

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 16

Sayı: 2

Yıl: 2008



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

Editörler (Editors)

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Doç. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Şahin AKINCI	

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Yılda iki sayı halinde yayımlanan dergimizde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ayşe Havutçu	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Zafer Zeytin	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yadiğar İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebicin	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Bülent Tahirođlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Nadi Günal (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ramazan Arslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Recep Akcan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. İbrahim Ercan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Adnan Tuđ (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yavuz Atar (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan (Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır (Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Atilla Özer (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Faruk Bilir (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Tayfun Akgüner (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Zehredin Aslan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay (Çađ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Halil Kalabalık (Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. İl Han Özey (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)
Doç. Dr. Cemil Kaya (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi)

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Enver Bozkurt (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Şaban Çalış (Selçuk Üniversitesi İİBF)
Doç. Dr. Akif Kütükçü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk Hukuk Tarihi

- Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Avcı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Cin (Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hakan Hakeri (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kayıhan İçel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhur Şahin (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. İlyas Doğan (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Reyhan Sunay (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Vergi Hukuku Anabilim Dalı

- Prof. Dr. Mustafa Akkaya (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf Karakoç (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç (Gazi Üniversitesi İİBF.)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

- Prof. Dr. Serdar Altınok (Selçuk Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Selahattin Sarı (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hilmi Zengin (Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

HUKUKUN ULUSLARARASI BÜTÜNLEŞMESİ VE İÇ HUKUKA YANSIMASI 11

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

CRIMES AGAINST HONOUR IN ISLAMIC/OTTOMAN LAW: A STUDY OF QADHF/SLANDER IN COMPARATIVE PERSPECTIVE45

Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM

TÜRKİYE'DE UYGULANAN %10 GENEL SEÇİM BARAJININ SERBEST SEÇİM HAKKINI İHLAL SORUNU 63

Doç. Dr. Abdurrahman EREN

VERGİ CEZALARI KONUSUNDA 5728 SAYILI KANUNLA YAPILAN DÜZENLEMELER VE DEĞERLENDİRİLMESİ 111

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Hilmi ÜNSAL

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN 127. MADDESİNİN (İSNADIN İSPATI) ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU 127

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER

BELEDİYELERİN MALİ DENETİMİNDE YENİ YAKLAŞIM	139
<i>Dr. İrfan TÜRKÖĞLU</i>	
<i>Arş. Gör. İbrahim Erdem SEÇİLMİŞ</i>	
İSVEÇ İDARE HUKUKU	167
<i>Dr. Müslüm AKINCI</i>	
GÜNIŞIĞINDA YÖNETİMİN İSVEÇ ANLAYIŞI VE UYGULAMASI	223
<i>Dr. Müslüm AKINCI</i>	

ÖZEL HUKUK

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA BAĞLAMIN NEDEN OLDUĞU SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	241
<i>Yrd. Doç. Dr. Server SÜLEYMANLI</i>	
ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKÂNSIZLIĞI ve SONUÇLARI ...	265
<i>Arş. Gör. Mustafa ARIKAN</i>	

KARAR İNCELEMELERİ

ÇALIŞMA ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİĞE İLİŞKİN USULE UYULMAMASI HALİNDE İŞVEREN TARAFINDAN YAPILAN FESHİN HAKSIZ OLDUĞUNA DAİR YARGITAY KARARI İNCELEMESİ.....	289
<i>Yrd. Doç. Dr. N.Binnur TULUKCU</i>	
ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMANIN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KISMİ SÜRELİ BİR İŞ SÖZLEŞMESİ OLDUĞUNA VE BUNUN AYNI ZAMANDA BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİ KAZANDIRMADIĞINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ.....	299
<i>Yrd. Doç. Dr. N.Binnur TULUKCU</i>	

Makaleler

Kamu Hukuku

HUKUKUN ULUSLARARASI BÜTÜNLEŞMESİ VE İÇ HUKUKA YANSIMASI

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*

ÖZET

Makalemin amacı; okuyucuyu hukukun uluslararası bütünleşmesi konusunda faydalı olan ve olmayan yanlarıyla daha derin düşünmeye sevk etmek, anayasamızda son yıllarda yapılan önemli değişikliklerin Türkiye'nin uluslararası hukukla bütünleşme yolundaki isteğinin ve çabalarının göstergesi olarak yeniden değerlendirilmesini sağlamaktır. Bir ülkede o ülkenin kendi geleneklerine uygun düşecek şekilde hukukun bütünleşmesi uygulaması yapılıyorsa ancak o zaman o alanda başarı elde edilebilir. Hukuk ve uluslararası bütünleşme öyle bir süreçtir ki, hemen hemen bütün devletler istekli olsalar da hatta bazı konularda olmasalar da bu hukuk bütünleşmesinin bir parçası olmakta ve hukukî mevzuatını bu duruma göre yeniden düzenlemektedirler. 1982 Anayasası başlangıç hükümlerinde ve diğer maddelerinde uluslararası hukuka ve uluslararası sözleşmelere gönderme yapmaktadır. 1982 Anayasası'nda bütünleşmeyi sağlama yolunda pek çok değişiklik yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına ve kullandığı prensiplere gönderme yapmaktadırlar. Uluslararası bütünleşmeye örnek olarak; Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda yargılamanın yenilenmesinin yeni sebebi, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, idarî işlemlerin gerekçeli olması, işlemlerde başvuru yollarının gösterilmiş olması verilebilir. Davaların çabuklaştırılması, terörün önlenmesi, ticaret hukuku, ulaştırma mevzuatı, insan hakları, kadın hakları konularında uluslararası bütünleşme olabilir.

ANAHTAR KELİMELER: Bütünleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesi, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi, yargı öncesi çözüm usûlleri.

* Gazi Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, İdare Hukuku Öğretim Üyesi

**INTERNATIONAL INTEGRATION OF LAW AND
ITS REFLECTION TO NATIONAL LAW**

ABSTRACT

The aims of my article are; to impel the reader to a better and deeper thinking of international integration of law with its beneficial and non-beneficial aspects and not only to repeat the important amendments made recently in our constitution but to maintain the re-evaluation of these amendments as the sign of Turkey's wish and efforts on the way to integrate with international law. When integration of law is done in compliance with the traditions of that country, it can be successful only in that condition.

Law and international integration is such a process that almost all states, even if they are willing or even not willing on some topics, become a part of this law integration and rearrange their legal legislations accordingly. 1982 Constitution refers to international law and international treaties in its preliminary provisions and in its other articles. For the purpose of establishing integration, many amendments are made in the Turkish Constitution. Constitutional Court, Council of State, High Military Administrative Court in their decisions refer to the decisions - and also principles used – of the European Court of Human Rights. There are other examples for international integration such as; UNCEDAW, individual application to the European Court of Human Rights, new causes for retrial in the Turkish Administrative Judiciary Procedural Act, Law No.4982 For Right Of Access to Information, Statement of Reasons in Administrative Acts, Indication of Remedies. There can be integration for rapid completion of cases, prevention of terrorism, commercial law, transportation, human rights, woman rights.

KEYWORDS: Integration, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, principle of proportionality, UNCEDAW, alternative dispute resolutions.

I. GİRİŞ**

Makalemin **başlığı**: “Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi ve İç Hukuka Yansıması”dır.

Makalemin **konusu**: Türkiye'nin; anayasası, Anayasa Mahkemesi kararları ve idarî yargı kararları ile; hukukun uluslararası bütünleşmesini nasıl uyguladığıdır.

Bu çalışma sadece kamu hukukundaki örneklerle sınırlı kalacaktır.

** Kısaltmalar: age. adı geçen eser, agm. adı geçen makale, C. Cilt, s. sayfa, S. Sayı, Y. yıl.

Burada **vurgulamak** istediğim üç husus vardır:

Birincisi; bir ülkede o ülkenin kendi geleneklerine uygun düşecek şekilde hukukun bütünleşmesi uygulaması yapılıyorsa ancak o zaman o alanda başarı sağlanabildiğidir.

İkincisi; hukukun uluslararası bütünleşmesinin her zaman, özellikle ekonomik konularda o ülke için yararlı olmamasının da mümkün bulunduğudur.

Üçüncüsü; Türkiye; hukuk sisteminin uluslararası hukukla bütünleşmesi konusuna önem atfetmekte ve bu konuda çok büyük çaba sarfetmektedir.

Makalemin **birinci amacı**: Muhtelif yargı düzenlerinden sadece birer örnek vermekle yetinerek okuyucuyu hukukun uluslararası bütünleşmesi konusunda faydalı olan ve olmayan yanlarıyla daha derin düşünmeye sevk etmektir.

Makalemin **ikinci amacı**; anayasamızda son yıllarda yapılan önemli değişiklikleri burada sadece tekrarlamak değil, bu değişikliklerin Türkiye'nin uluslararası hukukla bütünleşme yolundaki isteğinin ve çabalarının göstergesi olarak yeniden değerlendirilmesini sağlamaktır.

Bütünleşmenin çeşitli tanımları bulunmaktadır:¹

Karl W. Deutsch'a göre bütünleşme, belli bir toprakta; "topluluk duygusuna ulaşılması ve bu topluluğun kurumları ile faaliyetlerinin yeterince güçlü ve yaygın olmasıdır".²

Önce, bütünleşmeyi "Karşılıklı olarak birbirine bağımlı olan ve ayrı ayrı iken yapamayacakları bir şekilde, sistemin niteliklerini ortaklaşa oluşturan birimler arasındaki ilişki" olarak tanımlamayan Deutsch daha sonra siyasî bütünleşmenin tanımını yapar.

Konumuz dışı olan siyasî bütünleşmenin de çeşitli tanımları vardır. Bazıları siyasî bütünleşmeyi bir süreç olarak görmektedirler.³

¹ Bütünleşme konusunda fazla bilgi için bkz. ALTINBAŞ, Deniz: Avrupa Siyasî Bütünleşmesi ve Fransa'nın Yaklaşımı, Ankara 2004, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); ODYAKMAZ, Zehra: "International Integration of Law and Its Reflection to National Law", p.231-258, Pravni Zivot, casopis za pravnu teoriju i praksu, Te matski Broj, Pravo I Medunarodne Integracije, 21, Godina Kopaoničke Škole Prirodnog Prava, Udruženje Pravnika Srbije, Broj 14, Beograd 2008, Tom VI, 904 pages.

² DEUTSCH, Karl W. : "Political Community and The North Atlantic Area", The European Union: Readings On The Theory And Practise of European Integration (Derleyenler: Brent F.NELSEN ve Alexander C-G.STUBB), İkinci Baskı, London 1998, s.117, Macmillan Press Ltd.

Avrupa Birliği'nin siyasî bütünleşmesi ise "üye ülkelerin işbirliği alanlarının ve/veya derecelerinin artması yoluyla birbirlerine daha fazla yaklaşması vb...." anlamına gelmektedir.⁴

Bütünleşmenin anlamı kişilere, ülkelere ve içinde bulunulan döneme göre değişmiştir.⁵

Bütünleşme bir süreçtir ve aynı zamanda kendine özgü bir iç dinamiği vardır.

Bu nedenle bütünleşmenin tam olarak sağlanması için birçok aşamadan geçmesi gerekmektedir.⁶

Bütünleşmenin aşamaları ve gelişimi, teorilerin etkisinde kalmıştır.⁷

Ekonomik bütünleşme, siyasî bütünleşme, Avrupa bütünleşmesi çalışmaları ve aşamaları kanaatimca hukukun da bütünleşmesine neden olmuştur.

Başka bir ifadeyle çeşitli alanlardaki uluslararası bütünleşme çabaları ilerleme kaydedince hukukta da bütünleşme bazen kendiliğinden bazen de gereklilik sonucu çalışılarak, üzerinde uğraşarak sağlanmıştır.

"Hukuk ve bütünleşme" konusu bana bazen uluslararası birçok alandaki bütünleşmede hukukun rolünün ne olduğu konusunu hatırlatmaktadır.

Bazen de uluslararası bütünleşme sürecinde diğer alanların yanında hukukun da bütünleşmesinin mümkün olduğunu veya gerekli olduğunu ifade etmektedir.

İkinci anlayışı kabul edersek, her ülke için geçerli olabilecek şu soruları sorabiliriz:

Uluslararası bütünleşme sürecinde hukuk da bütünleşince, bu bütünleşmiş hukuk toplumlara her zaman fayda mı getirecektir?

Veya ne gibi faydalar sağlayacaktır?

Zarar getireceği alanlar da olabilecek midir?

Herhangi bir ülkenin hukuk sisteminin bütünleşmesi sırasında, egemenliğin devri sorunu nasıl çözümlenecektir?⁸

³ HAAS, Ernst B.: Beyond The Nation-State: Functionalism and International Organisation, Stanford 1964, s.26-27, Stanford University Press.

⁴ ALTINBAŞ, Deniz: agt.

⁵ ALTINBAŞ, Deniz: agt.

⁶ ALTINBAŞ, Deniz: agt.

⁷ Bu konuda fazla bilgi için bkz. ALTINBAŞ, Deniz: agt.

Hukuk devleti ilkesi ile demokratik devlet ilkesinin çatışma alanları var mıdır?

Varsa bu iki ilke nasıl bağdaştırılacak ve nasıl bütünleştirilecektir?

Hukukun bütünleşmesi ile hukuk alanlarının bütünleşmesi aynı anlamı gelmektedir?

Hükümetlerin ekonomik alanda yaptığı işlemler idarî yargı denetimine girmektedir.

Hükümetin siyasi sorumluluğu nerede başlamaktadır?

Mahkemelerin yaptıkları denetimin niteliği nedir?

Kamu yararı denetimi ve yerindelik denetimi midir?

Eğer böyle değilse ekonomik alandaki eylem ve işlemleri mahkemelerin denetlemesi neyi ifade etmektedir?

Mahkeme kararlarının ekonomik etkileri nelerdir?

Bugün hukukun bütünleşmesinin bir neticesi olarak, birçok ülkeler, hukukî konularının çözümü için uluslararası mahkemelerin yetkisini ve dolayısıyla bu mahkemelere başvurmayı kabul etmişlerdir.

O halde şimdi de şu soruyu sorabiliriz:

Dünyayı veya en azından Avrupa'yı kim yönetmektedir? Hükümetler mi yoksa mahkemeler mi?

Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkisi birçok ülke tarafından tanınmıştır.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın yetkisi de üye devletler tarafından tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları devletler tarafından uygulanmakta ve bu kararlara göre ülkelerin kanunlarında ve anayasalarında değişiklikler yapılmaktadır.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri ile ilgili uyuşmazlık durumlarında uluslararası şirketler evsahibi devletin idarî yargısına başvurmamaktadırlar. Ancak çabuk sonuç alabilmek için uluslararası tahkimi tercih etmektedirler. Yabancı sermayeyi elde edebilmek için, devletler anayasalarında değişiklikler yapmakta ve idare mahkemelerinin yetki sınırları ve uluslararası tahkime başvurma koşulları konusunda anlaşmaktadırlar.

⁸ HAZIR, Hayati: "Avrupa Topluluğu Hukuku ile Türk Hukuk Sisteminin Bütünleşmesinde Egemenliğin Devri Sorunu", s.9-22, Prof.Dr.Halil CİN'e Selçuk Üniversitesi'nde 10.Hizmet Yılı Armağanı (17.11.1984-17.11.1994), Konya 1995, Selçuk Üniversitesi Yayınları No:129, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 14.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. (1982 Anayasası, Madde 90).

Uluslararası bir yardım sürecinde uluslararası kuruluş ile yardım alan devlet arasında çıkacak herhangi bir anlaşmazlık ulusal mahkemeler tarafından değil, genellikle o uluslararası kuruluşun merkezindeki bir “komisyon” tarafından çözümlenmektedir.

Uluslararası yardım sürecinde belirli bir projenin yürütülmesinde birbirlerine destek olan iki farklı uluslararası kuruluş arasında da uyuşmazlık çıkabilir. Aralarındaki sözleşmeye göre; bu uyuşmazlıklar, Daimî Hakem Mahkemesi tarafından çözümlenecektir.

Avrupa Ombudsmanı Avrupa Birliği kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerindeki kötü yönetim (maladministration) ile ilgili şikâyetleri araştırır. Üye devletlerden birinin vatandaşı veya bu devletlerden birinde ikamet eden veya Birlikte kayıtlı bir işletme, birlik veya kurum ve kuruluşlar Avrupa Birliği Ombudsmanına şikâyette bulunabilir.

Bu örnekler çoğaltılabilir. Dolayısıyla, bu açıklamaların neticesinde “Avrupa’yı kim yönetiyor: Hükümetler mi, mahkemeler mi, yoksa mahkeme benzeri yerler mi?” sorusunu şöyle cevaplandırabiliriz:

Hukuk ve uluslararası bütünleşme öyle bir süreçtir ki, hemen hemen bütün devletler istekli olsalar da hatta bazı konularda olmasalar da bu hukuk bütünleşmesinin bir parçası olmakta ve hukukî mevzuatını bu duruma göre yeniden düzenlemektedirler.

Bu soruları sorduktan ve herbir ülkeyi –kendi şartlarına göre- düşünmeye davet ettikten sonra konu bir tek ülke üzerinde, yani sadece Türkiye bakımından somut olarak değerlendirilecektir.

II. TÜRKİYE’DEKİ UYGULAMA

1. Hukukun Evrensel (Genel) İlkeleri⁹

Hukukun evrensel (genel) ilkeleri hemen her hukuk devletinde kabul edilen ve uygulanan ilkelere dir.

⁹ EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara 1985, s.112-116; ERKUT, Celâl: Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, 2007 ve 2008 yılı Anayasa değişikliklerine ve son güncel mevzuata göre hazırlanmıştır, 8. Basıdan Tıpkı 9.Bası, İstanbul Ekim 2008, s.380-381, İkinci Sayfa Yayınları, Genel Yayın No:7, Dizi Yayın No:8.

Hukuk devleti tanımı yapılırken hukukun evrensel ilkelerine atıf yapılır.

Bu ilkeler hukukun yazılı olmayan kaynaklarındandır. Fakat bütün medenî milletlerce varolduğu kabul edilir. İdarenin, bu ilkelere uymaması onun sorumluluğunu doğurur.

Hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, hukuk güvenliği, hukukî istikrar, adaletli hukuk düzeni, eşitlik, kamu hizmetleri karşısında eşitlik, kazanılmış haklar gibi ilkeler hukukun evrensel ilkelerindedir.

Bu ilkeler yargı organı bakımından yol gösterici bir niteliğe sahiptir.

İdare hukukunda hukukun genel ilkelerinin içeriğini ortaya koyan, Anayasa Mahkemesi'dir veya idarî yargı hâkimidir.

Türk hukukunda hukukun evrensel ilkeleri çoğunlukla anayasal ilkelerle birlikte kullanılmaktadır. Bu nedenle bu ilkelerin anayasal bir değere sahip olduğu kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demektedir: “*Kanunların Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır*”.¹⁰

Bazen Danıştay bazı uyuşmazlıkların çözümünde hukukun genel ilkelerinin yer aldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi insan hakları bildirilerini kararlarında doğrudan kullanmaktadır.

O halde hukukun evrensel ilkelerine saygı konusunda Türkiye'nin hiçbir kaygısı yoktur.

2. 1982 Anayasası'ndaki Hukukun Uluslararası Bütünleşmesi İle İlgili Hükümler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Fransız Yurttaşlık Belgesi, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda ve gerekçelerinde vurgulanmaktadır.

1982 Anayasası olağandışı bir dönemin ürünü olduğu için onaltı kez değişikliğe uğramış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale gelmiştir. Türkiye bu uyumu sağlamak üzere kanunlar çıkarmaya halen devam etmektedir.

Ancak tüm ülkeler gibi Türkiye'nin de kendi tarih ve geleneklerinden gelen özel hükümler koyması olağandır.

Avrupa Birliği Anayasası'nı bile Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bir kısmı benimsememişlerdir ki bu da her ülkenin kendi özelliklerini muhafaza etme isteğine güzel bir örnektir.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1964 gün ve E.1963/166, K.1964/76 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 22/115.

A. Genel Olarak Yer Alan İlkeler

1982 Anayasası başlangıç hükümlerinde ve diğer maddelerinde uluslararası hukuka ve uluslararası sözleşmelere gönderme yapmaktadır.

a) Başlangıç hükümlerinde “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” cümlesi yer almaktadır.

b) 2.maddede “*..... insan haklarına saygılı....*” ibaresi yer almıştır.

c) Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ile ilgili 15. maddede, “*... Olağanüstü durumlarda,... milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla....*” şeklinde uluslararası hukuka uygun düzenleme yapılmıştır.

d) 16.maddeye göre temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

e) “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlıklı 42.maddeye göre “*..... eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.*”

f) “Savaş hali ilânı ve silâhlı kuvvet kullanılmasına izin verme” başlıklı 92.maddede “*Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde..... Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller*” denilmektedir.

B. 1982 Anayasası'nda Bütünleşme Amacı Yolunda Yapılan Değişiklikler¹¹

a) Başlangıç metninde önceleri şu ifade yer almaktaydı: “Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Türk millî menfaatlarının karşısında koruma görmeyeceği...”. Ancak “düşünce ve mülâhaza” ibaresi düşüncenin suç olduğu izlenimini yarattığı için 2001 yılında anayasadan çıkarılmıştır. Bu nedenle “*.... hiçbir faaliyetin ...*” şeklinde değiştirilmiştir.

b) Anayasa'nın 10.maddesi “Kanun Önünde Eşitlik İlkesi” başlığını taşımaktadır. “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” Bu maddeye benzer maddeler hemen hemen her devletin anayasasında mevcuttur.

Ancak, 2004’de bu maddeye son yıllarda dünya gündeminde yoğun bir şekilde yer alan “toplumsal eşitlik (gender equality)” anlayışı çerçevesinde aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

¹¹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: age., s.272-289.

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

Böylece anayasa devlete “pozitif ayırmacılık” görevini yüklemiştir. Pozitif ayırmacılık, yani fırsat önceliği eşit olmayan tarafı, diğer tarafla aynı düzeye gelene kadar desteklemek demektir. Türkiye, bu suretle 1985 yılında taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin (UNCEDAW) gereklerinden birini yerine getirmiş olmaktadır.

c) 2001’de Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili kriterler değiştirilmiştir.

Temel hak ve özgürlükler “özlerine dokunmaksızın” ancak kanunla sınırlanabilir. “.....*Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Bu maddeye eskiden var olan “özüne dokunmaksızın” ifadesi yeniden getirilmiş, “ölçülülük ilkesi” ise yeni konmuştur. Ölçülülük ilkesi bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıkça kullanılmaktadır.

Burada “ölçülülük ilkesi” üzerinde biraz durmakta fayda vardır.¹²

¹² “Ölçülülük” konusunda bkz. METİN, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Birinci Baskı, Ankara Ekim 2002, 263 sayfa, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic.A.Ş.; OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak, Birinci Baskı, Ankara Temmuz 2002, 248 sayfa, Seçkin Yayıncılık San.ve Tic.A.Ş.; OĞURLU, Yücel: “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, Danıştay 2003 Yılı İdarî Yargı Sempozyumu, Ankara 2003, Danıştay Yayınları; KURT, Aytaç: “Avrupa Hukukunda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi”, <http://www.danistay.gov.tr/6%20.%20iyiyonetim.htm> ; ULUSOY, Ömer Âdil: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar Açısından Uyma Zorunluluğu”, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg19/atasoy.pdf>.

- “Dernek Kurma Özgürlüğü” açısından ölçülülük ilkesi için bkz. ANAYURT, Ömer: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Prof. Dr İlhan AKIN’a Armağan, Khuka, Cilt No:IV, Sayı:1, Yıl:6, 2003, s.44; METİN, Yüksel-Gamze ASLAN: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü (Freedom of Association in the European Convention on Human Rights”, Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, Yıl: 2007, Cilt:12, Sayı:3, s.271-298.

“Mutlak nitelikteki sınırlanamaz ya da askıya alınamaz haklar ve özgürlükler dışında hiçbir hak ve özgürlük sınırsız değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin sınırlılığını açıkça kabul etmiş bulunmaktadır.”¹³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınırlama konusunda koyduğu ölçüt; 'tedbirde ölçülülük' ya da 'müdahalede ölçülülük'tür.

Ölçülülük kavramı sınırlama ile elde edilebilecek genel yarar ve sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar arasında denge ya da orantıyı ifade etmektedir.¹⁴

Devlet bir müdahale önlemine başvururken âdil bir denge sağlamaya gayret edecektir. Ölçülülük kelimesi ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne de protokolde yer almamaktadır.... Ancak ölçülülük kavramının ifade ettiği anlam daha açık bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerin bazı maddelerindeki ifadelerden çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük ilkesini doğrudan sözleşmede düzenlenen temel haklardan türetmekte hatta bir adım daha da atarak ölçülülük ilkesini, örtülü bir şekilde de olsa zikredilmediği hak ve özgürlükler alanında da uygulayarak uygulama alanını genelleştirmektedir. 'Durumun gerektirdiği ölçüde', 'demokratik toplum düzeninin gerekleri', 'ayırıcılık yasağı', Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 'ölçülülük ilkesi' ile ilişkilendirilmektedir.'¹⁵

Ölçülülük ilkesinin dayandığı temel esaslar ve nasıl kullanılacağı “Yasa Uygulayıcıların Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme” çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu sözleşme çerçevesinde “Polis Vazife ve Selâhiyetleri Hakkındaki Kanun”da ve diğer kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılmaktadır.

“Yasa Uygulayan Görevliler İçin Davranış Kuralları” Birleşmiş Milletler tarafından 1979 tarihli uluslararası bir antlaşma ile tespit edilmiştir.

d) Anayasanın 19.maddesine göre: “Yakalanan veya tutuklanan kişi engeç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda ençok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır.....Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı

-
- Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de “Ölçülülük İlkesi”ne gönderme yapmaktadır. Örnek için bkz. II/4/B.

¹³ Bu konuda örnek olarak bkz. Golder/İngiltere; Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika; Brogan ve Diğerleri/İngiltere (KURT, Aytaç: agm., s.4'ten naklen).

¹⁴ KURT, Aytaç: agm.

¹⁵ KURT, Aytaç: agm.; EISSEN, Marc-Andre: “The Principle of Proportionality In the Case-Law of The European Court of Human Rights”, R.St.J.Macdonald/F.Matscher/H.Petzold (KURT, Aytaç: agm.'den naklen).

yakınlarına derhal bildirilir Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”

Maddenin ilk şeklinde toplu olarak işlenen suçlar için öngörülen 15 günlük süre 4 güne indirilmiş ve yakınlarına derhal bildirme ve yaptırım olarak tazminat Anayasa'ya girmiştir.

e) Anayasa madde 28'de düzenlenen “basın hürriyeti” başlıklı fıkrada “kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayın yapılamaz” hükmü Anayasa'dan çıkarılmıştır.

f) 2001'de “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38.maddeye “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.*” cümlesi eklenmiştir.

g) 2004'te Anayasa'nın pekçok maddesinde ve 38.maddede yer alan “ölüm cezaları” ifadeleri Anayasa'dan çıkarılmıştır.

h) 2004 yılında 38. maddenin son fıkrası “*Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.*” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikten önce vatandaş hiçbir şekilde yabancı bir ülkeye geri verilemiyordu.

i) “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40.maddeye 3 Ekim 2001 yılında yeni bir fıkra eklenmiştir: “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*”

Bu değişiklikte şeffaf idarenin sağlanması hedeflenmiş ve devlete yükümlülük getirilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı kararı ile üye devletlere “Bireyin İdarî İşlemler Karşısında Korunması” konulu tavsiyede bulunulmuştur. Bu hüküm de bu tavsiye kararının uygulamaya geçirilmesidir.

j) 2001 yılında “Ailenin Korunması” başlıklı 41. maddeye “Aile Türk toplumunun temelidir” cümlesinden sonra gelmek üzere “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” cümlesi eklenmiştir.

Bu değişiklik de yukarıda ifade edildiği üzere dünya gündeminde ve Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde (UNCEDAW) yer alan “toplumsal eşitlik” zihniyetinin sonucudur.

k) Devletleştirme ile ilgili 47.maddede 1999 yılında yapılan değişiklikte -dünyadaki örneklerine uygun olarak- özelleştirme de düzenlenmiştir.

l) 2001’de “Çalışma Hakkı ve Ödevi” başlıklı 49.maddeye ilk defa çalışanları korumayı amaçlayan ifadelerin yanına “*işsizleri korumak*” ifadesi eklenmiştir.

m) Anayasa’nın “Dilekçe hakkı” başlıklı 74. maddesinde “karşılıklılık esası” gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar için de dilekçe hakkı kabul edilmiştir.

Fıkra 2’deki “*Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.*” cümlesi de hizmet veren devlet ilkesi gereği 2001 yılında eklenmiştir.

n) Anayasa’nın 90.maddesi “Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma” başlığını taşımaktadır ve uluslararası sözleşmeler konusunda çok olumlu hükümler içermektedir. 2004 yılında madde değiştirilmemiş, sadece maddeye ek yapılmıştır.¹⁶

90.madde şöyledir:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, TürkiyeBüyük Millet Meclisi’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır..... Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.....”

“Andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulması” kuralı uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlamak amacını gütmektedir.

Bu kuralla yargı denetimi dışında tutulmak istenen, antlaşmayı uygun bulma kanunları değildir; yürütme organının yürürlüğe koyduğu, idarenin uyguladığı “uluslararası antlaşmalar”ın kendileridir.

Bu nedenle, antlaşmadan bağımsız olarak onaylamayı uygun bulma kanunlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokoller veya diğer başka uluslararası sözleşmeler 1982 Anayasası madde 90’a göre kabul edilmiş ve Türk iç hukukunda yerini almıştır.

(Ek cümle): “.....Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

¹⁶ 1982 Anayasası’nın 90.maddesi ile ilgili olarak fazla bilgi için bkz. GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa’nın 90.Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, Yıl:2004, s.226-238; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: age., s.280-281.

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Kamu hukukunda kanunlar ile uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri veya birbirlerine olan üstünlükleri hayli tartışılan bir konuydu. Bu değişiklik ile tartışmaya son verilmiş ve uluslararası antlaşmalarla kanunların –uyuşmazlıkların çözümü sırasında- çatışması durumunda uluslararası antlaşmalara öncelik verileceği hükmü benimsenmiştir.

Ancak bu hükmün geçerli olabilmesi için uluslararası antlaşmanın “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması” şartı bulunmaktadır.

Bu değişiklik bütünleşmeyi sağlayan değil, bütünleşmeyi arttıran bir değişikliktir.

Madde 90, Anayasa Mahkemesi’ni de bağlamaktadır. O halde Anayasa Mahkemesi de hukukun bütünleşmesine katılmaktadır.

o) Anayasa’nın 125.maddesi “Yargı Yolu”başlığını taşımaktadır. *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm): Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.....”*

İdarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar kural olarak idarî yargıda çözümlenir. Ancak 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa’nın 125.maddesine bir fıkra eklenmiştir ve imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi imkânı getirilmiştir.¹⁷

Anayasa değişikliğinin yapılmasından sonra, tahkim yoluna gidilmesi halinde uygulanacak kurallar da yeni bir (4501 sayılı) kanunla düzenlenmiştir.¹⁸

Ancak bu madde ile getirilen yenilik her zaman fayda mı sağlayacaktır?

Uluslararası şirketler, daha doğrusu çok uluslu şirketler yatırım yaptıkları devletin yargısına tâbi olmak istememektedirler.

¹⁷ Bu konuda fazla bilgi için bkz. KESKİN, Bayram: Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Ankara Ocak 2008, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 9.Baskı, Ankara 2004, s.308-309, s.314-317; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: age., s.503-504.

¹⁸ 21.1.2000 gün ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun için bkz. 22.1.2000 tarih ve 23941 sayılı Resmî Gazete.

Bu konuda çeşitli gerekçeler ileri sürmektedirler. Bu gerekçelerden konumuzu ilgilendiren bir tanesi de “yargıda işlerin uzun sürmesi” gerekçesidir.

İşte yabancı şirketler eğer idarî yargıda da “uluslararası tahkim” kabul edilirse o ülkeye daha çok yatırım yapacaklarını ifade etmektedirler.

Bu sebeplerle yapılan değişiklik o ülkenin ekonomisine nasıl bir katkıda bulunmuştur veya bulunmaktadır?

Konuya Türkiye açısından bakarsak:

1999 yılında “idarî yargı için tahkime gidilmesi” yolunun açılmasından sonra ülkemize çok uluslu şirketlerin yaptıkları yatırımlar yüzde kaç oranında artmıştır?

Çıkan uyuşmazlıklardan yüzde kaçını için Türk idarî yargısına gidilmiş, yüzde kaçını için uluslararası tahkime gidilmiştir?

Uluslararası tahkime gidilerek çözülen uyuşmazlıklar Türkiye’deki yatırımlar için ne derecede fayda sağlamıştır?

Bu konularda yapılmış istatistik yoktur. Bilimsel verilere dayalı cevap tarafımdan verilememektedir.

Tahkim; bir özel hukuk kurumudur ve yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yetkilerini kullanabilecekleri uyuşmazlıkların çözümlenmesinde düşünülebilir.

Hakemler tahkim usulünde tarafların karşılıklı çıkarlarını uzlaştırarak bir çözüme varmaya çalışırlar.

Oysa, idarî uyuşmazlıklar ve idarî davalar, çıkar uzlaşması yoluyla değil, bu alanda geçerli hukuk kuralları uyarınca çözümlenir.

Hakemlerin; tarafların çıkarlarını uzlaştırmak için atacakları her adım kamu yararından verilecek bir ödüne dönüşebilir.

Sonuçta imtiyaz sahibinin çıkarları korunurken, halkın çıkarları zedelenmiş olabilir.¹⁹

Bu nedenle, idarî uyuşmazlıklarda tahkim yolunun açılmasıyla bireysel yarar ile kamu yararı arasında bulunan ve kamu yararı lehine olan dengenin bozulabileceği düşünülebilir.

Uluslararası tahkime gidilebilmesi için Anayasa’nın 125.maddesinde öngörülen “yabancılık unsuru”, 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna

¹⁹ ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: age., s.511-512; KESKİN, Bayram: age., s.123 vd.; GÜNDAY, Metin: age., s.315-317.

Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun”da tarif edilmiştir.²⁰

1982 Anayasası (md.155) Danıştay’ın kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki yetkisini “inceleme” olarak belirlemiştir.

Ancak Avrupa Birliği’ne uyum süreci içinde ve hukukumuzun uluslararası bütünleşmesini sağlamak için Anayasa’nın bu maddesinde 1999 yılında değişiklik yapılmıştır.²¹

Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki **inceleme görev ve yetkisi** sadece **düşünce bildirme görevi** haline getirilmiştir.^{22 23}

O halde Danıştay’ın kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri üzerindeki yetkisi daraltılmıştır: Çünkü “düşünce/görüş bildirmek” ile “incelemek” arasında fark vardır.

²⁰ 4501 sayılı Kanuna göre “yabancılik unsuru”, sözleşmeye taraf, kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması durumlarından biri” olarak tanımlanmaktadır. Dikkat edilirse sözleşmeye taraf kurulu ya da kurulacak şirket ortaklarından birinin, şirketteki hisse oranı asgarî düzeyde dahî olsa, bu durum yabancılik unsurunun kabulü için yeterli olacağı gibi, sözleşmeye taraf şirket ortaklarının tamamı, Türk vatandaşı olsalar bile, sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmesinin yapılabilmesi gerekli ise yine yabancılik unsurunun kabulü gerekecektir.

4501 sayılı Kanuna göre kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı konulmamışsa bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da, tahkim şartı konulmuşsa Hakem Heyeti önünde çözümlenecektir.

KESKİN, Bayram: age., s.219-220; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: age., s.511-512.

²¹ 13.8.1999 gün ve 4446 sayılı Kanun için bkz. 21.12.1999 tarih ve 23913 sayılı Resmî Gazete.

²² 18 Aralık 1999 gün ve 4492 sayılı Kanun ile Danıştay Kanunu’nun Danıştay’ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşme tasarıları üzerindeki inceleme görevini düzenleyen maddeleri değiştirilmiş ve Anayasa’da yapılan değişiklik ile uyum sağlanmıştır.

²³ GÜNDAY, Metin: age., s.308-309.

İnceleme; görüş bildirmekten daha kapsamlıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi -Danıştay için- şöyle demektedir: “Görüş (düşünce) bildirmek; konu hakkında düşünce, değerlendirme ve özetle kanısını belirtmektir.

Daha kapsamlı olan inceleme ise; her yönden üzerinde durularak bağlantılı, karşılaştırmalı ve kapsamlı biçimde üzerinde çalışmak, aykırılıkları saptayıp gidermek için önlem ve önerileri açıklamak, son biçimini de belirlemektir.”²⁴

p) Madde 143’teki Devlet Güvenlik Mahkemeleri, genel/tabî mahkemelerden ayrılmış özel bir mahkeme olduğu için bu niteliği sebebiyle uluslararası alanda eleştirilere uğruyordu. Bir de askerî üyesi vardı. Bu eleştiriler neticesinde bu mahkemeler lağvedilmiştir.

O halde Türk yargı organları uluslararası sözleşmeleri gözetmektedirler. Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşme ve belgelere atıf yapmaktadırlar.

3. Anayasa Mahkemesi Kararlarından Örnekler

A. Anayasa Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yeri²⁵

İnsan içinde yaşadığı ulusun bireyi olduğu kadar aynı zamanda insanlığın da üyesidir.

Bundan dolayı çağımızda insan hak ve özgürlükleri, yalnızca ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkmış, evrensel bir anlam ve içerik kazanmıştır.

İnsan hakları alanında Türkiye’nin de taraf olduğu bu en önemli sözleşme Türk Anayasası’nın da dayanağıdır.

Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, anayasal denetim sürecinde, yani Anayasaya aykırılık sorununu incelerken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne doğrudan dayanmasa bile yardımcı norm olarak kullanmaktadır, değer ve etkisini gözetmektedir.

• Türk anayasa yargısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yerini belirleyebilmek için önce 1982 Anayasası ile arasındaki bağlantıya bakmak gerekmektedir. Bu bağlantıyı üç ana başlık altında gösterebiliriz:

²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 21.6.1991 gün ve E.1990/19, K.1991/15 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:28, Cilt:1, s.3 vd.; GÜNDAY, Metin: age., s. 376.

²⁵ Bu konuda fazla bilgi için bkz. GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Yeri”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 3, Cilt:37, Eylül 2004, s.83-110.

a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1982 Anayasası'nın dayanağı ve gerekçesidir.

b) 1982 Anayasası'nın uluslararası hukuka ve sözleşmelere gönderme yapan hükümleri mevcuttur.

c) 1982 Anayasası'nın "milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90.maddesi iç hukukla uyumsuzluk halinde uluslararası antlaşmalara öncelik tanımaktadır.²⁶

Anayasa Mahkemesi'nin K.1990/31 sayılı kararında, Türkiye'nin taraf olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de içinde yer aldığı sözleşmeler, "*Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşme*" olarak tanımlanmıştır.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Yer Veren Kararlarından Örnekler

Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yer veren kararlarına örnekler gittikçe artmaktadır.

Bu artış ile uluslararası hukukun bütünleşmesi arasında, kanaatimca bir paralellik bulunmaktadır.

• O halde bu artışın araştırmacılar tarafından tesbit edilmiş bulunan nedenlerini buraya aktaralım:²⁷

a) Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen dava veya başvurularda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapsamına giren konular çoğalmaktadır.

b) Yasama organının anayasaya uygun kanun çıkarmasında ortaya çıkan tartışmalar çoğalmaktadır ve kanunlarda sözleşme kapsamına giren konuların ihlâli iddiaları artmaktadır.

c) Sözleşme kapsamına giren konular ve özellikle de insan hakları konusunda toplumsal bilinç artmaktadır.

d) Sözleşme kapsamı ek protokollerle zenginleştirilerek genişletilmekte, sözleşmenin ve sözleşmeyi yorumlayarak kapsamını çizen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uluslararası alanda olduğu gibi Türkiye'de de evrensel hukuk kurallarına katkısı artmaktadır.

e) İnsanın içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da bir üyesi bulunması nedeniyle, çağımızda insan hak ve

²⁶ 1982 Anayasası'nın 90.maddesi için bkz. II/3/B. 1982 Anayasası'nda Bütünleşme Amacı Yolunda Yapılan Değişiklikler (n) maddesi ve (16) no.lu dipnot.

²⁷ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: "Türk Anayasa Yargısında", agm., s.87.

özgürlükleri yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarılarak evrensel bir anlam ve içeriğe kavuşmaktadır.

f) 1961 ve 1982 Anayasalarının özgün metnine kıyasla 1982 Anayasası değişikliklerinde sözleşmenin birçok kuralı gerekçe olarak alınmış veya bu kurallardan esinlenilmiştir.

g) Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümlerinin gerekçelerinde Sözleşmeye yer verilmektedir.

• **Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yer veren kararlarından birkaç örnek verecek olursak:**

a) Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle demektedir:

“Kanunkoyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekmektedir..... Kanunun da üstünde kanunkoyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve anayasa bulunmaktadır....”

Bu kararıyla Anayasa Mahkemesi; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni temel hukuk prensiplerinin yer aldığı kurallar bütünü olarak göstermektedir.²⁸

b) Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin buyurucu ve bağlayıcı içeriği “üstün ve evrensel hukuk kuralı” niteliği taşımaktadır.

29.01.1980 günlü kararda Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: *“İnsan, içinde yaşadığı ulusun bireyi olduğu kadar, aynı zamanda insanlığın üyesidir. Bu durum, çağımızda insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmıştır. Ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni bir değerlendirme yaparken gözden uzak tutmaya imkân yoktur”.*²⁹

c) Anayasa Mahkemesi İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne; kanunların anayasaya uygunluğu denetiminde doğrudan dayanmamakta, değerlendirmede gözetmektedir.

Aydınlatıcı, destekleyici, zenginleştirici norm olarak kullanılmaktadır.

²⁸ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi ..”, agm., s.235; Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 gün ve E.1963/124, K.1963/243 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 1/422.

²⁹ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi ..”, agm., s.235; Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.1980 gün ve E.1979/80, K.1980/11 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 18/87.

Bazı kararlarında da anayasaya aykırılığı ileri sürülen kuralın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olup olmadığını belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi 27.9.1967 günlü kararında örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralın anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir ve şöyle demiştir:

“.....Bu sınırlama, 6366 sayılı Kanunla onaylanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11.maddesinin 2 sayılı bendine de uygundur”.³⁰

d) Anayasa Mahkemesi 29.11.1990 tarihli kararında uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş kurallara ve bu kurallarla uyum içinde olan anayasa kuralına birlikte gönderme yapmış ve şu kararı vermiştir:

“Medenî Kanun'un 159.maddesinin, kocanın, karının iş veya mesleğini yürütmesine izin vermesini öngören düzenlemesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu, Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmelerde evrenselleşmiş “kadın-erkek eşitliği” ve “karı ile kocanın eşit medenî haklara sahip oldukları” kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10.maddesine aykırıdır”.³¹

Aslında bu hüküm İsviçre Medenî Kanunu'ndan 1926'da aynen iktibas olunan eski Türk Medenî Kanunu'nda vardı.

e) Anayasa Mahkemesi 28.2.1991 tarihli kararında, insan ve çocuk haklarıyla bu konulardaki bildiri ve sözleşmelere yer vermiş, itiraz konusu kuralın, Anayasa'ya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düştüğüne karar vermiştir.³²

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kullanım Yöntemleri

Bu konuyu bitirmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararlarında sözleşmeye ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına yer verirken kullandığı yöntemlere bakmakta da fayda vardır.

Anlatım, yorumlama ve yer alış şekillerine bakılırsa;

³⁰ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi”, agm., s.236.

³¹ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi”, agm., s.236; Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 gün ve E.1990/30, K.1990/31 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 27-1/48.

³² GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi”, agm., s.236; Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.1991 gün ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 27-1/161.

a) Bazı kararlarda sözleşmeye yer verme nedenleri konunun özelliğine göre açıklanarak gerekçelendirilmiştir.

b) Bazı kararlarda hiçbir açıklama yapılmadan sözleşmeye doğrudan gönderme yapılmıştır.³³

4. İdarî Yargı Kararlarından Örnekler

A. Danıştay Kararlarından Bir Örnek

Danıştay'a göre devlet, usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerde yer alan hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeler yapmak zorundadır.

Danıştay bir kararında şöyle demektedir:

“..... Konunun, düşünce açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutu gözönüne alınarak, uyumsuzluğu insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısından da incelemek gerekli görülmüştür. İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi durumuna getirildiği tartışmasızdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir.

1982 Anayasası'nın 90.maddesinin son fıkrasına göre “usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir sözleşme anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamaz.....”. Kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanması savsaklanamaz. Bu durum Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, antlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamaktadır. Böylece iç hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmektedir. Uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamaktadır..... Böylece bu uluslararası sözleşmeler iç hukukta yasalar üstü bir konumdadır. Yürütme ve yargı organları için bağlayıcı niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi pekçok kararında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11.maddesini bir anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece sözleşmenin anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri yukarıda belirtilen çerçevede ele almak 18.5.1954 tarihli Türkiye tarafından onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinde durmak gerekli görülmüştür. Sözleşmenin 10.maddesinin 1.fıkrası birinci ve ikinci tümceleri ...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamakla T.C. Devleti, bu sözleşmede

³³ GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Türk Anayasa Yargısında”, agm., s.88-89.

yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak yükümlülüğündedir. Ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadır. Bu hususta sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğine kuşku yoktur. Nitekim, sözleşmenin 1.maddesinde, 57.maddesinde 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/2 maddesinde ... 10/1 maddesine koşut düzenleme getiren 26.maddenin 1. fıkrası³⁴

Görüldüğü gibi Danıştay uluslararası belgelere kararlarında yer vermektedir.

B. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarından Bir Örnek

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak karar vermektedir. İlginç bir örneği aktarmak isterim:

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi; sevgilisiyle buluşmak için izin almaksızın üssü terk eden genç subayın pilotluk kursundan çıkartılması kararını iptal etmiştir.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi teğmenin almış aldığı 7 günlük oda hapsi disiplin cezasının ilk olduğunu belirtmiş, tekrar /mükerrerlik olmadığını vurgulamıştır. İlâveten, verilen uçuştan ayırma kararının ölçülülük ilkesine aykırı şekilde verildiğini belirtmiş, uçuştan ayırma kararı her ne kadar takdir hakkı kapsamında olsa da hukuka aykırı olduğu kanaat ve sonucuna varmıştır. Bu kararın gerekçesinde Türk Anayasası'na ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göndermede bulunmuştur.

5. Diğer Örnekler

A. Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (UNCEDAW)³⁵

Hukukun uluslararası bütünleşmesine en güzel örneklerden biri de Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (UNCEDAW)'dir. Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne (UNCEDAW) 1985 yılında taraf olan Türkiye hukukî, siyasî, ekonomik ve kültürel alanlarda tedbirler alma yükümlülüğünü üstlenmiştir.

Bu doğrultuda anayasa, kanun ve sosyal hayatta değişiklikler yapmıştır.

³⁴ Danıştay 5.Dairesi'nin 22.05.1991 gün ve E.1986/1723, K.1991/933 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, Sayı: 84-85 (MT/SE).

³⁵ UNCEDAW için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu", İşveren, Nisan-Mayıs 2005, Sayı:7-8, Cilt:43, s.34-37.

Anayasamızda pozitif ayrımcılık, kadın ve erkeğin eşit olması gibi hükümler yer almıştır.

Hukukî açıdan bütün kanunlarımız kadın-erkek ayrımcılığı yapan maddelerden arındırılmıştır.

Sosyal açıdan ise kadın-erkek eşitliği ile ilgili önyargıların ve yanlış geleneklerin tasfiye edilmesine çalışılmaktadır.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Hukuk devleti ilkesinin temel şartlarından birisi, idarenin işlem ve eylemlerinin yargı yoluyla denetlenmesidir.

Sadece ulusal düzeyde uygulanan denetim yolları değil, uluslararası düzeyde koruma yolları kabul edilmiştir. Türk hukukuna göre yönetilenler, iç hukuk yollarını tükettikten sonra bireysel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmakta, devlete karşı dava açabilmektedirler.

C. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu ve Yargılamanın Yenilenmesi³⁶

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 53.maddesi yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilme şartlarını ve sebeplerini sayma yolu (numerus clausus) ile düzenlemektedir. Bu sebeplere 2003 yılında bir yeni sebep eklenmiştir. Buna göre hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin veya eki protokollerin ihlâl edilmesi suretiyle verilmiş olmalıdır. Bu durum da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tesbit edilmiş bulunmalıdır.

Türk idarî yargısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararı üzerine yeni bir yargılamanın yenilenmesi yolu açılmış olmaktadır.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 23. Bası, Ankara Ekim 2005, s.530, Turhan Kitabevi Yayınları; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, 51 Adet Çözümlü Soru, İstanbul Ekim 2008, s.342, İkinci Sayfa Yayınları, Genel Yayın No:8, İkinci Sayfa Dizisi:6; ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdarî Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Birinci Baskı, İstanbul Mayıs 1993, s. 93-96, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Yayın No:123, Hukuk Dizisi:46.

**D. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı
"Bireyin İdarî İşlemler Karşısında Korunması" Konulu Tavsiye
Kararı³⁷**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1977 tarihli ve 77/31 sayılı kararı "Bireyin İdarî İşlemler Karşısında Korunması" başlığını taşımaktadır.

Bu karar ile beş ilke tesbit edilmiştir:

Bu ilkeler; dinlenilme hakkı, bilgi kaynaklarına erişim hakkı, hukukî yardım ve temsil, idarî işlemlerin gerekçeli olması, işlemlere karşı başvuru yollarının gösterilmesidir.

Türkiye bu beş ilkeyi düzenleyen bir "Genel İdarî Usûl Kanunu" tasarısı hazırlamıştır. Tasarı görüşülmek üzere parlâmentoda beklemektedir.³⁸

Ancak, bu ilkelerin çoğu hukukun uluslararası bütünleşmesinin etkisiyle genel bir İdarî Usûl Kanunu yürürlükte olmadığı halde mevzuatımıza girmiştir.

a) 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu³⁹

Bilgi edinme hakkı Türk Anayasası'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. madde ile "Dilekçe Hakkı" başlıklı 74. madde dolaylı olarak idareden bilgi alınacağı konusunu içermektedir.

2001 yılında Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır ve "Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları, noterler,

³⁷ Bu konuda fazla bilgi ve "İngilizce Kaynakça" için bkz. ODAYAKMAZ, Zehra: Hazırlanmakta Olan İdarî Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", Prof.Dr.Naci KINACIOĞLU'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:I, Sayı:2, Aralık 1997, s.1-21; ODAYAKMAZ, Zehra: "İdarî Usûlden Beklediklerimiz", s.2-5, T.C. Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C. Başbakanlık Basımevi; ODAYAKMAZ, Zehra: "Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası", s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa; ODAYAKMAZ, Zehra: "Şeffaf Yönetime Doğru", Strateji (Yimder Bülteni), Yıl:1, Sayı:2, s.3.

³⁸ Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı için bkz. II/6/A.

³⁹ Bu konuda fazla bilgi ve "kaynakça" için bkz. ODAYAKMAZ, Zehra: "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu?", s.235-300, Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, 9 Nisan 2005, Ankara 2005, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Armağan Kitap:1.

bankalar, avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri avukatın incelemesine sunmakla yükümlüdür.”⁴⁰ şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu uluslararası bütünleşme ve tavsiye kararı çerçevesinde hazırlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 2004 yılında yürürlüğe girmiştir.

b) İdarî İşlemlerin Gerekçeli Olması

Tasarı halinde bekleyen Genel İdarî Usul Kanunu’ndan başka birçok kanun, tüzük ve yönetmeliğe “gerekçe ilkesi” girmiştir.

Ancak idarî işlemde gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen hükümler mevzuatımızda dağınık bir şekilde yer almaktadır⁴¹. Kanunlardaki, tüzüklerdeki ve yönetmeliklerdeki bazı düzenlemelerle, idare için gerekçe yükümlülüğü getirilmiştir. Gerekçe yükümlülüğünü açıkça düzenleyen kanunlara Avukatlık Kanunu’nun⁴² 7/1., 8., 19., 71/3. maddelerini, Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’nun⁴³ 13/3. maddesini, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un⁴⁴ 48. ve 52/h. maddelerini ve Gümrük Kanunu’nun⁴⁵ ek 2/4. maddesini örnek olarak verebiliriz.

Yine Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin⁴⁶ 54.maddesi patent başvurusunun reddinin gerekçeli olacağını öngörmektedir.

Gerekçe yükümlülüğünü düzenleyen tüzüklere; Gümrüğe Terkedilen, Terkedilmiş Sayılan, Müsadere Edilen Eşyanın Tasfiyesine İlişkin Tüzüğün⁴⁷ 15/A-5. maddesini ve Kültür Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü’nün⁴⁸ 9.maddesini gösterebiliriz.

⁴⁰ ODYAKMAZ, Zehra: “Bilgi Edinme Hakkı...”, agm., s.246.

⁴¹ Ayrıntılı olarak bkz. ERKAL, Atılâ: Türk ve Alman Hukukunda İdarî İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü, Konya 2002, s.62 vd. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁴² 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu. En son değişiklik 02.05.2001 tarihinde 4667 sayılı Kanunla yapılmıştır.

⁴³ 11.11.1983 tarih ve 2954 sayılı Kanun.

⁴⁴ 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Kanun.

⁴⁵ 19.7.1972 tarih ve 1615 sayılı Kanun.

⁴⁶ 24.6.1995 tarih ve 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

⁴⁷ 10.11.1983 tarih ve 83/7385 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. 17.12.1983 tarih ve 18353 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ 20.7.1990 tarih ve 90/712 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. 17.9.1990 tarih ve 20638 sayılı Resmî Gazete.

Yönetmeliklere örnek olarak da Basın Kartları Yönetmeliği'nin⁴⁹ 35.maddesi, Rekabet Kurumu Çalışma Usûl ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin⁵⁰ 23/h.maddesi ve Evlendirme Yönetmeliği'nin⁵¹ evlenmenin reddinin gerekçeli olacağını düzenleyen 23. maddesi sayılabilir.

c) İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmiş Olması

Daha önce değindiğimiz üzere; Anayasa'da "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40.maddeye 3 Ekim 2001 yılında yeni bir fıkra eklenmiştir: "Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır".⁵²

E. Uluslararası Çalışma Teşkilâtı'nın (ILO) Kararları

Çalışma Bakanlığı Uluslararası Çalışma Teşkilâtı'nın (ILO) kararlarını uygulamak zorundadır.

Danıştay bir kararında şöyle demektedir: "*Uluslararası Çalışma Teşkilâtı'nın (ILO) ülkemizce onaylanan 87, 98, 151 sayılı sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin Anayasa'nın 53. ve 90.maddeleri uyarınca değerlendirilmesi sonucu Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Sendikası ile Belediye arasında varılan mutabakat uygulamasının..... suç teşkil eder bir yanının bulunmadığı.....*"⁵³.

Globalleşme süreci, bütünleşme süreci, çalışma hayatını da önemli ölçüde etkilemektedir.

Globalleşme süreci ile çalışma standartlarının önemi daha fazla ortaya çıkmıştır.⁵⁴

Ancak milletlerarası çalışma standartları da yeni tartışmaların tetikleyicisi olmuştur.

Tartışmalara göre:

⁴⁹ Yönetmelik için bkz. 10.9.1986 tarih ve 19217 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁰ 23.5.1997 tarih ve 97/9468 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. 21.6.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmî Gazete.

⁵¹ 10.7.1985 tarih ve 85/9747 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. 7.11.1985 tarih ve 18921 sayılı Resmî Gazete.

⁵² Bu konuda bkz. II/2/B. 1982 Anayasası'nda Bütünleşme Amacı Yolunda Yapılan Değişiklikler (i) maddesi.

⁵³ Danıştay 1. Dairesi'nin 17.11.2005 gün ve E.2005/1067, K.2005/1363 sayılı kararı.

⁵⁴ ARICI, Kadir: "Milletlerarası Çalışma Standartları ve Bu Standartların Onaylanma Zorunluluğuna Dair Tartışmalar", Prof. Dr. Cihat ÖZÖNDER'e Armağan, [Hacettepe Üniversitesi tarafından basılmaktadır].

a) Çalışma standartları iş hukukunda esneklik arayışının önünde bir engel teşkil etmektedir.

b) Standartların denetimi süreci milletlerarası siyasî baskı mekanizması haline getirilmektedir.

c) Standartlar bütün dünyada hızla uygulamaya sokulamamaktadır...⁵⁵

“Türkiye’de de çalışma standartlarının milletlerarası çalışma standartlarıyla aynı düzeyde olmasının sağlanmasında elbette büyük fayda vardır. Ancak, çalışma hayatının bu standartlara kavuşturulması için milletlerarası standartların.... sözleşme yoluyla.... kabul edilmesi şart mıdır?..... Ayrıca bir sözleşmeyi kanunla onayladığımız zaman....bu standartları ülkemizin şartlarına göre uygulama şansını kaybetmiş oluyoruz....”⁵⁶ şeklinde benim de katıldığım yorumlar da vardır.

Çünkü uluslararası sözleşmeleri usûlüne uygun onaylayan kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi’ne gidilememektedir.

F. “Atık” Konusu

Bir farklı örnek de “”atık”larla ilgilidir.

Türkiye’de 2005 yılında yürürlüğe giren Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliği atık üreticilerine atıkların bertaraf etmeleri konusunda ciddi yükümlülükler getirmiştir.⁵⁷

Bu kurallara uyulmaması halinde çeşitli cezaî yaptırımlar uygulanmaktadır.

Cezaî yaptırımların yanında yurtdışı ilişkilerde imaj kaybına da uğramaktadırlar.

O halde atıkların yönetmeliğe uygun biçimde bertaraf edilmesi gerekmektedir.

Atıkların ne şekilde bertaraf edileceği o maddenin özelliklerine göre değişmektedir.

Ülkemizde her türlü atığa çözüm üretecek tesisler yoktur. Bu sebeple “atık yönetimi” konusunda entegre bir sistem gerekmektedir. O halde atık yönetimi firmalarına ihtiyaç vardır.

⁵⁵ Bu eleştiriler ve tartışmalar konusunda fazla bilgi için bkz. ARICI, Kadir: agm.

⁵⁶ ARICI, Kadir: agm.

⁵⁷ Yönetmelik için bkz. 14 Mart 2005 gün ve 25755 sayılı Resmî Gazete.

Atık yönetimi; atıkların üretiminden nihaî bertarafına kadar geçen sürecin kontrollü ve sözkonusu mevzuata uygun bir şekilde yönetilmesini kapsar.

Türkiye’de Avrupa Birliği’ne uyum sürecinde uygulamaya konulmuş yasal zorunluluklar vardır. Ancak kuruluş maliyeti çok yüksek olan bertaraf tesisleri yetersizdir.

2005 tarihli Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliği; Çevre Kanunu’na⁵⁸ ve Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi’nin 3.maddesine uygun olarak hazırlanmıştır.⁵⁹

Hukukun uluslararası bağlamında taraf olunan uluslararası sözleşmeler, bunlara dayanılarak çıkarılan kanun ve yönetmelikler uygulamada sanayicileri çevre konusunda duyarlı olmaya zorlamaktadır.

Ancak tesislerde konu ile ilgili teknik personel ve altyapı eksiklikleri bulunmaktadır. Kamu kurumlarınca düzenli kontroller yapılamamaktadır.

Caydırıcı cezalar uygulanamamaktadır. Mevzuata rağmen çevre bilinci istenildiği oranda gelişmemektedir.

Ama yine de kanaatimca bu kadarcık bir bütünleşme bile hiç yoktan faydalı olmaktadır.

6. Hukukun Uluslararası Bütünleşmesine İlişkin Yeni Çalışmalar

Hukuk bakımından tam bir uluslararası bütünleşmeye ulaşmak amacıyla ülkemizde bazı kanun tasarıları hazırlanmıştır.

A. Genel İdarî Usûl Kanunu Tasarısı

6 Eylül 2001 tarihli Avrupa İyi İdarî Davranış Kanunu (The European Code of Good Administrative Behaviour), 7-8 Aralık Nice Zirvesi’nde onaylanan Avrupa Temel Haklar Şartı’nın “İyi yönetim isteme hakkı”nı düzenleyen 41.maddesi, Türk Genel İdarî Usul Kanunu hazırlanırken gözönünde bulundurulmuştur.⁶⁰

B. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsman) Kanunu Tasarısı

Ombudsmanlık Kanun Tasarısı da dünyadaki diğer ombudsmanlık kanunları incelenerek, ama Türk hukuk sistemi ve Türk halkının sosyolojik

⁵⁸ 9 Ağustos 1983 gün ve 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 8., 11. ve 12.maddeleri.

⁵⁹ Bkz. 15 Mayıs 1994 gün ve 21935 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁰ ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformundan İdarî Beklentiler”, s.13-25, Kamu Yönetimi Reformu (Panel), Ankara 21.06.2003, Ankara 2003, 96 sayfa, Türkiye Kamu-Sen Arge Yayınları, Yayın No:7.

yapısı gözönünde bulundurularak hazırlanmıştır.⁶¹ 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun tümü 25.12.2008 günlü, E.2006/140, K.2008/185 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiştir.

C. İdare Hukukunda Yargı Öncesi Çözüm Usûlleri (Alternative Dispute Resolutions in Administrative Law)

Son yıllarda hemen hemen özel hukukun bütün dallarında kullanılmaya başlanan yargı öncesi çözüm usûllerinin idare hukukunda da kullanılmasını sağlamak bakımından yargı öncesi çözüm usûlleri Genel İdarî Usûl Kanunu tasarısı içinde düzenlenmiştir.⁶²

⁶¹ Ombudsmanlık Kurumu ve “**Kaynakça**” için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey”, p.105-116, The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat; ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı'nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005); ODYAKMAZ, Zehra - Tufan ERHÜRMAN: “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl:4, Sayı:23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770; ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler”, s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı; ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler”, Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21; ODYAKMAZ, Zehra: “İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor”, (Röportaj) Tempo Dergisi, Sayı:2000/39, s.26-28; What Can The European Ombudsman Do For You? An overview of the ombudsman's work and how he could help you, Belgium 2008, 33 sayfa.

⁶² Fazla bilgi ve “**Kaynakça**” için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Mutual Limits of Administration's and Individuals' Powers or Freedom of Power in Terms of Alternative Dispute Resolution in Administrative Law-Yargı-Öncesi Çözüm Usûlleri Açısından İdare Hukukunda İdarenin ve Fertlerin Yetkilerinin Karşılıklı Sınırı ya da Yetki Hürriyetleri”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Sloboda, 20, godina kopaonice skole

III. SONUÇ VE ÖNERİLER

1. Davaların Çabuklaştırılması

Davaların süratle bitirilmesi konusunda bütünleşme olabilir. Usûl hukuku açısından başka ülkelerde böyle çabuklaştırıcı bir usûl varsa bu usûlün entegrasyonu faydalı olabilir.

2. Terörün Önlenmesi

Terör konusunda bütünleşme olabilir. Teröristlerin sığındıkları ülkelerin teröristi hemen iade etmesi sağlanmalıdır. Çünkü bu konu kendisine terörist faaliyetlerde bulunan devleti ilgilendirmektedir. Çabuklaştırma diğer devletlerle aynı usûlleri uygulamak şeklinde olmalıdır.

Karşılıklı olarak devletler arasında ayrımcılık yapmamak gerekmektedir.

Diğer suçluların iadesinde de aynı sistemin kabulü sağlanmalıdır.

3. Ticaret Hukuku

Ticaret hukukunda bütünleşme çok önemlidir. Küreselleşme neticesinde ekonomik faaliyetler bir ülkenin sınırları içinde kalmamakta, ithalât ve ihracat bakımından birçok ülkeyi ilgilendirmektedir.

Bu bakımdan ticaret hukukunda bütünleşme ekonomik alanda müşterek uygulamayı, bilgi birliğini ve dolayısıyla işlemlerde kolaylığı ve birliği sağlayacaktır.

4. Ulaştırma Mevzuatı

Hava, kara ve deniz yolları bakımından ulaştırma konusunda bütünleşme çok önemlidir. Ülkesinden hareket eden bir TIR, kamyon, uçak veya gemi birçok ülkede farklı ulaşım ve trafik kurallarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu alanda uluslararası bütünleşmeye ihtiyaç vardır.

5. İnsan Hakları

İnsan hakları alanında bütünleşme herkes için aynı olmalıdır. Meselâ, Türkiye ve Almanya farklı olmamalıdır. Almanya, Türk ailelerinin birleşmesi için Almanca bilmeyi şart koşmaktadır.

Halbuki biz ülkemizde Almanlara özellikle güneyde oturma hakkını tanımaktayız. Almanlar ev almakta, yerleşmektedirler. Biz onlara Türkçe biliyor musun? diye sormuyoruz. Almanya ise Almanca bilme şartını yalnız Türklerde aramakta, diğer milletler için aramamak suretiyle ayrımcılık yapmaktadır..

prirodnog prava, Broj 10/2007, Godina LVI / Knjiga 510, 1-972, Beograd, s.547-576.

6. Kadın Hakları

Bütünleşme deyince insan hakları akla gelmektedir. Kadın hakları da insan hakkıdır. Bir ülkenin şiddet saydığını diğer ülke şiddet saymamaktadır.

Şiddet konusunda bütünleşmeye ve dolayısıyla yaptırım birliğine gidilmelidir.

Bu örnekleri, yani hukuk entegrasyonunun yapılabileceği alanları çoğaltmak mümkündür.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, hukukun uluslararası entegrasyonu çok faydalıdır.

Ancak uygulamada –özellikle teknik ve sosyal konularda- ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır.

Çünkü meselâ çevre ve tehlikeli atıklar konusunda altyapı eksikliği vardır. Sosyal konularda ise toplum henüz hazır olmayabilmektedir.

Bütünleşme sürecinde bütünleşmeye konu olacak alanın yerel dinamikleri iyi incelenmeli, uluslararası mevzuatın bu dinamiklere uyum sağlama imkânı iyi değerlendirilmeli ve hazmetme kapasitesi iyi hesaplanmalıdır.

Bunlar iyi etüd edilemez ise hukukun entegrasyonu belki sağlanabilir ancak uygulamada işlevsel sonuçlar elde edilemeyebilir.

IV. KAYNAKÇA

ALTINBAŞ, Deniz: Avrupa Siyasî Bütünleşmesi ve Fransa'nın Yaklaşımı, Ankara 2004, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ANAYURT, Ömer: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Prof. Dr İlhan AKIN'a Armağan, Khuka, Cilt No:IV, Sayı:1, Yıl:6, 2003.

ARICI, Kadir: “Milletlerarası Çalışma Standartları ve Bu Standartların Onaylanma Zorunluluğuna Dair Tartışmalar”, Prof.Dr.Cihat ÖZÖNDER'e Armağan, [Hacettepe Üniversitesi'nde basılmaktadır].

DEUTSCH, Karl W. : “Political Community and The North Atlantic Area”, The European Union: Readings on the Theory And Practise of European Integration (Derleyenler: Brent F.NELSEN ve Alexander C-G.STUBB), İkinci Baskı, London 1998, Macmillan Press Ltd.

EISSEN, Marc-Andre: “The Principle of Proportionality In the Case-Law of The European Court of Human Rights”, R.St.J.Macdonald /F.Matscher / H.Petzold (KURT, Aytaç: agm.'den naklen).

ERKAL, Atılâ: Türk ve Alman Hukukunda İdarî İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü, Konya 2002, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ERKUT, Celâl: Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996.

EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku Genel Esaslar, İdarî Teşkilât ve İdarenin Denetlenmesi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Beşinci Bası, Ankara 1985, Turhan Kitabevi Yayınları.

GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri”, Amme İdare Dergisi, Cilt:37, Sayı: 3, Eylül 2004, s. 83-110.

GEREK, Şahnaz-Ali Rıza AYDIN: “Anayasa'nın 90.Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:55, Yıl:2004, s.226-238.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 23. Baskı, Ankara Ekim 2005, XXV+568 sayfa, Turhan Kitabevi Yayınları.

GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 9.Baskı, Ankara 2004, xxxii+578 sayfa, İmaj Yayınevi.

HAAS, Ernst B.: Beyond The Nation-State: Functionalism and International Organisation, Stanford 1964, Stanford University Press.

HAZIR, Hayati: “Avrupa Topluluğu Hukuku ile Türk Hukuk Sisteminin Bütünleşmesinde Egemenliğin Devri Sorunu”, s.9-22, Prof.Dr.Halil CİN'e Selçuk Üniversitesi'nde 10.Hizmet Yılı Armağanı (17.11.1984-17.11.1994), Konya 1995, Selçuk Üniversitesi Yayınları No:129, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 14.

KESKİN, Bayram: Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, Ankara Ocak 2008, XVIII+269 sayfa, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.

KURT, Aytaç: “Avrupa Hukukunda İyi Yönetim Hakkı Çerçevesinde Ölçülülük İlkesi”, <http://www.danistay.gov.tr/6%20.%20iyiyonetim.htm>

METİN, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Birinci Baskı, Ankara Ekim 2002, 263 sayfa, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic.A.Ş.

METİN, Yüksel-Gamze ASLAN: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Özgürlüğü (Freedom of Association in the European Convention on Human Rights”, Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi, Yıl: 2007, Cilt:12, Sayı:3, s.271-298.

ODYAKMAZ, Zehra: “International Integration of Law and Its Reflection to National Law”, p.231-258, Pravni Zivot, casopis za pravnu teoriju i praksu, Te matski Broj, Pravo I Medunarodne Integracije, 21, Godina Kopaoničke Škole Prirodnog Prava, Udruženje Pravnika Srbije, Broj 14, Beograd 2008, Tom VI, 904 pages.

ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: Anayasa Hukuku İdare Hukuku, 2007 ve 2008 yılı Anayasa değişikliklerine ve son güncel mevzuata göre hazırlanmıştır, 8. Basıdan Tıpkı 9.Bası, İstanbul Ekim 2008, XXXII+904 sayfa, İkinci Sayfa Yayınları, Genel Yayın No:7, Dizi No:8.

ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4.Bası, 51 Adet Çözümlü Soru, İstanbul Ekim 2008, X+390 sayfa, İkinci Sayfa Yayınları, Genel Yayın No:8, İkinci Sayfa Dizisi:6.

ODYAKMAZ, Zehra: Türk İdarî Yargılama Usûlünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Birinci Baskı, İstanbul Mayıs 1993, XIII+181 sayfa, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Yayın No:123, Hukuk Dizisi:46.

ODYAKMAZ, Zehra: “Mutual Limits of Administration’s and Individual’s Powers or Freedom of Power in Terms of Alternative Dispute Resolution in Administrative Law (Yargı Öncesi Çözüm Usûlleri Açısından İdare Hukukunda İdarenin ve Fertlerin Yetkilerinin Karşılıklı Sınırı ya da Yetki Hürriyetleri)”, Pravni zivot casopis za pravnu teoriju i praksu, Tematski Broj, Pravo I Sloboda, 20, godina kopaonice skole prirodnog prava, Broj 10/2007, Godina LVI / Knjiga 510, 1-972, Beograd, s.547-576.

ODYAKMAZ, Zehra: “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, Nisan-Mayıs 2005, Sayı:7-8, Cilt:43, s.34-37.

ODYAKMAZ, Zehra: “İdarî Usûlden Beklediklerimiz”, s.2-5, T.C.Başbakanlık İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Ankara 1998, vi+307 sayfa, T.C.Başbakanlık Basımevi.

ODYAKMAZ, Zehra: Hazırlanmakta Olan İdarî Usûl Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar”, Prof.Dr.Naci KINACIOĞLU’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:I, Sayı:2, Aralık 1997, s.1-21.

ODYAKMAZ, Zehra: “Demokratik Yönetim İçin İdarî Usûl Yasası”, s.203-208, Hukuk Merceği, Konferans ve Paneller 2002, Law Scope Conferences and Panel Discussions 2002, 3, Ankara Barosu Yayınları, ABA Publications, 602 sayfa.

ODYAKMAZ, Zehra: “Şeffaf Yönetime Doğru”, Strateji (Yimder Bülteni), Yıl:1, Sayı:2, s.3.

ODYAKMAZ, Zehra: “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu İşliyor mu?”, s.235-300, Türk Hukuk Kurumu, Yetmişbirinci Kuruluş Yılı Armağanı, 9 Nisan 2005, Ankara 2005, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Armağan Kitap:1.

ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Yönetimi Reformundan İdarî Beklentiler”, s.13-25, Kamu Yönetimi Reformu (Panel), Ankara 21.06.2003, Ankara 2003, 96 sayfa, Türkiye Kamu-Sen Arge Yayınları, Yayın No:7.

ODYAKMAZ, Zehra: “The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey”, s.105-116, The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat.

ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı’nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005).

ODYAKMAZ, Zehra - Tufan ERHÜRMAN: “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik İdarî, Hukukî Değerlendirme, Yıl 4, Sayı 23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770.

ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Hukuk Kurultayı’na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler”, s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı.

ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler”, Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21.

ODYAKMAZ, Zehra: ; “İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor”, (Röportaj) Tempo Dergisi, Sayı: 2000/39, s.26-28.

OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak, Birinci Baskı, Ankara Temmuz 2002, 248 sayfa, Seçkin Yayıncılık San.ve Tic.A.Ş.

OĞURLU, Yücel: “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı”, Danıştay 2003 Yılı İdarî Yargı Sempozyumu, Ankara 2003, Danıştay Yayınları.

ULUSOY, Ömer Âdil: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Yeni Kavram: Ölçülülük İlkesi ve Yasa Uygulayıcılar

Açısından Uyma Zorunluluğu”,
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg19/atasoy.pdf>.

What Can The European Ombudsman Do For You? An overview of the Ombudsman’s work and how he could help you, Belgium 2008, 33 sayfa.

CRIMES AGAINST HONOUR IN ISLAMIC/OTTOMAN LAW: A STUDY OF QADHF/SLANDER IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Doç. Dr. Recep ÇİĞDEM*

ABSTRACT

This paper examines the concept of *qadhf*/defamation in the light of the judicial registers of the Bakhchisaray (Crimea)¹ and various Istanbul law-courts. To give the reader a legal and historical background, it gives a summary of the Sunni legal doctrines. I hope this study contributes to our understanding of Sunni Islamic law and the application of the law in the *qadi* courts.

KEY WORDS: Honour, Slander, Defamation, *Ta'zir*, Criminal Law, Hanafi, Legal studies

ŞEREF KARSİ İŞLENEN SUÇLAR: HAKARET/İFTİRA KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI BİR ÇALIŞMA

ÖZET

Bu çalışma, Bahçesaray/Kırım ve İstanbul Mahkemeleri tutanakları ışığında şerefe karşı işlenen suçları ele almaktadır. Okuyucuya, hukuksal ve tarihsel arka plan hakkında bilgi vermek amacıyla bu konu hakkındaki Sunni hukuk doktrinine yer verilmektedir. Umarım ki bu çalışma, İslam hukukunu ve bu hukukun kadi mahkemesinde uygulanmasını anlamamıza katkı sağlar.

ANAHTAR KELİMELER: Şeref, Haysiyet, İftira, Hakaret, *Ta'zir*, Ceza Hukuku, Hanefi, Hukuk Çalışmaları

Introduction

To begin with, since the 1940's increasing numbers of studies devoted to the *sicils* (court registers) have been appearing. However, these tend to

* Harran Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, recepcigdem@yahoo.co.uk

¹ The original registers are located in the Saint Petersburg library in Russia. In Ukraine, the library of Crimean Tatars holds a copy of these registers, where I obtained my copies.

concentrate on the central part of the Ottoman Empire.² Apart from few studies, there is almost no work on the *sicils* of Crimean Khanate. Researchers are expected to fill this gap.

The *qadi* court was headed by a single judge who had two primary assistants, a clerk³ and a *muhzir* (summoner).⁴ The names of the *shuhud al-hal* who witnessed the proceedings of the court and ensured its fairness and justice were annexed to each case.⁵ The cases were recorded in short form and it is not clear whether they reflect the entire litigation. We also do not know what happened before and after a particular court session.

Having introduced the *qadi* court, let us look at the classification of crimes in Hanafi law. Jurists examine crimes under two main headings: *hudud* and *jinaya*. *Hadd*⁶ refers to the punishments fixed by the *shari'a* as “*haqq Allah* (the right of God)”.⁷ Whereas *jinaya* corresponds to *haqq al-adami* (the right of men).⁸ *Ta'zir* amounts to what is termed ‘*qadi* justice’, that is to say, discretionary punishment issued by the *qadi*.⁹ *Ta'zir* covers wide range of

² For a survey of the studies on *sicils*, see R. Cigdem, *The Register of the Law Court of Istanbul 1612-1613: A legal Analysis*, (Unpublished PhD thesis, The University of Manchester, 2001).

³ My survey of the register of the law court of Istanbul indicates that clerks were familiar with *fiqh* and frequently were sent to investigate civil and criminal disputes. Further research is needed to verify that the clerks of the Bakhchisaray court performed the same function.

⁴ Heyd, U. *Studies in Old Ottoman Criminal Law* (Oxford: The Clarendon Press 1973), p. 272 (footnote).

⁵ R. C. Jennings, “Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri”, *Studia Islamica* III (1978); pp. 143-4; Cigdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*, pp. 84-60

⁶ The *hadd* crimes comprise *zina* (unlawful intercourse), *qadhif* (false accusation of *zina*), *shurb al-khamr* (wine drinking), *sariqa* (theft), and *qat' al-tariq* (highway robbery).

⁷ Shams al-Din al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, (Beirut: Dar al-Ma'rifa 1986), vol. 9, p. 36; Burhan al-Din al-Marghinani, *al-Hidaya* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1971), vol. 3, pp.194-95.

⁸ Marghinani, *Hidaya*, vol. 4, p. 167.

