunun neticesinde de anlaşma yapılabilmesi için gerekli ve geçerli temsil yetkisi için zemin oluşturmaktadır. Federal mahkemenin (BGH) yerleşik içtihatlarına göre temsil edilen bir kişi tarafından temsil edildiğini biliyor ve buna bilinçli olarak müsaade ediyorsa ve karşı taraf da doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince geçerli bir temsil yetkisi olduğunu düşünerek işlem yapıyorsa artık zımni temsil yetkisinin varlığı kabul edilmektedir⁴⁰. G ve H, Z'nin işlemlerinden haberdar olmadıkları için böyle bir zımni temsil ilişkisinin olduğu söylenemez.

cc) Görünüşte temsil yetkisi. Görünüşte temsil yetkisi, temsil edilenin kendisinin yetkisiz bir temsilci tarafından temsil edildiğini bilmediği ancak ortalama bir özen göstermesi halinde bunu öğrenebilecek ve önleyebilecek durumda olduğu ve hukuki işlemin karşı tarafınca bu durumun temsil edilen tarafından bilindiği ve rıza gösterildiği sonucuna varılması haklı ise söz konusu olur⁴¹. Gerçi öğretide kısmen görünüşte temsil yetkisinin söz konusu olduğu hallerde temsil edilenin sadece sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan menfi zarardan doğan menfaatlerden sorumlu olması gerektiği görüşü savunulmaktadır, zira müspet zarardan doğan menfaatlerin özen yükümlülüğüne aykırı davranıştan değil, bilakis sadece temsil edilenin akit özgürlüğü-

⁴⁰ BGHZ 5, 111, 116 = NJW 1952, 657; BGH, NJW 2005, 2985 = NZM 2005, 716.

⁴¹ BGH, NJW 1981, 1727 (1728); NJW 1998, 1854 (1855).

den çıkarılması gerekir⁴². Ancak §§170-173 BGB hükümlerinden anlaşıldığı üzere medeni kanun da bu kadar dar bir akit serbestisi anlayışı içermemektedir. Görünüşte temsil yetkisini, etkisi itibarıyla daha ziyade hukuki işlemde doğan temsil yetkisi ile benzer kabul etmek gerekir⁴³. Ayrıca sözleşmenin tarafı olan kişi temsil yetkisinin bulunduğu inancıyla işlem yapmışsa korunabilir ve ihmali davranışlar sözleşmenin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

Zımnî temsil yetkisinde olduğu gibi, görünüşte temsil yetkisi de işlemin karşı tarafının dürüstlük kuralları çerçevesinde, temsilci gibi davranan kişinin yetkili olduğunu kabul etmiş olmasını koşul olarak aramaktadır. Görünüşte temsil yetkisi doğal olarak işlemin karşı tarafının bu duruma sebebiyet veren olayları biliyor olmasını şart koşmaktadır. Z'nin K adına A ile yaptığı işlemler ilk ve tek kez yapıldığı için görünüşte temsil yetkisinin varlığı için aranan süre ve sıklık koşulları gerçekleşmediğinden görünüşte temsil yetkisinin sonuçları ile ilgili soru hakkında karar verilemeyecektir. Kaldı ki A bir kez bile K ve Z arasındaki buğday ve arpa alımı konusundaki görüşme ve anlaşmalarla ilgili olarak her hangi bir ifade kullanmamıştır. Dayanak olarak geriye sadece K tarafından A'nın 28.09.2001 tarihinde göndermiş olduğu teyit mektubuna itiraz etmemesi kalmaktadır. K'nın teyit mektubuna itirazının olmamasını ise A, Z'nin anlaşma yapmak için temsile yetkili kılındığı şeklinde anlamamalıdır.

b) K'nın Sessiz Kalması Suretiyle A İle K Arasında Anlaşma Tamamlanmış mıdır?

aa) §362/I HGB. K A'nın göndermiş olduğu teyit mektubunun ulaştığı sırada §§1, 105/II-1 HGB anlamında sicile kayıtlı bir tacirdir. Ayrıca tacirler hakkında geçerli kurallar onun hakkında da uygulanacaktır. A da tacir olmakla birlikte §362/I HGB gereğince bunun bir önemi bulunmamaktadır. A ile K arasında ticari bir ilişki de bulunmamaktadır. Son olarak K'nın §362/I-2 HGB anlamında başkaları için iş görmesi de söz konusu değildir.

bb) Teyit mektubuna karşı sessiz kalınması. K tarafından teyit mektubuna cevap verilmemesi suretiyle A ve K arasında bir satış sözleşmesinin oluştuğu söylenebilir. Örf ve adet hukuku açısından da önceden sürdürülen anlaşma görüşmeleri ile ilgili olarak gönderilen bir teyit mektubuna karşı sessiz kalınması aslında bu mektubun içeriğine rıza gösterildiği sonucunu doğurur. Anlaşmanın ve içeriğinin kesinleşmesi bu teyit mektubu ile gerçekleşmektedir.

⁴² Aynı yönde *Flume*, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts II, 4. Aufl. (1992), § 49, u. *Medicus*, BGB Allg. Teil, 9. Aufl. (2006), Rdnr. 971.

⁴³ BGHZ 86, 273 (275) = NJW 1983, 1308; *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 1), § 172 Rdnr. 11.

K teyit mektubunun alıcısı olarak §14 BGB gereğince müteşebbis ve hatta ticaret siciline tescilli bir tacirdir. Bu durum bir ticari işletme işletiyor olması koşuluna da bağlı değildir. Ayrıca K hakkında tacirlere ilişkin kurallar da uygulama alanı bulmaktadır. A da zaten tüzel kişi tacirdir.

(1) *Ticari İlişki*. Gerçi burada sadece Z ve A arasında bir ticari ilişki söz konusudur. Federal mahkemenin kararlarına göre teyit mektubuna karşı sessiz kalınması suretiyle de bir sözleşme ortaya çıkabilir, bu olayda olduğu gibi bir yetkisiz temsilci tarafından sözleşme görüşmeleri yürütülmüş olsa bile⁴⁴. Gerçi A'nın gönderdiği yazı "siparişin teyidi" başlığını taşımaktadır. Gerçek bir siparişin teyidi kesinlikle bir sözleşmenin ilk kez ortaya çıkmasını sağlar ve bir kabul içerir. Bunu nitelendirmek ise ancak somut olaya göre yapılır ve tarafların nitelendirmesi bağlayıcı değildir. Yanlış niteleme bir zarar doğurmaz. Önemli olan gönderilen yazının içerik itibarıyla sözleşmeyi ilk kez mi meydana getirdiği yoksa önceki bir sözleşmeye atıf mı yaptığıdır. Burada son durum söz konusudur, zira A, K ile tamamlanmış sözleşmeye referans yapmaktadır.

(2) *A'nın korunabilirliği*. A korumadan yararlanmalıdır, çünkü gönderenin korunmasını engelleyen durumlardan her hangi bir tanesi söz konusu değildir.

(3) *Alıcı tarafından derhal yapılmış bir itirazın bulunmaması*. K, A'nın göndermiş olduğu teyit mektubuna itiraz etmemiştir. Gerçi G'nin mektubu alır almaz telefonla buna yönelik itiraz ettiği hususu tartışmalıdır. K buna yönelik kendisine düşen⁴⁵ ispat yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. K tarafından H'nin şahitliğine başvurulmuş olsa da, §§447vd. ZPO (Medeni Usul Kanunu) hükümlerinde yer alan koşullar gerçekleşmediğinden mahkeme bunu kabul etmemelidir. K'nın bu iddiası ne A tarafından kabul edilmiş ne de bunun doğruluğu konusunda bir olasılık belirlemiştir⁴⁶. Mevcut durumdan anlaşıldığı kadarıyla, A tarafından 15.10.2001 tarihinde gönderilen teyit mektubu, 28.09.2001 tarihli mektuptan farklı olarak, Z'nin adresine gönderilmiş olması sebebiyle bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu daha çok Z'nin şahsında hüküm ve sonuç doğuracaktır.

c) Ara Sonuç

A ile K arasında, itiraz edilmemiş olan 28.09.2001 tarihli teyit mektubu sebebiyle 20.000 Euro karşılığı 100 ton buğday satışı sözleşmesi geçerli ola-

⁴⁴ BGHZ 7, 187 (189) = NJW 1952, 1369; BGH, NJW 1990, 386.

⁴⁵ BGHZ 7, 187 (189) = NJW 1952, 1369; BGH, NJW 1990, 386.

⁴⁶ Vgl. insoweit BGH, NJW 1997, 3230; NJW 1998, 814.

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

rak doğmuştur. Bu sebeple A K'dan §433/II BGB ve §124/I HGB hükümlerine göre 20.000 Euro'yu ödemesini isteyebilir. Şirket bu miktarı ödemekle yükümlüdür.

2. G'nin Şahsi Sorumluluğu (§ 128 HGB)

G, Kollektif şirketin sınırsız sorumlu ortağı olarak şirketin borçlarından şahsen ve müteselsil olarak §128 HGB gereğince sorumludur.

A, bu sebeple G tarafından 20.000 Euro borcun ödenmesini talep edebilir.

**KARAR İNCELEMELERİ /
DEĞERLENDİRMELER**

BOŞ

AVRUPA BİRLİĞİ İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ ANLAYIŞINDA ATAD VE AİHM'İN OYNADIĞI ROL VE İÇTİHATLARDAKİ SON GELİŞMELER

Prof. Dr. Füsun ARSAVA *

ÖZET

İnsan hak ve özgürlükleri alanında uzman bir mahkeme olarak çalışan AİHM ve AB kurumsal yapısında yer alan ve AB hukukunun yorum ve uygulanmasından doğan uyumsuzluklarda yetkili mahkeme ATAD arasındaki ilişkinin ele alındığı makale, özellikle Lizbon Sözleşmesi'nin Aralık 2009 itibariyle yürürlüğe girmesi ile beraber Temel Haklar Şartı'nın bağlayıcılık kazanması nedeniyle önem kazanan tartışmalara açıklık getirmektedir. Makalenin bir ilginç boyutu da AB bünyesinde ATAD ve İlk Derece Mahkemesi'nin temel haklar konusunda yaklaşım farklarını ortaya koymasını ve içtihat gelişimine ışık tutması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Temel Haklar Şartı, Alman Anayasa Mahkemesinin ATAD içtihadının oluşumuna katkısı, ortak anayasal geleneklerden normatif düzenlemeye gidiş, AB yargısı ve AİHM arasındaki kooperasyon.

SUMMARY

This article handles the relationship between ECHR (European Court of Human Rights) which operates as an expert court in the field of human rights and freedoms and CJEC (Court of Justice of the European Communities) which is involved in the corporate structure of EU (European Union) and operates as a competent court about disputes which arise from interpretation and implementation of EU law. This article also provides clarity for the discussions which become more important due to the fact that condition for basic rights gain the nature of being binding together with the enforcement of Lisbon Treaty as of December 2009.

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

Lighting the way to the development of precedents and introducing the approach differences about CJEC's and Court of First Instance within EU is an another interesting dimension of this article.

KEY WORDS

Charter of Fundamental Rights, Contribution of German Constitution Court to the formation of CJEC precedent, The way to the normative regulation from common constitutional traditions, The cooperation between EU judgement and ECHR.

GİRİŞ

AİHM'nin 30 Haziran 2005 tarihli Bosphorus kararı Avrupa insan hakları mimarisinde önemli bir değişikliğe yol açmıştır [EGMR, Urt. 30.06.2005, Beschwerde Nr.45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş. v. Ireland), NJW 2006, 197 vd.]. Bu değişikliğin içeriğinin ve yansımalarının ortaya konulması Avrupa insan hakları mimarisinde bundan sonraki gelişmelere ışık tutacaktır. AİHM Bosphorus kararıyla Federal Alman Anayasa Mahkemesinin zamanında Solange II kararında olduğu gibi (BVerfGE 73,339-Solange II) ATAD ile olan ilişkilere açıklık getirmeye çalışmış, Topluluk tüzüğüne icra etme durumunda olan Avrupa Topluluğu üyesi devletlerin önlemlerini AİHK'na uygunluk bakımından denetleme durumunda olup olmadığını ortaya koymuştur.

AİHM'nin kararına BM Güvenlik Konseyinin 1993 tarihli ve 820 sayılı bir kararı esas olmuştur. Bu karar ile BM güvenlik Konseyi BM üyesi devletlere Yugoslavya'daki silahlı çatışmalar ve ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle Yugoslav Cumhuriyeti ile ikâmet veya faaliyet yeri itibariyle bağlantısı olan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan veya bu kişi yahut tüzel kişiler tarafından denetlenen bütün deniz, kara, demiryolu ve hava araçlarına el koyma yükümlülüğü getirmiştir (S/RES/820, 17.4.1993, Ziff.24, bknz.: Vereinte Nationen 1993, 75). Söz konusu karar Avrupa Topluluğu tarafından 990/93 sayılı tüzük ile düzenlenmiştir (Konseyin AT ve Yugoslavya Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) arasındaki ticarete ilişkin 990/93 sayı ve 24.4.1993 tarihli tüzüğü için bknz.: ABl. EG 1993, Nr.L 102/14). Bu dayanak ışığında İrlanda Ulaştırma Bakanlığı 1994 yılında merkezi Türkiye'de bulunan Bosphorus Airways'in Yugoslavya Hava Yolları JAT'tan leasing ile aldığı iki yolcu uçağına el konulmasına karar vermiştir.

Supreme Court of Ireland'ın 1996'da ATAD'a yaptığı başvuru üzerine ATAD Topluluk temel hakları içinde mütalâa edilen mülkiyet hakkına yapılan bu müdahaleyi söz konusu yaptırımların savaş durumunun ve Bosna-Hersek'teki ağır insan hakları ihlallerinin sona erdirilmesine matuf olması nedeniyle savunulabilir bulmuştur (ATAD'ın 30.7.1996 tarih ve Rs.C-84/95 sayılı kararı için bknz.: (Bosphorus), Slg. 1996, I-3953, Rn.26). ATAD'ın bu kararı nedeniyle İrlanda Mahkemeleri nezdinde yapılan girişimler başarısız olmuştur. Bosphorus Airways bunun üzerine AİHM nezdinde İrlanda aleyhine bireysel başvuru yapmış (krş. EGMR, Entsch., 13.9.2001, Beschwerde Nr.45036/98 – Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret A.Ş. - Ireland) ve

uçaklara el konulmasının AİHK'na ek 1 nolu Protokolün 1.maddesinin ihlâline yol açtığını iddia etmiştir. AİHM mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin sorumluluğunun İrlanda'ya ait olduğunu, ancak bu müdahalenin haklı olduğunu hükme bağlamıştır [EGMR, 30.6.2005, Beschwerde Nr.45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş.- Ireland), Ziff. 154, NJW 2006, 197(202)]. AİHM AİHK'na ek 1 nolu protokolün 1.madde 2.fıkrası muvacehesinde kamu düzeni gerekçesi ile temel haklara yapılan müdahaleyi, üye devletlerin AT anlaşmalarından doğan mükellefiyetlerinin yerine getirilmesine matuf olduğu nispette uygun bulmuştur [bknz.: NJW 2006, 197(201 vd.)]. AİHM üye devletlere herhangi bir hareket alanı bırakmayan Topluluk hukuku tasarruflarından doğan mükellefiyetleri yerine getirme bağlamında üye devletler tarafından yapılan temel hak müdahalelerini, temel hakların AT tarafından gerek içerik, gerekse yöntem olarak asgari AİHK'a eşdeğer ölçüde temin edilmesi durumlarında haklı görmektedir. Böyle bir durumda üye devletlerin icra önlemlerinin AİHK'a uygunluğu konusunda bir varsayım kabul edilmektedir. Bu varsayım Konvansiyon'da öngörülen hakların somut durumda yeterli temin edilememesi halinde reddedilmektedir [bknz.: NJW 2006, 197(202)].