⁹ Abu Bakr b. Mas'ud al-Kasani, *Bada'i al-Sina'i* (Beirut: Dar al-Kutub al-Arab 1982), vol. 7, p. 63; Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 116-18.. For more see, Muhammed b. Ali Ibn Senan, *Al-Janibu ta'zir fi jarimat-i zina*, (Riyad: Dar al-Ma'had,1982); Şekerci, O. *İslam ceza hukukunda ta'zir suçları ve cezaları*, (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, no date); Ahmed Fethi Behnesi, *Al-Ta'zir fi*

crimes which means if the provisions of *hadd* or *jinaya* are not satisfied, the *qadi* holds the right to turn to *ta'zir* to sentence the culprit rather than let him go free.

Legal Doctrines

Let us now go over the legal doctrines. *Qadhf* protects people, particularly free Muslims against only the *zina* (unlawful intercourse, fornication, adultery) accusation.¹⁰ It does not provide a comprehensive protection against defamation as is the case in modern secular laws.¹¹ However *ta'zir* can fill this loophole and provide a general protection against all sorts of insults and defamation based on the customs of a particular society. The distinction between general insults and *qadhf* is that the latter has a specific meaning i.e., an explicit accusation of *zina* whereas all other insults are general and merit only *ta'zir*. Each society defines what it considers to be general insults.

Having said that, let us now go over the theoretical basis of *qadhf*. It literally means defamation, slander, or false accusation.¹² As a legal term, it signifies “an unambiguous accusation of fornication, or impugning the legitimacy of a Muslim and free woman’s child by an adult and sane person”.¹³

Islam, (Cairo: Muassasa al-Halij al-Arabi, 1988); Cigdem, R., “The Concept of Ta’zir (Discretionary Punishment) in Theory and in Practice”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2, (2004), pp. 167-179.

¹⁰ For an independent and comprehensive study on *zina* see, Riyad Abdullah, *Al-zina ‘abr al-usur wa mawakif al-adyan minhu*, (Beyrut: Muassasa Jami’a li-dirasat, 1988); Boynukalın, M. *İslam hukukunda zina suçu ve cezası*, (Unpublished MA thesis: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995); Salih b. Nasır b. Salih Huzeyyim, *‘Uqubat al-zina wa shurut tanfizuhâ*, (Jidda: Dar Ibn al-Jawzi, 2001); Çelen, M, *İslam hukukunda zina ve recm*, (Istanbul: Denge Yayınları, 2006); Çiğdem, R., ‘The judicial records of the Bakhchisaray (Crimea) law-court: A Study of Fornication’ (Forthcoming).

¹¹ Modern Turkish Criminal law deals with defamation in detail (articles 125-131, 267). For more see, Centel, N & Zafer, H. & Çakmut, Ö. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (Istanbul: Beta Yayınevi, 2007), Vol. 1; No author, ‘Şerefe Karşı Suçlar’, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/175.doc> ; No author, ‘Türk Ceza Hukukunda Şerefe Karşı Suçlar’, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/hakaret.doc>.

¹² Wehr, H. *A Dictionary of Modern Written Arabic: Arabic-English*, ed. M. J. Cowan (Wiesbaden: Librairie du Liban 1980).

¹³ Ibrahim al-Halabi, *Multaqa al-Abhur* (Istanbul: Güryay Matbaası 1981), pp. 196-98; Muhammed b. Ahmed Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-*

Only the *muhsan*, i.e., a man or woman who is free,¹⁴ sound of mind, adult, Muslim, and free of any *zina* conviction, is protected by this punishment.¹⁵ *Ihsan* is established with the evidence of two male or one male and two female witnesses, or with the confession of the slanderer.¹⁶

In the view of jurists, if the prescribed punishment is not applicable because one of the above conditions is missing, e.g., if *qadhf* is directed against a *dhimmi* (a non-Muslim living in Muslim territory),¹⁷ or a slave, *ta'zir* is applicable.¹⁸ Likewise, if one person calls another an “infidel”, “villain”, or “thief”, *ta'zir* is applicable, because the definition of *qadhf* is not satisfied.¹⁹ Quoting an earlier doctrine that calling somebody “donkey” does not merit *ta'zir*, Marghinani states: “in our custom, it [viz., the word ‘donkey’] is an insult, and so s/he is to be chastised”.²⁰ This indicates that if a particular society considers a word or an expression to be an insult, *ta'zir* prosecution can be started.

In line with other schools of law, Hanafi *madhab* holds the view that the victim must formally requests the *qadhf* punishment,²¹ otherwise, no prosecution

Muqtasid, (Beirut: Dar al-Fikr, no date), vol. 2, p. 330; Karaman, H. *Mukayeseli İslam Hukuku* (Istanbul: Nesil Yayinlari 1996), vol. 1, p.183.

¹⁴ According to Malik, *hadd* for *qadhf* protects anyone irrespective of his gender or religious affiliation, or social status. This means that in his view there is no difference between a Muslim and *dhimmi* or free and slave, man and woman. Ibn Rushd, *Bidaya*, vol.2, p. 330

¹⁵ Halabi, *Multaqa*, p. 196; Ibn Rushd, *Bidaya*, vol.2, p. 330; Abdullah b. Ahmad Ibn Qudama, *al-Mughni*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992), vol.10, p. 193.

¹⁶ Ibn Humam, Kamal al-Din, *Fath al-Qadir*, (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi, 1970), vol. 5, p. 319.

¹⁷ Halabi, *Multaqa*, p. 217 (margin note).

¹⁸ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 116-17; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, pp. 216-7.

¹⁹ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 116-17; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, p. 200; Bilmen, Ö. N. *Hukuku İslamiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu*, (Istanbul: Bilmen Basımevi, 1969), vol.3, p. 237.

²⁰ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, pp. 116-17.

²¹ Likewise, according to the Turkish criminal code, the proceeding of defamation is subjected to the complaint of the victim unless he was a civil servant and the defamation was related to his service. This means that unless the victim takes the case to the court, the prosecutor is not entitled to deal with it. This means that it is seen as a personal rather than a public issue. Here, the right of a particular person is violated. Turkish Criminal Code, *Article*, 131/1.

is available.²² If *qadhif* is directed against a deceased person,²³ his ascendants or descendants are entitled to demand the punishment.²⁴ However, according to Hanafi school, if the object of *qadhif* dies before prosecution,²⁵ the *hadd* lapses.²⁶

While in the Hanafi view, *afw* (pardoning the criminal by the victim) does not drop the *hadd*, it does so in the Shafi and Hanbali view. According to the Maliki point of view, *afw* drops the *hadd* unless the case has been taken to the court; once the case has been brought to the attention of the court, *afw* is not available.²⁷

The punishment of *qadhif*²⁸ is eighty stripes for a free person; forty stripes for a slave.²⁹

It is now worth looking at the collection of the *fatwas* of the muftis as they represent the living tradition of the *fiqh* and they give us clue about the real life of the time in which they were issued. I would like to quote *Ali efendi* who held the office of *sheikh al-Islam* while our documents from Crimea were being recorded.³⁰

²² Ibn Humam, *Fath al-Qadir*, vol. 5, pp. 316-17; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, pp. 195, 220-2.

²³ Turkish Criminal Code has a similar principle. The code reads: 'if the crime is directed against a deceased person, his ascendants and descendants until the secondary degree or his spouse or his splings can file a complaint. Turkish Criminal Code, *Article*, 131/2.

²⁴ Halabi, *Multaqa*, p. 196; Bilmen, *Hukuku Islamiyye*, vol.3, pp. 240-2.

²⁵ Turkish criminal code has a different rule entitling his relatives to bring the case to the attention of the court. Turkish Criminal Code, *Article*, 131/2.

²⁶ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 113.

²⁷ Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, p. 196; Ibn Rushd, *Bidaya*, vol. 2, p. 331; Bilmen, *Hukuku Islamiyye*, vol.3, pp. 239-240.

²⁸ According to the Turkish criminal code, defamation may result in a minimum punishment of 3 months' imprisonment or a monetary fine. Turkish Criminal Code, *Article*, 125.

²⁹ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, 112; Muhammed al-Shirbini al-Khatibi, *al-Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani al-Alfadh al-Minhaj* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1958), vol. 4, p. 156; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, pp. 192,198; Ibn Rushd, *Bidaya*, vol. 2, p. 331.

³⁰ He was the *Sheikh al-Islam* from 14.11.1084/21.2.1674 until his dismissal on 8.11.1097/26.9.1686, and from 23.6.1103/10.3.1692 until his death on

A- *Fatwas* about the *hadd* for *qadhif*:

1-Question: If Zayd says to his *muhsan* sister Hind, ‘Oh, Prostitute, harlot, fuck your vagina’, what is required to Zayd?

Answer: Severe *ta‘zir* and *hadd* for *qadhif*.³¹

2- Question: If Zayd says to Amr’s *muhsan* wife Hind, ‘Oh, fornicator’, what is required to Zayd?

Answer: *Hadd* for *qadhif*.³²

3-Question: If Hind insults Amr, the son of the deceased Zeynep, ‘Oh, bastard’, and Zeynep is *muhsan*, is *hadd* for *qadhif* required to Hind if Amr demands it?

Answer: Yes.³³

4-Question: If Zayd insults Amr, who is *muhsan*, ‘Oh, illegitimate child/bastard’, what is required to Zayd?

Answer: *Hadd* for *qadhif*.³⁴

These *fatwas* are in accordance with the juristic theories and indicate that slang words were used in the society and that the victims did not hesitate to apply to a *sheikh al-Islam* to get a *fatwa*. These *fatwas* might have been used in a court of law; otherwise why should s/he try to get one.

B-*Fatwas* about the *ta‘zir*:

1-Question: If Zayd insults Amr, ‘Oh, cuckold (*deyyüs*)’, what is required to Zayd?

Answer: *Ta‘zir*.³⁵

2-Question: If Zayd insults Amr who is a pious man, ‘Oh, pimp’, what is required to Zayd?

Answer: *Ta‘zir*.³⁶

2.8.1103/19.4.1692. Akgündüz, M. *Osmanlı Devletinde Şeyhulislamlık*, (Istanbul: Beyan Yayınları, 2002), p. 330

³¹ Salih b. Ahmed al-Kafawi, *Fatawa Ali Efendi ma‘a Nuqul lil Kafawi*, (Istanbul: Matba‘a ‘Amira, no date), vol. 1, p. 136.

³² Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

³³ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

³⁴ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

³⁵ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

³⁶ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

3-Question: If Hind insults Zeynep who is known as a pious woman, ‘Oh, pimp’, what is required to Hind?

Answer: *Ta‘zir*.³⁷

4-Question: If Zayd insults Amr who is Muslim, ‘Oh, pig, cursed’, what is required to Zayd?

Answer: *Ta‘zir*.³⁸

5-Question: If Zayd insults Amr who is scholar, ‘Oh, labour/servant (irgat), donkey’, what is required to Zayd?

Answer: *Ta‘zir*.³⁹

6-Question: If *dhimmi* Zayd, using sexual words insults priest Amr, ‘Oh, fuck your religion and belief’, what is required to Zayd?

Answer: *Ta‘zir*.⁴⁰

These *fatwas* are also in corroboration with the legal doctrines. However, it is to be noted that the expression ‘*muhsan*’ is eliminated or replaced with ‘pious’, this is because *ihsan* is not required in cases amounting to *ta‘zir*. The fourth question suggests that calling a scholar, a servant, or a labour was considered as offensive word and amounted to *ta‘zir*. This in turn implies that this word was used for the socially inferior people.

The court cases

A-Cases From the Istanbul Law Courts

I would like to examine four cases from the registers of Istanbul law courts, one of which is about the *hadd* for *qadhif*. The second also amounted to slander punishment but the accused escaped it as the plaintiff’s chastity was not established as a fact. The remaining two cases are about *ta‘zir*.

Case 1:⁴¹

From the *Zuama*,⁴² *Multezim*⁴³ Ahmed *ağa* b. (son of) Abdullah, resident in the quarter of Davutpasha near Beyazıd-ı cedid, in the presence of his

³⁷ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 137.

³⁸ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 138.

³⁹ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 138.

⁴⁰ Kafawi, *Fatawa*, vol. 1, p. 141.

⁴¹ İstanbul Müftülüğü Şer’iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Kadılığı*, 25, p. 142.

⁴² Holder of a large military fief. *New Redhouse Turkish-English Dictionary*, (Istanbul: Redhouse Yayınevi, 1994).

neighbour *Sipahi*⁴⁴ *Al-Hac* Mustafa b. Ahmed, whom he [Ahmed] had him summoned to the noble court, [Ahmed] stated:

‘The aforesaid Mustafa, one night before, just before the nightfall, in front of the door of his house, slandered and insulted me face to face by [saying] ‘unbeliever, pale head, fornicator, you take woman to your house’. Shame has attached to me. I demand the requirement of the *shari‘a*.’

After his lawsuit, and the denial [of the defendant], the aforesaid plaintiff brought [to the court] the persons named *Al-Hac* Bekir b. Ahmed and Ahmed b. Muhammed, residents in the aforesaid quarter and they testified in his favour. For their [witnesses] *tazkiya* (legal integrity) in their quarter, Mehmed Emin *efendi* was sent by the noble court. When he arrived in the quarter, and carried out the *tazkiya*, twenty nine people whose names are recorded informed that the two aforesaid witnesses are not known with telling a lie and they are just people. Their [two witnesses] testimony was accepted.

From the residents of the aforesaid quarter, eleven trustworthy persons named Imam Süleyman *efendi*, and butcher İlyas, and preacher *sheikh* Hasan *efendi*, and the preacher of the Naili beşe mosque the other *sheikh* Hasan, and the *khatib* of the mosque Beyazıd-ı Cedit *Seyyid*⁴⁵ Abdurrahman *efendi*, and *Al-Hac* Ahmed, and *Al-Hac* Süleyman and *Al-Hac* İbrahim and fruit seller *Seyyid* Musa and *Sipahi Al-Hac* Ömer and *Kayyim Al-Hac* Muhammed and Ömer *ağa* came to the noble court and testified that the aforesaid Ahmed *ağa* is *muhsan* and free of *zina*.

Accordingly, upon the request of the aforesaid Ahmed *ağa*, the *hadd* for *qadhif*, beating with eighty lashes is required to the aforesaid *Sipahi Al-Hac* Mustafa. This has been presented to his Excellency. On 24 *Rabi‘ al-Awwal* 1180/30.08.1766

Here, we see the principles of the law at work. In detail, a man named Ahmed filed a complaint against his counter part named Mustafa. As we understand from their title, both were the fief holders, well-to-do men. Ahmed accused Mustafa of calling him unbeliever, fornicator etc. The defendant denied the charge. Upon his denial, the plaintiff brought two witnesses to testify in his

⁴³ A tax farmer. Bayerle, G. *Pashas, Begs, and Efendis: A Historical Dictionary of Titles and Terms in the Ottoman Empire* (Istanbul: The Isis Press 1997), p. 152.

⁴⁴ Cavalry soldier, holder of fief in knight service. New Redhouse.

⁴⁵ This is a title given to the descendants of the Prophet Muhammed. Bayerle, *Pashas*, p. 136.

favour and they did so. As required by the law,⁴⁶ the credibility of the witnesses investigated by the court. Once twenty nine persons testified that they hold the legal integrity, the court accepted their testimony. However, there remained the question of whether the plaintiff was a *muhsan* and a chaste person. We see eleven men attending the court to testify to this effect. Once the requirements of the law were satisfied, the judge passed his judgement condemning the accused to eighty lashes.

Although the testimony of two male witnesses is sufficient to establish the legal integrity of the witnesses,⁴⁷ the judge employed many witnesses. This is perhaps because the judge wanted to ensure that they were qualified to stand witness and to eliminate any doubt and suspicion.

The expression ‘this has been presented to his Excellency’ suggests that the case was submitted to the Sultan for approval. This verifies the following statement of Heyd: ‘the result of their [the *qadis*] investigation was to be submitted to the Sultan...The *buyruldu* registers contain a large number of such decisions in criminal matters.’⁴⁸ This however contradicts the requirement of the penal code of Süleyman which was the code of the time:

“If according to the customary law it is proved and evident that a person has committed a crime, he who serves as *qadi* shall give a certificate (*hüccet*) [to that effect] to the executive officers (*ehl-i ‘örf*). In accordance with that certificate, the executive officers shall hang the person who incurs hanging and cut off a limb of the person who incurs the cutting off of a limb. And the *qadi* shall not prevent this and shall not cause the punishment to be postponed [but] let the punishment be carried out at the place where the crime was committed.”⁴⁹

Case 2:⁵⁰

A woman called Ayşe bt. (daughter of) *Al-Hac* İsmail, whose identity has been clarified with a *shar‘i* description, holder of this document, in the

⁴⁶ Although according to Abu Hanifa the inquiry of the witnesses is not required except for intentional homicide and *hudud*, Abu Yusuf and Muhammed have the opinion that the open and the secret inquiry in each case are to be carried out. Muhammed b. Faramudh, Molla Husrev, *Durar al-Hukkam fi Sharh al-Ghurur al-Ahkam* (Istanbul: Sahaf al-Osmani 1310) vol. 2, p. 743; Abdullah b. Sheikh Muhammed, Damad effendi, *Majma al-Anhur fi Sharh al-Multaqa al-Abhur*, (Istanbul:Matbaa al-Amira 1316), vol.2, p. 189.

⁴⁷ Marghinani, *Hidaya*, vol. 3, p. 119.

⁴⁸ Heyd, *Criminal Law*, pp. 255-6.

⁴⁹ Heyd, *Criminal Law*, p. 118.

⁵⁰ İstanbul Müftülüğü Şer‘iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Kadılığı*, 25, p. 137.

presence of *Al-Hac* Salih b. *Al-Hac* Ali, whose name is recorded, [Ayşe] stated in the noble court:

‘One day before the date of this document, in my own house, without a right, the aforesaid *Al-Hac* Salih insulted me face to face saying ‘brothel keeper, prostitute, you came here from your town because of improper act’. I demand the requirement of the *shari‘a*.’

After her lawsuit, and the denial [of the defendant,] the aforesaid plaintiff established her above written claim with the testimony of the persons named Muhammed *efendi* b. Ebu Bekir and coal dealer Muhammed *efendi* b. Mustafa whose being just persons have been informed after the *tazkiya*.

Since Ayşe’s being chaste woman is not clear, *hadd* for *qadhif* dropped. Accordingly, *ta‘zir* is required to the aforesaid *Al-Hac* Salih. This has been written and presented to his Excellency. On 20 *Rabi‘ al-Awwal* 1180/20.8.1766

In this case, a woman was the plaintiff. A certain Ayşe brought a case against a man called Salih. Her accusation amounted to *hadd-i qadhif*, as she was labelled as prostitute and she was able to establish her claim with the testimony of two male just witnesses. However, she was not able prove that she was a chaste and uncorrupted woman. This turned the case to *ta‘zir*. Although the document clearly records that the accused received *ta‘zir* penalty it does not make it clear what kind of punishment it was. It seems to me that it was certain strokes, meaning that he was sentenced to corporal punishment. The number of lashes might have varied from 1 to 75 stripes. This is because, while Abu Yusuf (d.182/798) sets its highest limit as seventy five stripes, Abu Hanifa (d.150/767) and his disciple, Muhammad al-Shaibani (d.189/805) limits its maximum to thirty nine.⁵¹

The judgment of the court suggests that she was a corrupt woman. It is also possible that since she was a new resident in the quarter, nobody knew her and so she was not able to establish her being an honourable woman. The entry does not reveal why the problem broke out, was she a nuisance to the defendant or to the quarter? However, we learn from the record that some residents of the quarter witnessed the incidence.

Case 3:⁵²

İbrahim *efendi* b. Mustafa, in the presence of Süleyman b. Muhammed who has been summoned to the Istanbul Bab law court brought a case against him [stating]:

⁵¹ Marghinani, *Hidaya*, vol. 2, p. 117.

⁵² İstanbul Müftülüğü Şer‘iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Bab Mahkemesi*, 235, p. 59.

‘Two days ago, the aforesaid Süleyman insulted me by saying ‘pimp and brothel keeper’. I demand the requirement [of the law.]’

He [the defendant] denied the accusation.

The aforesaid plaintiff established his above written claim in accordance with *shari‘a* with the testimony of the persons named Osman *efendi* b. Hasan and *Seyyid* İsmail b. Mustafa whose being just persons have been informed.

Accordingly, *ta‘zir* is required to the aforesaid Süleyman. This has been presented to his Excellency. On 26 *Sha‘ban* 1179/7.2.1766.

In this case, a man named Süleyman was sentenced to *ta‘zir* punishment on the ground of the testimony of two witnesses that he insulted the plaintiff İbrahim uttering words amounting to *ta‘zir*. Although we know that the witnesses were credited by a number of people as the expression ‘whose being just persons have been informed’ suggests, their names were not disclosed. This gives the impression that in cases amounting to *ta‘zir*, the scribe of the court preferred a short writing. As we have seen above, in *hadd* cases, the document was written in detail disclosing the names of the creditors of the witnesses.

The defendant was summoned to the court. This implies that there was an earlier complaint by the plaintiff and that the defendant did not come to the court voluntarily. When he abstained from attending the session of the court, he was brought to the court by the police force.

Case 4:⁵³

The initiator of this document, *Seyyid* Abdullah, in the presence of *Seyyid* Mustafa brought a case against him in the Istanbul Bab law court [stating]:

‘On the day of this document, the aforesaid Mustafa insulted me saying ‘*puşt* (catamite?),’ and [insulted] my mother and wife using the words of sex’. I demand the requirement of the *shari‘a*.’

He [the defendant] denied the accusation.

The aforesaid plaintiff was not able to establish his case [with the testimony of two witnesses].

When the aforesaid *Seyyid* Mustafa was offered to take an oath upon request, he abstained from taking the oath.

Accordingly, *ta‘zir* is required to the aforesaid *Seyyid* Mustafa. This has been presented to his Excellency. On 23 *Ramadan* 1179/5.3.1766

⁵³ İstanbul Müftülüğü Şer‘iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Bab Mahkemesi*, 235, p. 6.

This case involved two *Seyyids*, the descendants of the Prophet, one accused the other of insulting him. According to the claimant, the defendant offended him by not only insulting himself but also his mother and wife. The document did record the offensive words directed to the plaintiff's mother and wife. The offensive word might have been 'fuck your mother and wife', which is still used in Turkish society.

The plaintiff was not able to substantiate his claim with the testimony of two witnesses. He, however, demanded that the defendant take an oath. The defendant did not take it and so the case ended in favour of the plaintiff as the defendant indirectly admitted the accusation. This is because in Hanafi law, civil and criminal trials follow the same judicial procedure: claim of the plaintiff, statement of the defendant, and evidence of the plaintiff or oath of the defendant. If the defendant opposes to taking an oath, he loses the case.⁵⁴

On the question of why the defendant refused to take the oath, it is highly likely that he did not want to tell a lie under oath. In addition, Ramadan, a sacred month may have played an important role in his abstaining from taking the oath. It is interesting to see a *Seyyid*, a descendant of the Prophet, violating the sacredness of the holy month of Ramadan. Muslims are expected not to utter offensive words in Ramadan. The Prophet is reported to have said: 'Whoever does not abandon the words of *zur* (lie, offensive words), there is no need for God in his abandoning his food and drink.'⁵⁵

On the question of why the fathers' name of both the plaintiff and the defendant are missing, it is possible that since they were well known, the scribe did not record, or else the clerk forgot to record them.

B-Cases From the Bakhchisaray Law Court

Our source contains two cases involving insulting language. Neither of these two cases satisfies the *qadhf*. However, they can be classified as defamation and general insult, and may trigger *ta'zir*. Although neither of these cases is related to *qadhf* itself, we are justified in examining them here, as they show the procedure of the court and establish as a fact that people did not tolerate defamation and sought justice when insulted. These also indicate that they were protected by the law against defamation.

The first document, which records only the facts without stating the decision of the court, reads as follows:

⁵⁴ Halabi, *Multaqa*, pp. 320-2.

⁵⁵ Abu Dawud, Sulayman b. Al-Ash'ath, *Sunan*, (Beirut: Dar al-Janani, 1988), *Sawm*, 25/2363, vol. 1, p. 720.

Case 1:

1/?/11⁵⁶ The case is as follows:

Musa, a bathhouse keeper, summoned *Haci* Hüseyin, a bathhouse keeper, [to the court] and said:

“He slandered (*qadhif*) me, saying, ‘you are a Jew,’ for no reason”.

Haci Hüseyin admitted [the accusation].

Recorded in *Sha‘ban* 1018 [October 1609].

Shuhud al-hal: Mehmet *efendi*, the *qadi* of Korkir, *Haci* Mehmet from Gözleve (Evpatoriya), *Müezzin*, *Hoca* Mustafa, *Perviz*, *Muhzir*, and others.

In this document, a Muslim claimed that a man named Musa had called him ‘a Jew’. Once the plaintiff had made his charge, the defendant admitted the accusation. Although we do not know the result of the trial, according to Hanafi legal doctrine, the defendant deserved a *ta‘zir* punishment, but not *hadd*, for calling the plaintiff a Jew.

This case involved two Muslims, and shows that they were very sensitive about being called ‘a Jew or an unbeliever’. This is because such accusation if proved has fatal consequences, as it may bring about capital punishment. This may also indicate that “*kafir* or Jew” was a word employed for teasing, and irritating and that its legal meaning is not meant. In other words, it was an instrument used by the people to disturb or irritate one another. Sometimes it became a matter of dispute in the court. However, it is very unlikely that all such cases were reported. This is why it is quite difficult to estimate how common it was among people and how many were taken seriously.

In this case, the accused and the plaintiff were a bathhouse owner, doing the same business. The dispute might have been the result of an economic concern. It is possible that it was the fierce economic competition which caused the dispute. Once the defendant insulted him by an offensive word, he brought it to the court. By this, he may have wished to show that he will seek justice and will not hesitate to go to court for any other disputes should one arise. This could have been a way of intimidation for the defendant. By bringing the case to the court, the plaintiff may have intended to do harm to his competitor’s business or get some sort of relief (economic advantage).

Case 2:

15/?/7 The case is as follows:

⁵⁶ I use the following system to identify a case from Bakhchisaray law court: “1/49/3,” means sicil 1, page 49, entry 3. A question mark e.g., “22/?/10,” indicates that the number is illegible.

From the quarter of Derib (?), Habib b. Derviş, *sufi*, summoned Kösep veled-i⁵⁷ (child of) Mustafa to the court and stated:

“The aforementioned Kösep insulted me by calling me an ‘unbeliever (*kafir*)’. I request that he should be interrogated according to *shari‘a* and that justice should be established.”

After interrogation and denial and failing to produce evidence, the aforesaid Kösep was offered to the oath.

He swore by God who sent down the Gospel to Jesus (peace be upon him).

It was recorded that he was acquitted.

[The case was probably recorded in the second ten days of *Safar* 1086 [May 1675], the date of the previous entry. R. C.]

Shuhud al-hal: Ebu Bekir *celebi*, *Muhtesib*,⁵⁸ Bayram Ali [b.] Zülgaffar.

Unlike the case above, here, the dispute involved a Muslim called Habib and a *dhimmi* named Kösep, whose father’s name implies that he was the child of a convert. The plaintiff was a *sufi* meaning that he was a pious man. He might have reported the case out of religious concerns, due to the fact, compared with lay persons, religious ones are easily offended by such a word. There should be some reasons why he called him as such. It must be the result of a dispute. Otherwise, why should he insult him? The document does not specify the reasons why he was insulted, and this was not the business of the court, as they are concerned with the facts but not with the reasons.

The outcome of the case was disappointing for the *sufi*, as the accused was acquitted upon oath and the lack of evidence. When the defendant refuted the accusation, and there was no evidence to corroborate the plaintiff’s statement, in accordance with standard judicial procedure, the defendant was offered the oath, and he took it. He was thereby acquitted. In *hadd* cases (apart

⁵⁷ A Muslim is identified as Ahmed *bin* (son of) Recep while a *dhimmi* is identified as Atnos veled-i (child of) Nikola, the word *bin* being replaced by the word *veled-i*. However, the word *bint-i* ‘the daughter of’ is used for identifying the father of both Muslim and *dhimmi* women. Cigdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*, p. 52.

⁵⁸ The *muhtesib* was a market inspector who attempted to ensure that the markets conformed to the official price (*narh*) and standard forms set up by guild regulations. He was under the supervision of the *qadi*. Akgündüz, *A. Osmanli Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (Istanbul: Fey Vakfi 1990), vol. 1, p. 212; Bayerle, *Pashas*, p. 112.

from *sariqa*), the oath cannot be offered to the defendant.⁵⁹ The fact that it was offered here shows that the court did not consider the case as falling under the category of *hadd*.

It is worth pointing out that the case indicates that the court was not influenced with the social or religious status of the plaintiff. In other words, the court had no bias against the *dhimmi* in favour of the *sufi*. The *dhimmi* did not suffer discrimination. Along with many other cases, this suggests that *dhimmis* had a fair trial, and that they did not hesitate to go to the court to defend themselves or initiate a case against a Muslim. Although they had some legal disadvantages, they employed the Muslim courts to enforce their rights. They expected and hoped justice as much as their Muslim counterparts.

Dhimmis employed Muslims as their witnesses against Muslims to overcome one of their main legal disadvantages and to get the *qadi*'s decision in their favour. The court registers is full of the Muslim witnesses employed by *dhimmis*. This suggests that they did not hesitate to stand witness against their religious counterparts in favour of *dhimmis*.⁶⁰

Conclusion

The primary aim of this article has been to find out the theoretical basis of *qadhf*, and the application of the laws in a court of law. As has been pointed out, *qadhf* does not provide a general protection against defamation. Rather, it protects Muslims against one type of crime, which is unambiguous accusation of *zina*. People, irrespective of their religious affiliation or social status/class, are protected against slander by *ta'zir*, a concept not fully developed by the jurists.

The court procedure in our documents follows the theoretical structure of *fiqh*. As we have seen, once a case is established, the *qadi* did not hesitate to issue his judgment in accordance with legal doctrines. Apart from the first case in which the defendant was condemned to *hadd-i qadhf*, the others amounted to *ta'zir*. In one case, the accused was acquitted of the crime on the grounds of lack of evidence.

My examination of the court registers further indicates that *dhimmis* lived in harmony with Muslims. They built houses next to each other and stayed as neighbours. They did not live in ghettos as suggested by *fiqh*⁶¹ and as Jews lived in medieval Europe. They established good relations with each other. They set up joint businesses and extended loans to each other. They enjoyed the

⁵⁹ Halabi, *Multaqa*, p. 320; Ibn Qudama, *Mughni*, vol. 10, p. 181.

⁶⁰ For more, see, Cigdem, *The Register of the Law-Court of Istanbul*.

⁶¹ Ibn Nujaym, *Zayn al-Din b. Ibrahim, Al-Ashbah wa al-Nazair*, (Beirut: Dar al-Maktaba al-Ilmiyya 1985), vol. 4, p. 458.

protection of the court and were treated fairly and impartially and did not suffer injustice.

KAYNAKÇA

Abdullah b. Ahmad Ibn Qudama, *al-Mughni*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1992)

Abdullah b. Sheikh Muhammed, Damad effendi, *Majma al-Anhur fi Sharh al-Multaqa al-Abhur*, (Istanbul:Matbaa al-Amira 1316)

Abu Bakr b. Mas'ud al-Kasani, *Bada'i al-Sina'i* (Beirut: Dar al-Kutub al-Arab 1982)

Abu Dawud, Sulayman b. Al-Ash'ath, *Sunan*, (Beirut: Dar al-Janan, 1988)

Ahmed Fethi Behnesi, *Al-Ta'zir fi Islam*, (Cairo: Muassasa al-Halij al-Arabi, 1988)

Akgündüz, A. *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, (Istanbul: Fey Vakfi 1990)

Akgündüz, M. *Osmanlı Devletinde Şeyhulislamlık*, (Istanbul: Beyan Yayınları, 2002)

Bayerle, G. *Pashas, Beks, and Efendis: A Historical Dictionary of Titles and Terms in the Ottoman Empire* (Istanbul: The Isis Press 1997)

Bilmen, Ö. N. *Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, (Istanbul: Bilmen Basımevi, 1969)

Boynukalın, M. *İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası*, (Unpublished MA thesis: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995).

Burhan al-Din al-Marghinani, *al-Hidaya* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1971)

Centel, N & Zafer, H. & Çakmut, Ö. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, (Istanbul: Beta Yayınevi, 2007)

Çelen, M, *İslam Hukukunda Zina ve Recm*, (Istanbul: Denge Yayınları, 2006)

Çigdem, R, *The Register of the Law Court of Istanbul 1612-1613: A legal Analysis*, (Unpublished PhD thesis, The University of Manchester, 2001)

Çigdem, R., "The Concept of Ta'zir (Discretionary Punishment) in Theory and in Practice", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1-2, (2004)

Damad efendi, Abdullah b. Sheikh Muhammed, *Majma' al-Anhur fi Sharh al-Multaqa al-Abhur*, Matba'a Amira, Istanbul, 1316

- Dussuqi, Ibn Ahmed, *Hashiya al-Dussuqi 'ala Sharh al-Kabir*, Dar al-'Arabiyya, Egypt, no date
- Düzdağ, M. E. *Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvalari Işığında 16. Asır Türk Hayatı*, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1972
- Heyd, U. *Studies in Old Ottoman Criminal Law* (Oxford: The Clarendon Press 1973)
- Ibn Nujaym, Zayn al-Din b. Ibrahim, *Al-Ashbah wa al-Nazair*, (Beirut: Dar al-Maktaba al-'Ilmiyya 1985)
- Bahr al-Raiq Sharh al-Kanz al-Daqaiq*, Matba'a al-'Ilmiyya, Beirut, 1311
- Ibn Qayyim al-Jawziyya, Muhammed b. Abu Bakr, *Zad al-Ma'ad*, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, Beirut, 1971
- Ahkam Ahl al-Dhimma*, Salih, S. (edt.), Dar al-I'lam, Beirut, 1981
- Ibn Qudama, Muwaffaq al-Din, Abdullah b. Ahmed, *Al-Kafi*, Zahir Shawish (edt.), Maktab al-Islami, Beirut, 1988
- Al-Mughni*, Dar al-Fikr, Beirut, 1992
- Ibn Rushd al-Hafid, Muhammed b. Ahmed, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, Dar al-Fikr, Beirut, no date
- Ibrahim al-Halabi, *Multaqa al-Abhur* (İstanbul: Güryay Matbaası 1981)
- İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Bab Mahkemesi*, 235, p. 59
- İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Bab Mahkemesi*, 235, p. 62
- İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Kadılığı*, 25, p. 142
- İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, *İstanbul Kadılığı*, 25, p. 137
- Jennings, R. C. "Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri", *Studia Islamica* III (1978)
- Karaman, H. *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: Nesil Yayınları 1996)
- Muhammed al-Shirbini al-Khatibi, *al-Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Ma'ani al-Alfadh al-Minhaj* (Egypt: Matba'a Mustafa al-Halabi 1958)
- Muhammed b. Ahmed Ibn Rushd, *Bidayat al-Mujtahid wa Nihayat al-Muqtasid*, (Beirut: Dar al-Fikr, no date)
- Muhammed b. Ali İbn Senan, *Al-Janibu Ta'zir fi Jarimat-i Zina*, (Riyad: Dar al-Ma'had, 1982)

Muhammed b. Faramudh, Molla Husrev, *Durar al-Hukkam fi Sharh al-Ghurur al-Ahkam* (Istanbul: Sahaf al-Osmani 1310)

New Redhouse Turkish-English Dictionary, (Istanbul: Redhouse Yayınevi, 1994)

Riyad Abdullah, *Al-Zina 'Abr Al-Usur wa Mawakif Al-Adyan Minhu*, (Beirut: Muassasa Jami'a li-dirasat, 1988)

Salih b. Ahmed al-Kafawi, *Fatawa Ali Efendi ma'a Nuqul lil Kafawi*, (Istanbul: Matba'a 'Amira, no date)

Salih b. Nasır b. Salih Huzeyyim, *'Uqubat Al-Zina wa Shurut Tanfizuha*, (Jidda: Dar Ibn al-Jawzi, 2001)

Shams al-Din al-Sarakhsi, *Al-Mabsut*, (Beirut: Dar al-Ma'rifa 1986)

Şekerci, O. *İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları*, (Istanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, no date)

The register of the law court of Bakhchisaray/Crimea, dated 1609, 1675

Wehr, H. *A Dictionary of Modern Written Arabic: Arabic-English*, ed. M. J. Cowan (Wiesbaden: Librairie du Liban 1980)

TÜRKİYE’DE UYGULANAN %10 GENEL SEÇİM BARAJININ SERBEST SEÇİM HAKKINI İHLAL SORUNU

Doç. Dr. Abdurrahman EREN*

ÖZET

Türkiye’de genel seçimlerde uygulanan %10’luk baraj, demokratik hukuk devleti ilkesini ve serbest seçim hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile sürekli tartışılmaktadır. Yüksek baraj nedeniyle birçok siyasi partinin parlamentoda temsil edilememesi, parlamentonda “adil bir temsil” sorunu gündeme getirdiği; seçme ve seçilme hakkını suni bir müdahale ile engellediği iddia edilmektedir. Bu makalede, %10 genel baraj uygulaması Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiş ve genel barajın serbest seçim hakkını ihlal edip etmediği konusu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda öncelikle serbest seçim hakkının kapsamı ve unsurları incelenmiştir. Daha sonra Türkiye’de uygulanan seçimler ve seçim barajları ele alınmıştır. Ayrıca seçim barajlarına ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 1961 ve 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlar incelenmiştir. Son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin %10’luk genel baraj hakkında verdiği karar ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: serbest seçim hakkı, seçim sistemleri, %10 genel baraj, temsilde adalet ve yönetimde istikrar.

THE QUESTION OF THE 10 % BARRAGE’S VIOLATION OF FREE GENERAL ELECTIONS IN TURKEY

ABSTRACT

The 10% barrage applied in the general elections of Turkey has been constantly debated, because it has been argued that the barrage violates the right for free election and the principle of democratic and lawful state. It has been claimed that, because of the high rate of the barrage, many political parties can not be represented in the parliament, and this brings the question of “fair representation” into the agenda of the country and violates the right for elected and being elected by artificial intervention. In this study, the 10 % barrage was examined within the framework of the rules made by the Constitutional Court of

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Turkey and European Court of Human Rights and it was tried to enlighten whether 10 % barrage violates the right for free elections in Turkey. For this purpose, the context and elements of the right for free elections are scrutinized first. Then, previous elections of Turkey and barrages applied in them were studied. In addition, the rules of the barrages made by the Constitutional Court based on the constitutions published in 1961 and 1982 were examined. Lastly, the rule of the European court of human rights about the 10% barrage was discussed.

KEYWORDS: right for free election, election system, 10% general barrage, justice in representation and stability in governance

GİRİŞ

Türkiye’de çok partili hayata geçildiği 1946 yılından bu yana uygulanan seçimlerde, parlamentoda “temsil sorunu” hep gündemde olmuştur. 1960’lara kadar uygulanan çoğunluk sistemi küçük partilerin temsilini zorlaştırdığı, çoğunlukçu bir demokrasiye yol açtığı için eleştirilmiştir. Bu tarihten sonra uygulanan nispi temsil sisteminde ise, istikrarlı yönetimler oluşturmak amacıyla getirilen seçim çevresi ve genel baraj uygulamaları, temsilde adaleti engellediği gerekçesiyle tartışılmıştır. Seçim çevresi barajı hem 1961 Anayasası hem de 1982 Anayasası dönemlerinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Buna karşın genel baraj uygulaması hem Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından serbest seçim hakkını ihlal etmediği şeklinde yorumlanmıştır.

Bu makalenin konusu, Türkiye’de uygulanan %10 genel seçim barajının serbest seçim hakkını ihlal sorunudur. Makalede amaçlanan, Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ve Anayasa kapsamında tanınan serbest seçim hakkının kapsamını ortaya koymak ve genel baraj uygulamasının bu hakkı ihlal edip etmediğini, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda makale iki bölümde planlanmıştır. Birinci bölümde serbest seçim hakkı ve unsurları, ikinci bölümde ise genel baraj uygulamasının serbest seçim hakkını ihlal sorunu ele alınmıştır.

Makalenin, serbest seçim hakkı ve unsurları başlıklı birinci bölümünde ilk olarak, serbest seçim hakkını düzenleyen uluslar arası sözleşme ve Anayasa hükümlerine yer verilmiş, ikinci olarak serbest seçim hakkının unsurları başlığı ile, hakkın öznesi, yükümlüsü ve konusu üzerinde durulmuştur. Bu bölümde üçüncü olarak 1982 Anayasası’nda yer alan temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesi ele alınmış, demokrasi ve milli egemenlik teorileri bağlamında ilkenin anlamı ve seçim sistemleri ile ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır.

Makalenin ikinci bölümünde seçim barajı uygulamasının serbest seçim hakkını ihlal sorunu ele alınmıştır. Burada öncelikle baraj uygulamasının 1982 Anayasası'ndan önceki ve sonraki dönemlerde yasal dayanağı ele alınmış, daha sonra ise, baraja ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerinde verdiği iki karar incelenerek, Mahkemenin baraj uygulaması hakkındaki görüşü ortaya konmuştur. Bu bölümde son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de uygulanan baraja ilişkin verdiği karar ele alınmıştır. Bu kararlar ışığında çalışmanın sonucunda, %10'luk genel baraj uygulamasının serbest seçim hakkını ihlal sorunu değerlendirilmiştir.

I. Serbest Seçim Hakkı ve Unsurları

A. Serbest Seçim Hakkının Hukuki Dayanağı

Serbest seçim hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bildirge, bağlayıcı nitelikte bir insan hakları belgesi değildir. Ancak, Birleşmiş Millet Şartı gereğince Örgüt'e üye devletlerin insan hakları alanında uluslararası işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır¹. Bildirge'deki hakları hayata geçirme insan hakları alanındaki işbirliğinin bir koşulu kabul edilmektedir. Bildirge'nin 21. maddesi şöyledir:

“1. Herkes kendi ülkesinin yönetimine doğrudan doğruya veya serbestçe seçilen temsilciler vasıtasıyla katılma hakkına sahiptir.

2. Herkes ülkesindeki kamu hizmetlerine girmede eşit hakka sahiptir.

3. Yönetimin otoritesi halkın iradesine dayanır; halk bu iradesini genel ve eşit oy hakkı bulunan ve gizli oy verilen veya buna eşdeğerde bir oylama usulü uygulanan periyodik ve dürüst seçimlerde ifade eder.”

¹ Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. maddesinde insan hakları alanında işbirliği amacı ortaya konulduktan sonra, Şart'ın diğer maddelerinde, taraf devletlere insan hakları alanında işbirliği yükümlülüğü getirilmekte ve BM ana organlarına bu işbirliğini sağlayacak görevler verilmektedir. Örgüt ile üye devletler arasında işbirliğini düzenleyen Şart'ın 55. maddesinde işbirliğinin temel amaçlarından birinin, “ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştırmak” olduğu belirtilmiştir. Şartın 56. maddesinde ise, 55. maddede gösterilen bu amaca ulaşmak için, üye devletlerin “gerek birlikte gerekse de ayrı, örgütle işbirliği içinde hareket etmeyi yükümlendikleri” ifade edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ndeki hakları uygulamaya geçirmek amacıyla hazırlanan “İkiz Sözleşmeler”den biri olan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 25. maddesinde siyasal haklara yer verilmiştir². Maddeye göre,

“Her vatandaş, bu Sözleşmenin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın şu haklara ve imkanlara sahiptir:

a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma;

b) Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmelerini güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme;

c) Genel eşitlik ilkesine uygun olarak ülkesinde kamu hizmetlerine girme.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Birinci Protokol madde 3’de “Serbest seçim hakkı” başlığı ile şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Yüksek Sözleşen Taraflar, yasama organının seçiminde halkın kanaatinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.”

1982 Anayasası’nın “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı Dördüncü Bölümün, “Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesinde konuya ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir:

“ Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halk oylamasına katılma hakkına sahiptir.

(Değişik:23.7.1995-4121/5 md) Seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır...

(Ek 23.7.1995-1421/5 md.) Seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.

Bu hükümler göstermektedir ki, serbest seçim hakkını düzenleyen seçim kanunları Anayasaya ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan hakları sözleşmelerine uygun olmak zorundadır. Bu noktada önemli olan “seçim barajının” serbest seçim hakkını düzenleyen bu hükümlere uygunluğudur. Seçim

² Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Sözleşmesi 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu’nun 2200 A (XXI) sayılı kararı ile aynı tarihte kabul edildiği için bu Sözleşmelere “İkiz Sözleşmeler” denilmektedir. Türkiye her iki Sözleşmeye’de taraf olduğundan sözleşme hükümleri Türkiye için bağlayıcıdır.

barajı serbest seçim hakkının norm alanına giriyorsa, seçim barajının yüksekliğinin serbest seçim hakkına bir haksız müdahale oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

B. Serbest Seçim Hakkının Unsurları

1. Hakkın Öznesi

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 25. maddesi ve Anayasa'nın 67. maddelerinde "vatandaş" ifadesi kullanılarak, serbest seçim hakkının öznesinin yalnızca vatandaşlar olabileceği ortaya konmuştur. Dolayısıyla, siyasi haklardan olan serbest seçim hakkından yabancılar yararlanamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1. Protokol'ün 3. maddesinde hakkın öznesine yönelik bir açıklamada bulunulmamış, hakkın yükümlüsü gösterilmekle yetinilmiştir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 1975 yılına kadar, 3. maddeye ilişkin ilk yorumlarında, maddenin bireye ilişkin subjektif bir hak içermediği görüşünü taşımıştır. Ancak bu tarihten sonra Mahkeme, Protokolün yapılış amacı ve Sözleşme'nin varlık nedeninden hareketle, maddenin bireye yönelik subjektif haklar içerdiğini kabul etmiştir³. Sözleşme organlarına göre, Maddede yer alan subjektif hak, yasama organı seçimlerinde oy kullanmak ve aday olmak hakkıdır⁴.

Yabancıların siyasal haklarının sınırlandırılabilmesi Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, "10, 11 ve 14. maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşen Tarafların yabancıların siyasal etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz." Bu düzenleme ile siyasal hakların vatandaşlık haklarından olduğu ve yabancılar için bu hakları sınırlandırılacağı kabul edilerek, Taraf Devletlere bu konuda geniş takdir yetkisi verilmiştir. Bu nedenle serbest seçim hakkını yalnızca vatandaşlara tanıyan Anayasa'nın 67. maddesi, uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygundur.

2. Hakkın Yükümlüsü

Serbest seçim hakkı niteliği gereği, bireysel ilişkilere konu olabilecek bir hak değildir. Bireyin devlet yönetimine katılmasını sağlayan hak, birey-devlet ilişkilerine konu olabilmektedir. Bu nedenle serbest seçim hakkı, yalnızca devlet yönetimine ilişkin halkın iradesini ortaya koyan seçimler için geçerlidir. Özel alanda yapılan seçimleri kapsamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile devletin serbest seçimlere ilişkin açık yükümlülüğü ortaya konmuştur. Sözleşme'de "Yüksek Sözleşen Taraflar...serbest seçimler yapmayı taahhüt

³ ANAYURT, Ömer (2004), Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin, Ankara, s. 140.

⁴ GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, (2002), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 437.

ederler” diyerek, doğrudan devletin yükümlülüğüne işaret etmektedir. Devletin serbest seçim hakkı karşısındaki yükümlüğü kaçınca ya da müdahale etmeme gibi negatif değil, serbest seçimin gerçekleşebileceği koşulları sağlama şeklinde pozitif olduğu kabul edilmektedir⁵. 1982 Anayasası’nın 67. maddesi’nin 6. fıkrasında, “Seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir” denilerek devlete düşen yükümlülüğe işaret edilmektedir.

3. Hakkın Konusu

Serbest seçim hakkının, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’da aynı içerikle düzenlenmediği görülmektedir. İnsan hakları hukukunda bir devletin, taraf olduğu belgelerde aynı hakkın içeriğinin farklı farklı düzenlenmesi halinde, “en lehe olan” düzenlemenin geçerli olduğu kabul edilir. Nitekim Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 2. fıkrasında bu kural şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu Sözleşmenin bir hakkı tanımadığı veya daha az ölçüde tanıdığı bahane edilerek, Sözleşmeye Taraf Devletlerden birinin iç hukukunda yasalarla, anlaşmalarla tanınmış bulunan veya geleneklerinde varolan temel insan haklarına sınırlama getirilemez veya bu haklara karşı yükümlülük azaltılamaz.”

Benzer bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 53. maddesinde bulunmaktadır. Maddeye göre,

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşen Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.”

En lehe düzenlemenin geçerli olduğu kuralı gereğince, bu üç düzenlemeden serbest seçim hakkına ilişkin en lehe olan içeriğin kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu üç düzenlemeden hakkın içeriğine ilişkin en lehe durumlar tespit edilmeli ve en geniş içeriğin iç hukukta geçerli olduğu kabul edilmelidir.

a) Uygulanacak Seçimler

Serbest seçim hakkının, uygulanacağı seçimlere ilişkin, her üç belgede bir birinden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden en dar içeriğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında tanındığı görülmektedir. Sözleşme’de yalnız “yasama seçimleri”nden söz edilmiştir. Dolayısıyla mahalli idare seçimleri, referandum ve devlet başkanlığı seçimleri, hakkın koruma

⁵ Bu yönde bk.KOÇAK, Mustafa , “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, Anayasa Yargısı, Cilt No.23, 2006, s. 126.

alanına dahil edilmemiştir⁶. Yasama seçimleri ile sınırlı olan bu koruma Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen koruma için geçerlidir. Bir başka ifade ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yalnızca yasama seçimleri kapsamında serbest seçim hakkının ihlal edildiğinden dolayı başvurulabilir. Ancak iç hukukta daha lehe olan bir kuralın olması durumunda, bu hak yalnızca yasama seçimleri ile sınırlandırılmaz.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde ise "belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme" ifadesine yer verilerek, hakkın içeriğini genel seçim ya da mahalli seçimler şeklinde ayırmadan geniş kapsamda ifade etmiştir. Dolayısıyla bu hüküm hem genel seçimleri hem de mahalli seçimleri içine alacak şekilde serbest seçim hakkını güvence altına almaktadır. Ancak maddede "belirli aralıklarla yapılan" ifadesine yer verildiği için "referandum" oylamaları bakımından bu hakkın güvence altına alınmadığı söylenebilir. Çünkü referandum oylamaları düzenli aralıklarla olmaz. Daha çok bir anayasa ya da bir kanun metninin oylanması şeklinde düzensiz bir şekilde yapılır. Türkiye'nin Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne de taraf olduğu düşünüldüğünde, genel seçimler yanında mahalli idare seçimleri içinde, serbest seçim hakkına ilişkin yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmek zorundadır.

Serbest seçim hakkına ilişkin 1982 Anayasası'nın 67. maddesine baktığımızda hakkın uygulanacak seçimler bakımından en geniş içerikle tanıdığı görülmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, "Seçimler ve halk oylaması" denilerek, genel seçimler ve mahalli idare seçimleri yanında halk oylaması içinde serbest seçim hakkına ilişkin ilkelerin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla iç hukuk bakımından geçerli olan "en lehe" düzenleme getiren Anayasa'nın 67. maddesidir.

b) Serbest Seçimlere İlişkin İlkeler

Serbest seçimlerin hangi ilkelere bağlı olarak gerçekleşebileceği, Medeni ve Siyasal Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa'da açıkça düzenlenmiştir. Sırasıyla belgelerde yer alan ilkeler şu şekilde açıklanmıştır:

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Denise Matthews/Birleşik Krallığa Karşı davasında, Maastricht'ten sonra Avrupa Parlamentosu'nun salt bir danışma organı durumunda çıkarak yetkilerini artırdığını ve İHAS P-3 kapsamında bir "yasama organı" olarak görüldüğüne hükmetmiştir. Böylece Sözleşme kapsamında serbest seçim hakkının yalnızca ulusal yasama organı değil, uluslar arası temsili yasama organları bakımından da uygulanabilirliği sonucuna varılmıştır. Bk. KOÇAK, (2006), s. 130.

- Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmelerini güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme (MSHS md. 25/b).

- Yüksek Sözleşen Taraflar, yasama organının seçiminde halkın kanaatinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler (AIHS Ek.1. Prt. md 3).

- Seçimler ve halk oylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır (An.md. 67/2). Seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenir (An. Md. 67/6).

Bu üç düzenlemeyi karşılaştırdığımızda yine en geniş içeriğinin Anayasa’da yer aldığını görüyoruz. Türk hukuku için bağlayıcı olan bu üç düzenlemeden hareketle serbest seçim hakkına ilişkin şu ilkeler çıkarılabilir:

- Seçmenlerin seçimlerde iradelerini serbestçe ifade edebilmeleri anlamına gelen “serbest seçim” ilkesi;

- Irk, cinsiyet, gelir, vergi gibi ayrımlara tabi tutmaksızın herkesin oy hakkından yararlanması anlamına gelen “genel oy” ilkesi;

- Herkese bir oy kullanma hakkı anlamına gelen “eşit oy” ilkesi;

- Kullanılan oyun bir başkası tarafından görülmemesi anlamına gelen “gizli oy” ilkesi;

- Gizli kullanılan oyların, oylama sonucunda herkesin gözü önünde sayılması anlamına gelen “açık sayım ve döküm” ilkesi;

- Seçimlerin dürüstçe yapıldığı anlamına gelen, seçimlere ilişkin her türlü uyuşmazlığın “yargı gözetim ve denetimi altında çözülmesi” ilkesi;

- Halkın kanaatini özgürce açıklayabilmesi anlamına gelen seçimlerin “düzenli aralıklarla yapılması” ilkesi;

Her üç belgede serbest seçim hakkına ilişkin bu ortak ilkelerin var olduğu kabul edilir. 1982 Anayasası’nda bu ortak ilkeler dışında, “seçimlerin tek dereceli” olması ve seçim kanunlarının “temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerine” yer vermesi de öngörülmüştür. Seçimlerin tek dereceli olması, genel bir ilke değil, Türkiye’ye özgü bir koşuldur. Birçok ülkede seçimler iki dereceli de yapılabilmektedir. Bunun seçimlerin serbest yapılması ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

Seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak bir şekilde düzenlenmesi gerektiği şeklindeki hüküm de, yalnızca Anayasa’da yer almaktadır. Bu düzenleme bireysel bir hak olan serbest seçim hakkının dışında, uygulanacak “seçim sistemine” ilişkin genel bir ilke konumundadır. Seçim kanunlarının bu iki ilke göz önünde bulundurularak yapılması öngörülmüştür. İki ilke arasında “ve” bağlacı kullanılarak bu ilkelerin

uygulanmasında bir dengenin gözetilmesi gerektiği ifade edilmiş olmaktadır. Bu iki ilkeyi bir terazinin kefelerine benzetirsek, her ikisini dengede tutacak bir seçim kanununun yapılmasının öngörülmüş olduğu düşünülebilir.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde serbest seçim hakkına ilişkin genel ilkeler belirlenmiş, ancak nasıl bir seçim sisteminin uygulanabileceği konusu tamamen devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Serbest seçim hakkına ilişkin ilkelere uyulmak koşuluyla bu konuda devletlere geniş bir takdir yetkisinin bırakıldığı görülmektedir. Hangi seçim sistemi uygulanırsa uygulansın serbest seçim hakkına ilişkin belirlenen ortak ilkelere yer verilmesi zorunludur. 1982 Anayasası ile bu geniş takdir yetkisine iki sınırlama daha getirilerek seçimlerin tek dereceli yapılması ve temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerine uyulması gerektiği belirtilmiştir. Türkiye'de uygulanan %10 genel seçim barajı bu kapsamda temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

C. Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkeleri

Temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri, bir birine paralel olmayan iki amacın bağdaştırılarak kullanılmasını içermektedir. Seçim sistemleri, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri arasında kurulacak dengeyi ifade eder. Bazı seçim sistemleri temsilde adalete ağırlık verirken bazı sistemler yönetimde istikrarı ön planda tutmaktadır. Ancak seçim sisteminin tek başına temsilde adaleti ya da yönetimde istikrarı sağlayabileceği de söylenemez⁷. Bu nedenle çağdaş demokratik ülkelerde bir birinden farklı seçim sistemleri uygulanırken, bu sistemlerden bazıları temsilde adalete bazıları ise yönetimde istikrara ağırlık verebilmektedir. Ancak seçim sistemlerindeki tercih, uygulanacak seçimlerde serbest seçim hakkına ilişkin ilkelere vazgeçme hakkı vermemektedir. Bir başka ifade ile uygulanacak seçim sistemi ne olursa olsun serbest seçim hakkına ilişkin ortak ilkelere uyulmak demokratik seçimlerin zorunlu şartıdır. Dolayısıyla serbest seçim hakkına ilişkin ilkelere uymak koşuluyla, temsilde adalet ya da yönetimde istikrara öncelik verebilecek bir seçim sistemi seçilebilir.

⁷ Türkiye'de 1950-2002 tarihleri arasında yapılmış Milletvekili Genel Seçimleri sonuçları itibariye temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesinin incelendiği bir çalışma için bk. Erol Tuncer, Türkiye'de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet- Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği, Anyasa Yargısı, Cilt No. 23, 2006, s.167-182.

1. Demokrasi ve Milli Egemenlik Teorileri Açısından Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Anlamı

Egemenliğin millete ait olduğu ilkesi 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile Türk Anayasalarında yer almaya başlamıştır. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 1. maddesine göre, “Hakimiyet bila-kaydū şart milletindir”. Aynı hüküm 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 3. maddesinde de yer almıştır. 1961 Anayasası’nın 4. ve 1982 Anayasası’nın 6. maddesinde “Egemenlik” kenar başlığı ile aynı şekilde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletindir. Türk Millet egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz.”

Egemenliğin kaynağının millet olduğu altıncı maddede ifade edildikten sonra, bunun temsilinin nasıl alacağı, “Milletin temsili” kenar başlığı ile 1961 Anayasası’nın 76 ve 1982 Anayasası’nın 80. maddelerinde aynı ifade ile şu şekilde hükme bağlanmıştır: “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçtikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.”

Bu hükümleri birlikte yorumladığımızda görülmektedir ki, egemenlik Türk milletine ait olup, bunun kullanımını hiçbir kişiye, zümreye ve sınıfa bırakılamaz. Millete ait olan egemenlik yetkisi Anayasa’nın koyduğu esaslara uygun olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tarafından temsil edilecektir. Ancak TBMM üyeleri seçtikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler. Bu da açıkça milletvekilliği sıfatını parti üyeliği sıfatından ayırmaktadır. Milletvekili sıfatını taşıyan her üye, hangi partiden ve hangi bölgeden seçilmiş olursa olsun milletin temsilcisidir.

Bu noktada sorulması gereken soru, temsilde adalet açısından, ülkede kurulan her partinin Mecliste temsili gerekli midir ya da ne kadarı gereklidir? 1982 Anayasası’nın 80. maddesinde ifade edilen “Milletin temsili” hükmü çerçevesinde bu soruları yanıtladığımızda, milletin temsilinin partiler düzeyinde değil, milletvekili sıfatına bağlı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla Meclis serbest seçimler çerçevesinde oluştuktan sonra, kaç parti mecliste temsil edilmiş olursa olsun, milletvekili sıfatına bağlı milletin temsili noktasında bir sorun olmadığı söylenebilir. Milli egemenlik ilkesi açısından önemli olan halkın genel iradesinin Mecliste temsil edilmesidir. Bu temsil hakkına kaç partinin katıldığı Milli egemenlik ilkesi açısından aranacak bir unsur olamaz. Dolayısıyla temsilde adalet ilkesinin aradığı, seçimlerin serbestçe yapılmasını sağlayan ilkelere uyularak yapılması ve adaletli bir seçim yarışının olmasıdır. Adaletli bir seçim yarışı da yarış koşullarının her parti için eşit olmasıdır. Bunun dışında Mecliste

çok partinin ya da az partinin girip girmemesi, Milli egemenlik ve milletin temsili açısından bir sorun yaratmaz görüşüdeyiz.

Demokrasi teorisi açısından bakarsak, halkın iradesinin yönetime yansiyabilmesi temel unsurdur. Halkın iradesinin yönetime yansması, düzenli aralıklarla yapılacak serbest seçimlerle olacaktır. Halkın iradesi farklı partilerce ifade edilebilir. Bu anlamda çok partili bir hayat liberal demokrasi için temel koşuldur. Ancak demokrasilerde çok partili hayatın olması, yönetimde de tüm partilerin temsili gereklidir. Partiler arasında yapılacak serbest seçimlerle, partilerin yönetimde temsili sınırlanabilir. Bu sınırlama, demokraside “çoğunluğun yönetme hakkı” açısından gereklidir. Çoğunluk karşısında azınlığın korunması, tüm partilerin yönetimde söz sahibi olmasını gerektirmez. Demokrasi açısından önemli olan bu gün azınlıkta olan düşüncenin yarın çoğunluk olabilmesi yollarının açık tutulmasıdır. Bu nedenledir ki, günümüz demokratik ülkelerinde oluşturulan seçim sistemleri ile kurulan tüm partilerin yönetimde temsiline izin verilmez.

Demokratik ülkelerdeki seçim sistemlerinden çoğunluk sistemleri niteliği itibarıyla çok az partinin parlamentoda temsiline imkan verirken, nispi temsil sistemlerinde ya da karma sistemlerde aşırı temsili önlemek ve istikrarı sağlamak adına seçim barajları getirilebilmektedir. Ülkelerin getirdiği barajların yüksekliği ya da düşüklüğü o ülkedeki seçim sistemi, parti sistemi, hükümet sistemi⁹ ve siyasi sistemle birlikte değerlendirilmesi gereken bir konudur. Tek

⁸ Guy Lardeyret bu yönde şu değerlendirmede bulunmaktadır: “Seçim, belirli bir toplumda varolan çeşitli düşüncelerin ve menfaatlerin en doğru biçimde temsili göstermeyi amaçlayan bir anket değildir. Eğer durum böyle olsaydı (bir toplumda olası bölünmelerin sabit bir sınırı yoktur) en demokratik meclis, her bir üyesinin kesin biçimde belirlenmiş bir menfaati veya belirli bir ideolojik ayrıntıyı temsil ettiği meclis olurdu. Böyle bir meclis demokratik hükümetin absürd bir karikatürü olurdu”. Bk LARDEYRET, Guy, “Orantılı Temsile İlişkin Sorun”, Demokrasinin Küresel Yükselişi, (Der: Larry Diamond-Marc F. Plattner), Çev. TÜRHAN, Mehmet, Ankara, 1995, s. 199’den Aktaran, GÜNAL, Erdoğan (2005), Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 29.

⁹ Günümüz demokratik ülkelerde, hükümet sistemleri ile seçim sistemleri arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Hükümetin parlamento çoğunluğu içinden belirlendiği parlamenter sistemlerde, istikrarlı bir hükümet için, uygulanan seçim sistemleri ve barajlarla parlamentoda sınırlı partinin temsili amaçlanabilmektedir. Parlamenter sistemde bu nedenle parlamento seçimi ile istikrarlı bir hükümet yapısı arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Oysa hükümetin parlamento içinde değil de, doğrudan halk tarafından belirlendiği başkanlık sisteminde, parlamento çoğunluğu ile hükümet arasında zorunlu bir

başına uygulanan baraj oranı ele almak yanıltıcı olabilir. Bir ülkenin siyasi sistemini tam olarak incelemeyen “önceden ve genel olarak” o ülke için uygun barajın ne olduğu söylenemez¹⁰. Bu nedenle siyasi haklara ilişkin uluslar arası standartları belirlemeye çalışan insan hakları belgelerinde, seçim sistemleri ve seçim barajları gibi konular devletlerin takdir yetkisinde görülmekte ve bu konuda bağlayıcı düzenlemelere gidilmemektedir.

Türkiye’de uygulanan %10’luk yüksek baraj, “siyasi istikrar” gibi meşru bir amaç açısından gerçekten “gerekli” olup olmadığı, amaçla kullanılan araç arasında bir “orantı” olup olmadığı yönünden eleştirilebilir¹¹. Aynı şekilde “katılımcı ve çoğulcu bir demokrasi”yi güçleştiren bir faktör olarak görülebilir. Ancak belli bir seçim sisteminin ya da belli oranda bir baraj tercihinin serbest seçim hakkını ihlal ettiği sorunu normatif çerçevede İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Anayasadaki temel ilkeler yönünde değerlendirilip karar verilecek bir konudur.

ilişki bulunmamaktadır. Her iki organın seçiminin bir birinden farklı olması, parlamento seçimlerinde daha geniş bir temsile imkan sağlayabilmektedir. Dolayısıyla başkanlık sisteminde istikrarlı bir yönetim için parlamento seçimlerine yönelik yüksel bir baraj uygulamasına gerek olmayacaktır. Ancak bu yine başkanlık sisteminde her partinin parlamentoda temsiline imkan verilebileceği anlamına gelmez. Yasama faaliyetindeki istikrar açısından yine temsilde belli sınırlamalar zorunlu olacaktır.

¹⁰ Sartori bu konuda şu açıklamada bulunmaktadır: “A priori ve genel olarak uygun barajın ne olduğunu saptamak mümkün değildir; çünkü bunun ‘uygunluğu’ her ülkede dağılımların ne olduğuna bağlıdır. Kuşkusuz, yüzde 3-4 düzeyinin altına inmek pek anlamlı değildir; öte yandan yüzde 10’luk baraj, hayli yüksek bir engel gibi görünmektedir. Ancak yüzde 5’lik bir baraj, 1991’de Polonya’da hayli yararsız, 1993’te İtalya’da ise çok etkili olurdu...”. Bk. SARTORI, Giovanni, (1997), Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, (Çev. ÖZBUDUN, Ergun), Yetkin Yayınları, Ankara, s. 24.

¹¹ Kaboğlu bu yönde şu eleştiriyi getirmektedir: “Öncelikle %10’luk baraj, aktarılan hükme ve oy hakkını da düzenleyen aynı maddeye aykırıdır. Sonra, güvence ölçütlerini öngören Anayasa’nın 13. maddesine, demokratik toplum düzeninin gerekleri, hakkın özü ve ölçülülük öğeleri bakımından aykırıdır. Nihayet, Anayasa’nın değişmez hükmü olan “demokratik devlet”i tanımlayan 2. maddesine de aykırı olduğu belirtilmelidir”. Bk. KABOĞLU, İbrahim Ö. (2006), Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2006, s. 186.

2. Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Seçim Sistemleri İle İlişkisi

Günümüzde demokratik kabul edilen ülkelerde seçim sistemlerinin bir birinden farklı olduğu görülmektedir. Ancak seçim sistemleri farklı olmakla birlikte demokratik ülkelerde serbest seçime ilişkin ilkeler ortaktır. Bu da göstermektedir ki, demokrasi açısından önemli olan nasıl bir seçim sistemi benimsendiği değil, benimsenin sistemin seçimlerin serbestçe yapılmasına engel olmamasıdır. Seçim sistemlerinin yol açtığı farklılık, daha çok o ülkedeki partilerin sayısı ve yönetime katılması üzerinde etkili olmaktadır. Bazı seçim sistemleri, sınırlı sayıda partinin yönetimde söz sahibi olabilmelerini sağlarken, bazı sistemlerde iki parti, bazılarında ise tek partinin yönetimde söz sahibi olmasına imkan vermektedir. Dolayısıyla yönetimde etkili olan parti sayısına bakarak o ülkenin temsilde adaleti sağlamadığı ve demokratik olmadığı söylenemez.

Seçim sistemleri, temsilcilerin belirlenmesinde uygulanan teknikler olarak kabul edilmektedir¹². Seçim sistemleri, ülkedeki partilerin ne kadarının mecliste temsil edilebileceği ile yakından ilgilidir. Bu kapsamda milletvekillerinin partiler arasında dağılımına ilişkin hesaplama biçimi, seçim çevrelerinin genişliği ve seçim turlarının sayısı, seçim sistemlerinin temel unsurları kabul edilmektedir¹³.

Milletvekillerinin partiler arasında dağılımına ilişkin hesaplama biçimi bakımından seçim sistemleri çoğunluk sistemi, nispi temsil sistemi ve karma sistemler olarak üçe ayrılmaktadır¹⁴. Bir seçim çevresinde en çok oyu alan partinin aday ya da adaylarının tümünün seçimi kazanmasına yol açan sisteme çoğunluk sistemi; alınan oy oranına göre milletvekillerinin paylaştırıldığı sisteme nispi temsil sistemi; bu iki sistemin birlikte uygulandığı sistemlere karma sistemler denmektedir. Seçim çevrelerinin bir aday seçilecek şekilde dar ya da bir den fazla adayın seçilmesine imkan verecek şekilde geniş olmasına göre “tek isimli-listeli seçim” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Milletvekili

¹² Seçim sistemi tanımlanırken dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki tanımlama getirilmektedir. Kimlerin milletvekillerini kazandıklarını belirlemeye yönelik hesaplama yöntemlerine dar anlamda seçim sistemleri; siyasal hakların nasıl düzenlendiği, seçim bölgeleri, oylama biçimleri, seçimin yönetim ve denetimi, seçim sonuçlarının hesaplanmasını içine alan tüm hususlara geniş anlamda seçim sistemi denmektedir. Bk. GÜNAL, s. 24-25.

¹³ ERDOĞAN, Teziç (1991), Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, s. 274-275.

¹⁴ GÜNAL (2005), s. 25.

paylaşımının tek oylama ile yapılması ya da ikinci bir oylama sonucunda yapılmasına göre “tek turlu-iki turlu seçim” sistemi uygulanabilmektedir¹⁵.

Bu üç temel unsur esas alınarak farklı seçim sistemleri oluşturulmaktadır. İngiltere, Kanada ve ABD de uygulanan ve dar bölgesel çoğunluk sistemi olarak da bilinen “Tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi”nde, tek aday seçilecek şekilde belirlenen seçim çevrelerinde yapılacak tek turlu oylama sonucu en çok oyu alan partinin adayı seçimi kazanmaktadır¹⁶. Dolayısıyla bir seçim çevresinde kazanan aday en çok oyu aldığı halde, geçerli oyların çoğunluğunu almamış olabilir. Örneğin bir seçim çevresinde 60.000 geçerli oy kullanılmış, bunlardan A 25 bin, B 20 bin ve C 15 bin oy alırsun. A adayı 25 bin ile en çok oyu alarak seçimi kazandığı halde, B ve C ye ait 35 bin oy boşa gitmiştir. Bu sistemde oyların boşa gitme ihtimali karşısında iki büyük parti etrafında oylar birleşmektedir. Bu da çok parçalı bir siyasi parti yapısını engellemektedir. Bu sistemde seçim sonuçlarına bakıldığında parlamentoda en çok milletvekiline sahip parti, ülke genelinde en çok oyu almamış olabilir. Ancak demokrasinin beşiği kabul edilen İngiltere’de uygulanan bu sistem nedeniyle, kimse parlamentoda çoğunluğu elde eden partiye, “milleti temsil yetkisi olmadığı” gözüyle bakmadığı gibi demokrasiyle bağdaşmaz da görmez. Bu sisteme yöneltilecek eleştiri partiler arası temsil eşitliği olmadığı şeklindedir¹⁷. Ancak partiler arası temsil eşitliği, doğrudan milleti temsilde adaletsizliğe yol açtığı söylenemez.

Fransız sistemi olarak da bilinen “Tek isimli iki turlu çoğunluk sistemi”nde, seçimler yine dar bölgede ancak bu defa iki turda yapılmaktadır. Birinci tur oylamada seçime katılan adaylardan geçerli oyların salt çoğunluğunu alan ve alınan bu salt çoğunluğun seçim bölgesindeki seçmen sayısının ¼’ünün altına düşmeyen aday seçimi kazanmış olmaktadır. Birinci turda bu iki koşulu hiçbir aday sağlayamamış ise ikinci tur oylamaya geçilir. İkinci tur oylamaya oyların belli bir yüzdesini geçen adaylar katılabilmektedir. İkinci turda en çok oyu alan aday seçimi kazanmaktadır¹⁸.

İki turlu çoğunluk sistemi tek turlu çoğunluk sisteminden parlamento aritmetiği ve parti sayısı açısından farklı sonuçlara yol açabilmektedir. İkinci tur seçime katılamayan partiler, bu turda yarışacak partilerle yapacakları ittifaklar

¹⁵ TEZİÇ, s. 275; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, (2006), Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 90-94.

¹⁶ ÖDEN, Merih, (2003), Seçmenlerin Kişi Tercih Açısından Seçim Sistemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 27.

¹⁷ TEZİÇ (1991), s. 278.

¹⁸ ÖDEN (2003), s. 29.

sayesinde partiler bloklaşmasına yol açmaktadır. Birinci turda seçmen kendi partisine dileği gibi oy verirken ikinci turda seçilebilecek bir partiye oyunu vermektedir. Bu sayede küçük partilerde varlığını sürdürebilmekte ve sistemde ikiden fazla parti ayakta kalabilmektedir. Partiler arası pazarlıklarla, meclise ikiden çok parti girebilmekte, parti bloklarına dayalı koalisyon hükümetlerinin oluşmasına yol açmaktadır¹⁹. Görüldüğü gibi bu sistemde de seçmenin istediği her parti parlamentoda temsil edilmiş ve partiler arası temsilde tam bir eşitlik sağlanmış olmamaktadır. Bu sistemde temsilde adaletten çok yönetimde istikrara ağırlık veren bir sistem olarak değerlendirilebilir²⁰.

Çoğunluk sisteminin bir başka türü olan “listeli çoğunluk sistemi” tek turlu ya da iki turlu olabilmektedir. Bu sistemin temel özelliği, bir seçim çevresinde birden fazla adayın yarışması ve en çok oyu alan partinin bütün adayları kazanmasıdır²¹. Tek turlu listeli çoğunluk sistemi Türkiye’de çok partili hayata geçilen 1946-1960 yılları arasında uygulanmıştır. Bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu alan parti o seçim çevresinden çıkacak bütün milletvekillerini kazanmakta idi. Bu sistemde bir seçim çevresinde bir den fazla aday seçilmesine rağmen, bir parti bütün adayları kazanmaktadır. Diğer partilerin aynı yerden temsili mümkün değildir. Dolayısıyla bu sistemde partiler arası temsil adaletsizliği daha da fazladır. Örneğin Türkiye’de 1957 seçimlerinde Demokrat Parti geçerli oyların %48’i ile 424 milletvekili elde ederken, muhalefet partileri (CHP, CMK, Hür Parti) geçerli oyların %52’si ile ancak 186 milletvekili çıkarabilmiştir²².

Görüldüğü gibi çoğunluk sistemi “partilerarası temsil” açısından adaletli bir sistem görülmemektedir. Sistemin özünde bir çok partinin Mecliste temsil edilmesini engelleyen “doğal bir baraj” vardır. Ancak partilerarası temsil adaletsizliği, mecliste temsil edilen partilerin milleti temsil etme yetkisinde bir sakatlık doğurmaz. Yukarıda açıkladığımız gibi milli egemenlik ilkesi gereğince, seçilen milletvekilleri nereden ve hangi partiden seçilmiş olursa olsun milletin bütünün temsilcisi kabul edilir.

Çoğunluk sisteminin partiler arası temsil adaletsizliğini gidermek amacıyla nispi temsil sistemi geliştirilmiştir. Bu sistemin temel özelliği her partinin aldığı oy oranında milletvekili çıkarabilmesidir. Bu nedenle bu sistem zorunlu olarak listeli uygulanır. Bir seçim çevresinden birden fazla aday gösterilmek zorundadır. 19 Yüzyılın ikinci yarısından sonra başta İsviçre ve

¹⁹ TEZİÇ (1991), s. 281-282.

²⁰ GÜNAL (2005), s. 28.

²¹ ÖDEN (2003), s. 35.

²² TEZİÇ (1991), s.283-284.

Belçika olmak üzere uygulanmaya başlayan nispi temsil sistemi I. Dünya savaşından sonra tüm dünyada yaygınlık kazanmıştır. Nispi temsil sistemi, çoğunluk sisteminden farklı olarak, elde edilen oylar ile parlamentoda kazanılan sandalye sayısı arasındaki dengesizliği azaltmaktadır²³.

Nispi temsil sisteminde alınan oyların partilere paylaştırılmasında farklı yöntemler kullanılabilir. Bir başka ifade ile farklı oranlama yöntemleri tercih edilmektedir. Ancak hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, sistemin temel özelliği aynıdır. Her parti aldığı oy oranına göre milletvekili çıkarır. Bir seçim çevresinde partiler oy oranlarına göre milletvekili çıkarabildiği için, her partinin kendi açısından güçlü olduğu bir yerden milletvekili çıkarma şansı doğmaktadır. Bu da sistem içinde aşırı çok partili bir yapıyı doğurabilir. Parlamentoda çok partinin temsili partiler arası temsil bakımından olumlu karşılanabilse de, istikrarlı bir yönetim sistemi açısından sorunlar doğurmaktadır. Aşırı çok partili sistemde hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin, sistemin işleyişi zorlaşır. Başkanlık sisteminde parlamentoda çok partili bir yapının olması, başkanın seçildiği partinin gücünü parlamentoda sınırlayacak, bu da yürütme organını oluşturan başkanın istediği kanunların çıkmasını engelleyebilecektir. Parlamenter sistemde ise hükümetin oluşması daha da güçleşecek, hükümetler çoğunlukla koalisyonlar şeklinde olacaktır. Bu da hükümetin her an düşürülme ihtimalini gündeme getirerek istikrarsız yönetimlere yol açacaktır. Dolayısıyla nispi temsil sisteminin temel özelliği yönetimde istikrardan çok temsilde adalete öncelik vermesidir²⁴.

Nispi temsil sisteminin ortaya çıkarabileceği istikrarsız yönetim sorunu karşısında bu sistemi uygulayan ülkeler, değişen oranlarda “seçim barajları” getirmektedir²⁵. Böylece, ulusal düzeyde geçerli oyların belli yüzdesini alamayan partiler, belli bir seçim çevresinde ne kadar oy almış olursa olsun milletvekili paylaşımına katılmamaktadır. Nispi temsil sistemlerinde “baraj” uygulaması ile genellikle, parlamentoda hükümeti oluşturabilecek tek parti çoğunluğunun oluşmasını kolaylaştırmak ve istikrarlı bir hükümetin kurulmasını sağlamak; parti sayısını sınırlayarak parçalanmış bir parlamentonun oluşmasını engellemek; çok sayıda partinin kurulması ve seçime girmesinin önüne geçmek;

²³ TEZİÇ (1991), s. 284.

²⁴ GÜNAL (2005), s. 31.

²⁵ Ulusal barajlarda uygulanan yüzdeler değişmektedir. Örneğin, Almanya’da %5, Avusturya’da %4, Danimarka’da %2, Hollanda’da %0.67, İsrail’de % 1.5, İsveç’te %4, İtalya’da % 4, Yunanistan’da %3, Avrupa Birliği Avrupa Parlamentosu seçimlerinde %5 ve Türkiye’de %10’dur. Bk.GÖZLER, Kemal, (2006), Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, 9. Baskı, Eylül, s. 143.

bölgesel partilerin kurulması ya da parlamentoya girmesini zorlaştırmak; istikrarlı bir yönetim için seçmenleri iki büyük merkez parti etrafında toplamak, amaçları güdülmektedir²⁶.

II. Türkiye’de Uygulanan %10 Genel Barajın Serbest Seçim Hakkını İhlali Sorunu

A. Seçim Barajının Yasal Dayanağı

1. 1982 Anayasası’na Kadarki Dönem

İlk Osmanlı anayasası olan 1876 Kanunu Esasi’nin 42. maddesinde “Meclis-i Umumi” başlığı ile çift meclisli bir yasama organı düzenlenmiştir²⁷. Maddeye göre, “Meclis-i Umumi, Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan adlarıyla birbirinden ayrı iki heyetten oluşur.” Anayasa’nın 60. maddesine göre, “Heyet-i Ayan’ın Başkanı’nın yanı sıra, Hey’et-i Meb’usan üyelerinin üçte birini aşmamak koşuluyla üyeleri, doğrudan doğruya Padişah Hazretleri tarafından atanır. Anayasa’nın 65. maddesine göre de, “Hey’et-i Meb’usan’ın üyelerinin sayısı, Osmanlı yurttaşlarından her elli bin erkek için bir kişi olmak üzere saptanır”. Görüldüğü gibi heyeti Ayan üyeleri doğrudan Padişah tarafından atanırken, Heyeti Mebusan üyeleri, sınırlı da olsa seçimle belirlenmektedir. Kanun-i Esasi’de Heyet-i Mebusan’ın seçim yöntemine ilişkin 66. maddede, “Seçim işleri, gizli oy ilkesi üzerine kurulmuştur. Seçimin uygulama yöntemi, özel yasa ile belirlenecektir” denilmektedir. Böylece seçim sisteminin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür.

Seçimlerin nasıl yapılacağı, 10 Şevval 1293/28 Ekim 1876 tarihli “Meclisi Meb’usan azasının sureti intihab ve tayinin dair Talimatı Muvakkate” isimli belge ile düzenlenmiştir. Talimatı Muvakkate 7 maddeden oluşmaktadır. Belgede, Mebus sayısının asgari haddi belirlenmiştir. Buna göre 130 Mebus seçilecek bunların 80’i Müslim, 50’si gayrimüslim olacaktır. Seçim çevresi bakımından İstanbul dışındaki yerler ile İstanbul birbirinden ayrılmıştır. İstanbul dışındaki yerlerde mebuslar, vilayet, liva ve kazaların İdare Meclisi azaları tarafından seçilmesi öngörülmüştür (md. 2). Bu meclisin azaları daha önce halk tarafından seçildiği için, bunların seçeceği mebuslar da halk tarafından seçilmiş sayılmıştır. Dolayısıyla iki dereceli bir seçim sistemi öngörülmüştür²⁸.

²⁶ Bk. SABUNCU, Yavuz (2006), “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, Anayasa Yargısı, Cilt No. 23, s.193.

²⁷ Kanunu Esasi’nin günümüz Türkçesi için bk. SEZER, Abdullah, (2004), 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 681-705.

²⁸ ARMAĞAN, Servet, (1975), Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 145-146.

Talimatı Muvakkat’ın 4. maddesinde Heyeti Mebusan seçimlerinde tek turlu çoğunluk sistemi öngörülmüştür. Buna göre, vilayet, idare ve kazaların idare meclisleri, o vilayet için istenilen mebus sayısı kadar ismi, bir kağıda yazarak altını imza ve mühürleyip bir zarfa koyarak, kazalarda Kaymakama, livalarda Mutasarrıfa teslim edeceklerdir. Bunlarda zarfları açmayarak bağlı oldukları vilayetin valisine göndereceklerdir. Vilayet İdare Meclisi üyelerinin de reyleri alındıktan sonra en çok 15 kişilik bir komisyon huzurunda zarflar açılacaktır. Reyler sayılarak en çok rey alanlar, o vilayetin çıkaracağı mebus sayısı kadar, tespit edilecektir. Eşit rey alanlar olursa, aralarında kura çekilir (md. 4). Görüldüğü gibi İstanbul dışında yapılan seçimlerde her Vilayet bir seçim çevresi kabul edilmekte, Vilayetten seçilecek adaylardan en çok oy alanlar tek turda yapılan seçimle belirlenmektedir. Dolayısıyla tek turlu çoğunluk sisteminin uygulandığı bu seçim sisteminde her hangi bir barajın uygulanması zaten söz konusu değildir.

İstanbul ve civarındaki seçimler için Talimatı Muvakkate yanında bir “Beyanname” yayımlanmıştır. Talimatı Muvakkate’ye göre İstanbul ve civarı 20 daireye bölünecek ve her daireden iki vekil seçilecektir. Bu şekilde her daireden seçilen iki vekilden oluşan 40 kişilik vekiller toplanıp, İstanbul vilayeti için 10 mebus seçecektir. Bu seçimde her vekil bir kağıda 10 isim yazıp altını imzalayacak ve mühürleyerek bir zarfa koyacaktır (md. 6). En çok ay alan 10 aday seçilmiş olacaktır. İstanbul ve civarı için yapılan seçimde de “basit çoğunluk” sisteminin uygulandığı görülmektedir²⁹.

Birinci Meclisi Mebusan’ın dağılmasından sonra yapılan ikinci seçimlerde de, birinci seçimlerde uygulanan usul tatbik edilmiştir. 13 Aralık 1877 de açılan ikinci meclisin ömrü kısa olmuş 13 Şubat 1878’de Padişah tarafından tatil edilmiştir. Meclisi Mebusan’a ilişkin üçüncü seçimler, İkinci Meşrutiyet’in ilanından sonra Kasım-Aralık 1908 yılında yapılmıştır. Bu seçimler Birinci Osmanlı Mebusan Meclisinde kabul edilen, ancak 1324/1908 yılında yürürlüğe girebilen “İntihab-ı Meb’usan Kanunu”na göre yapılmıştır. Bu Kanuna göre, seçimlerde vilayetlerde sancak, sancak yapılacak, her sancak bir seçim dairesi ve her nahiye de bir seçim şubesi kabul edilecektir (md.1). Anayasa’nın 65. maddesi gereğince yine, her elli bin erkek nüfus için bir mebus seçilmesi öngörülmüştür. Kanuna göre seçimler iki derecelidir. Seçimlerde İttihat ve Terakki Cemiyeti ve Ahrar Fırkası adında iki partinin yer aldığı görülmektedir. Seçimlerde yine basit çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Daha sonra 1912, 1914 ve 1919 seçimlerinde de benzer seçim sistemi uygulanmıştır³⁰.

²⁹ ARMAĞAN (1975), s. 151.

³⁰ ARMAĞAN (1975), s. 156-159.

Görüldüğü gibi parlamenter sistemin temellerinin yeni atıldığı 1876 Kanuni Esasi döneminde, Meclisi Mebusan seçimleri için bir baraj uygulamasından söz etmek anlamlı değildir. Parlamenter sistemin temellerinin atıldığı bu dönemde henüz “partiler demokrasisi” yönünde bir gelişme söz konusu değildir. Bu dönemde milli iradenin temsili anlayışı çok sınırlı bir şekilde kabul edilmiş ve bu doğrultuda çok az bir parti kurulabilmiştir. Çoğunlukla tek parti hakimiyeti altında geçen bu dönem için, “çoğulcu temsili demokrasi”den söz etmek mümkün değildir.

16 Mart 1920’de İstanbul’un işgal edilmesi üzerine, 18 Mart tarihinde Meclisi Mebusan dağılma kararı almıştır. Mustafa Kemal 19 Mart 1920’de, “İntihab Hakkında Tebliğ” yayınlarken, devletin kurtuluşunu temin etmek için olağanüstü yetkileri olan bir Meclisi Anakara’da toplama kararı almıştır. Bu Tebliğe göre seçimlerin mutlak çoğunluk sistemine göre yapılacağı, seçimlerde İntihab-ı Mebusan Kanununun şartlarının geçerli olacağı bildirilmiştir. Bu seçim yöntemiyle seçilen birinci Büyük Millet Meclisi 23 Nisan 1920’de toplanmıştır. Birinci Büyük Millet Meclisi 1 Nisan 1923’de seçimlerin yenilenmesine karar vermiş ve 3 Nisan’da 320 Sayılı İntihab-ı Mebusan Kanunu’nda değişiklik yapan kanun kabul edilmiş, bundan sonra da seçimlere gidilmiştir. 320 Sayılı Kanun ile seçim sisteminde bir takım değişiklikler yapılmıştır. Buna göre her yirmi bin erkek için bir mebus seçilecek ve 18 yaşındaki her erkek seçme hakkına sahip olacaktır³¹.

İkinci Büyük Millet Meclisi normal süresinde 4 yıl sonra 1927 yılında seçime gitmiştir. 31 Ağustos 1927 tarihinde yapılan seçimlerden önce seçime katılan tek parti olan Cumhuriyet Halk Fırkası bir tebliğ yayınlarken, vilayetlere gönderdiği isimlerin seçilmesi istemiştir. Daha sonra 1931 seçimleri de aynı usulle yapılmıştır. 1935 Seçimlerinde bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu seçimlerde kadınlara da seçme ve seçilme hakkı getirilmiş ve her 40.000 nüfusa bir mebus seçileceği belirtilmiştir. Seçmen yası 18’den 22’ye çıkarılmıştır ve 30 yaşındaki her kadın ve erkek Türk mebus seçilebileceği öngörülmüştür. Böylece seçimlerin genelliği ilkesi ilk defa tam olarak uygulamaya konulmuştur. 1939 Seçimlerinde de aynı seçim sistemi öngörülürken 1943 seçimlerinde ilk defa Cumhuriyet Halk Partisi 458 milletvekilliği için 530 aday belirleyerek milletvekili sayısından fazla aday göstererek seçime gitmiştir³².

Osmanlı saltanatının ve hilafetin kaldırıldığı ve Cumhuriyet rejimine geçildiği ilk yıllarda her ne kadar milli egemenlik ilkesi benimsenmiş olsa da, bu iradenin temsilinde tek parti aracılığıyla oluşan milli meclis yetkili görülmüştür.

³¹ ARMAĞAN (1975), s. 164-165.

³² ARMAĞAN (1975), s. 166-172.

Çoğulcu demokrasiye geçişin koşullarının oluşturulmaya çalışıldığı bu yıllarda, çok partili hayata geçilmesi sancılı olmuştur. Kurulan yeni devletin temel ilkelerinin toplumda tam olarak benimsetilebilmesi için “evrim” değil “devrim” yolunun seçilmiş olması, çoğulcu bir demokrasinin hemen kurulmasını zorlaştırmıştır. Ancak çoğulcu demokrasiye geçiş isteği bu dönemde de dile getirilmiştir³³. Dolayısıyla bu yıllarda uygulanan seçim, toplumun farklı kesimlerinin temsilini sağlamaktan çok, devletin temel ilkelerini yerleştirecek kadroların seçilmesi şeklinde sınırlı bir demokrasi anlayışı içinde gerçekleşmiştir.

Milli Kalkınma Partisi’nin 18 Temmuz 1945 ve Demokrat Parti’nin 7 Ocak 1946 tarihinde kurulması sonrası 21 Temmuz 1946 yılında yapılan seçimler üç partinin katıldığı ilk çok partili seçim olmuştur. Bu seçimlerde 5 Haziran 1946 tarih ve 4918 sayılı “Milletvekili Seçim Kanunu” uygulanmıştır. Bu kanun ile ilk defa tek dereceli seçim sistemine geçilmiştir. Bu tarihten sonra Türkiye’de yapılan seçimlerde hep tek dereceli seçim sistemi uygulanmıştır. Bu seçimlerde serbest seçim ilkelerine aykırı olarak, açık oy, gizli sayım ve döküm ve tarafsız bir yargı denetimi olmadan gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle bu ilk çok partili seçimler “şâibeli seçimler” olarak tarihe geçmiştir³⁴.

14 Mayıs 1950 tarihinde yapılan ikinci çok partili seçimlerde 16.02.1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu yapılarak anti demokratik hükümler değiştirilmiş ve gizli oy, açık sayım ve adli teminat ilkeleri getirilmiştir³⁵. Bu seçimler Türk demokrasi tarihinde ilk çok partili serbest seçimler olarak nitelendirilir. 1950 tarihli seçim kanunu seçim sistemini değiştirmiş değildir. Seçimlerde yine tek dereceli listeli çoğunluk sistemi uygulanmıştır. 1954 ve 1957 seçimlerinde de aynı seçim sistemi uygulanmıştır³⁶.

Çok partili hayata geçildikten sonra yapılan 1946, 1950, 1954 ve 1957 seçimlerinde, üç veya dört partinin katıldığı listeli çoğunluk sistemi

³³ Nitekim 1 Kasım 1945 tarihinde İsmet İnönü TBMM’nin açılış konuşmasında bu konuda şu açıklamalara yer vermiştir: “Demokratik karakter bütün cumhuriyet devrinde prensip olarak muhafaza olunmuştur. Diktatörlük prensip olarak hiçbir zaman kabul olunmadıktan başka, zararlı ve Türk milletine yakışmaz olarak, daima itham edilmiştir. Bizim tek eksikliğimiz, hükümet partisinin karşısında bir parti bulunmamasıdır.” Bk. TANÖR, Bülent, (2006), Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, s.340.

³⁴ TANÖR (2006), s. 341.

³⁵ TANÖR (2006), s. 343.

³⁶ ARMAĞAN (1975), s. 173-177.

uygulanmıştır. Bu dönemde uygulanan çoğunluk sistemi parlamentoda iki partinin temsiline yol açarken, bir partinin aldığı oydan çok fazla temsil edilme (aşkın temsil) imkanı sağlamıştır³⁷. 1950 Seçimlerinde DP % 53.35 oy oranıyla TBMM’de %83.57’lik bir temsil ve 408 sandalye kazanırken, CHP %39.78 oy oranıyla %14.40’lık bir temsil ve 69 sandalye kazanabilmiştir. 1954 Seçimlerinde DP % 56.61 oy oranı ile %92.98 temsil ve 503 sandalye, CHP % 34.78 oy oranı ile %5.52 temsil ve 31 sandalye kazanabilmiştir. 1957 Seçimlerinde DP %47.70 oy oranı ile %69.50 temsil ve 424 sandalye, CHP ise %40.82 oy oranı ile %29.18 temsil ve 178 sandalye elde edebilmiştir³⁸. Cumhuriyetin kuruluşunda etkili olan Cumhuriyet Halk Partisi 1946 seçimleri dışında diğer seçimlerde sürekli oy kaybına uğramıştır. Bu durum, Cumhuriyetin kuruluşunda etkin olan askeri ve sivil bürokrasi üzerinde bir “geriye dönüş” endişesine yol açmıştır. Nitekim 1960’da “demokrasiye dönüş” amacıyla bir askeri müdahale gerçekleştirilmiştir.

27 Mayıs 1960 müdahalesi sonrası hazırlanan 1961 Anayasası döneminde, yeni bir seçim kanunu yapılmıştır. 26 Nisan 1961 tarih ve 298 Sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun” ile ilk defa nispi temsil sistemine geçilmiştir. Nispi temsil sistemine geçilmesinde önemli bir etkende önceki dönemde uygulanan çoğunluk sisteminin bir partinin mutlak üstünlüğüne yol açan “çoğunlukçu bir demokrasi” anlayışını ortaya çıkarmasıdır. Parlamentoda çoğunluğu tek başına elinde bulunduran parti kendisini tek başına “milli iradenin temsilcisi” olarak görmeye başlamıştır. Dolayısıyla nispi temsil sistemine geçilerek parlamentoda daha çok partinin temsil edilebilmesi ve tek partinin kendini milli iradenin temsilcisi olarak görmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.

Bu dönemde nispi temsil sistemi, iki meclisli Parlatentonun Temsilciler Meclisi için yapılan seçimlerde uygulanmıştır. 306 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu ile Temsilciler Meclisi seçimleri için bölgesel barajlı D’Hondt sistemi; 304 sayılı Kanunla Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde basit çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Ancak 477 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile her iki meclis içinde nispi temsil sistemine geçilmiştir. Askeri müdahale sonrası nispi temsil sistemi ile yapılan seçimlerde CHP %36.7, AP %34.8, CKMP % 14.0 ve YTP % 13.7 oy almıştır. Bölge barajlı D’Hondt sisteminin küçük partilerin temsilini engellediği ve iki büyük partinin parlamentoda etkin olmasını sağladığı gerekçesi ile 1965 yılında yapılan seçimlerde 533 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile “Milli Bakiye” sistemine geçilmiştir. Milli Bakiye sistemi

³⁷ TUNCER (2006), s. 169.

³⁸ TANÖR (2006), s. 351.

ile yapılan 1965 seçimlerinde, AP % 52.9, CHP % 28.7, CKMP % 2.2, MP % 6.3, TİP 3.0, YTP 3.7 oy almıştır³⁹.

Barajın uygulandığı 1961 seçimlerinde hiçbir parti tek başına iktidara sahip olamamış ve koalisyon hükümeti kurulmuştur. Oysa barajın uygulanmadığı 1965 seçimlerinde Parlamentodaki parti sayısı artmış, ancak istikrarlı bir hükümetin oluşması açısından her hangi bir engel söz konusu olmamıştır. AP oyların %52.9’unu alarak tek başına hükümet olabilmıştır. Bu da her zaman barajın istikrarlı bir hükümete, barajsız seçim sisteminin de istikrarsız hükümetlere yol açabileceği varsayımını çürütmektedir⁴⁰.

12 Ekim 1969 seçimleri öncesi 20.03.1969 tarih ve 1036 sayılı Kanun ile milli bakiye sistemi yerine “Çevre Barajlı D’Hondt” sistemine tekrar dönülmüştür. Anayasa Mahkemesi kanunun baraja ilişkin hükümlerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararı üzerine 1969 seçimleri barajsız D’Hondt Sistemine göre yapılmıştır⁴¹. Bu seçimler sonrası, parti sayısında bir artış görülmele beraber sadece iki parti oyların %10’nu aşabilmiştir. Bu seçimlerde AP %46.5, CHP % 27.4, GP %6.6, MHP %3.0, MP %3.2, TBP %2.8, TİP %2.7, YTP %2.2 oy almıştır.⁴² AP barajsız nispi temsil sistemine rağmen tek başına hükümeti kurabilmiştir.

Ancak aynı seçim sistemiyle gidilen 1973 seçimlerinde sonuç değişmiştir. Bu seçimlerde, CHP %33.3, AP % 29.8, DP % 11.9, MSP %11.8, CGP % 5.3, MHP %3.4, TBP %1.1 oy almıştır. Seçim sistemi aynı olduğu halde tablodaki bu değişiklik “1970 Askeri Mihtrası” ile açıklanabilir. Askeri Mihtra sonrası AP iktidardan ayrılmaya zorlanmış ve sonrasında ordu desteğinde bir “partiler üstü hükümet” kurulmuştur. Bu AP’nin bölünmesine ve DP’nin kurulmasına yol açmıştır. Yapılan askeri müdahalelerle iktidardaki partinin hükümetten uzaklaştırılması ve partide bölünmeye ve yeni partilerin ortaya çıkarak oy aritmetiğinde değişime yol açılması uygulaması Türk siyasi hayatının demokrasi dışı bir geleneği haline gelmiştir. Nitekim 12 Eylül 1980 askeri müdahalesi bu yönde en kötü sonuçları doğurmuş, bütün partiler yasaklanarak, tümüyle yeni partiler aritmetiğinin oluşmasına yol açmıştır.

³⁹ Seçim sonuçları için bk. TUNCER, Erol, (2002), Osmanlıdan Günümüze Seçimler, TESAV Yayınları, Ankara, s. 324-334.

⁴⁰ Bu yönde bir değerlendirme için bk. BAHÇECİ, Barış (2005), “1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar”, AÜHF Dergisi, Yıl 2005, Sayı 54, s. 368.

⁴¹ Armağan, s. 189-193.

⁴² TUNCER (2002), s. 326.

2. 1982 Anayasası Dönemi

12 Eylül 1980 askeri müdahalesinin temel gerekçelerinde biri “Rejimin temel müessesesi olan parlamentonun görevini yapamaz hale getirildiği ve demokratik sistemi normal olarak işletebilecek yolların kapandığı”dır⁴³. Parlamentonun görevini yapamaz hale gelmesinde parlamentoda küçük partilerin temsil edilmesi ve istikrarsız hükümetlerin kurulması gerekçe olarak gösterilmiştir. Askeri müdahaleyi yapan Milli Güvenlik Konseyi başkanı devlet başkanı sıfatı ile bu yönde şu açıklamalarda bulunmuştur:

“Anayasa kadar önemli bir kanun da seçim kanunu olacaktır. Küçük küçük partilerin koalisyon döneminde ne müşküller çıkardığı, iktidarda kalabilmek uğruna bu küçük partilere ne tavizler verildiğini hep beraber gördük ve yaşadık. (...) Parti enflasyonunu önleyecek bir seçim sistemini bütün millet sizden beklemektedir.”⁴⁴

Türkiye’de milletvekili seçim sistemi ve usulü, 10 Haziran 1983 tarih ve 2839 sayılı “Milletvekili Seçim Kanunu” ile düzenlenmiştir. Kanun’un “Amaç ve kapsam” kenar başlıklı 1. maddesine göre, “Bu kanun, milletvekili seçimi sistem ve usulünü, seçim çevreleriyle milletvekili sayısını, seçim dönemi ve zamanını, ara seçim, seçimin yenilenmesi, seçilebilme ve aday olma esasları ile milletvekili seçimine ilişkin ilkeleri ve uygulamaları düzenler.”

Kanun’un 2. maddesinde “Seçim sistemi ve usulü” kenar başlığı ile şu düzenlemeye yer verilmiştir: “Milletvekili seçimi tek derecelidir. Seçim nispi temsil sistemine göre, genel, eşit ve gizli oyla, bütün yurtda aynı günde yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçmen oyunu tam bir serbestlik içinde kullanır. Oyların sayımı, dökümü ve tutanaklara bağlanması, açık olarak yapılır.”

Kanunun “Genel Baraj ve hesaplanması” kenar başlıklı 33. maddesinde, genel baraj şu şekilde düzenlenmiştir:

⁴³ 12 Eylül 1980 müdahalesinin temel nitelik ve amacını açıklayan 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun”un genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmektedir: “...Rejimin temel müessesesi olan parlamentonun görevini yapamaz hale getirildiği ve demokratik sistemi normal olarak işletebilecek yolların kapandığı bir ortamda Milletin bağrından doğan Türk Silahlı Kuvvetleri, tarihi sorumluluk duygusu ile Yüce Türk Milleti Adına hareket ederek emir ve komuta zinciri içinde ve emirle 12 Eylül 1980 Harekatını gerçekleştirmiştir”. Bk . ÖZBUDUN, Ergun (1995), Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 27.

⁴⁴ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 1, s. 5, 23.10.1980 tarihli oturum, aktaran, BAHÇECİ (2005), s. 370.

“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 çevrelerinin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür.

İl seçim kurulları, yukarıdaki maddeye göre, birleştirme tutanağını düzenledikten sonra sonuçları en seri şekilde telgrafla, ayrıca telefonla veya telsizle Yüksek Seçim Kuruluna bildirir.

Yüksek Seçim Kurulu, bütün illerde bu şekilde alınan bilgilere göre, Türkiye genelinde geçerli oyların toplamını yapar ve her siyasi partinin aldığı geçerli oy toplamını genel geçerli oy toplamına bölerek, siyasi partilerin ülke genelinde aldığı oy yüzdesini hesaplar ve yüzde onluk barajı aşan siyasi partilerin isimlerini il seçim kurullarına bildirir ve ilan eder.

Bu ilandan sonra, bir veya birkaç seçim çevresinde, seçimin iptaline karar verilmesi ülke genelinde alınan oy yüzdesinin yeniden tespitini gerektirmez.”

Bu düzenleme ile genel seçimlerde ülke genelinde ve ara seçimlerde de seçim yapılan çevrelerin tümünde geçerli oyların %10’unu geçemeyen partiler milletvekili çıkaramamaktadır. Aynı baraj, bir siyasi partinin listesinden seçime katılan bağımsız aday içinde geçerlidir. Genel baraj sayısı hesaplanırken gümrük kaplarındaki seçim kurullarından gelen oylarda hesaba katılmaktadır. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında 298 sayılı Kanun’un 94. maddesinin II. Paragrafı h bendine göre, “Gümrük kapılarındaki seçim kurullarından gelen sonuçlar, Yüksek Seçim Kurulunca birleştirilir. Kullanılan toplam geçerli oy sayısı Türkiye genelinde kullanılan toplam geçerli oy sayısına ilave edilir. Partilerin aldıkları oylar aynı şekilde seçim kurullarından gelen oylara ilave edilerek her partinin ülke genelinde aldığı geçerli oy miktarı bulunur.”

Milletvekili Seçim Kanunu’nun 34. maddesi 2. fıkrasında bir de “Seçim çevresi barajı” öngörülmüştü. Bu fıkraya göre, “Bir seçim çevresinde, kullanılan geçerli oyların toplamının, o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilmez.”. Böylece, bir parti ülke genel barajını aşmış olsa bile, seçim çevresi barajını aşamaması halinde o çevreden milletvekili çıkaramamaktadır. Ancak “seçim çevresi barajına” ilişkin bu hüküm, Anayasa Mahkemesi’nin E. 1995/54, K.1995/59 sayılı ve 18.11.1995 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.

Genel barajı aşan siyasi partiler ve bağımsız adaylar arasında milletvekilliklerinin paylaştırılması Milletvekili Seçim Kanunu’nun 34.

maddesinin 3. fıkrasında öngörülen D'Hond't sistemine göre yapılmaktadır. Fıkraya göre, "Seçime katılmış siyasi partilerin ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları geçerli oy sayıları da hizalarına yazılır. Siyasi partilerin oy sayıları, önce bire, sonra ikiye, sonra üçe...ile o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar ile bağımsız adayların aldıkları oylar ayırım yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Seçim çevresinden çıkacak milletvekili sayısı kadar bu payların sahibi olan partilere ve bağımsız adaylara rakamların büyüklük sırasına göre milletvekilleri tahsis olunur".

Bu sistemde herhangi bir partinin listesinden seçime katılmayan "bağımsız adaylar", ülke genel barajına dahil olmadan, belli bir seçim çevresinden seçilebilme şansına sahiptir. Ülke genel barajını aşan partilerle birlikte, o seçim çevresinde milletvekili paylaşımına katılmaktadırlar. Dolayısıyla ülke genel barajını aşan bir partinin adayından, belli bir seçim çevresinde yüksek oy alan bir bağımsız adayın seçilme şansı oldukça yüksektir. Bu da ülke genelinde barajı aşmayan ancak belli bölgelerde güçlü olan bir partinin, bağımsız adaylarla seçime katılması halinde, milletvekili çıkarma şansını güçlendirmektedir⁴⁵.

Türkiye'de baraj uygulaması, nispi temsil sistemine geçildiği 1961 Anayasası dönemi ile başlamıştır. 1961 Milletvekili ve 1964 Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde "Çevre Barajlı D'Hondt Sistemi", 1965 ve 1966 Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde "Milli Bakiye Sistemi"; 1969'dan 1983 seçimlerine kadar "Barajsız D'Hondt" sistemi; 1983 Milletvekili Genel Seçimlerinde "Çifte barajlı d'hondt" sistemi; 1987 ve 1991 genel seçimlerinde "Çifte barajlı d'hondt+kontenjan" sistemi ve 1995 seçimlerinden buyana da "Ülke barajlı d'hondt sistemi"nin uygulandığı görülmektedir⁴⁶. Baraj uygulamasının gerçekleştiği bu dönemlerde, baraj uygulamasının parlamentoda her zaman istikrarlı hükümetlerin kurulmasına yol açmadığı görülmektedir. 1983 Seçimlerinde seçime giren üç partinin üçü de barajı aşmıştır. 1987 seçimlerinde seçime geren 7 partiden üç parti barajı aşmıştır. 1991'de 6 partiden 5'i, 1995'de 12 partiden 5'i ve 1999 seçimlerinde 20 partiden 5'i %10'luk genel

⁴⁵ İsveç'te uygulanan baraj sistemi, ülke barajını aşmayan ancak belli bir seçim çevresinde güçlü olan partilere milletvekili çıkarma şansı vermektedir. Bu sistem'de bir parti ülke genel barajı olan %4'lük barajı aşmadığı durumda, herhangi bir seçim çevresinde %12'nin üzerinde bir oy alması durumunda, o seçim çevresinde sandalyelerin dağıtımına katılabilmektedir. Bk. TÜRK, Hikmet Sami (2006), "Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih, Anayasa Yargısı, Cilt No. 23, s. 99.

⁴⁶ TUNCER (2006), s.169.

barajı aşabilmiştir⁴⁷. Aynı baraj uygulaması ile, 1983 ve 1987 seçimleri sonucu tek partili hükümetler kurulabilmişken, 1991, 1995 ve 1999 seçimlerinde koalisyon hükümetleri oluşmuştur. 2002 Seçimlerinde ise barajı iki parti aşabilmiş ve tek başına bir iktidar oluşabilmiştir. Dolayısıyla %10 barajının uygulandığı dönemlerde her zaman istikrarlı hükümetlerin kurulacağı söylenemeyeceği gibi parti sayısının sınırlı olmasının da her zaman istikrarlı hükümetlere yol açacağı söylenememektedir.

B. Genel Baraja İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi’nin baraja ilişkin ilk iptal kararı, 1961 Anayasası döneminde olmuştur. 306 Sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nun bazı maddelerinde değişiklik yapan 20.03.1968 tarih ve 1036 sayılı Kanun ile getirilen barajlı d’hondt sisteminde, Anayasa Mahkemesi 6.5.1968 tarih, 1968/15 Esas ve 1968/13 sayılı kararı ile baraja ilişkin 32/4 ve 5. fıkraları iptal etmiştir⁴⁸. Bu kararın bir benzeri 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin E. 1995/54, K. 1995/59, Karar Tarihi 18.11.1995. kararı ile 27.10.1995 günlü 4125 Sayılı Kanuna karşı olmuştur. Bu ikinci kararda da seçim çevresi barajı iptal edilirken, genel baraj uygulaması Anayasaya aykırı görülmemiştir.

1. 1961 Anayasası Dönemindeki Kararı

1961 Anayasası döneminde uygulanan 25.5.1961 tarih ve 306 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu, 20.03.1968 tarih ve 1036 sayılı Kanun ile değiştirilerek, ilk defa baraj uygulaması getirilmiştir. Milletvekili Seçim Kanununun 32. maddesinde yapılan değişiklik şöyledir:

“Madde 32- Siyasî partilerin ve bağımsız adayların elde ettikleri milletvekilliği sayısı, aşağıdaki şekilde hesaplanır:

Seçime katılmış olan siyasî partilerin ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları muteber oy sayıları da hizalarına yazılıdır. Bu rakamlar, önce bire, sonra ikiye, sonra üçe... ilâ, o çevrenin çıkaracağı milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar, parti ayırımı yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Milletvekilleri bu payların sahibi olan partilere ve bağımsız adaylara, rakamların büyüklük sırasına göre tahsis olunur.

Son kalan milletvekilliği için bir birine eşit rakamlar bulunduğu takdirde, bunlar arasında ad çekilmek suretiyle tahsis yapılır.

Bir seçim çevresinde, kullanılan muteber oy pusulaları toplamının, o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy

⁴⁷ BAHÇECİ (2005), s. 384.

⁴⁸ AMK. Tarih 3,4,6/5/1968 tarih, 1968/15 Esas, 1968/13 Karar, RG. 24.10.1968-13.035.

alan siyasî partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilemez. Bu gibi hallerde, milletvekilliği elde edemiyen siyasî partiler veya bağımsız adaylar ve aldıkları oylar nazara alınmaksızın milletvekillikleri geriye kalan partiler ve bağımsız adaylar arasında yukarıki fıkra gereğince paylaşılır.

Şayet seçime katılan siyasî partilerden ve bağımsız adaylardan hiç biri yukarıki fıkroda gösterilen sayı kadar oy almamışlarsa, milletvekillikleri gene ikinci fıkra hükümlerine göre paylaşılır.”

Bu değişiklik ile “seçim çevresi barajlı” D’Hondt sistemine geçilmiştir. Maddede ülke genelinde uygulanacak bir genel baraja yer verilmemiş, her seçim çevresinde uygulanacak bir barajdan (engel)den söz edilmiştir.

Bu seçim çevresi barajına, Türkiye İşçi Partisi Anayasaya aykırılık iddiası ile dava açmıştır. Partinin aykırılık iddiaları şu şekilde özetlenebilir:

- Çok partili hayatın demokrasinin vazgeçilmez unsuru olduğu, çok partili düzenin ise sadece partilerin birden çok olması biçiminde değil, partilerin temsil ettikleri sosyal çıkarlar bakımından da çeşitlenmesi biçiminde anlaşılması gerektiği;

- Sosyal devlet ilkesi gereğince iktisatça güçsüz olanların siyasi ortamda kendi partileri aracılığı ile aktif rol oynamaları gerektiği;

- Demokrasi gereğince toplumda tomurcuklanan bütün fikir akımlarının temsil edilmesi ve devlet yönetimine yansması gerektiği;

- Seçim çevresi barajı getiren bu kanunun açıklanmayan şu gizli amaçları olduğu: Adalet Partisi iktidarının, hak etmediği, başka partilere verilmiş oylara sahip çıkarak tek başına iktidarda kalmasını sağlamak; çoğunluğu elde ederek Anayasayı geriye doğru değiştirmek; Türkiye İşçi Partisini ve genellikle küçük partilere tasfiye etmek;

- Seçmenin tercihini gösteren ve belirli bir partinin adaylarına verilmiş oy şeklinde beliren iradesi, seçim işlemlerinin başından sonuna kadar niteliğini ve doğrultusunu korumalı, herhangi bir müdahaleye uğramaksızın, seçim sonuçlarının saptanmasında bu niteliği ile hesaba katılmalıdır;

- Seçilme hakkı da adayın kendisine verilmiş oylara sahip olmasını zorunlu kılar. A ya verilmiş oylar B ye verilmişcesine değerlendirilemez;

- Seçimin serbest olması seçmenin sadece oy kullanırken müdahaleye uğramaması demek değildir; oy verme gününden öncede maddi ve manevi baskılardan uzak kalması, özellikle kullanılan her oyun, seçmenin iradesi doğrultusunda değerlendirileceğinin kanunun teminatı altında bulunması demektir. Oysa engeli aşamayan oy sahiplerinin irade beyanları tercihlerine aykırı olarak değerlendirildiğinden seçmenin serbestliği ihlal edilmektedir;

- Eşit oy demek seçimin herkes için eşit şartlarda geçmesi ve seçim sonuçlarının alınmasında her oyun eşit değerde kabul edilmesi, oylara eşit muamele yapılması demektir. Oysa engelli D’Hondt düzeninde oylar engeli aşan ve aşamayanlara göre değişik işleme tabi tutulmaktadır. Engeli aşan oylar geçerli sayılmakta aşamayanlar ise hem geçerli sayılmamakta, hem de nitelik değişikliğine uğratılmaktadır;

O dönemde iktidarda olan ve Kanunu hazırlayan Adalet Partisi Kanununun Anayasaya aykırılığının söz konusu olmadığını göstermek için Anayasa Mahkemesi’nin 1966/1 sayılı kararındaki şu ifadelerle göndermek yapmaktadır:

“(Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının seçme ve seçilme hakkını ve seçimlerde uygulanması gerekli temel kuralları belirten 55. maddesi, en küçük bir tereddüde ve yanlış anlaşılmaya yer bırakmayan bir açıklık ve kesinliktedir. Bu madde seçimlerin "serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm" esaslarına göre yapılmasını hükme bağlamakta, bu esasların dışında kalan bütün şartları ve nitelikleri kanun koyucunun takdirine bırakmaktadır. O halde serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarından ayrılmamak şartıyla kanun koyucunun meclislerden herhangi biri için uygun gördüğü seçim sistemi Anayasa’nın da makbulüdür.)

(... Anayasa koyucusu, seçim sistemi gibi çok önemli bir konuda bir kural getirmeyi öngörmüş olsaydı, bunu hiç bir zaman dolaylı bir yoldan ve herhangi bir yasaya atıf suretiyle yapmaz, o kurala doğrudan doğruya kendi metni içinde yer verirdi).⁴⁹

Anayasa Mahkemesi’nin aykırılık iddiasının esası hakkındaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir:

- Anayasa Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi üyelerinin seçimlerinde uygulanacak düzenin ne olması gerektiğini bir kural ile tespit etmemiştir. Seçim düzenleri, seçme ve seçilme haklarının ilgili ülkenin koşullarına, gerçeklerine, gereklerine ve yararlarına göre en iyi ve doğru biçimde kullanılmalarını sağlamak üzere düşünülmüş bir takım yöntemlerdir. O halde kanun koyucunun belli seçim düzenlerinden birini kanunlaştırmakta yahut ülkenin koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği, yeni bir düzeni ortaya koymakta takdir serbestliğine sahip bulunduğunu kabul etmek gerekir.

- Ancak bu takdir serbestliğini sınırsız düşünmek mümkün değildir. Çünkü Anayasa’nın 55. maddesinin ikinci fıkrası birinci fıkrasındaki yetkiye ilk sınırı şöylece koymaktadır: “seçimler serbest eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır.” Bunlar seçimler için

⁴⁹ AMK. Tarih 3,4,6/5/1968 tarih, 1968/15 Esas, 1968/13 Karar, RG. 24.10.1968-13.035.

Anayasa'nın getirdiği özel kurallardır. Kanun koyucu seçim düzen ve yöntemlerini koyarken, önce bu ilkelere uymak zorundadır. Bu ilkeleri saklı tutmayan bir seçim Kanununun Anayasa'ya aykırılığında şüphe edilemez.

- Engelli seçim düzeni, bir seçim çevresindeki engel sayısını az bir farkla aşabilmiş bir siyasî partinin, o çevrede seçime giren öteki partilerin, engelin altında kalmaları halinde çevrenin çıkaracağı bütün milletvekilliklerini elde etmesine yol açabilmektedir. Böylece başka partilere veya bağımsız adaylara oy vermiş seçmenlerin toplamı bir seçim çevresinde geçerli oy kullanan kimseler toplamının üçte ikisini hatta beşte dördünü bulsa, bu oylar, çeşitli partiler ve bağımsızlar arasında bölünmek dolayısıyla engel geçilemediği için, o seçmenler kendilerini Mecliste temsil ettirmek hakkından yoksun kalacak; çevredeki seçmen çoğunluğunu teşkil ettikleri halde, azınlığın seçtiği milletvekillerinin, kendilerini de temsil etmelerine katlanmaları gerekecektir. Bu yoldan, seçmen azınlığının seçtiği milletvekilleri, Mecliste sayı çoğunluğu sağlayarak ülke yönetiminin başına geçme olanağını bulabileceklerdir.

- Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken (Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devletidir.) denilmektedir. Kanun koyucu, yapacağı her kanunda, özellikle siyasî rejim ile pek sıkı ilişkisi bulunan seçim kanunlarında Anayasa'nın bu ilkesini gözönünde bulundurmak, kuracağı seçim düzeniyle iş başına gelecek meclisin demokratik bir nitelikte olmasına itina göstermek zorundadır. Kanunun kurduğu seçim düzeni, demokratik sayılmayacak bir idareyi iş başına getirebilecek nitelikte ise, böyle bir düzeni koyan kanun, Anayasa'ya aykırı düşer.

- Devletlerin sosyal durumlarında çağlardan beri süre gelen değişiklik ve gelişmeler, halkın, yönetimi bizzat elde tutmasına maddî ve fiilli imkân vermediğinden, temsilciler yoluyla idareye katılmaları zorunluluğunun ortaya çıktığı ve temsilî rejimlerin bu zorunluluğunun sonucu olarak kurulduğu bilinen vakialardır. Doğrudan doğruya halk idaresinde halkı, nasıl halkın çoğunluğu yönetmekte idiyse, temsilî rejimlerde de yine halkın çoğunluğunu temsil edenlerin, yönetimin başında bulunmaları gerekmektedir. Ancak böyle bir temsilî rejimin "demokratik" niteliği var sayılabilir. Halkın azınlığını temsil eden bir topluluğun yönetimine "demokratik idare" vasfını vermek mümkün değildir.

- Demokratik idare anlayışı, içinde bulunduğumuz yüzyılda daha da gelişmiş ve toplumda beliren bütün fikir topluluklarının elverdiği oranda meclislerde temsillerine olanak tanınması; böylece sağlanan çoğunluk iktidar, azınlık da, muhalefet olarak bütün eğilimlerin ülkenin yönetiminde etkilerini göstermelerinin sağlanması, demokratik bir idarenin belli başlı nitelikleri arasında sayılmağa başlanmıştır.

- Engelli seçim düzeni, seçmen azınlığına dayanan temsilcilerin Mecliste çoğunluk sağlayarak yurt yönetiminin başına geçmelerine yol açabileceğinden, Anayasa'nın 2. maddesindeki "demokratik hukuk devleti" ilkesine aykırı bulunmaktadır.

- Seçim işlerinin tabîi bir sonucu olmaksızın, sırf kanun koyucunun takdirî ile, sunî olarak bir "engel sayısı" yaratılmış ve bu sayının altında kalan yurttaş oylarının nazara alınmıyacağı hükme bağlanmıştır. Böylece engel sayısı altında kalan yurttaşların, oy vermiş olmalarına rağmen, dolayısıyla, seçme hakları kullandırtmamakta oyları alan siyasî partilerle bağımsız adayların seçilme hakları da bir yana itilmektedir.

- Şüphesiz seçimde kullanılan her oyun, bir milletvekili çıkarması veya her oy alan kişinin, milletvekili seçilmesi düşünülemez. Ancak üzerinde durulacak husus oyların etkisiz kalmasının sırf takdire dayanan nedenlerle ortaya konulmuş sunî bir engel sonucu olmamasıdır. Seçimin tabîi koşullar içinde geçişi sonunda siyasî partilerle bağımsız adaylar üzerinde birleşen seçmen oylarının sayısı, seçilecek milletvekili sayısına oranla ne kadar milletvekili çıkarmak gücünde ise, o kadar milletvekili çıkartabilmelidir. Bir başka deyimle, bir seçim çevresinde seçime katılan bir siyasî partinin topladığı geçerli oy sayısının, o çevrede kullanılan geçerli oyların toplamı içindeki oranı kadar o çevrede çıkacak milletvekili sayısı içinde hakkı olmalıdır.

- "Seçim engeli" düzeninin, olağan seçim sonuçlarını, sunî bir müdahale ile değiştirdiği ve Anayasa'nın 55. maddesindeki seçme ve seçilme hakkını zedeler nitelikte bir hukukî sakınca taşıdığı, bu yüzden de Anayasa'ya aykırı olduğu ortadadır.

- Serbest oy esasına göre yapılan seçim, seçmenin oyunu baskıya, kanun dışı bir müdahaleye uğramadan kullanılabilirdiği bir seçimdir. Ancak bir eylemin serbest oy esasını zedelemesi için baskının mutlaka fiilî ve maddî olması gerekmez. "Serbestlik" ilkesi aynı zamanda seçmen iradesine dolaylı yollardan müdahalede bulunacak veya etki yapacak bir engel ve tedbirin seçmen karşısına çıkartılmamasını da zorunlu kılar.

- Oysa engelli seçim düzeni, seçmene kendisiyle aynı doğrultuda kullanılan oyların belli bir sayıyı doldurmaması halinde bu oyların tümünün nazara alınamayacağını önceden bildirmekte ve seçmen daha başlangıçta bir ruhî baskı altına ve tereddüt içine düşmektedir. Bu bir müdahaledir ve her ne kadar kanunun içinde yer almışsa da meşru olmayan bir müdahaledir.

- "Serbestçe faaliyette bulunma" deyiminden ereğin siyasî partilerin davranışları karşısına bir takım fiilî engeller ve müdahaleler çıkartılmaması olduğu gibi, bunların Anayasa ile tanınmış haklarını kullanmalarının, kanunlarla dahi engellenmemesi olduğu ortadadır. Siyasî partiler seçim yollarından iktidara gelerek ülkeyi kendi tüzük ve programlarının

doğrusunda yönetmek ereği ile kurulurlar. Böylece bir partinin seçimde topladığı oyların, gücü oranında değerlendirilerek öteki siyasî partiler ve bağımsız adaylar arasındaki yerine oturtulmak suretiyle hakkının verilmesi gerekirken, bir takım kanun engelleri çıkartılarak bu oyların sayılmaması yoluna gidilmesi dolaylı olarak siyasî partinin serbest faaliyetini zedeler. Bu davranış aynı zamanda yukarıda değinilen "siyasî partilerin ister iktidarda ister muhalefette bulunsunlar demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu" yolundaki ilkeye de aykırı bir tutumdur. Zira bir bölüm siyasî partilerin topladığı oylan nazara almamak ve onların payına düşen milletvekilliklerini öteki partiler arasında bölüştürmek, bu bölüm siyasî partilerin, demokratik siyasî hayatın vazgeçilir unsurları sayılması sonucunu doğurur.

- Engel hükmü, seçim sonuçlarının değerlendirilmesini, olağan şartlardan başka bir de tamamen kanun koyucunun takdiriyle yaratılmış sun'î bir koşulun tahakkukuna bağlamıştır. Böylece 68. ve 72. maddelerdeki seçim yeterliğine ilişkin hükümlere kanunla yeni bir kayıt eklenmiş olmaktadır. Kanun koyucunun böyle bir hüküm çıkarabileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlediğimiz gerekçelerde "seçim çevresi barajını" iptal etmiştir.

2. 1982 Anayasası Dönemindeki Kararı⁵⁰

27.10.1995 günlü 4125 Sayılı Kanun ile, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Siyasi Partiler Kanunu ve Milletvekili Seçim Kanununda değişiklik ve ilaveler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Mümtaz Soysal, Bülent Ecevit ve 91 milletvekili dava açmıştır. Bu davada hem seçim çevresi barajının hem de genel barajın anayasaya aykırılığı gündeme gelmiştir. Anayasaya aykırılık iddiası şu gerekçelere dayandırılmıştır:

- 4125 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle 2839 sayılı Yasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiş, maddenin ilk cümlesiyle "seçim çevresinde geçerli oyların toplamının o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilmeyeceği" belirtilmiş, ancak böyle bir baraj iki milletvekili çıkaran yerlerde yüzde elliye, üç milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde %33'e ulaşacağı ve bunu da gerçekleştirmek çok zor olacağı için, ilk bakışta olumlu gibi görünen, ancak, "d'Hondt" sisteminin özüne aykırı olan, yüzde 25 barajı konmuştur.

- Yapılan düzenleme ile ülke barajı dışında ikinci bir baraj getirilmektedir. Bu, milletvekili tahsisi için geçerli oyların toplamının çıkacak

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1995/54, K. 1995/59, Karar Tarihi 18.11.1995.

milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek oy sayısıdır ki, özellikle bağımsız adaylar açısından ayrı ve yüksek bir baraj anlamına gelmektedir.

- Yüce Mahkeme “engelli seçim sistemi” olarak adlandırdığı düzenlemeye ilişkin 1968/15 Esas sayılı iptal kararını, 1961 Anayasası’nın 2. maddesindeki “demokratik devlet ilkesine”, 55. maddesindeki “seçme ve seçilme hakkına”, 56. maddesindeki “serbestçe siyasi faaliyette bulunma” ve “çok partili siyasal hayat” ilkelerine, 68. maddedeki “otuz yaşını dolduran her Türkün milletvekili seçilebileceği” kuralına dayandırmıştır. 1961 Anayasası’nda yer alan bu hükümlerin tümü hiçbir sınırlama getirilmeden 1982 Anayasası’nda da yer almaktadır.

- Yapılan düzenleme, partilere aldıkları oy oranında parlamentoda temsil hakkı vermediği, çok küçük farklarla bile kimi partilerin daha çok sayıda milletvekilliği kazanması, bazılarının ise, aldıkları oy oranında bile milletvekili çıkaramaması sonucunu doğuracağı için, Anayasa’nın 67. maddesinin son fıkrasındaki “temsilde adalet” ilkesine, seçmenlerin oyları arasında “fark” yarattığı için “eşit oy” ilkesine aykırıdır.

- Diğer yandan Anayasa’nın 76. maddesi, “Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir” dediği halde, bu düzenleme, gerekli koşulları yerine getirmiş adayların milletvekili olmasını engellemektedir.

Belirtilen nedenlerle, 4125 sayılı Yasa’nın 16. maddesiyle 2839 sayılı Yasa’nın 34. maddesinin 2. fıkrasını değiştiren: “Bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamının o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilmez. Ancak, iki ve üç milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde bu oran yüzde yirmibeş olarak uygulanır ve bu seçim çevrelerinde kullanılan geçerli oyların yukarıda belirtilen oranlardan azını alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilmez” hükmünün: Anayasa’nın 2., 67., 68. ve 76. maddelerine aykırı olduğu için iptali istenmektedir.

Seçim çevresi barajının iptali isteği yanında, %10’luk ülke barajının da iptali istenmiştir. İptal isteği şu gerekçelere dayandırılmıştır:

- Seçimlerde uygulanan yüzde onluk ülke barajı, 13.6.1993 günlü Resmi Gazete’de yayımlanan 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nun “Genel baraj ve hesaplanması” başlıklı 33. maddesi ile getirilmiş, o günden bu yana uygulanmış ve yasa 12 Eylül döneminde çıkarıldığı için, Anayasa’nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasındaki hüküm gereği, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilememiştir. Ancak aynı hüküm, şimdi 34/A maddesiyle, bu kez ülke seçim çevresi milletvekilliği için getirilmiş ve yüzde onluk barajı düzenleyen 33. maddeye de gönderme yapılmıştır. Bu Anayasa’nın geçici maddesi nedeniyle

daha önce tartışılma fırsatı bulunamayan bir konuyu dikkate sunmak için de bir fırsat yaratmıştır.

- “Temsilde adalet” ilkesi, çok kısa bir tanımla, “siyasal partilerin aldıkları oy oranında TBMM’de temsil edilebilmeleri”dir. “Yönetimde istikrar” ilkesi ise, bu temsile, oyların aşırı bölünmesinin yol açacağı istikrarsızlığı önleyecek “sınırlar” getirilmesini mümkün kılar. Bu sınırların Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen ve bir anlamda tüm Anayasal hakların en kısa biçimde ifadesi olan “demokratik hukuk devleti”ne uygun olması zorunludur.

- Gerek “eşit oy” ilkesini, gerekse bunu gerçekleştirme aracı olan temsilde adalet ilkesini korumanın yüksek yurt içi barajlarla bağdaşabileceği savı, “hukuksal” değil, “siyasal” bir savdır. Uygulamalar, dünyanın pek çok yerinde aksini kanıtlamıştır. Aşırı yüksek baraj, “temsilde adalet” ilkesini tümüyle ortadan kaldırmaktadır.

- Bu nedenle “yönetimde istikrar” ilkesini, istikrarlı yönetimi mümkün kılacak adaletli bir temsil anlamında değil de, “salt çoğunluğun sağlanması” anlamıyla kabul etmek, demokrasinin temel ilkelerinden olan azınlığın kendini ifade edebilme ve bunun başta yasama organı olmak üzere her düzeye yansıtılabilme ve demokratik yollardan çoğunluğa gelebilme hakkını sınırlamak anlamına gelir.

- Yüzde onluk barajın, TBMM’de temsil edilen siyasal partilerin azalması sonucunu vereceği, hattâ halen parlamentoda çok sayıda parti bulunduğu şikayetlerinin bir sonucu olduğunu ileri sürmek mümkündür. Ancak, Anayasamız çok partili demokratik yaşamı” seçtiğine, siyasal partileri de “demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsurları” olarak kabul ettiğine, siyasal partilerin varlık nedeni de iktidar ve bunun ilk adımı olarak da TBMM’de temsil edilmek olduğuna göre, bunu olanaksız hale getiren düzenlemeler;

- Anayasa’nın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesine, Anayasa’nın Başlangıç bölümünün 6. fıkrasına göre her yurttaşın kullanacağı belirtilen temel haklardan biri olan Anayasa’nın 68. maddesindeki siyasal parti kurma hakkına aykırıdır. Çünkü siyasal partiler, rastgele örgütlenmeler değil, anayasal yollardan iktidara gelmek ve ülkeyi yönetmek iddiası ile kurulmuş örgütlerdir. Bunun engellenmesi Anayasa’ya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi seçim çevresi barajının Anayasaya aykırılığı sorununu incelerken şu gerekçelere dayanmıştır:

- Türkiye Devleti’nin biçiminin Cumhuriyet olduğu, Cumhuriyet devlet biçiminin değiştirilemez niteliklerinden birinin de demokrasi olduğu, demokrasinin gereği olarak ulusal egemenliğe dayanmanın şart olduğu, bu şartın

gerine getirmenin araçlarından birinin de serbest seçimler olduğu ifade edilmiştir. Anayasa’nın 67. maddesinde “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” düzenlenmiştir. Bu maddenin 6. fıkrasında, seçim yasalarının “temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu düzenlemede amaç, seçmen istencinin yasama organına olabildiğince uygun yansımadır.

- Toplumsal istemlerin ve yeğlemelerin yasama organına tam olarak yansımaları sağlayacak yöntemleri içeren sistemlerin en uygununu, en doyurucusunu, başka bir anlatımla hiçbir yakınmaya yol açmayanını edinmek olanaksız ise de yakınmaya en az neden olanı yeğlemek olanaklıdır. Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa’ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa’nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz.

- Temsili demokrasilerin değişik alanlardaki yansımaları, etkileriyle belli olmaktadır. İstikrar sağlayacağı sanılarak getirilen adaletsiz sistemlerin, toplumsal gelişmeleri önemli ölçüde engelleyen sonuçları olduğu bilimsel araştırmalarla açıklanmaktadır. Temsilde adaletin ağırlığı, yönetimde istikrarın temel koşuludur. Adalet, istikrar sağlar. Yalnızca istikrar düşüncesi, adalet olmayınca istikrarsızlık yaratır. Anayasa’nın gözetilmesini istediği “temsilde adalet ilkesi” serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm öğeleriyle özetlenmekte ve oyla orantılı temsilci sayısı ile yaşama geçirilmektedir.

- “Yönetimde istikrar ilkesi” ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıttacak yöntemler olarak algılanmaktadır. “Baraj” olarak adlandırılan yeterlilik oranıyla sağlanmak istenen yönetimde istikrar, temsilde adalet gibi 4121 sayılı Yasa’yla gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa’da yer almıştır. Kimi durumlarda birbirinin karşısı gibi görünen bu iki ilkenin demokrasinin doğal aracı sayılan seçimlerde birbirini dengeleyecek ve tümleyecek biçimde birlikteliğine önem verilmelidir. Bunun için en az yakınılan seçim sisteminin uygulanması gerekmektedir. Bu iki ilkeyi her yönüyle olmasa da genelde bağdaştırmak, ülkelere göre değişmesi olağan bir durumdur. Bunu seçmek yasama organının yetkisinde olmakla birlikte bu yetki, yasanın biçimsel düzenlemesiyle değil, özülle Anayasa’ya uygun olarak yaşama geçirmekte kullanılmalıdır.

- Dava konusu kuralın, “temsilde adalet” ilkesi yönünden uygunluğu savunulamaz. Bu kuralla ülke barajına ek olarak “çevre barajı” getirilmektedir. Ayrıca, iki ve üç milletvekili çıkaracak iller için oranın % 25’den az olmayacağı öngörülmüştür. Nüfusu fazla olan illerin (seçim bölgelerinin) çıkaracakları milletvekili sayısı fazla olacağından buralarda çevre

barajı düşecek, nüfusu az olan seçim bölgelerinde ise tersine yükselecektir. Böylece, bir seçim çevresinde daha düşük oranla bir siyasal partinin ya da bağımsız adayın kazanma olasılığına karşılık, iki ya da üç milletvekili çıkaracak bir çevrede kazanabilmek için % 25'lik oran aranacaktır. Seçim bölgeleri arasındaki adaletsizlik, bu barajla daha da artacaktır. Alınan önlemler temsilde adaleti sağlamaktan uzak olduğundan, adaletsizliğin olumsuz sonuçları da sistemi ve ülke düzenini etkileyecektir. Verilen oylarla çıkarılan milletvekili sayısı arasındaki oransızlık sonucu ortaya çıkan adaletsizlik, uygulanan yöntemin ürünü olacaktır.

- 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 nisbî temsil sisteminin bir türü olan D'Hondt sistemi de kendi içinde bir baraj taşımaktadır. İncelenen kural Anayasa'nın 67. ve 76. maddelerine, bu yolla da 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi seçim çevresi barajını yukarıdaki gerekçelerle Anayasaya aykırı görürken %10'luk genel barajı şu gerekçelerle Anayasaya aykırı görmemiştir:

"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 yüzdelerle konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabûl 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. Kaldıki % 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır. Bu nedenle bu kurala yönelik iptal isteminin reddi gerekir."

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin %10 Genel Baraja İlişkin Kararı⁵¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin Türkiye'de genel seçimlerde uygulanan %10 genel barajı açıkta tartıştığı kararı, Mehmet Yumak ve Resul Sadak tarafından 1 Mart 2003 tarihinde Mahkemeye yaptıkları

⁵¹ Kararın Türkçe çevirisi için bk. Av. CENGİZ, Serkan (2007), Türkiye Barolar Birliği Dergisi Mart-Nisan 2007 Sayısı, www.serkanengiz.av.tr. (11.07.2007).

başvuru ile olmuştur (başvuru no.10226/03). Başvurucular Parlamento seçimlerinde uygulanan %10 luk genel barajın Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkını ihlal ettiği iddiasına dayanmışlardır. Mahkeme 9 Mayıs 2006 tarihli kararı ile başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.

1. Davaya Konu Olaylar

Kararda öncelikle 3 Kasım 2002 seçimlerine götüren koşullar ele alınmıştır. Kararda, Türkiye’de 1999 yılında yaşanan deprem sonrası iki ekonomik kriz yaşanmış olması, dönemin başbakanının sağlık durumu ve üçlü koalisyon nedeniyle siyasi krize yol açtığı ifade edilmiştir. Bu nedenle TBMM 31 Temmuz 2001 tarihinde genel seçim tarihini öne çekerek 3 Kasım 2002 tarihinde erken seçime karar vermiştir. Eylül ayında 3 sol parti HADEP, EMEP ve SDP birleşerek DEHAP’ı kurmuştur. Başvurucular yeni partinin önde gelen isimleri olarak Şırnak’tan milletvekili adayı olmuştur⁵².

3 Kasım 2002 seçimlerinde Şırnak ilinde DEHAP, kullanılan 103.111 oyun 47.449’nu alarak yüzde 45.95 oy almıştır. Ancak HADEP’in Türkiye genelindeki %10’luk barajı geçememesi nedeniyle başvurucular seçilememiştir. Şırnak iline ait üç milletvekilinden ikisini oyların %14.05’ini alan AKP, diğer bir sandalyeyi ise %9.69 oy alan bağımsız milletvekili kazanmıştır. Türkiye’de %10 barajını iki parti aşabilmiştir. Kullanılan oyların %34.26’sını alan AKP ulusal parlamentonun %66’sına karşılık gelen 363 sandalye kazanmış; oyların %19.4’ünü alan CHP ulusal parlamentonun % 33’üne karşılık gelen 178 sandalye kazanmıştır. Bu seçimlerde 9 bağımsız aday seçilebilmiştir. Türkiye’de 1954 yılından bu yana ilk kez iki partili bir meclis oluşmuştur⁵³.

2. Türkiye’de Uygulanan Seçim Sisteminin Değerlendirilmesi

Türkiye’de 1950, 1954 ve 1957 seçimlerinde uygulanan çoğunluk sistemi ile parlamentodaki çoğunluk ile muhalefet arasında “kurumsal dengenin” sağlanamadığı ifade edilmiştir. Bu dengesizlik 1960 darbesine yol açmış, darbe sonrası siyasal çoğulculuğu güçlendirmek ve siyasal sistemi güçlendirmek amacıyla D’Hondt sistemine geçilmiştir. Bu sistemin uygulandığı 1965 ve 1969 seçimleri sonrası Parlamentoda küçük partilerin temsili yanında istikrarlı çoğunluklar yakalanabilmiştir. Ancak aynı sistemin uygulandığı 1973 ve 1977 seçimleri sonrası istikrarlı hükümetler kurulamamıştır. Bu dönemler istikrarsız koalisyon hükümetleri ile anılır olmuştur⁵⁴.

⁵² Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 8-10.

⁵³ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 11-13.

⁵⁴ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 16.

1970’li yıllarda ortaya çıkan istikrarsız yönetimler sonrası yaşanan 1980-1983 askeri müdahale dönemini takiben 13 Haziran 1983 tarihinde 2839 sayılı kanun ile iki barajlı nispi temsil sistemi kurulmuştur. %10’luk ulusal baraj yanında “seçim çevresi barajı” da getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 1995 tarihli kararı ile seçim çevresi barajını iptal etmiştir. Türkiye’de 1983 seçimlerinden bu yana %10’luk baraj uygulanmakla birlikte Parlamentoda ikiden fazla parti temsil edilebilmiştir. 1987 Seçimlerinde Anavatan partisi yanında iki parti, 1991 tarihli seçimlerde 5 parti, 1995 seçimlerinde 5 parti ve 1999 seçimlerinde yine 5 parti parlamentoda temsil imkanı bulabilmiştir. 2002 Seçimlerinde ise iki partili bir parlamento ortaya çıkmıştır. 1991 Seçimlerinde Halkın Emek Partisinin 18 adayı SHP listelerinden Parlamento’ya girmiş ve daha sonra istifa ederek HEP’i parlamentoda temsil etmişlerdir.⁵⁵

3. Seçim Barajına İlişkin Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuya ışık tutması amacıyla Avrupa Konseyi’nin konuya ilişkin kararlarına değinmiştir. Bu çerçevede 3 Kasım 2002 seçimleri hakkında “İzleme Komitesi”nin 20 Aralık 2002 tarihli raporuna yer verilmiştir. Raporda, 18 partiden sadece ikisinin TBMM’de temsil edildiği, %10’luk seçim barajını iki partinin aştığı, daha önce hükümet olan partinin sadece %1’lik oy aldığı ve ekonomik problemlerin seçimde belirleyici olduğu ifade edilmiştir. Bu durumun ülke içinde istikrarsız ve karmaşık koalisyonlardan kaçınılacağından istikrar getireceği, ancak %44 oyun parlamentoda temsil edilmediği ifade edilmiştir.⁵⁶

Mahkeme, ikinci olarak, Avrupa Konseyinin seçim barajlarına ilişkin bağlayıcı bir kararının olmadığını, Konseyin kuruluş belgelerinde de bu konuda bir düzenlemenin bulunmadığını belirttikten sonra, Viyana Komisyonu tarafından kabul edilen “Seçim Meselelerinde İyi Uygulama Yasası”na değinmiştir. Bu Yasa’da ilke olarak “doğrudan oy ilkesinin” getirildiği, ancak çift meclisli parlamentolarda meclislerden birinin dolaylı oyla da seçilebileceği ve ülkelerce her türlü seçim sisteminin uygulanabileceğinin kabul edildiğine yer verilmiştir.⁵⁷

Mahkeme üçüncü olarak, 22 Haziran 2004 tarihinde kabul edilen “Yükümlülükler ve Taahhütlerin Türkiye Tarafından Onurlandırılmasına” dair 1380 sayılı karara değinmektedir. Bu kararın 6. ve 23. paragraflarında şu açıklamalara yer verilmektedir:

⁵⁵ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 17-21.

⁵⁶ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 32.

⁵⁷ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 33.

“ 6. Çoğulcu demokrasi açısından Parlamenterler Meclisi, Türkiye’nin çok partili bir sistem ile işleyen bir demokrasiye, serbest seçimlere ve kuvvetler ayrılığına sahip olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın siyasal partilerin sıklıkla kapatılması ise gerçek bir endişe kaynağıdır. Parlamenterler Meclisi siyasal partiler hakkındaki Ekim 2001 Anayasa değişikliklerinin ve Mart 2002 tarihinde yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerin kapatma gibi aşırı bir önlemin gelecekte kullanılmasını sınırlayacağını umut etmektedir. Parlamenterler Meclisi ayrıca parlamentoda temsil edilmeleri öncesinde siyasal partilerden kullanılan oyların ulusal bazda %10’luk kısmının aşmalarının istenmesinin bir aşırılık olduğunu ve yurt dışında yaşayan Türklerin oy verme düzenlemelerinin de değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

23. Parlamenterler Meclisi dolayısıyla Türkiye’yi Türkiye’nin görevlileri tarafından uygulanmakta olan reform sürecinin bir parçası olarak: %10’luk seçim barajının aşağıya çekmeye ve yurt dışında yaşayan Türklerin sınırlara bizzat gelmeksizin oy kullanabilmeleri amacıyla seçim yasasını değiştirmeye davet etmektedir.”⁵⁸

3. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Mahkeme kararında üçüncü olarak karşılaştırmalı hukukta genel baraj uygulamasını incelemiştir. Mahkeme seçim sistemlerini genel olarak üç ana tipe ayırmıştır. Bunlar, çoğunluk sistemi, nispi temsil sistemi ve karma sistemlerdir. Çoğunluk sisteminde en çok ay alan aday ya da liste seçimi kazanmakta bu da çoğunluk partilerinin lehine bir durum oluştururken, azınlık partilerinin parlamentoda temsil edilmesini zorlaştırmaktadır. Örneğin İngiltere’de uygulanan dar bölge tek turlu çoğunluk sistemi iki partili bir parlamentoya yol açmaktadır. Benzer bir uygulama Fransa’da bulunmaktadır. Nispi temsil sistemi ise, alınan oy oranına göre temsil imkanı verdiğinden en adil sistem olarak görülmekte, ancak sistemin dezavantajı “istikrarlı parlamento çoğunluğunun” oluşmasını güçleştirmesidir⁵⁹.

Avrupa’da halihazırda uygulanan en yaygın sistem nispi temsil sistemidir. Danimarka, İspanya, Estonya, İrlanda, Lüksemburg, Malta, Moldavya, Norveç, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Bulgaristan ve Türkiye’de nispi temsil sistemi uygulanmaktadır. İtalya, Litvanya, Rusya, Ukrayna ve Almanya’da ise bu iki sistemin karma modelleri uygulanmaktadır. Nispi temsil sisteminin uygulandığı ülkelerde istikrarlı parlamento çoğunluklarının oluşması için çoğunlukla seçim barajlarının uygulandığı görülmektedir. Barajlar ülkelere göre değişebilmektedir. İsveç’te %4’lük ulusal baraj yanında %12’lik seçim çevresi barajı bulunmaktadır. Bulgaristan ve

⁵⁸ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 34.

⁵⁹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 35.

Lihteynştayn'da ulusal baraj %8 olarak belirlenmiştir. Danimarka'da siyasal partiler ya %2 lik ulusal barajı aşmakta ya da ülkenin 3 coğrafi bölgesinden ikisinde oyların çoğunluğunu alması gerekmektedir. Bazı ülkelerde partilerin seçim ittifakı yaparak koalisyon şeklinde seçime katılmaları durumunda barajın yükseltildiği görülmektedir. Örneğin Çek Cumhuriyetinde bir parti için öngörülen baraj %5'iken, koalisyon durumunda baraj %5 artırılmaktadır. Romanya'da %5 olan baraj koalisyon durumunda %3 artırılmaktadır. Polonya'da seçim barajları yerel listeler için %5, ulusal listeler için %8 uygulanmaktadır. Moldovya'da bağımsız adaylar için %3'den aşağı bir baraj uygulanmaktadır.⁶⁰

5. I Nolu Protokolün 3. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

a) Başvurucuların Argümanları

Başvurucular genel seçimlerde uygulanan %10'luk ülke barajının, halkın yasama meclisi seçiminde özgürce iradesini ortaya koymasına engel olduğunu ve bununda Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesine aşağıda belirtilen gerekçelerle engel olduğunu ifade etmişlerdir:

- Seçim barajı 1980 askeri rejimi sonrası, otoriter bir hükümet kurma ve toplumu depolitize etme amacıyla getirilmiştir⁶¹.
- Yüksek seçim barajının istikrarlı hükümetler kurduğu doğru değildir. Nispi temsil sisteminin uygulandığı 1965, 1969, 1973 ve 1977 parlamento seçimlerden son ikisinde tek parti hükümetlerinin kurulabilmiş, 1983-2006 yılları arasında seçim barajına rağmen sadece 3 defa tek partiden oluşan hükümetler kurulmuştur. Dolayısıyla yüksek seçim barajının meşru bir amacı bulunmamaktadır⁶².
- Yüksek ulusal seçim barajı özgür bir temsili oldukça adaletsizleştirilmiş ve hükümetlerin meşruluğuna dair krizlere neden olmuştur⁶³.
- %10'luk seçim barajı orantısız ve keyfi olmasının yanı sıra 1 nolu protokolün 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özüne de dokunmaktadır.⁶⁴
- Ülkenin güney doğu bölgesindeki partiler tek bir parlamento üyesine sahip değildir, oysa bu partiler yaklaşık 2 milyon oya sahiptir. Bu

⁶⁰ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p.36-39.

⁶¹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 41.

⁶² Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 42.

⁶³ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 43.

⁶⁴ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 44.

nedenle %10’luk seçim barajının öncelikle bölgedeki Kürt nüfusunun temsilinin engellenmesi amacıyla konmuştur.⁶⁵

- %10’luk seçim barajı diğer Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında oldukça yüksektir.⁶⁶

b) Hükümetin Argümanları

Hükümet %10’luk genel barajın Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesini ihlal etmediği yönündeki görüşlerini şu gerekçelere dayandırmıştır:

- Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika davasında (2 Mart 1987 tarihli karar Seri A. No 113) ortaya konan ilkelere göre Protokolün 3. maddesi mutlak bir oy verme hakkı ortaya koymadığı ve seçim barajını belirlenmesi ile ilgili Sözleşen Devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmıştır⁶⁷.

- Protokolün 3. maddesi herkes ya da hiç kimse gibi bir ifade içermemekte, yalnızca Yüksek Sözleşen Taraflara, “gizli oy ile makul aralıklarla serbest seçimler düzenleme” yükümlülüğü getirmektedir⁶⁸.

- Seçimlerin “halkın iradesini serbestçe ifade” etmesini sağlayacak koşullar altında yapılması zorunludur. Bu kavramın anlamı, seçmenler üzerinde adaya ilişkin tercihlerini etkilemek bağlamında hiçbir kısıtlama ve baskının getirilmemesidir. Kavram ayrıca temel oy verme ve aday olma hakkının kullanılması açısından tüm yurttaşlara eşit davranılması ilkesini içerir⁶⁹.

- Seçim barajının hükümetSEL bir istikrarın sağlanması gibi meşru bir amacı vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1995 tarihli kararında seçim barajını “adil temsil” için bir engel oluşturmadığına karar vermiştir⁷⁰.

- Ulusal seçim barajı halkın temsilcileri arasındaki siyasi parçalanmanın önlenmesi, küçük gruplara kendilerini ulusal boyutta faaliyet gösterecek şekilde organize etme ve Parlamentoda temsiliyet olanağı verme amacını gütmektedir⁷¹.

- Seçim barajı tüm partilere eşit bir şekilde uygulanmaktadır. İki parti dışında DEHAP’tan başka bir çok parti de barajı geçememiştir. Barajı

⁶⁵ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 45.

⁶⁶ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 46.

⁶⁷ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 47.

⁶⁸ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 48.

⁶⁹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 49.

⁷⁰ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 50.

⁷¹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 51.

geçemeyen partilerden üçü daha önceki dönemde hükümeti oluşturan partilerdir. DEHAP'ında %10'luk barajı geçmesi halinde hükümet olması bakımından bir engel yoktur⁷².

- Ulusal mevzuatta seçim barajını aşmak için koalisyon kurulmasına bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca bağımsız adaylar için herhangi bir barajda bulunmamaktadır⁷³.

- Seçim çevresi barajı olmadan 1961-1980 yılları arasında uygulanan nispi temsil sistemi döneminde Türkiye'de 20 farklı hükümet kurulduğu, oysa %10'luk barajın uygulandığı 1983-2006 yılları arasında 3'ü koalisyon 3'ü tek partiden oluşan 6 hükümetin kurulduğu görülmektedir. Bu da %10'luk seçim barajının ülkedeki siyasi istikrarın sağlanmasında önemli olduğunu göstermektedir⁷⁴.

6. Mahkemenin Esasa İlişkin Kararı

a) Genel Değerlendirmeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öncelikle Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkına ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Mahkeme serbest seçim hakkının kapsamına yönelik şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

- Mahkeme, 1 Nolu Protokolün 3. maddesinin oy verme ve aday olma dahil bireysel bir hakkı güvence altına aldığı kabul etmektedir. Devletin bu alandaki yükümlülüğü sadece müdahaleden kaçınmak değil, pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır⁷⁵.

- 1 Nolu Protokolün 3. maddesinde garanti altına alınan haklar, hukuk devleti ile yönetilen bir demokrasinin tesisi ve devamı için can alıcı bir öneme sahiptir.⁷⁶

- 1 Nolu Protokolün 3. maddesi ile korunan hak mutlak bir hak değildir. Bu hak bir takım zımni sınırlamalar içerdiği gibi bu alanda devlete geniş bir takdir yetkisi vermektedir⁷⁷.

⁷² Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 52.

⁷³ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 53.

⁷⁴ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 54.

⁷⁵ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 58.

⁷⁶ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 59.

⁷⁷ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 60.

- Bu bağlamda 3. madde seçimlerin “ halkın kanaatinin özgürce ifade edilmesini sağlayacak koşullarda”, “makul aralıklarla”, “gizli oyla” ve “serbestçe” yapılmasının ötesine gitmemektedir. Bu koşullar uyulmak şartıyla madde herhangi bir seçim sistemini zorunlu kılmamaktadır. Seçim sistemine ilişkin kurallar her devletin tarihsel ve siyasal faktörlerine bağlı olarak değişmektedir⁷⁸.

- Seçim sistemleri ile, birbiriyle bağdaşmayan amaçların bir araya getirilmesi amaçlanabilmektedir. Bir taraftan halkın kanaatinin adil ve samimi bir şekilde yansıtılması diğer tarafta da yeterli düzeyde açık ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkması amaçlanmaktadır. Bu koşullar altında “yasama meclisinin seçiminde halkın kanaatinin özgürce ifade edilmesini temin edecek koşulları sağlanması” ifadesi temel olarak tüm vatandaşlara oy verme ve seçimlere katılma haklarını kullanırken eşit davranılması prensibini içermektedir. Buna karşın tüm oyların seçimin sonuçları bağlamında aynı ağırlığı taşıması zorunluluğu veya tüm adayların eşit zafer şansına sahip olması zorunluluğu çıkmamaktadır. Dolayısıyla hiçbir seçim sistemi “boşa giden oylar”ı ortadan kaldıramamaktadır⁷⁹.

- Sözleşme organları, seçim barajı sorununu her zaman üye devletlere bırakılan takdir yetkisi bağlamında ele almış ve devletlerin bu alanda hatırı sayılır bir serbestlikten yararlandıklarını kabul etmiştir⁸⁰.

- Mahkemenin görevi, 3. maddedeki koşullara uyulup uyulmadığını tespit etmektir. Mahkeme yapılan sınırlamanın hakkın özüne dokunup kullanılmasını etkisiz kılıp kılmadığı, sınırlamanın meşru bir amacının olup olmadığı ve kullanılan yöntemlerin orantılı olup olmadığını denetlemekle görevlidir. Ayrıca seçim sisteminin düzenlenmesine dair yapılacak bir değişikliğin, demokratik toplum düzeninin zorunlu gereklilikleri hariç, sorgulama konusu yapılamaz⁸¹.

b) %10 Seçim Barajının Sözleşmeye Uygunluğu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye’de uygulanan %10’luk genel seçim barajını aşağıdaki gerekçelerle 1 Nolu Protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkını ihlal etmediği görüşüne varmıştır:

- Mahkeme uygulanan %10’luk genel barajın, Meclisteki sandalyelerin farklı liste ve farklı adaylar arasında ulusal düzeyde nasıl paylaşılacağını belirleyen seçim sistemleri ile ilgili olduğu görüşündedir.

⁷⁸ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 61.

⁷⁹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 62.

⁸⁰ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 64.

⁸¹ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 65.

Barajın etkisi, onu aşamayan partiler bakımından Parlamentodaki temsiliyetten mahrum bırakılmaktır. Türkiye’de uygulanan baraj 3 Kasım 2002 seçimlerinden çok önce getirildiğinden tüm partiler tarafından sonuçları önceden bilinebilmektedir⁸².