Konvansiyon organlarının şimdiye dek verdikleri kararlar

1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Solange kararı

AİHM'nin Bosphorus kararı Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun M&Co. davasında 1990 yılında verdiği Solange kararını hatırlatmaktadır (EKMR, 9.2.1990, Beschwerde Nr.13258/87 (M&Co.), ZaöRV 50(1990), 865 vd.; W.Hummer/Ch.Vedder, Europarecht in Fällen, 4.Auflage 2005, 321 vd.). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu somut olayda Alman merciler tarafından icra edilen, hukuka uygunluğu daha önceden ATAD tarafından saptanan (EuGH, 7.6.1983, Verb.Rs.100-103/80 (Musiqué) Diffusion Française u.a./Kommission), Slg.1983/1825) Avrupa Topluluğu Komisyonunun para cezası nedeniyle Almanya'ya karşı yapılan bireysel başvuruyu *ratione materiae* caiz kabul etmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu egemenlik haklarının uluslararası kuruluş devredilmesi durumunda temel hakların söz konusu uluslararası kuruluş bünyesinde eşdeğer temin edilmesi kaydıyla kuruluşun önlemlerinin AİHK'na uygunluğunu varsayım olarak kabul etmiştir (EKMR, 9.2.1990, Beschwerde Nr.13258/87 (M&Co.), ZaöRV 50 (1990), 865(866); bknz. D.Kugelman, Grundrechte in Europa, 1997, 36 vd.; G.Ress, die EMRK und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZeuS 1999, 471).

2. AİHM'nin Avrupa Toplulukları Hukukuna ilişkin şimdiye kadar aldığı kararlar

AİHM Avrupa Toplulukları hukuku ve bu hukukun üye devletler tarafından icrası konusunda görüşünü ortaya koyma olanağını birçok kez yakalamasına rağmen Bosphorus kararına kadar Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kararına uygun bir karar vermemiştir. Bu nedenle AİHM'nin Bosphorus kararı Avrupa toplulukları hukukuna ilişkin ilk kararı olarak nitelendirilmektedir. AİHM Avrupa Toplulukları tasarruflarının AİHK ışığında denetimini uzun bir süre Avrupa Topluluklarının AİHK'nun tarafı olmaması nedeniyle *ratione personae* reddetmiştir (bkz. EuGRZ 1979, 431; EGMR, 9.2.1990; ZaöRV 50 (1990),865)].

1999 tarihli Matthews kararı ile AİHM Toplum üye devletlerin primer hukuktan yahut primer hukuka eşdeğer, herhalukârda üye devletlerin kendilerinin yarattığı Toplum hukukundan doğan temel hak ihlallerini denetleme iradesini ortaya koymuştur. AİHM İngiltere'nin Cebelitarık kolonisinde ikâmet eden İngiliz vatandaşlarına Avrupa Parlamentosu seçimlerinde oy kullandırılmamasını İngiltere'nin AİHK'na ilişkin 1 nolu.Ek Protokolün 3.maddesinde temin edilen yasama organının oluşumunda seçme-seçilme hakkının ihlâli olarak kabul etmiştir (EGMR, 18.2.1999, Beschwerde Nr.24833/94 (Matthews), EuGRZ 1999, 200 vd.). AİHK'la uyumlu olmayan sekonder hukuk tasarrufları nedeniyle üye devletlerin Konvansiyon ihlâlinin kabul edilip edilmeyeceği konusu Senatör Lines davasında gündeme gelmekle beraber Senatör Lines firmasına verilen, ancak Toplum İlk Derece Mahkemesi tarafından iptal edilen 14 milyon Euro'luk para cezasının (EuG, 30.9.2003, Slg.2003,II,3275) Komisyon tarafından icraya konulmayacağı sözünün verilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonunu nezdinde 15 AB üyesi devlete karşı yapılan bireysel başvuru talebi şikayet konusunun ortadan kalkması gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

AİHM Emesa Sugar davasında da Toplum üyesi devletlerin Toplum organlarının AİHK'na aykırı tasarrufları nedeniyle sorumlu tutulup tutulamayacakları konusunu açıklığa kavuşturmamıştır. ATAD nezdinde gerçekleştirilen prosedürde kanun sözcüsünün nihai talebinin cevaplandırılması olanağının bulunmaması nedeniyle Hollanda'ya karşı yapılan bireysel başvuruda AİHM başvuruyu *ratione materiae* yetkili olmaması nedeniyle reddetmiştir (EGMR, Entsch. v. 13.1.2005, Beschwerde Nr.62023/00 (Emesa Sugar); EuGRZ 2005, 234 vd.).

Bosphorus kararının konu bakımından öncülüğünü AİHM'nin 1996 tarihli kararı oluşturmaktadır (EGMR, 15.11.1996, Beschwerde Nr.17862/91 (Cantoni); EuGRZ 1999, 193 vd.). Söz konusu davada AİHM'den ilaçların süpermarketlerde satışının cezalandırılmasını öngören Topluluk direktifini iç hukukta düzenleyen Fransız ceza kanununun AİHK'na uygunluğunun denetimi talep edilmiştir. Ulusal önlemin Topluluk hukukuna istinat etmesi AİHM'ni Fransız kanununu denetlemekten alıkoymamıştır. AİHM Cantoni kararında dava konusu olan ulusal düzenlemenin lâfzen Topluluk direktifine tam uymasının AİHK'nun uygulama alanını ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır (EGMR, 15.11.1996, Beschwerde Nr.17862/91 (Cantoni); EuGRZ 1994, 193 vd.).

Bosphorus kararının dogmatik olarak değerlendirilmesi

Senatör Lines ve Emesa Sugar davalarında AİHM'nin yargı yetkisini do laylı olarak Avrupa Topluluğu tasarruflarına da genişletme ve bu tasarrufları AİHK ışığında denetleme bakımından istekli olmadığı gözlenmektedir. Bosphorus kararıyla AİHM Topluluk hukukunun icrasına hizmet eden ulusal önlemlerin kendi tarafından denetimini Solange çekincesi ile sınırlamıştır. Bu durum AİHM'nin Cantoni davasına ilişkin önceki kararından kısmen döndüğünü ortaya koymaktadır. AİHM Cantoni davasında üye devletlerin Topluluk hukukuna istinat eden iç hukuk düzenlemelerini üye devletlerin Topluluk hukukunun iç hukukta düzenlenmesinde bir hareket alanına sahip olup olmadıklarından bağımsız olarak denetimini kabul etmiştir [*M.Breuer, Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuGRZ 2005, 229(231)*]. Bu ayırım Bosphorus karardan itibaren ölçü olarak kabul edilmektedir. Bosphorus kararına göre ulusal önlemlerin AİHM tarafından denetime tabî tutulmaması, bu önlemlerin katı bir yükümlülük olarak öngörülmesi halinde söz konusu olmaktadır. Buna karşılık üye devletler direktiflerin iç hukukta düzenlenmesi çerçevesinde olduğu gibi bir hareket alanına sahip oldukları takdirde tasarruflar eskiden olduğu gibi AİHM'nin tam olarak denetimine tâbidir (EGMR, 30.6.2005, Beschwerde Nr.45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş. - Ireland, Ziff.157, NJW 2006, 197); krş.: BverfG, Kammerbeschl. 9.1.2001 -1 BvR 1036/99-, DVBl.2001, 720).

AİHK'nun DH ve Topluluk Hukuku yanlısı yorumu

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun Solange kararından (EKMR, 9.2.1990, Beschwerde Nr.13258/87 (M&Co.), ZaöRV 50(1990), 865) ve Fe-

deral Alman Anayasa Mahkemesinin Solange kararından (BverfGE 73, 339; BverfGE 102,147) farklı olarak AİHM Bosphorus davasında AİHK'nun 35.maddesi muvacehesinde bireysel başvuruyu reddetmemekle beraber (Konvansiyonun 11 nolu protokolle revizyonundan önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararını Konvansiyonun 27.madde, 2.fıkra 1.cümlesine istinat ettirmiştir) temel hak müdahalelerini ortaya konulan çerçevede haklı kabul etmiş ve şikayetleri dayanaksız bulmuştur (bknz.: NJW 2006, s.197). AİHM bu şekilde şüphesiz AİHK'nun 35.madde 3.fıkrası muvacehesinde açık şekilde dayanaksız olmaları durumunda bireysel başvuruları reddetme olanağını açmış bulunmaktadır. Avrupa Toplulukları çerçevesinde söz konusu olan temel hak teminatı nedeniyle AİHM tarafından yapılan çekince AİHK'un DH ve Topluluk hukuku lehine yorumlandığını ortaya koymaktadır. AİHK, Konvansiyon devletlerine egemenlik haklarının uluslararası veya supranasyonal kuruluşlara devrini yasaklamamakta, onlara uluslararası işbirliğini engellememe ve bu tür kuruluşların kurallara uygun işlemesi gereksinimini dikkate alma mükellefiyetini öngörmektedir. AİHM, dogmatik olarak bu görüşünü Viyana Anlaşmalar Hukuku sözleşmesinin genel Devletler Hukuku anlayışını kodifiye eden 31.madde, 3.fıkra, c bendine dayandırmaktadır (bknz.: EuGRZ 2002, 403). Buna göre DH anlaşmalarının yorumunda anlaşma tarafları arasındaki ilişkilerde uygulanan ilgili DH kuralları dikkate alınacaktır. Avrupa Topluluğu kurucu anlaşması bu nedenle Konvansiyon devletlerinin temel hakları temin etme mükellefiyetini öngören AİHK'nun 1.maddesinin "pacta sunt servanda" kuralı ışığında yorumlanacaktır. Avrupa Topluluklarında yer almak ve onun kurallara göre işlemesi gereksinimi üye devletleri AİHK yükümlülüklerinden soyutlamamakta, ancak AİHM'ne Solange çekincesini açıklama olanağı vermektedir.

Konvansiyonun AİHM tarafından Topluluk Hukuku yanlısı olarak yorumlanması ATAD tarafından Topluluk hukukunun AİHK'na uygun yorumu ile ilişkilendirilmektedir. Topluluk hukuk düzeninde temel hakların yazısız genel hukuk prensipleri olarak geçerlilik kazanması ATAD'ın yıllar süren AİHK'nu esas alan sürekli içtihatına dayanmaktadır (EuGH., 28.10.1975, Rs.36/75 (Rutuli), Slg. 1975, 1219, Rn.32; EuGH, 13.12.1979, Rs.44/79 (Ha-uer), Slg. 1979, 3727 Rn.15, 17 vd.; EuGH, 15.5.1986, Rs.222/84 (Johnston), Slg.1986, 1651, Rn.18; EuGH., 21.9.1989, Verb. Rs.46/87 v. 227/88 (Hoechst/Kommission), Slg.1989, 2859 Rn.13). AİHK'nun Topluluk temel hak teminatı bakımından taşıdığı önemi AB anlaşmasının 6.madde 2.fıkra açık olarak ortaya koymaktadır. ATAD Topluluk hukukunun yorumunu AİHK ışığı-

ğında gerçekleştirilirken, AİHM de AİHK'nun yorumunu Topluluk hukuku ışığında gerçekleştirmektedir. AİHM, Topluluk hukukunu icra eden üye devletlerin tasarrufları sonucu doğan temel hak müdahalelerini müdahaleye izin veren kamu düzeni muvacehesinde değerlendirerek, bu müdahaleleri Avrupa Toplulukları kurallarının fonksiyonunu göstermesini temin ettiği nispette hukuka uygun kabul etmektedir.

Bu durum bir takım kritik konuları beraberinde getirmektedir. Ulusal tasarrufların haklılığı varsayımı sadece söz konusu devletin uluslararası kuruluş üyeliği ile açıklanmayıp, AİHM'nin çekincesinde ifade edildiği gibi (bknz.: NJW 2006, 197) üye olunan uluslararası kuruluşun AİHK'nun teminat sistemi ile mukayese edilebilen bir temel hak teminatına sahip olmasına bağlıdır. Avrupa Topluluğuna üyelik önemli olmakla beraber, bu durum tek başına anlaşmalara riayet mükellefiyeti muvacehesinde temel haklara müdahaleyi haklı kılmamaktadır. AİHM tarafından geliştirilen ve doğru bir şekilde formüle edilen Solange-çekincesi Topluluk hukukuna dayanan ulusal icra önlemlerinin temel hak müdahalelerinin order public (kamu düzeni) yararı muvacehesinde hukuka uygun kabul edilebileceğini ortaya koymaktadır.

Topluluk Temel Hak Teminatının Eşdeğerliliği

AİHM'nin Solange-çekincesi kendisine egemenlik hakları devredilen uluslararası örgütün eşdeğer, benzer bir temel hak teminatına sahip olmasını öngörmektedir. AİHM eşdeğerliliğin, mukayese edilebilir anlamına geldiğini, aynı olması anlamını taşımadığını vurgulamıştır (NJW 2006, 197). Aynı temel hak teminatına sahip olunması uluslararası kuruluş bünyesinde işbirliği yapılmasını güçleştirebilir. Eşdeğerliliğe ilişkin olarak yapılan saptama nihai olmayıp, temel hak teminatında sonraki önemli değişiklikler ışığında denetlenebilen bir durumdur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Solange II kararıyla ve bu çerçevede gündeme gelen GG 23.madde 1.fıkra 1.cümle ile yapılan bir karşılaştırma, AB'ne egemenlik haklarının devri bakımından önkoşul olarak AB'nin aynı temel hak teminatına sahip olması gerekmediği ortaya çıkmaktadır. ATAD'nın içtihatı ışığında GG'de vazgeçilmez olarak öngörülen temel hak teminatına prensip olarak benzer şekilde saygı gösterildiği ve temel haklar özünde temin edildiği nispette Alman anayasasının gereksinimleri karşılanmaktadır.

AİHM halihazırda Avrupa Topluluğu çerçevesinde temin edilen temel hakları AİHK'na eşdeğer kabul etmektedir. AİHM diğer taraftan ATAD'nın temel hak içtihatına, mahkemenin denetim mekanizması çerçevesinde AT an-

Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Son Gelişmeler

laşmasının 230.maddesi ışığında iptal davasına, AT anlaşmasının 232.maddesi ışığında hareketsizlik davasına, 241.maddesi ışığında hukuka aykırılık define, 234.maddesi ışığında önkarar davasına, 226.maddesi ışığında ihlâl davasına, 288.maddesi ışığında tazminat davasına işaret etmektedir (NJW 2006, 197). Bireylerin Topluluk hukukunun ihlâli durumunda dava ehliyetine sahip olması hareketsizlik ve iptal davasında bireylerin sınırlı dava ehliyetine sahip olması, Topluluk temel hak teminatının AİHK ölçüsünde olmadığını ortaya koymaktadır. AİHM tarafından buna rağmen Topluluk temel hak teminatının yeterli kabul edilmesi şartırtıcı bulunmaktadır (NJW 2006, 203).

Avrupa Topluluklarında temel hak teminatının eksiklikleri

AİHM'nin Topluluk temel hak teminatını AİHK'nun teminat seviyesine uygun bulması eleştiri konusu olmaktadır. Herşeyden önce bireylerin genel geçerliliğe sahip Topluluk tasarruflarına karşı iptal davası açamaması Topluluk seviyesinde temel hak teminatında önemli bir boşluk yaratmaktadır (G.Schohe, Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft, EuZW 2006, 33). İptal davası çerçevesinde temel hak teminatı ancak AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrası ışığında davacının bireysel ve doğrudan etkilenmesi koşuluna bağlıdır (Y.Kerth/A.Schmelz, Die Geltendmachung der Gemeinschaftsgrundrechte im Wege des Individualrechtsschutzes, JA 2004, 340 vd.). ATAD içtihatına göre muayyen kişisel özellikler yahut davacıyı diğer kişilerden ayıran özel koşullar nedeniyle uyumsuzluk konusu tasarrufun davacıya ilişkin sonuçlar doğurması ve şekilde tasarrufun muhatabı gibi etkilenme söz konusu olduğu nispette birey iptal davası açma hakkını kullanacaktır (EuGH, 15.7.1963, Rs.25/62 (Plaumann), Slg.1963,211,Rn.8; EuGH, 18.5.1991, Rs.C-309/89 (Codorniu), Slg.1994, I.1853, Rn.20). AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrasının bu dar yorumu bireylerin kural olarak icrai tasarrufa gereksinimi olmayan Topluluk genel tasarruflarına karşı hukuken bir teminata sahip olamamasına yol açmaktadır. Bu durum herşeyden önce doğrudan yasaklar öngören tüzükler için söz konusudur.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi Jégo-Quére davasında bu hukuki boşluğu doldurmaya çalışmıştır. İlk derece mahkemesi söz konusu davada genel Topluluk tasarrufunun gerçek veya tüzel kişilerin hukuki pozisyonunu tereddüt yaratmayacak şekilde hakları sınırlayarak veya yükümlülükler getirerek zarara uğratması halinde AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrasına bireysel etki doğurmaya izin veren bir yorum getirmenin doğru olduğunu kabul etmiştir (EuG, 3.5.2002, Rs. T-177/01 (Jégo-Quére), Slg.2002, II-2365, Rn.51).