- Mahkeme 1 Nolu Protokolün 3. maddesinde sınırlama bakımından özel bir amaç ve sınırlama kuralları getirmediğini belirtmekte ve istikrarlı bir hükümet amacını meşru bir amaç görmektedir⁸³.

- Mahkeme %10’luk barajı orantılılık ilkesi açısından değerlendirirken, Türkiye’nin siyasi ve tarihi koşullarını göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme ayrıca “halkın iradesinin özgürce ifade edilmesi”ne katkı bakımından bağımsız adaylarla siyasi partilerin aynı ölçüde değerlendirilemeyeceğini, siyasi partilerin demokratik rejimlerde bu noktada yeri doldurulamaz bir role sahip olduğu kabul etmektedir⁸⁴.

- Mahkeme %10’luk seçim barajına rağmen, siyasi partilerin ortak liste sunmaları ve seçim koalisyonları kurmalarının engellenmesinin Türk seçim sisteminin zayıf noktaları olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Mahkeme, “gerçek bir demokratik siyasal rejimi” yansıtacak Parlamentonun, yüksek seçim barajı nedeniyle “ temsil özelliği en az” bir parlamento niteliği kazandığını belirtmektedir⁸⁵.

- Mahkeme Sözleşmeciler Devletlerde birbirinden farklı uygulanan seçim sistemleri ve seçim barajları olduğunu göz önüne alarak Türk yetkililerinin uygun seçim sistemini belirleme açısından en iyi konumda olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme Türk seçim sisteminin kusurlarını düzelterek ideal bir öneri getiremeyeceğini belirtmektedir. Ancak Türkiye’de uygulanan seçim barajının diğer Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığından yüksek olduğunu da tespit etmektedir⁸⁶.

- Mahkeme sonuç olarak, şikayet edilen barajın indirilmesi veya istikrar hedefini zedelemeksizin çeşitli siyasal eğilimlerin en uygun şekilde temsilini sağlayacak tedbirlerin alınmasının arzu edileceğini belirterek, ulusal makamlara bu alanda yeterli bir serbestliğin bırakıldığını kabul etmekte ve

⁸² Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 67.

⁸³ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 68.

⁸⁴ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 70-71.

⁸⁵ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 73.

⁸⁶ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 76.

şikayet edilen barajın yüksekliğine rağmen 1 nolu protokolün 3. maddesinin ihlal edilmediği kararına varmıştır⁸⁷.

SONUÇ

Türkiye’de uygulanan %10’luk genel seçim barajının serbest seçim hakkını ihlal edip etmediği yönünde yaptığımız inceleme sonucunda, ilk tespit edilen konu ne Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerde ne de Anayasada “barajlı seçim sistemini” uygulamaya engel bir hükmün olmadığıdır. Seçim sistemleri her ülkenin tarihi ve sosyal koşullarına bağlı olarak devletlerin takdirine bırakılmıştır. Buna karşın serbest seçim hakkının ilkeleri ortak bir şekilde Sözleşme ve Anayasada düzenlenmiştir. Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ve 1982 Anayasası kapsamında serbest seçim hakkının; seçmenlerin iradesinin serbestçe ifadesi, genel oy, eşit oy, gizli oy, açık sayım ve döküm, yargı gözetim ve denetimi, seçimlerin düzenli aralıklarla yapılması ilkelerini kapsadığını görmekteyiz. 1982 Anayasası’nda bu ortak ilkeler dışında seçim kanunlarının “tek dereceli seçim”, “temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri”ne göre yapılması gerektiği öngörülmüştür. Dolayısıyla yasama organının seçim sistemini belirleme konusundaki takdir yetkisi serbest seçim hakkına ilişkin ortak ilkeler ve Anayasada öngörülen diğer iki ilke yönünden sınırlandırılmıştır.

Çalışmada ikinci olarak, Anayasa Mahkemesi’nin hem 1961 hem de 1982 Anayasaları döneminde “seçim çevresi barajını”, “demokratik hukuk devleti ilkesine” ve “serbest seçim hakkına” aykırı görerek iptal ederken; %10’luk genel barajı bu iki ilkeye aykırı görmeyerek iptal etmediği tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin, seçim çevresi barajını iptal ederken ortaya koyduğu gerekçeler açısından, genel barajı iptal etmemesi kendi içinde tutarlı görülmemektedir. Mahkeme seçim çevresi barajını iptal ederken, “barajlı seçim sisteminin, seçmen azınlığına dayanan temsilcilerin Mecliste çoğunluk sağlayarak, yurt yönetiminin başına geçmesine yol açtığından” demokratik hukuk devletine aykırı görmüştür. Yine Mahkeme, “seçim işlemlerinin tabi bir sonucu olmaksızın, sırf kanun koyucunun takdiri ile suni olarak bir engel yaratılması, bu sayının altında kalan vatandaşların oylarını hükümsüz kılarak seçme ve seçilme hakkını ihlal ettiği” gerekçesiyle seçim çevresi barajını iptal etmiştir. Mahkemeye göre, “Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa’nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz”.

Mahkemenin seçim çevresini iptal ederken ortaya koyduğu bu gerekçeler %10’luk genel baraj uygulaması içinde savunulabilir. Çünkü %10’luk genel baraj uygulaması da aynı sonuçları doğurmaktadır. %10’luk

⁸⁷ Yumak ve Sadak-Türkiye Kararı, p. 77-79.

barajlı seçimlerin sonuçlarına bakıldığında, seçmen azınlığına sahip partilerin mecliste çoğunluğu sağladığı ve ülkeyi yönettiği; bu sonucun yine kanun koyucunun takdiri ile getirilmiş suni bir müdahale olduğu; az oyla çok temsilci kazandırarak aşırı temsil durumu ortaya çıkardığı söylenebilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi ortaya koyduğu bu gerekçelerle “demokratik hukuk devleti” ve “serbest seçim hakkının” ihlal edildiğini düşünüyorsa, aynı gerekçelerde %10'luk genel barajında bu ilkeleri aykırı görülerek ihlal etmesi gerektiği savunabilirdi⁸⁸.

Oysa Anayasa Mahkemesi %10'luk genel baraj için, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini ihlal etmediği görüşünü savunarak “yasamanın takdirinde” bir konu olarak görmüştür. Genel seçim çevresi barajını yukarıdaki gerekçelerle “aşırı yüksek” bulan Mahkeme %10'luk genel barajı “siyasi takdir” olarak değerlendirip Anayasaya aykırı görmemesi kendi içinde tutarlı bir içtihat görünmemektedir⁸⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin seçim barajları

⁸⁸ Bu konuda AİHM kararından önce yayınlanan makalesinde Uzeltürk, Türkiye'de uygulanana %10 barajının Anayasa aykırılığını şu gerekçelerle savunmaktadır: “Türk hukukunda demokratik gelişmelerin yakalanabilmesi için Avrupa denetimini beklemeye gerek yoktur. Veriler %10 luk genel barajın adaletsiz sonuçlarını önümüze koymaktadır ve bu baraj çok uzağa gitmeye gerek olmadan anayasada yer alan “demokratik devlet” ve “ temsilde adalet ilkelerine aykırı olduğu gibi, özellikle 3 Kasım seçimlerinin antidemokratik sonuçları da göz önüne alındığında seçme hakkının kullanılmasını örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı bir yasal düzenleme olarak hakkın özüne de aykırı görülmelidir.” Bk. UZELTÜRK, Sultan Tahmazoğlu (2006), “Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemi”, Anayasa Yargısı, Cilt No. 23, s. 266.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin seçim barajları konusunda istikrarlı bir içtihat oluşturmadığı düşüncesi, Burhan Kuzu tarafından şu şekilde dile getirilmektedir: Görülüyor ki, Anayasa Mahkememiz seçim sistemlerine yaklaşım biçimi konusunda kararlı bir çizgiyi takip etmemiştir. 1961 Anayasası döneminde bu Anayasa'nın ortaya koyduğu yetki dağılımından ve yeni dönemde yargı gücünün ağır basan etkenliğinden yararlanarak daha aktif ve bizce yanlış olan bir tulum girerek TBMM'nin seçim konusundaki belli takdir hakkını dahi engellerken, 1982 Anayasasının devlete hatta topluma çeki düzen vermek isteyen genel havasından etkilenerek, keza bu Anayasa'nın kısmen hürriyetleri biraz kısıtlayan ve yargısal denetimi kısmen törpüleyen yaklaşımının tesirinde kalarak daha çekimser davranmış, TBMM'nin seçim sistemlerini belirlemede neredeyse sınırsız bir yetkiye sahip olduğu sonucuna varmıştır. Ancak bu tutumunu 1990'dan sonra değiştirmiş ve tekrar seçim

konusundaki kararı da göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin seçim barajları konusunun yasamanın takdir alanına girdiği yönünde değerlendirme yapması ve serbest seçim hakkını ihlal edici bir noktanın olmadığını tespit etmesi “hukuka uygunluk denetimi” yönünden daha doğru bir yöntem görünmektedir.

Ancak hukuka uygunluk denetimi açısından %10’luk genel baraj uygulamasının serbest seçim hakkını ihlal etmemesi, bu barajın günümüz demokratik ülkelerdeki uygulamalar açısından eleştirilmemesi anlamına gelmemektedir. Barajın yüksekliği Türkiye’deki siyasi istikrarsızlığın bir kanıtıdır. Ülkeyi siyasi istikrara kavuşturmak ve güçlü demokrasilerde olduğu gibi seçim barajlarını aşağıya çekmek siyasi takdir konusudur. Seçim sistemleri içinde yer verilen barajlar, daha çok o ülkenin tarihi ve siyasi koşulları bağlamında değerlendirilmektedir. Barajların düşüklüğü ya da yüksekliği ülke koşullarına bağlı olarak siyasi makamların takdirine bırakılmaktadır.

1982 Anayasasının seçim kanunlarında aradığı iki meşru amaç “temsilde adalet ve yönetimde istikrar”dır. Bu iki meşru amaç “ve” bağlacıyla bir birine bağlandığında birini tercih değil ikisini birlikte “bağdaştırarak” gerçekleştirmek gerekmektedir. Birbiri ile çatışan nitelikte bu iki meşru amacı birlikte uygulayabilmek, “ülke koşullarına bağlı” bir siyasi takdiri gerektirmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi seçim kanunlarının bu iki ilkeye uygunluğunu denetlerken bu ilkeden hangisine ağırlık verildiğini değil, ortaya konan siyasi tercihin “serbest seçim hakkını” ihlal edici unsurları taşıyıp taşımadığına bakması ile sınırlı tutmalıdır. Bu nedenle “istikrarlı bir yönetim” yönünde bir tercihin yansımaları olarak ortaya konan %10’luk genel barajın ya da seçim çevresi barajının Türkiye’nin taraf olduğu sözleşme ve Anayasada ortaya konan serbest seçim hakkına ilişkin “ilkelere” uygun olup olmadığına bakarak karar vermelidir.

Yukarıda incelendiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu yönde bir yöntem izlemiştir. Mahkeme %10’luk genel barajı Sözleşmeye Ek 1.

sistemleri konusunda eski uygulamalarına dönmüştür. 1995’de Anayasada yapılan değişiklikle getirilen “seçim kanunları seçimde adalet, yönetimde istikrar ilkesine uygun olarak yapılır” prensibinin bu tarihten sonraki kararlarında etkili olduğu düşünülse bile, bu tarihten önceki kararlarına ne demeli?. Denilebilir ki, Anayasa Mahkemesi seçim sistemleri konusunda müstakâr bir içtihadı sahip değildir; bu konuda ifrad- tefrit havasının bulunduğunu söylemek yanlış olmasa gerektir.” Bk. KUZU, Burhan (2006), “Nasıl Bir Seçim Sistemi : Siyasi Parti Görüşler, Adalet ve Kalkınma Partisi”, Anayasa Yargısı, Cilt No. 23, s. 300.

Protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkını ihlal etmediği yönünde karar verirken, kararında Türkiye hükümetinin ortaya koyduğu siyasi takdiri, Avrupa ülkelerindeki uygulamalar, Avrupa Konseyi kararları çerçevesinde eleştirmiş, ancak bu yönde bir tercihin her ülkenin tarihi ve siyasi koşulları çerçevesinde ülke makamları tarafından belirlenecek bir konu olduğunu da kabul etmiştir.

Sonuç olarak, Türkiye’de uygulanan %10’luk ülke genel barajı, çağdaş demokratik devletlerdeki uygulamalar açısından eleştirilebilir. Böyle bir baraja ihtiyaç duyulması Türkiye’nin tam demokratik istikrarlı bir ülke düzeyine gelmediğinin bir göstergesi kabul edilebilir. Avrupa Birliğine giriş sürecinde demokratikleşme yönünde atılacak adımlar ve istikrarlı bir yönetimin sağlanması bu yüksek barajın indirilmesi yönünde bir baskıyı kendiliğinden sağlayacaktır. Ancak bugünün Türkiye’si için istikrarlı bir yönetim adına %10’luk baraj yönünde siyasi bir tercih ortaya konmuş ise bu tercih Anayasada ve AİHS’de ortaya konan serbest seçim ilkelerine aykırılık oluşturmadığı sürece, “serbest seçim hakkını” ihlal ettiği söylenemez.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin, Ankara.

ARMAĞAN, Servet (1975), *Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul.

BAHÇECİ Bahçeci (2005), “1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar”, *AÜHF Dergisi*, Yıl 2005, Sayı 54, s. 365-396.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (2002), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖZLER, Kemal (2006), *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi Yayınları, 9. Baskı, Bursa.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2006), *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÜNAL, Erdoğan (2005), *Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (2006), *Anayasa Hukuku Dersleri*, Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul.

KOÇAK, Mustafa (2006), “Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt No.23, s.115-132.

KUZU, Burhan (2006), “Nasıl Bir Seçim Sistemi : Siyasi Parti Görüşler, Adalet ve Kalkınma Partisi”, Anayasa Yargısı, Cilt No. 23, s. 283-318.

ÖDEN, Merih (2003), *Seçmenlerin Kişi Tercih Açısından Seçim Sistemleri*, Yetkin Yayınları, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun (1995), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.

SABUNCU, Yavuz (2006), “Seçim Barajları ve Siyasal Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt No. 23, s.191-197.

SARTORİ, Giovanni (1997), Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, (Çev. ÖZBUDUNA, Ergun), Yetkin Yayınları, Ankara.

SERZER, Abdullah (2004), *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, Beta Yayınevi, İstanbul.

UZELTÜRK, Sultan Tahmazoğlu (2006), “Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt No. 23, s.237-278.

TANÖR, Bülent (2006), *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 14. Baskı, İstanbul.

TEZİÇ, Erdoğan (1991), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.

TUNCER, Erol (2002), *Osmanlıdan Günümüze Seçimler*, TESAV Yayınları, Ankara.

TUNCER, Erol (2006), Türkiye’de Seçim Uygulamaları/Sorunları Işığında Temsilde Adalet- Yönetimde İstikrar İlkelerinin İşlevselliği, *Anayasa Yargısı*, Cilt No. 23, s.167-182.

TÜRK, Hikmet Sami (2006), “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, *Anayasa Yargısı*, Cilt No. 23, s. 211-235.

Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih 3,4,6/5/1968 tarih, 1968/15 Esas, 1968/13 Karar, RG. 24.10.1968-13.035.

Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1995/54, K. 1995/59, Karar Tarihi 18.11.1995.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, Yumak ve Sadak Türkiye Kararı, Kararın Türkçe çevirisi için bk. CENGİZ, Serkan (2007), Türkiye Barolar Birliği Dergisi Mart-Nisan 2007 Sayısı, www.serkancengiz.av.tr. (11.07.2007).

VERGİ CEZALARI KONUSUNDA 5728 SAYILI KANUNLA YAPILAN DÜZENLEMELER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN*

Yrd. Doç. Dr. Hilmi ÜNSAL**

ÖZET

Bazı kanunlarda yer alan ceza hükümlerinin Türk Ceza Kanununa uyumunun sağlanması amacıyla 5728 sayılı kanun çıkarılmıştır. Bu kanunda, hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılan vergi suçları ve cezaları konusunda da TCK'ya uyum sağlanmasına yönelik yapılan düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler sonucu bazı vergi suçlarının cezalarında artma olurken, paraya çevrilme konusunda da önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu çalışmada, söz konusu düzenlemeler açıklanacak ve bunların bir değerlendirmesi yapılmaya çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Vergi suçları, vergi cezaları, hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi suçları, Türk Ceza Kanunu, 5728 sayılı Kanun

THE APPRECIATION OF NEW ARRANGEMENTS ABOUT TAX PENALTIES MADE BY THE CODE NO. 5728

ABSTRACT

Code no. 5728 is adopted to maintain unison between penalty rules which is situated on various codes and with Turkish Penal Code. Some arrangements have been done about tax penalties which require penalty of imprisonment to maintain unison with turkish Penal Code by the code no 5728. By these arrangements there have been some increments on tax penalties and some changes have been occurred about conversion of pecuniary penalty. These changes are explained and analyzed in this study.

KEYWORDS: tax crimes and penalties, tax penalties which require penalty of imprisonment, Turkish Penal Code, Code no 5728.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Kırıkkale Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

1. GİRİŞ

Vergi hukukunda, vergi suçlarının bir kısmı para cezası ile cezalandırılırken bir kısmı hürriyeti bağlayıcı cezalarla cezalandırılmaktadır. Son düzenlemelerden önce hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren vergi suçları, Vergi Usul Kanunu hükümleri ile Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmaktaydı. Ancak bazen bu şekilde iki ayrı kanunun hükümlerine göre cezalandırma yapılması, uygulamada ikiliğe ve karmaşıklığa yol açabilmekteydi. Şöyle ki; vergi suçlarının tamamı, Vergi Usul Kanunu'nda tanımlanmakla beraber, bir kısım suçların cezalandırılmasında TCK hükümlerine atf yapılmıştı. Ancak verilecek cezaların sınırları yine VUK' ta belirtilmişti.

Suçun tanımlanması, ceza sınırlarının belirlenmesi gibi konuların VUK'ta belirtilmesi, cezalandırma işlemi konusundaysa ceza hukukuna atf yapılması bazı güçlükler yol açıyordu. Bu güçlükleri ortadan kaldırmak amacıyla ve Vergi Usul Kanunu hükümleriyle TCK'nın hükümlerinin uyumu gerekli hale gelmiştir. Bu bağlamda bazı yeni düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu düzenlemeler 5728 sayılı Kanun'la yapılmıştır¹.

5728 sayılı Kanunla, çeşitli kanunların Türk Ceza Kanunu'na uyumu için birçok kanunu ilgilendiren düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi suç ve cezaları konusunda da bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Verilecek cezalar konusunda yeni düzenleme yapılan suçlar; kaçakçılık, vergi mahremiyetinin ihlali, mükelleflerin özel işlerini yapma ve kaçakçılığa iştirak suçlarıdır. Bu çalışmanın konusu; 5728 sayılı kanun'la yapılan yeni düzenlemelerin, söz konusu vergi suçlarının cezalandırılması konusunda getirdiği hükümlerin analizi ve değerlendirilmesidir.

2. SUÇ KAVRAMI VE VERGİ SUÇLARI

2.1. Suç Kavramı ve Suçun Unsurları

Suç kavramı kısaca, kanunun ceza tehdidi ile yasakladığı bir fiil olarak ifade edilebilir². Suç, şekli bakımdan hukuk düzenince ceza veya emniyet tedbiri

¹ “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Kanun no: 5728, RG., 8.2.2008, S. 26781.

² TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 61; Suç kısaca, kanunun kriminal bir yaptırım ile karşıladığı fiil olarak da tanımlanabilir. Bkz.: HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 87.

yaptırımına bağlanmış kanunî tip olarak da tanımlanabilir³. Suç, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle gerçekleşebilen bir olgu olduğu için, suçun yapısında kusurluluk ve hukuka aykırılık doğal olarak bulunmaktadır⁴.

Herhangi bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için bir takım unsurların varlığı gereklidir. Bu bağlamda suçun unsurları; kanunî unsur (tipiklik), maddî unsur (hareket), manevî unsur(kusurluluk) ve hukuka aykırılık unsurlarıdır⁵. Bir hareketin suç olarak nitelendirilebilmesi için bu unsurların tamamını bünyesinde barındırıyor olması gerekmektedir.

Suçun ilk unsuru kanunî unsur olarak da ifade edilen tipikliklerdir. Kanunî unsur, bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için onun kanunda açıkça suç olarak düzenlenmiş ve o fiil için bir yaptırımın belirlenmiş olmasını ifade eder⁶. Tipiklik, işlenmiş bir fiilin ceza kanununda yer alan suç tanımına uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir⁷.

Suçun ikinci unsuru olarak maddî unsur (hareket), “fiil”den ibarettir⁸; yani suçun var olabilmesi için ortada bir fiilin bulunması gerekir. Elbette ki bu fiilin kanunî tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu yapılan bir fiil olması gerekir. İnsan hareketi, suçun maddî unsurunu tek başına oluşturmaz. Bu hareketin dış dünyada bir değişiklik meydana getirmesi, diğer bir deyişle bir sonucunun bulunması gerekir. Ayrıca bu hareketle sonuç arasında bir nedensellik (illiyet) bağı da bulunmalıdır. Dolayısıyla hareket, sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik (illiyet) bağı, suçun maddî unsurunun alt unsurları olarak ifade edilebilir⁹.

³ İÇEL Kayıhan/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener, İçel Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 15.

⁴ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 15.

⁵ HAKERİ, s. 105; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 104; Ancak bazı yazarlar kanunî unsur (tipikliği) bağımsız bir unsur olarak değil, fiilin bir niteliği şeklinde ele almaktadırlar, bkz.: İÇEL/ ÖZGENÇ/ SÖZÜER/ MAHMUTOĞLU/ ÜNVER s. 16, 24, 94; TOROSLU ise suçun maddî ve manevî unsur olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu kabul etmektedir. Bkz.: TOROSLU, s. 75-76.

⁶ HAKERİ, s. 105; ÖNER Erdoğan, Vergi Hukuku Açısından Türk Kamu Hukuku, Maliye Bakanlığı tetkik Kurulu Yayını No: 1980/221, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1981, s. 172.

⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 122.

⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 127; HAKERİ, s. 111.

⁹ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 61, 76, 81; HAKERİ, s. 114; TOROSLU, s. 80, ÖZTÜRK/ERDEM, s. 127; Bu alt unsurlar yalnızca

Subjektif unsur olarak kabul edilen manevî unsur, temel itibariyle failin fiili iradesi ile yani kusurlu olarak işlemesini ifade eder¹⁰. Bu unsur, suçtan söz edilebilmesi için failin kanunî tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmesinin yeterli olmadığını, ayrıca bu fiilin psikolojik yönden de faile bağlanabilmesi gerektiğini, diğer bir ifadeyle fiille fail arasında psişik bir bağın da bulunmasının zorunluluğunu belirtir¹¹.

Suçun son unsuru olarak hukuka aykırılık sayılabilir. Çünkü bir fiili hukuka aykırı olmadıkça, suç da oluşmayacaktır¹². Hukuka aykırılık, işlenen ve kanunî tarife uygun bulunan fiilin, yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir¹³.

Sayılan unsurların tamamı vergi suçlarının tespiti ve cezalandırılması için de geçerlidir.

2.2. Vergi Suçları

Vergi suçları ve bu suçlara verilecek cezalar konusundaki düzenlemeler Vergi Usul Kanunu'nda yer almaktadır. Vergi Usul Kanunu, vergi suçlarının neler olduğunu açık bir şekilde başlıklar halinde tanımlamıştır. Ancak bu suçları işleyenlerin cezalandırılması konusunda farklı bir yol izlemiştir. Bu çerçevede bazı suçların cezalandırılmasını açıkça düzenlemiş, cezayı verecek mercii olarak vergi idaresini göstermiş, verilecek ceza miktarlarını da açıklamıştır. Ancak bazı suçların cezalandırılması konusunda Türk Ceza Kanunu'na atıf yapmıştır. Dolayısıyla bizzat Vergi Usul Kanunu'nun düzenlendiği cezalar para cezası şeklinde olduğu için, bu cezaları gerektiren suçlara mali nitelikli suçlar adı verilmektedir. Mali nitelikli suçlar; yukarda da ifade edildiği gibi vergi hukukunun kuralları çerçevesinde cezalandırılacak suçlar olup, cezalandırmayı vergi idaresi yapmaktadır ve verilen ceza, para cezası şeklindedir. Bu kapsama giren suçlar; vergi ziyai suçu, usulsüzlük suçları ve tekerrür suçudur. Bu suçlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla

suçlar için geçerli değildir; hukuka aykırı olsun veya olmasın bütün fiillerin de unsurlarını oluşturmaktadır. Bkz.: KUNTER Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 10.

¹⁰ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 106, 204.

¹¹ TOROSLU, s. 126; HAKERİ, s. 199.

¹² İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 100; Karşı yöndeki bir görüşe göre, hukuka aykırılığı suçun kurucu unsuru olarak kabul etmek isabetli değildir. Çünkü hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, özüdür. Bkz.: TOROSLU, s. 75.

¹³ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 101; HAKERİ, s. 155; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 146.

Türk Ceza Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemelerin bu suçlarla herhangi bir ilişkisi yoktur.

Vergi Usul Kanunu'nun ceza hukukuna atıf yaparak cezalandırılmasını istediği suçların cezası hapis cezası şeklinde olduğu için bu tür suçlara hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar adı verilmektedir. Hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlar; ceza hukukunun kurallarına göre cezalandırılacak suçlar olup, cezayı veren mahkemelerdir ve ceza hapis cezası şeklinde olmaktadır. İstisnai durumlarda hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi mümkündür. Bu kapsama giren suçlar; kaçakçılık suçu, iştirak suçu, vergi mahremiyetinin ihlali suçu ve mükellefin özel işlerini yapma yasağının ihlalidir. Vergi Usul Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'nun uyumu amacıyla yapılan yeni düzenlemeler bu kapsama giren suçların cezalandırılmasıyla ilgilidir.

3. VERGİ SUÇLARININ CEZALANDIRILMASI KONUSUNDA 5728 SAYILI KANUNLA YAPILAN DÜZENLEMELER

3.1. Kaçakçılık Suçu Ve Cezalandırılması Konusunda Yapılan Düzenlemeler

Vergi hukukunda Kaçakçılık suçuna yol açan fiiller, VUK'un 359.maddesinde düzenlenmiştir. 5728 sayılı Kanun yürürlüğe girmezden önce kaçakçılık suçları "6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlar" ve "18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren kaçakçılık suçları" şeklinde iki alt başlık halinde düzenlenmişti. 5728 sayılı Kanunla bu sınıflandırma; "1 yıldan 3 yıla kadar", "3 yıldan 5 yıla kadar" ve "2 yıldan 5 yıla kadar" hapis cezası gerektiren fiiller şeklinde düzenlenmiştir.

5728 sayılı Kanun'la VUK'un 359.maddesinde öngörülen ceza süreleri değiştirilmiştir. Önceki düzenlemelere göre 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller yeni düzenlemelere göre 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası gerektirirken; 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller ise "3 yıldan 5 yıla kadar" hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Ayrıca izinsiz belge basımı ve kullanımı, önceki düzenlemede 18 aydan 3 yıla kadar hapis cezası gerektirirken, yeni düzenlemeyle "2 yıldan 5 yıla kadar" hapis cezası gerektirmektedir.

Bu bilgiler ışığında;

a-1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller

- Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve kayıtlarda; hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek

- Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek, gizlemek veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmaktır.

Bu kısım ile ilgili olarak yapılan yenilik; yasanın önceki halinde yer alan “6 aydan 3 yıla” kadar hapis cezası gerektiren fiillerin yol açtığı kaçakçılık suçunda para cezası uygulamasının kaldırılmasıdır. Şöyle ki; bu kapsama giren fiillerden dolayı 1 yıla kadar verilen hapis cezaları paraya çevrilebilmekteydi. Artık paraya çevrilme konusunda bu hükmün uygulanabilirliği kalmamıştır. Para cezasına çevirme konusunda TCK’nın 50.maddesi hükmü geçerlidir.

Bir diğer yenilik, cezaların alt ve üst sınırları konusundadır. Bu çerçevede; daha önce 6 aydan başlayan hapis cezalarında alt sınır 1 yıla çıkartılmıştır. Üst sınır ise 3 yıl olarak belirlenmiştir.

b-3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiillerden kaynaklanan kaçakçılık suçları

- Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek, defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak

- Belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmaktır.

Bu kısım ile ilgili olarak önceki düzenlemede 18 aydan başlayan alt sınır yeni düzenlemeyle 3 yıla çıkartılmıştır. Üst sınır ise 3 yıldan 5 yıla yükseltilmiştir.

c-2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiillerden kaynaklanan kaçakçılık suçları

- VUK’a göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, anlaşmasız olarak basmak veya bilerek kullanmaktır.

Maliye Bakanlığıyla anlaşmasız belge basımı konusuna ilişkin kaçakçılık suçunu düzenleyen bu kısımda madde metninde önemli değişikliklere gidilmiştir. Birinci olarak; verilecek cezanın alt sınırı 18 aydan 2 yıla, üst sınırı 3 yıldan 5 yıla çıkartılmıştır. İkinci olarak; yeni düzenlemeyle, madde metninden “sahte belge basmak” ifadesi çıkartılmıştır. Dolayısıyla sahte belge basmak suç olmaktan çıkartılmıştır. Ayrıca önceki düzenlemede yer alan, bu belgeyi kullanmak” ifadesi, “bu belgeyi bilerek kullanmak” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece Maliye Bakanlığı’yla anlaşma yapmadan basılmış belgeyi bilmeden kullandığını iddia eden bir kişi, bu iddiasını ispat etmesi durumunda kaçakçılık suçu işlememiş olmaktadır.

3.2. İştirak Suçu Konusunda Yapılan Düzenlemeler

5728 sayılı Kanun'la iştirak suçu ve cezalandırılması düzenleyen VUK'un 360.maddesi de yeniden düzenlenmiştir. Öncelikle "İştirak" başlığı kaldırılıp yerine "cezada indirim" başlığı ikame edilmiştir.

Maddenin değişmeden önceki biçiminde; kaçakçılık suçuna birden fazla kişinin iştirak etmesi durumunda iştirak eden kişinin iştirak niyetine göre cezalandırılma öngörülmüştü. Şöyle ki; kaçakçılık suçuna iştirak edenin ayrı maddi menfaat gözetmesi durumunda veya suça azmettirme durumunda, iştirak edenlere ve azmettirenlere suçu işleyen kişiye verilen cezanın aynısının verileceği; maddi menfaat gözetmeksizin iştirak edenlere ise cezanın dörtte birinin verileceği hükme bağlanmıştı. 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle beraber bu hükümler kaldırılmış, madde metni "**359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir**" şeklinde düzenlenmiştir.

TCK'nın suça iştirak hükümleri; 37. ve 41.maddelerinde düzenlenmiştir. Suça iştirak başlığı altında öncelikle "faillik" tanımlanmıştır. Fail, suça yol açan fiilin işlenmesine katılan her bir kişidir. Suçun işlenmesi için bir başka kişiyi araç olarak kullanan kişi de fail olarak tanımlanmıştır (TCK m.37). İkinci olarak "azmettirme" tanımlanmıştır. Suça azmettiren kişi, suçu işleyen kişiye verilen cezanın aynısıyla cezalandırılacaktır. Ancak azmettirmek alt ve üst soy şeklindeki akrabalık gücü kullanılarak gerçekleştirilmişse azmettiren kişinin cezası üçte birden yarısına kadar artırılmaktadır (TCK m.38). Üçüncü olarak "yardım etme" düzenlenmiştir. Bu bağlamda vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesine yardım eden kişiye verilecek ceza, suçu işleyen kişiye verilecek cezanın yarısı indirilmek suretiyle belirlenecektir (TCK m.39). TCK'nın 39/2. maddesinde ise sayılan durumlarda kişinin suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağı belirtilmiştir. Buna göre, a) suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; b) suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak; c) suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak hallerinde, bu fiilleri işleyen kişiler yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.

3.3. Vergi Mahremiyetinin İhlali ve Cezalandırılması Konusunda Yapılan Düzenlemeler

Vergi mahremiyeti ve bu mahremiyete uymak zorunda olanlar; VUK'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; "**Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, Vergi mahkemeleri bölge idari**

mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler, Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler vergi mahremiyetine uymak zorundadırlar". Sayılan kişiler; görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları öğrenebilmektedirler. Öğrendikleri bu bilgileri ve sırları gerek görevleri devam ettiği sürece gerekse görevleri bittikten sonra açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların menfaati için kullanamazlar (VUK m.5).

Vergi mahremiyetine uyması gerektiği halde uymayan kişilerin cezalandırılması konusunda VUK' un 362. maddesinde 3 aya kadar hapis cezası öngörülmüş idi. Ancak bu düzenleme 5728 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. 5728 sayılı Kanun, VUK' un vergi mahremiyetinin cezasıyla ilgili 362. maddesini değiştirmiş ve bu suçun cezalandırılması konusunda TCK'nin 239. maddesine atıf yapmıştır.

TCK'nin 239. maddesi hükmünce "Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" başlığını taşımaktadır. Madde metninde şu hükümler yer almaktadır:

"Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur".

"Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz".

Bu bilgiler ışığında vergi mahremiyetini ihlal eden kişiler; TCK'nin 239/1. maddesi gereğince "ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi", suçunu işlemiş sayılmaktadır. Mükellefle ilgili olup da açıklanmış bir bilgi veya belgenin kanunda belirtilen nitelikte sır olup olmadığı, kanundaki kriterler göz önünde bulundurularak hâkim tarafından belirlenecektir¹⁴.

¹⁴ TCK'nin 239. madde gerekçesi. Bkz.: GÜNEY Niyazi/ÖZDEMİR Kenan/BALO Yusuf S, Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 706.

TCK'nin 239. maddesinde sadece ilgili sırların açıklanması halinde verilecek ceza düzenlenmiş ancak bu sırların ne olduğunun tanımı yapılmamıştır.

Bu konuda “Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı¹⁵”nda bazı tanımlara yer verilmiştir. Tasarının 2. maddesinde ticarî sır; “bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verilerden oluşur” şeklinde tanımlanmıştır.

Tasarının 3. maddesinde banka sırrı kavramı tanımlanmıştır: “Banka sırrı; bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verilerinden oluşur” şeklinde tanımlanmıştır.

Tasarın 4. maddesinde “müşteri sırrı; ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî sektör alanında faaliyette bulunan aracı kurum ve şirketlerin, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşterisiyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verilerinden oluşur” şeklinde tanımlanmıştır.

Ticarî sır, Türk Ticaret Kanununda tanımlanmamıştır. Ancak Türk Ticaret Kanununun 57/8. maddesinde başkasının ticarî sırlarından faydalanma ve yaymanın haksız rekabet olduğu ifade edilmiştir¹⁶. Herhangi bir yasal belirleme

¹⁵ Tasarının tam metni için bkz.: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ticarisirkanunu.htm>

¹⁶ Bkz.: KARAHAN Sami, Ticarî İşletme Hukuku, Konya 2003, s. 197; Müstahdemleri, vekilleri kandırarak istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirme veya ele geçirme bir haksız rekabet halidir. Bkz.: BERZEK Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004, s. 90.

olmamasına rağmen herkes tarafından bilinemeyen ve araştırılmayan, bağımsız bir ekonomik değeri olan her türlü bilgi, ticarî sır olarak değerlendirilebilir¹⁷.

TCK'nın 239/2. maddesinde, birinci fıkra hükümlerinin fenni keşif ve buluşlar veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Burada belirtilen sınaî sırlar da ticarî sır kapsamına girmektedir¹⁸.

Bankacılık sırrı, bankacılık hukukuyla yakından ilgilidir. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanununda bankacılık, müşteri ve ticarî sırlarının açıklanamayacağına yönelik hükümler bulunmasına rağmen, bunların tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan bir açıklamaya göre bankacılık sırrı, banka mensuplarının veya bir banka kadrosuna dâhil olmasalar da resmi görevleri dolayısıyla banka ve müşteri ile ilişki kuran kimselerin banka işleri veya müşterilerin hesabı hakkında saklı tutmak zorunda oldukları bilgileri ifade eder¹⁹. Banka sırrı, bankacılık nitelik ve niceliğini taşıyan, bankanın malî gücünü ve itibarını ilgilendiren hususları kapsamaktadır. Müşteri sırrı ise en geniş anlamda değerlendirilmelidir. Kişilerin banka ile tek bir hukukî ilişkiye girmeleri müşteri sayılmaları ve sırlarının korunması için yeterlidir²⁰.

Sır, mükellef veya mükellefle ilgili olan kişilerle alakalı olabilir. Mükellefe ait sır, hakkında vergi muamelesi yapılan kişilerin şahsı, muamele ve hesap durumu, işi, serveti veya mesleği ile ilgili hususlardır²¹. Dolayısıyla; vergi mahremiyetine uymak zorunda olan kişiler, mükellef ve mükellefle ilgili kişilerin ticarî, mesleki sırlarını banka sırlarını ve müşteri sırlarını açıklayamazlar. Açıkladıkları takdirde vergi mahremiyetini ihlal etmiş sayılmaktadırlar.

Türk Ceza Kanunu'na atf yapılarak getirilen bu yeni düzenlemelerden önce mahremiyet kavramının içeriği konusunda yeterince açık hükümler mevcut değildi. Yapılan yeni düzenlemeyle vergi mahremiyetine giren ve açıklanmaması gereken özel bilgilerin kapsamı belirtilmiş ve sınırları çizilmiştir.

¹⁷ UŞAN M. Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasası), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 25; Özellikle işletmenin teknik-ticarî bilgilerinin bu suretle öğrenilmesi, haksız rekabet oluşturur. Bkz.: BERZEK, s. 91.

¹⁸ Bkz.: Adem SÖZÜER'in açıklaması, GÜNEY/ÖZDEMİR/BALO, s. 708.

¹⁹ YÜKSEL Ali Sait, Bankacılık Hukuku, İstanbul 1982, s. 59.

²⁰ REİSOĞLU Seza, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1988, s. 561-562.

²¹ ŞENYÜZ Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Yeni TCK' ya Göre Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2005, s. 266

Ayrıca verilecek ceza da 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir.

3.4. Mükelleflerin Özel İşlerini Yapma Yasağı ve Cezalandırılması Konusunda Yapılan Düzenlemeler

“Yasaklar” başlığını taşıyan Vergi Usul Kanunu’nun 6. maddesinde vergi işlerinde görevlendirilen memurların, yakınları olan mükelleflerin özel işlerini yapmalarının yasak olduğu vurgulanmıştır. Yasa hükmüne göre, Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar, Vergi mahkemeleri bölge idari mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanlar, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara katılanlar, vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler;

- “Kendilerine, nişanlılarına ve boşanmış olsalar bile eşlerine
- Kan veya sıhrî usul ve fîruuna, evlatlığına veya kendisini evlat edinene yahut kan hısımlığında üçüncü (Bu derece dâhil),
- Sıhrî hısımlıkta, bu hısımlığı meydana getiren evlenme ortadan kalkmış olsa bile üçüncü (Bu derece dâhil) dereceye kadar civar hısımlarına,
- Kanuni temsilcisi veya vekili buldukları kimselere;

ait vergi inceleme ve takdir işleriyle uğraşamazlar” hükmü yer almaktadır. Ayrıca Vergi işlemleri ve incelemeleri ile vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’da görevli olanların, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini ücretsiz de olsa yapmaları yasaktır.

Bahsedilen yasağa aykırı davranan memurların cezalandırılması konusundaysa VUK’un 363. maddesinde hapis cezası verileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak 5728 sayılı Kanun’la söz konusu madde hükmü değiştirilmiş ve yasaklanmış işleri yapan memurların TCK’nın 257. maddesinin birinci fıkrası uyarınca cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

TCK’nın, 257. maddesi “Görevi Kötüye Kullanma” başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla yakını olduğu mükellefin özel işlerini yapma yasağını ihlal eden memurlar, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş sayılmaktadır. 257. maddenin birinci fıkrasında “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir kazanç sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmü yer almaktadır.

Görevi kötüye kullanma suçunda, kamu görevlisinin kanunlar tarafından belirlenen yetkisinin dışına çıkarak kişilere veya kamuya zarar vermesi ya da kendisine veya başkasına menfaat temin etmesi söz konusudur²².

Suçun maddi unsuru; kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak herhangi bir fiil icra etmesi ve bunun sonucu olarak kişilerin ve kamunun zarar görmesi veya kişilerin haksız kazanç sağlamasıdır²³. Kişilerin mağduriyeti, sadece ekonomik yönden zarara uğramak anlamına gelmez. Kişinin tüm menfaat kayıplarını içerir²⁴.

Bu suçun tamamlanabilmesi için kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması yeterli değildir. Bu hareket sonucu ayrıca kişilerin mağdur olması veya kamu zararının doğmuş olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmış olması da gerekmektedir²⁵. Dolayısıyla TCK'daki bu düzenleme, mülga Ceza Kanundan farklılık arz etmektedir.

Bütün bu bilgiler ışığında; kanuna aykırı olarak mükelleflerin özel işlerini yapan memurların görevi kötüye kullandıklarının anlaşılabilmesi için, TCK'nın 257/1. maddesi hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu fiile neden olan memur; için sadece verilecek ceza miktarı bakımından değil, suçun oluşumu için aranan şartlar bakımından da TCK'nın 257/1. maddesi hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır²⁶. Diğer bir ifade ile yakını olduğu mükellefin özel işlerini yapan kamu görevlisinin VUK' un 363. maddesine göre cezalandırılabilmesi bakımından, söz konusu yasağa aykırı hareketten dolayı kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açılması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanması şartları da aranacaktır.

4. HAPİS CEZALARININ PARA CEZASINA ÇEVİRİLMESİ VEYA ERTELENMESİ

4.1. Hapis Cezalarının Para Cezasına Çevrilmesi

TCK ve 5728 sayılı Kanunla, hapis cezalarının paraya çevrilmesi konusunda VUK' un ve Ceza İnfaz Kanunu'nun hükümleri kaldırılmıştır. Artık

²² Bkz.: SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 521.

²³ TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 303; SOYASLAN, s. 521.

²⁴ SOYASLAN, s. 522; TOROSLU, Özel Kısım, s. 303.

²⁵ TOROSLU, Özel Hüküm, s. 304.

²⁶ YERCİ Cahit, "5728 Sayılı Kanunla VUK'ta Yapılan Değişiklikler Üzerine Değerlendirmeler ve Eleştiriler", Vergi Sorunları, S. 236, Mayıs 2008, s. 41-42.

vergi hukukunu ilgilendiren hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi konusunda TCK'nın hükümleri uygulanacaktır. Suçların cezalandırılması ve hapis cezaları TCK'nın 45. ve 46. maddelerinde, hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi ise 50. maddesinde düzenlenmiştir.

TCK suçların cezalandırılması konusunda hapis cezaları ve adli para cezaları şeklinde iki tür ceza benimsemiştir (TCK m.45). Hapis cezalarını;

1. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası,
2. Müebbet hapis cezası
3. Süreli hapis cezası şeklinde üçe ayırmıştır.

Bu cezalardan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası suçlunun ömür boyuca çektikleri cezalardır. Vergi hukukunun konusuna giren hapis cezaları, bu iki tür cezanın kapsamına girmemektedir.

Süreli hapis cezası, 1 ay ile 20 yıl arasındaki cezalardır. Hürriyeti bağlayıcı vergi cezalarının hepsi topluca düşünüldüğünde, işlenen fiile göre verilecek hapis cezasının 1 yıl ile 5 yıl arasında değiştiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kaçakçılık suçundan kaynaklanan hapis cezaları TCK'ya göre "Süreli Hapis Cezası"dır. Dolayısıyla vergi hukukuyla ilgili hapis cezalarının paraya çevrilip çevrilemeyeceği süreli hapis cezalarının infazı ile ilgili hükümler incelenerek belirlenebilmektedir.

Süreli hapis cezaları kendi içinde ikiye ayrılmaktadır; 1 yıl ve 1 yıldan az olan süreli hapis cezalarına kısa süreli hapis cezaları adı verilmektedir (TCK. m. 49/2). Kısa süreli hapis cezalarının paraya çevrilmesi mümkündür. Bir yıla kadar hapis cezasının para cezasının dışında alternatif yollarla da infaz edilmesi mümkündür. Ancak alternatif cezalar, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, suçlunun pişmanlığına ve suçun işlenme özelliklerine bakılarak hâkim tarafından belirlenmektedir. Alternatif cezalar (TCK. m.50);

1. Adli para cezasına çevirmek
2. Zararın aynen iadesi, suçtan önceki hale getirme, tazmin
3. Bir meslek veya sanat edinme amacıyla en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etme zorunluluğu
4. Belli bir süre boyunca belirli yerlere gitmekten veya belirli işleri yapmaktan men etmek şeklindedir.

Bu bilgiler ışığında hürriyeti bağlayıcı vergi cezalarının paraya çevrilmesi cezanın türüne göre şu şekilde belirtilebilir:

Kaçakçılık suçundan dolayı verilen hapis cezalarının paraya çevrilmesi; kaçakçılık suçuna yol açan fiillerden "1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiiller" dolayısıyla verilen hapis cezasının 1 yıla kadar olması (1 yıl dâhil) durumunda ceza kısa cezalı hapis cezası kapsamına girdiği için paraya

çevrilmesi veya hâkimin takdirine göre alternatif cezalardan birine çevrilmesi mümkündür. “2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren” ve “3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren” fiillerden doğan hapis cezalarının bir yılı aşmasından dolayı uzun süreli hapis cezası kapsamına girmektedir. Bu kapsamdaki hapis cezalarının paraya çevrilmesi veya alternatif cezalarla cezalandırılması mümkün değildir.

Kaçakçılığa iştirak edenlere verilecek cezalar için de benzer kurallar hükümler geçerlidir. 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlarla 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlara iştirak edenler için verilecek hapis cezası, duruma göre 1 yıl veya altında olabilir. Eğer ceza 1 yıl veya altındaysa iştirak suçlarının da paraya çevrilmesi mümkündür.

Vergi mahremiyetinin ihlali durumunda ve mükelleflerin özel işlerini yapma yasağı durumunda verilen hapis cezaları 1 yıldan 3 yıla kadardır. 1 yıl olarak verilen hapis cezasının paraya çevrilmesi mümkündür.

TCK'nin 51. maddesinde adli para cezaları düzenlenmiştir. Hapis cezalarının paraya çevrilmesinde günlük hesaplama yapılmaktadır. Bir günlük ceza miktarı hâkim tarafından suçlunun ekonomik ve şahsi özelliklerine göre 20 YTL ile 100 YTL arasında bir tutar olarak belirlenmektedir. Belirlenen günlük miktar gün sayısı ile çarpılmaktadır.

4.2. Hapis Cezalarının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasını Erteleme

TCK'nin 51. maddesinde düzenlenmiştir. Ertelenebilecek hapis cezaları duruma göre değişmektedir. Normal şartlarda iki yıla kadar olan hapis cezaları ertelenebilir. Ancak suçlunun yaşına bakılarak 3 yıla kadar hapis cezaları da ertelenebilmektedir. 3 yıla kadar hapis cezalarında erteleme, 18 yaşından küçüklerle 65 yaşını bitirmiş olanlar içindir.

Hapis cezası gerektiren vergi suçlarının ertelenmesi konusunda TCK'nin ertelemeye ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Cezanın ertelenmesi konusunda hâkimin takdir yetkisi vardır. Bu bağlamda yaşla sınırlı olmaksızın, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiilinden dolayı 2 yıla kadar hapis cezası verilen kişilerin cezaları ertelenebilir. Bu bağlamda 1 yıldan 3 yıla kadar ve 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiillerden dolayı 2 yıl ve altında hapis cezasına çarptırılan kişilerin hapis cezaları ertelenebilir. Ancak 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiillerden dolayı hapis cezası alan kişiler için özel durum vardır. Eğer aldıkları ceza 3 yıl ise ve yaşları; 18'in altında olan ve 65 yaşını bitirmiş iseler hapis cezaları ertelenebilir. Aksi takdirde ertelenemez.

İştirak durumunda, mükellefin özel işlerini yapma durumunda ve vergi mahremiyetinin ihlali durumunda da aynı kural geçerlidir. 18 yaşının altında ve 65 yaşının üstünde olan kişiler için 3 yıl ve daha altındaki hapis

cezaları ertelenebilir. Bu yaş şartını taşımayanlar için ise 2 yıla kadar olan hapis cezaları ertelenebilir.

5. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 2004 yılında kabul edilmesiyle beraber Ceza Hukukunda köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Ancak bu düzenlemeler sonucunda, diğer kanunlarda yer alan suç ve cezalara ilişkin hükümlerin yeni TCK'ya uyumlu hale getirilmesi sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorunu aşmak için çeşitli kanun değişiklikleri yapılmıştır. Bunlardan biri olan 5728 sayılı Kanunda, hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacak vergi suçları ve cezaları ile ilgili hükümler de yer almaktadır. 5728 sayılı kanunla vergi cezaları konusunda yapılan değişiklikler genel olarak değerlendirildiğinde, VUK'taki söz konusu suç ve cezalara ilişkin hükümlerin TCK'yla uyumlu hale getirildiği görülmektedir.

Bu bağlamda, öncelikle kaçakçılık suçlarında yer alan ağır hapis-hapis ayırımlarına son verilmiştir. Bu suçlar için öngörülen cezaların alt ve üst sınırlarında da artışlar yapılmıştır. Hapis cezalarının 6 ay olan alt sınırı 1 yıla; 18 ay olan üst sınırı ise 3 yıla çıkarılmıştır. Eskiden üst sınırı 3 yıl olan kaçakçılık suçunun ağır halinin cezası da 5 yıla çıkarılmıştır. Hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının değişmesi, cezanın paraya çevrilmesini etkilemiştir. VUK'un 359/a maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarındaki para cezasına çevirme hükümleri kaldırılmış ve bu suretle TCK'daki genel hükümlerle uyum sağlanmıştır. Buna göre 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasını gerektiren kaçakçılık suçlarında 1 yıllık cezaya hükmedilmesi halinde, bu ceza para cezasına (veya TCK'nın 50. maddesinde sayılan diğer alternatif cezalara) çevrilebilir. Paraya çevirme, 1 yıla kadar hapis cezasına hükmedilen diğer vergi suçları bakımından da geçerlidir. Vergi suçlarından dolayı 2 yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi halinde, bu cezaların ertelenebilmesi de, vergi cezaları konusunda ortaya çıkan diğer bir değişikliktir.

Bazı vergi suçlarının cezalarında TCK'ya yapılan atıflar, yeni TCK'daki maddeler dikkate alınmak suretiyle düzeltilmiştir. Bu düzenleme sonucunda ilgili vergi suçlarının cezalarında bazı artışlar meydana gelmiştir. Vergi mahremiyetinin ihlali suçunda TCK'nın 239. maddesine atıf yapılmıştır. Mükelleflerin özel işlerini yapma yasağının ihlali suçu ise TCK'nın 257. maddesine yapılan atıfla görevi kötüye kullanma suçuyla ilişkilendirilmiştir. Bu suçun gerek oluşumu ve gerekse cezasının belirlenmesinde TCK'nı 257. maddesi hükmü uygulanacaktır.

Yapılan düzenlemeler topluca incelendiğinde, vergi suçlarına verilecek hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının büyük oranda değiştiği görülmektedir. Vergi suçları ile ilgili vergilen hapis cezalarının para cezasına çevrilmesi de TCK'daki genel hükümler çerçevesinde bazı değişikliklere uğramıştır. Para

cezasına çevirme dışında hakimın takdiriyle diğer bazı alternatif cezalara çevrilebilmesi ve bazı cezaların ertelenebilmesi de mümkün hale gelmiştir. Bu bakımdan, her ne kadar bazı cezaların üst sınırlarında artış olsa da, genel itibarıyla vergi suçlarına verilecek cezaların alternatif cezalara çevrilebilme ve ertelenebilme dolayısıyla belli ölçüde de olsa yumuşadığını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- BERZEK Ayşe Nur: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta Basım Yayım, İstanbul 2004.
- GÜNEY Niyazi/ÖZDEMİR Kenan/BALO Yusuf S: Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- HAKERİ Hakan: Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- İÇEL Kayıhan/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener: İçel Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul 1999.
- KARAHAN Sami: Ticarî İşletme Hukuku, Konya 2003.
- KUNTER Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- ÖNER Erdoğan: Vergi Hukuku Açısından Türk Kamu Hukuku, Maliye Bakanlığı tetkik Kurulu Yayını No: 1980/221, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1981.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- REİSOĞLU Seza: 3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1988.
- SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ŞENYÜZ Doğan: Vergi Ceza Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2005.
- TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- UŞAN M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- YERCİ Cahit: "5728 Sayılı Kanunla VUK'ta Yapılan Değişiklikler Üzerine Değerlendirmeler ve Eleştiriler", Vergi Sorunları, S. 236, Mayıs 2008.
- YÜKSEL Ali Sait: Bankacılık Hukuku, İstanbul 1982.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN 127. MADDESİNİN (İSNADIN İSPATI) ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER*

ÖZET

İspat hakkı bir başka ifadeyle isnadın ispatı, bir kimsenin bir başka kimseye karşı hakaret suçunu oluşturan herhangi bir isnatta bulunması ve bu sebeple hakaret davası açılması halinde faile isnat ettiği hususun doğruluğunu kanıtlama hak ve imkânının verilmesidir. İspat hakkının tanınması, bir ülkede ifade özgürlüğünün, eleştiri hakkının ve özellikle basın özgürlüğünün varlığı için son derece önemli ve gereklidir.

Türk Hukukunda ispat hakkı Anayasamızın 39. ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunumuzun 127. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddeler incelendiğinde, Türk hukukunda kuralın ispat yasağı olduğu, ispat hakkının ise istisnai olarak tanınmış olduğu görülür. Bu çalışmamızda 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunumuzun 127. maddesinin Anayasanın ilgili maddesiyle uyum sorunu incelenip tartışılmış, bu konudaki düşünce ve önerilerimize yer verilmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Hakaret, ,Hakaret Suçu, İspat Hakkı, İsnadın İspatı, Hakaret Suçunda Hukuka Uygunluk.

THE QUESTION OF CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 127 (PROOF OF ALLEGATION) OF TURKISH CRIMINAL ACT

ABSTRACT

Proof right, in other words, prof of allegation is the accusation which forms the crime of insult from a person to another and therefore is to give the guilty the right and the opportunity to verify what he or she alleged in the case of a sue. The recognition of the proof right is extremely important and necessary for the existence of freedom of speech , the right of criticism and notably freedom of press in a country.

In the Turkish Criminal Law, the right to prove has been formed 39th item of our Constitution and 127th item of new Turkish Criminal Act numbered

* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

5237. When the related items have been analysed, it is seen that the rule is the forbidden of proof is accepted as exceptional. In this study it is examined and discussed that the criminal act which was implemented on the first June of 2005. Our ideas and suggestions have taken place.

KEY WORDS: Insult, the crime of insult, proof right, allegation prof, the crime of insult in the law appropriateness.

I. GİRİŞ

İspat hakkı¹, kabaca bir tarifile, bir kimsenin bir başka kimseye karşı hakaret suçunu oluşturan herhangi bir isnatta bulunması ve bu sebeple hakaret

¹ Bu çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 127. maddesinin Anayasanın 39. maddesiyle uyum içerisinde olup olmadığını belirtmeye çalıştık. İspat hakkının bir başka ifadeyle isnadın ispatının bir müessese olarak değerlendirme ve incelemesini yapmadık. Bu nedenle çalışmamızın esasını teşkil eden bölüm tamamen kendi görüşlerimizden ibaret olması ve bu konuda bir esere rastlamamış olmamız nedeniyle ilgili bölümde herhangi bir atfa yer verilmemiştir. Fakat bu çalışmamızı inceleyen hukukçulara, özellikle araştırma yapacaklara yararlı olabileceği için, ispat hakkı konusunda ulaştığımız kaynakları vermenin uygun olacağını düşünmekteyiz.

AMAC, Faik Muzaffer, "İspat Hakkının Hukukumuzda Dünkü ve Bugünkü Durumu", İst. Bar. Derg., 1967, Sayı: 7-8, s. 420-428; CENTEL, Nur - ZAFER Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007; DÖNMEZER, Sulhi, "Ceza Kanununun 481'inci Maddesi", İHFM., 1949, C. XV., Sayı:1, s. 405-414; DÖNMEZER, Sulhi, "Hakaret Cürmünde Hakikati Maddenin İspatı Üzerinde Mukayeseli Bir Tetkik", İHFM., 1950, C.XVI., Sayı: 1-2, s. 97-109; DÖNMEZER, Sulhi, "Matbuat Suçlarında İspat Hakkı", İz. Bar. Derg., 1954, Sayı: 46-1, s. 21-34; DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı ve 6334 Sayılı kanun", Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.151 vd.; DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı Yahut Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1955-56, Sayı: 41, s. 3; DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülhazalar", İHFM., 1963, C. XXIX., Sayı:1-2, s. 17-28; DÖNMEZER, Sulhi, "Memurlar Hakaret ve İspat Hakkı", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3; DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001; EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ad. Derg., Ocak 1956, Yıl: 47, Sayı: 1, s. 22-47; ERDAĞ, Ali İhsan, "İsnadın İspatı", HPD, S. 2, s. 139-141; EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ankara 1956; EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Ankara 1958; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV., Ankara, 1985; EREM, Faruk - TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, Ankara 1987; ERGÜL, Teoman, "İspat Hakkı Konusunda Türk Ceza Kanununun Anayasaya Aykırılığı Sorunu", Ad. Derg., 1967, Yıl: 1958,

davası açılması halinde faile isnat ettiği hususun doğruluğunu kanıtlama hak ve imkânının verilmesidir².

Yeni ceza kanunumuzdaki düzenlemeye göre bir tanım yapmak gerekirse; ispat hakkı, hakaret davalarında, bir kimsenin suç oluşturan bir fiili işlemiş olduğuna dair isnatta bulunulması veya isnadın ispatında kamu yararının varlığı ya da mağdurun ispata rıza göstermesi hallerinde sanığa, isnat ettiği fiilin doğruluğunu kanıtlama imkânının tanınmasıdır.

İşte problem, bu imkânın faile verilir verilmeyeceği ya da bu imkân verilecekse hangi sınırlar ve ölçülerde olacağı konularında karşımıza

Sayı: 6, s. 460-463; ERMAN, Sahir, "Bir Tevhidi İçtihat Kararı Münasebetiyle Demokratik ve Antidemokratik Zihniyet", Sos. Huk. ve İkt. Mec., Temmuz 1949, Sene: 1, Sayı: 11, s. 481-487; ERMAN, Sahir, "Basın Yolu ile Hakaret Davalarında Hakikatı İspat", Vatan Gazetesi, 28. 5. 1955; ERMAN, Sahir, "İspat Hakkı Ortadan Kalkıyor", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3; ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989; ERMAN Sahir, ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994; KAZUK, Kemalettin, "Fransa'da İspat Hakkı Müessesesi", Ad. Derg., Yıl: 51, 1960, Sayı: 10, s. 871-881; KUNTER, Nurullah, "Hakikatın İspatı Hakkı", Cumhuriyet Gazetesi, 10. 5. 1955, s. 2; LOGOZ, Paul, (Çev. Faruk EREM - Hakkı DEMİREL), "İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında İspat Hakkı", S.B.F.D., Aralık 1955, C. 10, Sayı: 4, s. 150-167; ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", Ad. Derg., 1946, Sayı: 10, s. 1060-1090; ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara 2005, s. 260-261; POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1983; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005; TANER, Tahir, "Türk Ceza Kanununun 9. 7. 1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri", İHFM., 1953, C.XIX, Sayı:3-4, s. 523-575; TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008; TÜMERKAN, Somay, "Anayasa Mahkemesinin Hakaret Davalarında İspat Hakkına İlişkin Bir Mahkeme Kararı Üzerine", Günümüzde Yargı 1978/ 23, s.16-20; YENİDÜNYA, Ahmet Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBBD, Ocak – Şubat 2007, S. 68, s. 81-84; "Hür Basın Rejiminin Ana Davası: İspat Hakkı ve Basın Hürriyeti", Forum, 15 Şubat 1955, Sayı: 22, s. 9-10; "Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1 Mayıs 1955, Sayı: 27, s. 2-4; Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenleme ve bu düzenlemenin anayasaya aykırılığını tespit konusunda ayrıntı için bkz.: DÜLGER, İbrahim, "Türk Hukukunda İspat Hakkı", in: Makaleler, Konya 1991, s. 1 vd.

² DÜLGER, s. 1.

çıkılmaktadır. Makul sınırlar içerisinde ispat hakkının tanınması, bir ülkede ifade özgürlüğünün, eleştiri hakkının ve özellikle basın özgürlüğünün varlığı için son derece önemli ve gereklidir. İspat hakkının tanınmadığı ya da aşırı derecede kısıtlanmış olduğu bir ülkede, demokrasiden ve özgürlükten bahsetmek sadece ütöpik bir gürültü olacaktır³.

İspat hakkına otoriter, baskıcı, antidemokratik rejimlerde yer verilmemiştir. Nedeni ise, ispat hakkının varlığı kamuoyu tarafından devlet idaresinin denetlenmesini beraberinde getirecek olmasıdır. Oysa bu tür rejimler yetki ve faaliyetlerinin denetlenmesi ve tartışılmasına asla tahammül gösteremezler. Bu nedenle ispat hakkı, sınırlı da olsa liberal, demokratik rejimlerde doğmuş ve gelişmiştir. İspat hakkını tanıyan hukuk düzenleri, kamu yararı ile kişinin onur ve şerefi arasında denge sağlamaya çalışarak bu hakkın tanınmasıyla ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermeye çalışmışlardır⁴. Gerçekten de bir kimse, ahlâkî bakımdan bazı haysiyet kırıcı fiillerin faili olabilir, yahut halk nazarında sevilmeyen ya da nefret edilen bazı kusurlara sahip olabilir. Bu fiil ve kusurların varlığı, sahibi aleyhine yayılmasını, başkalarına duyurulmasını ve herkes tarafından söz konusu edilmesini haklı kılmaz ve kanun tarafından da buna izin verilemez. Çünkü bunlar şahsın şeref ve haysiyetini direkt etkileyen şeylerdir. Bu nedenle kural olarak, isnat olunan fiilin mevcut olması, yani bir kimsenin şeref ve haysiyetini etkileyen söz söyleyen ve davranışlarda bulunan şahsın gerçeği ifade etmiş olması isnadın hakaret teşkil etmesine engel olamaz. Bir kimsenin gerçek kimliğinin ortaya atılması ve ispat edilmesi başkası için bir hak olarak tanınamaz. Bu durum kendisine tecavüz olunan şahsın şeref ve itibarını zedelemesine rağmen, mütecevize veya topluma bir fayda sağlamaz⁵. Fakat bazı hallerde bu fiilleri ispat etmekte, yani isnadın doğru olduğunu kanıtlamakta toplumsal fayda söz konusu olabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ispat hakkı, sadece bir kimseye somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi suretiyle hakaret edilmiş olması durumunda kabul edilmiş, soyut olarak yakıştırmalarda bulunmak ya da sövmek suretiyle hakaret edilmesi halinde buna izin verilmemiştir. Yeni Ceza Kanunumuz, hakaret suçuna ilişkin düzenlemesinde, 765 sayılı kanunun aksine hakaret - sövme ayrımını kaldırarak her iki durumu da hakaret suçu olarak düzenlemiştir⁶. Soyut

³ DÜLGER, s. 2.

⁴ SOYASLAN, s. 259.

⁵ ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", AD., 1946, S. 10, s. 1061.

⁶ 765 sayılı kanun, hakaret ve sövme suçlarını ayrı ayrı düzenlemiş ve ispat hakkının sadece hakaret suçları açısından geçerli olduğunu açık olarak düzenlemiştir. Çünkü 481. maddenin 1. fıkrasında "geçen maddede beyan

bir fiilin isnadında veya sövme oluşturan fiillerde, mağdura somut bir fiil ya da olgunun isnadı, bir başka ifadeyle herhangi bir madde-i mahsusanın isnadı söz konusu değildir. Nitekim 127. madde gerekçesinde, "... kişilere somut bir fiil isnadında bulunarak hakaret edilmiş olması halinde, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için ..." ifadeleri de bu konudaki kanun koyucunun iradesini açık olarak ortaya koymaktadır.

II. İSPAT HAKKINA DAİR SİSTEMLER

İspat hakkının kabul edilip edilmemesi konusunda doktrin ve mevzuat alanında belli başlı üç görüş ve sistem ileri sürülmüş ve benimsenmiştir⁷. Birinci sistem, ispat hakkını herhangi bir sınırlamaya ve şarta bağlı tutmaksızın, mutlak olarak kabul etmesine karşılık, ikinci sistem ispat hakkını hiç bir hal ve durumda kabul etmemektedir. Karma sistem olarak belirtilen üçüncü sistemde ise ispat hakkı, belli şartlar dâhilinde kabul etmiştir. Bu sistem iki şekilde karşımıza çıkmakta, ya ispat hakkı kural olarak kabul edilip istisnai hallerde ispat hakkı kaldırılmakta ya da ispat yasağı kural olarak kabul edilip istisnai durumlarda ispat hakkı tanınmaktadır.

Anayasa ve Ceza Kanunumuzun kabul ettiği sistem karma sistemdir. Kural, ispat yasağı olup faile ispat hakkı istisnai hallerde tanınmıştır. Anayasanın 39. ve Ceza Kanununun 127/1. maddesinde ispat hakkının tanındığı istisnai haller belirtilmiştir.

III. ANAYASADA İSPAT HAKKI

İspat hakkı ilk olarak 1961 Anayasasında "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümde, 34. maddede düzenlenmiştir. Böylelikle ispat hakkı anayasal bir hak kimliğine kavuşmuştur. İspat hakkı 1982 Anayasasında da yer almış, 39. maddede, 1961 Anayasasının 34. maddesinde ifade edildiği şekilde ve hiç bir değişikliğe maruz bırakılmaksızın aynen düzenlenmiştir. Anayasanın 39. maddesine göre:

"Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret

olunan cürmün faili" ifadesiyle 480. maddede yer alan hakaret suçu kastedilmektedir. Yine 481. maddenin 10. fıkrasında "bu maddedeki istisnaların uygulanması için tecavüzün aşağıdaki maddede bildirilen cürmü teşkil etmemesi icap eder" sözleriyle ispat hakkının 482. maddede yer alan sövme suçunu kapsamadığına hükmetmiştir.

⁷ Bu sistemler hakkında bkz.: ERMAN, hakaret, s. 239 vd.; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, C. IV, Ankara 1985, s. 558 vd.; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku -Özel Hükümler, Ankara 1987, s. 526 vd.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 249 vd.

davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır."

Madde metni incelendiğinde anlaşılacağı gibi Anayasamız ispat hakkına şu sınırlar dâhilinde yer vermiştir.

1- Yapılan isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olması,

2- Mahkemece, isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunduğuna karar verilmesi,

3- Şikâyetçinin isnat edilen fiilin ispatına razı olması halleri.

Eğer bir kamu görevlisine, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili bir isnat söz konusuysa, fail ispat hakkını mutlak olarak kullanmak hakkına sahiptir. Kamu yararının bulunup bulunmadığı konusundaki takdir hakaret suçuna ilişkin davaya bakan mahkemeye ait olup failin ispat hakkını kullanabilmesi mahkemenin takdirine, son durumda ise şikâyetçinin rızasına bağlıdır.

IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA İSPAT HAKKI

İspat hakkı, yeni Ceza Kanunumuzun, "İsnadın İspatı" başlıklı 127. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: "

(1) İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

(2) İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle yapılan hakaret davalarında failin ispat hakkından yararlanabilmesinin şartları:

- 1- İsnadın suç oluşturan bir fiile ilişkin olması,
- 2- İsnat edilen fiil ya da olgunun doğruluğunun anlaşılmasında kamu yararının bulunması,
- 3- Hakaret suçunun mağdurunun isnadın ispata rıza göstermesidir.

Yeni Ceza Kanunumuzdaki düzenlemeye göre isnat edilen somut fiil ya da olgu, suç oluşturan bir fiile ilişkinse fail ispat hakkını mutlak olarak kullanabilecek; kamu yararının bulunması koşulunda failin ispat hakkını

kullanabilmesi hakaret davasına bakan mahkemenin takdirine, yine son durumda ise şikâyetçinin rızasına bağlı olacaktır.

V. CEZA KANUNUNUN 127. MADDESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Burada, Ceza Kanunumuzun bu düzenlemesinde kanaatimizce sorun teşkil ettiğine inandığımız sadece bir hususu ortaya koymaya çalışacağız. Bu itibarla Ceza Kanunumuzun 127. maddesindeki düzenlemenin Anayasamızın 39. maddesindeki düzenlemeyle uygun olup olmadığını inceleyeceğiz.

Ceza Kanunumuzun 127. ve Anayasanın 39. maddeleri dikkate alındığında ispat hakkı açısından öngörülen koşullardan *isnadın ispatında kamu yararının bulunması* ve *şikâyetçinin ispata razı olması* koşullarının hem Anayasada hem de Ceza kanununda aynı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu koşullar açısından Anayasaya herhangi bir uyumsuzluk ve aykırılık bulunmamaktadır. Fakat Ceza Kanunumuzun 127. maddesinin 1. fıkrasında ilk koşul olarak belirtilen *isnadın suç oluşturan bir fiile ilişkin olması* koşulu Anayasamızda yer almamaktadır. Anayasada belirtilen koşul ise yapılan *isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı ve bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olmasıdır*.

Ceza kanunumuz ispat hakkı açısından Anayasada yer alan bir koşula yer vermeyip bunun yerine Anayasada öngörülmeyen bir koşula yer vermiştir. Anayasanın 39. maddesindeki, yapılan *isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı ve yerine getirdikleri görev ve hizmete ilişkin olması* koşulunu, *isnadın suç teşkil eden bir fiil olması* gerektiği şeklinde anlamak ve iddia etmek bize mümkün değildir. Bu itibarla Ceza Kanunumuzun 127. maddesindeki düzenlemenin Anayasaya uygunluğu tartışılır bir haldedir.

İspat hakkı Anayasamızda tereddüde ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme karşısında söz konusu hususun kanunla düzenlenmesi halinde Anayasanın çizdiği sınırlar ne genişletilebilir ne de daraltılabilir. Bize göre Ceza Kanunumuzun 127. maddesi bir açıdan bu sınırı genişletmiş, bir açıdan da daraltmıştır. Şöyle ki:

127. madde hükmü uyarınca kamu görev ve hizmetinde bulunmayan, bir başka ifadeyle kamu görevlisi olmayan bir kimseye karşı somut bir fiil ya da olgu (madde-i mahsus) isnat edilmesi ve bu *isnadın suç teşkil eden bir fiile ilişkin olması* halinde faile ispat hakkı tanınacaktır. Örneğin bakkal Rüstem'in köyündeki arazilerde gizli ve yasal olmayan kazılar yaparak bulduğu antik eserleri bu işle uğraşan yabancılara satarak tarihi eser kaçakçılığı yaptığını söyleyen faile Anayasada yer almamasına karşın ispat hakkı verilecektir. Bununla birlikte bir kamu görevlisine, bu görevini yerine getirilmesine ilişkin olmayan bir konuda *isnada bulunulur ve bu isnadın konusu suç teşkil eden bir fiil olursa aynı şekilde ispat hakkı tanınacaktır*. Örneğin tapu müdürü Şevket

beyin mahallesindeki dul komşuna cinsel saldırıda bulunan bir sapık olduğunu söyleyen fail ispat hakkından yararlanacaktır⁸. Fakat Anayasamız bu durumda hakaret suçu failine ispat hakkı tanınmış değildir. Türk hukukunda ispat yasağı kural olmasına ve bu yasağın istisnalarının Anayasada açık bir şekilde gösterilmesine karşın Ceza Kanunumuz faile bu hakkı tanımıştır. Dolayısıyla Ceza Kanunumuz Anayasada yer almayan bir istisnaya yer vererek 39. maddede belirtilen sınırları genişletmiştir. İspat hakkının sınırlarının genişletilmiş olmasının failin lehine bir düzenleme olduğu bu nedenle de doğru olduğu iddia edilebilir. Fakat burada tartıştığımız herhangi bir kanuni düzenlemenin Anayasaya aykırı olamayacağıdır. Anayasanın 11. maddesinde belirtildiği üzere kanunlarla Anayasaya aykırı düzenleme getirilemez. Bu itibarla failin lehine olsa bile Anayasada yer almayan bir hak faile verilemez. Kaldı ki insan hakları sadece fail açısından değil mağdur açısından da geçerli evrensel değerlerdir.

Bir başka açıdan da Anayasada hakaret suçunun failine tanınan ispat hakkının sınırları daraltılmıştır. Anayasal sınırın daraltılması hali iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlki, kamu görev ve hizmetinde bulunan bir kimseye bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak bir isnatta bulunulması halinde, isnat konusu, suç teşkil eden bir fiil değilse Anayasada belirtilmiş olmasına rağmen faile isnadını ispatlama hakkı verilmeyecektir. Böyle bir durumda Anayasal sınırlar içerisinde faile tanınan hak kanunla elinden alınmış olacaktır. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görev ve hizmete ilişkin isnatların mutlaka bir suça ilişkin fiil olduğu bu nedenle de ispat hakkına ilişkin Anayasal sınırın herhangi bir şekilde daraltılmadığı iddia edilebilir. Ancak bu iddia bizce doğru bir iddia değildir. Tabiidir ki bir kamu görevlisine bu görev ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin isnatların birçoğu suç oluşturan bir fiil olabilecektir. Örneğin zimmet, irtikap, rüşvet, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma, ihaleye fesat karıştırma vs. ve özel ceza kanunlarında yer alan herhangi bir suç gibi. Fakat bu kamu görevlisine yaptığı görev ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin isnatların mutlak surette suç oluşturan bir fiil olduğu sonucunu doğurmaz. Kamu görevlisine kamu görev ve hizmetini yerine getirmesine ilişkin isnat herhangi bir surette suç oluşturmeyen bir fiil de olabilir. Örneğin bir belediye başkanına yetersiz, beceriksiz, bilgisiz ve zekâ geriliğine duçar biri olduğu, bu nedenle de belediye işlerinin aksadığı, aldığı yanlış kararlarla belediyenin öncelikli işlerine değil son derece tali önemsiz ve olmazsa olabilecek hizmetlere kaynak ayırdığı

⁸ Tabii ki bu verdiğimiz örnekler açısından isnat edilen konularda kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün olmaması gerekir. Kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün bulunması halinde 127. maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere ispat edilmiş bir fiilden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilecek ve ispat hakkı tanınmayacaktır.

bu şekilde de belediye kaynaklarını doğru kullanmayarak israf ettiği şeklinde isnatta bulunulduğunu düşünelim. Belediye başkanının bu kararları doğru olduğuna inandığı için aldığını, belediye kaynaklarını israf etme gibi bir kastının olmadığını, her işlemin yasal çerçevede gerçekleştirildiğini, ortaya çıkan yanlışlık, aksaklık ve israfın gerçekten onun yetersiz, beceriksiz, bilgisiz ve akıl hastası boyutunda olmamakla birlikte zeka geriliğinden kaynaklandığını varsayalım. Bu isnat karşısında açılan bir davada faile Anayasada kendisine tanınmış bir hak olmakla birlikte Ceza Kanunumuzun 127. maddesi uyarınca ispat hakkı tanınmayacaktır. Çünkü belediye başkanına isnat edilen husus suç teşkil eden bir fiil değildir. Isnatta bulunan fail, bütün bu iddialarını kesin olarak ispat edebilecek durumda olsa bile bu imkân kendisine verilmeyecektir. Failin bu sözlerinin eleştiri hürriyeti sınırları içerisinde değerlendirilerek mahkûm edilemeyeceğini dolayısıyla da ispat hakkının tanınmamış olmasının bir eksiklik olmadığı düşünülebilir ya da iddia edilebilir. Bize göre “bilgisiz ve zekâ geriliği” şeklinde sarf ettiği sözler nedeniyle eleştiri hürriyetinin sınırları aşılmıştır. Durum böyle olunca da Anayasaya göre faile tanımamız gereken ispat hakkını yeni Ceza Kanunumuzdaki düzenleme nedeniyle elinden alıp, onu mahkûm edebileceğiz. Böylelikle Anayasada yer alan ispat hakkına ilişkin sınır, kanunla daraltılmış olacaktır. Bu konuda başkaca örnekler de verilebilir.