Üye devletlerin yaptırım önlemlerine karşı hukuki teminat aramak için Topluluk hukukunun ihlâlini beklemek doğru bir yöntem değildir. ATAD malesef İlk Derece Mahkemesinin yorumunu benimsememiştir (EuGH, Urt. v. 1.4.2004, Rs.C-263/02 P(Jégo-Quéré), Slg.2004, I-3425, Rn.29 vd.). ATAD genel geçerliliğe sahip Topluluk tasarrufunu doğrudan iptal ettiremeyen bireyin bu tasarrufun geçersizliğini ulusal mahkemelerde talep etmesi ile hukuki boşluğun doldurabileceğini varsaymaktadır. Ulusal mahkemeler böyle bir durumda ATAD'tan önkarar talep etmekle mükelleftir (krşıt.: EuGH, 22.10.1987, Rs.314/85 (Foto-Frost), Slg.1987, 4199, Rn.15 vd.). Hukuka riayetinin etkin yargı teminatı ile sağlanması için araçların ve prosedürlerin öngörülmesi üye devletlerin işidir (EuGH, 25.7.2002, Rs. C-50/00 (Unión de Pequeños Agricultores), Slg.2002, I-6677, Rn.40 vd.). Örneğin Almanya'da ATAD'a başvuru anayasa şikayeti davası ile zorlanabilir. Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatına göre ATAD'a başvuru mükellefiyetinin keyfi olarak ihlâl edilmesi GG 101.madde 1.fıkra 2.cümle muvacehesinde tâbi yargıç teminatının ihlâlîne yol açmaktadır (BVerfGE 73, 339-Solange II; BVerfGE 75, 223; BVerfGE 82, 159).

Topluluk temel hak teminatının ulusal yargı üzerinden tamamlanması Topluluk hukuku açısından yeterli görülse de, bu durum AİHK perspektifinden AİHM tarafından Topluluk yargısı lehine ilan edilen Solange-çekincesi bakımından tereddüt yaratmaktadır. ATAD lehine yapılan çekince Topluluk hukukundaki bireysel hukuki teminat boşluğunu tamamlayan ulusal yargı lehine çekinceye dönüşmektedir. AİHM ulusal hukuki teminat lehine lege lata bir çekince ilave edemez. Böyle bir durum AİHK tarafından kendisine verilen görevin yerine getirilmemesi anlamını taşır. AİHM'nin Federal Alman Anayasa mahkemesi tarafından AİHK'na eşdeğer temel hak teminatı sağlandığı gerekçesi ile yargı yetkisini geri çekmesi hukuken mümkün değildir.

Topluluk seviyesinde temel hakların teminine ilişkin boşluğun Topluluğa karşı AT anlaşması 288.madde 2.fıkra muvacehesinde açılan tazminat davası ile de kapatılması mümkün değildir. AT anlaşmasının 288.madde 2.fıkrası ışığında açılan dava temel haklara aykırı Topluluk tasarrufunun ortada kalkmasına yol açmamaktadır. Dava ile sadece temel hak ihlâlî mali olarak tazmin edilmektedir (A.Haratsch/Ch.Koenig/M.Pechstein, Europarecht, 5.Aufl. 2005, Rn.538). Bireylerin bu davaya ilişkin taleplerinin Komisyonun Topluluk hukukunun bekçisi olarak Konsey ve Parlamentonun temel haklara aykırı tasarrufları aleyhine iptal davası açacağı gerekçesi ile reddedilmesi söz konusu değildir. Komisyonun Avrupa Topluluklarına esas olan hukuk devleti pren-

sibi muvacehesinde dava açmakla mükellef olduğu kabul edilse de bireylerin Komisyonu dava açmaya zorlaması mümkün değildir.

AB anayasa tasarısında bu hukuki boşluğun doldurulamadığı görölmektedir. Anayasa tasarısının (md.III-365 fıkra 4) ilgili maddesi her gerçek ve tüzel kişinin kendilerini muhatap alan yahut kendilerini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren tasarruflara ve kendilerini doğrudan muhatap alan ve icra önlemi gerektirmeyen tüzük karakterli tasarruflara karşı dava açabileceğini öngörmüştür. Tüzük karakterli hukuki tasarruflara karşı bireylerin dava açması kabul edilmekle beraber anayasa tasarısının madde I-33, fıkra 1'i muvacehesinde Avrupa çerçeve yasalarına karşı bu düzenlemelerin bireyleri doğrudan ve bireysel olarak etkilememesi nedeniyle ATAD içtihatı paralelinde bireylerin dava açması kabul edilmemiştir.

Yusuf kararıyla Topluluk Yargı Yetkisinin Sınırlanması

1. İlk Derece Mahkemesinin denetim ölçütü olarak DH'nun ius cogens karakterli normlarını kabul etmesi

Avrupa Topluluklarında temel hak teminatında İlk Derece Mahkemesinin 2005 Eylül tarihli kararı yeni bir boşluk yaratmıştır (EuG, 21.9.2005, Rs.T.306/01 (Yusuf), EuGRZ 2005, 592; EuG, 21.9.2005, Rs.T.315/01 (Kadı), EuZW 2005, 672). İlk Derece Mahkemesi söz konusu kararında Topluluğun BM Güvenlik Konseyi kararını esas alan yaptırım önlemleri bakımından yargı yetkisini büyük ölçüde geri almıştır. Yusuf davasında davacı Topluluğun iki tüzüğüne karşı iptal davası açmıştır. Bu tüzükler Taliban'ı malî olarak destekleyen kişilerin paralarının dondurulmasını öngörüyordu (467/2001 sayılı ve 6.3.2001 tarihli Konsey tüzüğü için bkz.: ABl.EG 2001 Nr.L295/16; 881/2002 sayılı ve 27.5.2002 tarihli Konsey tüzüğü için bkz.: ABl.EU 2002 Nr.L139/9). Bu kişilerin isimleri tüzüğe ekli listede açıklanmıştır. Bu kişilerin arasında İsveç'te oturan davacının da ismi bulunmaktadır. Listede yer alan isimler BM yaptırım komitesince BM Güvenlik Konseyi kararı ışığında saptanmış, tamamlanmış ve güncelleştirilmiş ve AT tüzüğünün düzenleme konusunu oluşturmuştur (krş. S/RES/1333 sayılı 19.12.2000; metin için bkz.: Vereinte Nationen 2000, 27; S/RES/1390, 16.1.2002, Vereinte Nationen 2002, 74. AB'nin ortak dış ve güvenlik politikası çerçevesince AB kararları ortak nokta-i nazarlara istinat etmektedir. Bu çerçevede önem teşkil eden nokta-i nazarlara için bkz.: 1999/727/GASP, 15.11.1999, ABl.EG 1999 Nr. L 294/1; 2001/154/GASP, 26.2.2001, ABl.EG 2001 Nr.L 57/1; 2002/402/

GASP, 27.5.2002, ABl.EG 2001 Nr. L 57/1; 2002/402/GASP, 27.5.2002, ABl.EU 2002 Nr. L 139/5). İlk Derece Mahkemesi aynı gün karara bağladığı Kadı davasında olduğu gibi Yusuf davasında da Topluluk düzenlemesinin BM Güvenlik Konseyinin kararına istinat etmesi ve BM Şartından doğan yükümlülüklerin Şart'ın 103.maddesine göre BM üyesi devletlerin diğer tüm anlaşmalardan doğan yükümlülüklerle nazaran (Topluluk anlaşmaları da dahil) önceliğe sahip olması nedeniyle sınırlı bir temel hak denetiminden hareket etmiştir.(EuG, 21.9.2005, Rs.T-306/01 (Yusuf), EuGRZ 2005, 592, Rn.231 vd.; EuG, 21.9.2005, Rs. T-315/02 (Kadı), Rn.181 vd.). BM Şartı'nın diğer DH anlaşmalarına nazaran sahip olduğu bu öncelik BM organlarının bağlayıcı kararları bakımından da geçerlidir (R.Bernhardt, bknz.: B.Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, 2.Aufl. 2002, Art.103, Rn.9,16; Th.Schilling, Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats Za-öRV 64(2004) 343). İlk Derece Mahkemesi kararında üye devletlerin BM Şart'ından doğan mükellefiyetlerinin yerine getirilmesine ters düşen primer hukuk ve sekonder hukuk normlarının uygulanmaması gerektiğini ortaya koyduğu nispette, BM hukukunun Avrupa Toplulukları hukukuna nazaran uygulanma önceliğini kabul etmiştir (krş.: EuGH, 9.3.2006, Rs. C-371/03, Rn.30; EuG, 21.9.2005, Rs. -T-306/01 (Yusuf), EuGRZ, 2005, 592, Rn.240; EuG, 21.9.2005, Rs.T-315/01 (Kadı), Rn.190). Mahkeme dava konusu olan tüzükleri, bu denetimin tüzüklere esas olan, uygulanma önceliğine sahip olan Güvenlik Konseyi kararlarının inzident denetimi anlamını taşıyacağı gerekçesiyle, Topluluk temel hakları ışığında denetlemeyi reddetmiştir (EuG, 21.9.2005, Rs.T-306/1 (Yusuf), EuGRZ 2005, 592, Rn.266; EuG, 21.9.2005, Rs. T-315/01 (Kadı), Rn.215 vd.). Güvenlik Konseyinin kararları DH'nun sadece ius cogens karakterli normlarına uygunluk bakımından denetlenebilir (bknz.: H.-K.Ress, Das Handelsembargo, 2000, 61 vd.; B.Martenczuk, Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrates, 1066, 282). Bu çerçevede sorun teşkil eden husus hangi normların ius cogens karakterli olduğunun saptanmasıdır (krş.: JuS 2006, 299). Ius cogens karakterli DH normları çerçevesinde mütalâa edilen örneğin işkence yasağı, köle ticareti yasağı gibi temel haklar Avrupa Toplulukları temel haklar kataloğunda yer almamaktadır [krş.: K.Doehring, Völkerrecht, 2.Aufl. 2004, Rn.253; J.Frowein, Ius cogens kararı için bknz.: Encyclopedia of Public International Law, Vol.III, 1997, 65,(67)]. Mahkemenin bu nedenle denetim yetkisini ne ölçüde kullanacağı ve örneğin mülkiyet hakkını DH'nun ius cogens karakterli normları içinde mütalâa edip etmeyeceği merak konusu olmuştur. İlk Derece Mahkemesinin Yusuf kararı ve aynı paraleldeki Kadı kararı, İrlanda'nın önlemlerine esas

olan BM Güvenlik Konseyi kararına istinat eden Topluluk tüzüklerinin Topluluk temel hakları ışığında denetiminin kabul edildiği Bosphorus kararına ve Topluluk yargısının şimdiye dek geçerli içtihatına ters düşmektedir (EuGH, 30.7.1995, Rs.C-84/95 (Bosphorus), Slg. 1996, I-3953, Rn.19 vd.). AİHM Bosphorus davasında İrlanda'nın temel hak müdahalelerini haklı bulmuştur. İlk Derece Mahkemesinin Temmuz 2006 tarihli Ayadi kararında mutlak olarak Yusuf kararını teyit etmesine rağmen, ondan sapan Bosphorus kararının gerekçesine istinat etmesi şaşkınlık yaratmıştır (EuG, 12.7.2006, Rs.T-253/02 (Ayadi), Rn.123).

2. AİHM tarafından Güvenlik Konseyi önlemlerinin denetlenmesi

İlk Derece Mahkemesinin Yusuf kararı ile Topluluk yargı yetkisini kapsam olarak sınırlanması, Topluluk yargısı üzerinden AİHK standardı ile karşılaştırılabilir etkin bir temel hak teminatının sağlanıp sağlanamayacağı sorunu gündeme getirmektedir. Temel hakların ius cogens karakterli insan haklarıyla sınırlı olarak denetimi AİHK'nun teminat sınırının altında kalmaktadır. AİHM yargı yetkisini Avrupa İlk Derece Mahkemesi gibi BM lehine geri aldığı takdirde, AİHK ve Topluluk hukuku çerçevesinde sağlanan hukuki teminatlar arasındaki fark ortadan kalkacaktır.

AİHM Bosphorus kararında İrlanda ulusal önlemlerine esas olan AT tüzüklerinin Güvenlik Konseyinin yaptırım kararlarını Topluluk hukukuna transforme etmesinin kendisi için bir öneme sahip olup olmadığı konusunda ipucu vermemiştir. AİHM'nin bu davada yargı yetkisini geri almasına karşılık, Waite - Kennedy davasında verdiği kararında benzer bir temel hak teminatı sağlanmaksızın Konvansiyon hükümlerinin ortadan kaldırılamayacağını vurgulamıştır. Söz konusu kararda Mahkeme Konvansiyon devletlerinin kimi faaliyet alanlarını uluslararası örgütlere devretmekle, bu alanlarda AİHK muvacehesinde tâbi oldukları sorumluluktan kendilerini kurtaramayacaklarını ifade etmiştir [EGMR, 18.2.1999, Beschwerde Nr.26038/94 (Waite - Kennedy), bkz.: EuGRZ 1999, 207; EGMR, 18.2.1999, Beschwerde Nr.28934/95 (Beer - Regan), Ziff.57]. AİHM'nin şimdiye dek Avrupa Toplulukları için geliştirdiği bu içtihatını BM için de koruyup korumayacağı henüz bilinmemektedir. BM bakımından Konvansiyonun bağlayıcılığından hareket edildiği takdirde, AİHK Konvansiyon tarafı devletler bakımından temel ölçü olma özelliğini koruyacaktır. Konvansiyon devletleri AİHK tarafından öngörülen insan hakları teminatlarını böyle bir durumda BM önlemlerinden bağımsız olarak yerine getirmekle mükellef kabul edilecektir.

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

Güvenlik Konseyi kararları uluslararası seviyede kapsamlı bir uluslararası yargı denetimine tâbi değildir (N.Meyer-Ohlendorf, Gerichtliche Kontrolle des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen durch den IGH, 2000, 203 vd.) Yaptırım Komitesinin çalışmaları için öngörülen prosedür BM üyesi devletlerin ülkelerinde ikâmet eden kişiler yahut vatandaşlarının başvuruları için etkin bir bireysel hukuki teminat sağlamamaktadır. Düzenlemenin 8.maddesi yaptırımdan etkilenen kişiye hükümeti nezdinde başvuru yapma ve ilgili hükümetin de bu başvuruyu denetlemek üzere yaptırım komitesine iletme yükümlülüğü öngörmektedir. Böyle bir durumda Güvenlik Konseyinin üyelerinden oluşan yaptırım komitesi kendisi tarafından öngörülen yaptırımları denetlemektedir. Bu niteliği ile yaptırım komitesinin bağımsız bir hukuki merci olduğu iddia edilememektedir.

Üye devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarını insan haklarına uygunluk bakımından denetleme ve AİHK'na aykırı bulmaları durumunda uygulamama yetkisine sahip olup olmadıkları tartışılmalıdır. Hakim olan görüş BM Şart'ının öngördüğü sistemin zafiyete uğrayabileceği endişesiyle münferit devletlerin bu tür denetim yetkisini reddetmektedir.