İspat hakkının Anayasada belirtilen sınırlarının daraltıldığı ikinci durum ise suç teşkil eden bir fiile ilişkin isnadın ispatına dair yargılamanın hakaret davasına bakan mahkemece değil suç teşkil eden fiili yargılamaya görevli mahkemece yapılacak olmasıdır⁹. İlk etapta bunun doğru, o suçun yargılamasında uzmanlaşmış olan ilgili mahkemece incelenmesinin yerinde bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Fakat görevli mahkeme her durumda yargılama yapamayabilecektir. Örneğin bir milletvekiline ilişkin bir isnat varsa ve dokunulmazlığı kaldırılmamışsa yargılama yapılamayacaktır. Aynı şekilde bir kamu görevlisi hakkındaki isnatta, ilgili konuda yetkili makam ya da makamlarca lüzumu muhakeme kararı verilmemiş olması halinde ya da takibi şikâyete ya da izne tabi bir suçta şikâyet ya da iznin olmaması halinde yargılama yapılamayacaktır. Dolayısıyla hakaret suçunun faili isnadını kolaylıkla ispat

⁹ Bu husus 127. madde gerekçesinde “*Bu sistemde, isnadın doğruluğunun ispatı, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede yapılmamaktadır. Hakaret suçunun işlendiğinden bahisle açılan davanın görüldüğü mahkeme, yapılan somut vakia isnadının bir suç oluşturmasını bekletici mesele kabul ederek, bu nedenle açılmış veya açılacak olan davanın sonucunu beklemelidir. Isnadın doğruluğunun ispatı, ancak isnat konusu suç vakiası dolayısıyla açılan ceza davası bağlamında ilgili mahkemede söz konusu edilebilir*” şeklinde belirtilmiştir.

edilebilecek olsa bile böyle bir durumda ispat hakkını fiilen kullanamamış olacak, Anayasada faile verilen hak sınırlandırılmış olacaktır. Oysa Anayasada bu konuda herhangi bir sınır öngörülmediği gibi bu konunun kanunla düzenleneceğine dair bir hüküm de bulunmamaktadır. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunumuzun 481. maddesinin uygulamasında isnadın ispatına ilişkin yargılama hakaret davasına bakan mahkemece yapılmaktaydı. Buradaki yargılama, sadece isnadın doğru olup olmadığına yönelik bir yargılama olup yargılama sonucunda hakaret suçunun mağduruna isnat edilen fiilin doğru görülmesi halinde mahkûmiyetine yönelik bir hüküm verilmemekteydi. Eski kanun dönemindeki bu uygulama Anayasadaki düzenlemeye uygundu. Çünkü Anayasayla verilen hak yeni Ceza Kanunumuzda olduğu gibi dolaylı da olsa sınırlandırılmamaktaydı.

SONUÇ

Sonuç olarak buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında 5237 sayılı yeni Ceza Kanunumuzun ispat hakkına ilişkin düzenlemesi, her ne kadar madde gerekçesinde “Madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasamızın bu konuda belirlediği kurallar da göz önünde bulundurulmuştur” denilmiş olsa da Anayasamızın aynı konuya ilişkin 39. maddesiyle uyumlu değil, Anayasadaki düzenlemeye aykırı bir düzenlemedir. Anayasada isnadın ispatı konusunda çizilen sınır bir açıdan genişletilmiş, sınır aşılmış, bir açıdan da anayasal sınır daraltılmıştır. Şu hususu önemle belirtmek isteriz ki, biz bu çalışmamızda 127. maddedeki düzenlemenin yerinde olup olmadığını değil bu madde hükmünün Anayasal düzenlemeye uygun olup olmadığını ortaya koymaya çalıştık. Tabiidir ki kanun koyucu, izlediği suç siyaseti açısından ispat hakkına ilişkin düzenlemenin bu haliyle daha yerinde ve daha doğru olacağı düşüncesinde olabilir. Kaldı ki biz Ceza Kanunumuzdaki düzenlemenin Anayasa’daki düzenlemeye nazaran daha uygun ve yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz. Kanun koyucunun suçları ve bunlara ilişkin konuları belirlemede tercihlerini ortaya koyma ve tercihleri doğrultusunda da düzenleme yapma hakkı vardır. Ancak bu tercihi kullanırken ve tercihi paralel düzenleme yaparken Anayasanın bağlayıcılığı ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralını göz ardı etmemelidir. İspat hakkına ilişkin düzenlemenin bu haliyle daha yerinde ve daha doğru olacağı inancındaysa öncelikle yapması gereken, Anayasanın 39. maddesini bu tercihi yönünde değiştirerek yeni Ceza Kanunumuzun 127. madde içeriğine uygun hale getirmeliydi. Yok Anayasanın 39. maddesini değiştirme gibi bir düşüncesi bulunmuyorsa, bu durumda Ceza Kanunumuzun 127. maddesini Anayasaya paralel ve uygun halde kaleme almalıydı. Bize göre uygun olan ve derhal yapılması gereken şey Anayasanın 39. maddesinin değiştirilerek Ceza kanununun 127. madde içeriğine uygun hale getirilmelidir. Bunun için Anayasanın 39. maddesinin ilk cümlesi olan “ Kamu

görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir” ifadesinin, “Açılmış olan hakaret davalarında, yapılan isnadın suç oluşturan bir fiil olması halinde, fiilin ispat edilmiş olmasıyla isnatta bulunana ceza verilmez” şeklinde değiştirilmesini önermekteyiz.

KAYNAKÇA

- AMAC, Faik Muzaffer, "İspat Hakkının Hukukumuzda Dünkü ve Bugünkü Durumu", İst. Bar. Derg., 1967, Sayı: 7-8, s. 420-428.
- CENTEL, Nur - ZAFER Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Ceza Kanununun 481'inci Maddesi", İHFM., 1949, C. XV., Sayı:1, s. 405-414.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Hakaret Cürmünde Hakikati Maddenin İspatı Üzerinde Mukayeseli Bir Tetkik", İHFM., 1950, C.XVI., Sayı: 1-2, s. 97-109.
- DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı ve 6334 Sayılı kanun", Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.151 vd.
- DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı Yahut Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1955-56, Sayı: 41, s. 3.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Matbuat Suçlarında İspat Hakkı", İz. Bar. Derg., 1954, Sayı: 46-1, s. 21-34.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Memurlar Hakaret ve İspat Hakkı", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar", İHFM., 1963, C. XXIX., Sayı:1-2, s. 17-28.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- DÜLGER, İbrahim, "Türk Hukukunda İspat Hakkı", in: Makaleler, Konya 1991.
- ERDAĞ, Ali İhsan, "İsnadın İspatı", HPD, S. 2, s. 139-141.
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, Ankara 1987.
- EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ad. Derg., Ocak 1956, Yıl: 47, Sayı: 1, s. 22-47.
- EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ankara 1956.
- EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Ankara 1958.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV., Ankara, 1985.
- ERGÜL, Teoman, "İspat Hakkı Konusunda Türk Ceza Kanununun Anayasaya Aykırılığı Sorunu", Ad. Derg., 1967, Yıl: 1958, Sayı: 6, s. 460-463.

- ERMAN Sahir, ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- ERMAN, Sahir, "Basın Yolu ile Hakaret Davalarında Hakikatı İspat", Vatan Gazetesi, 28. 5. 1955
- ERMAN, Sahir, "Bir Tevhidi İçtihat Kararı Münasebetiyle Demokratik ve Antidemokratik Zihniyet", Sos. Huk. ve İkt. Mec., Temmuz 1949, Sene: 1, Sayı: 11, s. 481-487.
- ERMAN, Sahir, "İspat Hakkı Ortadan Kalkıyor", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3.
- ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989.
- KAZUK, Kemalettin, "Fransa'da İspat Hakkı Müessesesi", Ad. Derg., Yıl: 51, 1960, Sayı: 10, s. 871-881.
- KUNTER, Nurullah, "Hakikatın İspatı Hakkı", Cumhuriyet Gazetesi, 10. 5. 1955, s. 2.
- LOGOZ, Paul, (Çev. Faruk EREM - Hakkı DEMİREL), "İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında İspat Hakkı", S.B.F.D., Aralık 1955, C. 10, Sayı: 4, s. 150-167.
- ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", Ad. Derg., 1946, Sayı: 10, s. 1060-1090.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara 2005.
- POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1983.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005.
- TANER, Tahir, "Türk Ceza Kanununun 9. 7. 1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri", İHFM., 1953, C.XIX, Sayı:3-4, s. 523-575.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008.
- TÜMERKAN, Somay, "Anayasa Mahkemesinin Hakaret Davalarında İspat Hakkına İlişkin Bir Mahkeme Kararı Üzerine", Günümüzde Yargı 1978/ 23, s.16-20.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBBD, Ocak – Şubat 2007, S. 68, s. 81-84.
- "Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1 Mayıs 1955, Sayı: 27, s. 2-4.
- "Hür Basın Rejiminin Ana Davası: İspat Hakkı ve Basın Hürriyeti", Forum, 15 Şubat 1955, Sayı: 22, s. 9-10.

BELEDİYELERİN MALİ DENETİMİNDE YENİ YAKLAŞIM

Dr. İrfan TÜRKOĞLU*

Arş. Gör. İbrahim Erdem SEÇİLMİŞ**

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, 2003 yılından sonra Türkiye'nin kamu mali yapısında başlamış yeni oluşumları belediyelerin mali denetimi kapsamında değerlendirmek olacaktır. Bu nedenle 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (KMYKK), 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (BBK), 22.2.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel idaresi Kanunu (İÖİK) ile 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu (BK) çerçevesinde yerel yönetimlerle ilgili yeni düzenlemelerin belediyelerin mali denetimi üzerindeki etkileri incelenmiştir. Konu incelenirken belediyelerin gelir ve giderlerinin denetimiyle ilgili yeni düzenlemelere odaklanılmış, belediyelerin mali denetimi gerek kanunlarda yer alan iç ve dış denetimle ilgili düzenlemeler açısından gerekse denetimi yapan kurumlar açısından ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Mali denetim, İç ve dış denetim, Sayıştay denetimi, Siyasi denetim, Yargı denetimi, Manevi denetim

A NEW APPROACH TO THE FISCAL AUDIT OF LOCAL GOVERNMENTS

ABSTRACT

The aim of this study is to elucidate the attitude of the local governments toward the fiscal audit in terms of the emerging local government regulations subject to Public Finance Management and Control Act dated 10.12.2003 with Article no. 5018, Metropolitan Municipality Act, dated 10.07.2004 with Article no. 5216, Providence Governance Act, dated 22.2.2005 with Article no.5302 and Municipality Act dated 3.07.2005 with Article no. 5393 which are ratified by the Nationally Assembly. In this vein, we study the emerging regulations that are brought forth by the recently ratified local governance legislations. In the

* Arş. Gör, Hacettepe Üniversitesi, Maliye Bölümü, 06800, Beytepe-ANKARA, irfan@dicle.edu.tr

** Arş. Gör, Hacettepe Üniversitesi, Maliye Bölümü, 06800, Beytepe-ANKARA, ies@hacettepe.edu.tr

wake of the recent regulations, the fiscal audit of the local government has been explored in terms of internal and external audit subject to legislation and in terms of the institutional agencies that exert political, judicial, administrative public and moral audit as well.

KEYWORDS: Fiscal audit, Internal-External audit, Audit of Sayıştay, Political audit, Judiciary audit, Moral audit

1. Giriş

Günümüzde yerel yönetimlerin, yönetilenler için tatmin edici olmaktan uzak olduğu; merkezîyetçi ve hiyerarşik bir örgütlenmenin yerel ihtiyaçların temininde yetersiz kaldığı genel kabul görmektedir. Yerel yönetimlerin etkin ve yeterli çalışmadığına dair tecrübeler ve gözlemler, ihtiyaçların yerinde tespit edilerek kamu hizmetini talep edenlerin karar sürecine katılabileceği daha demokratik ve hizmette yerindelik (subsidiarite), yakınlık (progsiminite), ölçülülük, şeffaflık ve etkinlik gibi kurumsal yönetim ilkelerinin benimsendiği yeni bir kamu yönetimi anlayışını zorunlu kılmıştır.

Türkiye’de belediyelerin sahip olduğu yetkilere dayanarak yerine getirmesi gereken hizmetlerin sayısı oldukça fazladır. Bu hizmetlerden bazıları şunlardan oluşmaktadır: Mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı hizmetleri, coğrafi ve kent bilgi sistemleri, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık ile ilişkili hizmetler, zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans hizmetleri, şehir içi trafik düzenlemesi, defin ve mezarlıklarla ilgili hizmetler, ağaçlandırma hizmetleri, park ve yeşil alanlar, konut edindirme hizmetleri, kültür ve sanatın geliştirilmesi için yapılan hizmetler, turizm ve tanıtım hizmetleri, gençliğin gelişimine destek ve sporun özendirilmesi, sosyal hizmetler ve yardım, nikâh hizmetleri, meslek ve beceri kazandırma kursları, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi, okul öncesi eğitim hizmetleri, devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımı ile her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarının karşılanması, gıda bankacılığı hizmeti, sağlıkla ilgili her türlü tesisin açılması ve işletilmesi, kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunması, bakım ve onarımını, korunması mümkün olmayanları ise aslına uygun olarak yeniden inşa edilmesi gibi hizmetlerdir.

Bunların dışında belediyelere ve büyükşehir belediyelerine kaçak yapılaşma nedeniyle oluşan düzensiz kentleşme gibi önemli sosyo-ekonomik problemlerin önüne geçilebilmesi için geniş yetkiler verilmiştir. Belediyeler ihtiyaca bağlı olarak öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme ve sair desteği sağlayabilmekte, her türlü amatör spor karşılaşmaları

düzenleyebilmekte, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren ve ya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilmektedir.

Kanun'da belediyelerin denetimiyle ilgili olarak çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Belediye meclislerinin denetim yetkileri artırılarak belediye meclisleri daha etkin bir yapıya kavuşturulmuştur. Mülki idare amirlerinin meclis kararlarından bazılarını onaylama yetkisi kaldırılarak, idari yargıya başvurma esası getirilmiş ve idari vesayet yetkileri daraltılmıştır. Belediyelerin sağlam bir mali yapıya kavuşturulması ve artan borç yükünün önüne geçilmesi amacıyla sınırsız borçlanma yetkisine son verilmiştir. Yeni düzenlemelerle yerel yönetimler bir yandan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (AYYÖŞ)'na göre yeniden teşkilatlandırılırken, diğer yandan demokrasinin tabana yayılması, ihtiyaçların ve sorunların mahallinde tespit edilerek orada yaşayan insanların katılımıyla çözüme kavuşturulması, yolunda önemli adımlar atılmıştır.

Belediyelerin görev alanlarının genişlemesi ve görevlerinin artmasına paralel olarak kaynak ve gelir ihtiyacı da artmıştır. Yerel hizmetlerin sağlıklı bir şekilde sunulabilmesi için kamu kaynaklarının etkili, verimli ve ekonomik bir şekilde kullanılması esastır. Bu şekilde bir kullanım ise hesap verebilirliği ve mali saydamlığı zorunlu kılmaktadır. Bütün bu gelişmeler denetimin önemini daha da arttırmıştır.

2. Denetim Kavramı

Denetim; bir işin ya da bir çabanın, genel ya da özel yasal, bilimsel ve düşünsel kurallara uygunluğunu araştırmak ve sağlamak amacıyla, başlangıçta, uygulama sırasında, uygulama sonunda ya da uygulamadan bir süre sonra, gözden geçirilmesi şeklinde yazılı ya da sözlü olarak yapılan bir eylemdir¹. Mali denetim ise; kamu kesiminde gerçekleşen bir iş ya da çabanın, maliye bilimi esaslarına ve mali mevzuatın belirlediği kurallara uygunluğunu, zaman boyunca araştırma eylemidir²

Kamu Yönetimi Temel Kanun Tasarısının 38. maddesinde denetim; "Kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyet ve işlemlerinde hataların önlenmesine yardımcı olmak, çalışanların ve kuruluşların gelişmesine, yönetim ve kontrol sistemlerinin geçerli, güvenilir ve tutarlı hale gelmesine rehberlik etmek amacıyla; hizmetlerin süreç ve sonuçlarını mevzuata, önceden belirlenmiş amaç ve hedeflere, performans ölçütlerine ve kalite standartlarına göre; tarafsız olarak analiz etmek, karşılaştırmak ve ölçmek; kanıtlara dayalı olarak değerlendirmek, elde edilen sonuçları rapor haline getirerek ilgililere duyurmaktır" şeklinde tanımlanmıştır.

¹ UÇAR Demirkan, (1977), **Kamusal Mali Denetim**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı No: 172-1977, Ankara: Damga Matbaası, 3

² ALTUĞ Figen, (2000), **Mali Denetim**, Bursa: Ezgi Kitabevi Yayınları, 7

İdari yapıları merkezden yönetim esasına göre oluşturulmuş bütün ülkelerde yerel yönetimler, merkezi idarenin denetimi altındadır. Merkezi idare yerel yönetimlerin gelir kaynaklarını kanunlarla belirler. Belediyelerin mali denetimi merkezi yönetimce, belediyelerce ve kurum dışı denetim mekanizmalarınca yerine getirilmektedir.³ Merkezi idarenin bünyesindeki vesayet makamları yerel yönetimlerin bütçelerini inceler ve onaylar. Bu tür uygulamalar merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde denetim hak ve yükümlülüğü sağlar.⁴ Ayrıca, ülke çapında bölgesel farklılıkları gidermek, kaynak sapmalarını önlemek, kamu düzenini korumak için merkezi yönetimin belirlediği ana hedeflere, yerel yönetimlerin uyumunun sağlanması gerekmektedir.

Bu nedenlerle yerel yönetimlerin aldıkları kararlar, işlemler, karar organları, personeli üzerinde bürokratik denetim yapılır. İdari vesayetin mali işlemleri ilgilendiren kısmı, mali vesayet kapsamına girer, dolayısıyla yerel yönetim bütçelerinin hazırlanma, uygulanma ve dönem sonunda denetlenme aşamaları merkezi yönetimin denetiminden de geçmektedir.⁵

3. Denetimin Amacı

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Büyükşehir Belediyesi Kanunu, İl Özel İdaresi Kanunu ile Belediye Kanunlarında yerel yönetimlerin denetimleriyle ilgili düzenlemeler yapılırken denetimin amaçlarına yer verilmiştir.

KMYKK ile “kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere, kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü düzenlemek (mad. 1)” amaçlanmıştır.

Belediye Kanunu’nda belediyelerin denetimindeki amaç şu şekilde belirtilmektedir; “faaliyet ve işlemlerde hataların önlenmesine yardımcı olmak, çalışanların ve belediye teşkilâtının gelişmesine, yönetim ve kontrol sistemlerinin geçerli, güvenilir ve tutarlı duruma gelmesine rehberlik etmek amacıyla; hizmetlerin süreç ve sonuçlarını mevzuata, önceden belirlenmiş amaç ve hedeflere, performans ölçütlerine ve kalite standartlarına Stratejik plana,

³ EDDISON Tony ve TIKIZ Cenk, (1993) **Yerel Yönetimde Denetim**, İstanbul: Kent Basımevi, 5

⁴ Erdem Behiç, (1990), “Sayıstay’ın Belediyeler Üzerindeki Denetimi” **Sayıstay Dergisi**, Sayı:2,1990,16

⁵ Altuğ (2000), 81

performans planına, performans ölçütlerine uyulup uyulmadığını; kanıtlara dayalı olarak değerlendirmek ve sonuçları rapor halinde ilgililere duyurmaktır (BK mad. 54).”

Görüldüğü gibi her iki kanunda denetim ile usule uygunluk, şeffaflık, verimlilik ve etkenlik sağlanmaya çalışılmaktadır. Yerine getirilen hizmetlerin mevzuata uygunluk gösterip göstermediği ve önceden belirlenmiş hedeflere ulaşıp ulaşılmadığı denetim mekanizmasıyla analiz edilmektedir. Kamu kaynaklarını toplumun öncelikli ihtiyaçlarına yönlendirmek; hizmet üretiminde etkinlik ve verimliliği sağlamak; belirlenen makro ekonomik hedeflere ulaşmak mali denetimin diğer amaçlarındandır⁶.

4. Denetimin Niteliği

Planlamayla başlayıp, teşkilatlanma, yönetme ve koordinasyon ile devam eden kamu faaliyetlerinin son aşamasını denetim teşkil etmektedir⁷. Yönetimin temel öğelerinden biri olan denetim faaliyetlerinin önemi hem yerel hem de küresel ölçekte giderek artmaktadır. Etkin ve verimli bir kamu hizmetinin yerine getirilmesinde denetim önemli rol oynamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşların faaliyet ve işlemlerinin hesabını her an verebilecek şekilde örgütlenmeleri için denetimin genel geçer uluslararası standartlara uygunluk göstermesi ve iç ve dış denetimin standartizasyonu kaçınılmaz hale gelmiştir. İç denetim standartları Maliye Bakanlığının bünyesinde bulunan iç denetim koordinasyon kurulunca, dış denetim standartları ise Sayıştay tarafından tespit edilmektedir. Düzenlemenin esası; çağdaş, verimli, hızlı, etkili ve hesap verebilirlik çerçevesinde iyi bir kamu hizmetinin verilebilmesidir. Mali denetimin önemi hizmet sunumunda ve kaynak kullanımında etkinlik açısından ısrarla vurgulanan bir husustur.

Ayrıca kamu tüzel kişileri olarak yerel yönetimler, Anayasanın 125. maddesine göre eylem ve işlemlerinden dolayı yargı denetimine tabidirler. Bunun yanı sıra Anayasa mad. 127/4’de “Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatı kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetimi yargı yolu ile yapılacaktır.” Hükmüne göre yerel yönetimler yargı denetimine de tabidirler. 1961 Anayasasında vesayet kavramına yer verilmezken, 1982 Anayasasında mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması gibi amaçlarla vesayet yetkisi geniş tutulmuştur⁸. Merkezi idare,

⁶ Altuğ (2000), 9

⁷ TORTOP Nuri ve İSBİR Eyüp G, (Ty)., **Yönetim Bilimi**, Ankara: Bilim Yayınlar, 16

⁸ KIRIŞIK Fatih ve SEZER Özcan, (2006), Türk Anayasalarında Yerel

mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip bulunmaktadır.

Mali denetim hakkı açık-demokratik bir toplumun üzerinde durduğu, gerekli gördüğü bir haktır. Halkın mali denetim işlevine en kolay katılabileceği düzeyde harcamaların önem kazanması, halkın gözünde mali denetim kurumunun değerini de arttıracak, bu görevi üstlenen kamu ajanlarına da destek sağlayacaktır⁹. Ayrıca denetim, devlet hizmetleri ile çelişkiye düşen, birliği, bütünlüğü bozan ve hizmetlerin sürekliliği ilkesini zedeleyen uygulamalara engel olduğu için yerel yönetimlerin denetimi, hizmetlerin gereği gibi yürütülmesinde etkin bir araç olmaktadır¹⁰.

Kamu hizmetlerinde esas amaç kamu yararı olduğu için denetimde de kamu yararı ön plandadır. Çağdaş toplumlarda denetim kurumsallaşmış ve yönetimin vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Günümüzde denetim yalnızca tenkit edici, kusur arayıcı ve statik değil, yol gösterici, yapıcı ve eğitici olmanın yanında dinamik ve reformcu olmak zorundadır. Modern devlette denetimden verimlilik (Efficiency), etkinlik (Effectiveness) ve iktisadilik (Economy) kriterlerini gerçekleştirmesi beklenir¹¹. Böylece denetim yol gösterici, yapıcı ve eğitici olarak, yerel hizmetlerin aksamadan yerine getirilmesine ve hemşehrilerin haklarının korunmasına yardımcı olmaktadır.

5. Denetim Şekilleri

Belediyelerin yapmış oldukları mali işlemlerin denetimiyle ilgili olarak gerek KMYKK ve gerekse BK'nda değişik denetim şekilleri öngörülmüştür.

5.1. 5018 Sayılı KMYKK'nunda Öngörülen Denetim Şekilleri:

KMYKK'da iç ve dış denetim olmak üzere iki tür denetimden bahsedilmektedir. KMYKK'da İç denetim; "kamu idaresinin çalışmalarına değer katmak ve geliştirmek için kaynakların ekonomiklik, etkililik ve verimlilik

Yönetimler, **ÇYYD**, Cilt: 15, Sayı: Nisan 2006, 23

⁹ HAMAMCI Can, (1990) "Mahalli İdarelerin Denetim Fonksiyonu", **1990 Yılına Girerken Türkiye'de Denetimin Etkinlik ve Verimliliği Sempozyumu**, Ankara: Maliye ve Gümrük Bakanlığı APKK Yayın No: 1990/308, 183

¹⁰ TORTOP Nuri, (1996) **Yerel Yönetimler Maliyesi (Görev ve Kaynak Bölüşümü)**, Ankara: TODAİE Yayın No: 263, 13

¹¹ ACAR Abdurrahman, (1993), " Denetim Nedir ve Nasıl Olmalıdır?" **Denetim Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 80, Mart- Nisan 1993,30

esaslarına göre yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız ve nesnel güvence sağlayan danışmanlık faaliyetidir (mad. 63)” şeklinde tanımlanmıştır. İç denetim, idarenin harcamalarının, mali karar ve tasarruflarının, amaç ve politikalara, kalkınma planına, programlara, stratejik planlara ve performans programlarına uygunluğunu izlemek ve değerlendirmek amacıyla iç denetçiler tarafından yapılır.

İç denetim; kuruluşların kaynaklarını etkin bir şekilde kullanarak kendi kendini ayakta tutabilmesi ve verimli şekilde hizmet vererek kendi saygınlığını devam ettirebilmesi için gerekli bir kamu yönetimi faaliyetidir. İç denetim; bir öz eleştiri, vicdani bir denetim, yol gösterici ve kendi saygınlığını arttırıcı bir oto kontrol unsuru olarak da görülebilir. Yerel yönetimlerin iç hiyerarşik yapıları aracılığı ile yerine getirdikleri denetime iç yönetsel denetim denmektedir. İç denetimin amacı, yürütmenin-yerel yönetim bürokrasisinin- yasalara uygun çalışmasını sağlamaktır. Bu nedenle vali, belediye başkanı ve muhtar; yerel yönetim tüzel kişiliğinin temsilcisi ve bütçenin ita amiri olarak kendi memurları üzerinde hiyerarşik denetimde bulunurlar¹².

İç denetim sırasında faaliyetler, iş ve işlemler ile bunlara dayanak olan kararlar, kurumun kendi organ ve birimleri tarafından teftiş ve incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu denetim, hiyerarşik mekanizmanın çalıştırılması ile olabileceği gibi, hiyerarşik yapılanmanın dışında kalan teftiş kurulu, belediye meclisi ve belediye encümeni tarafından da gerçekleştirilmektedir¹³. İç denetim; İçişleri Bakanlığı ve belediye başkanı veya bunların görevlendireceği kişiler tarafından yapılmaktadır ve idari meseleleri kapsamaktadır.

İl ve ilçe belediyeleri ile nüfusu 10.000’in üzerindeki belediyelerde, belediye meclisi, her ocak ayı toplantısında belediyenin bir önceki yıl gelir ve giderleri ile bunlara ilişkin hesap kayıt ve işlemlerinin denetimi için kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye sayısı üçten az beşten çok olmamak üzere bir denetim komisyonu oluşturacaktır. Komisyon, her siyasi parti grubunun ve bağımsız üyelerin meclisteki üye sayısının meclis üye tam sayısına oranlanması suretiyle oluşacaktır. Komisyon, çalışmalarında kamu personelinden ve gerektiğinde diğer uzman kişilerden yararlanabilecektir. Denetim komisyonunun emrinde görevlendirilecek kişi ve gün sayısı belediye meclisince belirlenecek, uzman kişilerde aranacak nitelikler belediye meclisinin çalışmasına dair yönetmelikte düzenlenecektir. Komisyon belediye birimleri ve bağlı kuruluşlarından her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilmektedir. Görüldüğü gibi nüfusu 10.000 olan belediyelerin denetim komisyonu oluşturması zorunludur.

¹² Hamamcı (1990), 186

¹³ YILDIZ Nihat, (1998), **Türkiye’de Belediyelerin Dış Yönetsel Denetimi**, Ankara: İB MİKD Yayın No: 4, 20

Denetim komisyonu 3-5 arasında değişen üyeden oluşmaktadır.

Dış denetim ise, Sayıştay'ın denetçi ve yargı mahkemesi sıfatlarıyla yaptığı yargısal denetim, İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere ilgili bakanlıkların denetim organları tarafından gerçekleştirilen vesayet denetimi, yasal bir yaptırım olmamakla beraber belediyeler üzerinde hissedilir derecede etkin olan kamuoyu denetimlerinden oluşmaktadır¹⁴.

Vesayet denetimi, Anayasa'da merkezi idarelere verilmiş bir görevdir. "Merkezi idare, yerel yönetimler üzerinde, mahalli hizmetleri, idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde vesayet yetkisine sahiptir (mad.127/5)". Bu nedenle merkezi yönetim idaresinin bütünlüğü ilkesi gereğince yerel yönetimlerin yapmış olduğu işlemleri kanunda belirtilen sınırlar içerisinde denetlemektedir.

Sayıştay tarafından harcama sonrası dış denetim yapılmaktadır. Bu denetimin amacı ise, "genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının TBMM'ne raporlanmasıdır (KMYKK mad. 68)." Bu denetim kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli olarak kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi, faaliyet sonuçlarının ölçülmesi ve performans bakımından değerlendirilmesi şeklinde yapılmaktadır.

5.2. 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nda Öngörülen Denetim Şekilleri:

Belediye Kanunu'na göre belediyelerde iç ve dış denetim yapılmaktadır. Bu denetimler, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, mali ve performans denetimini kapsamakta ve KMYKK hükümlerine göre yapılmaktadır. İçişleri Bakanlığı, belediyenin mali işlemler dışında kalan diğer idari işlemlerini, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından denetleyebilmektedir. Ayrıca belediyelere bağlı kuruluş ve işletmeler de belediyeler için belirlenen esaslara göre denetlenmektedir. Bu denetimlere ilişkin sonuçlar kamuoyuna açıklanarak belediye meclisinin bilgisine sunulmaktadır.

Belediye meclisi, bilgi edinme ve denetim yetkisini faaliyet raporunu değerlendirme, denetim komisyonu oluşturma, soru, genel görüşme ve gensoru yollarıyla kullanabilmektedir. Belediye meclisinin aylık toplanmasının, belediye meclisi üyelerinin gündem oluşturabilecek yetkiye sahip olmasının (önerge vermek suretiyle), faaliyet raporlarının, denetim komisyonunun çalışmalarının,

¹⁴ Yıldız (1998), 21

soru, görüşme, gensoru gibi müesseselerin temelinde belediye başkanının ve belediye idaresinin meclis tarafından denetimi yatmaktadır.

Belediye meclisleri yeni düzenleme ile belediyenin denetimi ile görevlendirilmiştir. Belediye başkanı, BK mad.56 ve KMYKK mad.41/4'e göre, yıllık faaliyet raporları düzenlemek zorundadır. Belediye başkanı, yürütülen faaliyetleri, hedef ve gerçekleşme durumu ile meydana gelen sapmaların nedenlerini ve belediye borçlarının durumunu da açıklayan faaliyet raporunu hazırlayarak Nisan ayı toplantısında meclise sunmakla görevlidir. Faaliyet raporunda, bağlı kuruluş ve işletmeler ile belediye ortaklıklarına ilişkin bilgi ve değerlendirmeler de yer almaktadır.

Bu faaliyet raporunun stratejik plan, performans plan ve performans kriterleri gibi literatüre yeni giren, yeni düzenleme konusu olmuş hususlara göre hazırlanması gerekmektedir. Belediye başkanınca meclise sunulan önceki yıla ait faaliyet raporundaki açıklamalar, meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğuyla yeterli görülmezse, yetersizlik kararıyla görüşmeleri kapsayan tutanak, meclis başkan vekili tarafından mahallin mülki idare amirine gönderilir. Vali, dosyayı gerekçeli görüşüyle birlikte Danıştay'a gönderir. Şayet yetersizlik kararı, Danıştay tarafından uygun görülürse belediye başkanı, başkanlıktan düşecektir. Görüldüğü gibi faaliyet raporları yoluyla yapılan denetim Belediye Kanunu'nda yer alan en etkili denetim uygulamalarından biridir. Belediye meclisleri, faaliyet raporlarını değerlendirirken belediye tüzel kişiliğini ve belediye başkanlarını da denetlemektedirler.

Kamu hizmetleri ve kamu işlemlerinde aksama durumunda yapılacak uygulamalarla ilgili düzenlemeler belediye hukukuna yeni girmiştir. İçişleri Bakanlığının talebi üzerine yetkili sulh hukuk hâkimi belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığını ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğini tespit ederse, İçişleri Bakanı, hizmetlerde meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından isteyecektir. Aksama giderilemediği takdirde, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden isteyecektir. Böyle bir uygulama belediye başkanı ve belediye idaresinin prestiji açısından çok önemli bir denetim olacaktır. İçişleri Bakanlığının talebi üzerine sulh hukuk hâkimi tarafından alınan karara karşı ilgili belediyenin asliye hukuk mahkemesine itiraz etme hakkı bulunmaktadır.

Türkiye'de yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim yargı yolu ile olmaktadır. Ancak İçişleri Bakanı, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan yerel yönetim organları veya bu organların üyelerini, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilmektedir. Buradan da anlaşıldığına göre haklarında soruşturma başlatılmış olan belediye başkanları soruşturmanın sağlıklı neticelenmesi için

geçici bir süre görevden uzaklaştırılmaktadır. Bu da belediye organları ve üyeleri üzerinde etkili ve önemli bir denetim yöntemidir.

Belediyeler hükümet yardımlarıyla denetlenebildiği gibi sınırlandırma yoluyla da denetlene bilmektedirler. Belediye Kanunundaki bazı yeni düzenlemelerle belediyelerin yetkileri sınırlandırılmıştır. Özellikle Personel istihdamı, borçlanma ve vesayet denetimi gibi konularda belediyelere getirilen sınırlamalar, uygulama ve ortaya koyduğu sonuçlar itibariyle önemli bir denetim aracı olmaktadır. BK'nun 49/7. maddesinde personel istihdamına getirilmiş olan sınırlamaya göre, belediyenin yıllık toplam personel giderleri, gerçekleşen en son yıl bütçe gelirlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarın %30'unu aşamayacaktır. Nüfusu 10.000'in altında olan belediyelerde bu oran %40 olarak uygulanacaktır. Yıl içerisinde aylık ve ücretlerde beklenmedik bir artışın meydana gelmesi sonucunda personel giderlerinin söz konusu oranları aşması durumunda ise, cari yıl ve izleyen yıllarda personel giderleri bu oranların altına ininceye kadar yeni personel alımı yapılamayacaktır. Burada belirtilmiş olan % 30 ve % 40 oranlarının aşılması durumunda belediyelerin ilave istihdam imkanı olmayacaktır. Bu sınırlama belediye mevzuatına yeni girmiş önemli bir denetimdir.

Ayrıca belediyelerin içinde bulunduğu, ciddi borç sorununa köklü bir çözüm getirmek amacıyla borçlanma konusuna da önemli bir sınırlama getirilmiştir. BK'nun 68. maddesinde iç ve dış borçlanma ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre, dış borçlanma, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde sadece belediyenin yatırım programında yer alan projelerinin finansmanı amacıyla yapılabilecektir.

Belediye ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları şirketler, bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam %10'unu geçmeyen iç borçlanmayı belediye meclisinin kararı; %10'unu geçen iç borçlanma için ise, meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapabileceklerdir. Ancak belediyelerin ileri teknoloji ve büyük tutarda maddî kaynak gerektiren alt yapı yatırımlarında DPT'nin teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kabul edilen projeleri için yapılacak borçlanmalarda bu sınırlamalar dikkate alınmamakta, dış kaynak gerektiren projelerde Hazine Müsteşarlığının görüşü gerekmektedir. Borçlanmaya getirilen bu sınırlandırmalar önemli bir denetim uygulamasıdır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun, 1580 sayılı Belediye Kanunu'ndan önemli bir farkı mülki amirin kullandığı vesayet denetiminin daraltılarak, istisnai hale getirilmiş olmasıdır. Kanunda öngörülen bu istisnai duruma göre;

“cadde, sokak, meydan, park, tesis ve benzerlerine ad verilmesi ve beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerinin tespitine ilişkin kararlarda; belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğu, bunların değiştirilmesine ilişkin kararlarda ise meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararı aranacak ve bu kararlar mülki idare amirinin onayı ile yürürlüğe girecektir.” Ayrıca Meclis kararlarının kesinleşebilmesi için; bu kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilmesi gerekmekte olup mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmeyecektir. Mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurma hakkı bulunmaktadır. Bunlar mülki idare amirinin dolaylı denetim hakkının göstergeleridir.

Belediye Kanunu'nda yer alan bu hükümler büyükşehir belediyeleri için de geçerlidir. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun denetime ilişkin düzenlemelerine bakıldığında büyükşehir belediyesini, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri için bir vesayet makamı haline getiren uygulamalar görülmektedir. Büyükşehir belediyesi, ilçe ve ilk kademe belediyelerinin imar uygulamalarını denetlemeye yetkili kılınmıştır. Bu durum imar ve bütçe uygulamalarının yanı sıra belediye meclisi kararlarında da kendini göstermektedir.

Merkezi yönetim ve yerinden yönetim idarelerinin yerine getirecekleri hizmetlerin neler olduğunu düzenleyecek olan Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Uygulaması Hakkında Kanun (KYTİUHK)'un çıkarılmamış olması denetim uygulamasında sıkıntılara sebep olmaktadır. Cumhurbaşkanlığına bağlı Devlet Denetleme Kurulu, Başbakanlığa bağlı Başbakanlık Teftiş Kurulu, İçişleri Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu, Maliye Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü, SSK Genel Müdürlüğü ve diğer bazı kurum ve kuruluşların denetim yetkileri bu kapsayıcı ve temel kanunun çıkmaması nedeniyle halen devam etmektedir. Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kısmen bu aksaklığı telafi etmektedir fakat bu yeterli olmamaktadır.

6. Denetimin Türleri

Dünya ülkelerinin yönetim sistemleri incelendiğinde hangi yönetim sisteminin tercih edildiğinden bağımsız olarak merkezden ve yerinden yönetim esaslarını benimsedikleri görülmektedir. Türkiye'deki uygulama Anayasa'nın 123/2 maddesinde belirtilen “İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır” ifadesi ile pozitif hukuka yansımaktadır.¹⁵

¹⁵ Anayasanın yerel yönetimlerle ilgili 127. maddesinde ise, yerel yönetimler arasında iller, belediyeler ve köyler sayılmıştır.

Devlet olmanın bir gereği olarak merkezi idareye tanınan en önemli yetkilerden birisi kamu hizmetlerinin hukuka, iç ve dış politikalara ve hizmet standart ve kalitesine uygun olarak yerine getirilmesi, değerlendirilmesi ve denetiminin yapılmasıdır. Çeşitli idari yapıların yerel yönetimlerin denetimi ile ilgili olarak farklı uygulamalara başvurusu çok doğaldır¹⁶. Almanya’da kurum dışından denetim bir üst makam tarafından yerine getirilirken, Danimarka’da merkezi yönetime bağlı yerel yönetim mali denetim departmanı ve bazı özel kamu hesap uzmanlarınca yerine getirilmekte, İngiltere ve Avustralya’da ise özel hesap uzmanlarından yararlanıldığı görülmektedir¹⁷.

Merkezi idare, yerel yönetimler üzerinde kanunlarla belirlenen esaslar çerçevesinde vesayet yetkisine sahiptir. Anayasa’nın 127/5. maddesinde bu durum şu şekilde belirtilmektedir. “Merkezi idare yerel yönetimler üzerinde mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun olarak yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması ve toplum yararının korunması, mahalli ihtiyaçların etkin ve verimli bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla kanunda belirlenen esas ve usuller çerçevesinde vesayet yetkisine sahiptir.” Bu vesayet yetkisi denetimi de gerekli kılmaktadır. Kaynakların etkin bir biçimde kullanılması, verimliliğin artırılması, mali yönetimin etkinleştirilmesi, etkili bir mali denetimin geliştirilmesine bağlı olacaktır¹⁸.

Kamu idaresinin denetim metodolojisi 5 alt başlıkta gösterilebilir. Bunlar: Siyasi Denetim (Yasama Denetimi, Parlamento Denetimi), Yargı Denetimi (Hukuki Denetim), İdari Denetim (Yürütme Denetimi), Kamuoyu Denetimi, Manevi Denetim (Özeleştirisi)

6.1. Siyasi Denetim:

Yerel yönetimler üzerinde yasama organının denetim yetkisi vardır. Yasama organının bu denetim yetkisine siyasi denetim ya da yasama denetimi denilmektedir. Bu denetim şeklinde idarenin doğrudan denetimi söz konusu değildir. Yerel yönetimler, egemen yasama meclisi tarafından kendilerine verilen görevleri yerine getiren veya yetkileri kullanan icrai organlardır. Bu sebeple yerel yönetimler parlamento tarafından verilmedikçe herhangi bir yetkiyi kullanamazlar. Yerel yönetimlerle ilgili bir kanun meclisten geçerken, meclis, yerel yönetimlere verilecek görevler ve yetkiler konusunda karar verir ve böylece yerel yönetimin faaliyet alanını tespit etmiş olur. Bu denetim

¹⁶ TBD-KAV, (1996) Avrupa’da Yerel Yönetimler Üzerinde Denetim ve Türkiye Uluslararası Konferans, 5-6 Aralık 1996, Ankara: TBD-KAV Yayınları, 28

¹⁷ Edison ve Tıkız (1993), 10

¹⁸ BAŞBAKANLIK TOKİ IULA EMM, (1993), **Türkiye’de Yerel Yönetim Sisteminin Geliştirilmesi**, İstanbul: Kent Basımevi, 53

parlamento tarafından yerine getirilmektedir. Bütün yerel yönetimlerin meclis tarafından kanunla kurulması ise önemli bir denetim unsurudur¹⁹.

TBMM yerel yönetimleri çeşitli şekil ve vasıtalarla denetleyebilmektedir. Parlamento bu denetim yetkisini çıkaracağı yasalar yoluyla yerine getirebileceği gibi meclis işlemleri şeklinde olan ve parlamentoda cereyan eden müzakereler, soru, gensoru, meclis araştırması, meclis soruşturması, genel görüşme gibi bilgi edinme ve denetim yollarıyla da yerine getirebilmektedir. Parlamento yerel yönetimler üzerinde siyasi denetimde bulunurken her zaman ferdi hakların korunması gayesine matuf bir denetim yapmaz; bazan da mahalli otoritenin korunması ve itibarının zedelenmemesine ilişkin denetimde de bulunur²⁰.

Parlamentonun yerel yönetimleri denetlemesi mali yardım yoluyla da olabilir. Ülkemizde olduğu gibi birçok ülkede merkezi yönetimler tarafından yerel yönetimlere yapılan mali yardımlar ve vergi gelirlerinden ayrılan payların önemi artmakta ve yerel yönetimleri merkeze bağlayıcı bir unsur olan bu durum merkezi yönetim için siyasi baskı unsuru olarak kullanılabilir²¹. Kamu yönetiminin yeniden yapılandırılması kapsamında kabul edilen KMYKK, İÖİK, BBK, BK ve kabul edilmeyi bekleyen KYTİUHK ile Sayıştay Kanunu gibi kanunlar çerçevesinde TBMM'nin yerel yönetimlerin işlem ve eylemleri üzerindeki dolaylı denetim yetkisi de artırılmış bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak TBMM'nin araştırma, soruşturma ve ihtisas komisyonlarının kararına istinaden Meclis Başkanı, Sayıştay tarafından denetime tabi tutulup tutulmadığına bakılmaksızın bütün kamu kurum ve kuruluşlarının hesaplarının denetlenmesini isteyebilecektir (taleple sınırlı kalmak kaydıyla).²²

Yakın bir geçmişte yürürlüğe girmiş olan KMYKK, İÖİK, BBK, BK gibi yasalar çerçevesinde Sayıştay'ın idari faaliyet raporlarını da dikkate alarak hazırlayacağı dış denetim genel değerlendirme raporları sonucunda TBMM ilgili komisyonları vasıtasıyla da denetimlerde bulunabilecektir. Bu komisyonlarda

¹⁹ ASLAN Süleyman, (1978), Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Ankara: AİTİA Yayın No: 109, 8

²⁰ Aslan (1978), 9

²¹ KARANFİLOĞLU Ali Yasin, (2000), Yerel Yönetimlerin Denetimine İlişkin Genel Esaslar ve Denetlenme Şekilleri, ÇYYD, Cilt: 9, Sayı: Nisan 2000, 71.

²² KMYKK'na göre Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası dış denetimin amacı, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin mali faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının TBMM'ne raporlanmasıdır (KMYKK mad. 68).

yasama adına ilgili konular incelenir, rapor hazırlanır ve meclis genel kuruluna görüşülmek üzere sunulur²³.

TBMM'nin denetimi, sadece soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması, gensoru gibi yollarla yapılmamakta aynı zamanda yönetilenlerin TBMM'ne dilekçe ile başvurmaları durumunda da idare denetlenebilmekte, Anayasa'da düzenlenen dilekçe hakkına dayanarak siyasi denetim başlatılabilmektedir. Vatandaşların meclise dilekçe vererek kendileri ile ya da kamu işleri ile ilgili konularda yetkili makamları şikayet etme hakları bulunmaktadır.²⁴ Meclise verilen dilekçeler, bu iş için özel olarak kurulan Dilekçe Komisyonunda görüşülmektedir. Dilekçeler konusunda meclisin vermiş olduğu karar hükümeti bağlayıcı değildir. Ancak, hükümet meclisin kararına uymadığı takdirde, meclis öteki denetim yollarını kullanabileceği için hükümetler dilekçeler konusunda genellikle meclisin almış olduğu kararlara uymaktadırlar²⁵.

6.2. Yargı Denetimi

Yargı denetimi, yerel yönetimlerin bir görevi yerine getirmemelerinin, kararlarının ve fiillerinin kanuniliğinin veya geçerliliğinin yargı organı tarafından tetkik edilmesidir²⁶. Bu sebepten ötürü yargı denetimi bir çok hallerde yerel yönetim için de bir teminat teşkil eder; yargı denetimi yerel yönetimi merkezi idarenin yanlış, hatalı ve ya keyfi hareket ve kararlarına karşı korur^{27,28}.

Demokratik toplumlarda idarenin faaliyetlerini hukuk kuralları içerisinde yürütmesi ve bu kuralların dışına çıktığında kendini zorlayıcı bir müeyyide karşısında bulması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bundan dolayı yargı denetiminin amacı, yönetim mekanizmasının işleyişinden doğan uyumsuzlukları kesin çözüme bağlama yetkisinin, yönetimden ayrı ve bağımsız

²³ Altuğ (2000), 12

²⁴ Dilekçe Hakkı, Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenmiş siyasi hak ve ödevlerdendir.

²⁵ KARATEPE Şükrü, (1995), **İdare Hukuku**, İzmir, 232

²⁶ Aslan (1978), 13

²⁷ Aslan (1978), 12

²⁸ Yargı denetimi, bazı şahısların veya makamların müracaatı üzerine mahkemenin harekete geçtiği ve devamlı olmayan bir denetim şeklidir (Aslan (1978), 15)

bir organa verilerek, yönetim karşısında yönetilenlerin korunmasını sağlamak olmaktadır²⁹.

Anayasa’da idarenin her türlü eylem ve işleminden dolayı yargı denetimine tabi olacağı belirtilmektedir. Bu nedenle yerel yönetimlerin her türlü eylem ve işleminden dolayı hak ve menfaatleri zarar gören ilgili gerçek ve ya tüzel kişiler yargı yoluna başvurarak idareyi yargısal bir denetimine tabi tutabileceklerdir. Böylece sorunlar kesin çözüme kavuşturulduğu için yargı denetimi idarenin hukuka bağlılığını sağlayan en etkili denetim yollarından birini oluşturmaktadır³⁰. İdarenin yargı dışı yollardan denetimi, onun hukuka uygun faaliyet yürütmesini belli ölçülerde sağlamaktadır. Ancak bu denetimler, yönetilenlerin hak ve menfaatlerinin korunması, zarara uğrayanların zararlarının giderilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır³¹.

Hesapların denetimi Sayıştay tarafından yapılmaktadır. Bunun dışındaki kapsamlı ve sonuç doğurucu denetimler Danıştay’a veya idari yargıya bırakılmıştır. Ayrıca, Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin yapmış olduğu işlemler göz önünde bulundurulduğunda yargısal denetimin sadece idari yargı yolu ile yapılmak zorunda olmadığı; adli yargı yolu ile de yapılabileceği görülmektedir³².

6.3. İdari Denetim

İdari denetim çeşitli biçimlerde yürütülmektedir. Bir kamu kuruluşu, kendi kendini denetleyebileceği gibi, başka bir kamu kuruluşu tarafından da denetlenebilir. Kamu kuruluşunun kendi kendisini denetlemesine “iç denetim”, başka bir kamu kuruluşu tarafından denetlenmesine de “dış denetim” adı verilmektedir. İç denetimin en belirgin örneği “hiyerarşi” denetimi, dış denetiminki ise “vesayet” denetimidir. Merkezden yönetim, ya da yetki merkezliği ilkesi hiyerarşik denetimi, yerinden yönetim ilkesi de vesayet denetimini zorunlu kılmıştır. İdari denetimi, idare kendiliğinden yapabileceği gibi, ilgililerin başka bir deyişle, yönetilenlerin isteği üzerine de yapılabilir³³.

²⁹ ÖZTÜRK Azim, (1997), **21. Yüzyıl Türkiye’si için Yerel Yönetim Modeli**, İstanbul: Ümraniye Belediyesi Kültür Yayınları, 188

³⁰ EROĞLU Hamza, (1974), **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: Sevinç Matbaası, 292

³¹ Karatepe (1995), 237

³² FALAY Nihat ve diğerleri, (1998), **Belediyeler’de Mali Yönetim**, İstanbul, TESEV, 35

³³ GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, (2001) **İdare Hukuku**, Cilt:1, Güncelleştirilmiş 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 929

Merkezi yönetim, yerel yönetimler üzerinde genel bir denetim yetkisi kullanamaz. Bu yetkinin açık bir biçimde, yasalarda yer alması gerekir³⁴. İdari olarak yapılacak denetimde idarenin bütünlüğü, kalkınma plan ve stratejisine uygunluk gibi iki temel noktanın esas alınması gereklidir. Merkezi yönetimin denetim yetkisi, yerel yönetim birimlerinin işleyişini gözetlemek, hukuka aykırı gördüğü karar ve işlemler aleyhine yargı organına başvurmak ve yerel yönetimin işleyemez duruma düşmesi gibi olağanüstü durumlarda müdahale etmekle sınırlı olmalıdır³⁵.

Kamu kuruluşlarının içerisinde yer alan kamu görevlileri arasında bir kademeleşme, ast-üst ilişkisi bulunmaktadır. Genel anlamda hiyerarşi, bir teşkilat içinde çalışan şahıslar arasında mevcut ve astı üstün emrine vermek suretiyle bunları bir tek üste bağlayıcı bir bağıdır³⁶. Üst makamların alt makamlara emir ve talimat verme, atama yapma, kararlarını bozma veya değiştirme şeklinde gerçekleştirdikleri hiyerarşik denetim, yönetimin etkinliğini iyi ve doğru işlemesini sağlamaya yönelik bir çeşit oto kontrol, kendi kendini denetleme yöntemidir³⁷.

Hiyerarşi denetimi, amirin kendiliğinden harekete geçmesi ile başlayacağı gibi, idare edilenlerin ve ya bir başka kamu görevlisinin talebi üzerine de başlatılabilir. Hiyerarşik denetimde amir, memurun işlerini hem hukuka uygunluk hem de yerindelik yönünden denetleyebilir ve böylece kamu görevlilerinin keyfi davranışları önlenmiş olur. En küçük ve basit yapısından en büyük ve karmaşık yapısına kadar “hiyerarşi” kamu kuruluşları için kaçınılmazdır. Yerinden idare kuruluşlarının hiyerarşik denetimi, kendi bünyesindeki amirlerce, merkezi idarenin hiyerarşi denetimi ise, kendi yönetici makam ve görevlileri arasında gerçekleştirilir³⁸. Ancak, gelir ve harcamaların denetiminin ölçüsünde, zamana ve ülkeden ülkeye değişiklik olmakla birlikte, merkezi yönetimlerin sıkı denetimine ve daha fazla müdahalesine doğru belirgin bir eğilim kazandığı görülmektedir³⁹.

³⁴ ÜNLÜ Halil, (1993), **Yönetimler Arası İlişkiler**, Ankara: TC Başbakanlık TOKİ IULA EMME, 68

³⁵ Başbakanlık (1993), 21

³⁶ ONAR Sıddık Sami, (1952), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul: Marifet Basımevi, 451

³⁷ TORTOP Nuri, (1974), Yönetimin Denetimi ve Denetleme Biçimleri, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:7, Sayı: 1, Mart 1974, 33

³⁸ Karatepe (1995), 235

³⁹ Eddison ve Tıkız (1993), 14

Yerel yönetimler, merkezi idarenin hiyerarşisi dışında kalan ve belli ölçülerde özerkliği bulunan kamu tüzel kişileridir. Bu nedenle merkezi idare, yerinden yönetimleri, amirlik yetkisine dayanarak hiyerarşik üst gibi denetleyemez. Vesayet denetiminin amacı, aralarında hiyerarşik ast-üst ilişkisi bulunmayan merkezi idare ile yerel yönetimler arasında bir bağlantı kurmaktır. Böylece, yerel yönetimlerin yürütmüş olduğu hizmetlerin devletin genel yönetim politikasına uygunluğu sağlanmış olur. İdari vesayet, yerinden yönetimlerin işlemlerinin incelenmesi veya onaylanması şeklinde olmaktadır⁴⁰.

Yerinden yönetim kuruluşlarının görevlerini gereği gibi yapmalarını ve idarenin bir bütün olarak uyumlu çalışmasını sağlamak için vesayet denetimine gerek görülmektedir. 1982 Anayasasında da yer alan vesayet denetimi, çeşitli biçimlerde kendini göstermektedir. Bunlar, yerinden yönetim kuruluşlarının organları, ya da görevlileri üzerinde yapılanlar ile yerinden yönetim kuruluşlarının işlemleri üzerinde yapılanlardan oluşmaktadır.

İdari vesayet makamlarının ve bu makamların yetkilerinin yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmesi gerekir⁴¹. Zira, idari vesayet, bir kuruluşa yasa ile tanınan özerkliğin ayrı bir durumudur. Kısaca, vesayet denetimi yasaya dayanan ve yasa ile belirlenen bir yetkidir; bu yönü ile hiyerarşi yetkisinden ayrılır. Bilindiği gibi, hiyerarşi yetkisinin kullanılabilmesi için yasal bir dayanağa gerek yoktur.

Türkiye’de hangi hizmetlerin merkezden yönetim hangi hizmetlerin yerinden yönetim tarafından yerine getirileceği henüz yasalaşmamış, çerçeve yasa niteliğinde olan KYTİUHK’da düzenlenmiş bulunmaktadır. KYTİUHK yürürlüğe girmemiş olduğu halde BK, İÖİK,5018 sayılı KMYKK’ları, bu kanun ışığında vaz edilmişlerdir. Bu nedenle kanımızca KYTİUHK’un bahsi geçen kanunlardan daha önce yürürlüğe girmiş olması yönetsel denetim ve kanun yapma sistematigi açısından daha tutarlı olacaktır.

KYTİUHK merkezi yönetim ile yerinden yönetimlerin yerine getirecekleri hizmetlerin neler olduğunu bütün esasları ile düzenlemektedir. KYTİUHK’nun çıkarılmamış olması denetim uygulamalarında çeşitli sıkıntılara sebep olmaktadır. Yani hem İÖİK, BK, BBK’unda yer alan denetim

⁴⁰ Karatepe (1995), 236

⁴¹ Anayasa, “Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri konusundaki denetim, yargı yolu ile olur” (mad. 127), kuralını koyarak merkezi idarenin, yerel idare organları üzerindeki vesayet denetimini, yargı organlarına bırakmıştır. Belediye ve il genel meclislerinin “feshi yetkisi”, hükümetten alınarak Danıştay’a verilmiştir (Danıştay Kanunu mad. 24/2) (Gözübüyük ve Tan, (2001), 932-933)

ile ilgili hükümler uygulanırken hem de Cumhurbaşkanlığına bağlı DDK, Başbakanlığa bağlı Başbakanlık Teftiş Kurulu, İçişleri Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu, Maliye Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulu ve diğer bazı bakanlıkların denetim yetkilerinin devam etmekte olması denetim karmaşasına sebep olmaktadır. Yönetmelik denetimi yani dış denetimi gerçekleştirecek olan kuruluşlar varlıklarını halen sürdürmektedirler. Şayet KYTİUHK çıkarılmış olsa idi; bu çerçevede kanuna paralel olarak bütün kamu kuruluşlarının teşkilat kanunlarında gerekli değişiklikler ve düzenlemeler yapılarak iç ve dış denetim sisteminin işlevsel hale getirilmesi kanımızca mümkün olacak idi.

KMYKK ise iç ve dış denetimi düzenlemektedir. BK ve İÖİK'da da iç ve dış denetim ile ilgili düzenlemelere yer verilmektedir. Esasında bu kurallar KYTİUHK tasarısında ön görüldüğü şekilde bundan önce kabul edilerek uygulamaya giren İÖİK, BBK, BK ve KMYKK'na da aynen geçmiştir. İÖİK'nun 37. ve BK'nun 54. maddelerinde yapılan denetim tanımları, KYTİUHK'nun 38. 39. ve 40. maddelerinde yapılan denetim tanımından aynen alınmıştır.

KYTİUHK'unda yapılan denetim tanımının İÖİK ve BK'nunda yapılan denetim tanımlarıyla aynı olması da yerel yönetimler üzerindeki denetiminin esas ilkelerini KYTİUHK'undan aldığını göstermektedir. Denetim kavramı KYTİUHK'unda ifadesini bulduktan sonra diğer kanunlara aktarılmıştır. KYTİUHK'unda denetimin, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, mali ve performans denetimini kapsayacağı, yapılacak iç ve dış denetimin ise, düzenlilik ve performans denetimi şeklinde olacağını, düzenlilik denetiminin de mali ve hukuka uygunluk denetimi olduğu ifade edilmektedir. Aynı düzenlemeler gerek İÖİK'nun 38. maddesinde gerekse BK'nun 55. maddesinde yer almıştır. KYTİUHK'nu denetime yetkili kuruluşları belirtirken iç denetim yapmaya kamu idaresinin yöneticileri veya üst yöneticisinin görevlendireceği iç denetçiler tarafından yapılacağını ifade etmektedir. Gerek KYTİUHK'nunda gerekse yerel yönetimleri düzenleyen 5302 sayılı İÖİK ve 5393 sayılı BK'unda, iç ve dış denetimle ilgili düzenlemeler yapılırken KMYKK'na atıfta bulunmaktadır. KMYKK'na bakıldığında, kamu idarelerinin denetiminin iç ve dış denetim olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.

İç denetim, kendi içinde harcama öncesi denetim ve harcama sonrası denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Harcama öncesi denetimin şu anda henüz kamu idarelerinin yapılarına girmemiş olan mali kontrol yetkilisi tarafından yapılacağı ifade edilmektedir. Kamu idarelerinde kamu mali kontrol yetkilisi kadroların ihdası işlemlerinde ikincil mevzuat çalışmaları halen devam etmekte, hangi idarede, hangi büyüklükteki ödemeler, hangi işler mali kontrol yetkilisinin denetimine bırakılacağı konuları ile mali kontrol yetkilisinin yetiştirilmesi ve

hangi idarelerde mali kontrol yetkilisinin bulunacağı konuları Maliye Bakanlığınca henüz belirlenmemiş, bunlar Maliye Bakanlığı'nın takdirine bırakılmıştır. Harcamalara ilişkin sözleşmelerin harcama öncesi denetimi daha önce Sayıştay'ın elinde bulunmaktaydı. Günümüzde ise bu yetki Sayıştay'dan alınarak mali kontrol yetkilisine verilmektedir⁴².

Harcama öncesi denetimlerin kurumun kendi görevlendireceği mali kontrol yetkilisi tarafından yapılmasında ciddi sorunlar bulunmaktadır. Çünkü yasaların uygulanmasını isteme, güvenlik, çekilme, şikayet, dava açma, sendika kurma hakları ile atama, sicil, izin, gibi özlük hakları üst yöneticilerin elinde olan bir kişinin objektif ve bağımsız bir denetim hizmeti yürütemeyeceği açıkça görülmektedir. Mali kontrol yetkilisi üst yönetici olan vali ya da belediye başkanı tarafından atanmakta ve kendisini atayan bu amirin işlemlerini denetlemesi istenmektedir. Denetim elemanlarının denetlenen kurumdan bağımsız olması kadar bu bağımsızlığın açıkça gözlenmesi de çok önemli olmaktadır⁴³.

Harcama sonrası denetim ise; KMYKK'ndan önce de var olan bir uygulamadır. Bu denetim belediyelerin müfettişleri ve denetim elemanları tarafından yerine getirilmektedir. KMYKK ile bu tür denetimler artık iç denetçiler tarafından yerine getirilmeye başlamıştır. Bunlar yerel yönetim biriminin üst yöneticisi olan vali ya da belediye başkanı tarafından atanacaktır. Henüz iç denetçi uygulamasına fiili olarak geçilmemiş olsa da bir çok büyük belediyede bu hizmet yerine getirilmektedir. Fakat bu hizmetlerin etkin ve verimli bir şekilde yürütüldüğünü söylemek pek mümkün değildir. Bunun içinde merkezi idarenin denetim yetkisi güçlendirilmiş ve bugüne kadar da ağırlıklı olarak merkezi idarenin denetim elemanları tarafından yerine getirilmiştir.

6.3.1. Belediye Meclisleri'nin Denetimi

Yerel yürütme organı idari ve mali açıdan yerel meclisin denetimine tabidir. Her yerel yönetim birimi için söz konusu denetimin nasıl

⁴² İç denetim ile ilgili olarak kanunun ilgili maddesinde ise;” İç denetim, kamu idaresinin çalışmalarına değer katmak ve geliştirmek için kaynakların ekonomiklik, etkililik ve verimlilik esaslarına göre yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız ve nesnel güvence sağlayan danışmanlık faaliyetidir. Bu faaliyetler, idarelerin yönetim ve kontrol yapıları ile mali işlemlerinin risk yönetimi, yönetim ve kontrol süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek yönünde sistematik, sürekli ve disiplinli bir yaklaşımla ve genel kabul görmüş standartlara uygun olarak gerçekleştirilecektir (KMYKK mad. 63).” denilmektedir

⁴³ Tortop (1989), 128-131;Eddison ve Tıkız (1993), 23

gerçekleştirileceği kendi özel yasasında düzenlenmiştir⁴⁴. Mali denetim açısından sorun ele alınacak olursa, bütçenin, kesin hesabın görüşülüp karara bağlanması, bütçede değişiklik ve aktarmalar yapılması, borçlanma kararının verilmesi yerel meclislerin yetkisi içindedir. Özellikle belediyelerde meclislerin denetimi büyük önem taşımaktadır. Meclis denetimi yürütmenin karar ve işlemlerinde mevzuata uygunluğu sağlamanın yanısıra, meclisin siyasi niteliğinin doğal sonucu olarak, yerindeliğin araştırılmasını da olanaklı kılmaktadır⁴⁵.

KMYKK, BBK ile BK'nda Sayıştay'ın ikinci dereceden denetimine yer verilmemiş, ikinci dereceden denetimin il genel meclisleri tarafından yapılacağı, çözüme kavuşturulamayan konular için Sayıştay'a gidileceği şeklinde düzenlemeler yapılmıştır.

Yerel yönetimler demokratik kuruluşlar olduğu için elbetteki bunların nihai denetimini halkın kendisi yapmaktadır. Halk seçimler aracılığıyla bu yetkisini en iyi şekilde kullanabileceği gibi; kamuoyu oluşturarak, siyasi yönetim üzerinde baskı oluşturup bu yetkilerini kullanabilmektedir.

Belediye meclislerinin denetim yetkisi 5393 sayılı yeni Belediye Kanunu ile güçlendirilmiş bulunmaktadır. Belediye meclislerine denetim komisyonu kurma ve kamu kurum ve kuruluşlarından denetim elemanı görevlendirebilme, işin uzmanlarından hizmet satın alabilme yetkileri tanınmıştır. Meclisin denetim yetkisi güçlendirilmiş olmakla birlikte, kanunun denetim komisyonuyla ilgili hükmünün uygulanmasında bazı sorunlar gözükmektedir. Denetimin ihtisas konusu olan, kariyer gerektiren bir meslek olması, özellikle belediye meclislerinin ve il genel meclislerinin yapı itibarıyla buna sahip olmaması nedeniyle belediye meclislerine ve il genel meclislerine, kamu idarelerinin ve kamu kuruluşlarının elemanlarından yararlanma hakkı sağlanmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme meclislerin lehine bir uygulama olmakla birlikte değişik sorunları da beraberinde getirerek, yerel yönetimlerde ciddi sıkıntılara yol açacaktır. Çünkü belde ve ilçe belediyelerinde bu görevlinin görevlendirilip görevlendirilemeyeceği henüz netlik kazanmamıştır. Bu nitelikteki insanların ilçe belediyelerinde özellikle de belde belediyelerinde bulunabilmesi oldukça zor görünmektedir⁴⁶.

⁴⁴ Hamamcı (1990), 185)

⁴⁵ Hamamcı (1990), 186)

⁴⁶ 26 Mart 1989 Mahalli idareler seçimleri sonuçlarına göre belediye başkanlarının öğretim durumu şu şekildeydi: 2361 belediye başkanından 957'si (%41) İlkokul, 731'i (%31) Ortaokul ve Lise, 673'ü (%28) Yüksekokul ve Fakülte mezunuydu (Özhan, 1995:11). 27 Mart 1994 Mahalli idareler seçimleri sonuçlarına göre belediye başkanlarının öğretim durumu ise şu şekildeydi: 2707

İç denetim, iç denetçiler tarafından yapılır. Bu denetim elemanlarının nasıl ve ne şekilde görevlendirileceği, kiminle ve nasıl ilişki kurulacağı gibi konularla her şeyden önemlisi bu uzmanlardan nasıl hizmet satın alınacağı konusu yasada açık bir şekilde hüküm altına alınmadığı ve bu eksiklikler ikincil mevzuatlarla (yönetmelik) da giderilmediği için değişik uygulama ve karmaşaya sebep olacaktır. İhtisas, deneyim ve kariyer isteyen bir meslek olan denetim elemanlarının ne gibi işlere bakacağı, bu denetimin sınırı ve ölçüsünün ne olacağı, ne kadar sürede denetimin yapılacağı hususları henüz açıklık kazanmamıştır. Her meclis kendine göre bir denetim elemanı ve denetim uygulaması standardı getirecektir. Denetim elemanının özelliklerini, ücretini, denetimin süresini, konularını her meclis farklı şekilde uygulayabilecektir.

6.4. Kamuoyu Denetimi

Yerel yönetimler üzerindeki denetim yollarından birisi de kamuoyu denetimidir. Kamu hizmetleri kamuoyunun huzurunda gerçekleştirilmektedir. Yönetmelik kuruluşlar kamuoyunun eğilimlerini dikkate almak, yaptıkları işleri kamu oyuna duyurmak ve açıklamak ihtiyacı duyarlar⁴⁷. Kamuoyu denetiminin doğrudan bir müeyyidesi bulunmamakla birlikte kamu yöneticileri ve özellikle yeniden seçilme arzusunun taşıyan belediye başkanı ve il genel meclisi üyeleri gibi seçilmiş kişiler kamu oyunun göstereceği tepkilere ve belirteceği görüşlere çok önem vermektedirler. Bu nedenle yeniden seçilebilme isteği, hizmette yerellik ilkesi, kamuoyunun takdiri ve görüşleri gibi nedenlerden dolayı kamu yöneticileri açısından çok önem arz etmektedir.

Yerel yönetimlerin asıl görevleri yöre halkının her türlü ortak ihtiyaçlarını en iyi biçimde sağlamak olduğundan yerel hizmetlerin yerine getirilmesi ve bu hizmetlerin gerçekleştirilebilmesi için yapılan harcamaları yerel halkın denetimine sunmaları, bu yönetimlerin mali konudaki sorumluluklarının bir gereğidir. Seçimle gelen yerel yöneticilerin, seçmenleri tarafından mali denetime tabi tutularak, bütçe hakkının sağlanması, demokrasinin vazgeçilmez bir şartıdır⁴⁸.

belediye başkanından 905'i (%33) İlkokul, 910'u (%34) Ortaokul ve Lise, 892'si (%33) Yüksekokul ve Fakülte mezunuydu (Özhan,1995:13). Yüksek öğretim oranlarına yüksekokulların da dahil edildiğini, doğu ve güneydoğu bölgelerimizde aşiret sistemi gibi sosyal nedenlerin var olduğu düşünüldüğünde belediye başkanlarının öğrenim seviyesinin yeterli olmadığı açıktır. Bu nedenle birçok belde belediye başkanının öğretim düzeyi ilköğretim, lise seviyesinde iken üniversite mezunu, kariyer sahibi ve konusuna hakim bir denetmenin bulunarak görevlendirilmesi oldukça zor görünmektedir.

⁴⁷ Gözübüyük ve Tan (2001), 945

⁴⁸ Erdem (1990), 17

Kamuoyu denetiminde yerel yönetimlerin genişliği, ülkedeki siyasi rejim, halkın eğitim ve kültür seviyesi, kitle iletişim araçlarının yaygınlık ve gelişmişlik düzeyi halkın denetimini etkileyen bir unsurdur. Kamuoyu denetiminin etkili olabilmesi yönetimde açıklığın sağlanmasını ve yerel yönetime ilişkin bilgilerin kolayca ulaşılabilir olmasını gerektirir. Kamuoyu denetiminin etkinliği ve kullanılan yöntemler o ülkenin yönetiminin demokratik bir yapıya sahip olup olmaması ile yakından ilgilidir. Demokratik ülkelerde kamuoyu denetiminin en etkili yolu seçimdir. Bununla birlikte görsel ve yazılı basın yolu ile gösterilecek tepkiler de oldukça etkileyici olmaktadır. Mahalli kamuoyunu oluşturan araçların başında basın gelmektedir. Basın, kamuoyunu temsil eden bir vasıta olarak mahalli otorite ile mahalli halk arasında bir tür araçtır. Mahalli basın halkın dilek ve şikayetlerini mahalli yöneticilere duyurduğu gibi, mahalli otoritelerin toplantılarında hazır bulunmak, resmi raporları incelemek, basın toplantıları ve yüz yüze gayri resmi görüşmeler yapmak sureciyle bu idarelerin işleyişini kamuoyuna yansıtabilir⁴⁹. Ancak bu tür bir denetimin yönetim üzerinde etkili olabilmesi için kitle iletişim araçlarının gelişmiş olması gerekir. Böylece kitle iletişim araçları, yerel yönetimler üzerinde etkili bir denetim gerçekleştirebilecektir⁵⁰.

Yerel yönetimler kamuoyunun eğilimlerini dikkate almak, yaptıkları işleri kamuoyuna duyurmak ve açıklamak zorunluluğunu duyarlar. Özellikle yazılı basın bu konuda oldukça etkili bir denetimde bulunmaktadır⁵¹. Ayrıca etkinlikler, kulis faaliyetleri ve çeşitli bildirimlerle gerek mesleki gerekse gönüllü kuruluşların yani sivil toplum kuruluşlarının baskı grubu olarak gösterecekleri tepkilerde yerel yönetimlerin işleyişini etkileme gücüne sahip değişik kamuoyu denetimi unsurlarıdır.

Yerel yönetimler üzerinde halk denetimi kendini önemli bir şekilde hissettirir. Zira yerel yönetimler, mahalli halk tarafından seçilen organlara sahiptir. Yerel yönetimler üzerindeki halk denetimi en etkili şekilde kendisini ancak demokratik bir rejimde hissettirebilir. Yaygın ölçüde kitle haberleşme vasıtalarının mevcut olması ve ülke çapındaki okuma-yazma oranının da yüksek olması gerekir. Eğer bu oran oldukça düşükse basının ya da diğer kitle haberleşme araçlarının fazla bir önemi kalmayacaktır⁵².

Artık şeffaflık, ölçülülük ve hesap verilebilirlik ilkeleri gereğince

⁴⁹ Aslan (1978), 17

⁵⁰ Başbakanlık (1993), 21

⁵¹ SANAL Recep, (2002), Türkiye’de Yönetim Denetimi ve Devlet Denetleme Kurulu, Ankara: TODAİE, 37

⁵² Aslan (1978), 16

özellikle Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde halk, hesapları inceleme, denetleme, denetçiyi sorgulama ve hesaplara itiraz etme hakkına ve yetkisine sahiptir. Bu denetim esnasında, kamunun sağladığı bilgilerin de göz önünde bulundurulması gereklidir (Eddison ve Tıkız, 1993: 33). Demokratik bir ortamda yöneticiler kamuoyunun etkisi altında kalırlar ve daima kamuoyunun görüş ve düşüncelerini öğrenmeye önem verirler. Ayrıca, kamuoyunun da uyanık ve bilinçli olması, denetlemenin etkili olmasında önemli bir unsurdur (Öztürk, 1997:190).

6.5. Manevi Denetim (Özeleştirisi)

Manevi denetim, hali hazırdaki yöneticilerin yeniden seçilebilmek ya da iktidarlarını devam ettirebilmek arzusu ile en iyi şekilde hizmet sunmasını zorunlu kılmaktadır. Yerel yönetim idarecisi olan belediye başkanlarının kendilerinin yapmış olduğu vicdani denetim, parlamento tarafından yapılan siyasi denetimden, hükümetler tarafından yapılan idari denetimden, yargı organları tarafından yapılan hukuki denetimden ve halk tarafından yapılan kamuoyu denetiminden daha çabuk, daha etkileyici ve daha ekonomik olacaktır.

Bu nedenle belediye başkanları yerel nitelikteki hizmetleri yerine getirirken, elinde bulunan sınırlı kaynaklarla en iyi hizmeti, en etkin ve en ekonomik şekilde sunmayı arzularlar. Bunu gerçekleştirirken kendisine yardımcı olan birçok danışman, teknik eleman ve personeli bulunmaktadır. Hatta çevresindeki yakın dostlarından başlamak üzere seçmenlerinin fikirlerinden beslenen kamuoyunun da bu kararlarda etkisi bulunmaktadır. Ancak nihai kararı verecek ve sonuçlarından sorumlu olacak olan belediye başkanlarının kendisi olduğu için bu son kararda vicdani hesaplama, manevi muhasebe her şeyin önüne geçmektedir. Belediyeler halka en yakın hizmet yönetim birimleri olduğu için belediye başkanının almış olduğu bir karara ve yapılan olumlu veya olumsuz her hizmete karşı tepki en kısa zamanda gösterilir. Belediye hizmetleri süreklilik arzeden hizmetler olduğu için bu tür olumlu veya olumsuz tepkilerde sürekli olabilecektir. Bundan dolayı belediye başkanlarının her an hesap vermesi söz konusu olduğu için öncelikle bu hesapları kendi vicdanlarında görmeleri gerekmektedir.

En önemli gelişme bireylerin kendilerini eleştirmeleri ve başkalarından gelecek olan eleştirilere açık olmalarıyla gerçekleşeceği için belediye hizmetlerinde de belediye başkanları gerek öz eleştiriye gerekse dış eleştiriye açık oldukları sürece belediye hizmetlerinde kalite artar, etkinlik ve iktisadilik gerçekleşmiş olur. Bunun için yerel yönetim idarecileri doğru, etkin, rasyonel ve etik hareket etmeyi en onurlu bir hareket olarak görmeli, hesap verebilir olmalı, hemşehrisine hizmet etmekten büyük bir haz duymalı, orada bulunmayı en büyük manevi ödül olarak görmelidir.

7. Sonuç

Avrupa'da yapılan yerel yönetimlere ilişkin düzenlemeler benzer bir şekilde Türkiye mevzuatına da girmiş bulunmaktadır. Denetim ile ilgili düzenlemeler AB uyum yasaları ve uygulamalarına uygun olarak kısmen uyarlanmış, kısmen de uyarlanma aşamasındadır. Hemen hemen her alanda olduğu gibi yerel yönetimlerin denetlenmesi alanında da Avrupa Birliği Müktesebatı ile uyumlaştırma çabalarına ivme kazandırılmalıdır.

Denetim hizmetleri kusur arayan, sorgulayan, hata bulmaya çalışan, cezalandıran bir kamu faaliyeti niteliği taşımamalıdır. Denetim hizmeti; etkin ve verimli bir kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik olması, yöneticilere yol gösterici nitelik taşıması, halkın yönetime katılımını sağlaması, aydınlatıcı olması, performans kriteri olarak değerlendirilmesi, çalışanların verimliliği ve performansını değerlendirme şansı vermesi gibi nedenlerden ötürü tüm birimlerde olduğu gibi yerel yönetimler içinde büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle kaynakların etkin ve verimli kullanımı açısından denetim mekanizması iyi değerlendirilmelidir.