AT temel hak himayesinin prensip olarak AİHK'na eşdeğer olduğundan hareket edildiği takdirde Topluluk hukukunun iç hukukta düzenlenmesi çerçevesinde ulusal önlemin temel hak müdahalesine yol açabileceği varsayımı geçerliliğini kaybetmektedir. Böyle bir varsayım Topluluk temel hak himayesinin münferit durumda kendini açıkça yetersiz gösterdiği takdirde kabul edilebilir [EGMR, 30.5.2005, Beschwerde Nr.45036/98 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret A.Ş. Ireland), Ziff.156, NJW 2006, 197]. AİHM ne zaman yeteriz bir temel hak himayesinden hareket edilebileceğine ilişkin kriterleri ortaya koymamıştır (Ch.Heer-Reißmann, Straßburg oder Luxemburg? – Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus, NJW 2006, 192). AİHM Yusuf kararından önce verilen Bosphorus kararında ATAD'ın önkarar prosedürü çerçevesinde temel hak denetimini ve temel hak ihlallerini reddetmesini Topluluk temel hak himaye sisteminin işleyişinde bir sorun olarak mütalâa etmemiştir.

Avrupa İlk Derece Mahkemesinin yeni kararı nedeniyle – AİHM'nin şimdiye dek Wait - Kennedy kararını takip etmesi kaydıyla- benzer bir davada AİHM'nin farklı bir sonuca ulaşması mümkündür. Topluluk Mahkemeleri BM hukukunun uygulanma önceliği nedeniyle kapsamlı bir denetim yapmadıkları takdirde temel hak himayesi somut durumda yetersiz kalabilir ve iç

hukuk yolları tüketildikten sonra BM yaptırımının icrasına ilişkin ulusal önlem aleyhine AİHM'ne başvuru yapılması durumunda bireysel başvurunun olumlu karara bağlanması söz konusu olabilir.

AİHM de gelecekte Güvenlik Konseyi kararlarına AİHK'na nazaran öncelik tanıdığı takdirde, Topluluk temel hak himayesinin somut durumda yetersiz olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Avrupa İlk Derece Mahkemesinin Yusuf kararında AİHM'sinin Bosphorus kararına dönerek iki karar arasında herhangi bir fark yaratmaması bu noktai nazardan hareket edildiğini ortaya koymaktadır (EuG, 12.7.2006, Rs. T-253/02 (Ayadi), Rn.129).

AİHM'nin "Solange" kararının mutlak olarak pozitif değerlendirilmesi mümkün değildir. Bosphorus kararı Avrupa temel hak himayesinde gerekli olan mütevazı katkıyı yapmıştır. Topluluk yargısı AİHM tarafından "Solange" çekincesi saklı kalmak kaydıyla gelecekte temel hak teminatında partner olarak kabul edilmiştir. Bosphorus kararı ATAD ve AİHM arasında bir kooperasyon ilişkisi tesis etmiştir. Bu anlayış değişikliğinin nedeni Topluluk yargısına temel hakların temininde güvenin artmasından çok AİHM'nin işyükünü kısmen azaltma arzusudur. Sadece 2004 yılında AİHM'ne 40.000 bireysel başvuru yapılmıştır [Council of Europe, Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol.47(2004)]. Her iki yargının Avrupa seviyesinde işbirliğinin sorunsuz devamı mahkemelerin kendileri için verilen rolleri iyi oynamalarına bağlıdır. Bunun her zaman temin edilemeyeceğini Avrupa İlk Derece Mahkemesinin yeni kararı teyit etmiştir.

Topluluk hukukunun iç hukukta düzenlenmesine ilişkin önlemlerin her somut durumda AİHM'nin denetimine tâbi olmaması nedeniyle AB üyesi devletler AB üyesi olmayan AİHK tarafı devletlere nazaran ayrıcalıklı bir durumdadır. AB üyesi olmayan Konvansiyon devletlerinin mağdur edilme endişesinin bununla beraber Topluluk hukukuna istinat eden ulusal temel hak müdahale önlemlerinin AİHM tarafından gerekçelendirme denetiminden geçirilmesinde istisnaya yol açmamalıdır. Topluluk temel hak teminatı lehine yapılan "Solange" çekincesinin Topluluk temel hak teminatının zayıflamasına yol açmamasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Kimi farklılıkları bulunsa da AİHM içtihatının Federal Alman Anayasa Mahkemesinin "Solange" doktrinine yaklaştığı görülmektedir. Bu çerçevede dikkat çekici olan husus her iki mahkemenin de (AİHM ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi) kendileri tarafından temin eden temel hak himayesinin

den, kendi bağlayıcı, yazılı bir temel hak kataloğu olmayan başka bir hukuk düzeni lehine feragat etmesidir.

AİHM'nin "Solange" kararının Anayasa sözleşme tasarısının I-9.maddesi, 9.fıkrasında öngörüldüğü gibi AB'nin AİHK'nun tarafı olması durumunda nasıl bir anlam kazanacağı bilinmemektedir. AİHM'nin "Solange" kararının ATAD ile iyi ilişkileri tehlikeye atmamaya ve AB'nin Konvansiyona taraf olma tereddütlerini gidermeye matuf olduğu varsayımının bir geçerliliği yoktur. Anayasa sözleşme tasarısının Birliğin AİHK'na taraf olmayı hedef olarak ortaya koyması nedeniyle Konvansiyona taraf olmak bakımından Birliğe bir takdir hakkı bırakmadığı görülmektedir (bknz.: 29.10.2004 tarihli Anayasa sözleşmesi tasarısı md.I-9, fıkra 2, cümle 1, Abl.EU 2004, Nr.C 310/1). Bu durum AİHK'na taraf olmanın ATAD'ın takdirine bırakılmadığını ortaya koymaktadır (ATAD 1996'da AT'nin böyle bir adım atma yetkisini reddetmiştir (EuGH, Gutachten 2/94, 28.3.1996 (EMRK – Beitritt), Slg.1996, I-1759, Rn. 23 vd.). AB'nin Konvansiyona taraf olması halinde "Solange" çekincesinden vazgeçileceği ihtimal dahilindedir. Birlik Sekunder hukuku böyle bir durumda AİHM'nin kapsamlı denetimine tabî olacaktır. Şüphesiz Topluluk hukukuna istinat eden ulusal önlemlerin artık Konvansiyona uygunluk bakımından denetimden geçirilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu sonuç, "Solange" çekincesinden değil, AİHK'nun 35.madde, 2.fıkrası, b-bendinden istihraç edilecektir. Buna göre AİHM daha önceden denetlenen şikayetlerle büyük ölçüde aynı olan ve yeni veriler içermeyen bireysel başvuruları kabul edilmeyecektir. AB, AİHK'na taraf olduğu takdirde AİHM'ne Birlik tasarrufları nedeniyle bireysel başvuru yapılabilecektir. AİHM tarafından daha önceden denetlenen Birlik tasarrufunun icrasına yönelik ulusal bir tasarrufa karşı yapılan bireysel başvuru doğal olarak aynı konuya ilişkin ikinci bir denetime yol açacağı için AİHK'nun 35.madde, 2.fıkra b-bendinin uygulanmasına yol açacaktır.

AİHM'nin Avrupa temel hak himayesinde sağlayacağı katkı gelecekte ortaya çıkacaktır. Bosphorus kararı Avrupa temel hak himaye sistemindeki temel değişiklik planının işaretini vermiştir. Avrupa'da temel hak himayesi halâ tam açık değildir. Avrupa'da temel hak himayesinin çok katmanlı olarak temin edilmesi bununla beraber bazı şeylerin değiştiğinin kabul edilmesini gerektirmektedir.

AİHM'nin AB'nin hukuk devleti karakterine katkısı

AİHM kararlarında Topluluk organ tasarruflarının AT anlaşmasına ve temel hakların dahil olduğu genel hukuk prensiplerine uygunluğunun denetlen-

Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Son Gelişmeler

mesi ışığında AİHM kararlarında Avrupa Topluluğunu hukuk topluluğu olarak nitelendirmiştir (bkzn.: EuGH, Rs. D.-229/05 P (Öcalan), Rn.109). AİHM'nin yapmış olduğu bu vurgu Topluluk hukukunda hukuk devleti karakterinin kazanılmasında temel hakların öncelikli rolünü ortaya çıkarmıştır. Bu tablo Avrupa'da temel hak teminatında temel dayanak oluşturan AİHK'nun ve Konvansiyonun AİHM tarafından yorumunun hukuk devletinin temininde ne denli önemli katkı sağladığına işaret etmektedir. AİHK'nun ve AİHM'nin Topluluk hukukunda hukuk devletinin temininde katkıları farklı şekillerde olsa da, bu çerçevede ağırlıklı olarak bu katkının "kooperasyon" türünde karşımıza çıktığı görülmektedir. Doğal olarak AİHM ve ATAD arasındaki bu kooperasyon ATAD ve ulusal mahkemeler arasındaki gibi resmi bir ilişki değildir. Her iki Avrupa mahkemesi farklı ve otonom hukuk düzenlerinin mahkemeleridir ve bu mahkemeler arasında kurumsal bir bağ ve hiyerarşi bulunmamaktadır. Bununla beraber her iki Avrupa mahkemesi arasında bir süreden beri de facto güçlenen zımni bir kooperasyon oluşmuştur. Bu kooperasyon günülü olması nedeniyle, ATAD ile ulusal mahkemeler arasındaki kooperasyona nazaran daha gerçek bir kooperasyon olarak nitelendirilmektedir (ulusal mahkemelerin ATAD ile kooperasyonunda ATAD kararına uyma mükellefiyeti bulunmaktadır).

İki otonom hukuk düzeninin yüksek mahkemeleri arasındaki hukuk devletinin temininde ortaya çıkan bu özel kooperasyon, ister istemez her iki hukuk düzeninin hukuk devleti anlayışının birbirine uyumu sorununu gündeme getirmektedir. Diğer bir ifade ile Konvansiyon hukuk düzeninin (AİHK) ve Topluluk hukuk düzeninin bir hukuk devleti anlayışının olup olmadığı, böyle bir anlayış varsa, bu anlayışların birbiriyle uyumlu olup olmadığına açıklığa kavuşması gerekmektedir. Bu tartışma konusu yanı sıra, ATAD ve AİHM arasında zorunlu kooperasyonun neden yapıldığı sorusunun da cevabının verilmesi gerekmektedir. Böyle bir kooperasyon herşeyden önce her iki hukuk düzeninin yetki alanlarının kesişmesinden ve bu kesişme noktasında AİHK tâbi ulusal hukuk düzenlerinin bulunmasından ileri gelmektedir. Bu çerçevede örneğin, yabancılar hukuku, verilerin korunması, düşünce özgürlüğü, mülkiyet hakkı veya savunma hakkının düşünülmesi yeterlidir. Üye devletlerin de, temel hakların temini bakımından her iki Avrupa mahkemesinin uyumlu çalışmasında çıkarlarının olduğu göz ardı edilmemektedir. Temel hakların devlet veya devlet benzeri tasarrufların meşruiyetinde oynadığı rol ve AİHK'nun tüm Avrupa'da temel hak katalogu içeren yegane bağlayıcı metin olarak sahip olduğu otorite yine iki Avrupa mahkemesi arasındaki gerekli kooperasyonu açıklayan bir başka önemli nedeni oluşturmaktadır.

AB'nin gerek meşruiyet ihtiyacını karşılamak, gerekse özel karakterine uygun bir temel hak katalogu oluşturmak gayreti sonucu kabul edilen Avrupa Temel Haklar Şartı, AİHK'nun ötesine giden yargısal olarak temin edilen temel haklar üzerinde anlaşmanın ne kadar zor olduğunu ortaya koymuştur. Aşağıda konu Topluluk hukuku hukuk devleti anlayışının AİHK tarafından değişik şekillerde etkilenmesi, hukuk devleti anlayışının güçlendirilmesi, tamamlanması, düzeltilmesi ve Topluluk hukukunun AİHM tarafından denetimi başlıkları olarak ele alınacaktır.

AİHK'nun Topluluk hukukunun yorumunda esas alınması

AİHM ve ATAD arasındaki en eski kooperasyon şekli, ATAD'ın AİHK'na yorum çalışmalarında ATAD terminolojisinde yer alan ifade ile Topluluk genel hukuk prensibi olarak atıfta bulunması ile ortaya çıkmaktadır. Bu tür ilk atıfların 70'li yıllara gittiği görülmektedir [örneğin, EuGH, Rs.36/75 (Rutili)]. Aradan geçen zaman içinde bu atıfların AB anlaşmasının 6.madde 2.fikrasında normatif olarak teyit ettiği görülmektedir. ATAD bu çerçevede Topluluk temel haklarının belirlenmesinde AİHK'nun özel önemini vurgulamıştır. ATAD sürekli içtihatında temel hakların genel hukuk prensipleri çerçevesinde mütalâa edildiğini ve bunların temininin de ATAD'ın görevi olduğunu dile getirmiştir. Bu çerçevede ATAD üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden ve üye devletlerin taraf olduğu veya katıldığı insan haklarının korunmasına ilişkin DH anlaşmalarından hareket etmiştir, ki bu çerçevede AİHK özel bir önem taşımaktadır (EuGH, Rs. C-94/00 (Roquette Frères SA), Rn.23). ATAD'ın teorisinin zaman içinde doğru olduğu ortaya çıkmıştır. Kimi üye devletlerin görüşüne göre AİHK ATAD içtihatında yorum kaynağı olması ötesinde, hattâ de facto hukuk kaynağı hiyerarşisine yükseltilmiştir. Bu gelişme üç bakımdan teyit olmaktadır. Herşeyden önce ATAD AİHK'na Topluluk genel hukuk ilkeleri üzerinden atıf yapmaktan vazgeçmiştir (EuGH, Rs. C-185/95 P, Baustahlgewebe; EuGH, Rs. C-273/99 P, C-274/99 P, Conolly). Daha da önemlisi ATAD temel haklar alanında oldukça sık bir şekilde AİHM'nin kararlarına atıfta bulunmaya başlamıştır. Bu tablo AİHK'dan istihraç edilen temel hakların Topluluk hukukunda da Strasburg içtihatı ışığında yorumlandığını teyit etmiştir (EuGH, Rs. C-276/01, Steffensen). ATAD zaman zaman AİHK'nun kararlarının belli bölümlerine kararlarında alıntı olarak yer vermektedir (EuGH, Rs. C-540/03, Parlament/Rat). Bu şekilde ATAD AB anlaşması 6.madde 2.fikrasında Topluluk genel hukuk prensiplerine yapılan atıfla kendisine verilen yorum yetkisinden feragat etmiştir.

Avrupa Birliği İnsan Hak ve Özgürlükleri Son Gelişmeler

ATAD Pupino davasında bu uygulamasını mutatis mutandis 3.sütun için de başlatmıştır (EuGH, Rs. C-105/03, Pupino). Avrupa Temel Haklar Şartı'nın AİHM ve ATAD arasındaki ilişkiyi düzenleyen 52.madde §3'ü Şart'ın AİHK'da garanti edilen haklara benzer hakları düzenleyen hükümlerinin AİHK'daki aynı anlam ve kapsam ile geçerli olacağını öngörmektedir. Bu hükümde artık Topluluk hukukunun genel hukuk prensiplerinden söz edilmektedir; hükümde AİHK'a Topluluk hukukunda geçerli asgari standart olarak atıfta bulunmaktadır. Avrupa Temel Haklar Şartı hukuken henüz bağlayıcılık kazanmadan kararlarında Şart'a yaptığı atıflarla ATAD bu süreci başlatmıştır (EuGH, Rs. C-540/03, Parlament/Rat, Rn.38; EuGH, Rs. C-432/05, Unibet, Rn.37; EuGH, Rs. C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Rn.46).

Topluluk genel hukuk prensipleri üzerinden AİHK'nun Topluluk hukukuna giriş yapma zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Bu şekilde AİHK'nun Şart tarafından üstlenilen hükümleri Avrupa Temel Haklar Şartı'nın hukuken bağlayıcılık kazanması ile subsidiär Topluluk hukuk kaynağı hiyerarşisi elde edecektir.