Türkiye'de belediyelerin birçoğunun yapısı iyi bir denetim yapmaya müsait değildir⁵³. Birçok belediyede uzmanlık isteyen, bir kariyer mesleği olarak

⁵³ KMYKK'nun iç denetçinin nitelikleri ve atanması hususunu düzenleyen ilgili maddesine göre denetçinin taşıması gereken belli şartlar vardır. İç denetçi olarak atanacakların, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesindeki ve aşağıda belirtilen şartları taşıması gerekmektedir: a) İlgili kamu idaresinin özelliği de dikkate alınarak İç Denetim Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen alanlarda en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş olmak. b) Kamu idarelerinde denetim elemanı olarak en az beş yıl veya İç Denetim Koordinasyon Kurulunca belirlenen alanlarda en az sekiz yıl çalışmış olmak. c) Mesleğin gerektirdiği bilgi, ehliyet ve temsil yeteneğine sahip olmak. d) İç Denetim Koordinasyon Kurulunca gerekli görülen diğer şartları taşımak." (KMYKK mad. 65)

Ayrıca BK mad. 25'de yapılmış bir düzenlemeye göre İl ve ilçe belediyeleri ile nüfusu 10.000'in üzerindeki belediyelerde, belediye meclisi, her ocak ayı toplantısında belediyenin bir önceki yıl gelir ve giderleri ile bunlara ilişkin hesap kayıt ve işlemlerinin denetimi için kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye sayısı üçten az beşten çok olmamak üzere bir denetim komisyonu oluşturulacaktır. Denetim komisyonu toplantılarına, belediye ve bağlı kuruluşları dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarından görevlendirilenlere (1.000); kamu personeli dışındaki diğer uzman kişilere büyükşehir belediyelerinde (3.000), diğer belediyelerde (2.000) gösterge rakamının Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarda geçmemek üzere, belediye meclisince belirlenecek miktarda günlük ödeme

nitelenebilecek denetim elemanı bulunmamaktadır. Her ne kadar 5393 sayılı Kanununun 25/2 maddesiyle belediye meclisine ve 5302 sayılı Kanununun 17/2 maddesiyle il genel meclisine iç denetim yapabilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarından denetim elemanı talep etme veya bu işin uzmanlarından hizmet satın alma imkanı verilmiş olsa da uzmanlara verilecek ücretin, belediye meclisleri ve il genel meclisleri tarafından belirlenecek olması ilerde farklı uygulamalara sebep olacağı için birçok sıkıntılara yol açacaktır. Belediyeler lehine yapılmış olan bu hüküm eksik kalmış bir düzenlemedir, en kısa sürede ikincil mevzuatlarla bu eksikliklerin ayrıntılı bir biçimde yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü denetim elemanlarına verilecek ücretler her belediye ve il özel idaresinde farklı uygulanabileceği gibi, bu uzmanların niteliğinin ne olacağı görev, yetki ve sorumluluklarının ne olacağı, denetimin ne kadar bir süreyi ve hangi hizmetleri kapsayacağı, denetim raporunun kime, ne şekilde sunulacağı gibi hususlara kanunda açıklık getirilmemiştir. Denetim elemanlarından belirli bir nitelik ve standart aranmadıktan sonra uygulamada birbirinden farklı niteliklere sahip uzmanlar, farklı ücret ve yetkilerle görevlendirilmiş olacaktır. Avukat, yeminli mali müşavir, mali müşavir, doktor, veteriner veya mühendis gibi meslek sahipleri uzman olarak görevlendirilebilecektir.

Ayrıca bir kişinin BK mad. 25’de ve KMYKK mad. 65 de belirtilmiş olan niteliklere sahip ve hem gelir hem de gider konularına hakim vasıflı bir denetçi olabilmesi için en az 5-10 yıllık bir süreçten geçmiş olması gereklidir. Ancak bu şekilde istenilen seviyede konunun uzmanı olabilecektir. Bu durumla ilgili yasal bir düzenleme yapılmadığı gibi ikincil mevzuat olan yönetmeliklerle de bu konuyla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle önümüzdeki süreçte 5393 ile ilgili bazı hükümlerin değişikliği uğrayacağı, ya da ikincil mevzuatlarla birçok eksik konu yeniden düzenlenecek gibi gözükmektedir.

Sayıştay Kanunu’nda, Sayıştay’ın genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini yargılama yoluyla kesin hükme bağlama, kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte yeni düzenlemelerle Sayıştay’ın denetim yetkisinin dernek, vakıf gibi kurumlarda dahil birçok kamu yararı olan tüzel kişilikleri de kapsamı düşünülmemektedir. Bu tip bir düzenleme yapıldığı takdirde yeterli denetim elemanına sahip olmayan Sayıştay gibi bir kurumun bu kadar kapsamlı ve ağır bir sorumluluğun altından kalkamayacağı düşünülerek gerekli alt yapı çalışmalarının hazırlanıp böyle bir düzenlemeye gidilmesi daha

yapılacaktır. Denetim komisyonunun emrinde görevlendirilecek kişi ve gün sayısı belediye meclisince belirlenecektir. Uzman kişilerde aranacak nitelikler belediye meclisinin çalışmasına dair yönetmelikte düzenlenecektir.

akıllıca bir yol olacaktır. Aksi takdirde sadece kanunda Sayıştay'a denetim görevi verilip "bu görevi kendi yapar ve ya yaptırır" gibi muğlak ifadelerle yetkiler tanımlanarak sorunlar çözülemeyecektir. Çünkü böyle bir durumda anayasanın özüne aykırı bir çatışma söz konusu olacaktır. Anayasa'nın 128. maddesinde "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denilmektedir. Denetimin de aynı şekilde devlet memurları ve ya diğer kamu görevlileri tarafından yapılması gereken bir kamu hizmeti olması nedeniyle kamu memuru ya da kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından yapılması anayasaya aykırı bir uygulama olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR Abdurrahman, (1993) "Denetim Nedir ve Nasıl Olmalıdır?", **Denetim Dergisi**, Yıl: 8, Sayı: 80, Mart- Nisan 1993
- ALTUĞ Figen, (2000), **Mali Denetim**, Bursa: Ezgi Kitabevi Yayınları
- ASLAN Süleyma, (1978), **Türkiye'de ve İngiltere'de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi**, Ankara: AİTİA Yayın No: 109
- BAŞBAKANLIK TOKİ IULA EMME, (1993), **Türkiye'de Yerel Yönetim Sisteminin Geliştirilmesi**, İstanbul: Kent Basımevi
- EDDISON Tony ve TIKIZ Cenk, (1993), **Yerel Yönetimde Denetim**, İstanbul: Kent Basımevi
- ERDEM Behiç, (1990), "Sayıştay'ın Belediyeler Üzerindeki Denetimi" **Sayıştay Dergisi**, Sayı:2,1990
- EROĞLU Hamza, (1974), **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara: Sevinç Matbaası
- FALAY Nihat ve diğerleri, (1998), **Belediyeler'de Mali Yönetim**, İstanbul, TESEV
- FRIEDRICH EBERT VAKFI, (1995), **Türkiye'de Kamu Harcamalarının Denetimi**, İstanbul: Friedrich Ebert Vakfı Yayını
- GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut, (2001), **İdare Hukuku**, Cilt:1, Güncelleştirilmiş 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi
- HAMAMCI Can (1990) "Mahalli İdarelerin Denetim Fonksiyonu" **1990 Yılına Girerken Türkiye'de Denetimin Etkinlik ve Verimliliği Sempozyumu**, Ankara: Maliye ve Gümrük Bakanlığı APKK Yayın No: 1990/308.

KIRIŞIK Fatih ve SEZER Özcan, (2006), Türk Anayasalarında Yerel Yönetimler, **ÇYYD**, Cilt: 15, Sayı: Nisan 2006,5-30

KARANFILOĞLU Ali Yasin, (2000), Yerel Yönetimlerin Denetimine İlişkin Genel Esaslar ve Denetlenme Şekilleri, **ÇYYD**, Cilt: 9, Sayı: Nisan 2000, 70-71

KARATEPE Şükrü, (1995), **İdare Hukuku**, İzmir

ONAR Sıddık Sami, (1952), **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul: Marifet Basımevi

ÖZHAN Hasan, (1995), **1989-1994 ve 1994-1999 Dönemi Belediye Başkanlarımız: Partileri, Eğitim-Meslek ve Ödenekleri**, Ankara: TBD Yayınları

ÖZTÜRK Azim, (1997), **21. Yüzyıl Türkiye'si için Yerel Yönetim Modeli**, İstanbul: Ümraniye Belediyesi Kültür Yayınları

SANAL Recep, (2002), **Türkiye'de Yönetimsel Denetim ve Devlet Denetleme Kurulu**, Ankara: TODAİE

TBD-KAV ,(1996), **Avrupa'da Yerel Yönetimler Üzerinde Denetim ve Türkiye Uluslar Arası Konferans**, 5-6 Aralık 1996, Ankara: TBD-KAV Yayınları

TORTOP Nuri ve İSBİR Eyüp G., (Ty), **Yönetim Bilimi**, Ankara: Bilim Yayınları

TORTOP Nuri, (1974), "Yönetimin Denetimi ve Denetleme Biçimleri", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:7, Sayı: 1, Mart 1974

TORTOP Nuri ,(1989), **Personel Yönetimi**, Ankara

TORTOP Nuri, (1996), **Yerel Yönetimler Maliyesi (Görev ve Kaynak Bölüşümü)**, Ankara: TODAİE Yayın No: 263

UÇAR Demirkan ,(1977), **Kamusal Mali Denetim**, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı No: 172-1977, Ankara: Damga Matbaası

ÜNLÜ Halil, (1993), **Yönetimler Arası İlişkiler**, Ankara: TC Başbakanlık TOKİ IULA EMME

YILDIZ Nihat, (1998), **Türkiye'de Belediyelerin Dış Yönetimsel Denetimi**, Ankara: İB MİKD Yayın No: 4

İSVEÇ İDARE HUKUKU

Dr. Müslüm AKINCI*

ÖZET

Çağdaş İsveç idare hukuku Kıta Avrupası (Fransız ve Alman) hukuk sistemlerinin temelleri üzerine yapılanmıştır. Kamu hukukunun kökenleri 17. yy. başlarına kadar uzanır. İsveç anayasal monarşili üniter bir siyasal siteme sahiptir. Yasama organı tek meclisli olup, parlamenter bir yönetim modeli geçerlidir.

Düşünce ve ifade özgürlüğü demokratik yaşamın temelini oluşturmaktadır. Bütün yurttaşların siyasal, dinsel, kültürel veya öteki ilişkilerinde kimliklerini açığa vurmaya zorlanmaya karşı koruma sağlanmaktadır. Kamu hizmeti hem merkez, hem de yerel yönetimler tarafından sağlanır. Yerel yönetimler, kamu idaresinin %70'ine karşılık gelir. Merkez yönetimi dış politika, savunma, adalet ve sosyal güvenlik hizmetlerini sunarken; yerel yönetimler sosyal yardım, eğitim, sağlık hizmeti ve kamu sağlığı gibi yerel ve genel ihtiyaçların karşılanmasına çalışır. İdari otoritelerin ve kamu görevlilerinin konumu öteki ülkelere oranla daha bağımsızdır. Kamu görevlilerinin ücret ve çalışma koşulları büyük ölçüde iş hukuku hükümlerine göre yürütülür.. İsveç sosyal refah ve sosyal hakların hukuksal düzenlemesi konusunda önde gelen ülkelerin arasında yer alır. İdari yargı, idarenin işlemlerine karşı yapılan başvuruları ele alır. Üç katmanlı idari yargı, idari işlemlerin "hukuka" ve akla uygunluğu"nu denetler. Son yıllarda İsveç hukuk düzeni Avrupa ile uyum sürecinde yapısal önemli değişiklikler geçirmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: anayasal monarşi, şeffaflık, sosyal refah devleti, kamu denetçisi, kamu görevlisi, ayrımcılık yasağı

SWEDISH ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Modern Swedish administrative law has been constructed on the basis of dominating continental (French and German) legal system. The origins of (modern) public law go back to early years of the 17th century. Sweden is a

* Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

unitary state with a constitutional monarchy. It has a unicameral legislature and the system of government is parliamentary.

All citizens are protected in their relations with the public administration against all coercion to divulge an opinion in any political, religious, cultural or other similar connection. Public administration is carried out not only by the State but also by municipal authorities. Municipal self-government embraces over 70% of public administration. The state administers mainly foreign policy, defence, the judicial system and the social security system. The local governments are responsible for not only their own economy and utilities but also, social assistance, the entire school system, the medical care and public health. Public authorities and civil servants in Sweden have a more independent position than in other countries. Salaries and conditions of employment for public servants have been largely governed by labor law. Sweden is regarded as a leading country in the field of social welfare policy and social legislature. The task of the administrative courts is to hear appeals against the decision of the administrative authorities. Three levels of administrative court are entitled to judicial review of the “legality” and “reasonableness” of administrative acts. Today the Swedish legal system is going through a number of major changes as a direct consequence of the establishment of closer links with Europe.

KEY WORDS: constitutional monarchy, transparency, social welfare state, ombudsman, public servants, non-discrimination

1. Anayasal Yapı

İsveç anayasal monarşiye dayalı üniter bir devlettir. Bir yandan temsili parlamenter rejim, diğer yandan giderek güçlenen yerel yönetim yapılanması ile ‘halk iktidarı’ pratikleri bakımından dikkate değer özellikler taşımaktadır.

İsveç’te bugün yürürlükte olan anayasal demokrasi yapılanması otokratik bir yapıdan, meşruti monarşiye geçiş süreciyle olmuştur.¹ XIV. yy’dan bu yana Kralın mutlak iktidarına son verilmiş, yazılı bir anayasa ile yetkiler sınırlandırıldığı gibi başka makam ve kişilerle de kullanılmaya başlanmıştır.

¹ **Petersson, Olof – Beyme, Klaus von – Karvonen, Lauri – Nedelmann, Birgitta – Smith, Eivind** (1999), **Democracy the Swedish Way**, Stockholm: SNS Förlag, s. 53 vd.

Kralın yetkileri ne tek başına verasete, ne geleneklere ne de Tanrı'nın lütfuna dayanıyor.²

XVII. yy'ın başlarından itibaren hukuk, siyaset ve ticaret alanında kıt'a Avrupası'ndan yoğun biçimde etkilenme sözkonusudur. Büyük monarklardan Gustavus Adolphus ve Christina tahtta olduğu dönemlerde, iyi eğitilmiş elitlerden yararlanmıştır. Bu dönemlerde monark ile parlamentonun karşılıklı işbirliği ve işbölümüne dayalı bir anayasal metinde mutabık kalınmıştır. 1860'larda bazı siyasi ve askeri kriz ertelerinde Fransa'nın baskısı ve yönlendirmesiyle mutlak monarşiye geçilmiştir.³ 1720'de Büyük Kuzey Savaşı'ndan sonra yazılan yeni anayasada parlamentonun yapısı güçlendirilmiştir. Fakat yeni anayasa bir kaos riski olarak görülmüş, erkler ayrılığına geçilmiştir.⁴ Napolyon döneminde 1809'da yeni bir anayasa yapılmıştır. Bu anayasa da siyasi bir krizin ürünüdür. Fransız deneyimiyle güçlü iktidar ve ülkenin birliği - dirliği için merkez yönetime ağırlık veren bir düzene geçilmiştir. Kraliyet genel idari ve temsili makam olarak yerini almıştır. Farklı gruplara mensup olanların, farklı ayrıcalıkları bulunuyordu. Asalet bazı vergi ayrıcalıkları sağladığı gibi, mülkiyetin bazı kısımlarından sadece o sınıfın yararlanmasına olanak veriyordu. Sanayi, ticaret ve üretim sıkı bir hukuksal rejime tabiydi. Burjuva sınıfının geniş hakları vardı. Üretimde kalite güvencesi ve aşırı üretimden sakınmaya yönelik kurullar getirilmişti. İdareye toplumsal yaşamın pek çok alanını düzenleme yetkisi verilmişti.

Normatif yapı son derece karmaşık ve katıydı. İdari etkinliklerden doğan uyuşmazlıklar kolejiyal esaslara göre kurulmuş olan değişik kurullar aracılığıyla karara bağlanıyordu. XVII. yy'da kararlar bir dizi görüşmeden sonra alınmaktaydı. Başlıca kurullar Şansölye, Kraliyet Yargı Kurulu, Harp İdaresi, Amirallik, Tecim Kurulu, Madencilik Kurulu'dur. Bu dönemde her bir il'de (bölge) güçlü bir idari kurul veya bölge idaresi (*länsstyrelse*) kurulmuştur. Bu idareler pek çok bakımdan Yüksek Mahkeme'ye benzemektedir.

² İsveç halkı, bu çağda Krallık makamının varlığını ve gerekliliğini zaman zaman tartışıyorlarsa da, cumhurbaşkanlığı gibi ayrı bir örgüt kurduklarında nasıl olsa buna daha büyük bir bütçe ayıracaklarına; hem geleneklerine olan bağlılıklarının bir göstergesi, hem de rasyonel bir tercih nedeniyle şimdilik bu makamın devamını yeğliyorlar.

³ **Jägerskiöld**, Stig (1988), "*CH.3. Administrative Law*", **An Introduction to Swedish Law** (Ed. By. Stig Strömholm), Stockholm: NORSTEDTS, s.79 vd.

⁴ **Nyman**, Olle, (1976), "*Constitutional Law – Social Research and Jurisprudence*", **Acta Universitatis Upsaliensis 500 Years**, Uppsala: Faculty of Law, s.181

XVIII. yy'da adli yargıya paralel biçimde pek çok idari yargı teşkilatı kurulmuştur. Malî mahkeme, eklektik mahkeme, postacılık, gümrük, zanaat, madencilik ve sanayi; üniversite öğretim üyeleri ve öğrencileri için özel yetkili mahkemeler bunların başlıcalarıdır. Adli yargı yerlerinin idari yargı ile aynı konuda karar vermesi yasaklanmıştır. İdari bir işlemde menfaati zarar gören kişinin üst idari mercilere ve Kraliyete başvurma (itiraz etme) hakkı vardı. Üst mercinin idari işlemleri iptal etme veya değiştirme yetkisi vardı.

İsveç hukuk sisteminin büyük bir kısmı Aydınlanma Dönemi'nin ürünüdür. Bu dönemde kabul edilen yasal düzenlemeler hukuk güvenliği konusunda önemli kazanımlar getirmiştir. Bunlar arasında ilk dikkati çeken kamu görevlilerinin kadro güvenceleridir. Hukuk güvenliği memurlara olduğu kadar, bir bütün olarak idareye ve yurttaşlara da verilmiştir. XVIII. yy'da kabul edilip 1809 Anayasası'na (36.m) da geçirilmiş olan bu ilkeye göre, kamu görevlilerinin idare tarafından keyfi biçimde azledilemeyeceği kabul edilmiştir. Özellikle yargıçlar ve üst düzey kamu görevlileri için bu güvence daha belirgin biçimde sağlanmıştır. Kamu görevlileri bir hüküm giymediği sürece ücret ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamaz. Özellikle yargıçların yürütme erkinden etkilenmeden bağımsızlık ve tarafsızlık içinde görev ifa edebilmesi için bu güvence anayasaya da eklenmiştir. Kamu görevlisi olarak atanma ve terfi koşulları da sıkı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Özellikle terfi objektif koşullara bağlanmıştır. Kamu görevlilerinin terfiinde siyasi veya ekonomik ya da kişisel özellikler değil, mesleğindeki yetkinlik göz önünde tutulmaktadır. Beri yandan görevden azledilmezlik, yetkide sorumluluğa karşılık gelmektedir. Kamu görevlisinin ihmal içeren bir tutumu bile sorumluluk nedeni olarak görülmektedir. Görevi kötüye kullanma durumunda ceza kovuşturmasının önü açılmıştır. Ceza sorumluluğunun aynı zamanda tazminat sorumluluğu doğuracağı kabul edilmiştir.⁵

1809 devriminden sonra parlamentoya idareyi kendi adına denetleyebileceği üst düzeyli bir kamu görevlisini atama yetkisi verilmiştir. Buradan ünlü ombudsmanlık kurumu doğmuştur. Aynı zamanda yargı idaresini de denetleyen ombudsman, geniş araştırma yetkisiyle zamanla güçlenerek bütün dünyaya esin kaynağı olmayı başarmıştır.

Günışığında yönetim ya da şeffaf idare, temellerini XVIII. yy'da bulur. 1766 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası'nda her İsveç yurttaşının kamusal belgelere ve bilgiye erişim hakkının olduğu kabul edilmiştir. Bunun istisnası Sır Kanunu'nda belirtilmiştir. Burada diplomasi, savunma, kamu girişimi, tıbbi

⁵ **Bramstang**, Nils (1989), *"The Legal System of Sweden"*, **Modern Legal Systems Cyclopedia**, (Gen.Ed. Kenneth Robert Redden), New York: William S. Hein & CO Law Publishing, 4.200.10.

tedavi, özel yaşam alanı gibi konular “sır” olarak değerlendirilmiştir. Bunun dışında kural olarak kamunun elinde bulunan her bilginin kamu ile paylaşımı (ya da paylaşımına açık tutulması) gereği kabul edilmiştir. Bu konuda başvurusu reddedilen kişiye üst mercilere ve idari yargı yerine itiraz hakkı da tanınmıştır.

Fransız Devrimi ve sonrasında gelişen liberalizmin etkileriyle İsveç idare hukukunda kırılmalar başlamıştır. Bu dönemlerde pek çok ayrıcalık kaldırılmıştır. 1866’da parlamentonun yapısı değiştirilerek serbest seçimlere geçilmiştir. Çağdaş anlamda yerel yönetimlerin ilk temelleri de bu dönemde atılmıştır. Liberalizmin doruğunda devletin aktif görevleri görece azaltılmıştır. Bu yüzden idareye çok fazla başvuru ihtiyacı olmadığından, yargının işyükü de son yüzyıldaki kadar değildir. Vergiler çok düşük tutuluyordu. Bırakınız yapsınlar/geçsinler ilkesi sosyal politikanın baskın niteliğini oluşturuyordu. İdari usul ve idari denetim konuları üzerinde çok fazla durulmuyordu. Ombudsman sadece mahkemeler ve yargıçlarla ilgileniyordu. Pek çok idari işlem hakkında üst mercie (genelde valilik) itiraz edildikten sonra yargıya başvurulabiliyordu. İdare hukuku öğretisi devlet yönergelerinin (yönetmelik, genelge, emirname şeklindeki idarenin genel düzenleyici işlemleri) yorumuna odaklanıyordu. Bu dönemde pek çok idari otoritenin yapısında belirgin değişiklikler yapılırken, adli yargı düzeninin yargı yetkisi de genişletilmiştir. Daha önceleri idari otoritelerin veya idare mahkemelerinin baktığı uyuşmazlıklar, adli mahkemelerin yetkisine dahil edilmiştir. 1850’den sonra kamu görevlilerinin ücret ve tazminat/ceza sorumluluğuna ilişkin davalar adli yargı yerince görülmeye başlanmıştır. Bu bir anlamda yurttaşla idare arasındaki sözleşme benzeri bir ilişkiyle tanımlanıyordu.⁶

İdarenin sorumluluğu ve faaliyet alanı genişledikçe durum değişmeye başladı. Yeni bir ekonomi ve sanayi politikası, yüksek düzeyli bir refah düzeni, çağdaş bir yerel yönetim yapılanması ve vergilendirmedeki hızlı değişim etkili bir idari teşkilatın kurulmasını zorunlu kıldı. Yeni yapılanma, yeni bir denetim anlayışını da getirdi. Artık daha ayrıntılı normatif düzenlemelere ihtiyaç duyuluyordu.

XIX. yy’da Kıta Avrupası’nın ve özellikle Fransız Danıştay’ının içtihat kültürü yakından incelenmiş ve izlenmiştir. İzleyen süreçte Alman hukuk kültürü de yakın takibe alınmıştır. Almanya ve Fransa’ya giden İsveçli hukukçular sadece özel hukuk değil, aynı zamanda kamu hukuku ile de yakından ilgilenmişlerdir. Georg Meyer, Laband ve Otto Mayer İsveç’te bilinir olmuş; keza Fransız idare hukukçularından Hauriou, Barthélemy ve Jéze’nin de artık adından sık sık söz edilmiştir. Bu dönemde yeni hukuk kavram ve kurumları literatüre girmiştir.

⁶ Jägerskiöld, 1988, 85

Kıta Avrupası'nın etkisiyle idari yargılama hukukunda da önemli yenilikler yaşanmıştır. Fransa tipi bir Danıştay modeli İsveç'in dikkatini çekmiştir. 1840-1860 yıllarında Fransız modeli esas alınarak *Conseil d'État* benzeri bir mahkeme (*Regeringsrätten*)'nin kurulması yönünde çalışmalara başlanmıştır.

1.1. Normatif Kurumlar

İsveç XIV. yy'ın ortalarından beri yazılı anayasaya sahip bulunmaktadır. Ancak tek bir anayasa metni değil, anayasal değere sahip dört normatif kurum bulunmaktadır: Basın Özgürlüğü Yasası (*Tryckfrihetsförordningen*, TF), İfade Özgürlüğü Yasası (*Yttrandefrihetsgrundlag*, YGL), Devlet Teşkilat Yasası (*Regeringsformen*, RF), ve Veraset Yasası (*Successionsförordningen*, SO). Sonuncusu sadece Kraliyetin hakları ile ilgili iken, geriye kalan üçü önemli temel hak ve özgürlükleri güvencelemektedir.⁷

1810 tarihli Halefiyet (Veraset) Yasası *Bernadotte* Ailesi'nin İsveç krallığındaki haklarını ve veraset konularını düzenler.⁸ Yasa'da tanımlanan Kral ya da Kraliçe devletin başıdır. Yasa'da kendisine verilmiş olan bazı yetkiler geleneklerle kullanılmaktadır. 1974 tarihli RF değişikliğiyle Kralın neredeyse bütün siyasi yetkilerine son verilmiştir. Şu sıralar kraliyet sadece devlet protokolünde sembolik bir temsiliyet makamı durumundadır. Tabii uluslararası hukuktan doğan geleneksel yetkilerin de krallığın uhdesinde kaldığını söylemek gerekir.⁹

Devlet Teşkilat Yasası (RF)¹⁰ çağdaş bir normdur. 1809 tarihli Yasa, 1974'de yapılan köklü değişikliklerle günün ihtiyaçlarına uyarlanmıştır. RF, devlet örgütlenmesinden çok yönetim düzeninin genel ilkelerini ve temel özgürlükleri düzenlemektedir.

⁷ **Vogel**, Hans-Henrich, (2000), “*Sources of Swedish Law*”, **Swedish Law in the New Millennium**, (By. M. Bogdan), Stockholm: Norstedts Juridik, s.65 vd.

⁸ Bu Yasa'da, 1979'da yapılan değişiklikle Kralın kız ve erkek çocukları arasında haklarda eşitlik kabul edilmiştir.

⁹ **Regnemalm**, Hans, (1991), **Administrative Justice in Sweden**, Stockholm: Juristförlaget, s.12

¹⁰ Teşkilatı Esasiye, ya da *the Instrument of Government*

Aslında geçmişi 1977'nin başlarına uzanan 1949 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası (TF)¹¹ yazılı basın kurumu ile ilgili konuları ayrıntılı biçimde düzenler. Hür bir basın, özgürlükçü bir toplumun temeli olarak algılanır. Basın özgürlüğü İsveç demokrasisinin ve toplumsal yaşamın temelidir. Halkın haber alma hakkının bir uzantısı olarak bilgi ve belgelere erişim hakkı da bu kapsamda güvence altına alınmıştır.¹²

Bunların dışında Parlamento Kanunu (*Riksdagsordningen*), Parlamento'nun teşkilatlanması ve çalışmaları ile ilgili konuları düzenlemektedir. Bu yasa da diğerleri gibi önemi nedeniyle ancak nitelikli çoğunlukla değiştirilebilir.

1.2. Halk İktidarının Anayasal Temelleri

İsveç Anayasası "halk egemenliği" ilkesine dayanır. "Bütün kamusal yetkinin kaynağı halktır" (RF Böl. I, m.1) deyişi bunun açık kanıtıdır.¹³ Ancak bu, yetkinin doğrudan halk tarafından kullanılacağı anlamına gelmez. Danışsal nitelikteki referandumlara zaman zaman başvurulmakla birlikte bu, "ortak bir ruh halini" yansıtmaktadır. İsveç demokrasisi düşünce ve ifade özgürlüğü ile serbest, genel ve eşit oy esasına dayalı temsili parlamenter bir rejime sahiptir. Halk, egemenlik yetkisini seçmiş olduğu temsilcileri aracılığıyla meşru araç ve yöntemlerle kullanır.¹⁴

Düşünce özgürlüğü RF 2. Bölüm'de güvence altına alınmıştır. Basın özgürlüğü ve kamusal belgelere erişim hakkı (bilgi edinme hakkı) bu özgürlüğün bir tamamlayıcı parçası ve uygulama aracı olarak görülür. Anayasadaki bu düzenlemeler düşüncenin özgürce biçimleniş ve aktarılış koşullarının iyileştirilmesini de güvence altına alır.

RF 3. Bölüm'de "genel ve eşit oy ilkesi" düzenlenir. Orantılılık esasına dayalı, her oy'un eşit ağırlıkta kabul edildiği bir sistem öngörülmektedir. Eşit ve genel oy ilkesi aynı zamanda yerel ve bölgesel seçimlerde de geçerlidir.¹⁵

¹¹ 1949:105

¹² http://www.sweden.se/templates/cs/FactSheet_16127.aspx

¹³ Regnemalm, 1991,14

¹⁴ Cameron, Iain, (1997), "Sweden", **European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights**, Netherlands: Kluwer International, s.218

¹⁵ İsveç'te genel oy ilkesi 1921'de kabul edilmiştir. 1909 tarihli seçim yasası yalnızca erkek seçmenlere oy hakkı tanırken, 1921'de bu hak kadınlara da tanınmıştır. II. Dünya Savaşı'ndan sonra "demokrasi" İsveç yönetiminin baskın karakterini oluşturur. 1951'de de inanç özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Yeni

Temsili demokrasinin birincil düzeyde kurumu parlamento (*Riksdag*)'dur. Yerel ve bölgesel düzeyde ise halk yine kendi seçtiği kurullarla temsil edilir. Parlamantonun çalışmaları RF Böl.3 ve 4'de ayrıntılı biçimde düzenlenmiş durumdadır. Kaynağını Anayasa'dan almayan hiçbir devletsel yetki kullanılamaz. Anayasayla tanımlanmış olan bu yetkinin kapsam ve kullanım biçimini Parlamento belirler. İsveç Anayasası korporatif yönetim modelini reddeder. Sendika veya iyi derecede örgütlenmiş çıkar grupları ekonomik ya da sosyal pek çok konuda etkili olmakla birlikte, bunlar yapılanma ve işleyiş yönünden sınırlı yetkilere sahiptirler. Ancak kamusal yaşamın etkili aktörleri olan bu türden örgütler "kamusal yetki" kullanamazlar. Siyasal partiler, demokratik yaşamın temel öğelerinden sayılır.¹⁶

Parlamento, hükümetin kaynağı ve denetim organıdır. Siyasal iktidar aynı zamanda parlamentoya karşı sorumludur. Kraliyetin hükümetle ilişkileri geleneklere göre yürütülmektedir. Parlamento'da 349 üyenin çoğunluğu (175 milletvekili) Meclis Başkanı'nın önergesi doğrultusunda oy kullandığı takdirde Başbakan hükümeti kurmakla görevlendirilmiş olur. O da kabineyi oluşturur. Kabinede görev alan bakanlar normalde parti kimliğiyle görevini yerine getirirler. Bakanlar görevi süresince Parlametodaki görüşmelere katılabilir fakat oy kullanamazlar. Bir bakan başbakan tarafından veya parlamentoca (güvensizlik oyu ile) görevinden alınabilir. Başbakanın talebi üzerine parlamento başkanı istifasını kabul eder.¹⁷

tarhli RF 1. maddesinde İsveç demokrasisinin düşüncenin serbest ifadesi üzerine kurulduğu, genel ve eşit oy ilkesinin kabul edildiği belirtilmektedir. Düşünce özgürlüğünün kullanımı 1949 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası ile 1991 tarihli İfade Özgürlüğü Yasası'nda tanımlanıp güvencelenmiştir. İfade özgürlüğünün her türden iletişim aracılığıyla kullanılabilceği kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasal reformların sürekli bir dinamizmle devam ettiğini de belirtmek gerekir. 1976 ve 1979 reformları ile RF'de yapılan değişikliklerle temel hak ve özgürlükler daha güvenceli duruma getirilmiş; 1994 değişikliği ile AB'ne katılım olanağı sağlanmıştır. Bkz. www.sweden.se "The Swedish System of Government", erişim tarihi 10.10.2008

¹⁶ Bull, Thomas, (1999), "Constitutional Issues in Sweden" 5 **European Public Law**, Kluwer Law International, s.210

¹⁷ Hükümet çekildiğinde parlamento başkanı parti liderleri ve üç grup başkanı ile görüşür ve bir aday önerir. Parlamento genel kurulunda üyelerin yarısından çoğunun oyu ile bir öneri kabul edilirse önerilen adaya hükümeti kurma görevi verilir.

Yerel yönetimler demokratik yaşamın yerel düzeydeki en önemli kurumları olarak anayasada yerini almışlardır. RF Böl.1, m.7'ye göre belediyeler ile (bölge) il idarelerinde kararların “seçilmiş kurullar” aracılığıyla alınması esastır. Halk, bölge ve belediye meclislerinin üyelerini seçer, temsilciler de kendini seçen halk adına karar yetkisini kullanırlar. Benzer bir temsil yöntemi devlet kiliseleri bakımından da geçerlidir, fakat burada biraz karmaşık bir düzenleme söz konusudur.

Hukukun üstünlüğü (*État de droit*) ilkesi yerel yönetimlerde olduğu kadar merkez yönetiminde ve parlamento faaliyetlerinde ana motivasyon kaynağıdır. Riksdag yasa yapmasına ve dilediği yasaı değiştirebilmesine karşın, yasama faaliyetlerinde hep bu ilkeyi göz önünde bulundurur. Bir yasa yürürlükte olduğu sürece bu yasama, yürütme ve yargıyı bağlar. Kamusal yaşamda dikkate alınması zorunlu görülen bir diğer ilke ise “nesnellik ilkesi” (*objectivité*)’dir. Buna göre yargı yerleri ve kamu idareleri bütün etkinliklerinde hukukun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak, nesnellik ve tarafsızlık (*rättvisa*) içinde muamelede bulunmak zorundadır. Eşitlik fikri toplumun tabanına kadar yayılmış, içinde son derece duyarlılıklar barındıran bir konudur.¹⁸ Bireylere eşitsiz davranmak söyle dursun, eşitsizlik hissi yaratacak şekilde davranmak bile hak arama mekanizmalarını harekete geçirmeye yetmektedir.

1.3. Kuvvetler Ayrılığından İşlevler Ayrılığı ve İşbölümüne

İsveç hukuk geleneğinde 1809 tarihli RF, Montesquieu’nun öğretisinden esinlenerek erkler ayrılığını kabul etmiş; 1974 tarihli yeni RF’de bu işbölümü’ne dönüşmüştür. Yeni Anayasa’da karşılıklı denge ve denetime dayalı bir işlev farklılaşması önplana çıkarılmıştır. Ancak zaman zaman işlevler ayrılığının bir çeşit “güç oyununa” dönüştüğüne de tanık olunmaktadır.¹⁹

349 üyeli Riksdag’nın esas olarak dört işlevi bulunmaktadır: Yasa çıkarmak, vergi koymak, kamu harcamalarına karar vermek ve hükümeti denetlemek. Uluslararası dış politikanın belirlenmesinde de parlamentonun rolü yadsınamaz. Uluslararası bir anlaşma imzalanacağı zaman, eğer bu anlaşma yürürlükteki mevzuata bir değişiklik getiriyorsa, anlaşma Parlamento’nun yetki alanına dâhil olan bir konuda ise o takdirde bu anlaşmanın yürürlüğe girmesi Parlamentonun onayına bağlıdır.

¹⁸ **Carlson**, Laura, (2007), **Searching for Equality: Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK, and US Law**, Uppsala: Iustus, s.2 vd.

¹⁹ **Nergelius**, Joakim, (2000), “*Constitutional Law*”, **Swedish Law in the New Millennium**, (Ed. M. Bogdan), Stockholm: Norstedts Juridik, s.66

Hükümet bütün politik kararlarında parlamentoya karşı sorumludur. İdare, Parlamento'nun belirlediği sınırlar içinde faaliyetini yürütür. Yasama organı yürütmenin işlevsel alanını genişletebileceği gibi, daraltabilir de. Neredeyse önemli yasa tekliflerinin tümü hükümetten gelir. Bütçe konusunda da yasama organının öngörülleri doğrultusunda harcama yapılır. Yapılan harcamalar Riksdag tarafından yetkili organlar aracılığıyla denetlenir. RF Böl. 11'e göre yönetimin yapılmasında hükümet önemli yetkilere sahiptir. Siyasi iktidar aynı zamanda yargıç ataması ve idari otoritelere üye ataması gibi yetkiler de kullanır. Bakanların kolektif sorumluluğu bulunmaktadır.

2. İdare

“İdare” (*förvaltning*) kavramı geniş bir anlam içerir. Merkezi ya da yerel yönetimlerin uzantısı şeklindeki idari örgütler olduğu gibi, merkezden ya da yerel yönetimlerden bağımsız idari birimler de bulunmaktadır. Toplumsal değişim sürecine bağlı bir yenilenme sözkonusudur. RF'de adı geçen Adalet Şansölyesi ve Başsavcılık Makamı'nın yanı sıra merkezi idari otoriteler ve bölgesel idari birimler de faal idare olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Hükümet devlet idaresinin (yürütmenin) hiyerarşik başı ve bazı durumlarda ilk ve son başvuru mercii olmasına karşın idari otorite olarak görülmemektedir. RF 11. Bölüm'de (6.m) devletsel idari otoritelerin hükümetin uzantısı oldukları belirtilmektedir (*Sveriges Riksbank* gibi doğrudan parlamento ile ilişkilendirilmiş idari organlar istisna). Üst'lük gereğince hükümet genel düzenleyici işlem yaparak alt idari birimlerin çalışmalarını düzenleyebilir. Yargı yerlerinden farklı olarak, idari birimler ilke olarak Hükümetin genel siyaseti ile uyumlu çalışmak zorundadır. Sadece normatif düzenlemelere uymakla kalmayıp aynı zamanda belli genel düzenleyici işlemlere de uygun iş görmeleri gerekmektedir.²¹ Ancak RF Böl.1, m.7'ye göre ne Parlamento ne de başka bir merci, kamu yetkisinin kullanımında idareye belli bir konu ile ilgili olarak (yasanın nasıl uygulanması gerektiği hakkında) emir ve talimat veremez. Bu ilke, karar vermeye yetkili siyasi kurullar için de geçerlidir. Böylece İsveç hukuk geleneğinde hukuk güvenliği bakımından duyarlı bir konumda olan idareye karar serbestisi tanınarak, onun sorumluluğu göğüsleyip özgüven kazanmasına olanak verilmektedir. Hükümet özne işlemlerin dışında genel düzenleyici işlem aracılığıyla idari işleyişi yönlendirebilir. Burada daha çok yurttaşların siyasi iktidar karşısında hak ve özgürlüklerinin zarar görmemesi amaçlanmaktadır. İdarenin kusuru, tazminat sorumluluğunu doğurur. Bu sorumluluk nedeniyle belli ölçüdeki karar özerkliği idarenin eylem ve işlemlerinde daha dikkatli davranmasına neden olmaktadır.

²⁰ Regnemalm, 1991, 20

²¹ Regnemalm, 1991, 26

2.1. İdari Örgütlenme

İsveç devlet idaresinin örgütsel yapısı ve işlev bölümü bazı özellikler taşır. Her şeyden önce siyasi karar mekanizması ile yürütme mekanizması arasındaki belirgin ayırım dikkati çeker. İşlevler ayrılığının ve işbölümünün yatay ve dikey boyutları vardır: Dikey işlevler ayrılığı gereğince, (İsveç tekçi bir devlet olmasına karşın) siyasa belirleyici ana organlar parlamento ve hükümet olmasına karşın, pek çok siyasi karar yerel düzeyde yürütülür. Bazıları da merkezin taşra uzantısı olarak bölge esasına göre ayrılmış il idare kurulları aracılığıyla yaşama geçirilir. Bu merkezi karar / âdemi merkezci uygulama ayrımı İsveç'te anayasal tarih ve siyasi pratiğin bir sonucudur.

Yatay boyutlara bakıldığında, alınan kararların uygulanmasında pek çok idari otorite görev üstlenir. Değişik isim ve nitelikteki idari otoriteler (*myndigheter, ämbetsverk styrelsen*) yasal sınırlar içinde kendilerine bırakılan alanda yetki kullanmaktadırlar. XVII. yy'da idari birimlerin önemli ölçüde bağımsızca iş gördükleri tarihsel bir sürecin mirası olarak bugün idarenin örgüt ve faaliyet yapılanması şekillenmiştir. İdari karar özerkliği hiyerarşik yapıyı merkez ve yerel yönetimlerin baskın karakterini oluşturur. Ancak zaman zaman bu özerkliğin de sorgulandığı görülmektedir.²² Zira hükümete karşı sorumlu olan ve faaliyet raporunu her yıl oraya sunan bir idari otoritenin tamamen serbest hareket ettiğini söylemek pratik gerçeklikle bağdaşmaz. Sorumluluk bağı az-çok bir sorgulama ve müdahale içerir.

Yönetim örgütlenmesi hiyerarşik bir özellik taşır. Yürütmenin merkezinde hükümet yer alır ve merkezi, bölgesel, yerel idareleri denetler. Ancak her idari örgüt yasanın tanıdığı sınırlar içinde faaliyetlerini yürütür. İdarenin karar özerkliği sorumluluğun da kendisine yüklenmesine neden olmuştur. Bu sorumluluk gerekli durumlarda kamu görevlisinin sırtına yıkılabilmektedir. Kabineden görevli bir Bakanın parlamentoya karşı sorumluluğu, hiyerarşik altın yaptığı işlemlerden sorumluluğu kapsamaz.²³ Kamu görevlisi, diğer ülkelerdekinin aksine, yukarıdan gelen emir ve talimatlara uyma konusunda biraz daha korumalı durumdadır. Görevde yetki kapasitesi ne kadar artarsa kamu görevlisi o ölçüde bağımsız hareket eder.

Yönetsel yapılanmada desantralizasyon eğilimi baskın gözükmektedir.²⁴

Parlamentoya karşı sorumluluğu olan ve bir bakıma onun uzantısı sayılan (İsveç Bankası, Sayıştay, Ombudsman gibi kuruluşlar hariç) idarenin

²² Wallman, 2005, 265

²³ Regnemalm, 1991, 53

²⁴ Gustafsson, 1983, 52

hiyerarşik üstü, hükümettir. Ülke yönetiminde birincil düzeyde söz sahibi olan hükümetin emri altındaki idari birimlere genel yönergeler çıkararak yön vermesi, genel siyaseti yönetmesi sözkonusudur. Merkez yönetimin pek çok konuda “nihai” karar yetkisi de bulunmaktadır. Örneğin belli makamlara bürokrat atanması, vatandaşlığa alınma ve çıkarılma kararları hükümetin yetkili birimlerince verilmektedir. Kabinede bütün kararlar haftada bir kez toplanan bakanlar kurulunca ortak alınmaktadır. Hükümet Merkezi (*Cabinet Office*), bürokraside sekretarya hizmetini yürütür. Kabine (*regeringen*)’de onüç bakan görev almaktadır. Her bir bakanlıkta aynı zamanda yatay bölünme vardır. Bu departmanların işi hükümetin aldığı kararların yürütümünü sağlamaktır. Bunlar idarenin önemli birimleri olmakla birlikte bağımsız idari otorite olarak adlandırılmamakta; hükümetin uzantısı olarak görülmektedir. Bazı durumlarda bakan kendisine bağlı idari birimlerden gelen öneri ve istekleri Bakanlar Kurulu’na taşıyabilir. Hiyerarşik yetkilerine karşın bakanlıklar çok az personelle hizmet yürütürler. Örneğin 1991 verilerine göre bakanlık biriminde çalışan personel 1800 iken sayıları 80’i aşan kamu idarelerinde 390.000 personel bulunmaktadır.

Bakanlık birimlerinin kendi içinde takdir yetkisine duyarlı yaklaşmaktadır. Alt konumda bulunan idarenin bir kamu görevlisini atamayı kabul etme veya işine son verme; bazı kamusal bilgi ve belgelere erişimi kolaylaştırma veya gizlilik kararı alma konusunda mümkün oldukça takdir yetkisine saygı gösterilmektedir. İmza yetkisinin devrinde de aynı durum sözkonusudur.

Başbakanlık Bürosu (*statsminister*) genel bir eşgüdüm ve bürokratik destek karargâhı gibi çalışmaktadır.

Bakanlıklarla kamu yönetimi arasındaki ilişkiler idari teamüllere göre yürütülür. İdare, faaliyetlerinde az-çok özerk konumunu muhafaza eder. Ancak çağdaş kamu yönetimi anlayışının gerekleri dikkate alınarak bu faaliyetler yürütülür. Bu noktada adil yönetim ilkesinin önemine işaret edilebilir. Hukukun tam bir tarafsızlık içinde, mümkün olduğunca objektif olarak uygulanmasına dikkat edilir. Zira kamusal hizmet alanında adamına göre muamele etmenin, devleti yozlaştıran tehlikeli bir sayrılık durumu olduğu kabul edilir.²⁵

Yürütme erkinin siyasi kanadının müdahalesinin nesnelliğe gölge düşürmemesi için idarenin karar özerkliğine mümkün olduğunca dokunulmamaya gayret edilir. Ancak bu, hükümetin hiçbir biçimde kontrol

²⁵ Wennström, Bo, (2005), “*From Person to Party – the Fundamental Problem of Social Private Law*”, **What Is Scandinavian Law? Social Private Law**, Stockholm: University of Stockholm Publishing, s.499

yetkisinden vazgeçmesini gerektirmemektedir. Hükümetin dört farklı müdahale aracı vardır:

Atama yapma (utnämning): Anayasa gereğince bu yetki kural olarak hükümete aittir. Üst düzey yargıç ve bürokrat ya doğrudan hükümet tarafından ya da hükümet tarafından oluşturulmuş olan kurullar tarafından atanır. Tabii, atamalarda ehliyet ve liyakate dikkat edilir.

Genel düzenleyici işlem yapma (*actes réglementaires*); yasama organı tarafından çıkarılan kanunların uygulanmasını sağlamak üzere hükümet yönetmelikler çıkarabilir. Yürütmenin merkez örgütü bazı durumlarda bu yetkisini yerel yönetimlere veya bağımsız idari otoritelere verebilir.

Ödenek aktarma; bu mali nitelikli bir etkili araçtır. Kamu idarelerine Bütçe Kanunu aracılığıyla ödenek aktarma ve aktarılan ödeneklerin yasal amaçlarına uygun olarak harcanıp harcanmadığını denetleme dolaylı olarak idarenin de kontrol edilmesini sağlar. Hükümet Parlamento'ya karşı sorumludur. İdare de Hükümetin bütçe öngörülerini doğrultusunda iş görür.

İtiraz mercii; hükümet bazı üst düzeyli siyasi kararların nihai itiraz merciidir. Tabii günümüzde yargısal denetim yetkisi son derece kısıtlı ve istisnai bir yetki olmakla birlikte varlığını koruması belli ölçüde idare üzerinde bir denetim yetkisi sağlamaktadır.²⁶

2.1.1. Merkezi Yönetim Örgütü

Bağımsız merkezi idari otoriteler bütün ülke geneline yayılan bir yetki kapasitesi ile iş görürler. Bakan teşkilatın hiyerarşik amiri konumundadır. Merkezi idarenin görev ve yetkileri yasa ile tanımlanmıştır.

Merkezi teşkilatın ilk temelleri XVII. yy'da Kral Gustav II Adolf zamanında atılmıştır. Ulusal Yargı Kurulu (*Kammarkollegium*) bu dönemin bir kurumu olarak hâlâ varlığını sürdürmektedir. Merkezi idari birimlerin sayıları gün geçtikçe artmaktadır.²⁷ Bunlar denetimden, kaynak kullanmaya karar vermeye kadar geniş yelpazede farklı işlevleri yerine getirmektedirler. İdari birimlerin bazıları tek kişi ile hizmet yürütürken, bazıları kurul halinde çalışmaktadır. Örneğin, Çevre Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuş olan 6 farklı idarede 1500'den fazla personel istihdam edilmektedir.

Kamu hizmetinin aktif olarak yürütümünü sağlayan idari birimlerin yanı sıra denetim ve düzenleme görevi üstlenen idari otoriteler de bulunmaktadır. Bunlardan bazıları Sağlık ve Sosyal Yardım (Refah) Ulusal Kurulu (*Socialstyrelsen*), Milli Eğitim Kurulu (*Skolverket*), Milli Sosyal Sigortalar

²⁶ Petersson, 1994, 97-98

²⁷ Şimdilerde 80 büyük, 150 küçük idari birimden oluşan bir teşkilatlanma sözkonusudur.

Kurulu (*Riksförsäkringsverket*, Ulusal İşgücü Pazarı Kurulu (AMS-*Arbetsmarknadstyrelsen*), Ulusal Ticaret Kurulu, Ulusal Polis Kurulu (*Rikspolisstyrelsen*), Milli Vergi Kurulu (*Riksskatteverket*), Ulusal Denetim Bürosu (*Riksrevisionen*), Milli Çevre Koruma Kurulu (*Naturvårdverket*), Ulusal Planlama ve İmar Kurulu (*Boverket*), İsveç Göçmenlik Kurulu (*Migrationsverket*), İdareyi Geliştirme Başkanlığı (*Statskontoret*)²⁸ sayılabilir. Bunlardan bazıları ise kamu iktisadi girişimi niteliğindedir. Örneğin, Posta İdaresi, Telekomünikasyon İdaresi, İsveç Devlet Demiryolları ve Devlet Enerji Kurulu vb. Bazı küçük birimler denetim yetkisiyle donatılmıştır. Banka Murakabe Kurulu, Veri Denetim Kurulu (*Datainspektionen*), Nükleer Enerji Denetim Kurulu gibi. Keza Ulusal Suçla Mücadele Kurulu (Suçu Önleme Ulusal Kurulu) ve Ulusal Savunma Araştırmaları Kurulu gibi birimler araştırma ve denetim görevini yerine getirir. Bu idari birimlerde bir yönetici ve bir de yönetim kurulu bulunur. Buralarda farklı menfaat gruplarını temsil eden kimseler de karar sürecinde yer alabilmektedir. Psikiyatri Kurulu gibi, bir yargıç başkanlığında çalışan idari birimler ise kendisine yapılan başvuruları incelemekle görevlendirilmiştir. Silahlı Kuvvetlere Kayıt Kurulu ise askerlik çağı gelmiş vatandaşların askerlik hizmetine alınması ile ilgili itirazları karara bağlamaktadır. Keza Parlamento tarafından atanan Yüksek Seçim Kurulu (*Valprövningsnämnden*)²⁹ seçimlerle ilgili itirazları karara bağlar.

İdari birimler bağlayıcı veya yol gösterici kararlar (*almäna råd*) verebilirler. Bunlar aynı zamanda denetim işlevini de yerine getirirler. İdarenin ihmal ya da hatalı tutumu sözkonusu olduğunda müdahale kaçınılmaz olabilir. Ancak özerk biçimde çalışan idareler üzerinde yapılan denetimde duyarlı davranılır; mümkün oldukça bu kurumların özerklikleri ihlal edilmez.

Merkezi teşkilatın taşra birimleri de bulunmaktadır. Bazı durumlarda bölgesel kurulların üst birimi olarak da merkezi idari otoriteler yetkilendirilmektedir. Burada denetimin daha çok katmanlaştırılması amaçlanmaktadır.

2.1.1.1. Taşra Örgütlenmesi

Sınırları 1634'de çizilen bölgeler (*län*) merkezi idarenin uzantıları olarak görülmüşlerdir. Kral tarafından atanan vali (*länshövding*), merkezi yönetimi temsil etmektedir. 1862 tarihli yasa, il yönetimine Fransız idare teşkilatındaki *départments* benzeri, ikili işlev yüklemiştir. İller hem merkezin

²⁸ Bilgisayar teknolojisi bakımından altyapı yenilemesi çalışmalarından sorumlu.

²⁹ Valprövningsnämnden'in başkan ve üyeleri parlamento tarafından seçilir. Ancak Kurul'un başkanı hukukçu olup, parlamento üyesi değildir.

taşıra uzantısı, hem de karar organı halkın seçtiği temsilcilerden oluşan yerel yönetim birimleridir.

Bölge yönetiminin kurumsallaşmasında il idare kurulu (*Länsstyrelsen*), bölgesel devlet idaresinin kolejyal organı ve vali de merkezin atadığı bir saygınlık ve yürütme makamıdır. 1970'lere kadar il idare kurullarının üyeleri atanmışlardan oluşurken, bu tarihten sonra seçilmişlerden oluşmaktadır. Kurul üyeleri merkezin olduğu kadar, o bölgede yaşayan halkın da menfaatini merkeze karşı korumakla görevlidir.

Merkezin taşıra yönetimine zamanla geniş görevler verilmiştir: İlk olarak, il idare kurulları ilk derece idaresi olarak (sivil savunma, gıda denetimi, sürücü ehliyeti işleri vb. gibi) bazı kamu hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmiştir. Bunlar ayrıksı durumlardır. İkincisi, il idare kurulları belediye ve il meclislerine verilen görevlerle ilgili danışma ve denetim ağırlıklı bazı yetkiler kullanırlar. Bu Kurullar, yerel toplumsal hizmetlerin görülmesinde ayrıca plancılar odası, kalkınma ve planlama kurulları ile birlikte karar ve denetim işlevini de yerine getirirler. Üçüncüsü, yerel yönetimlerle ilgili yakınmaları ele alırlar. 1970'lere değin bunlar aynı zamanda bir tür idari yargı işlevi de üstlenmişlerdi. Ancak daha sonraları bu görev idare mahkemelerine (*länsrätte*) verilmiştir. Nihayet dördüncü olarak, bölge planı ve bölge kalkınma planları, il idare kurullarının katkılarıyla yapılmaktadır.³⁰

İsveç'te 24 bölge yönetiminde doğrudan hükümetin denetiminde İl Meclisleri bulunmaktadır. Ancak bazı özel durumlarda bu meclisler, örneğin Sağlık ve Sosyal Yardım Ulusal Meclisi (*Socialstyrelsen*) veya Fiziksel Planlama ve İmar Ulusal Meclisi (*Boverket*) gibi merkezi kurulların altında yer alabilmektedir. Bu birimlerin yetkileri buldukları coğrafi alanla sınırlıdır. Planlama, kolluk, yapı denetimi, sosyal yardım gibi pek çok konuda karar ve itirazları değerlendirme organı olarak faaliyette bulunurlar. Bazı durumlarda genel karar alma yetkileri de bulunmaktadır. Bu kurullar valinin başkanlığında toplanmaktadır. Bölge Konseyi tarafından seçilen üyeler de bu toplantıda hazır bulunur. Üyeler belediye, sanayi, çalışma gibi konulardaki deneyimleriyle karar mekanizmasına katkıda bulunurlar. Bazı hallerde uzmanlık kurulları da görev yapabilir. Örneğin Bölge İş Kurulu, bölge konut kurulu, bölge tarım kurulu, bölge eğitim kurulu kendileri ile ilgili konularda karar alabilirler. Son dönemlerde bölge idare kurulunun vergilendirme konusundaki yetkileri Milli Vergi Kurulu (*Riksskatteverket*)'na bağlı bölge vergi otoritelerine devredilmiştir.

2.1.1.2. İl İdaresi

İki devletsel idari otorite yerel düzeyde il idare kurulunun yetkisine verilmiştir. Birincisi, polis otoritesi (kolluk)'dir. Birkaç belediyeyi kapsayacak

³⁰ Wallman, 2005, 266

şekilde kolluk işleri ile ilgili konularda çalışır. Bu otorite, bölge meclisi tarafından seçilen temsilciler ile daimi görev yapan bir başkanın başkanlığında toplanan bir kurul tarafından denetlenir. Kararları kural olarak heyet halinde alır fakat rutin konularda başkan veya yardımcısı da karar alabilir. İkincisi, icra idaresidir. Yerel düzeyde icra konuları ile ilgili işleri yürütmek üzere kurulmuştur. Haciz, iflas vb. işleri bu idare yürütür.

Yerel vergi idaresi bölge vergi idaresinin altında çalışır. Vergilerin toplanmasından, vergi denetimine kadar pek çok iş bu idare tarafından yürütülür.

2.1.2. Yerel Yönetimler

İsveç'te devletin merkez yönetimi daha çok dış politika, savunma, yargı, sosyal güvenlik, kolluk ve bir dizi kamu girişimini yönetir. Yerel yönetimler ise sadece kendi ekonomik girişim gücünü değil, aynı zamanda sosyal yardım, eğitim, sağlık gibi kamu hizmetlerinin yürütümüyle de sorumludurlar. Yerel yönetimlerle merkez yönetiminin görev paylaşımı başından beri hep aynı kalmış değildir. Örneğin, son yıllarda kolluk yetkisi merkez yönetime verilirken, okul ve sağlık idaresi yerel yönetimlere bırakılmıştır.

Yerel yönetimler, merkezin taşra uzantısı olan ve bölge esasına göre oluşturulmuş il (*län/county*)'ler ile belediyelerden oluşmaktadır. İl idaresinin müşterek ve mahalli kamu hizmetlerinin görülmesine yönelik sorumluluklarının yanı sıra, merkezin taşra uzantısı olarak denetim yetkileri de vardır. Sağlık hizmetleri konusunda öncelikli sorumluluk il meclisleri (*länsting*)'ne aittir. İllerin sağlık hizmetlerinin yanında, takdire bağlı olarak kültür, eğitim ve turizm konularında da hizmet görmesi sözkonusudur.³¹

Yerel yönetim yapılanmasının ilke ve kökenleri tarihten gelen anlayışla şekillenmiştir. Kökenleri ortaçağa uzanan yerel yönetimler feodalizm sürecinde yerel halkın toprak sahipleri ve aristokratlar karşısında örgütlenip karar sürecine dahil olma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. XIV. yy. ortalarında, Kral Magnus Eriksson Yasası (o dönemin anayasasıdır) köylülere bireysel ve ekonomik özgürlükler ile yönetime katılma hakkı vermiştir. Çağdaş İsveç devletinin yapılandığı dönemin başlangıcı olan XVI. yy'ın ilk dönemlerinde Gustav Vasa (kendisi bir İsveç asilzadesidir) köylü sınıfının da desteğiyle bir

³¹ 1998'de iki yeni bölge (biri mega il *Västra Göteland* Bölgesi, diğeri *Skåne*) metropoliten yönetim merkezleri olarak belirlenmiştir. Burada bölge planlaması ve kalkınmasına yönelik çalışmalar başta olmak üzere yerel pek çok hizmetin eşgüdüm içinde gördürülmesi sağlanmıştır. 2004'te bölge esasına dayalı bir il yapılanması AB sürecinin de etkisiyle bazı değişiklikler geçirmiştir. İl idaresinin yerel yönetim yanının güçlendirilmesi önplana geçmiştir.

heyet tarafından niyabete atanmıştır. G. Vasa, 6 Haziran 1523’de kendisini İsveç Kralı olarak ilan etmiş ve Danimarka istilasına son vermiştir.

Kral’ın onay ve desteğiyle 1544’de Almanya’dan esinlenerek bir parlamento oluşturulmuştur. Bu parlamento ilk başlarda köylü sınıfının temsilcilerinden oluşuyordu. Köylülerin parlamentoda yerel temsilciler kurulu aracılığıyla temsili Avrupa kıtasında bir ilkti. Bu kurullar daha sonraları (XVII ve XVIII. yy’da) yerel yönetimlere dönüşmüştür.³²

“Özgürlük Çağı” olarak anılan 1718’lerde yapılan önemli anayasal düzenlemeler yerel yönetimlerin kökleşmesini sağlamıştır. 1719’da kabul edilen RF Kraliyet ile halk iktidarını birbirinden ayırmıştır. Parlamento asiller, burjuva sınıfı, ruhban sınıfı ve köylü sınıfı olmak üzere dört sınıftan oluşmuştur. Burjuva ve köylü sınıfı aynı zamanda yerel iktidarı temsil etmektedir. 1766’da RF’nin değiştirilemezlik özelliğine son verilerek parlamentoda basit bir çoğunlukla değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

Kurumsal düzeyde yerel yönetim yapılanması XVIII. yy’da oluşturulmaya başlamıştır. Bu dönemde taşrada 2500 kiliseden oluşan ve kraliyet ayrıcalığına sahip bir yerel yönetim yapısı oluşturuldu. O bölgedeki papazın başkanlığında toplanan bir kilise heyeti (*sockenstämma*) sadece uhrevi konularda değil, aynı zamanda yoksullara yardım, kamu düzenini koruma ve eğitim gibi konularla ilgili olarak da karar alabiliyordu. Bu yetkiler bir emirname ile 1817-1843 dönemlerinde daha da genişletildi. Papazlık üyeleri bir icra heyeti tarafından seçiliyordu.³³ Çağdaş anlamda yerel yönetim yapılanması 1862 tarihli yasal düzenleme ile kimlik kazanmıştır. Parlamentodaki görüşmeler sırasında yerel yönetim teşkilatı konusunda muhafazakârlarla çağdaşlar arasında sert tartışmalara tanık olunmuştur. Muhafazakarlar yerel yönetimleri merkez yönetimin bir uzantısı olarak görüp, devleti ve yerel kurulları bunların üzerinde kabul ederken; liberaller yerel yönetimleri “doğal haklar” perspektifinden değerlendirerek bunları kendiliğinden oluşmuş bir sosyal formasyon şeklinde algılayıp, devletle eşit haklara sahip varlıklar olarak kabul ediyorlardı. 1862’de kabul edilen yasa ile laiklik ilkesine uygun biçimde kiliseden bağımsız bir örgüt yapılanması öngörülüyordu. Bu yasada dört farklı özellikte belediye teşkilatı tanımlanmıştır: laik bir şehir belediyesi, kırsal bölge belediyesi, kiliseye ait bir belediye teşkilatı ve kraliyetin bazı bölgeleri için özel bölge meclisleri.³⁴

³² Wollmann, Hellmut, (2005) “Country Report Sweden”, **Comparing Local Governments in England, Sweden, France and Germany**: Between continuity and change, divergence and convergence, www.wuestenrot-stiftung.de/download/local-government s.260 vd. erişim tarihi 15.04.2010

³³ 1817’den itibaren bu heyette karar için oyçokluğu esası kabul edilmiştir.

³⁴ Jägerskiöld, 1988,99

Bu dönemde belediyenin yetkileri belediye sınırları içinde oturanların ortak menfaati ile sıkı biçimde sınırlandırılmıştır. Ancak yasa ile özel yetkiler de bahsedilebilmektedir. Örneğin, yoksullara yardım ve öteki sosyal önlemler bu türden özel görevlerdendir. Bunlar ortak ve yerel (mahalli – müşterek) menfaatler arasında sayılmıyordu. XIX. yy belediyelerinin oldukça sıkı görevleri vardı.

Belediye hizmetleri bu iş için seçilmiş olan meclis üyeleri tarafından meccanen yürütülüyordu.

Yeni yüzyılda yerel yönetim ve özelinde belediye kavramında köklü değişiklikler gerçekleşmiştir. Bunda hukuk öğretisinin olduğu kadar, yargısal içtihatların da payı büyük olmuştur. Belediyelerin yetkileri önemli ölçüde artırılmış; 1953 ve 1977 tarihli yasalarda olduğu kadar, özel yasalarla da reform çabaları takviye edilmiştir. Sosyal yardım konusunda, çocuk ve gençlerin korunmasında, tıbbi tedavi ve alkolizmle mücadelede, eğitim, konut ve planlama konularında yerel yönetimlere önemli iş düşmektedir. Son yıllarda bile bu görevlerin sınırlarında sürekli bir değişiklik gözlenmektedir. Merkez yönetim ile yerel yönetimler arasındaki görev sınırı biraz daha belirgin olmakla birlikte, yerel yönetimler arasında zaman zaman çatışmalar yaşanmaktadır. Yerel yönetimlerin diğer kamu idarelerine yasa ile özel olarak verilmiş konularda görevli olmadığı kabul edilmektedir.³⁵

Yerel yönetimlere verilen olağanüstü geniş yetki ve sorumluluklar büyük çaplı bir örgütlenme ve bürokratik düzeni zorunlu kılmıştır. Seçimle gelen temsilcilerin bütün bu işlerle tek tek ilgilenme olanağı yoktur. Seçilmişler artık gönüllülük üzere değil, yaptıkları işin karşılığı belli bir ücret alarak görevini yapmaktadır. Buna paralel olarak yerel yönetimlerde çalışan kamu görevlilerinin de özlük, sorumluluk ve toplu iş sözleşmesi hakları devlet idaresindekilere uygulanan usulden farklılıklar içermektedir.

Kent merkezinde bulunan belediyeler ile kırsal kesimdeki belediyelerin teşkilatlanması sorumluluklarının çapına göre değişmektedir. 1944'lerde

³⁵ II. Dünya Savaşı sırasında Uppsala şehri hava savunma silahları satın almaya karar vermiş, bu karara karşı yapılan itiraz üzerine Yüksek İdare Mahkemesi (SAC) savunma'nın –bu konuda devlet ağır ihmal gösterse bile- sadece devlete ait bir konu olduğu, yerel yönetimlere bu hususta yetki verilmediği gerekçesiyle 2/3 oy çokluğuyla, bu kararı hukuka aykırı görmüştür.

Keza son yıllarda İdari yargı dış politika ile ilgili olarak da yerel yönetimlere müdahale olanağı tanınmamıştır. Bu kapsamda ırk ayrımcılığını protesto etmek amacıyla belediyelerin almış olduğu meyve ithal yasağı kararı veya Vietnam'a yardım kararı'nı hep dış politikaya dahil konular arasında olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

İsveç'te yaklaşık 2000'den fazla belediye teşkilatı bulunurken son zamanlarda bunlar katılma yoluyla birleştirilerek sayıları 227'lere kadar indirilmiştir.³⁶ Ancak kiliseye bağlı idareler ile il meclislerinin yapısı korunmuştur. Bu dikkat çekici değişim doğal olarak yeni sorunları da beraberinde getirmiştir. Yerel yönetimlerle o bölgede oturanların arasındaki mesafe gittikçe artmış; üstelik bu mesafe sadece fiziksel olmakla da kalmamıştır.³⁷ Bu konudaki yakınmaları azaltmak amacıyla son yıllarda belediyelerarası eşgüdüm ve işbirliğine giderek önem vermeye başlanmıştır. İki veya daha fazla belediye bir araya gelerek örneğin, bir altyapı tesisinin kurulması konusunda birlik oluşturabilmektedir. Ülke düzeyinde tüm yerel yönetimleri içine alacak şekilde oluşturulmuş olan İsveç Yerel Yönetimler Birliği (*Kommunförbundet*) ilk başlarda özel yapılı bir organizasyon iken, şimdilerde İsveç belediyelerinin işveren örgütü konumuna gelmiştir. Toplu iş görüşmelerinde belediyeyi bu kuruluş temsil etmekte; grev önlemleri konusunda da karar alabilmektedir.³⁸

Belediyelerin görev ve sorumlulukları esas olarak Yerel Yönetim Kanunu (1991:900 - *Kommunallagen*)'nda tanımlanmıştır. Ancak yerel yönetimlerin görev alanına nelerin girdiğine dair “*Serbest alanlar*” (*fri- sektor*) deyimini açık biçimde belirlenmiş değildir.³⁹ Bu deyim, belediyelerin görev ve sorumluluklarına dair “işlevsel bir alanı” kapsamaktadır.⁴⁰ İdari yargı içtihatları da belediyelerin yetki sınırlarının belirlenmesinde önemli katkılar sağlamıştır. Kural olarak belediyelerin kar amacı güden girişimlerde bulunması yasaktır. Belediyelerin vergi koyma yetkileri onları toplumsal yaşam içinde de etkin bir konuma getirmektedir. Mahalli ve müşterek nitelikteki yol onarımı, parkların, caddelerin, limanların, güç istasyonlarının bakım ve işletmesi su ve çöp idaresi, toplu taşıma, sanatsal ve kültür hizmetleri (tiyatro, müze), spor tesisleri ve imar işleri gibi konular belediyelere verilmiş “*serbest alanlar*”dır. “Özel olarak düzenlenmiş alanlar” (*speciell kommunal kompetens*) ise özel yasalarla belediyelere verilmiş görevlerden oluşmaktadır. Bunların başlıcaları eğitim, sosyal yardım, kamu sağlığı, itfaiye ve yapı denetimdir.

³⁶ 1974 reformuyla birlikte başlayan küçülme hareketi sonucunda yerel yönetimlerin ekonomik ve hukuksal bakımdan güçlendirilmesine önem verilmiştir. Belediye örgütlenmesi coğrafya alanı itibariyle farklılıklar göstermektedir. En büyük coğrafi sınır 19447 km² ile Kiruna'ya, en küçüğü ise 9 km² ile Sundbyberg'ya aittir.

³⁷ Jägerskiöld, 1988,110

³⁸ Her belediyenin lokavt kararını kendisinin alabileceğini de hatırlatmak gerekir.

³⁹ Gustafsson, 1983, 33-35

⁴⁰ **Sterzel**, Fredrik (1995), “*Public Administration*”, (Offprint) **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget, s.81

Belediyelere yasa ile verilmiş olan görevlerin bir kısmı zorunludur. Bunların başlıcaları;

-sosyal hizmetler (yaşlıların bakımı, engelli, kimsesiz ve muhtaçlara yardım hizmetleri),

-eğitim (okul öncesi, zorunlu temel eğitim ve lise eğitimi),

-imar (planlama ve inşaat ruhsatlandırması)

-çevrenin ve kamu sağlığının korunması

-altyapı hizmetleri (su, kanalizasyon ve katı atık toplama ve işleme hizmetleri)

Belediyelerde bazı hizmet alanları ise seçimlidir. Bunlar;

-eğlence ve kültür hizmetleri,

-bazı altyapı hizmetleri (teknoloji ve enerji yatırımları).

Sosyal refah devletinin verdiği sorumluluk gereğince belediyelerin zorunlu olmayan hizmet alanlarını bile uygulamada “zorunluymuş gibi” algılayıp üstlendiği gözlenmektedir.⁴¹

Belediye harcamaları da hizmetin niteliği ve çapına göre değişmektedir. Örneğin 2003'te 420 milyar SEK'lik toplam harcama şu kalemlerden oluşmaktadır:

- %12 okulöncesi eğitim ve çocuk bakımı,

- %20.1 yaşlıların bakımı

- %9.8 engelliler

- %4.4'ü sosyal yardım

- %5.9'u ticari etkinlikler

- % 15.6'sı ise diğer etkinlikler.

Bu hizmetleri (2003 verilerine göre) 782.000 personelle yürütmüştür. Belediye bütçesinin neredeyse %60'ını personel giderleri oluşturmaktadır.⁴²

Belediyelerde ana karar organı meclislerdir. Yürütme organı ise encümenlerdir. Yerel Yönetim Yasası'nın kendilerine tanıdığı sınırlar içinde kalmak koşulu ile meclisler gerekli gördükleri sayıda encümen oluşturabilirler. (Örneğin otoban encümeni, liman encümeni, kültür işleri encümeni gibi). Bunlardan bazıları zorunludur. Örneğin imar encümeni, çevre koruma ve kamu

⁴¹ **Gustafsson**, Agne, (1983), **Local Government in Sweden**, Stockholm: Swedish Institute , s. 38 vd.; **Sören**, Häggroth, (1993), **Swedish Local Government**, Traditions and Reforms, Stockholm:Swedish Institute, s.17

⁴² Wollmann, 2005, 269

sağlığı, eğitim ve sosyal yardım encümeni gibi. Fakat her durumda en az bir encümenin olması gerekir.

Uygulamada anahtar işlevler üstlenen encümenler adeta birer yerel bakanlık gibi çalışırlar. Her encümende bürokratik işler memurlar eliyle yürütülür.

2.1.3. Belediye ve Merkez Yönetimden Başka İdareler

Anayasa'da kabul edilen esaslar dikkate alındığında üç çeşit idareden söz etmek olanaklıdır: Birincisi, özel hukuk hükümleri dışında kurulmuş olan özel işlevli idareler. Bunlar arasında en dikkati çeken İsveç Barolar Birliği (*Advokatsamfund, Sveriges*)'dir. Kamu hukuku hükümlerine göre kurulmuş bir tüzelkişilik olan Baro Birliği, bağımsız olarak çalışan avukatlar tarafından kurulmuş bir dernek statüsündedir. İşlev ve yapılanması Muhakeme Usulü Kanunu'na göre olmaktadır. Diğer örnek ise Öğrenci Birlikleri (*nationer*)'dir.⁴³ Yerel sosyal sigorta büroları da bu türden ayrıksı yapılara örnektir.

İkincisi, doğrudan belediye veya merkez yönetime ait olmayıp, bu idarelerin hissesinin çoğuna sahip olduğu limited şirketlerdir. Bu şirketlerin faaliyetlerini özel hukuk hükümlerine göre yürütmekte olup, hükümet veya belediyenin bu şirket yönetimleri ile ilgili konularda kamu hukuku kuralları uygulanabilir.⁴⁴ Bunun tipik örneği, tekel idaresi (*Systembolaget*)'dir. Alkol üretim ve satışının gerçekleştirildiği bu şirkette, bazı yasaklar kamu hukuku hükümlerine göre yürütülmektedir. Keza yerel düzeyde bazı güç istasyonları, su işletmeleri ve konut şirketleri limited şirket veya vakıf şeklinde faaliyette bulunurlar.

Üçüncüsü, bazı kamu hizmetlerinin gerçek veya tüzelkişilere devriyle oluşan yapılar bulunmaktadır. Topluluk, dernek, birlik, vakıf şeklinde veya gerçek kişiye yasanın verdiği izinle bir kamu hizmetinin gördürülmesi sağlanabilmektedir. Örneğin, kültürel etkinliklerden bazıları için özel organizasyonlara devlet yardımlarını dağıtma görevi verilebilmektedir. Bazen özel bir iş de verilebilmektedir. Örneğin, belediyeler baca temizleme işini özel bir şirkete devredebilir. Bu şirket belli bir yerde tekel oluşturabilir.⁴⁵

2.2. Din İşleri ve Hizmet Örgütlenmesi

1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe konan yeni yasal düzenleme ile İsveç'te kilise ile devlet arasındaki ilişki biraz daha ayrılmıştır. Şimdilerde İsveç Kilisesi, kural olarak, Dinsel Topluluklar Yasası (1998:1593 *Lag om*

⁴³ İsveç'te yükseköğrenim gören her öğrencinin bir Öğrenci Birliği'ne (*Student Nations*) üye olması zorunludur.

⁴⁴ Regnemalm, 1991, 64

⁴⁵ Regnemalm, 1991,67 vd.

trossamfund) gereğince tanımlanan kayıtlı –dinî- topluluklardan biridir. İsveç hukukunda kayıtlı bir dinî topluluğun tüzelkişiliği vardır.

İsveç Kilisesi (*Svenska Kyrkan*), dinsel topluluklar arasında özgün bir konuma sahiptir. İsveç Kilisesi Kanunu (1998:1591 *Lag om Svenska Kyrkan*)’na göre İsveç Kilisesi halka açık, demokratik esaslara göre işleyen ve ülkenin tümünde geçerli piskopos yapılı bir evanjelik Lutheran kilisedir. Yasa, aynı zamanda Kilise’nin teşkilatlanması ve üyelerinin hak ve ödevlerini de düzenlemektedir. İsveç Kilisesi aynı zamanda devlet adına cenaze hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmiştir.⁴⁶

3. Kamu Personel Hukuku

İsveç çalışma yaşamında XX. yy’ın başlarından beri hizmet sektörünün sürekli bir yapısal ve nicel değişim geçirdiği gözlenmektedir.

İsveç kamu yönetiminin ayırt edici özelliklerinden biri de, kamu idarelerinde profesyonellerin yanında meslekten olmayanların da idari hizmetlere katılmasıdır. Sadece seçilmiş siyasi kurullarda değil, komisyon, komite gibi değişik birimlerde meslekten olmayanlara geniş yer verilebilmektedir. Sıradan yurttaşın da yönetimin ve mahkemelerin değişik kademelerinde karar sürecine katılması sıkça görülen bir şeydir. Ancak bu durum profesyonellere olan gereksinimi hafife almayı gerektirmez. Kamu hizmeti, esasında kamu personeli eliyle görülür.⁴⁷ Kamu personelinin çalışma yaşamındaki statüsü, hak ve yetkileri yasa ile tanımlanmıştır. İsveç kamu personel hukukunda sözleşmeli statü baskındır. Bu durum çalışanların haklarını korumada daha etkin rol almalarına imkân tanıma isteğiyle açıklanmaktadır.⁴⁸

Sözleşme ile çalışan kamu personelinin özlük haklarının büyük çoğunluğu toplu iş sözleşmesi ile belirlenmektedir.

⁴⁶ Lavin, 2000, 95

⁴⁷ Kamu görevlilerinin sayısı XII. yy’da 1500 civarında iken, 1960 ve 1970’lerde bu sayı 1.6 milyona yükselmiştir. Bu neredeyse toplam işgücünün üçte birine denk gelmektedir. Ayrıntılar için bkz. **Petersson**, Olof, (1994), **Swedish Government and Politics**, Stockholm: Fritzes, s.104-105

İsveç’te 2005 yılı rakamlarına göre 4 milyon kişi kamu ve özel sektörde çalışmaktadır. Endüstride çalışanların sayısında son yıllarda azalma görülmektedir. Toplam istihdamın üçte ikisini özel sektör oluşturmaktadır. Kamu sektörü oldukça büyüktür. Neredeyse çalışanların %35’inden çoğu devlet veya yerel yönetimlerde bulunmaktadır. Bunların üçte ikisi kadındır. Bkz. **Eklund**, Ronnie – **Sigeman**, Tore – **Carlson**, Laura (2008), **Swedish Labour and Employment Law**, Uppsala: Iustus Förlag, s.21

⁴⁸ Regnemalm, 1991, 67 vd.

İsveç'te örgütlenme ve örgütlü mücadele kamu çalışanlarına da tanınan bir temel haktır. 1936'da kabul edilen Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda toplu iş görüşmesi temel bir hak olarak kabul edilmiş; o günden bu yana çalışma yaşamında uluslararası hukukun da sağladığı güvencelerle kökleşmiştir.⁴⁹

Sözleşme yapmak üzere toplanılan masanın bir tarafında kamu çalışanın bağlı bulunduğu sendika temsilcisi, diğer tarafta belediye veya merkez yönetimin temsilcisi yer almaktadır. (Merkezi yönetimi temsilen İsveç Kamu İşverenleri Ajansı, -*Arbetsgivarverket*; yerel yönetimleri temsilen de İsveç Yerel ve Bölgesel İdareler Birliği -*Svenska Kommunförbundet och Landstingförbundet i Samverkan / SALAR*⁵⁰ bulunur). Ancak bu durum kamu personelinin tamamen özel hukuk esaslarına göre istihdam edildiği anlamına gelmez. Bu konuda Kamu İstihdam Yasası (*SFS 1994:260 Lag om offentlig anställning*)⁵¹ kamu personeli ile ilgili ana ilkeleri belirlemektedir. Bazı ayrıksı durumların dışında bu yasa bütün kamu personeline uygulanır. Yasa'da atama, mesai, çalışma koşulları ve süresi disiplin ve göreve son verme gibi genel konular düzenlenmektedir. Yasada düzenlenmemiş konular toplu iş sözleşmesinin hükümleriyle tamamlanır. Örneğin, ücret, emeklilik ikramiyesi, mesai saatleri, yıllık izin hakları, ihbar süreleri, emeklilik ve iş idaresi gibi konular toplu iş sözleşmesi ile ayrıca düzenlenebilir. Kamu kesiminde çalışanlarla işveren durumundaki idareler arasında zaman zaman çıkar çatışmaları da kaçınılmazdır. Çatışmanın mümkün oldukça demokratik yöntemlerle çözümü konusunda sözleşmeye özel hükümler konur. Böylece taraflar grev ya da lokavt gibi az-çok kırılma yaratabilecek uygulamalardan kaçınıp, her iki yanı da memnun edebilecek uzlaşma yolunu tercih ettiklerini göstermektedirler.⁵² Uyuşmazlık çıkması durumunda onüç üyeden oluşan bir

⁴⁹ Eklund,- Sigeman,- Carlson, 2008,,27 vd.

⁵⁰ 2007'ye kadar toplu iş sözleşmesi sırasında belediyeleri İsveç Yerel Yönetimler Birliği (*Swedish Association of Local Government*), bölge(il)leri ise İl Meclisleri Federasyonu (*The Federation of County Councils*) temsil ediyordu. Bu tarihten sonra her iki örgüt birleştirilerek İsveç Yerel ve Bölgesel İdareler Birliği (*Swedish Association of Local Authorities and Regions/ SALAR*) şekline dönüştürülmüştür.

⁵¹ 1976 tarihli yasa 1994'de yenilenmiştir

⁵² **Eklund, Ronnie – Sigeman, Tore – Carlson, Laura (2008), Swedish Labour and Employment Law**, Uppsala: Iustus Förlag, s.24 vd.

tahkim kurulu devreye girmektedir.⁵³ Tahkim Kurulu'nun kararı bağlayıcı olmamakla birlikte uygulamada genelde buna uyulmaktadır.

Kamu İstihdam Yasası'nda "toplum için tehlikeli olabilecek iş uyuşmazlıkları" çıkması durumunda bazı yasaklara başvurulabileceği kabul edilmektedir. Kamu düzenini ciddi biçimde bozacağı varsayılan uyuşmazlıklar (içinde kamu işverenleri temsilcilerinin ve çalışanların bağlı oldukları sendika temsilcilerinin yer aldığı) Kamu İstihdam Kurulu'na havale edilmektedir. Bu Kurul'un kararı bağlayıcı değildir. Uzun süreli ve geniş çaplı bir grev silahlı kuvvetler, polis ve sağlık çalışanları için sözkonusu olduğunda hükümetin bunu tolere etmesi beklenemez. Yasama organının devreye girip bu konuda derhal yasal düzenleme yapması istenebilir.⁵⁴

Kamu çalışanları için grev hakkı önemli anayasal bir güvencedir. Greve gidecek olan taraf uygulamadan iki hafta önce bildirimde bulunmalıdır. Grev kararı, ilgili sendikanın yetkili birimince alınır. Grev hakkının bir boyutu olarak çalışanların fazla mesaiye kalmalarının engellenmesi (bir tür uyarı) yasal kabul edilirken, işi yavaşlatma (*go-slow*) şeklindeki uygulama yasa dışı kabul edilmektedir.⁵⁵

Çalışanların sendikası bir grev kararı aldığı zaman, işveren durumunda olan devlet veya yerel yönetimlerin de lokavt hakkı vardır. Ancak uygulamada bu hak beklenenden daha az kullanılmaktadır. Zira sanayide gerçekleşen bir grevden işverenin ekonomik çıkarı zarar görür. Oysa kamu kesimindeki bir grev kararından en çok kamu hizmetinden yararlananlar zarar görür. Öte yandan lokavt, kamu kesiminde idarenin kendisine de ciddi zararlar verir. Zira sözkonusu olan, kamu hizmetini sürekli biçimde yerine getirmekle yükümlü olan bir kuruluşun bunu yapmaktan bir süreliğine kendisini alıkoymasındır. Bu durum o idarenin varlık ve işlevleriyle çelişmektedir.

İdare toplu iş görüşmelerinde özel menfaat kadar, ülkenin mali politikalarının gereklerini de dikkate alır. Kamu işverenin (idarenin) elinde düzenleyici ve grev silahını kırıcı yetkileri vardır. 1965'de –doğrusu pek işe yaramasa da- Parlamento, toplu iş görüşmeleri sürecinde zorunlu tahkim uygulamasını devreye koymuştur. Özel sektörde bundan bir sonuç elde etmenin zor olduğu anlaşıldığından kamu kesiminde buna pek rağbet edilmemiştir.

⁵³ Tahkim Kurulu'nun 7 üyesi (parlamento mensubu olması şart) hükümet tarafından atanır; üçer üyeleri de ihtilafa düşen idare ve sendika atar.

⁵⁴ Regnemalm, 1991, 70

⁵⁵ Jägerskiöld, 1988, 96

3.1. İşe Giriş

Kamu kesiminde herhangi bir kadroya atanma Anayasa'nın (RF) 11. Bölüm, m.9 ve Kamu İstihdam Yasası'nın 4. Bölümü'ndeki hükümler çerçevesinde gerçekleşmektedir. Atama hükümet tarafından veya onun yetki verdiği idare tarafından yapılır. Boş kadrolar resmi kanallarla duyurulur ve belirtilen tarihe kadar başvuruların yapılması istenir. Başvurular, bu konu ile görevlendirilmiş alt kurullar tarafından bir ön değerlendirmeye alınır. Bir mahkeme ya da üniversiteye atamada bir referans (öneri) makamının önerisi de aranır. Adayların nitelik değerlendirmesi yapılarak işe en uygun aday saptanır. Nihai kararı hükümet verir. Öneri ve nihai kararının her ikisi de idari itiraza ve yargısal başvuruya açıktır.

Kamuya bir kadroya atanacak kimsede bazı temel nitelikler aranır. Her şeyden önce bu kişi, bir İsveç vatandaşı olmalıdır. Fakat yüksek ve özel nitelikler taşıyan bir kimse vatandaş olmasa bile uluslararası ilişkilerin geliştirilmesi konusunda istisnaen atanabilir. Atamaya yönelik öncelikli gerekler, işin niteliğine göre belirlenir (ör. hangi diplomaların olacağı, hangi özel niteliklere sahip olunması gerektiği vb). Nitelikli adaylar arasında tercih, adayın işe yarayacak üstünlükleri dikkate alınarak yapılır. Atama tamamen nesnel ölçütlerin kullanıldığı "hizmetin gerekleri" ve "liyakata" (*service merits*) göre olur. İşe uygunluk değerlendirmesinde, adayın bilgi ve becerisi dikkate alınır. Liyakat, istihdamda can alıcı ölçüttür. Siyasal mülahazalarla atama yasaklanmıştır (Ancak Başbakan Müşaviri istisna tutulmuştur). Bu yasağa rağmen son yıllarda kadrolaşma eğiliminde dikkat çekici bir artış olduğu gözlenmiştir.⁵⁶ Anayasada idareye tanınan serbesti alanı (takdir yetkisi) kimi durumda tarafsızlık yaratacak biçimde kullanılmıştır. Burada amaç, siyasal iktidarın "evet efendimci" bir bürokratik kadro oluşturarak daha rahat manevra yapabilmesidir.⁵⁷ Atamanın şekli farklı biçimlerde olabilmektedir.⁵⁸ Geçici yargıçlığa atma, bir tavsiye mektubu ile olabilmektedir. Bazı kamu hizmetlerine girişlerde de tavsiye mektubu aranmaktadır (Ör Üniversite öğretim üyeliği). Bir kadroya atanma genelde süreye bağlı olmaksızın yapılır. Bununla birlikte İş Güvenliği Yasası (1982:80 *Lag om anställningsskydd*)⁵⁹ –ki bu Yasa özel hukuk statüsündeki istihdam için de geçerlidir- işverene ihbar süresi öngörmektedir. İşe son vermeden önce belli bir süre önce çalışanın uyarılması

⁵⁶ Regnemalm, 1991, 71

⁵⁷ Jägerskiöld, 1988, 96

⁵⁸ **Numhauser-Henning**, Ann, (2000), "Labour Law", in **Swedish Law in the New Millenium**, (Ed. Michael Bogdan), Stockholm, Norstedts Juridik, s.348vd.

⁵⁹ 2007:391 sayılı yasa ile değişik.

gerekir. İş akdinin sona erdirilmesine yönelik uyuşmazlıklar İş Mahkemeleri (*Arbetsdomstolen*) 'nde görülür.

3.2. Terfi ve Ücret

Kamu çalışanları bakımından iş ahlakı ve disiplinine büyük önem verilmektedir. Kamu hizmetinin kalitesinin, kaliteli personel ve iş disipliniyle mümkün olacağı bilinciyle hareket edilmektedir. Şişirme kadrolarla iş görmek yerine, verimlilik ve etkililik yaklaşımıyla rasyonel istihdam politikası tercih edilmektedir. Kamu çalışanlarının hizmet yaşamları boyunca ilerlemeleri de buna bağlı olarak objektif ölçütlere bağlanmıştır. Eskiden geçerli olan sabit kariyer yolu ve terfi sistemi terk edilerek yerine, özel sektörü hatırlatan çalışma süresi ve kıdem ve temayüz esasına bağlı bir terfi sistemi getirilmiştir. Ücret konusu da işin ve çalışanın niteliğine göre belirlenmektedir.⁶⁰

3.3. Kamu Personelinin Sorumlulukları

1975'e kadar kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kişisel sorumluluğu önplandıydı.⁶¹ Tazminat ve ceza sorumluluğu gerçekten de kamu görevlisinin bağımsız biçimde hareket etmesini kısıtlıyordu. Bu tarihten sonra ceza sorumluluğunda önemli ölçüde sınırlandırmalar getirilmiştir. Ceza Kanunu (1962:700 *Brottsbalk*)'nun 20. Bölüm'ünde "görevi ihmal" ve "görevi ağır biçimde ihlal" tanımlanmıştır. Keza Yasa'da rüşvet ve meslek sırrını ifşa suçları da tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Bir kamu görevlisi ceza kanununda belirtilen ağır nitelikteki görev suçunu işlediğinde Kamu İstihdam Yasası'nın 10. ve 11. maddelerine göre işveren (idare) disiplin yaptırımı uygulamanın yanı sıra işine son verebilir. Bu önlemler bir "ceza" olarak görülmeyip, tıpkı özel sektörde işverenin işçisine uyguladığı özel hukuk yaptırımı gibi nitelendirilmektedir. Bu yaptırımlar yargıçlara veya alt derecedeki memurlara yönelik olarak uygulanmış ise o takdirde Disiplin Kurulu'na –yargı benzeri bir usulle çalışır- konu havale edilir. Yaptırım suç nedeniyle uygulanmışsa, yasa ile "*Ne bis in idem*" gereğince sınırlandırma getirilebilir. Disiplin yaptırımına karşı İş Mahkemelerine başvurulabilir. Uyuşmazlık, işçi ile işveren arasındaki herhangi bir iş uyuşmazlığı gibi değerlendirilir.

Kamu görevlisinin görev nedeniyle kuruma ve üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlar nedeniyle tazminat sorumluluğu da kabul edilmektedir. Ancak üçüncü kişi bakımından sorumluluğun muhatabı öncelikle idaredir. Zira idare, çalışana oranla daha güçlü durumdadır. Kamu görevlilerinin tazminat

⁶⁰ Petersson, 1994, 106

⁶¹ **Jäkerskiöld, Stig** (1988), "*Administrative Law*", **An Introduction to Swedish Law** (Ed.By. Stig Strömholm), Stockholm:Norstedts, s.94

sorumluluğu 1972 tarihli Tazminat Kanunu (1972:207 *Skadeståndslag*)’nda düzenlenmiştir.⁶²

3.4. Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Yasası

İsveç’te “eşitlik” kavramı toplumsal yaşamın duyarlı konularının başında gelir. Özellikle çalışma yaşamında farklı boyutlardaki eşitsiz uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik yasal düzenlemeler dikkati çeker. En başta Anayasa (Bölüm I, m.2; Bölüm 2, m.16 ve 23) hukuk önünde eşitlik gereklerine işaret eder. 1991 tarihli Kadın ve Erkek Eşitliği Yasası (1991:433 *Jämställdhetslag*) cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklar. 1999 tarihli Çalışma Yaşamında Etnik Köken, Din ve İnanç Nedeniyle Ayrımcılığı Önlemeye Yönelik Yasa (1999:130), Engellilerin İş Yaşamında Ayrımcılığa Uğrama Yasasına Dair Yasa (*Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder*)⁶³, 1999 tarihli Cinsel Yönelim Nedeniyle Ayrımcılık Yasası (1999:133), (Mal ve Hizmetlerde) Ayrımcılık Yasası (2003:307) kanunları gerek özel kesimde ve gerekse kamu kesiminde ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik emredici hükümler getirir.⁶⁴ Keza yükseköğretimde herhangi bir konuda cinsiyet, etnik köken ve dinsel inanç nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır (Üniversite Öğrencilerine Eşit Muamele Yasası -2001:1286).

Etnik ya da din temelli ayrımcılığa maruz kalınması durumunda Etnik Temelli Ayrımcılık Ombudsmanına (DO)’na şikâyet başvurusunda bulunulabilir.⁶⁵

Uygulamada bu konuya nasıl çözüm üretildiğini yakından görmek amacıyla yerinden yapılan ziyaretler sırasında aktarıldığı üzere, ayrımcılığın belirgin biçimde yapılması değil, “ayrımcılık hissi doğuracak şekilde davranılmış olması” bile iş müzakereleri sırasında üzerinde durulmaya değer önemli bir ayrıntı olarak değerlendirilmektedir. Çalışanlara çalışma döneminin sonunda dağıtılan isimsiz anketlerle işyerinde ayrımcılık yaratan hangi tür uygulamalara tanık olunduğu sorulmaktadır. Çalışanın performansı kadar, işveren idarenin de çalışma yaşamını kolaylaştırıcı tutumu dikkate alınır. Anne ve babaların yıllık izin haklarını ve ebeveynlik izin haklarını kullanırken

⁶² Jägerskiöld,1988, 98

⁶³ Engellilerin bu konuya ilişkin haklarını etkili biçimde korumak amacıyla Engelli Ombudsmanı (*Handikappombudsmannen*) kurulmuştur.

⁶⁴ Eklund –Sigeman-Carlson, 2008, 46; özellikle cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılıkla mücadele için bir ombudsmanlık kurulmuştur: www.homo.se

⁶⁵ www.do.se erişim tarihi 2010-04-15

herhangi bir eşitsiz uygulamaya maruz kalmamaları için her türlü önlemin alınması istenir.⁶⁶

Kamu iş yaşamının bazı kesimlerine “görev güvencesi” tanınırken, çoğunda bu güvence yoktur. Örneğin yargıçlık gibi hassas makamlarda tam görev güvencesi sözkonusu iken, geçici yetki ile atanan makamlarda çalışanlarda böyle bir güvenceli durum bulunmamaktadır.

4. Refah Devletin Toplumsal Dayanışma Kurumları

İsveç, refah toplumu olmanın sosyal ve hukuksal sorumluluğunu değişik kurum ve yöntemlerle yerine getirmeye çalışmaktadır. Toplumsal yaşamda aktif üretime katılmayan ya da zayıf durumda olan yaşlı, çocuk, hasta ve diğerlerinin her türlü maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılayabilecek altyapıyı oluşturmuştur. Tabii bu altyapının, büyük bir ekonomik kaynak ve örgütlenmeyi gerektirdiği açıktır. İsveç toplumunda yüksek düzeyli vergilerin nedeni de bununla açıklanmaktadır. Her temel insan hakkının ekonomik bir gereğinin olduğunu bilen devlet, sosyal refah ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kaynakları büyük ölçüde vergilerle karşılamaktadır. Bunun yanında refah devletin toplumsal dayanışmaya yönelik yasal ve idari kurumları da oluşturulmuştur.

4.1. Sosyal ve Malî Yardım Hizmet Alanı

İsveç devleti her bireyin yaşamını uygar biçimde sürdürebilmesi için sosyal yardım almaya hakkı olduğunu kabul eder. Sosyal Hizmetler Kanunu (*Socialtjänstlag* 1980:620) bu haktan yararlanmada “makul standart” ölçüğünü (*en skäligh levnadsnivå*) dikkate alır.⁶⁷ Bu ölçüt bireyin kimseye muhtaç olmadan bağımsızca, ayaklarının üzerinde durabileceği bir yaşam düzeyine karşılık gelmektedir.

Yasa, yerel idarelere sosyal hizmetleri kurma konusunda geniş bir takdir hakkı verir. Bununla birlikte, sosyal yardıma hak kazanmak konusunda idari yargı da devreye girmektedir. İdari yargının geliştirdiği içtihatlar zamanla hakkın kullanımında bir genişleme yaratmıştır. Özellikle Yüksek İdare Mahkemesi (YİM)’nin içtihatları sosyal yardımlardan yararlanma hakkının kullanımında büyük kolaylıklar sağlamıştır. 1980’li yıllardaki bolluk ortamında bireyin lehine olan bu eğilim (yargının liberal tutumu) olumlu karşılanırken zamanla 90’lı yıllara gelindiğinde daralmaya başlayan ekonomi ve mali krizlerle birlikte eleştiriye konu olmuştur. 1995’lerde YİM içtihat daraltmasına gitmiştir. Artık yardımı hak etmek için daha sıkı koşullar aranmaktadır. Fakat yargının içtihatları sorunun çözümüne yetmemiştir. 1997’de yapılan bir değişiklikle yasada aranan şartlar daha belirgin hale getirilmiştir. Şimdilerde sosyal yardım

⁶⁶ Carlson, 2007, 215

⁶⁷ Wollmann, 2005, 347

yiyecek, giyecek, eğlence, harcama, sağlık, okuma, iletişim, enerji, seyahat, işe gidiş geliş, sigorta, tedavi, diş sağlığı, göz sağlığı, üyelik aidatları, sendika ve işsizlik ödenekleri gibi kalemler dikkate alınarak hesaplanmaktadır. Ancak yasada yer alan “makul harcama” konusunda hâlâ bir net tanımlama bulunmamaktadır. Yardımlardan yararlanan kişi iş eğitimi ve beceri geliştirme kurslarına da katılabilir.⁶⁸

4.2. Gençlerin Korunması

İsveç devleti gençlerin maddi ve manevi anlamda sağlıklı, üretken ve güvenli olmalarına yönelik sürekli önlemler geliştirmektedir. Gençleri Koruma Kanunu (1990:52 *Lag med sårskilda bestämmelser om vård av unga*, LVU) kamu idarelerine 18 yaşına kadar olan gençleri koruma altına alma yetkisi vermektedir. Rıza verilmesi sözkonusu ise gönüllü koruma programı uygulanır. Sosyal Yardım Kurulu (*socialnämnden*) “rıza”nın gerçek (geçerli) olup olmadığını ve daha sonra geri alınıp alınmadığını denetler. Rıza’nın verildiği durumlarda *socialnämnden* bakım ve korumanın “gönüllülük” esaslarına göre sürdürülüp sürdürülemeyeceğini de inceler.⁶⁹ Geçerli bir rızanın olmaması durumunda, LVU devreye girer. Koruma altına alma kararı, sosyal yardım kurulunun başvurusu üzerine idare mahkemesi tarafından⁷⁰ verilir. (1990:52 sayılı yasa, Bölüm 4) Korumaya alınacak gencin aile çevresinde veya kendisinin günlük yaşam çevresinde bakım ve gözetim yardımının devamına karar verilir. Yasaya göre evde tedavi istismar, şiddet veya diğer olumsuz koşullar bulunması durumunda sakıncalıdır. Bu şartlar, ilgili kimse 18 yaşın altında ise dikkate alınır. Psikolojik ve sosyopsikolojik tedavi özellikle uyuşturucu alışkanlığı ve suç işleme eğilimi, anti-sosyallik belirtilerinin olması durumunda sözkonusu olur. Bu gruptaki tedavi sadece 18 yaşın altındakilere değil, 18-20 yaş arası gençlere de uygulanır. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusu ciddi tartışmalara gebe. 1980’lerin başlarında İdari yargı kararlarında vurgulandığı gibi, “toplumun bakış açısıyla genç için en iyisinin ne olduğu”na göre karar veriliyordu. Fakat bu yaklaşımda bir değişiklik oldu. 1990’larda “hukuksallık ilkesi” dikkate alınmaya başlandı.⁷¹

Şimdilerde iç hukukun bir parçası olan İHAS ve Strasbourg Mahkemesi’nin de içtihatları dikkate alınmaktadır. İHAS 8. maddede

⁶⁸ Lavin, 2000, 91

⁶⁹ RÅ, 1995, Ref. 98

⁷⁰ Yasa’nın 6. Bölüm’ündeki acil durumların sözkonusu olduğu hallerde Kurul’un kendisi, başkanı veya bir üyesi tarafından “acil koruma kararı” da alınabilir. Bu karar daha sonra bir hafta içinde idare mahkemesinin onayına sunulur.

⁷¹ www.regeringskansliet.se erişim tarihi 15.04.2010

düzenlenen özel yaşamın ve aile yaşamının korunması hakkının bir parçası olarak gençlerin korunmasında bazı hassasiyetler dikkate alınmaktadır. Örneğin, koruma programı boyunca gencin anne-babayla ilişkilerine tamamen bir set çekilmemekte, toplumsal yaşamın olağan ikliminde “normalleşmesi”ne yardım edilmektedir. Keza sağlığı bakımından ciddi bir tehlike olmadığı sürece 12 yaşından küçüklerin koruma programına alınmak yerine ailesi ile görüşülüp daha özenli bir ortam hazırlanması sağlanmaktadır.⁷²

4.3. Yaşlılık Ödeneği ve Emeklilik

Uzun yıllar süren araştırmalardan sonra, milenyum çağının başlarında yeni bir emeklilik sistemi devreye konmuştur. Emeklilik Yasası (1998:674)'nda bu sistemin ana esasları düzenlenmektedir. Sistem (1) kazançla ilintili emeklilik, (2) eğer kazanç dayalı emeklilik belli bir miktara ulaşmıyorsa bir garanti aylığı, (3) bir emeklilik avansı, olmak üzere üç esas üzerine kurulmuştur. Emeklilik avansı, İsveç emeklilik sisteminde bir yeni düzenlemedir. Emeklilik kesintisinin belli bir yüzdesi bir fon'a yatırılmakta; bu fonun idaresine bireyin kendisi karar vermekte; gelecekteki emeklilik maaşı böylece kişinin tercihine göre belirlenmektedir. Bu sistemde devlet emeklilik konusundaki sorumluluğundan belli ölçüde sıyrılabilmektedir. Bireylerin emekli olmaları durumunda havuzda yeteri kadar kesintilerinin olduğundan emin olmaları gerekir. Doğalleyen, bireyin kontrolündeki böyle bir fon sosyal sigortaların diğer alanında (örneğin hastalık sigortası) da kullanılabilir. Bu sistemin oluşturulma nedeni, eski emeklilik sisteminin fonda kaynak yetersizliği olması durumunda çökme riski taşımasıdır.⁷³

4.4. Çocuk Yardımı

Çocuk yardımı ödeneği, birlikte yaşamayan ana-baba ve çocukların yaşamlarını kolaylıkla sürdürebilmelerine yönelik bir sosyal güvencedir. Çocuk başına her ay ödenecek miktar yasa ile belirlenmiştir. Ancak yardıma hak kazanabilmek için yasada öngörülen şartların oluşması gerekmektedir. Bir anlamda yardım nafakası şeklinde işleyen bu ödenek, kendisine ödeme yapılan ana-baba tarafından çocuk için bir hesaba yatırılır. Sosyal sigorta bürosu (*försäkrinskassan*) ne kadar kesinti yapılacağını hesaplayıp alır. Sorumlu olan ana-babanın geliri üzerinden hesaplama yapılır. Bu konuda ebeveynlerle sigorta ofisinin ilişkisi kamu hukukuna; çocuklarla ebeveynin ilişkisi ise özel hukuka dayanır. Her iki ilişki de paralel yürür. Yardım nafakası ebeveyn tarafından hesaba yatırılmadığı takdirde adli yargı yeri devreye girer. Anne-baba tarafından hesaba yatırıldığı halde çocuğa ödeme yapılmışsa sigorta ofisinin sorumluluğu

⁷² Regnemalm, 1991,112

⁷³ Lavin, 2000, 92

doğmaktadır. 1996 tarihli yeni yasaya göre sosyal sigorta bürosu nafaka miktarını saptamakla görevlendirilmiştir. Yargı burada ikincil düzeyde bir ek güvence olarak kalmakta ve sadece nafakanın hiç ödenmemesi durumunda öne çıkmaktadır. Doğal olarak bu uyuşmazlığın görünümünde daha çok kamu hukuku tekniğine başvurulmaktadır.⁷⁴

5. İdarenin Denetimi

5.1. İdarenin Parlamento Aracılığıyla Denetimi

Parlamentoya karşı sorumlu olan hükümet, gerek doğrudan (soru, gensoru, meclis soruşturması gibi yöntemlerle) ve gerekse dolaylı olarak (Ombudsman ve Sayıştay aracılığıyla) denetlenebilir.

21. yy'da bütün dünya ülkelerinin esin kaynağı olan ombudsman, ilk başlarda (1713'de Rus-İsveç savaşları sırasında) Kral XII. Charles seferde iken onun adına kamu idaresinin düzgün işleyişini gözetmek ve yasaların ülke genelinde yerli yerince uygulanıp uygulanmadığını denetlemekle görevliydi.

5.1.1. Ombudsmanlık, 1809 tarihli anayasada Kral ile parlamento arasında bir denge aracı olarak tasarlanmıştır. Sıradan yurttaşın, Kralın denetimindeki idarenin despotik uygulamaları altında ezilmemesi için böyle bir kurumun oluşturulması istenmiştir. Fakat Kral tarafından atanan Adalet Şansölyesi de varlığını korumuştur. Bu tarihten sonra demokratik iradenin atadığı Ombudsman (JO, *Justitie Ombudsman*) ile monarşik iradenin atadığı Adalet Şansölyesi (JK, *Justitiekanslern*) artık varlık kazanmışlardır.⁷⁵

5.1.2. Adalet Şansölyesi, aslında JO ile aynı işlevleri üstlenmiş durumdadır. Ancak JK, hükümet adına denetim yapar.

295 yıllık köklü bir geçmişi olan bu kurumun ilk zamanlar en önemli işlevi (bu tarihlerde Başsavcı –*Högste Ombudsman*- olarak adlandırılıyordu) Kral adına genel gözetim iktidarını kullanmaktı. Yasaların ülkede yerli yerince uygulanıp uygulanmadığını, kamu görevlilerinin görevlerini mevzuata uygun biçimde yapıp yapmadıklarını denetliyordu. 1719'da bu kurumun adı *Justitiekanslern* (Adalet Şansölyesi) olarak değiştirildi. İsminin değiştirilmesi, kurumun işlevinde herhangi bir değişikliğe yol açmadı. JO, idareyi denetleme işlevi günümüzde de daralmış yetki kapasitesiyle birlikte devam etmektedir.

1809 Anayasası'nda JK'nın görev ve yetkileri tanımlanmıştır Şansölye tarafsızlık içinde hukukçu kimliği ve yargıçlık deneyimi ile görev ifa eder. Kralın başhukuk temsilcisi olarak, devletle ilgili davalarda Kraliyeti temsil eder. Adalet hizmetlerinin denetimini de Kral adına yapar. Görevini ihmal eden kamu

⁷⁴ Lavin, 2000, 93

⁷⁵ Ombudsman hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Akıncı, Müslüm (1999), Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul: Beta Yay.

görevlilerini saptadığında yaptırım uygulanması için derhal harekete geçer. 1970’de yürürlüğe konan Yeni Anayasa’da JK hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte bu kurumun varlığı devam etmiştir.

1809’dan beri kurumun yapısında sadece iki önemli değişiklik yapılmıştır: 1840’da yapılan değişiklikle, JK’nın hukuksal konuların ele alındığı bakanlar kurulu toplantılarında hazır bulunması durumuna son verilmiştir.⁷⁶ Diğer, 1848’de yargı teşkilatını yeniden yapılandırma kapsamında gerçekleştirilmiştir. Bu değişiklikle, JK’nın bazı hafif suçlarda kovuşturmaya başlama görevine son verilmiştir. Fakat kamu görevlilerinin görevi ile ilgili suçlar bakımından kovuşturma yetkisi yine uhdesinde bırakıldı.

JK, hükümet tarafından atanan, siyasi yönden tarafsız bir kamu görevlisidir. Atama belli bir süreye bağlı olarak yapılmamaktadır; emeklilik çağına kadar atama söz konusudur. Kendisi istemedikçe hiçbir biçimde makamından alınmaz. Görevini bağımsızca yerine getirir.

Kural olarak Yüksek Mahkeme (Yargıtay) yargıçları veya onunla aynı sınıf ve dereceye sahip yargıçlar arasından seçilerek atanır. Burada güven ve saygınlık oldukça önemlidir.

Kurumun örgütsel yapısı oldukça küçüktür. Devamlı statüde çalışan 17 hukukçu ve 8 adet diğer görevli vardır. Burada görev yapan hukukçular yargıçlık özlük haklarına sahiptirler. Bunlar geçmişte çeşitli mahkemelerde daha önce yargıçlık yapmış kişilerdir. Bazı hallerde, gerek görülürse uzman bilirkişilerden de yararlanılabilir.

JK’nın başlıca görevleri şöyle özetlenebilir;

1-Hükümete yasa yapım sürecinde (yasa taslakları üzerinde inceleme yapıp, görüş bildirmek suretiyle) danışmanlık yapmak,

2-Devletin menfaatini ilgilendiren davalarda (devlet aleyhine açılan tazminat davalarında) hazineyi temsil etmek,⁷⁷

3-Devlet adına merkezi ve mahalli idarelerde görev yapan kamu hizmetlilerini denetlemek ve görevi kötüye kullanma durumlarında dava açmak,⁷⁸

4-Basın Özgürlüğü Kanunu’na göre tanımlanmış alanda basın özgürlüğünün aşılp aşılmadığını tesbit etmek. Bu tür davalarda JK bir savcı gibi

⁷⁶ Finlandiya Adalet Şansölyesi’nin bu görevi halen devam etmektedir.

⁷⁷ 1948’e kadar JK Başsavcılık görevini üstlenmişken, bu tarihten sonra bu görev Genel Savcılık kurumuna verilmiştir.

⁷⁸ İsveç Barolar Birliği de belli ölçüde JK’nın yetki kapsamındadır.

hareket eder. Aynı zamanda, Veri Kanunu (*Data Act*)’nda tanımlanan sayısal (digital) iletişimde kamunun yararını korumak üzere harekete geçer.⁷⁹

JK’nın denetim işlevi esasında JO ile çakışan bir konudur. Bu, kurumların tarihsel geçmişinden kaynaklanmaktadır. Biri Parlamento adına, diğeri Kraliyet adına denetim yapan bu kurumlar arasında yetki çatışması çıkmaması için şimdilerde sürekli iletişim halinde bir işbölümü yapılmaktadır. Bu iş paylaşımı zaman ve yer bakımından olabileceği gibi, konu bakımından da olabilmektedir. Böylece devletsel üst kurumlar arasında krize yer vermeden uzlaşma kültürü içinde herkes kendi işini yapmaktadır. Bireysel yakınlıklar genelde halkın kendisine daha yakın hissettikleri JO’na yöneltilmektedir. Fakat belli hukuksal önlem ve yaptırımların alınmasını isteyen kurumlar JK’ye başvurumaktadırlar.

Adalet Şansölyesi’nin basın özgürlüğüne ilişkin görevlerine gelince;

Basın Özgürlüğü Yasası ve İfade Özgürlüğü Yasası anayasal değerlerde iki temel yasadır. Basın Özgürlüğü Kanunu dört önemli koruma öngörür:

1-İdarenin basın kuruluşlarının basım, yayın ve dağıtım konusunda engellemesine karşı koruma,

2- haber alma ve yayınlama özgürlüğünü güvenceleme

3-neyin yayınlanabileceği/açıklanabileceği, neyin açıklanamayacağı konusundaki sınırları belirleme,

4- iletişim özgürlüğünün kötüye kullanılması durumunda yaptırım uygulama.

Kamusal bilgilere erişim ve paylaşım hakkının sınırları yasa ile (özellikle *Sır Kanunu*) belirlenmiştir. Sözle ve yazılı olarak bilgilerin (haber formatında) yayılması özgürlükler açısından hassasiyetler içerdiğinden bu konu dikkatle izlenmektedir.

Basında sansür uygulamasına yer verilmemektedir. Keza basılmış eserleri sistematik olarak önceden denetleyen bir kurum veya mekanizma bulunmamaktadır.⁸⁰ Yayın sonrası faaliyetlerde basının, kendine tanınan özgürlüğün sınırını aşıp aşmadığını saptama konusunda JK’ye görev verilmiştir. Özellikle basın suçlarında Şansölye savcılık rolünü üstlenmektedir. Basınla ilgili bir suç işlenmesi durumunda davanın açılmasına sadece JK karar vermektedir. Keza basılmış eserlerin toplatılması kararını da JK verir. İki hafta gibi kısa bir

⁷⁹ **Rustand, Håkan, (2007), The Chancellor of Justice in Sweden – a brief presentation, Stockholm:JK., s.3**

⁸⁰ **Marcusson, Lena, (1993), “Freedom of the Press. Rights and Protection of Informants to the Press”, Modern Legal Issues, An Anglo-Swedish Perspective (Ed. Ulf Göranson), Uppsala: Iustus Förlag, s.218**

sürede dava açılmadığı takdirde toplatma kararı kendiliğinden hükümsüz olur. Bazı basın suçları hükümetin izniyle kovuşturulabilir. Kovuşturma boyunca adli ve idari makamlar JK'ye her bakımdan yardımcı olmak zorundadır.

Basın Özgürlüğü Kanunu'nda gerek JK ve gerekse yargı yerlerinin basın davalarında nasıl hareket edeceklerine dair temel ilkelere de yer verilir. Buna göre, JK ve mahkeme heyetinin her zaman basının özgür bir toplumun temeli olduğunu unutmaması gerekir. Değerlendirmeler ifade tarzındaki hukuka aykırılıktan çok, maddi gerçeklik ve fikir üzerinde yoğunlaştırılarak yapılmalıdır. Haberin ya da düşüncenin sunum şekli çok, amacına bakılmalıdır. Muhakeme sonucunda tam bir netlikle suç saptanamamış, ikileme düşülmüşse o takdirde (*in dubio pro reo* ilkesi gereğince) mahkûmiyet yerine, beraata meyledilmelidir.⁸¹

5.1.3. Öteki Parlamento Denetim Kurumları

RF 12. Bölüm'de JO dışında parlamento aracılığıyla yapılan öteki denetim kurumlarına yer verir. Bunların başında Riksdag bünyesinde oluşturulmuş olan "Anayasa Komisyonu" (*Konstitutionsutskottet*) gelir. Bakanlıkların yürütme ile ilgili üst düzey işlevleri bu Komisyon tarafından denetlenir. Ancak iktidarın siyasi programı bu denetimin dışındadır. Burada yargı benzeri bir usul izlenir. Komisyon soruşturur, sormaca uygular ve elde ettiği bulguları bir rapor haline getirerek (Denetim Raporu) parlamentoya sunar. İnceleme ve araştırmaları sırasında bütün devlet organları ellerinde bulunan her türden bilgi ve belgeyi vermek ve Komisyonla işbirliği yapmak zorundadır.

RF 7. maddeye göre Parlamento kendi bünyesinde mali denetim komisyonu (*Revisor/ Auditors*) da oluşturur. Bu Komisyon, yapılan harcamaların Bütçe Kanunu'na uygun olup olmadığını denetler. Keza devletin mali ve ticari trendinin genel analizini yaparak kamusal kaynakların etkili kullanımına ilişkin değerlendirmelerde bulunur. Teftiş Komisyonu kamunun elindeki her türden bilgi ve belgeye ulaşma hakkı ve yetkisine sahiptir. Teftiş için de yerinde inceleme yapılabilir. Belli bir inceleme sonunda veya yıllık olarak hazırlanan (dönemsel) rapor Parlamento'ya sunulur.

Teftiş Komisyonu bir kamu görevlisinin yapmış olduğu harcamalar nedeniyle Bütçe Kanunu bakımından aklama veya zimmete yönelik bir karar vermez. Bu iş salt mali denetim yetkisiyle donatılmış Denetim (Murakabe) Büroları tarafından yapılır. Bu Bürolar, Ulusal Denetim Bürosu'na (bir tür Sayıştay) bağlı olarak faaliyette bulunurlar. Bu Büro, salt mali konularda değil aynı zamanda idari alandaki gelişmelere de odaklanmaktadır. Örneğin genel anlamda eğitim sisteminin yapılanmasına yönelik bir yönlendirme çalışması da

⁸¹ Rustand, 2007, 5-6

yapılabilmektedir. Ulusal Denetim Bürosu, çalışmalarında İdareyi Geliştirme Ajansı ile yakın ilişki kurar.⁸²

5.2. İdari Denetim

İsveç idari yapılanmasında hiyerarşik düzenin her kademesinde öz sorumluluk esaslı işler. Anayasa gereğince üst konumdaki bir idari birim alt konumda bulunan idareye –kural olarak- emir ve talimat veremez. Yetki kime verilmiş ise o makam tarafından kullanılır. Bu durum İsveç yönetim anlayışının bir sonucudur. Yasanın uygulamasında ve kamusal otoritenin kullanımında müdahaleden kaçınılarak idarenin özgüveninin gelişmesine imkan tanındığı gibi, bağımsızlık anlayışı içinde tam sorumluluk yüklenerek idari otorite desteklenmektedir. Bunun sonucu olarak üst idari birime bir konu ile ilgili olarak danışıp görüş almak, karar sahibi idarenin sorumluluğunda bir eksilme yaratmaz. Normal koşullarda da idarenin alt birimlere talimat vermesi sözkonusu değildir. Üst idari birime yapılacak gayrı-resmi bir başvuru ile işlemi değiştirmeye çalışmak (diğer ülkelerde yaygın olarak işe yarasa da) burada pek bir sonuç vermemektedir.⁸³ Üst idarenin –yasa ile verilmiş ayrık yetki dışında- kararı değiştirme yetkisi yoktur. Yine de idarenin bazı alanlarda -kamu soruşturma birimleri ile mahkûmların durumunu düzeltme taleplerinde- gayrı-resmi başvurular işe yaramaktadır.

İdarenin işlemine karşı her ne kadar itiraz yoluyla hiyerarşik üste başvurmak olanaklı ise de aslolan idarenin işlemini kendisinin düzeltmesidir. Bu, aynı zamanda idarenin gereksiz yere zaman ve para kaybına neden olmaksızın kısa yoldan hatasını telafi etmesine fırsat verir.

İdarenin yalın gözle anlaşılabilen maddi hatalarını her zaman için düzeltmesi mümkündür. Keza hukuk kurallarının uygulanmasında yapılan yanlışlıklar da düzeltilebilir. Vergi hukuku uygulamalarında idarenin örneğin, hatalı tahakkuku düzeltmesiyle vergi yükümlüsü açısından ekonomik kayıpların önüne geçilmiş olur. Bu, genel idari usulün de temel ilke ve gereklerindedir.⁸⁴

Lehe sonuç yaratan idari işlemler kural olarak geri alınamazlar. Ancak, şu üç durumda bu mümkündür: birincisi, iptal edilebilme koşuluyla (*cancellation proviso*) yapılan işlemler (Ör. İzin, ruhsat verme işleminde olduğu gibi). İkincisi, kamu sağlığı, kamu güvenliği nedenleri (ör. Yangın tehlikesi, ulaşım güvenliği vb.) belirlediğinde işlem geri alınabilir (Kazanılmış hak, kamu sağlığı ve güvenliği karşısında önkoşulsuz bir koruma görmemektedir).

⁸² Regnemalm, 1991, 136-137

⁸³ Regnemalm, 1991, 139

⁸⁴ **Marcusson**, Lena, (1995), “*Administrative Procedure*”, **Swedish Law, a Survey**, Stockholm: Juristförlaget, s.552

Üçüncüsü, kişinin bizzat etkili çabası ile idareyi yanıltarak lehine sonuç doğurucu bir işlem yapılmış ise o işlem her zaman için geri alınabilir.⁸⁵

İdare kolluk yetkisinden kaynaklanan işlemlerini her zaman için değiştirebilir. Emir ve yasak içeren bu türden işlemler hukuk sınırları içinde kalmak koşuluyla her zaman için düzeltilebileceği gibi, daha da ağırlaştırıcı önlemler alınabilir. Etkin ve etkili bir idare için mümkün oldukça hareket özgürlüğü sağlanmak amaçlanmaktadır. Kamu sağlığı ve güvenliği bakımından bir yasak, artık gerekli görülüyorsa idare bunu her zaman kaldırabilir.

İzin vermeyi içeren başvuruların reddinde, başvuran her zaman için yeni argümanlarla idareye bir kez daha başvurup karar alabilir. Ancak burada, gerçekten de koşulların değişmiş olması gerekir.⁸⁶

İdarenin hukuka aykırı kararlarına itiraz etme hakkı olmakla birlikte aslolan kendisinin yanlış kararını düzeltmesidir. Açık maddi hataları idare her zaman için düzeltebilir. Ör. Sosyal sigorta, vergi gibi alanlarda idarenin kendiliğinden düzeltme sorumluluğu vardır. İdarenin bir işlemini düzeltmesi ancak taraflar bakımından ek bir yükümlülük getirmediği veya tarafların zararına olmadığı takdirde mümkündür.⁸⁷

5.3. İdarenin Yargısal Denetimi

İsveç'te II. Dünya Savaşı'nın ertesinde idari yargı ve genel olarak idarenin yargısal denetim usulünde yeni arayışlar başlamıştır. Bu dönemde birincisi, giderek yaygınlaşan ve karmaşık örgütlenmeye sahip idare karşısında daha nitelikli bir idari yargı teşkilatı kurularak bireylerin özgürlüklerinin daha etkili biçimde korunmasına yönelik ihtiyaç; ikincisi, eskimiş kurum ve kuralların (ilkelerin) demokrasi ve anti-bürokratik eğilim karşısında yenilenmesi ihtiyacı sıklıkla dile getirilmiştir.⁸⁸ Bireyi idare karşısında zayıf durumdan kurtarmak ve idareyi daha fonksiyonel hale getirmek amacıyla hem teşkilatlanma, hem de usul konularında bir dizi reformlar yapıldı.

İsveç yargı örgütü adli yargı, idari yargı ve özel (görevli) yargı olmak üzere başlıca üç kısımdan oluşmaktadır. Anayasa'da Yüksek Mahkeme (*Högsta Domstolen*) ile Yüksek İdare Mahkemesi (*Regeringsrätten*) zikredilir; diğerleri ise yasa ile kurulmuş olan mahkemelerdir.

Anayasa (RF) Bölüm 11, m.2'ye göre görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak yasama ve yürütme dâhil hiçbir kamu erki davanın nasıl karara

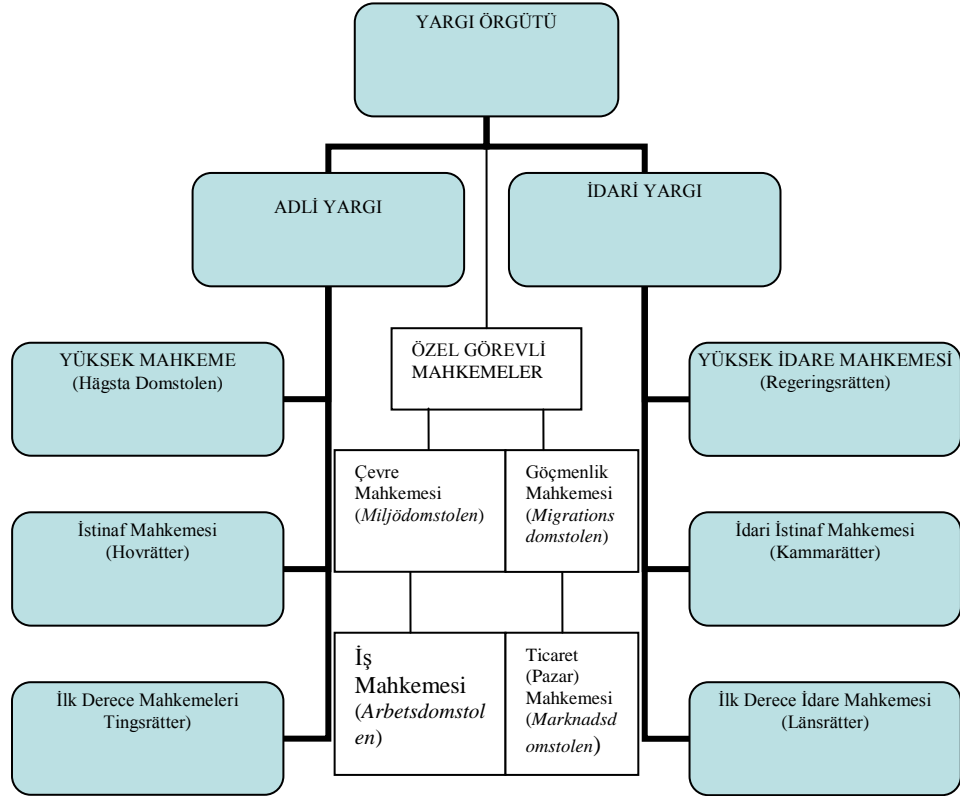
⁸⁵ Regnemalm, 1991, 141

⁸⁶ Lundin, Olle (1999), **Kommunal Revision**, Uppsala: Iustus Förlag, s.271

⁸⁷ Marcusson, 1995, 552

⁸⁸ Jägerskiöld, 1988, 87

bağlanacağı veya bir normun nasıl uygulanması gerektiği konusunda mahkemeye yön veremez. Mahkemelerin görev ve yetkileri yasa ile belirlenir (11/4 m.).



İsveç'te Fransız idari yargı teşkilatı model alınarak 1909'da *Regeringsrätten* kurulmuştur. Bu mahkeme, idarenin aldığı bazı kararları denetleyen hükümetin işyükünü hafifletme ve yurttaşlara daha iyi bir hukuk güvenliği sağlayacak ek mekanizmalar geliştirme istek ve niyetiyle kurulmuştur. Tarihsel bağlamda bakıldığında İsveç dil terminolojisinde yürütme erki (*regeringen*) ile yüksek idari yargı (*Regeringsrätten*) yakındaş bir görünüm sergiler.⁸⁹

⁸⁹ **Petersson, Olof – Beyme, Klaus von – Karvonen, Lauri – Nedelmann, Birgitta – Smith, Eivind** (1999), **Democracy the Swedish Way**, Stockholm: SNS Förlag, s. 58

Kuruluşundan itibaren uzun yıllar yürütmeye yakın bir konumda faaliyette bulunan idari yargı teşkilatı özellikle 1970'li yıllarda gerçekleştirilen yargı reformuyla (1971 ve 1976) bugünkü kimliğini kazanmıştır. Son yıllarda 1990'da ve 1996'da yapılan değişiklikler de reformların daha kurumsallaşmasını sağlamıştır. Bunlar arasında 1996 reformu bazı önemli değişiklikler getirmiştir. Bununla idari davalarda iki taraflı ve çekişmeli (*procédure contradictoire*) bir usul yürürlüğe konmuştur. Bu şu demektir; idari bir işleme karşı bir kişi başvuruda bulunduğu, karar mercii davacı ile eşit konumda görülen davanın bir tarafıdır. Bu değişiklikten önce karar mercii davanın tarafı olarak görülüyordu; daha çok kendisinden bilgi alınan konumundaydı. Sonuç olarak idari dava ile idari usul arasındaki sınır biraz daha belirginleşmeye başlamıştır.⁹⁰

Mahkemeler, hukukçu bir başkan ve meslekten olmayan (*nämndemän*, genelde ilgili sektörde uzman, halktan *–lekmannadomare-* kişiler) yargıçlardan oluşan heyetle karar verirler.

Adli yargı ile idari yargının görev alanı net değildir. Bu nedenle de zaman zaman yetki çatışmaları yaşanmaktadır.⁹¹ Adli yargıda bir genel

Ticaret Mahkemeleri (*Marknadsstolen*) tüketici hakları ile pazar ve rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakar.

İş Mahkemeleri (*Arbetsdomstolen*) kamu ve özel sektörde bir hizmet akdi ile çalışanların iş uyuşmazlıkları ile disiplin yaptırımından doğan uyuşmazlıklara bakar.

⁹⁰ **Matz**, Henrik, (2000), “*Foundations of The Right to Access to Justice*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd, s.681

⁹¹ Bunun bir örneği vergilendirme yetkisinden doğan uyuşmazlıkta yaşanmıştır. Belediye vergileri, yerel vergiler grubundadır. O bölgede oturanların daha sonra kendi belediyelerine aktarılmasını diye Maliyeye yatırdıkları bir vergidir. Ancak 1995 tarihli bir yasaya göre Devlet bu vergilerden bir kısmını elinde tutar ve daha zayıf durumda olan belediyelere aktarır. Bu düzenleme Hukuk Konseyi (*Lagrådet*) tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur. Zira bu yasa her belediyenin öz sorumluluklarını yerine getirebilmesi için kendi bölgesindeki mükelleflere vergi tahakkuk ettirme olanağını ortadan kaldırmaktadır. Yasaya bakılırsa bir belediyede ödenen vergi değişik amaçlarla bir başka bölgede kullanılabilir. Bu itirazlara rağmen yasa yürürlüğe konmuştur. İşte bu yasanın uygulamasından doğan bir dava, Güney İsveç'te bulunan Vellinge belediyesinin devletten 42 milyon SEK alacaklı olduğuna dair yaptığı bir başvurudur. Bu davada ileri sürülen sav, devletin burada sadece geleneksel bir muhasebeci, bir emanetçi olduğu; zamanı gelince bu emaneti gerçek sahibine teslim etmesi gerektiği yönündeydi. Bir başka anlatımla davanın esası, idari ya

Muhakeme Usulü Kanunu (*Rättegångsbalken*) uygulanırken, idari yargıda İdari Yargılama Usulü Kanunu (*Förvaltningsprocess 1971:291*) ve bunun yanında özel yasalardaki usule ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

İdare mahkemeleri önüne gelen bir uyuşmazlıkta açıkça yasa ile görevli kılınmadığı takdirde, yetkisizlik kararı vermektedir. Kendisine dosya gönderilen yargı yeri davaya bakmaktadır. Böylece başvuruda bulunan, nereye başvuracağı konusunda ekstra çabaya girmeden, hak kaybına uğrama çekincesi ve telaşı yaşamadan yakınmasının dinleneceği güvencesine kavuşmuş olmaktadır.

Kural olarak yerel idarelerin kararlarına karşı bölge düzeyinde itiraz edilebilir. İl idare kurulu örneğinin polis idaresi veya belediye encümenliğinin vermiş olduğu kararlara karşı yapılan başvuruları görüşür. Bazı durumlarda yakınma konusu temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren bir kararla ilgiliyse o takdirde Regeringsrätten'e başvurulabilir. Bölgesel veya yerel kurullar merkezi idari otoritenin altında ise kararları ilgili otoritenin yönetim kurulunca denetime havale edilir. Örneğinin, Posta İdaresi'nin bölgesel veya yerel idarecilerinin kararlarına karşı yapılan başvurular Posta İdaresi Kurulu'na yollar; iş teftişi ile ilgili kararlara karşı yapılan başvurular ise İş Güvenliği ve Sağlığı Kurulu'na havale edilir.

Bazı idari kararlara karşı hükümete itiraz yoluyla gitmek gerekebilir. Yetki paylaşımının gerisindeki neden, hukuksal konularla ilgili uyuşmazlıkların yargıya; siyasi konularla ilgili uyuşmazlıkların ise hükümete gönderilmesidir. Bu konudaki ayıklama da açık biçimde yapılamasa da, *Förvaltningsprocesslagen* m.8'e göre, idari yargıya yasal bir dayanakla başvurulması gerekir. Belli bir sektörün maddi olarak düzenlenmesi bir yasa ile olduğu takdirde ya da daha açık anlatımla bir idari faaliyet yasa ile açık biçimde düzenlendiği durumda –genel düzenleyici idari işlemlerle de belirginleştikten sonra- idari yargıya gidilebilir.

İdari uyuşmazlıklarda ilk derece (genel) yargı yeri *Länsrätten*'dir.⁹² Ancak bazı davalarda ilk derece mahkemesi sıfatıyla İdari İstinaf Mahkemesi

da mali bir yaklaşımdan çok, medeni hukuk temelinde açılıyordu. Yetki uyuşmazlığı konusu, İstinaf Mahkemesi'nde adli yargının görevli olduğu kararıyla çözümlendi.

Buna karşın tarımsal destekleme yardımı ile ilgili bir davada başvurusunun AT Yönergelerine dayanarak ileri sürdüğü savların sözkonusu olduğu uyuşmazlık "idari" nitelikte görülerek dosya idari yargıya yollanmıştır. Bkz. **Nergelius**, Joakim (2000), "*Sweden System of Judicial Protection*", **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe** (?), European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.,s.673

⁹² Sayıları 24 adettir.

(*İİM-Kammarrätten*)'ne⁹³ de başvurulabilmektedir. Danıştay konumundaki Yüksek İdare Mahkemesi (*YİM- Regeringsrätten*) ise daha çok içtihat mahkemesi konumundadır. İdari İstinaf Mahkemesi (*Kammarrätten*) ilk derece idare mahkemesinin (sosyal güvenlik yardımı, ehliyet işleri, vergi tahakkuku ve nüfus işlemleri ile ilgili) kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularını inceler. Kural olarak İdari İstinaf Mahkemesi'nin her kararına karşı YİM'ne başvurmak olanaklı ise de pek çok dosyada *de facto* olarak temyiz başvurusu İİM ile sınırlı kalmaktadır (İYUK m.36). Bazı durumlarda temyiz yeri YİM'dir. Örneğin Patent Mahkemeleri (*Patentbesvärsträtten*)'nin kararlarına karşı temyiz yeri YİM'dir. Keza, vergi tahakkukuna karşı yapılan itirazları değerlendiren Ulusal Vergi Kurulu (*Riksskatteverket*)'nun kararlarına karşı YİM'ne temyize gidilir.

Hükümete itiraz yoluyla gidilebilen kararlar özel yasalarda tanımlanmıştır. Örneğin, yerel trafik düzenine ilişkin (araç işletme izinleri) ya da atamaya ilişkin kararlar, vatandaşlık başvurularına ilişkin kararlar, yabancıları ilgilendiren konular ve kolluk işleri ile ilgili kararlar aleyhine hükümete itiraz yolu ile başvurmak olanaklıdır. Bazı hallerde ilk ve son derece itiraz mercii yasa ile belirtilir. Örneğin, seçim işleri ile uyumsuzluklar Yüksek Seçim Kurulu'nda görülür. Bazı mahkemelerin temyiz yeri de yasa da özel olarak gösterilebilir. Örneğin, Yabancılar Kanunu (1989:529 *Utlänningslag*)'na göre İsveç Göçmenlik Kurulu (*Migrationsverket*)'nun kararları aleyhine idari yargıya gidilebilir.

5.3.1. Başvurulabilirlik

Geleneksel idari anlayışa göre İsveç yurttaşlarının idari bir karar aleyhine (eskiden Krala yapılırdı) idari ve yargısal başvuru hakları vardır. Yasa ile açıkça yasaklanmadığı sürece bu ilke bütün idari faaliyetler için geçerlidir (1986:223 sayılı İUK, m.22/a).

Kural olarak kesin ve yürütülebilir aşamaya gelen idari işlemler aleyhine yargıya başvurulabilir. Bazı durumlarda kesin ve yürütülebilir aşamaya gelmese bile örneğin, “idarenin güç kullanmaya karar vermesi gibi durumda bu, etkili bir işlem olarak algılanıp “dava edilebilir” olarak kabul edilmektedir.⁹⁴

1980'li yıllarda İsveç'te Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özellikle bazı idari işlemler aleyhine yargı yoluna gidilememesi nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırılıktan dolayı mahkûm edilince bir dizi reform yapıldı. Her ne kadar *Lassagard* kararı İsveç'in AB hukukundan kaynaklanan haklarla ilgili idarenin verdiği kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaması gerekçesine dayansa da, bu karar diğer idari işlemlere de engel olmuştur.1988 tarihli Bazı

⁹³ Sayıları 4 adettir.

⁹⁴ Nergelius, 2000, 677

İdari Kararların Yargısal Denetimi Hakkında Kanun (*Lag om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut* 1988:205) önemli bir yenilik getirdi: idari yargı kendisine yapılan bir başvuruya bakacaktır. Ancak burada da bazı sınırlandırmalar söz konusudur; idari yargıya bir başvuruda bulunabilmek için uyuşmazlığın Anayasa'nın 8/2-3. maddelerinde anılan düzenlemelerle ilgili olması (Uyuşmazlığın davacının idare tarafından öngörülen medeni bir hakkı veya bazı idari yükümlülükleri içeren kurallarla ilgili olması) veya uyuşmazlığın bir kamusal yetki kullanımından (*myndighetsutövning*) kaynaklanması gerekir. Olağan başvuru yolu öngörülmemişse uyuşmazlık ayrık kurallarla çözümlenir. Hükümet kararları YİM'de, diğer idari otoritelerin kararları İİM'de muhakeme edilecektir.⁹⁵

5.3.2. Dava ehliyeti

İdari bir işlem aleyhine yargı yolunun veya itiraz olanaklarının açık olması o karara karşı herhangi bir kişinin başvuruda bulunabileceği anlamına gelmez. İsveç hukukunda *actio popularis* geçerli değildir. Başvuru hakkının kime ait olduğu konusunda pek çok yasal düzenlemede hüküm bulunmaktadır. İUK 22 m., İYUK 33. maddesi *locus standi* konusunda genel ilkeleri ortaya koyar. Bir karara karşı bu karardan olumsuz etkilenen kimse başvuruda bulunabilir. Başvuru hakkı sahibi, bir işlemin kendisine yöneltildiği, başvurusu reddedilmiş, kendisine bir yasak veya emir yöneltilmiş kişidir. Ancak doğrudan değil de, karardan dolaylı olarak etkilenecek olan bir kişinin de başvuru hakkı kabul edilmektedir. Bu kişi herhangi bir kişi değil, menfaati hukuk düzeninde tanınmış ve bu işlemde zarar gören (ya da görececek olan) kişidir. Hangi kişilerin menfaatlerinin korunmaya değer görüldüğü yasal düzenlemelerin içeriğinden anlaşılabilir. Örneğin, vergi yükümlüsü veya hazine kayyumu gibi kimselerin başvuru hakları tanınmaktadır. Ancak ihbarcının başvuru hakkı kural olarak tanınmamaktadır.⁹⁶

⁹⁵ Ancak 1988 tarihli düzenlemeye karşın yine de bazı gri alanlar bulunmaktadır. Örneğin yargı benzeri bazı idari otoritelerin kararlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İHAS 6. madde "herkes" demesine karşın 1988 tarihli yasada idari işlemlerle "kişisel bir ilgi"nin olması gerekiyor. Bu da dava hakkı bakımından bir kısıtlama getiriyor. Öte yandan yasa'nın uygulama alanı da dardır. Bu nedenle öğretilerde yığınla eleştiri almıştır. Bkz. Nergelius, 2001, 677

⁹⁶ Bir kararında Yüksek İdare mahkemesi, ziyaret ettiği evin iki köpeği tarafından saldırıya uğrayan bir kadının, belediyeye köpeklerin itlafı için yapmış olduğu başvurunun reddine karşı yaptığı itirazı *locus standi* yokluğu nedeniyle reddetmiştir. Bkz. Regnemalm, 1991, 223

5.3.3. Süre

Başvurunun belli bir süre içinde yapılması gerekir. Bir işleme karşı başvuru üç hafta ile sınırlıdır (İYUK m.7, İUK m.23). Süre, bildirim ya da ilan tarihinden itibaren işlemeye başlar. Süre aşımı, işlemi yapan idarece denetlenir. Başvuru dilekçesini alan yetkili idari birim önkoşullar yönünden bir inceleme yapar. Bir eksiklik saptamazsa, başvuru hakkında karar verecek mercie dilekçeyi havale eder. Süre aşımı varsa dilekçenin reddine karar verilir. Ancak başvuranın yasal (meşru) bir mazereti varsa o takdirde süre aşımı olmadığı kabul edilerek dilekçenin kabulüne karar verilmektedir. Örneğin, idarenin yaptığı işlemde buna karşı nereye, nasıl ve ne kadar sürede başvurulacağı gösterilmemiş ve sürenin geçirilmesi mazur görülebiliyorsa veya idarenin bir yanılması sözkonusu ise o takdirde süre aşımının olmadığı kabul edilir. Bazı olağanüstü durumlarda (*restitutio fatalium*) ıslah yoluyla başvurunun kabulüne karar verilebilmektedir.⁹⁷

5.3.4. Başvuru Şekli ve Temsil

Kural olarak başvurunun bir dilekçe ile yapılması gerekir. Dilekçede isim, adres, iletişim bilgileri, imza ile itiraz konusunun ne olduğu açık biçimde belirtilmelidir.

İsveç idari yargısında davada bir avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Fakat maddi durumu iyi olmayıp da avukat tutmak isteyen, mahkeme avukat atayabilmektedir. Masrafları devlet karşılamaktadır.⁹⁸

5.3.5. Başvurunun Ele Alınışı ve Hüküm

Yargı yeri kendisine gelen bir başvuruyu öncelikle önkoşullar bakımından incelemeye tabi tutar. Önkoşullarda bir eksiklik tesbit edilemezse o takdirde esasa geçilir.

İlk olarak geçici tedbir kararlarının istenip istenmediğine, istenmiş ise bunun yerinde olup olmadığına bakılır. Muhakeme, mümkün oldukça tam bir açıklık içinde gerçekleştirilir.

İdari yargı önüne gelen bir uyuşmazlıkta esas hakkında denetim yaparken işlemi “hukuka uygunluk” kadar “akla uygunluk” testine de tabi tutabilir. Muhakeme sonucunda –olgusal gerçeklikler de dikkate alınarak- işlem iptal edilebileceği gibi, yeniden formüle edilebilir veya tamamen yeni bir kararla değiştirilebilir de.

⁹⁷ Marcusson, 1995, 553

⁹⁸ Lerwall, Lotta, (2000), “*The Effectiveness of Administrative Justice: Sweden*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd, s.756

Bir de Yerel Yönetim Yasası'nın (1991:900 *Kommunallag- KL*) 10. maddesinde düzenlenmiş olan bir belediye yakınması yöntemi de bulunmaktadır. Daha sınırlı bir uygulama alanı olan bu yöntem (*Laglighetsprövning*)⁹⁹ yerel ve bölgesel otoriteler tarafından alınan kararların denetimi için başvuru usulünden oluşmaktadır. KL'nin 10. bölümünde düzenlenmiş olan bu yöntemde, o yerde yaşayan (karardan doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen) herhangi bir kimsenin başvurusu üzerine belediyenin ilgili birimi yakınmayı inceler ve itirazı yerinde görmezse bu kez belediyenin bir mensubu idare mahkemesine konuyu taşıyabilir. Burada amaç kuşku içeren bir idari işlemi yargı yoluyla kristalize etmektir. Belediyenin almış olduğu karardan mağdur olduğunu ileri süren yakınmacı (o bölgede oturan) bir dilekçe ile yakınma konusunu, yakınılan kararı, karara kısmen mi yoksa tamamen mi itiraz ettiğini, adres ve kimlik bilgileri ile ve varsa temsilcisinin de vekâletnamesini koyarak başvuruda bulunur. Süre, burada da kararın bildiriminden (ya da duyurusundan) itibaren üç hafta ile sınırlıdır. Belediyenin ilgili kurulu gerekli incelemeyi yaptıktan sonra, bu kararı yeniden ele alıp almayacağına dair bir karar alır. Eğer önceki kararını yeniden ele almayacağı yönünde bir karar alırsa bu kez bir mensubunun itirazı ile konu idare mahkemesine iletilir.¹⁰⁰ İdare mahkemesi bu başvuruda dar ölçekli bir "*hukuka uygunluk*" (*laglighetsfrågor*) denetimi yapar. Mahkeme, işlemin yasanın aradığı biçimsel koşullara uygun olup olmadığı, yetki aşımının bulunup bulunmadığı ve mağduriyetin koşullarının meşruluk içerip içermediğini araştırır. İşlem hukuka aykırı bulunursa, yargı yeri tarafından iptal edilir.¹⁰¹

İdari yargıda iptal başvurusunda dikkate alınan hukuka uygunluk, yerindelik veya uyarlık, hakkaniyete uygunluk, akla uygunluk gibi gereklere karşın belediye itirazı (yakınması)'nda sadece "*hukuka uygunluk*" ölçütünün kullanılması öğretide oldukça eleştiri almaktadır. Zira öteki konularda hakkaniyet, yerindelik gibi ölçütler dikkate alınırken burada sadece hukuka uygunlukla yetinilmesi yargılama mantığında çelişkili bir durum olarak değerlendirilmektedir.¹⁰²

⁹⁹ Ya da diğer bir adıyla "*Kommunalbesvär*"

¹⁰⁰ Belediyenin Sosyal Hizmetler Kanunu (*socialtjänstlagen*)'ndan kaynaklanan işlerin ele alındığı sosyal işler kurulu (*sociálnämnd*)'nin kararlarına yönelik itirazları içeren dilekçe idare mahkemesine değil de 7 kişilik vilayet kurulu (*länsstyrelse*)na yollanır. Ehliyet, kolluk, pasaport ve ilin genel eşgüdüm planlaması ile ilgili işler burada kararlaştırılır. www.domstol.se

¹⁰¹ Lavin, 2000, 103

¹⁰² Nergelius, 2000, 743

İsveç hukuk öğretisinde ve uygulamasında objektif ve sübjektif dava bilinmemektedir. İsveç hukukundaki *förvaltningsbesvär* ile *laglighetsprövning* usulleri, Fransız idari yargısındaki *recourse de pleine juridiction* ve *recourse en annulation* usullerinden daha geniş anlaşılmalıdır.¹⁰³

Yargılama, yazılılık esasına dayanır. Yeni düzenlemeye göre taraflardan birinin istemesi ve bu istemin “açıkça gereksiz olmadığı” (*manifestly unnecessary*) durumlarda duruşma da yapılabilir. İdari yargı yerleri, AİHM içtihatlarını da artık sıkı biçimde dikkate almaktadır. Dolayısıyla sözlü duruşma istenmesi durumunda bu olanağın taraflara tanınması için esnek yaklaşılmaktadır. Dosyanın karar verme olgunluğuna getirilmesi görevi mahkemeye aittir. Ancak yargıcın aktif bir kendiliğinden araştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle taraflar yargılamada daha etkin rol oynarlar.¹⁰⁴ İdare, istenmesi durumunda elindeki her türlü kanıt aracını mahkemeye sunmakla yükümlüdür. Ancak (yukarıda değinildiği gibi) devlet sırrı sayılan bilgi ve belgeler konusunda ayrıksı bir duruma mahkeme de saygı göstermektedir.

Duruşmalar genelde alenidir. Buna karşın çocukların psikiyatrik tedavilerine karar verilmesi gibi gizlilik kararı alınan durumlarda duruşmalar kapalı yapılabilir. Gerek görülmesi durumunda tanık dinleme, bilirkişiye başvurma ya da keşif yapma olanaklıdır. İdare mahkemesinin kararlarına karşı temyiz (istinaf) yolu açıktır.¹⁰⁵

İdare Mahkemeleri genelde bir meslekten ve üç de meslekten olmayan yargıçla karar verirler. Basit veya çok ivedi davalar sadece meslekten yargıç tarafından da karara bağlanabilmektedir.¹⁰⁶ Hukuksal olarak dillendirmek gerekirse aslında idari yargıç “hukuk yaratmak” için görevlendirilmiştir. Yazılı

¹⁰³ Matz, 2000, 689

¹⁰⁴ **Marcusson**, Lena (2000), “*Access to Justice in Field of Administrative Law: Sweden*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd, s.732

¹⁰⁵ www.juradmin.eu/eurtour/eurtour_en.lasso?page=detail&countryid, (2005) Report for Sweden, s. 14 (Q.56)

¹⁰⁶ İstinaf Mahkemesinde 3 veya 4 yargıçla karara verilmekte, bazı davalar iki meslekten olmayan yargıcın katılımıyla karara bağlanabilmektedir.

yargılama geçerli olsa bile, geleneksel anlamda yetki, yansızlık ve adalet arama rolü ona bu olanak ve özgörevi vermektedir.¹⁰⁷

Mahkemeler usul kurallarına sıkı biçimde bağlıdırlar. Takdir yetkisi bu alanda göreceli olarak sınırlı sayılabilir. Yargıç dilekçedeki istemden ötesine kural olarak karar veremez. (İstisnaen bazı koşulların gerçekleşmesi ve sonucu bir başkasına zarar vermeyecek olan kararlar dilekçedeki istemden biraz öteye gidilebilmektedir *-reformatio in melius*). Bu ayrık durumun dışında kural olarak istemle bağlılık esastır.¹⁰⁸

Beri yandan yargıç, tarafların sunduğu argümanlarla sınırlı yargılama yapar; kendiliğinden olayın ayrıntılarını araştıramaz. İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 8. maddesindeki anlatımla mahkeme "*davanın özelliklerinin gerektirdiği ölçüde*" bir araştırma yapar. Yargıcın araştırma ödevi davanın ve olguların niteliğine göre değişmektedir. Ne idarenin, ne de idare mahkemesinin ayrıntısıyla araştırma sorumluluğu olduğu söylenebilir. Bu nedenle başvuran kimse istemini, kanıt araçlarını ve iptal nedenlerini daha ilk başta dilekçede netleştirmelidir. Yine de ileriki aşamada yeni argümanlar sürmek için açık bir yasaklayıcı hüküm de doğrusu bulunmamaktadır. Mahkemeler bu konuda esnek davranmaktadır.¹⁰⁹

Hüküm taraflara yazılı olarak tebliğ edilir. Kararda ne kadar sürede ve hangi üst mahkemeye başvurulabileceği belirtilir. Hüküm genelde dosyada ileri sürülen savlar tek tek ele alınarak yazılır. Gerekçeli olarak karar verilir. Ancak istinaf başvurusunda mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını onaylıyorsa kısa karar verilmekle yetinilir. Buna karşın Yüksek İdare Mahkemesi genelde "içtihat" ürettiğinden kararları ayrıntılı ve doyurucudur.¹¹⁰

¹⁰⁷ Nergelius, Joakim, (2000), "*Grounds of Substantive Review: Sweden*", **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd, s.744–745

¹⁰⁸ Andersson, 2000, 718

¹⁰⁹ Tabii denetimin konu ve türüne göre değişmektedir bu esneklik; "hukuksallık" denetimi yapılan belediye başvurusunda daha katı yaklaşım sergilenirken, akla uygunluk, yerindelik, uyarlık denetimi yapılan diğer konularda bu esneklik daha da artmaktadır.

¹¹⁰ İsveç'te Yüksek İdare Mahkemesi'nin içtihatları her yıl toplu olarak bir kitapta yayımlandığı gibi, internet ortamında da erişime açıktır. Ancak idare ve İdari İstinaf Mahkemesi'nin seçilmiş kararları (tarafların isimleri saklanarak) verilebilmektedir.

Yargıç iptale karar verebileceği gibi, doğru idari işlemin uyarlanmasına da karar verebilir.¹¹¹ Mahkemenin kararı verildiği andan geçerli olmak üzere ilerisi için hüküm ve sonuç doğurur. Ancak sosyal güvenlik yardımı veya vergi gibi konularda geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğabilmektedir. Genelde mahkeme kararı sadece taraflar bakımından hüküm ifade eder. Önceki yargı kararları resmi olarak bağlayıcı değildir. Mahkeme yeni bir karar vermekte serbesttir. Keza Yüksek İdare Mahkemesi'nin de içtihatları bağlayıcı değildir fakat uygulamada genelde bunlara uyulmaktadır.¹¹²

5.3.6. Geçici Koruma Önlemleri

Förvaltningsprocesslagen'nda (28. m) idare mahkemesine, yapılan bir başvuru nedeniyle dava konusu işlemin, dava hakkında kesin karar verilinceye kadar haksız sonuçlar doğuracaksa yürütmesinin durdurulması yetkisi verilmektedir. Mahkeme aynı zamanda gerek gördüğü diğer önlemleri de alabilir. Bu karar istem üzerine verilebileceği gibi, -gerek görülürse-kendiliğinden de verilebilir. Yasa'da bunun dışında acil müdahale gerektiren durumlarda (örneğin çocuğun istismarını önlemek amacıyla korunmasının reddedildiği veya sosyal yardım kurulu'nun mali destek vermeyi reddettiği durumda geçici önlem olarak olumlu karar verme biçiminde) müdahale olanakları da yargıcın yetkisine verilmektedir. Yargı yeri yürütmenin durdurulması sonucuna bir bütün olarak bakar. Uyuşmalığa bakan yargıç, dava konusu idari kararın değişmesinin "muhtemel" olup olmadığını öncelikle değerlendirir. Davanın başarı şansı düşük görülüyorsa o takdirde y.d. olasılığı da düşüyor. Kararın yürütümü durumunda başvuranın bundan zarar görme olasılığının kaçınılmaz olması da diğer önemli bir gerektir. Zarar riski düşük olan durumlarda da y.d. verilebilir fakat ihtiyatlı yaklaşılır.¹¹³

Regeringsrätten (YİM), yürütmeyi durdurma konusunda esnekleştirmeye yönelik içtihatlar geliştirmiştir. Örneğin bir dosyada RÅ 1990 ref. 82'de yakınmacı (bir vakıf) içkili bir yer işletmektedir. Vakfın faaliyetleri İl İdare Kurulu (*länsstyrelsen*) tarafından durdurulmuştur. Yakınmacı ilk derece mahkemesinden y.d istediği halde bu istemi uygun bulunmamıştır. Konu temyiz yoluyla YİM'ne geldiğinde mahkeme, bu kararın değişme olasılığının yüksek olduğunu dikkate alarak y.d. vermiştir. Mahkeme'ye göre y.d. kararı vermek

¹¹¹ Belediye itirazında (*Laglighetsprövning*) işlem hukuka aykırı bulunursa idari yargı yeri sadece iptale karar verebilir. Matz, 2000, 689

¹¹² www.juradmin.eu/2005/-report for Sweden, s.13

¹¹³ Nordback, Kenneth, (2000), "Interim Relief and Provisional Measures – Sweden", **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe**, Vol. XIII, European Public Law Center/ Esperia Publications Ltd: London, s. 746

tarafardan biri için oldukça önemli hale gelmişse o takdirde bu yönde bir değerlendirme yapılmalıdır. Davanın nasıl sonuçlandırılacağı tam olarak belirgin değilse o takdirde bu y.d. lehine yorumlanıp karar verilmelidir.¹¹⁴

Keza RÅ 1992 33 kararında da YİM bir sürücü belgesinin iptali ile ilgili davada telafisi imkânsız zarar doğma olasılığı olması ve davanın akıbetinin belirgin olmaması nedeniyle y.d. kararı vermiştir.¹¹⁵

Belediye yakınması (*Laglighetsprövning*) yönteminde de y.d. verilebilir. Kararın hukuka aykırılığının ve yürütümü durumunda özel ve genel kamusal menfaate zarar verme olasılığının “çok güçlü” olması gerekir.¹¹⁶ Zaten bu yöntem kişiyi tatmin etmek için değil, devletin yerel yönetimleri denetlemeyi olanaklı kılmak için getirilmiştir. Bu önlemler bir veya normal heyetteki sayıdan daha az sayıdaki yargıç tarafından kararlaştırılabilir. Geçici koruma önlemi hakkında karar veren yargıcın esas karara katılmasında bir sakınca görülmemektedir.¹¹⁷

Bir diğer esnek geçici koruma önlemi “*erteleme*” (*anstånd*)’dir. Vergi davalarında davanın sonuna kadar vergi borcunun ödenmesinin ertelenmesi kararı verilebilmektedir. Burada genelde y.d. için aranan sıkı koşullar aranmamaktadır.¹¹⁸

Ayrıca İsveç’de idari itiraz aşamasında da üst idari birim alt derece idaresinin yaptığı işlemle ilgili olarak geçici askıya alma kararı (*inhibition*) verebilmektedir. Böylece idare karşısında hakkı ya da özgürlüğü tehlikede görülen kişi hem yargı öncesi aşamada, hem de yargı aşamasında etkili biçimde korunmaya çalışılmaktadır.¹¹⁹

5.3.7. Yargılamanın Yenilenmesi (*Resning*) Başvurusu

Bir işleme veya karara karşı yasada öngörülen süre içinde itiraz etmek gerekir. İtiraz edilmeden bir karar kesinleşmiş ve bu durum kamu düzeni ve kişi

¹¹⁴ Nordback, 2000, 751

¹¹⁵ Regeringsrätten årsbok 1990–1992.