AİHK ile Topluluk Hukuk devleti anlayışının güçlendirilmesi

AİHK ve Topluluk hukuku arasındaki kooperasyonun bir başka şekli Topluluk hukuk devleti anlayışının Strasburg içtihatı ile üye devletlerde güçlendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede Dangeville/Fransa davası önemli bir örnek oluşturmaktadır (EGMR, Nr.36677/97 (Dangeville/Frankreich). Şikayetçi Fransız firması 17 Mayıs 1977 tarihli 6 nolu katma değer vergisini iç hukukta düzenlemeyen Fransa'dan fazla ödediği katma değer vergisi nedeniyle tazminat talep etmiştir. AİHM Topluluk hukukuna istinat eden iddianın 1 nolu ek protokolün 1.maddesinde düzenlenen bir hakka ilişkin olduğunu ve bu hakkın Fransız mahkemesi tarafından tanınmamasının bu hükmün ihlâline yol açtığını karara bağlamıştır.

AİHM şikayetçiye tazmin edilmekten imtina edilen 22.000 Euro'nun tazminat olarak ödenmesini karara bağlamıştır. Topluluk hukukuna istinat eden iddianın Konvansiyon hukuk düzeni tarafından tanınması burada Topluluk hukukunun önceliğinin ve ilgili direktifin doğrudan etkisinin de tanınması sonuçlarını beraberinde getirmektedir. Dangeville davası Topluluk hukukunda hakları koruma boşluğu durumlarında AİHK'nun nasıl devreye girdiğini gösteren önemli bir örnektir.

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

AİHM dışında hiçbir Avrupa yargısının Topluluk hukukunun bir ulusal mahkeme tarafından ihlâl edilmesi durumunda bu ihlâli saptama ve bir tazminat hükmetme yetkisi bulunmamaktadır. Bu çerçevede ATAD'ın Köbler kararının (EuGH, Rs. C-224/01, (Köbler) sınırlarının olduğu, davacının yeni bir iç hukuk prosedüründe tazminat iddiası yapması ve yetkili mahkemenin (ilk prosedürden farklı mahkeme) ATAD'a başvuru yapması gerektiği gözardı edilmemektedir. Köbler kararı sadece Topluluk hukukunun açık ihlâlleri durumunu esas almıştır; somut davada da esasen böyle bir durum saptanmamıştır.

Strasbourg'a başvurular ağırlıklı olarak ATAD'na başvuru yapılmaması nedeniyle gündeme gelmektedir (AT anl., 234.md. ihlâli. 234.madde ihlâli nedeniyle yapılan başvurularda AİHK'nun 6.maddesine istinat edilmekte ve bu hüküm muvacehesinde mahkemeye başvuru hakkının ihlâl edildiği iddia edilmektedir. Bu tür başvuruların kabul edilmesi ATAD'a başvuru yapılmaması nedeniyle Topluluk hukukunun ihlâli çerçevesinde Topluluk hukukunda hukuk devleti anlayışının AİHK tarafından güçlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz AİHM ATAD'a başvuru yapılmaması nedeniyle kendi nezdinde yapılan başvurularda son derece temkinli davranmaktadır. AİHM ATAD'a keyfi olarak başvuru yapılmaması durumlarında AİHK'nun 6.maddenin ihlâlinden hareket etmektedir, ki böyle bir durum şimdiye de Strasbourg mahkemesi tarafından kabul edilmiş değildir [AİHM Ullens/Belçika davasında bu çerçevede bir değerlendirme yapacaktır (EGMR, Nr.382/07, Ullens/Belgien)].

Mendizabal/Fransa davasında [EGMR, Nr.51431/99 (Aristimuño Mendizabal/Frankreich)]. Fransa'da yaşayan bir İspanyol'un 14 yıl oturma (uzun süreli) izni için bekletilmesi dava konusu olmuştur. Bu zaman zarfında bayan Mendizabal'ın ikâmeti sadece 3 aylık süreler için uzatılmıştır. Fransız makamlarının bu tutumunun nedeni şikayetçinin önce tutuklanan, sonra salıverilen ETA yandaşı birisi ile evli olmasıdır. Bayan Mendizabal'ın söz konusu kişiden Fransız vatandaşı bir de kızı bulunmaktadır. 2003'de bayan Mendizabal nihayet Fransa'da yapılan bir yasa değişikliği sonucu uzun süreli bir oturma izni alabilmiştir. Bayan Mendizabal Strasbourg mahkemesi nezdinde uzun süreli ikâmet izni alabilmek için ölçü dışı Fransız makamları tarafından bekletilmesini şikayet konusu yapmıştır. Fransız makamlarının bu tutumlarını bayan Mendizabal AİHK'nun 8.madde muvacehesinde özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlâli olarak görmüştür.

AİHM, ATAD'ın içtihatına atfen şikayetçinin geçerli Topluluk hukukuna göre en geç 1 Ocak 1992'den itibaren Fransa'da uzun süreli ikâmet hakkını elde etmesi gerekmektedir. Bayan Mendizabal'a bu kadar uzun zamandır bu iznin verilmemesi AİHM'nin görüşüne göre Topluluk hukukunun ihlâlidir ve AİHK'nun 8.maddesi muvacehesinde "kanunen öngörülebilir" mütalâa edilemez. Dava sonunda AİHK'nun 8.maddesinin ihlâl edildiği kabul edilmiş ve şikayetçiye 50.000 Euro tazminat ödenmesi hükme bağlanmıştır. Topluluk yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde ölçü dışı gecikmeyi Topluluk hukuku ihlâli olarak saptayan ve hattâ bu ihlâlin giderilmesini malî olarak tazminata bağlayan bu karar, Konvansiyon hukukunun Topluluk hukukunun meşruiyeti ve bu meşruiyeti güçlendirmek için yaptığı müdahaleyi açık olarak ortaya koymaktadır.

Topluluk hukuku hukuk devleti anlayışının AİHK muvacehesinde geliştirilmesi

AİHK ve Topluluk hukuku arasındaki kooperasyonun bir başka şekli AİHK ile Topluluk hukuku hukuk devleti anlayışının geliştirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede her iki hukuk düzeninin birbirini tamamlaması söz konusudur. Pupino davasında çerçeve kararların ulusal hukukun yorumlanmasında ne ölçüde dikkate alınacağı uyuşmazlık konusu olarak ele alınmıştır. ATAD bu önemli kararında AİHM içtihatı ışığında bu tür bir yorumun AİHK'na da uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. AİHK'na uygunluk açık şekilde Topluluk hukukuna da uygunluk sonucunu doğurmaktadır. Topluluk hukukuna riayet edilmesi AİHK'nun gözardı edilmesini haklı kılmadığı gibi, esasen AİHK'nu ihlâl edilmeksizin, Topluluk hukukunun ihlâl edilmesi de mümkün değildir.

Dava konusu çerçeve kararın "par excellence" AİHK'nun alanına giren ceza prosedüründe sanıkların durumlarıyla ilgili olması nedeniyle ATAD'ın AİHK'na atıfta bulunması doğaldır. Ancak burada altı çizilmesi gereken husus AİHK'nun ATAD kararına istinaden geçerli olmaması, AİHK'nun AİHM tarafından belirlenen uygulama alanında kendinden menkul olarak geçerli olmasıdır [krş. EGMR, Nr.24833/94 (Matthews/Vereinigtes Königreich), Rn.29] AİHM, Matthews kararında AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde akit tarafların kendi yargı alanlarında bulunan kişilere Konvansiyonda yer alan hak ve özgürlükleri garanti ettiklerinin altını çizmiştir. Bu düzenleme ilgili normun yahut önlemin türü bakımından bir ayırım yapmaksızın Konvansiyon devletlerinin yargı yetkisini Konvansiyonun bütün hükümleri için kabul

etmektedir. Pupino davasında ATAD'ın kararı AİHK'nun kendinden menkul olarak geçerli olamadığı durumlarda AİHK'nun Birlik hukuku üzerinden geçerli olabileceğini ortaya koymuştur.

Benzer bir durum terörle mücadeleye ilişkin ortak nokta-i nazarları düzenleyen AB Konsey kararları için geçerlidir. Avrupa İlk Derece Mahkemesi bu konuyla son zamanlarda iştigal etmiştir. Kişiler veya gruplar tarafından yapılan şikayetin konusu terör faaliyetlerine katılma kuşkusu ile “kara listeye” alınma ve bunun sonucu olarak da mal varlıklarının dondurulmasıdır. Bu başvurularda “kara listeye” alınmadan savunma hakkının verilmemesi şikayetin nedenini oluşturmuştur.

AİHK ve Topluluk hukuku arasındaki birbirini tamamlama ilişkisini ortaya koymak bakımından İlk Derece Mahkemesinin görüşlerine kısaca yer vermek gerekmektedir. İlgililerin savunma hakkının herşeyden önce ulusal prosedür çerçevesinde etkin olarak korunması gerekmektedir. 2001/931 sayılı ortak nokta-i nazarın 1.madde 4.fikrasında öngörülen karar bu nedenle ulusal merciler tarafından ihdas edilmiştir. AB Konseyi prensip olarak ilgililere karşı üye devletlerin hukukunda uygulanan prosedürün bu karara uygun olup olmadığını yahut karara uygun icra edilip edilmediğini, ilgililerin temel haklarının ulusal merciler tarafından korunup korunmadığını bilmek durumunda değildir. Bu konu münhasıran ulusal mahkemelerin ve gerektiği takdirde AİHM'nun yetki alanındadır [EuG, Rs. T-228/02 (Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran), Rn.119-121; EuG, Rs. T 47/03 (Sison)]. Bu çerçevede de Konvansiyon hukukunun meşruiyeti Topluluk hukukunun meşruiyetinin bir parçası haline getirilmiş ve AİHK'nun kendiliğinden Topluluk hukukunda geçerli olup olmadığı tartışma konusunu oluşturmuştur. AİHK'nun 6 maddesinin bu tür prosedürlerde uygulanabilirliği hernekadar Strasburg mahkemesi tarafından henüz teyit edilmesi ise de, her iki hukuk düzeninin sadece birbirinin meşruiyetini sağlamayıp, aynı zamanda güçlendirdiği de kabul edilmektedir.

Topluluk hukuk devleti anlayışının AİHK ışığında düzeltilmesi

AİHK ve AB arasındaki ilişkinin yoğunluk kazandığı bir durum da Topluluk hukuku hukuk devleti anlayışının AİHK ile düzeltilmesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu tür bir düzeltmenin ilginç örneği İspanya/İngiliz Krallığı arasında cereyan eden davada görülmüştür (EuGH, Rs. C-145/04, Spanien/Vereinigtes Königreich). Bu davanın öncesinde görülen Matthews/İngiliz Krallığı davasında AİHM primer Topluluk hukukunun Cebelitarıklıların Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılımını yasaklayan hükmünün AİHK'na aykırı-

rılığı saptanmıştır (EGMR, Nr.24833/94, Matthews/Vereinigtes Königreich). AİHM kararı ertesinde İngiltere'nin tartışmalı AT primer hukuk düzenlemesini Strasburg mahkemesinin kararına uygun hale getirme çabaları İspanya'nın karşı koyması nedeniyle başarısız olmuştur. İngiltere sorunu bir ulusal kanunla çözmek istemiştir. Bu kanun nedeniyle İspanya İngiltere'ye karşı Topluluk hukuku ihlâli davası açmıştır. Dava ATAD tarafından "AİHM'nin içtihatı ışığında Avrupa Parlamentosu seçimlerinin Cebelitarık'la gerçekleştirmemesinin AİHK'na ek 1 nolu protokolün 3.maddesinin ihlâlüne neden olması; davacının Cebelitarık'ta oturan bir kişi olarak Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılmasının engellenmesi İngiltere'ye yüklenilebilecek bir durum değildir. İngiltere İngiliz krallığında geçerli kurallara mutatis mutandis uygun olarak seçimlerin Cebelitarık'ta gerçekleşmesi için gerekli düzenlemeleri yapmıştır" gerekçesi ile reddedilmiştir.

ATAD'ın görüşüne göre, AİHM tarafından konvansiyona aykırı ilân edilen Topluluk hukuku düzenlemesi, konvansiyona uygun bir ulusal düzenlemenin yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Konvansiyona aykırı ilân edilen AB primer hukukunun konvansiyona uygun hale getirilmesi tabii ki en doğru olanıdır. Bu ancak mevcut koşullar ışığında siyasi olarak mümkün gözükmektedir. ATAD bu konuya açık bir şekilde girmemiştir. Daha çok bu siyasi durumdan hukuki sonuçları çıkarmış ve Topluluk hukukunun AİHM içtihatı ışığında yorumlanması esası muvacehesinde Matthews kararına zımnen Topluluk hukukunu doğrudan düzeltme etkisi tanıyarak bir çıkış bulmuştur.

Yine davacıların ATAD'a AT anlaşması 230.madde 4.fıkrasına göre bireysel başvurular ile ilerde AİHK'nun düzeltici etkisi ortaya çıkabilir. Öcalan davasında (EuGH, Rs. C-229/05 P (Öcalan ve Vanlı), Rn.79-83) ATAD ilk kez AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrasına göre yapılan başvuruda soyut olarak değil, davacının koşullarını dikkate alarak AİHK muvacehesinde denetimini yapmıştır. ATAD bu davada davacının AİHK muvacehesinde hakları ihlâl edilen biri olarak mütalâa edilemeyeceği görüşünden hareketle Strasburg mahkemesi nezdinde caiz bir başvuru yapamayacağını karara bağlamıştır. Bunun sonucu olarak AİHK ve AT anlaşmasının 230.madde 4.fıkrası arasında bir tenakuz ortaya çıkmamıştır. Bu tür denetimler için başvuru olanağı oldukça dikkatli kabul edilmektedir.

AİHM tarafından extern denetim

AİHK'nun Topluluk hukuku üzerinde en güçlü etkisi AİHM'nin extern denetimi ile ortaya çıkmaktadır; bu çerçevede dolaylı olarak AB'nin AİHK'nun

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

katılması tartışması gündeme gelmektedir. AB'nin henüz AİHK'na katılması nedeni ile, AB organ tasarruflarının, bu çerçevede ATAD kararlarının AİHM tarafından hukuken denetlenmesi mümkün değildir.

Topluluk hukukunun üye devletler tarafından uygulanması, icra edilmesi farklı sonuçlar doğurmaktadır. Böyle bir durum prensip olarak Matthews davasında da görüldüğü gibi Strasburg mahkemesinin yargı yetkisine tâbidir. Bosphorus davasından itibaren (EGMR, Nr.45036/98 (Bosphorus/İrland) sekunder Topluluk hukuku alanında eşdeğerlilik varsayımı geçerlidir ve ATAD tarafından temel hak denetiminden geçen Topluluk hukukunu icra eden üye devletin Konvansiyona uygun tasarrufta bulunduğu varsayım olarak kabul edilmektedir. Bosphorus davasında, AT tüzüğünün icrası çerçevesinde Balkan savaşı sırasında Yugoslavya'nın tasarrufunda bulunan uçaklara el koyan İrlanda mercilerinin tasarrufu uyuşmazlık konusunu oluşturmuştur. Hernekadar Bosphorus davasında dile gelen eşdeğerlilik varsayımı, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin "Solange" içtihatı ile benzerlikler gösterse de, Alman Anayasa Mahkemesinin kararına esas olan "Solange" varsayımından farklı olarak, Bosphorus davasında verilen karar muvacehesinde eşdeğerlilik varsayımının münferit durumda reddedilmesi mümkündür.

AİHK ve AİHM'nin Topluluk hukukunda hukuk devleti anlayışına yaptığı katkının ortaya konmasından sonra, ATAD içtihatının AİHM içtihatına katkısının olup olmadığının da düşünülmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu katkı mevcuttur. Hernekadar AİHM'nin kararlarının ATAD tarafından denetimi söz konusu olmasa da, ATAD içtihatının ve Topluluk hukukunun artan bir şekilde AİHK'nun yorumuna etki yaptığı görülmektedir (ECHR, Nr.2854/95 (Pellegrin/Frankreich); ECHR, Nr.32911/96 (Meftah und andere/Frankreich). Bu durum her iki hukuk düzeninin birbirine etki yaptığını ve ortak bir hukuk devleti anlayışını da kapsayan birbiriyle uyumlu Avrupa temel hak alanının oluşması için her iki hukuk düzeni arasında kooperasyon yapıldığını ortaya koymaktadır. Bu gelişmeler doğal olarak Avrupa'nın yararına olacaktır.

Kısaltmalar

ABl.EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl.EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
Auflage	baskı_
Beschwerde	şikayet
BM	Birleşmiş Milletler
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BvR	Bundesverfassungsrecht
DH	Devletler Hukuku
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblatt
ECHR	European Court of Human Rights
EKMR	Europäischen Kommission für Menschenrechte
EGMR	Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte
Entsch.	Entscheidungen (karar)
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof des Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GASP	Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

JA	Juristische Arbeitsblätter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S/RES/820	Security Council Resolution 820
Slg.	Sammlung
Solange	... nispette, ... olduğu müddetçe, kadar
Urt.	Urteil (karar)
Verb.Rs.	Verbundene Rechtssache
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Zeus	Zeitschrift für europäische Studien
Ziff.	Ziffer

Bibliyografya

Andreas Haratsch/Christian Koenig/Europarecht, 5.Aufl. 2005, Rn.538

Matthias.Pechstein

Bernd Martenczuk Rechtsbindung und Rechtskontrolle des
Weltsicherheitsratges, 1066, 282

Christine Heer-Reißmann Straßburg oder Luxemburg? – Der EGMR zum
Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus,
NJW 2006

Dieter Kugelmann Grundrechte in Europa, 1997

G.C.Rodrigues Iglesias Ansprache auf der feierlichen Eröffnung des Gericht-
sjahres des EGMR am 31.Januar 2002, Jahresbericht 2001, EGMR, Strass-
burg , 2002,

Georg Ress Die EMRK und das europäische

Gemeinschaftsrecht, ZeuS 1999,

Gerrit Schohe Das Urteil Bosphorus: Zum Unbehagen

gegenüber dem Grundrechtsschutz durch die Gemeinschaft, EuZW 2006

Hans-Konrad Ress Das Handelsembargo, 2000,

Jochen Frowein Ius cogens, bkzn.: encyclopedia of Public Internatio-
nal Law, Vol.III, 1997, 65,(67)

Karl Doehring Völkerrecht, 2.Aufl. 2004, Rn.253;

Marten Breuer Offene Fragen im Verhältnis von EGMR und EuGH, EuGRZ
2005

Nils Meyer-Ohlendorf Gerichtliche Kontrolle des Sicherheitsrates der Vere-
inten Nationen durch den IGH, 2000,

Rudolf Bernhardt bkzn.: Bruno Simma (Hrsg.), The Charter of the Uni-
ted Nations, 2.Aufl. 2002, Art.103, Rn.9,16;

Theodor Schilling Der Schutz der Menschenrechte gegen

Prof. Dr. Füsün ARSAVA

Beschlüsse des Sicherheitsrats ZaöRV 64(2004)

Waldemar Hummer/Christoph Vedder Europarecht in Fällen, 4.Auflage
2005

Yvonne.Kerth/Andrea Schmelz Die Geltendmachung der
Gemeinschafts-grundrechte im Wege des
Individualrechtsschutzes, JA 2004

**LA CRIMINALITÉ URBAINE,
LA CRIMINALITÉ À LA PROVINCE
ET LA CRIMINALITÉ À LA CAMPAGNE**

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN*

Le délit est un acte humain. Et l'être humain est un vivant dans un milieu donné. Des lors, comme tout acte humain, le délit dépend aussi du milieu et de la personnalité de l'agent, en ce sens que le milieu influence sur la personne agissante et la personne réagit à son tour. C'est dire qu'il y a, comme on le sait, une corrélation inévitable entre la personne et son milieu et une interdépendance étroite entre le délit et le milieu où il est perpétré.

Les villes sont très agglomérées, beaucoup de métiers et de professions s'y trouvent exercés et le commerce y est intensif. Les rapports sociaux y sont étroits. Une bonne partie de la société y est salariée. Il existe diversité de culture entre les gens. La vie s'y déroule rapidement; elle est pleine de stress et par conséquent très fatigante. La criminalité tend des guest-apens.

En revanche, les milieux ruraux ne sont pas agglomérés. La vie y est simple et stable. Les paysans s'occupent en général de l'agriculture et nourrissent des animaux dont ils peuvent profiter. Il n'y a pas de différentes couches dans la population et il n'y a pas de diversité de culture entre les hommes. Les rapports sociaux ne sont pas compliqués. Les occasions et les causes de criminalité ne sont pas en Grand nombre.

C'est compréhensible: l'individu vivant en ville se forme dans les conditions de ville et l'individu vivant à la campagne se forme dans les conditions de la campagne. Et, dès lors, il est tout à fait naturel qu'il s'agisse de deux ambiances différentes. Lorsque l'ambiance est différente, la criminalité l'est aussi. Cette différence entre la grande ville, la petite ville, la ville moyenne et le village se constate du point de vue des causes des délits, de celui de la nature des délits et de celui de la quantité des délits commis.

* L'Université de Çankaya - ANKARA

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

La vie en ville est difficile. L'homme y vit seul et forcément égocentrique. La solitude et partant les problèmes psychologiques constituent de grands ennuis pour les citadins.. A cela s'ajoute les problèmes économiques, écrasants parfois. L'homme est assez facilement touché par les événements sociaux et par les crises économiques.

La grande famille n'existe pas en principe; la famille est restreinte et par conséquent la solidarité familiale est notablement faible. Tous les membres de la famille sont obligés de travailler, sinon ils n'ont pas de quoi manger. La vie se déroule d'une manière difficile et elle force l'individu à être combattant, assez dur pour résister aux coups pouvant arriver. Le citadin est logique, sceptique, curieux, expérimenté, averti, non conservatif..

La vie en ville change vite, les innovations technologiques de toute espèce surgissent régulièrement et facilitent beaucoup l'existence. La société est société de consommation. On offre beaucoup de produits attirants aux gens.. Pour toutes ces raisons et bien d'autres semblables qu'on connaît de près par des personnes habilitées, les méfaits (délits, infractions, crimes) perpétrés en ville se trouvent dus à des causes les plus variées, sont en grand nombre et de nature très diverse. Et, ils sont parfois commis en collaboration avec des gens d'autres nationalité.

Le divorce des parents est directement responsable de la hausse de la criminalité infantile et juvénile. Les jeunes gens peuvent facilement se procurer des stupéfiants dans les villes, notamment dans les quartiers plus ou moins riches.

Au fur et à mesure que le pays s'industrialise, l'usage des stupéfiants, de toutes sortes, augmente et se diffuse dans les villes. En revanche, à la campagne, on ne connaît pas ce problème.

Il existe beaucoup de récidivistes dans les villes; ils préfèrent de vivre presque toujours dans les mêmes conditions qu'ils ont commis un crime.

La plupart des délinquants de ville sont de provenance rurale; une fois venus en ville, des gens commettent facilement des délits.. Les conditions de vie en ville poussent d'une façon ou d'une autre- Les hommes, surtout pauvres (parfois sans argent du tout), à commettre des délits. Par exemple, la publicité dans toutes ses formes incite les habitants de la ville à agir d'une manière délinquante.

La criminalité urbaine, la criminalité à la province et la criminalité à la campagne

Dans les milieux ruraux, il n'y a pas de différence énorme entre les gens au point de vue économique. De même, on ne rencontre pas une quelconque concurrence à ce point de vue. Par contre, la situation n'est pas pareille en ville: il existe une grande différence de richesse entre les occupants d'une ville, en particulier d'une grande ville et il existe aussi une grande concurrence économique entre eux. Ces circonstances peuvent, naturellement, donner lieu à des luttes économiques et ouvrir la voie à la commission de certains délits s'agissant des concurrents.

L'agglomération dans les villes est presque effrayante. En revanche, les campagnes deviennent de plus en plus désertées.

Il n'y a pas de distance entre les campagnards. Ils sont souvent ensemble, ils se connaissent; il existe assez souvent des rapports parentaux entre eux. On peut dire qu'ils sont plus ou moins proches les uns des autres. La situation est totalement différente dans les villes: il existe une grande distance entre les gens, ils ne se connaissent pas, ils se sentent plus ou moins étrangers les uns envers les autres, etc. Ces données sont importantes du point de vue des relations humaines.

La vie en ville encourage aussi-en quelque sorte-les gens à commettre des délits, du fait qu'elle offre aux délinquants de s'enfuir, de se cacher et finalement de se faire dissimuler. C'est ainsi, car il est facile en ville de réaliser tout cela. En revanche, la situation est totalement différente à la campagne; là-bas, il est difficile de faire perdre sa trace. Cette constatation est étonnante, aussi, dans une certaine mesure, le nombre plus élevé des délits dans les villes par rapport à la campagne.

Dans les milieux ruraux, la vie se déroule d'une façon plus ou moins stable. Les changements s'effectuent à long terme. Les hommes ont à peu près les mêmes valeurs. Leur manière de pensée est pareille, peut-on dire. Ils sont conservateurs, ils voient peu de choses et ils rencontrent peu de différences entre leur style de vie.

Par contre, la vie en ville se passe différemment. Dans tous les domaines et dans toutes les activités de la vie, les gens voient la diversité: diversité de croyance, diversité d'idéologie, diversité de doctrine, diversités d'opinions, de divertissement, de plaisir, etc. En conséquence, les gens se sont poussés à croire qu'il n'y a rien d'absolu, que tout est relatif. Dès lors, ils se trouvent dans l'état de transgresser facilement les lois, de n'importe quelle nature...

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

La politique, sous quelque forme qu'elle soit, joue également un rôle s'agissant de la commission des délits. La lutte politique incite les hommes assui à commettre des délits, et non seulement de nature tout à fait politique, mais de même de nature tout à fait ordinaire. On recontre ainsi des délits d'attentat à la vie des hommes de politique, mais pareillement des délits de diffamation, de destruction de bâtiment, d'outrage à la police, de résistance à la police, etc. Bref, à côté des délits proprement politiques, des délits contre les personnes et des délits contre les biens de tout genre peuvent se commettre dans le contexte de la politique également.

Dans les villes, les délits contre la propriété prennent aussi une place importante et l'on gagne beacoup par cette voie délinquante...

Par ailleurs, la ville est un endroit idéal pour la naissance et le développement du vagobandage et de la mendicité. Cela se comprend plus ou moins aisément, étant donné que les deux tiers de la population vivent dans des villes et que les villes procurent des milieux idéaux aussi bien pour le vagobandage que la mendicité. Les villages sont de plus en plus abandonnés par leurs habitants. Les familles sont désormais restreintes au point de vue du nombre de leurs membres. Les gens n'ont plus beaucoup d'enfants.

Les paysans qui voient leur avenir dans les villes préfèrent d'émigrer en ville, pensant qu'ils y trouveront du travail, voire même une meilleure vie. Mais, les réalités citadines ne sont pas toujours comme ils espèrent. Certains de ces émigrants tombent d'n coup en chômage.

L'individu sans travail et sans maison est privé d'une vie stable, même très modeste, qui lui permette de subsister. C'est pourquoi, il commence à mendier et à vivre dans la rue. Par ailleurs, les membres de sa famille ne peuvent lui aider, car ils sont très occupés, ils ne se connaissent pas tous et les distances sont grandes dans les villes en sorte qu'ils n'ont pas la possibilité de se rendre visite régulièrement même s'ils le veulent. C'est aussi dire que la solidarité familiale n'existe pas, ou qu'elle n'existe qu'à un moindre degré qu'auparavant. Par conséquent, aussi bien le vagobandage que la mendicité augmentent de plus en plus dans les villes.

En Turquie, depuis l'année 1950, on constate une émigration intérieure. Les paysans de tous les coins du pays quittent leur village pour vivre désormais dans de grandes agglomérations. Ils sont de culture et de mentalité dans une certaine mesure différentes.. En corrélation avec cette donnée, leurs valeurs

La criminalité urbaine, la criminalité à la province et la criminalité à la campagne

sociales peuvent présenter des différences suivant les situations. Et le délit est parfois une conséquence directe de conflit de culture. Il faut noter aussi que ce conflit de culture se constate surtout entre les habitants émigrés et les habitants originaux d'une ville. Par exemple, une personne qui est d'origine d'Istanbul- et cela parfois depuis des générations- ne saurait facilement s'entendre avec une personne d'origine villageoise, même si elles sont mariées. Le même constat peut se faire à propos des gens qui travaillent à la même entreprise, mais qui sont d'origine différente.

D'ailleurs, la différence de mentalité n'est-elle pas une des raisons de délit sur le plan international aussi? Dans ce dernier contexte, il y a conflit de culture entre les personnes de diverses nations. N'empêche que les émigrants étrangers commettent également des délits les uns envers les autres, quoiqu'ils soient originaires du même pays. Il est à noter que la mentalité et les valeurs sociales originaires des émigrants continuent d'exister, en dépit du fait qu'ils se trouvent désormais dans un pays étranger.

Et, les valeurs sociales des émigrants se trouvent-elles non pas rarement- en contradiction flagrante avec les valeurs sociales admises généralement dans la société ambiante. Parfois, c'est un bien, en ce sens que les valeurs sociales des émigrants peuvent empêcher les infractions.. C'était ainsi dans les années 1960-1970: la solidarité régionale existant dans la couche des paysans émigrés de la population avait empêché la hausse de criminalité dans les villes.

Il faut dire qu'avec le temps, les émigrés admettent les valeurs sociales de la société où ils commencent à vivre. Ils se trouvent assimilés à la grande masse et intégrés à la société ambivalente. Alors, le problème de criminalité provenant de conflit de culture est résolu de soi-même.

Sinon, ce facteur joue assez souvent un rôle déterminant s'agissant de la criminalité. Quand les paysans sont émigrés en ville, ils ne peuvent, même s'ils le veulent, s'incorporer au groupe social en question. La vie en société est déjà établie. Les émigrés ne sont pas en mesure de s'adapter facilement à cette vie. Dès lors, la société en ville ne l'accepte pas. Et, mis en dehors de la société ambiante, les émigrés commettent aussi des délits par réaction.. Des fois, ils s'organisent entre eux afin de commettre des infractions, -ce qui est plus grave.

Par ailleurs, des luttes aussi bien politiques qu'économiques se déroulent surtout dans les villes. A cet égard, les campagnes sont plus tranquilles..

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Parfois, les délits dans les villes apparaissent comme un moyen de lutte, au service de certaines fractions politiques, -tout comme s'agissant de diverses nations du monde.. Par exemple, la violence armée est destinée à troubler l'ordre public, national ou international.

En outre, les crimes commis dans les villes constituent aussi un moyen de pression pour faire accepter au gouvernement certains voeux de caractère politique. En particulier, les organisations terroristes se livrent à des crimes sanglants, afin de terroriser.. Des fois, les infractions sont considérées par certains extrémistes politiques comme un moyen de lutte pour abattre leurs adversaires. Dans un semblable contexte, la violence est aussi vue comme un moyen de publicité et de prestige!

De même, des luttes économiques se recontrent également dans les villes, et pas tellement à la campagne.. Par l'effet de l'émigration, les émigrants passent de l'économie de la campagne à celle du marché. A la campagne, l'individu produit lui-même. Il ne paye pas pour se procurer les choses dont il a besoin. Et réciproquement, il peut donner aux autres individus sans recevoir de l'argent en contre-partie. A la campagne, les moyens de production appartiennent, en principe, aux producteurs eux-mêmes. Il en est, par exemple, ainsi des terrains, de la terre.. Les liens familiaux sont bien forts et partant la solidarité familiale est en vue. Et, à part la hausse des prix concernant directement leurs besoins, les crises proprement économiques ne touchent pas tellement les paysans.

L'homme peut, en principe, vivre tranquillement à la campagne. Il a du temps pour faire tout ce qu'il doit. Il n'a pas besoin de se presser. Dès lors, il n'a pas de stres.. En revanche, l'homme en ville n'a pas tellement du temps, il doit souvent se presser, il est en stres. La vie en ville est fatigante et énervante. Elle supprime forcément les relations humaines et conduit l'humain à la solitude.. de ce fait, l'individu devient vite un être égocentrique. Lorsque le paysan devient citadin, tout semble changer d'un coup. L'émigré devient, très souvent salarié soit dans des usines, soit ailleurs. Il devient aussi ouvrier dans les constructions, etc. Et, en ville, tout est payé; c'est pourquoi, l'argent acquiert une importance énorme..

En outre, le paysan, qui avait sa propre maison dans son village, devient désormais locataire.. Lorsqu'il arrive une crise économique, il n'y a plus de production comme auparavant. Et, le chômage apparaît nécessairement. Le salarié se trouve d'un coup sans travail et partant sans argent. Or, il a souvent

La criminalité urbaine, la criminalité à la province et la criminalité à la campagne

une famille nombreuse. Il doit continuer de payer la location et il doit continuer de se procurer de quoi vivre.. Mais, dans les périodes de crise économique, les prix sont continuellement en hausse, tandis que le salarié se trouve prié de tout pouvoir d'achat! Et, naturellement, des délits contre la propriété augmentent soudain.

La vie moderne oblige souvent les mariés à travailler les deux. Car, il est assez difficile de vivre avec ce que gagne une personne, mari ou femme. Cette constatation est naturellement aussi valable à l'égard des couples non mariés, mais vivant ensemble. En travaillant les deux, les couples peuvent mener une existence plus aisée, c'est vrai. Mais, c'est, en même temps, une cause de malheur pour toute la famille. Effectivement, le travail à deux donne lieu, non très rarement, à la désunion des couples. La femme qui travaille ne peut s'occuper, comme il faut, du ménage et surtout des enfants. Cela est également valable pour l'homme qui travaille.

Par ailleurs, le travail au dehors présente, suivant les cas, des possibilités de faire connaissance des autres gens. Et, si le mariage, etc. ne va pas tellement bien, cette situation finit parfois par la séparation des couples, -mariés ou non. Il est à souligner que le nombre de divorce et de séparation de corps est plus élevé parmi les couples travaillant à deux que parmi ceux qui ne travaillent pas à deux!. Et, ce qui est encore plus grave, on voit que le divorce ou la séparation de corps des parents est une fois devenus majeurs, les gens en ressentent les contre-coup et s'inclinent parfois à commettre des infractions.. Il est à noter avec force que la criminalité infantile et juvénile est un problème important dans les grandes villes de la Turquie..

Les villes-surtout İstanbul, Ankara, İzmir- sont de plus en plus peuplées. Elles recevoient des émigrants de tous les coins du pays. L'émigration est impressionnante, mais, en revanche, le corps de sécurité reste largement insuffisant.. En plus, les nouvelles peines prévues dans le Code pénal turc et les nouvelles mesure inscrites dans le Code de procédure pénal turc incitent et encouragent en quelque sorte les gens à commettre des délits.. Ainsi, les délinquants peuvent facilement s'enfuir après avoir commis un délit.. Et, même s'ils sont attrapés, jugés et condamnés, il peuvent sous peu recouvrer leur liberté.. Tout cela leur permet d'être sur la scène pour commettre de nouveaux délits, bien entendu..

Une autre cause de la délinquance réside dans la consommation des boissons alcooliques. En général, c'est dans les villes qu'on prend de l'alcool;

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

dans les villages, on s'en tient loin.. Il faut aussi noter que selon l'Islam la consommation de la boisson alcoolique est interdite. Et, beaucoup de délits se trouvent commis à la suite de la consommation de l'alcool: par exemple, l'outrage à l'autorité publique, les coups et blessures, la diffamation, les accidents de trafic, le vagabondage, la mendicité, etc.

A côté de l'alcool, il faut également souligner les stupéfiants – de toute sorte – comme cause importante de la délinquance, surtout de la délinquance juvénile.. Les jeunes gens recourent aux stupéfiants pour des raisons diverses. On peut en citer en particulier celles-ci: des problèmes psychologiques, - surtout en ville-, l'absence de contrôle efficace de la part des membres de la famille, notamment des parents, la pression sociale du groupe social auquel on appartient. On sait que la consommation des stupéfiants est un des grands problèmes de toute l'humanité et que l'on en consomme davantage au fur et à mesure que les pays s'industrialisent..

La Turquie, peut-on dire, comme on le dit parfois, est un pays en voie de développement. La technologie est en partie importée et en partie produite dans le pays même. Le développement technologique crée de nouvelles institutions et oblige la société à former de nouvelles normes. Et, les groupes d'intérêt économique luttent pour protéger leurs intérêts. La nouvelle technologie donne lieu aussi à ce problème inévitable: l'adaptation à la technologie nouvelle! Dans les villes, les accidents de travail se produisent assez souvent à cause de l'inadaptation aux machines nouvelles, etc., tandis que l'on n'en rencontre pas normalement dans les villages.. On peut parler, à cet égard, des délits dus au trafic. Naturellement, de tels accidents se voient beaucoup en ville, mais peu à la campagne.

Mises à part ces données, la délinquance dépend également de la grandeur du lieu d'habitation.. Suivant la grandeur du lieu d'habitation (village, petite ville, grande ville, métropol), le nombre et la nature des délits changent aussi d'après les quartiers dans une ville. Surtout dans les grandes villes industrialisées, le degré de criminalité est élevé, parce qu'il y a un grand conflit de culture, une grande misère et un chômage impressionnant! Dès lors, les délits contre les biens sautent tout de suite aux yeux, tels que l'escroquerie, le vol, le pillage, etc. On rencontre des fois aussi le rapt afin de soustraire de l'argent aux proches de la personne enlevée..

En Turquie, les 90% des délits sont commis dans les villes. Notamment à Ankara, İstanbul et İzmir, la criminalité est élevée, -surtout à İstanbul. Les

La criminalité urbaine, la criminalité à la province et la criminalité à la campagne

délits, les crimes, les infractions de toute sorte sont commis dans ces villes. Les délits commis en ces villes constituent presque la moitié de la criminalité totale. Et, la nature des délits perpétrés se trouve aussi diversifiée dans ces métropoles. Au fur et à mesure que le nombre des habitants diminue, le nombre des délits diminue également..

Il faut souligner que dans les grandes villes comme İstanbul, Ankara et İzmir, etc., il existe plus d'un centre de ville, On sait qu'aux centres d'une ville, les relations sociales et commerciales sont plus denses qu'ailleurs. Et, aux centres de la ville, la criminalité est nettement plus élevée qu'aux périphéries. C'est normal, car une bonne partie des habitants de la ville passe au moins un certain nombre d'heures aux centres. Ces lieux sont aussi des lieux de commerce et de travail d'une manière très intense. Ces endroits se trouvent également envahis souvent par les émigrants. Et ces circonstances sont des causes de délinquance. Il est à noter qu'avec l'augmentation du nombre de délits, la diversité de délits apparaisse aussi.

L'espèce des délits présente des différences suivant la grandeur du lieu d'habitat. L'espèce de délit commis montre des variations dans les grandes villes, tandis qu'elle est assez limitée aux petites villes et surtout à la campagne. Dans les tribunaux des grandes villes, presque toutes les normes du Code pénal turc se trouvent invoquées, soit par les procureurs, soit par les particuliers.. Aux petites villes et à la campagne, on ne voit pas tellement des délits économiques et des délits commis par la force intellectuelle.. alors qu'ils sont à un nombre élevé dans les grandes villes. En particulier à la campagne, les délits sont assez souvent commis par la force musculaire..

Par ailleurs, les villes sont des lieux assez propices pour commettre des délits sexuels, des délits contre les biens, des délits de jeu, des délits économiques de toute sorte, etc.. Or, à la campagne, la situation est différente. Ici, on rencontre surtout des délits dus aux conflits de terre, au partage de l'eau, aux simples querelles de mot, à la nervosité et à la colère, aux mésestimes, à la vendetta, etc. A part le viol, on ne constate, par exemple, pas de délits sexuels.. Dès lors, on compte surtout le meurtre, les coups et blessures, l'incendie, le viol, la querelle, etc. C'est que là-bas, les gens vivent en général conformément à la coutume et qu'il y a une pression sociale assez forte sur eux. Et, à la campagne, il y a aussi ce phénomène que les habitants du village se connaissent tous; dès lors, des délits de fraude, de vol, etc. Ne peuvent se commettre facilement..

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Dans les petites villes, on constate, de temps en temps, certains délits qui sont généralement propres à la campagne, tels que la vendetta, l'enlèvement de femme à fin de mariage, les querelles de terrain, etc. Pour le reste, on peut dire, d'une manière toute générale, que la criminalité dans les petites villes s'approche beaucoup de la criminalité à la campagne.. Car, les conditions de vie sont, dans une certaine mesure, semblables aux petites villes et à la campagne, -peut-on dire..

Les délits commis dans les villes – surtout dans les grandes villes – sont davantage diversifiés que ceux commis dans les petites villes et à la campagne. Là, beaucoup d'articles du Code pénal se trouvent invoqués devant les tribunaux, sinon tous.. Les délits en col blanc sont, en principe, commis dans les villes, étant donné que l'Etat et toute sorte d'administration publique agissent par leurs agents dans ces lieux. Par ailleurs, dans les villes, beaucoup de métiers se trouvent exercés, ce qui augmente aussi les délits en col bleu..

D'une façon toute générale, le délinquant en ville a un niveau plus élevé au point de vue de l'esprit: il est plus instruit, plus expérimenté, plus averti, etc.. En ville, les délinquants peuvent facilement s'organiser et agir rapidement pour commettre des délits. D'autre, part, les moyens de transport ainsi que ceux de communication de toute sorte (ordinateur, téléphone, fax) facilite beaucoup aussi bien l'organisation des délits que leur commission.

Par ailleurs, pour perpétrer certains délits, il convient de s'organiser dans de diverses villes. Et les délits commis dans de grandes villes paraissent plus organisés que ceux commis dans d'autres lieux. Et parfois, les délits acquièrent un caractère plus ou moins international, les frontières nationales étant, pour des raisons diverses qui tiennent à la nature des délits (commerce de stupéfiants, contrebande de toute espèce, prostitution, certains délits économiques, etc.), dépassées.., malheureusement!

**VEKİLİN; MÜVEKKİL ADINA VEYA HESABINA BİZZAT KENDİSİ
İLE İŞLEM YAPABİLMESİ (Kendisiyle Sözleşme Yapması) VE
SÖZLEŞMENİN İKİ TARAFINI TEMSİL EDEBİLMESİ
(Çifte Temsil) SORUNU**

*“Bir millet uyuyorsa,
onu kolaylıkla uyandırabilirsiniz.
Fakat bir millet uyumuyor da,
uyuyor gibi yapıyorsa,
onu asla UYANDIRAMAZSINIZ.”*

INDRIA GANDHI

Nihat YAVUZ*

ÖZET

Temsilcinin bir sözleşmeyi hem temsil edilen tarafın temsilcisi hem de bizzat karşı taraf (üçüncü kişi) ya da karşı tarafın da temsilcisi olarak yapması mümkündür. Ancak bunun için temsilciye bu hususta özel yetki verilmiş olması ya da yapılacak işlemin, hukuki niteliği itibarıyla temsil olunana zarar verecek mahiyette olmaması gerekir.

ANAHTAR KELİMELER

Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapması, çifte temsil, temsil hukuku

ABSTRACT

It's possible for a representative to act as representative of both sides (the principal and the third person) or to act as representative of both the principal and his own. However, for this to be possible the representative must be authorized in this respect or the transaction should not be harmful to the principal's interests, by its legal character.

KEYWORDS

Representative's conclusion of contract with oneself, dual representation, law of representation

* Yargıtay 3. HD. Onursal Başkanı Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

A) TALEP VE DAVA:

Davacı vekili, R.Ç. ve V.K.'nin davacı şirketin %50'şer hissedarı olduğunu V.K.'nin, aynı zamanda davalı şirketin %99 hissedarı ve Müdürü olduğunu, V.K.'nin münferit temsil yetkisine sahip olduğu davacı şirkete ait malları gerçek satış değerinin çok altında davalıya sattığının anlaşıldığını, satışı yapılan mallara yönelik davalı şirketin hiç ödeme yapmadığını ileri sürerek 167.267.56 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) KARAR:

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacı şirkette %50, davalı şirkette %99 pay sahibi olan ve her iki şirketi münferit temsil etme yetkisi bulunan V.K.'nin, davacı şirkete ait malları rayiç bedelin altında satarak şirketi zarara uğrattığı, bu işlemde davalı şirketin de sorumlu olduğu gerekçesiyle 155.465.36 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

C) TEMSİLCİ KENDİ KENDİSİYLE SÖZLEŞME YAPABİLİR Mİ?

1) Alman hukukunda durum:

BGB (Alman Medeni Kanunu) Paragraf 181'de bu konuda şöyle bir kural getirilmiştir. "Bir mümessil, aksine davranışına müsaade edilmiş olmadıkça, kendisi ile kendi adına veya bir üçüncü kişinin temsilcisi olarak işlem yapamaz, meğer ki bu hukuki muamele münhasıran bir borcun ifasını teşkil etmekte bulunsun"

Paragrafın kenar başlığı "kendisi ile işlem" dir. Bu üst kavram iki alt kavramı kapsar. Bunlardan birisinde temsilci, sözleşmenin bir yanında temsil edilen adına hareket ederek işlem yaparken, karşı yanında da bizzat, kendi adına işlem yapmaktır. Burada dar anlamı ile "kendisi ile işlem" vardır.

Alman Hukukunda, BGB paragraf 181'de, kural olarak "kendisiyle işlem" in caiz görülmediği, ancak buna iki istisna getirildiği anlaşılmaktadır:

- 1) Temsil edilen buna cevaz vermiş ise "kendisiyle işlem" caizdir.
- 2) Bir borcun ifası söz konusu ise yine caizdir.

Bilimsel öğretilerde amaca göre yorum yapılarak BGB paragraf 181'in kap-

Vekilin; Müvekkil Adına Veya Hesabına Bizzat Kendisi İle İşlem Yapabilmesi

samı kimi olaylarda -çıkarc çatışması olmadığı için- daraltılmakta, kimi olaylarda ise, çıkarc çatışması göz önünde tutularak geniş yorum yapılmaktadır (Serozan; Borçlar Hukuku, Özel Bölüm (Hatemi ve Arpacı ile birlikte) İstanbul 1992, sh. 484).

2) Yargıtay'ın Görüşü:

Bir kişinin birkaç gerçek ve tüzel kişiyi temsil etmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi temsil eden kişi, kendi kendisiyle değil üçüncü bir kişiye karşı hukuki muamelede bulunur. Çifte temsil halinde temsilciye açık bir yetki verilmişse veya böyle bir muameleden dolayı temsil olunanın zarara uğraması tehlikesi yoksa çifte temsil geçerlidir. Somut olayda davacı şirket, temsilcinin mallarını gerçek fiyatının çok altında temsil yetkisi bulunan davalı şirkete sattığını ileri sürdüğüne göre, zarara uğrama ihtimali mevcuttur. Bu nedenle temsilcinin yaptığı işlem davacıyı bağlamaz. Mahkemece bu yön gözetilerek malların rayiç bedeline göre davacının uğradığı zarar tespit edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır (19.HD. 1.2.2007; 6832/692).

3) Bilimsel öğretilerdeki baskın görüş ve İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü:

Hukuk tekniği yönünden temsilcinin bizzat kendisi ile sözleşme yapmasına bir engel bulunmamaktadır. Fakat böyle bir temsil, temsil olunan için tehlike arzeder. Bir mal satın alması için (T)'nin temsilci tayin ettiği (M), kendi malını satarsa, alıcı adına temsilci olarak kendi adına da satıcı olarak irade beyanında bulunurken, (T)'nin menfaatini değil de kendi menfaatini öne çıkartabilir veya diğer satış şartlarını tayinde (T)'nin menfaatlerini ihlal eden bir durum ortaya çıkabilir. Bu nedenle, İsviçre Federal Mahkemesinin Yerleşmiş İçtihadı (BGE 93 II 481; BGE 95 II 621), temsilcinin kendisi ile sözleşme yapabilmesi için ya buna temsil olunanın açıkça müsaade etmiş olmasını, ya da temsilcinin kendisi ile sözleşme yapmasında temsil olunan için hiçbir tehlike bulunmamasını aramaktadır. Örneğin (T) için satın alınacak mal borsada kayıtlı ve fiyatı belli ise (M)'nin kendi malına (T)'ye satmasında, diğer bir anlatımla (M)'nin (T) adına kendi malını satın almasında (T) için bir tehlike yoktur. Bilimsel öğretilerde Federal Mahkemenin çözümü benimsenmektedir. Örnek:

“Normal olarak, mümessilin faaliyeti üçüncü bir kişi ile veya üçüncü bir kişiye karşı bir hukuksal işlem yapmaktan ibarettir. Fakat mümessil yapmak-

la yükümlü olduğu işlemi bizzat kendisi ile yapmak hakkına sahip midir? Örneğin; mümessil, temsil edilen kimse namına bizzat kendisine satış sözleşmesi icabında (önerisinde) bulunarak ve bu icabı (öneriyi) kendi namına yaptığı bir beyan ile kabul ederek temsil edilen kimseye ait bir şeyi satabilir mi? Almanca'da böyle bir işlem (bizzat kendisiyle sözleşme yapmak) veya (bizzat mümessilin sözleşmeye dahil olması) deyimleri ile ifade edilir. Bu hareket tarzının caiz olduğu açıktır. Özellikle bir kimse (R)'yi bir taşınmazı bizzat kendisine satmaya yetkili kılabilir, yani (R) resmi işlemi satıcı sıfatıyla (temsil edilen kimse adına) ve müşteri sıfatıyla da (kendi adına) imza edecektir. Fakat bu gibi durumlarda, mümessile ait bir menfaat doğar ve bundan temsil edilen kimse için bir zarar doğabilir. Gerçekten de mümessil kendi menfaatleriyle beraber temsil edilen kimsenin menfaatlerini de dikkat etmeye mecburdur. Çünkü kendi menfaatlerini temsil edilen kimsenin menfaatlerine tercih etmek temayülüne kolaylıkla düşebilir. İşte bunun içindir ki Federal Mahkeme bir ilke kararında (BGE 39 II s. 566), müşterek hukuk ve Alman Medeni Kanununa (Paragraf 181) uygun olarak sözü edilen işlemin (yani bizzat kendisiyle sözleşme yapmanın) ancak vekalet, mümessili bu hususa açıkça yetkili kıldığı veya temsil edilen kimse için hiçbir zarar tehlikesi mevcut bulunmadığı takdirde kabule şayan olduğunu beyan etmiştir. Örneğin, mümessil ve temsil edilen kimse arasında bir borcun ifasında peşin para ve cari fiyatla bir satışta, temsil edilen kimsenin kasasından alınmış paranın değiştirilmesinde ilah ... keyfiyet böyledir. Bazı defa bu suretle yapılan işlem temsil edilen kimseyi bağlamaz ve fakat işbu kimse tarafından işleme icazet verilebilir.

Çifte temsil (bizzat kendisiyle sözleşme yapmaya) çok yaklaşır ve aynı esaslara tabi olur. İki kimsenin vekaletini alan kimse, bir sözleşme ile her iki kimseyi bağladığı takdirde, birine diğeri zararına olarak bir menfaat temin edebilir; binaenaleyh böyle bir sözleşme için özel surette yetki vermek gerekir; meğer ki işbu sözleşme niteliği itibariyle zararın bütün tehlikelerini ortadan kaldırmış olsun. TMK. 915. madde gereğince alacaklı ve borçlunun müşterek mümessili hakkında da hüküm böyledir. Bu müşterek mümessil ancak alacaklı ile hukuksal bir işlem yapabilir; fakat hem alacaklı ve hem de borçluyu aynı zamanda temsil edemez. (Andreas von Tuhr: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1-2; çev. Cevat Edege, Ank. 1983, sh. 328, 329. Aynı görüşte olan diğer yazarlar ise şunlardır: Bucher, Keller/ Schöbi, Gauch/Schuep, Eren, Esener, Tekinay/Akman / Burcuoğlu/Altop, Oğuzman/Öz).

D) İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN YERLEŞMİŞ GÖRÜŞÜNE DİĞER ÖRNEKLER:

Alman Medeni Kanununun aksine (Paragraf 181) Borçlar Kanunu, temsil edilenin adına, bir temsilcinin kendisi ile geçerli olarak sözleşmeyi yapıp yapmayacağından ve yaparsa hangi işlerde yapabileceğinden söz etmez.

Ancak RO (Resmi Derleme) 63 II 174 (Jdt 1938 I 434)de yayımlanmış kararda, yeniden ortaya çıkan fikre göre, kendine zarar veren bir tehlike olmadığı zaman (RO 39 II 568) temsil edilen, mümessili, bizzat kendisiyle sözleşme yapmaya yetkili kılsa, kabul edilmelidir. Bu karardan yapılan soyutlamaya göre yeni içtihat objektif olarak eğer temsil edenle temsil edilen arasında hiçbir menfaat ihtilafı yoksa ve bu durum temsil edilene zarar vermiyorsa, temsilcinin kendisi ile sözleşme yapmasına izin vermektedir. Bu düşünce hatalıdır; ilke olarak içtihat bir kimsenin kendisi ile sözleşme yapmasını yasaklarken, esas olarak temsil edilenin menfaatlerinin zarar görmesini, bu tür işlemlerde daima görülen tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla kanunun boşluğunu doldurmaktadır; bu tehlike istisnai olarak, mevcut olmadığı zaman da bu kuralı uygulamak gerekmez. Bu durumda Hakim, örtülü olarak bir müsaadenin verilmiş olması varsayımına müracaat etme ihtiyacında değildir.

Özet olarak bir temsilcinin, kendisi ile sözleşme yapması, karşılaşılan olağan ihtilaf nedeniyle, ilke olarak yasal olmaz ve batıldır; bu ihtilaf istisnai olarak, eğer akdin türü, temsil edilenin menfaatlerine bir zarar verilmesi ihtimalini hariç tutarsa ve eğer o, özel olarak temsilcisini yetkili kılsa veya yapılan sözleşmeyi tasdik ederse, ihtilaf yoktur. Bu kurallar bir hükmi şahsın organlarıyla ilgili olup, bu organların, o hükmi şahıs adına bizzat kendileriyle yaptığı sözleşmelerde ve aynı şekilde BK. mad. 32 ve devamı anlamında temsilcinin benzeri işlemlerinde de söz konusudur (RO 63 II 174, Jdt 1938 I 435 ...)

İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki görüşünün giderek kökleştiği anlaşılmaktadır: “Federal Mahkeme’nin yerleşmiş içtihatlarına göre, kendisiyle sözleşme yapılması, ilke olarak caiz ve geçerli değildir, çünkü bir temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme akdetmesi, daima bir çıkar çatışmasına götürür. Bu nedenle, kendisiyle işlem yapılmasına ilişkin hukuki işlem geçersizdir; meğer ki, yapılan işlemin doğası gereği temsil edilenin zarar görme tehlikesi yoksa veya temsil edilen temsilciye o sözleşmeyi yapma konusunda özel olarak yetki vermiş ya da daha sonra işleme onay vermiş olsun. Aynı kurallar çifte temsil veya tüzel kişinin yasal temsilinde, onun temsilcisi vasıta-

sıyla sözleşme yapması halinde de uygulanır (BGE 127 III 332, E. Za. Pulaşlı, Hasan: Tek Ortaklı Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu ve İsviçre Federal Mahkemesinin Buna İlişkin Üç Kararı, BATİDER, C.XXX Sa.4'ten ayrı bası, sh. 105).

Az yukarıda da belirtildiği üzere, temsil hukuku çerçevesinde bir temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapmasına ilişkin sorun hakkında İsviçre-Türk hukuklarında hukuki bir düzenleme yoktur. Böckli'nin deyimiyle böyle bir hükmün 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa (OR) alınmaması “unutulmuş”, ancak daha sonra mahkeme içtihatlarında Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) paragraf 181 hükmünün etkisiyle bu boşluk doldurulmuştur. Bu konudaki hareket noktası temsilcinin temsil yetkisinin kapsamına ilişkin olumsuz bir karinenin varlığıdır; diğer bir ifade ile, normal olarak daima mevcut olan çıkar çatışması nedeniyle, temsil yetkisinin, temsilcinin bizzat kendisiyle sözleşme yapmayı içermediği noktasından hareket edilmesini gerektirir (Pulaşlı, sh. 104, dipnot: 7).

Kendisiyle sözleşme yapılması üst kavramı altında “bir kişinin aynı anda bir sözleşmenin iki tarafında bulunması” ve “çifte temsil” kavramları kullanılmaktadır. Buna göre, örneğin anonim şirketin temsilcisi, diğer tarafta karşı taraf olarak bir hukuki işlemin her iki tarafında da aynı kişi bulunuyorsa “kendisiyle sözleşme yapılması” söz konusu olur. Buna karşın, dar anlamda çifte temsil, bir kimsenin, örneğin iki anonim şirkette münferit olarak imza yetkisine sahip olan bir yönetim kurulu üyesinin, bir hukuki işlemi iki şirketin de temsilcisi olarak bir anonim şirketin adına ve hesabına akdetmesi veya kendisinin hakimiyetinde bulunan tüzel kişi ile karşı taraf olarak bir sözleşme yapmış olması halinde ortaya çıkmaktadır (Pulaşlı, sh. 105 ve orada anılan Böckli).

Prof. Dr. Karl Oftinger'in yorumu:

Bir kimsenin, kendisi ile yaptığı sözleşmeyle ortaya konan problemlerden bağımsız olarak, yukarıdaki gerekçeler, metodlu bir düzen menfaatini göstermektedir. Federal Mahkeme, haklı olarak daha önce yararlanan bir içtihadı terk ederek, “örtülü” olarak verilmiş bir izin gereğince, temsilcinin kendisi ile sözleşme yapabileceğini artık kabul etmiyor. Gerçekte, bu örtülü müsaade bir varsayımdır. Federal Mahkeme haklı olarak, Hakim için kanunun bir boşluğunu doldurmasına tahsis edilmiş bir kuralı düzenlemesinin sözkonusu olduğunu kabul etmektedir (MK. mad. 1 fıkra 2 ve madde 3) (Oftinger/Jean Pretre: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Çev.: Kemal Dayınlarlı, Ank. 1990, sh. 159).

E) DİĞER ÖRNEKLER:

BGB (Alman Medeni Kanunu) da (Paragraf 181) olduğu gibi, vekilin hem kendi adına hem müvekkil adına irade açıklayarak kendi kendisiyle sözleşme yapmasını veya iki tarafın da temsilcisi sıfatıyla hareket ederek icap ve kabulde bulunmasını kural olarak yasaklayan bir hüküm İsviçre Borçlar Kanununda ve Borçlar Kanunumuzda ve hatta TBMM’de görüşülmekte olan Borçlar Kanunu Tasarısında da yoktur. Ancak uygulama ve bilimsel öğretilerde (bkz. Turan Esener: Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması, AÜ-HFD. XIV (1957), S:1/4, sh. 72-110 ve buradaki literatür), vekille müvekkil veya vekilin temsil ettiği iki taraf arasında menfaat zıtlığı varsa, müvekkilin veya müvekkillerin açık izni veya icazeti olmadıkça yapılan işlemin onları bağlamayacağı kabul edilmektedir. Bu husus vekilin sadakat borcundan ve vekaletin kapsamının aşılması halinde dış ilişkide yetkisiz temsil esaslarının uygulanmasından çıkarılabilir. Gautschi’ye göre, vekile açıkça genel bir bağışlama yetkisi verilmişse, bu yetkinin kendi kendisiyle sözleşme yapma ve çift temsilde bulunma hususlarını da kapsadığı kabul edilmelidir; Zira menfaat zıtlığından doğacak mameleki eksilme tehlikesini zaten müvekkil verdiği genel bağışlama yetkisiyle fazlasıyla göze almıştır.

Bir haktan karşılıksız olarak kısmen veya tamamen feragat da bağışlamaya kıyasen özel yetki konusu sayılmaktadır. Davadan feragat bakımından özel yetki zorunluluğu zaten HUMK. mad. 63’de açıkça öngörülmüştür. Becker’in fikrinde (Art. 396, Nr. 16) eksik (tabii) borçların vekil tarafından yerine getirilebilmesi de bağışlamaya kıyas yoluyla özel yetkiye bağlı tutulmalıdır (Tandoğan, Hukuk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, c.2, Ank. 1987, sh. 399, 400).

Yargıtay Kararı

Davacı vekili, Refik Çakır ve Vedat Kirişçi’nin davacı şirketin 550’şer hissedarı olduğunu, Vedat Kirişçi’nin aynı zamanda davalı şirketin %99 hissedarı ve müdürü olduğunu, Vedat Kirişçi’nin münferit temsil yetkisine sahip olduğu davacı şirkete ait malları gerçek satış değerinin çok altında davalıya sattığının anlaşıldığını, satışı yapılan mallara yönelik davalı şirketin hiç ödeme yapmadığını ileri sürerek 167.267.56 YTL’nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında, ayrı tüzel kişiliği bulunan davacı şirketin kestiği faturalara itiraz edemeyeceğini, fatura bedelinin davacı şirket müdürü Vedat

Nihat YAVUZ

Kirişçi'ye ödediğini, müvekkilinin davacıya borcu bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davacı şirkette %50, davalı şirkette %99 pay sahibi olan ve her iki şirketi münferit temsil etme yetkisi bulunan Vedat Kirişçi'nin davacı şirkete ait malları rayiç bedelinin altında satarak şirketi zarara uğrattığı, bu işlemde davalı şirketin de sorumlu olduğu gerekçesiyle 155.465.36 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı şirkette %50, davalı şirkette %99 pay sahibi olan Vedat Kirişçi her iki şirketi münferit olarak temsil ve ilzama yetkili bulunmaktadır. Davacı şirket, temsile yetkili Vedat Kirişçi tarafından şirkete ait malların bedelinin çok altında Vedat Kirişçi'nin %99 pay ve münferit temsil yetkisi bulunduğu davalı şirkete sattığını, bu nedenle zarara uğradığını ileri sürerek bu davayı açmıştır.

Bir kişinin birkaç gerçek ve tüzel kişiyi temsil etmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak birden fazla gerçek veya tüzel kişiyi temsil eden kişi kendi kendisiyle değil üçüncü bir kişiye karşı hukuki muamelede bulunur. Çifte temsil halinde temsilciye açık bir yetki verilmişse veya böyle bir muameleden dolayı temsil olunanın zarara uğraması tehlikesi yoluna çifte temsil geçerlidir. Somut olayda davacı şirket temsilcinin mallarını gerçek fiyatının çok altında temsil yetkisi bulunan davalı şirkete sattığını ileri sürdüğüne göre zarar uğrama ihtimali mevcuttur. Bu nedenle temsilcinin yaptığı işlem davacıyı bağlamaz. Mahkemece bu yönde gözetilerek malların rayiç bedeline göre davacının uğradığı zararın tespit edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ONANMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır Bulunan davacı yararına takdir edilen 500.00 YTL duruşma vekalet ücretinin, davalıdan alınarak, davacıya ödenmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 01.02.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi (*19.HD. 1.2.2007; 6832/692*).

F) SON SÖZLER

İnceleme konusu özel hukuk ile ilgili bulunmasına rağmen İNDRĪA GANDHĪ'nin bu özlü ve gerçeğin tam kendisi olan deyişinin yazıyla ne ilgisi olduğu sorulabilir. Sınıf arkadaşım Dr. Atilla Özer bir Anayasa Hukuku Profesörüdür. İstedik ki yazıya kendisinin uzmanlığı ile ilgili bir çeşni katalım.