¹¹⁶ **Lavin**, Rune, (1990), “*Civil and Administrative Procedure: The Differences and Their Explanation*”, Strömholm / Hemström (ed.), **Swedish National Reports to the XIII International Congress of Comparative Law**, s. 262

¹¹⁷ www.juradmin.eu/en/eurtour/eurtour_en.lasso?page=detail&countryid 2005, “Administrative Justice in Europe - Report for Italy”s.15 (Q.57)

¹¹⁸ Nergelius, 2000, 750 vd.

¹¹⁹ **Eklund**, Hans, (1998), **Inhibition**, om verkställighetsförbud M.M. I Judiciell Process, Inom Förvaltningsrätten och I Utsökningförfarandet, Uppsala: Iustus Förlag, s.335

güvenliği bakımından olumsuzluklara neden oluyorsa, o takdirde YİM'ne başvurularak süreaşımı nedeniyle kesinleşen bu işlem için temyize gitme olanağı verilmektedir. Bir tür yargılamanın yenilenmesi ya da olağanüstü temyiz başvurusu olan *resning* RF Bölüm 11, m.11'de temellerini bulur. *Resning* sadece zamanaşımı işlediği için kesinleşen idari işlemler için değil, aynı zamanda temyiz (itiraz) olanağı bulunmayan işlemler için de geçerlidir.¹²⁰ Amaç burada mümkün oldukça hukuksal güvenliği enüst düzeyde sağlamak ve kişi özgürlüğüne aykırı olan durumları ayıklamaktır. İşlem kesinleşmeden önce maddi ve usulî bakımdan hukuka aykırılıkların olması, takdir yetkisinin yanlış kullanılması, yeni argümanların ortaya çıkmış olması durumunda yargılamanın yenilenerek işlemin denetimine olanak tanınır.¹²¹ YİM *resning* kararı verdiği kural olarak dosyayı ilk derece mahkemesine yollar. Ancak başvurudaki dosyada hukuka aykırılığa neden olan hata maddi ve apaçık anlaşılır türden ise istem hakkında kendisi de karar verebilir.¹²²

6. İdarenin Tazminat Sorumluluğu

İdarenin işlemlerine karşı itiraz olanağının olması kadar, ihmal ve kusurundan dolayı sorumlu tutulması da o denli önemli bir hukuki güvencedir. 1972 tarihli Tazminat Kanunu (*Skadeståndslag*, 1972:207)'nda idarenin sorumluluğu düzenlenir. İdarenin sorumluluğuna ilişkin tazminat talepleri (*ersättningsanspråk*) adli yargıda dile getirilebilir.

Zarara neden olan kamu görevlisini sorumlu tutmak çoğu zaman bireyler bakımından ikincil düzeyde kalmaktadır. İsveç hukukuna göre ancak bazı özel nedenlerle kişisel kusur sözkonusu edilebilir. Eylemin niteliği, kamu görevlisinin konumu, zarar görenin menfaati ve diğer nedenlere bakılır. Burada en önemli şey, daha güçlü durumda olan idarenin ihmal veya kusuruyla verdiği zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. İsveç hukuku bu anlamda uzun erimli ve kapsamlı bir konuma getirir.

1972:207 sayılı yasaya göre idare bir kimseye çalışanları tarafından bir zarar vermesi durumunda sorumlu tutulur. Keza bir kimseye karşı işlenen suçtan dolayı verilen maddi- manevî zarardan da (öncelikle) idare sorumludur. Bu zararın bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi nedeniyle doğmuş olması gerekir. İdarenin sorumlu olduğu kamu hizmetini yerine getirdiği esnada ihmal veya kasit sonucu zarar verici sonuç meydana gelmiş olmalıdır. Kamu hizmetinin

¹²⁰ Nordback, Kenneth, (2000), “*Interim Relief and Provisional Measures*”, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd, s.746

¹²¹ Regnemalm, 1991,251

¹²² Marcusson, 1995, 548

yürütümü sadece eylem içerikli olmaz, örneğin bir kimseyi atama, izin verme, sosyal yardım verme gibi işlem içerikli de olabilir. Kolluk müdahaleleri de buraya girer. Süre ve işlev bakımından kamusal yetkinin kullanıldığı durumların iyi saptanması gerekir. İdare, Genel İdari Usul Kanunu'ndaki bir sorumluluğunu yerine getirmediği zaman da sorumlu tutulabilir.

İdare sadece kendi organlarının kusurundan sorumlu değildir. Kamu yetkisinin kullanımı bir başka makama devredilmişse bu durumda bile idarenin sorumluluğu devam eder. Örneğin, merkezi idareden bağımsız olan İsveç Barolar Birliği bir mensubunun disiplin soruşturması sırasında ona zarar verir ise, bu takdirde devlet sorumlu tutulabilir. Keza bir belediye de, baca temizleme işi kendisine verilmiş olan özel bir şirketin vereceği zarardan sorumlu tutulabilir.

Burada kamu görevlilerinin kasıt veya ihmallerinden dolayı “suçlu” bulunmaları gerekmemektedir. İdare aynı zamanda kümülatif ve faili meçhul ihmallerden de sorumlu tutulabilir.

Sorumluluk bakımından bazı ayrıcalıklı durumlara işaret etmek gerekir. Parlamentonun veya hükümetin yüksek yargı organlarının kararlarına karşı (bu kararlar sonradan geri alınsa veya değiştirilse bile) tazminat talep edilemez. Ancak hukuka aykırılığı apaçık olmasına karşın bu karar (itiraz/temyiz) başvurusunda ele alınmamış ise sorumluluk iddiasında bulunulabilir.

Keyfi bir şekilde ya da yasayı yanlış uygulayarak bir kimse özgürlüğünden alıkonulmuşsa o takdirde tazminat sorumluluğu doğar. 1974 tarihli Haksız Biçimde Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmadan Dolayı Tazminat Kanunu (1974:515 *Act concerning Damages for the Restriction of Liberty*) tazminata karar vermek için bir kimseyi haksız yere özgürlüğünden yoksun bırakan görevlinin “suçlu” bulunması gerekmez. Özgürlükten yoksun kalma bir “güvencesizlik” oluşturmuşsa, bu yeterlidir. Bu durumda başvurunun Adalet Şansölyesi'ne yapılması gerekir. 100.000 SEK'e kadar olan tazminat taleplerinin Adalet Şansölyesi karar vermekte, daha büyük talepler ise hükümete iletilebilmektedir.¹²³

7. Yaygın Anayasallık Denetimi

İsveç'te yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen ayrı bir anayasa yargısı (*författningsdomstol*) bulunmamaktadır. Buna karşın bir normun olaya uygulandığı sırada anayasaya aykırılık (*författningsstridig*) görülüyorsa bunu uygulamama şeklinde gerçekleşen bir somut norm denetimi (*concrete control of norms*) yapılabilmektedir.¹²⁴

¹²³ Regnemalm, 1991, 262

¹²⁴ Petersson, Beyme, Karvonen, Nedelmann, Smith; 1999, 75

Önemli bazı yasalar çıkarılacağı zaman taslak halindeki metinler anayasaya uygunluk bakımından bir ön-denetime tabi tutabilmektedir. Bunu yetkili birimler yapar. Örneğin Yüksek Mahkeme ve Yüksek İdare Mahkemesi'nden gelen üç üye ile çalışan bağımsız Hukuk (Yasama) Konseyi (*lagrådet*) böyle bir yetki ile donatılmıştır. Bu Konsey, taslakların genel olarak hukuk düzeniyle iç tutarlılığı ve dış tutarlılığını değerlendirir.¹²⁵ Keza bakanlar kurulundan gelen yasa tasarıları parlamentonun Anayasa Komisyonu'nda enikonu tartışılır. Ombudsman, Sayıştay, Adalet Şansölyesi gibi birimler de kendi görev alanları ile ilgili tasarılar hakkında görüş belirtirler.

Bir norm somut bir olaya uygulanacağı sırada eğer üst normla çatışma sözkonusu ise bu kez alt norm ihmal edilebilir.¹²⁶ İsveç'te bu, "normu test etme hakkı ve yetkisi" olarak tanınmaktadır. Bu hak normu uygulamakla görevli kamu otoritesine verilmiştir. RF 11. bölüm, 14. maddeye göre bütün yargı kuruluşları ve kamu idareleri anayasayla ve üst normla çatışan bir kuralı uygulamayı reddetmekle yükümlüdür. Ancak bu aykırılığın "apaçık" olması gerekir. Böylece "halk egemenliği" ile "hukuksallık" bir ölçüde bağdaştırılarak çatışma yerine uzlaşma ortamı yaratılmak istenmektedir.¹²⁷ Halkın iradesini yansıtan ve bütün kamu gücüne yön veren Parlamento'nun yetkilerini hukuka uygun biçimde kullanması gerekmektedir. Yasama gücü ve yetkisi, kayıtsız ve bağımsız bir norm koyma tekeli demek değildir. Bu nedenle normlar hiyerarşisinde çatışma yaratacak apaçık aykırılıkları diğer kamusal otoritelerin de düzeltebilmesine imkân verilmektedir. Böylelikle erkler arasında baskın gelerek yaratılmaya çalışılabilecek olan "otoriter iklim" eğilimi törpülenip, hukuka uygunluğu gözetme yetkisi topluma yayılmaktadır.

Keza AİHS bakımından da aynı koşullar geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anayasaya göre "yasa (*lag*)" konumundadır. Alt derecedeki bir norm AİHS'ne aykırı olduğu takdirde ihmal edilebilir. Çatışan norm bir vakaya özgü olarak iptal edilmiş sayılır fakat yürürlükte kalmaya devam eder.¹²⁸

¹²⁵ Frändberg, Åke, (1998), "Interpretation of Statutes –the Use and Weight of travaux préparatoires in Sweden", **Anglo - Swedish Studies in Law** (ed. Mads Andenas and Nils Jareborg), Uppsala: Iustus Förlag, s.209

¹²⁶ Bir norm üst normla ve nihayet anayasa ile çatışıyorsa o normu uygulama sorumluluğunda olan kamu gücü (yargıç ya da idari otorite) sırf o davaya (ya da dosyaya) özgü olmak üzere normu uygulamayı reddedebilir.

¹²⁷ Regnemalm, 1991, 148

¹²⁸ Son yıllarda anayasa mahkemesi benzeri bir yapının olmayışı öğretilerde eleştirilmekte ve böyle bir kurumun zaman yitirilmeden kurulması istenmektedir. Ancak sorun sadece bununla sınırlı kalmamakta, anayasanın

8. Yargı Kararlarının Uygulanması

İsveç hukukunda idare mahkemesi kararlarının genel mahkeme kararları gibi yürütülüp yürütülmeyeceği konusu uzun süre çözümsüz kalmakla birlikte, 1990'larda Yüksek Mahkeme'nin idari yargı kararlarının genel mahkeme kararları gibi uygulanabileceği yönündeki içtihadıyla aydınlığa kavuşabilmiştir. İdari yargı kararları hem idareye, hem de kişilere karşı icra edilebilir olarak görülmektedir. Öğretide, icra önlemlerinin özellikle idareye karşı alınması gerektiği, kişilerin zaten gönüllü olarak kararlara uydukları ileri sürülmüştür. 1990'larda ekonomideki kötüye gidiş dönemlerinde bazı belediyeler idari yargı kararlarını uygulamaya yanaşmamışlardır. Böyle bir direnci aşabilmek için zorla uygulama önlemleri geliştirilmiştir. İçtihatlarla bakılırsa, özellikle idare mahkemesi kararı kişisel bakım (tedavi) ve tazminata ilişkin olduğu durumlarda zorla uygulamaya gerek görülmektedir. Tazminat kararlarında örneğin, belediyenin bazı mallarını haczetme olanağı verilebilmektedir. Tazminat veya belli bir önlem kararının yerine getirilmesi istendiğinde hüküm fıkrasına "uygulama emri" (*fullgörelsedomar*) eklenmektedir. Yüksek Mahkeme'nin genel yaklaşımı, idari yargı kararlarının yerel yönetimleri ilgilendirdiği durumlarda icra yoluyla uygulamanın yapılacağı yönündedir. Fakat yargı kararı genel yönetim (devlet) ile ilgili olduğunda durum ne olacak? Bu konuda henüz net bir yanıt bulunmamaktadır. Bazı genel idare birimleri ile ilgili kararlarda şayet bu yönetimin devlet malları dışında ayrıca özel malları varsa, kararın bu idareye karşı da icra yoluyla uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin Sosyal Sigorta Fonu'nda olduğu gibi.¹²⁹

İsveç hukukunda kamusal yetkinin kullanımı ile ilgili pek çok yasada yükümlülük içeren yargısal kararların uygulanması (*verkställa en dom*)'na yönelik özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin para cezası (*viten*), uygulamanın yönlendirilmesi (uygulamaya yardımcı olma – *handräckning*), masraf ve cezaları içeren kişisel sorumlulukla uygulamayı sağlama (*böter*) bunların başlıcalarıdır. Bunun yanı sıra idari para cezaları ve adli para cezaları karara uyulması için bireylere uygulanabilen yaptırım türlerinden bazılarıdır. Buna karşın uygulamaya yardımcı olma ve kişisel sorumlulukla uygulamayı sağlama idareye yönelik araçlardır.¹³⁰

topyekün değiştirilerek yeni koşullara uyarlanması gerektiği de sık sık dile getirilmektedir. Bkz. **Cameron**, Iain, (2008), "*Damages for Violations of ECHR Rights: the Swedish Example*", **Swedish Studies in European law** (Rd. Nils Wahl and Per Cramér), USA: Hart Publishing, s.99

¹²⁹ **Lavin**, Rune (2000), "*Administrative Law and Procedure*", Bogdan, Michael (Ed.) **Swedish Law, in the Millennium**, Norstedts Juridik, s. 107-108

¹³⁰ Lavin, 2000, 107

Bazı idari yargı kararları, İcra Dairesi (*Kronofogdemyndigheten*) aracılığıyla icra edilmektedir.¹³¹

SONUÇ

Bütün dünyanın esin kaynağı olan Ombudsmanlığa sahip İsveç'te demokrasi, dayanışma, eşitlik ve hak bilinci yaklaşımıyla bakıldığında anayasa ve idare hukuku gerçekten de diğer ülke uygulamalarına oranla ilginç örneklerle doludur.

İsveç yönetim düzeni halk egemenliğine dayanır. Devlet organları arasında erkler ayrılığı yerine “işlevler ayrılığı ve işbölümü” öne çıkmaktadır.

Demokrasi ve hukukun üstünlüğü gibi kavramlar platonik anayasal formüller olmanın ötesinde, toplum tabanına yayılan hak ve özgürlük bilinciyle yaşayan ve yaşatılan organik tasarımlar olarak görülmektedir. İsveç toplumu örgütlenme, eşitlik ve hak arama gibi anayasal değerlerin işlevselleştirildiği hukuksal kurumların yaygınlığıyla dikkatleri çeker.

Sosyal refah devleti olmanın verdiği toplumsal sorumluluğun yükü merkezi idare ve yerel yönetimler arasında paylaştırılmıştır. Devletin merkez yönetimi hantal bir bürokratik makineden öte, genel bir eşgüdüm ve denge merkezi olarak çalışırken; toplumun genel/yerel ve ortak ihtiyaçları daha çok mahalli idareler tarafından karşılanmaktadır.

Halk, demokratik temsil hakkını sadece seçtiği milletvekilleri aracılığıyla kullanmakla kalmayıp, yerel düzeyde de pek çok karar mekanizmasına katılarak idarenin nabzını elinde tutmaktadır.

Şeffaf yönetim anlayışı gereğince kamu gücü ayrıcalıkları gizlilik ve yasaklara sığınma bahanesi olarak kullanılmamaktadır. Demokratik bir idarenin bireyler karşısında “emreden”den çok, saygı ve sorumlulukla “hizmet eden” konumunda bulunmasıyla, açık ve hesap verebilir olmasıyla meşruluğunu pekiştireceği kabul edildiğinden, İsveç toplumu şeffaflığa önem vermektedir.

Üç katmanlı idari yargı denetimi idarenin hukuka ve akla uygun biçimde faaliyette bulunmasını sağlamaktadır. Evrensel ve anayasal düzeyli normlarla güvencelenen hak ve özgürlükleri yargı yeri tarafından korunurken idari yargıca önemli hukuksal olanaklar verilmiştir. İdari yargıç gerektiğinde ivedi koruma önlemlerine başvurabileceği gibi bunun yanında, önündeki

¹³¹ Sayıları 10'u bulan icra dairesi (*exekutionsväsendet*) 2006 yılında birleştirilerek tek bir ulusal icra dairesine dönüştürülmüştür. Bkz. www.skatteverket.se
Yargı kararlarının uygulanması hakkında daha ayrıntılı bilgiler için bkz. **Jacobsson**, Ulla, (1994), “*Enforcement*”, **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget, s.556 vd.

uyuşmazlığa uygulayacağı kuralın hiyerarşik üst norma (açıkça) aykırı olduğu kanaatine varırsa onu ihmal etme (ihmal suretiyle iptal) yetkisine de sahiptir.

KAYNAKÇA

Bramstang, Nils (1989), “*The Legal System of Sweden*”, **Modern Legal Systems Cyclopedia**, (Gen. Ed. Kenneth Robert Redden), New York: William S. Hein & CO Law Publishing, 4.200.10.

Bull, Thomas, (1999), “*Constitutional Issues in Sweden*” 5 **European Public Law**, Kluwer **Law International**

Cameron, Iain, (1997), “*Sweden*”, **European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights**, Netherlands: Kluwer International

Cameron, Iain, (2008), “*Damages for Violations of ECHR Rights: the Swedish Example*”, **Swedish Studies in European law** (Rd. Nils Wahl and Per Cramér), USA: Hart Publishing

Carlson, Laura, (2007), **Searching for Equality: Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK, and US Law**, Uppsala: Iustus

Eklund, Hans, (1998), **Inhibition**, om verkställighetsförbud M.M. I Judiciell Process, Inom Förvaltningsrätten och I Utsökningförfarandet, Uppsala: Iustus Förlag

Eklund, Ronnie – **Sigeman**, Tore – **Carlson**, Laura (2008), **Swedish Labour and Employment Law**, Uppsala: Iustus Förlag

Frändberg, Åke, (1998), “*Interpretation of Statutes –the Use and Weight of travaux préparatoires in Sweden*”, **Anglo - Swedish Studies in Law** (ed. Mads Andenas and Nils Jareborg), Uppsala: Iustus Förlag

Gustafsson, Agne, (1983), **Local Government in Sweden**, Stockholm: Swedish Institute , s. 38 vd.; **Sören**, Häggroth, (1993), **Swedish Local Government**, Traditions and Reforms, Stockholm: Swedish Institute

http://www.sweden.se/templates/cs/FactSheet____16127.aspx

Jacobsson, Ulla, (1994), “*Enforcement*”, **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget

Jäkerskiöld, Stig (1988), “*Administrative Law*”, **An Introduction to Swedish Law** (Ed.By. Stig Strömholm), Stockholm:Norstedts

Lavin, Rune (2000), “*Administrative Law and Procedure*”, Bogdan, Michael (Ed.) **Swedish Law, in the Millennium**, Norstedts Juridik

Lavin, Rune, (1990), “*Civil and Administrative Procedure: The Differences and Their Explanation*”, Strömholm / Hemström (ed.), **Swedish National Reports to the XIII International Congress of Comparative Law**

Lerwall, Lotta, (2000), *“The Effectiveness of Administrative Justice: Sweden”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.

Lundin, Olle (1999), **Kommunal Revision**, Uppsala: Iustus Förlag

Marcusson, Lena (2000), *“Access to Justice in Field of Administrative Law: Sweden”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.

Marcusson, Lena, (1993), *“Freedom of the Press. Rights and Protection of Informants to the Press”*, **Modern Legal Issues, An Anglo-Swedish Perspective** (Ed. Ulf Göranson), Uppsala: Iustus Förlag

Marcusson, Lena, (1995), *“Administrative Procedure”*, **Swedish Law, a Survey**, Stockholm: Juristförlaget

Matz, Henrik, (2000), *“Foundations of The Right to Access to Justice”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.

Ministry of Justice, (2007), **The Right of Access to Official Documents in Sweden**, Stockholm

Nergelius, Joakim (2000), *“Sweden System of Judicial Protection”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.

Nergelius, Joakim, (2000), *“Constitutional Law”*, **Swedish Law in the New Millennium**, (Ed. M. Bogdan), Stockholm: Norstedts Juridik

Nergelius, Joakim, (2000), *“Grounds of Substantive Review: Sweden”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe (?)**, European Public Law Series Volume XIII, London: Esperia Publications Ltd.

Nordback, Kenneth, (2000), *“Interim Relief and Provisional Measures – Sweden”*, **Towards a Unified Judicial Protection of Citizens in Europe**, Vol. XIII, European Public Law Center/ Esperia Publications Ltd: London

Numhauser-Henning, Ann, (2000), *“Labour Law”*, in **Swedish Law in the New Millenium**, (Ed. Michael Bogdan), Stockholm, Norstedts Juridik

Nyman, Olle, (1976), *“Constitutional Law – Social Research and Jurisprudence”*, **Acta Universitatis Upsaliensis 500 Years**, Uppsala: Faculty of Law

Österdahl, Inger, (1998), *“EU Law and Swedish Law on Public Access to Documents – Potential Contrasts”*, **Anglo - Swedish Studies in Law** (ed. Mads Andenas and Nils Jareborg), Uppsala: Iustus Förlag

Petersson, Olof – **Beyme**, Klaus von – **Karvonen**, Lauri – **Nedelmann**, Birgitta – **Smith**, Eivind (1999), **Democracy the Swedish Way**, Stockholm: SNS Förlag

- Petersson, Olof**, (1994), **Swedish Government and Politics**, Stockholm: Fritzes
- Regeringskansliet**, (2007), **Public Access to Information and Secrecy with Swedish Authorities**
- Regeringsrätten årsbok 1990–1992**.
- Regnemalm, Hans**, (1991), **Administrative Justice in Sweden**, Stockholm: Juristförlaget
- Rustand, Håkan**, (2007), **The Chancellor of Justice in Sweden – a brief presentation**, Stockholm:JK
- Seipel, Peter**, (2001), “*Sweden*”, **Nordic Data Protection** (Blume, Peter – Saarenpää, Ahti – Schartum, Dag Wiese – Seipel, Peter), Uppsala: Iustus Förlag
- Sterzel, Fredrik** (1995), “*Public Administration*”, (Offprint) **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget
- Swedish Institute**, (2007), **The Swedish System of Government**, www.sweden.se
- Vogel, Hans-Henrich**, (2000), “*Sources of Swedish Law*”, **Swedish Law in the New Millennium**, (By. M. Bogdan), Stockholm: Norstedts Juridik
- Wennström, Bo**, (1996), **The Lawyer and Language**, Uppsala: Iustus Förlag
- Wennström, Bo**, (2005), “*From Person to Party – the Fundamental Problem of Social Private Law*”, **What Is Scandinavian Law? Social Private Law**, Stockholm: University of Stockholm Publishing
- Wollmann, Hellmut**, (2005) “*Country Report Sweden*”, **Comparing Local Governments in England, Sweden, France and Germany: Between continuity and change, divergence and convergence**, www.wuestenrot-stiftung.de/download/local-government s.260 vd. erişim tarihi 12.09.2008
- www.do.se erişim tarihi 11.10.2008
- www.domstol.se
- www.homo.se
- www.juradmin.eu/2005/-report for Sweden
- www.juradmin.eu/en/eurtour/eurtour_en.lasso?page=detail&countryid 2005, “*Administrative Justice in Europe - Report for Italy*”s.15 (Q.57)
- www.juradmin.eu/eurtour/eurtour_en.lasso?page=detail&countryid, (2005) Report for Sweden, s. 14 (Q.56)
- www.regeringskansliet.se erişim tarihi 15.04.2010
- www.skatteverket.se
- www.sweden.se “*The Swedish System of Government*”, erişim tarihi 10.10.2008

GÜNIŞIĞINDA YÖNETİMİN İSVEÇ ANLAYIŞI VE UYGULAMASI

Dr. Müslüm AKINCI*

ÖZET:

Yurttaşların serbest biçimde bilgiye ulaşma haklarını tanıyan ilkenin uzun bir geçmişi vardır. İdare, her durumda halkın gözü önünde çalıştığı için çok iyi ayırındadır. Kamuya açıklık üç amacı gerçekleştirir: hukuksal güvenlik, etkili idare ve doğru biçimde işleyen demokratik düzen (günüşığında yönetim).

İdari meseleler, özellikle bireyleri ilgilendiren işler, geleneksel olarak İdari Usul Kanunu'nda belirtilmiş olan usule göre ele alınır. *Förvaltningslag* farklı nitelikteki bütün idari işlere uygulanır. Yerel, bölgesel ve merkezi değişik kapsam ve uzmanlığa sahip idarelerin bu Yasaya göre faaliyette bulunması gerekir. Yasa özellikle bireyler ve özel hukuk tüzelkişileri bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Resmi (idari) belgelere erişim bazı sınırlandırmalara tabidir. Bu sınırlandırmalar Sır Kanunu'nda titizlikle tanımlanmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: İdari usul, Günişığında yönetim, resmi belgelere ulaşma hakkı, açıklık, devlet sırrı, gerekçe bildirme.

THE SWEDISH APPROACH TO “GOVERNMENT IN THE SUNSHINE” AND IT’S PRACTICE

ABSTRACT

One important feature of Swedish democracy is openness. The principal rule that the citizens have free access to official documents has a very long history. The administration is well aware that it is working in the light of publicity. The principle of public access serves three main ends: It constitutes a guarantee of “legal security”, of “efficiency”, of administration and of a true political democracy (government in the sunshine).

Administrative matters, especially those concerning individuals, are traditionally dealt with in a formalized way according to Administrative Procedure Act (*Förvaltningslag*). APA is applicable to all different kinds of administrative matters, and shall be obeyed by authorities of varying size and

* Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi (muslumakinci@gmail.com)

expertise on a local, regional or central level. The Act is of great importance to individuals or private legal persons.

Access to official documents is subject to a number of restrictions. The restrictions are scrupulously specified in provisions of Secrecy Act (*Sekretesslag*).

KEY WORDS: Administrative procedure, government in the sunshine, free access to official documents, openness, state secrecy, stating reasons of decisions.

GİRİŞ

İsveç demokrasisinin önemli özelliklerinden biri de açıklık'tır.

İsveç kamu yönetimi "açıklık" gerekleri üzerine kuruludur. Açık toplum felsefesi her türden devletsel etkinliklere yansır.¹ Kişi güvenliği, sadece bireylerin fiziksel bakımdan güvenliğini değil, aynı zamanda manevi olarak güvende hissetmelerini de kapsar. Bu güveni birinci derecede devlet vermek zorundadır. Demokratik bir idarenin bireyler karşısında "emreden"den çok, saygı ve sorumlulukla "hizmet eden" konumunda bulunmasıyla, açık ve hesap verebilir olmasıyla meşruluğunu pekiştireceği kabul edildiğinden, İsveç toplumu şeffaflığa önem vermektedir.

Demokratik şeffaflık öncelikle yasama faaliyetlerinde kendini göstermektedir. İsveç'te seçmenler kendi oylarıyla seçilen temsilcilerinin yasama çalışmalarına rahatlıkla ulaşabilirler. Parlamento Kanunu (*Riksdagsordningen*)'nun 2. Bölüm, m.4'te parlamento genel kurulundaki toplantılar (ulusal güvenlik ve dış politika ile ilgili olup da hakkında gizlilik kararı verilenler hariç) halka açık yapılır. Ancak parlamentodaki daimi komisyonların toplantılarına katılma olanağı bulunmamaktadır. Komisyonlar da kamuya açık müzakere kararı almış ise bu takdirde dileyen bu müzakerelere dinleyici olarak katılabilir.

Yerel Yönetim Yasası'na göre belediye ve il meclislerinin toplantıları halkın katılımına açıktır.

Mahkemedeki duruşmaların da halka açık olarak yapılması esastır. Ancak davanın taraflarının haklarını korumak amacıyla bazı hallerde duruşmanın kapalı yapılmasına karar verilebilir. Devlet Sırları Kanunu belli nitelikteki resmi belgelere erişim kısıtlaması getirirse de bu, mümkün olan en az seviyede tutulmaktadır.

¹ **Petersson, Olof, (1994), Swedish Government and Politics, Stockholm: Fritess s.173**

1. Bilgiye Ulaşma Hakkı

İsveç'te bireylerin resmi belgelere erişim hakkının uzun tarihsel bir geçmişi vardır. Açıklık ilkesi 1766 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu (*Tryckfrihetsförordningen*) ile kabul edilmiştir. Benzer şekilde RF 2. Bölüm'de de bu konuya özgü hükümler yer almaktadır.

Bu düzenlemeler karşısında kamu idaresi, kural olarak yurttaşların gözü önünde çalıştığının ayırındadır. Sıradan yurttaş da basın mensupları kadar “açıklık” gereklerinden yararlanabilir. Kamuya açıklık üç amacı gerçekleştirir: hukuksal güvenlik, etkili idare ve doğru biçimde işleyen demokratik düzen.²

İdarenin dürüst, yansız ve etkili biçimde işlediğine dair inanç halka kapıların açık tutulmasıyla sağlanmaktadır. Politik kurumlardaki karar mekanizmasında olup bitenlerden halkın haberdar olması da siyasi demokrasinin işleyişini kolaylaştırdığı gibi, kararların demokratik meşruiyetine de katkı sağlar.³ İyi bilgilendirilmiş yurttaş, karar mekanizmasına daha aktif biçimde katılabilir; siyaset günlük yaşamın tabanına yayılarak katılımcı demokrasi yaşama geçirilir. Bu bağlamda, sıradan yurttaş herhangi bir profesyonel eğitim almaya gerek duymadan İsveç'te yönetim sürecine katılabilir. Kamu idarelerinin çalışmalarına aşinalık bu yüzden oldukça yaygınlaşmaktadır.

Basın Özgürlüğü Kanunu'nun Bölüm 2, m.1'de yer alan “İleri derecede düşünce alışverişi ve kamuoyunun aydınlatılması için her İsveç vatandaşının resmi belgelere erişim hakkı vardır” hükmü sadece “basını” değil, aynı zamanda “vatandaşın” da hakkını güvenceler.⁴

Bilgiye erişim hakkından herkes yararlanabilir (*offentlihetsprincipen*)⁵ Özel veya ticari bir amaçla bile istese, kural olarak herkes resmi belgelere ulaşabilir. Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 14. maddesine göre idare başvuruda bulunanın kimliği nedeniyle bilgi vermektan kaçınamaz. Bireylerin idarenin misilleme yapmasından korkmalarına gerek yoktur. İsimli başvuruların yanıtsız bırakılması bile sözkonusu olmazken, bazı durumlarda gizlilik içeren bilgilerin verilmesinde kısıtlama getirilebilmektedir.

Özetlemek gerekirse, bilgiye erişim değişik biçimlerde olanaklıdır:

² **Regnemalm**, Hans, (1991), **Administrative Justice in Sweden**, Stockholm: Juristförlaget, s.120

³ **Ministry of Justice**, (2007), **The Right of Access to Official Documents in Sweden**, Stockholm, s.3

⁴ Bundan da öte, yabancılar da vatandaşlarla kural olarak aynı haklara sahiptirler. Şu kadar ki, bunların hakları anayasa ile güvencelenmediğinden bir yasa ile kısıtlama getirmek olanaklıdır.

⁵ Kamusal kayıtlara erişim ilkesi

—idarenin belgelerini inceleyebilecek herhangi bir kimse bu haktan yararlanabilir.

— devlette ve yerel yönetimlerde çalışan herhangi bir kamu görevlisi içeride neler olup bittiğine dair bilgi verebilir.⁶

—kamu idarelerinin basın sözcüleri medya aracılığıyla halka bilgi verebilir.

—halkın ve kitle iletişim araçlarının mahkemelerdeki duruşmalarda hazır bulunma hakları vardır.

—parlamentodaki yasama faaliyetlerine halkın ve basın mensuplarının dinleyici olarak katılma hakları vardır.⁷

İstenen bilgi ve belgeler gecikmeksizin (*mümkün olan en kısa sürede*) başvuruca ücretsiz olarak verilir. Ancak 10 sayfayı geçen belge fotokopileri çok küçük bir ücret karşılığında verilmektedir. Bilgi istenirken niçin istendiğine dair herhangi bir gerekçe belirtme zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸

“Belge” (*handling*) deyimini sadece yazılı metin ve resimleri kapsamaz, aynı zamanda okunabilen, dinlenebilen veya başka yollarla algılanabilen kayıtları da kapsar. “Resmi belge” (*allmän handling*) ise idarenin tutmuş olduğu her türden belgeyi ifade eder.⁹ Bütün merkezi ve yerel idareler bu kapsama girer. Parlamento, hükümet, mahkemeler, idari otoriteler ve belediye meclisleri bunların ilk akla gelen örnekleridir.¹⁰ Kayıt altına alınan bilgi ve belgelerin neyi içerdiği önemli değildir. İdarenin nihai bir kararı olabileceği gibi, müzakere ve yazanaklar da olabilir. Belge, idarenin kendisi tarafından hazırlanmış (*förvarad*)

⁶ Görevi ile ilgili konularda bilgi verme kamu görevlisinin anayasal “ifade özgürlüğü”nün bir parçası sayılır. Ancak sır saklama yükümlülüğü (*tystnadsplikt*)’ne giren konularda bu serbesti kısıtlanmaktadır. Bunların neler olduğu Devlet Sırları Kanunu’nda tanımlanmaktadır.

Kamu görevlilerinin halka bilgi verme yetki ve sorumluluğu şu hallerde kısıtlamaya tabi tutulabilir: -açıklanması halinde kamu düzeninin ve ulusal güvenliğinin ciddi biçimde tehlikeye girebileceği bilgiler (örneğin, istihbarat bilgileri),-“sır” olarak kabul edilmiş olan bilgiler, “meslek sırrı” kapsamında elde edilmiş olan bilgiler.

⁷ **Regeringskansliet**, (2004), **Public Access to Information and Secrecy with Swedish Authorities**, Stockholm, s.7

⁸ **Swedish Institute**, (2007), **The Swedish System of Government**, www.sweden.se, s.4

⁹ Regeringskansliet, 2007, 10

¹⁰ Devlet ve mahalli idarelerin yanı sıra, bu idarelerin karar sürecine dahil oldukları şirketler, kazanç amaçlı dernekler ve vakıflar da bu yasanın kapsamına alınmıştır.

olabileceği gibi (*held by public authority*), başkası tarafından tutulup idareye intikal eden (*inkommen- received by public authority*) belgelerden de olabilir (soruşturma, görüşme tutanakları vs.).¹¹

Bilgiye erişim hakkı mutlak bir hak olmayıp bazı kısıtlama ve kayıtlamalara tabi tutulabilmektedir.¹² Sınırlandırma yasa ile ve sınırlandırmanın sınırı açık biçimde belirtilerek yapılır. 1980 tarihli Sır Kanunu (*sekretesslagen*¹³ - 1980:100) bu konuda temel çerçeveyi belirler. Bunun dışında Basın Özgürlüğü Kanunu ve İfade Özgürlüğü Kanunu da sınırlandırmanın sınırını belirler.

Kendisinden bilgi edinmek üzere başvuruda bulunulan idare verdiği bilgilerin kullanımı konusunda kayıtlamalar (*reservations*) koyabilir. Bu kayıtlama “başka bir yerde yayınlamama” ve “araştırma amacının dışında kullanmama” biçiminde olabilir.¹⁴

Belgenin niteliğini sınıflandırmada idareye verilen takdir yetkisi tamamen mekanik bir katılıkla tanımlanmazken, ondan “titizlikle” davranması istenir. “Gizlilik” sadece mevzuatta tanımlanan belli konu ve amaçlarla sınırlıdır. Bunlar;

- milli güvenlik veya İsveç devletinin bir başka ülke veya toplulukla ilişkisine ait bilgiler
- devletin mali politikası, para politikası veya paranın uluslararası tedavülüne ilişkin politikalarla ilgili bilgiler,
- kamu idaresinin denetim, teftiş ve inceleme etkinliklerini içeren bilgiler

¹¹ Sterzel, Fredrik (1995), “*Public Administration*”, (Offprint) **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget, s.87

¹² Österdahl, Inger, (1998), “*EU Law and Swedish Law on Public Access to Documents – Potential Contrasts*”, **Anglo - Swedish Studies in Law** (ed. Mads Andenas and Nils Jareborg), Uppsala: Iustus Förlag, s.242

¹³ 16 bölüm’den oluşan **Sır Kanunu** bütün *kamusal ilişkilerdeki* “sır” kavramına odaklanır. Devlet ve mahalli idarelerin yanı sıra, bu idarelerin karar sürecine dahil oldukları şirketler, kazanç amaçlı dernekler ve vakıflar da bu yasanın kapsamına alınmıştır. Kişi bakımından da bu yasanın birincil düzeyde muhatabı kamu görevlileri olmakla birlikte askerlik ödevini yerine getiren geçici görevliler ile kilisede çalışan din görevlileri de bu yasanın uygulamasında sorumluluk sahibidirler. Keza kamu görevlisi olmasa dahi, serbest meslek sahiplerinin (örneğin, doktor, avukat, psikolog gibi) mesleği gereğince edinmiş oldukları bazı duyarlı konulardaki bilgiler bakımından sorumlu kılınmışlardır.

¹⁴ Edinilen bilgi üzerine konulan kayıtlamalar ve sınırlandırmalar için yargıya başvurma olanağı mevcuttur.

- halkın ekonomik menfaatlerini içeren bilgiler,
- suçu önleme ve kovuşturmaya ilişkin bilgiler,
- kişilik hakları ve kişinin ekonomik durumuna ilişkin özel bilgiler¹⁵,
- hayvan ve bitki türlerinin korunması amacıyla tutulan kayıtlar'dır.

Bu bilgiler alelade biçimde muhafaza edilmezler. Gizliliğine karar verilen bir belge titizlikle muhafaza edilir. Bu kategoriye giren bilgi ve belgelerin ne kadarının açığa vurulabileceği de yine Sır Kanunu'nda belirtilmektedir. Örneğin özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu yararı arasında bir tartım yapıldığında ikincisi daha baskın geliyorsa bu bilgilerin açıklanması hukuka uygun kabul edilmektedir.¹⁶

İdare elindeki bilgi ve belgeleri kamusal erişimi kolaylaştıracak biçimde tasnif etmelidir. Bu amaçla her idare yeterli teknik donanıma sahip "bilgi edinme birimi" oluşturur.

"Sır" kapsamında değerlendirilen bir bilgi ya da belgenin korunma süresi 2 ile 70 yıl arasında değişmektedir. Genelde kişiye ait özel bilgiler 50–70 yıl, kişinin ekonomik menfaatleriyle ilgili gizli bilgiler ise 20 yıla sınırlı olarak korunmaktadır.

Bilgi edinmeye yönelik başvurunun reddi durumunda bu işleme karşı yargıya itiraz etme hakkı vardır.¹⁷ Ayrıca bilgi vermemekten dolayı kişisel bir zarar¹⁸ meydana gelmişse idarenin tazminat sorumluluğu doğar. Sır'ın ifşası Ceza Kanunu'nda da yaptırma bağlanmıştır. Bir kamu görevlisi veya meslek erbabı sır kapsamında değerlendirilen bir bilgiyi kasden veya ihmâl suretiyle açığa vurduğu takdirde para cezasının yanı sıra hapis cezasıyla cezalandırılabilir.¹⁹

¹⁵ Bazı kişisel verilerin tutulması ile ilgili koşullar 29 Nisan 1998 tarihli Kişisel Veri Kanunu (1998:204 *Personuppgiftslag*) tanımlanmıştır.

¹⁶ **Seipel**, Peter, (2001), "Sweden", **Nordic Data Protection** (Blume, Peter – Saarenpää, Ahti – Schartum, Dag Wiese – Seipel, Peter),Uppsala: Iustus Förlag, s.119

¹⁷ Bilgi edinme başvurusu reddedilen kişi idari istinaf mahkemesine itiraz başvurusunda bulunabilir. Burada istediği sonucu elde edememesi durumunda temyiz yoluyla Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvurusu reddedilen bir kamu idaresi ise, o takdirde yargıya değil, hükümete itiraz edilir.

¹⁸ Bu zarar doğrudan ve/ya dolaylı maddi ve/ya manevi olabilir.

¹⁹ Ceza Kanunu'nun 20 Bölüm, 3. Ayrımı'nda kasıtlı olarak sırrı açığa vuranlara 1 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

2. Genel İdari Usul Hukuku

İsveç'te 1971'e gelene değin genel bir idari usul yasası bulunmuyordu. Genel idari teamüller ve değışik yasalarda usule ilişkin hükümlerle yetinilmeye çalışılıyordu. Sosyal yardım, vergi hukuku ve imar konularında usule ilişkin hükümlerden de yararlanılıyordu. Bu da doğal olarak "*parçacıl*" bir uygulama yaratıyordu.²⁰

İdari usule ilişkin beklentilerin tartışıldığı yıllarda hangi hukuk kültürünün örnek alınacağına karar verilemiyordu. Pek çok model arasında Anglo-Amerikan modeli üzerinde duruluyordu. 1909 sonrası Danimarka ve Norveç İngiliz modeline göre bir usul yasası geliştirmişti. İsveç de biraz buradan biraz da Fransız idare hukukundaki "*procédure non contentieuse*"dan güç ve ilham aldı.²¹ 1946'da bir Kraliyet Komisyonu İdari Usul Kanunu taslağı hazırlamakla görevlendirildi. Görev oldukça zordu; zor olduğu için de Komisyon ancak 1964'te raporunu yayınlayabildi. Oldukça ayrıntılı bir taslak hazırlanmasına karşın nedense bu uygun bulunmadı ve yeni bir taslak üzerinde çalışıldı. Uzun tartışmalardan sonra Parlamento 1971'de 20 maddeden oluşan bir İdari Usul Kanunu kabul ederek yürürlüğe koydu. Yeni yasa yürürlüğe girmekle birlikte, tartışmalar da başladı. Sorun, farklı düzey ve işlevlerdeki idari birimlere tek bir yasal düzenleme ile yön vermektir. Bazı idari örgüt ve faaliyetler için istisnalar koymak kaçınılmazdı. Zira trafik düzenine ilişkin kurallar ile vergiye ilişkin düzen ve işleyiş farklılıklar taşımaktadır. Şöyle bir çözüm bulundu; bazı idari faaliyetler yasadan bağışık tutuldu. Dahası, üç farklı türden norm öngörüldü: bir kısmı belli idarelere yönelik olanıydı; diğeri, yurttaşların belli menfaatleri ile ilgili olan hükümlerdi; üçüncüsü ise idari uyumsuzluklarla ilgiliydi. İstisnalar farklı sayıdadır. Yeni yasa merkezi hükümetin faaliyetlerini kapsamıyordu. Keza belediye organları, kolluk ve savcılık makamı da bunun dışında tutulmuştu. Amaç temel hakların sözkonusu olduğu disiplin işlemleri gibi konularda yasanın uygulanması öngörülmüyordu.²²

Uygulamanın verdiği 15 yıllık bir deneyimin ışığında 1971 tarihli yasa 1986'da yeni İdari Usul Kanunu (1986:223 *Förvaltningslag- İUK*) ile değıştirildi.²³ Bu yasa ile bireylerin hukuk güvenliğini ve idarenin hukuka uygun, etkili işleyişini sağlamak amaçlanmıştır. İUK genel bir yasadır. Özel yasalarda var olan usule ilişkin hükümler ile İUK çeliştiğinde, (*lex specialis*

²⁰ **Marcusson**, Lena, (1995), "*Administrative Procedure*", **Swedish Law, a Survey**, Stockholm: Juristförlaget, s. 546

²¹ **Jägerskiöld**, Stig (1988), "*Administrative Law*", **An Introduction to Swedish Law** (Ed.By. Stig Strömholm), Stockholm: Norstedts, s. 88

²² Jägerskiöld, 1988, 89

²³ İUK, 1986:223

derogat legi generali) özel yasa hükümleri geçerlidir. İUK genel olarak idarenin tutumuna ilişkin ölçütleri belirler. Kamu hizmetini sunarken, idari bir karar alırken nasıl hareket edecek, yakınlara nasıl çözüm üretecek (?) bu yasa ile düzenlenmiştir.

3. Kişinin “Usul” Güvenceleri

Bireylerin kendileriyle ilgili idari bir faaliyet hakkında “tam olarak” bilgilendirilmiş olması gerekir. Bu idarenin üzerine düşen önemli bir görevdir. Özellikle idari işleyiş süreci ile ilgili bir bilgi verme yükümlülüğü sözkonusudur. İUK idareye karar alma sürecinde bireylerin hukuksal güvenlik hakkını feda etmeksizin ucuz ve basit yöntemle mümkün olan en kısa sürede çözüm üretmesini emreder. Bu amaçla idareler karşılıklı iletişim ve işbirliği kanallarını mümkün olan en üst kapasitede tutarak sorun ve isteklere çözüm bulacaklardır (İUK m.6). Bu kolaylığı sağlamak üzere idareler her zaman için birbirleriyle işbirliği yapar.

Açıklık ilkesi gereğince işlem öncesi ve sonrası aşamalarda ilgilileri aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişi, idare karşısında “başvurucu”, “yakınmacı” veya “bir taraf” sıfatında olabilir. Bir yapı izni, sosyal yardım veya ehliyet başvurusunda bireye konunun yetkili birimi (örneğin İmar ve İnşaat Kurulu, Sosyal Yardım Kurulu, İl İdare Kurulu) yanıt verir. Bina inşaat ruhsatında veya rekabete dair konularda bir komşu taşınmazın maliki veya rakip işletmenin sahibi müdahil sıfatıyla usule dahil olabilir. İmar ve İnşaat Kurulu komşu’ya ruhsata dair itirazlarını sorabilir. Keza bir markanın tescili talebinde tacirin rakiplerine konu ile ilgili itirazlarının olup olmadığı bir ilan işlemiyle sorulabilir. Keza bir karardan olumsuz olarak etkilenebilecek kişiler de 3. kişi sıfatıyla müdahale talebinde bulunabilirler.²⁴

Hukuksal temsil hakkı idari usul sürecinde de tanınan bir haktır. Adli Yardım Kanunu²⁵ (1996:1619) bir kimsenin “hukuksal yardım” (*rättshjälp*) talebinin nasıl ele alınacağını düzenler. Örneğin, uyuşturucu alışkanlığı olan veya ruh sağlığı bozulmuş olan bir çocuk hakkında sosyal rehabilitasyon merkezine alınma kararı verilirken kendisine gerekirse bir hukuki temsilci

²⁴ Bir yerin “tarihi değere sahip kültür varlığı” olarak tesciline yönelik kararda Yüksek İdare Mahkemesi bina sahibini ne başvuran, ne de kararın doğrudan kendisine yöneltilen kişi olarak görülebileceğini, üçüncü kişi konumunda olduğuna karar vermiştir.

²⁵ ct (SFS 2004:738) ile değişik

atanabilir. Bunun ücreti hazineden ödenir. Hatta dil konusunda bir zorluk çekenlere de bu yolla tercümandan yararlanma hakkı tanınmaktadır.²⁶

4. Bir Başvurunun Değerlendirilmesi

İdareye yapılan bir başvurunun yasada aranan önkoşulları sağlaması gerekir. Bu nedenle başvuru ilk aşamada “önkoşullar” yönünden incelenir. Bunlar;

-Yetki: Başvurulan makam istemin muhatabı mıdır?

-Ehliyet: Başvuranın hukuksal hak ve yetkisi var mıdır?

-Süre: Yasada öngörülen zamanaşımı sürelerine uyulmuş mudur? (Başvuru, -kural olarak- işlemin bildiriminden itibaren üç hafta içinde yapılmış olmalıdır)

-Biçim: Yasada aranan özel bir biçim koşulu varsa, bunun gereklerine uyulmuş mudur?

Başvuru makamı, yasada gösterilen yetkili ve görevli idare değilse (merci tecavüzü varsa) o takdirde kendisine başvuruda bulunulan makam dilekçeyi “gerçek” muhataba yollar ve konu ile ilgili olarak da dilekçe sahibine bilgi verilir.

Başvuruların kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmektedir birlikte, sözlü başvuru yapılarak bunun bir tutanağa aktarılması da olanaklıdır. Dilekçeye, istem konusu ile ilgili varsa kanıt araçlarının bunların da eklenmesi gerekir.

Önkoşullar bakımından bir eksiklik görülmezse o takdirde esasa geçilir. Burada hassas bir durum sözkonusudur. İdareden kamu yararı nedeniyle bir karar alması istenen başvurularda özellikle bu duyarlılıklar ortaya çıkabilir. Örneğin, akıl hastasının rehabilitasyona alınması, kaçak yapıyla mücadele, asosyallik eğilimi baskın gelen bir gencin yakın gözleme alınması gibi temel hak ve özgürlüklerin sözkonusu olduğu durumlarda “kendiliğinden araştırma” ilkesi gereğince ayrıntılı bir inceleme yapılır. Bu aşamada az çok eşit zemine sahip taraf uyuşmazlıkları sözkonusu olduğunda, “müzakere” yöntemine de başvurularak sorunun karşılıklı menfaatlerde buluşularak halline çalışılır.

İncelemeler genelde dosyadaki mevcut bilgi ve belgelere göre yapılır fakat gerekli durumlarda özel oturumlar ayarlanarak taraf ve tanık anlatımlarına, uzman kişilerin bilgilerine başvurulabilir. Amaç, karar vermeye yetecek doyurucu bir sonuca ulaşmaktır. İUK 13. maddesine göre idare gereksiz gecikmelere meydan verecek önlem ve uygulamalara başvurmamalıdır.

²⁶ **ennström, Bo, (1996), The Lawyer and Language, Uppsala: Iustus Förlag, 175 vd.**

Mümkün oldukça sade (*basit*), hızlı ve ekonomik biçimde meselenin ele alınması yasanın emridir (İUK, m.7).

Konunun aydınlatılması bakımından yararlı görülüyorsa tanık anlatımları ve keşif ihmal edilmemelidir (İUK m.14).

Karar makamında bulunan görevliler ile yakınmacı ve yakınma konusu arasında bir menfaat bağının bulunmaması gerekir. Bu menfaat bağı hısımlık ilişkisi nedeniyle olabileceği gibi (varsayılan potansiyel menfaat ilişkisi), ekonomik veya sosyal nedenlerle de olabilir. Bu durumda aralarında bağ olan ilgili görevlinin derhal işten elini çekmesi gerekir; değilse işlem yetki yönünden sakat duruma (*jäv*) gelir.²⁷

İnceleme boyunca kural olarak dosya ilgililerin incelemesine her zaman için açıktır. Hangi argümanların lehine, hangilerinin aleyhine olduğunu bilmeden tarafların kendi savlarını kanıtlamaları zordur. Dosyaya erişim hakkı, savunmada fırsat eşitliği sağlamanın önemli bir güvencesidir (İUK 16.m). Ancak bu hak bazı bakımlardan kısıtlamaya tabi tutulabilmektedir. Sır Kanunu'nun 14. Bölüm, m.5'e göre kamusal veya çok özel bir nedenle "sır" olarak nitelendirilmiş olan bilgi ve belgelere ulaşılmada kısıtlama sözkonusu olabilmektedir. Ancak bu durumda ilgili idarenin belgenin içeriği ile ilgili olarak dolaylı biçimde bilgi vermesi ve açıklandığı takdirde ciddi bir kamu veya özel zararın doğacağıının bildirilmesi gerekir. Dosyadaki bilgilerin teatisi (*kommunikationprincipen*) de önemli bir usul şartıdır. Karşı taraf bilgilendirilmeden –kural olarak- o bilgi veya belgeye dayanılarak karar verilemez. (İUK m.17).

2006 yılında yapılan bir değişiklikle İHAS 6. madde düzenlemesine paralel medeni bir hak veya yükümlülüğün belirlemesinde idarelere de adil yargılanma hakkı güvencelerine uygun hareket etme zorunluluğu getirilmiştir. (İUK m3/II) İdare karar vermeden önce usulüne uygun ve adil biçimde tarafları dinlemelidir (*audiatur et altera pars*).

Dosyada ileri sürülen argümanların kanıt araçlarıyla birlikte tek tek ele alınıp tartışılması gerekir.

Taraflar arasındaki iletişim, kural olarak yazılı olmakla birlikte son derece esnek yöntemler de kullanılabilir. Bu anlamda telefon, e-posta ve diğer iletişim kanalları da rahatlıkla kullanılabilir.²⁸

²⁷ arcusson, 1995, 550

²⁸ **avin**, Rune (2000), "Administrative Law and Procedure", Bogdan, Michael (Ed.) **Swedish Law, in the Millennium**, Norstedts Juridik, s. 101

Karar Aşaması: İdare, dosyada mevcut bulgular doğrultusunda karar verir. Burada önemli olan husus, idarenin istemden fazlasına karar verip veremeyeceğidir. Kural olarak “kamu yararını” ihlal etmeyen durumlarda idare istemden fazla ya da kişi lehine olabilecek bir başka karar verebilir.²⁹ İdare sadece dosyadaki bilgilerle yetinmez gerek gördüğünde her türlü kanıt aracını kendiliğinden harekete geçerek toplayabilir. Kanıt serbestisi (*bevisuppgift*) karar verme yetkinliğini güçlendiren bir olanak olarak görülür.³⁰ İdarenin doyurucu araştırma yapmış olması -ileride yargının önüne gittiğinde, usul ekonomisi bakımından- mesele hakkında hızla karar verilmesine olanak sağlar. Bir bakıma, idare de yargı önünde aksini kanıtlamak için özel çabalara girmek zorunda kalmaz.

Takdir yetkisinin (*skön /gottfinnande*) olduğu konularda idareye belli ölçüde karar serbestisi verilmiş olmaktadır. İdare takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanmalıdır. İdare, yerindelik (*opportunity -suitability*) değerlendirmesi yapabileceği gibi, hukuka uygunluk (*legality/legalitet*) değerlendirmesi de yapabilir. Kişi özgürlüğü ve mülkiyet gibi konularda idarenin takdir yetkisi daha kısıtlıdır. Bu konularda hukukun öngördüğü koşullara uygun tasarruf yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. Özellikle kolluk önlemlerinin uygulanmasında kişinin kendi rızası bile hukuka uygunluğunu sorgulamaktan başışık kılamaz. Her durumda idarenin kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi konularda hukuk sınırları içinde hareket edilmesi sağlanır. Yetkinin tarafgir biçimde kullanılmış olması işlemi hukuka aykırı yapar. Polis (Görev ve Yetkileri) Kanunu (1984:387 *Polislag*)’nda kolluk yetkilerinin kullanımında “orantılılık” ve “gereklilik” gibi iki temel ilke öngörülmektedir: Kolluk müdahalesinin niteliği ve süresinin elde edilmesi beklenen amaçla ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçla orantılı olması gerekir. Keza müdahale amaca ulaşmak için gerekli (hatta zorunlu) olmalıdır. O sonuca ulaşmak için başka türlü (daha hafif) önlemler yeterli iken, daha ağır sonuçlar doğuracak olanın tercih edilmesi hukuka uygun değildir. Öte yandan idare yasada tanımlanan amacın ötesine de geçemez. Belli bir toplumsal çıkar kümesini korumak veya toplumun bir kesimini belli haklardan yoksun bırakmak niyet ve amacıyla yapılan işlemler yetki saptırması (*détournement de pouvoir*) olarak nitelendirilir.

İsveç idare hukuku uygulamasında hukuka uygunluk veya yerindelik gibi değerlendirme ölçütleri ikincil derecede kalır. İsveç Anayasası (RF Bölüm 1, m. 9)’a göre “nesnellik ilkesi” (*principle of objectivity*) öne çıkmaktadır.

²⁹ İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda ise idari yargı yeri taleple bağlı fakat çok istisnai durumlarda (*reformatio in melius*) gereği karşı tarafın özel menfaati zedelenmeyecekse talebin sınırlarını aşabilmektedir. ACPA. M.29

³⁰ Regnemalm, 1991, 192

“Mahkemeler ve idare kamu gücünün kullanımında hukuk önünde eşitlik, nesnellik ve yansızlık gereklerine göre hareket eder”. Bu ilke en çok takdir yetkisinin olduğı durumlarda dikkate alınmaktadır. Kamu otoritesi öngörülen amacın ötesine geçerse anayasal değerleri ihlal etmiş olur. Normun yanlış uygulanması da hukuka aykırılık oluşturur. Bu Türk idari yargılama hukukunda (İYUK m.2) ‘konu yönünden hukuka aykırılık’ durumuna denk gelir. İdare çeşitli seçenekler arasında tercihte bulunurken vardığı sonuç (karar) nesnellik ve yansızlık açısından kuşku doğurmalı; hukuk önünde eşitliği ihlal etmemelidir.³¹

5. Gerekçe Bildirme Yükümlülüğü

İdarenin verdiği bir kararın gerisinde yatan nedeni öğrenmek gerekçesini bilmekle olanaklıdır. Bununla idarenin olguları nasıl değerlendirdiği ve olgusal gerçekliğin hukuk kurallarıyla ne ölçüde uyduğu değerlendirilebilir. İdari işlemin doğruluğu konusunda ikna edici sonuç gerekçede anlaşılır ve ona göre itiraz edilip edilmeyeceğine karar verilir. İdarenin yetkisini nesnellik içinde kullandığı konusunda kamuyu (ya da dar anlamda işlemin taraflarını) ikna etmesi de, kararının gerekçesini ortaya koymakla mümkün olur. Bu, aynı zamanda şeffaf ve dürüst bir idarenin göstermesi gereken bir davranış biçimidir.

İdari Usul Kanunu’nun 20. maddesine göre idare’nin kural olarak ‘her türden’ kararının gerekçesini bildirmesi gerekir. Fakat bu zorunluluk, “nihai kararlar” için geçerlidir. Ara kararları, hazırlık işlemleri vs. gibi henüz kesin ve yürütülebilir aşamaya gelmemiş işlemler bakımından bu zorunluluk sözkonusu değildir. Gerekçede sunulan görüşlerin olgusal gerçekliği yansıtması gerekir. Varsayıma dayalı, hayali mazeretler ileri sürülerek karar verilemez. Örneğin, inşaat ruhsatı ile ilgili bir başvuru, inşaat yasağı olan bir bölgede olduğu gerekçesiyle ya da görünüm disiplinine uymadığı gerekçesiyle (somut ve geçerli olgular ortaya konmadığından) reddedilirse bu, gerekçe geçerli kabul edilemez.³²

Gerekçe bildirme zorunluluğu şu hallerde kısmen veya tamamen ihmal edilebilir;

1. bir karar herhangi bir tarafın menfaatini olumsuz etkilemiyorsa veya başka nedenlerle gerekçeyi bildirmek “açıkça” gereksiz görülüyorsa,

2. işlem (karar), kamusal bir makama atama, zorunlu olmayan eğitime kayıt veya diploma denkliği gibi konularla ilgiliyse,

³¹ Jägerskiöld, 1988, 90-91

³² Regnemalm, 1991, 197

3. milli güvenliğin, kişinin özel yaşamı veya ekonomik çıkarlarını korumaya ilişkin bir durum sözkonusu ise,

4. gerekçeyi yazmaya yetecek kadar zaman olmayan ivedi bir duruma ilişkinse,

5. RD 8. madde kapsamında düzenlenmiş olan konularla ilgiliyse (İUK m.20/II) ayrıntılı gerekçe belirtmeye gerek görülmemektedir.

Gerekçe, kararın kendisinde belirtilmemişse istem üzerine daha sonra da mümkünse bildirilmelidir.

Seri ve toplu başvurularda “matbu gerekçe” kullanma durumunu da Ombudsman açıklığa kavuşturmuştur; aralarında benzerlik olmakla birlikte, özünde küçük de olsa farklılıklar içeren olgularda başvurulara basmakalıp gerekçe bildirilmesi iyi yönetim hakkının ihlali sayılır.³³

Bildirim (tebliğ) usulü; kararın bildirim, hakkın kullanımı bakımından önemli sonuçlar doğurur. İdarenin kararı, tebliğle birlikte karşı tarafın hukukunda değişiklik yaratır. Keza kişi bakımından da itiraz süresi bildirimden itibaren işlemeye başlar (İUK m.21). Açıkça gerekli olmayan durumlarda (yazılı) bildirim zorunluluğu yoktur. Kararda aynı zamanda nereye, ne kadar sürede itiraz edilebileceği yasa yolları da belirtilmelidir.

Kararın Yürütümü (İcra Aşaması); İdari işlemin derhal mı, yoksa olası itiraz süreleri sona erdikten sonra mı uygulanacağı konusu işlemin özelliğine göre değişir. İtiraz mercii veya mahkeme bir işlemin yürütmesini ertelediği sürece, işlem derhal uygulanabilir nitelik kazanır (İUK m.29). İdari bir işlem bireyin mülkiyet hakkına veya özgürlüğüne ciddi ihlaller doğuruyorsa bu takdirde ilgili kişi ya da merci önceden uyarılmalıdır. Yürütmenin ertelenmesi bu durumda oldukça büyük bir öneme sahiptir. Ancak toplum yaşamı bakımından ivedilik arzeden (kamu düzeni, kamu sağlığı, yaşam hakkının korunması gibi) durumlarda erteleme olumsuz sonuçlar doğurabilir.

Kararın yürütümü için çoğu zaman özel usule gerek yoktur. Örneğin, kayıt, vatandaşlığa kabul, inşaat izni vb. idare bunun gereklerine uygun işlem yapar. Bazı durumlarda gönüllülük esası ile kararların gereği yerine getirilirken, bazen (örneğin, kolluk emrine uymama durumunda olduğu gibi) yaptırım tehdidi de devreye sokulabilir. Kaçak inşaat, vergi kaçırma, verginin geç ödenmesi, park ihlali, çevrenin kirletilmesi gibi kabahat türünden idari suçların cezasını idarenin kendisi verir. Bazen idari bir işleme cezai şart da eklenebilir.

SONUÇ

Demokratik toplum düzeninin önemli bir gereği olarak açıklık, idarenin hukuka ve hizmet ettiği topluma olan saygısının göstergesidir. Kamusal

³³ Regnemalm, 1991, 199

etkinliklerinde neyi, niçin yaptığını; nasıl yapacağını bilmeyen, bildirmeyen; yaptıklarının hesabını veremeyen bir yönetim meşruiyet zaafına düşer. Bu anlamda idari usul ilkeleri hem idare, hem de kişiler bakımından güvence oluşturur. İdare açıklık, nesnellik ve öngörülebilirlik gereklerine uyduğu ölçüde demokratik meşruiyetini güçlendirdiği gibi, toplumla olan ilişkilerinde de sert kırılmalar yaratmadan kendini tanıma ve özeleştiride bulunma imkânı elde eder. İsveç idari usul hukuku, idarenin faaliyetlerinde açıklığı ve hesap verebilirliği etkin kılmak üzere 17. yy'dan başlamak üzere gerçekleştirdiği sürekli bir yenileme kapasitesiyle rüşünü kanıtlamaya çalışmaktadır.

KAYNAKÇA

Jäkerskiöld, Stig (1988), “*Administrative Law*”, **An Introduction to Swedish Law** (Ed.By. Stig Strömholm), Stockholm:Norstedts

Lavin, Rune (2000), “*Administrative Law and Procedure*”, Bogdan, Michael (Ed.) **Swedish Law, in the Millennium**, Norstedts Juridik

Lavin, Rune, (1990), “*Civil and Administrative Procedure: The Differences and Their Explanation*”, Strömholm / Hemström (ed.), **Swedish National Reports to the XIII International Congress of Comparative Law**

Marcusson, Lena, (1993), “*Freedom of the Press. Rights and Protection of Informants to the Press*”, **Modern Legal Issues, An Anglo-Swedish Perspective** (Ed. Ulf Göranson), Uppsala: Iustus Förlag

Marcusson, Lena, (1995), “*Administrative Procedure*”, **Swedish Law, a Survey**, Stockholm: Juristförlaget

Ministry of Justice, (2007), **The Right of Access to Official Documents in Sweden**, Stockholm

Österdahl, Inger, (1998), “*EU Law and Swedish Law on Public Access to Documents – Potential Contrasts*”, **Anglo - Swedish Studies in Law** (ed. Mads Andenas and Nils Jareborg), Uppsala: Iustus Förlag

Petersson, Olof, (1994), **Swedish Government and Politics**, Stockholm: Fritzes

Regeringskansliet, (2004), **Public Access to Information and Secrecy with Swedish Authorities**, Stockholm

Regnemalm, Hans, (1991), **Administrative Justice in Sweden**, Stockholm: Juristförlaget

Seipel, Peter, (2001), “*Sweden*”, **Nordic Data Protection** (Blume, Peter – Saarenpää, Ahti – Schartum, Dag Wiese – Seipel, Peter), Uppsala: Iustus Förlag

Sterzel, Frerdik (1995), “*Public Administration*”, (Offprint) **Swedish Law a survey**, Stockholm: Juristförlaget

Swedish Institute, (2007), **The Swedish System of Government**, www.sweden.se erişim tarihi 10.10.2008

Wennström, Bo, (1996), **The Lawyer and Language**, Uppsala: Iustus Förlag

Makaleler

Özel Hukuk

ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA BAĞLAMIN NEDEN OLDUĞU SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yrd. Doç. Dr. Server SÜLEYMANLI*

ÖZET

Makalede bağlı nama yazılı hisse senetlerinin devredilmesi hallerinde ortaklık haklarının kullanılması bakımından ortaya çıkan çeşitli sorunlar ve bunlarla ilgili görüşlere ve nazariyelere değinilmiştir. Bundan sonra anonim ortaklıklar hukukunda bağlam kuramının üzerinde teorik açıdan bir inceleme yapılmıştır. Bu inceleme kapsamında bağlamın pay senetlerinin nazari temellerine ve işlevlerine uymadığı ortaya konulmuştur. Daha sonra, anonim ortaklıklarda “hakla açıklık” kavramı üzerinde durulmuş ve bununla ilgili yeni bir ölçü önerilmiştir. Konu irdelenirken bağlamın halka açık anonim ortaklıkların yapısı ile bağdaşmadığı tespit edilmiştir. Bütün bunlara açıklık kazandırılmaya çalışıldıktan sonra, pay senetlerinin ve anonim ortaklıklar hukukunun teorik temellerine zarar vermeden bağlamın ortaya çıkmasına neden olan ihtiyaçlara cevap veren önerilerde bulunulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER: Bağlam, Pay Senetleri, Anonim Şirket, Pay Sahipleri, Payın Devri

THE PROBLEMS OF THE INSTITUTION OF BLOCKED SHARES IN CORPORATIONS LAW AND THE OFFERS FOR SOLUTION OF THIS PROBLEM

ABSTRACT

In this article firstly were explained the problem of regarding transfer of blocked shares and use shareholders rights after transferring these shares. Then were analyzed the institution of blocked shares in corporations law and theories about this problem. The frame of these analyses was proved that blocking of shares is incompatible with shares (as type of security) and its functions. Afterwards there were proposed new criterions for transparency and public access of shares. The problem is blocking of shares in incompatible for open stock companies. Finally, in light of needs for blocking of shares and without jeopardizing the main rules and principles of stock companies law, related proposals were offered for solution of this problem.

KEYWORD: Corporation, Shareholder, Share, Blocked Shares, Transfer

1. GİRİŞ ve KONUNUN GENEL OLARAK TAKDİMİ

Nama yazılı pay senetlerinden kaynaklanan ortaklık haklarının kullanılması ve özellikle bağlı nama yazılı pay senetleri bakımından bunun arz ettiği özellikler anonim ortaklık hukukunda tereddüde ve büyük tartışmalara neden olmaktadır. Biz burada, mevcut hukuki düzenlemelerin yorumlanması yönünde değil, mevcut hukuki durumu, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından değerlendirmeye çalışacağız.

Nama yazılı pay senetleri sahiplerinin şirkete karşı ortaklık haklarını kullanabilmeleri, kural olarak onların adlarının pay defterine kaydedilmiş olmasına bağlıdır. Bu, uygulamadan doğan bir zorunluluktur. Fakat pay defterine kayıt genelde kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğundan, bir kimsenin gerçek pay sahibi olup olmadığı ancak maddi hukuk hükümlerince tespit olunabilir. Diğer bir ifade ile, payları hisse senedine bağlanmış anonim ortaklıklarda, bir kimsenin ortak olup olmadığı, pay senetleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup olmadığına bağlıdır. Zira bilindiği üzere, esas sermayenin bir parçasını ve bir ortaklık mevkiini ifade eden pay, anonim şirketlerde ortak sıfatını sağlayan yegâne vasıta. Pay, kıymetli evrak niteliğinde senede bağlandığında, bir kimsenin bu senet üzerinde hukuka uygun bir şekilde mülkiyet hakkını kazanması, aynı zamanda doğal olarak, söz konusu hisse senedinin ilişkin bulunduğu anonim şirketin ortağı haline gelmesine neden olmaktadır¹.

Dolayısıyla da, nama yazılı pay senedini usulüne uygun olarak iktisap etmiş olan kimse, adını pay defterine kaydettirip ettirmemesinden asılı olmayarak, paydan kaynaklanan her türlü hakların da gerçek sahibi konumundadır. Hatırlatmak gerekir ki, anonim ortaklıklar hukuku alanında hâkim görüş ve uygulama tarafından, muayyen şahsın adına yazılı hisse senetleri üzerinde mülkiyet hakkının, usulüne uygun bir ciro ya da devir beyanı ve teslim yolu ile elde edileceği hususu, açık ve kesin olarak kabul edilmektedir². Fakat

* Kafkas Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, öğretim üyesi, Bakü, Azerbaycan.

¹ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.bası, İstanbul 2000, N. 431

² Aynı yöndeki ifadeler için bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1132, 1134; **O. İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, s. 362 vd; **Ü.DAĞ**, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996, s. 182-183; **S. KARAHAN**, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması, Batider, C. XXI, S. 2, s. 37, 39; **M.ÇEKER**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s. 153; **E.WYMEERSCH**, "Shareholder Voting Rights and Practices in Belgium", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 24; **L.C.B.GOWER**, Principles of

paydan kaynaklanan ve özellikle oy hakkı gibi idari nitelikteki hakların şirkete karşı ileri sürülebilmesi için, pay sahipliğinin zamanında bildirilmiş olması gerekir. Çünkü, zamanında pay sahipliğini bildirmemiş olan kimselere, şirketin paydan kaynaklanan bu tür hakları her zaman kullanılabileceği, fiziki olarak mümkün değildir. Buna göre de, hisse senetlerini devretmiş olan pay defteri hissedarının maddi anlamda pay sahibi olmadığını bilmeyen şirketin, ortaklık haklarını ve dolayısıyla da hem de oy hakkını bu kişiye kullanmasından sorumlu olmayacağı, haklı olarak, kanun koyucular tarafından da kabul edilmektedir³. Zira, aksi düşüncenin kabulü, adil olmayacağı gibi, anonim ortaklıkların sağlıklı karar alabilmesini ve faaliyet göstermesini de gereksiz yere müşkülleştirmiş olurdu.

Dolayısıyla da genel kural, muayyen bir şahsın adına yazılı pay senetleri üzerinde mülkiyet hakkını elde eden kimselerin, söz konusu senette mündemiç olan pay üzerinde mülkiyet hakkını (ve dolayısıyla da payın sağladığı en önemli haklardan biri olan oy hakkını) iktisap edecekleri, yani pay sahibi olacakları şeklindedir. Anonim ortaklıklarda pay sahibi demek, şirket ortağı demektir. Bu bakımdan da, yeni pay sahibinin adının pay defterine yazılması, pay sahipliği sıfatının kazanılması bakımından değil, paydan kaynaklanan ortaklık haklarının şirkete karşı kullanılabilmesi bakımından önem arz eder. Buna göre de, pay sahipliğinin kazanılması ve oy hakkına sahiplik bakımından kurucu unsur, pay defterine kayıt değil, pay senedine malik olmaktır. Hal böyle

Modern Company Law, 5th edition, Aylesbury, Bucks, 1992. s. 222; **CHARLESWORTH/MORSE**, "Company Law", Sixteenth Edition, London 1999, s. 188-189; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, West's Business Law, 4th edition, Paul – New York – Los Angeles – San Francisco, 1990, s. 563 ve özellikle 657; **GUYON**, "Shareholder Voting Rights and Practices in France", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 99; **MARCHETTİ/CARSAANO/GHEZZİ**, "Shareholder Voting Rights and Practices in Lüksembourg", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 160; **J. G. ANTUNES, .:**, "Shareholder Voting Rights in Portugal", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 241 ve özellikle orada dpn. 62; **DRUEY**, "General Report", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 370.

³ Zira alacak temlik edildikten sonra, eski alacaklıya iyi niyetle (yani temliki bilmeksizin) ifade bulunan borçlunun, bundan sorumlu olmayacağı, normal alacaklar bakımından dahi kabul edilmektedir, örnek için bkz. Alman Medeni Kanunu § 647; Fransız Medeni Kanunu m. 1691; Türk Borçlar Kanunu m. 165; Az.MK. m. 513.4.

olunca, pay defterine yapılan kaydın hukuki niteliğinin açıklayıcı olduğu ortaya çıkmaktadır ki, bu hususta anonim ortaklıklar hukuku alanında esasen bir tereddüt ve tartışma bulunmamaktadır.

Buna mukabil, bağlı nama yazılı pay senetlerinin iktisabı halinde ve özellikle de bağlama aykırı olarak yapılan devirlerde, müktesibin şirket ortağı sayılıp sayılmayacağı hususu tereddüt ve tartışmalara neden olmaktadır. Çok ilginçtir ki, bu durumda müktesibin senette ihtiva olunan pay üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı, hemen herkes tarafından kabul edildiği halde, onun ortak sayılıp sayılmayacağı hususunda tereddüt edilmekte ve hatta birlik teorisi taraftarlarınca müktesibin ortak addedilmeyeceği kesinlikle ifade edilmektedir. Oysa ki, anonim ortaklıklarda pay sahibi demek, zaten şirket ortağı demektir. Zira ortak, Poroy'un⁴ ifadesi ile ifade edecek olursak, pay mevkiini dolduran kişidir. Bu bakımından pay sahipliğinin kazanılması ile ortak sıfatının kazanılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Burada özellik arz eden durum, sadece ortaklık haklarının şirkete karşı kullanılabilip kullanılamamasında veya diğer bir ifade ile, şirket tarafından pay sahibinin "ortak" olarak tanınıp tanınmamasındadır.

Bilindiği üzere, anonim ortaklıklarda kural, payın ve dolayısıyla da pay sahipliğinin devredilebilirliğidir. Gerçekten, anonim şirketin en belirgin özelliklerinden biri, ortaklarının sahip olduğu payları üçüncü kişilere en kolay devredebileceği bir şirket türü olmasıdır⁵. İşte bu nedenledir ki, genelde anonim şirket ortaklarına, sahip oldukları paylarına tekabül eden şirket emlakinin kendilerine verilmesini talep etmek suretiyle şirketten ayrılma veya çıkma imkânı tanınmamakta, fakat bunun yerine, payın devredilebilirliği ilkesinin pay sahiplerinin bu konudaki ihtiyaçlarını karşılayacağı kabul edilmektedir.

Ayrıca, anonim şirketlerde esas sermayenin paylara bölünmesinin temelinde yatan esas düşünce de, payların kolayca devredilebilirliğini sağlama düşüncesidir. Keza, böylesine devredilebilir bir payın senede bağlanmasının en başlıca nedeni de, gene onun devredilebilirliğini ve tedavülünü daha da kolaylaştırmaktan başka bir şey değildir⁶. Zira, muayyen bir şahsın adına yazılı bir kıymetli evrak olarak hisse senetlerinin ciro yolu ile devredilmesi, ortaklar arasında değişiklikleri oldukça kolaylaştırmaktadır. Böylece, hisse senedinin iktisabı ile birlikte ortaklık mevki olarak payın sahibi de değişir ve bu

⁴ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 431.

⁵ **ARSLAN**, İbrahim., Şirketler Hukuku Bilgisi, 4.baskı, Konya 1999, s. 138.

⁶ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 766; **ÇEKER**, , s. 135; **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 192; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 553-654.

değişiklik, şahıs şirketlerinin aksine, anonim ortaklığı (en katı bir sermaye şirketi olarak) etkilememektedir.

Dolayısıyla da anonim şirkette paylar, sende bağlanmışsa, demek ki, onun el değiştirmesinin daha da kolaylaştırılması arzu edilmektedir. Kim tarafından? Kim pay senetleri çıkarmaya yetkili ise, onun tarafından. Anonim ortaklık esas mukavelesinde nama yazılı pay senetlerinin devri ile ilgili bir sınırlama öngörüldüğünde ise, bağlı nama yazılı paylardan söz edilmektedir⁷. Bu tür paylar, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanabileceği ve bunun gerçekleştirilmesi halinde de, söz konusu payların devri bakımından ortaklık esas mukavelesinde öngörülen sınırlamaların çerçevesinde herhangi bir daralma olmayacağı da oybirliği ile kabul edilmektedir.

Şimdi dikkat edilirse, bir taraftan anonim ortaklıklarda payın devredilebilirliği genel bir kural olarak kesin bir şekilde kabul edilmekle birlikte, nama yazılı payların devrine çok geniş bir şekilde sınırlama getirilebileceğini (zira belli başlı hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğunda, anonim ortaklığa neden göstermeden dahi, yeni pay sahibinin ortaklık defterine kayıt talebini reddedebileceği kabul edilmektedir⁸) ve böyle payların, üstüne üstelik kıymetli evrak niteliğinde hisse senetlerine bağlanabileceğinin kabulü, bir çelişkiye ve anormalliye neden olmaktadır.

Bundan başka, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıkta kişisel öğelerin ikinci planda olması gerekmele birlikte, “bağlam” yolu ile anonim ortaklıklarda ancak belirli nitelikteki kişilerin pay sahibi, yani ortak olması hedeflenmekte ve dolayısıyla da pay sahiplerinin kişilikleri ön plana çekilmekte, bunun sağlanması için de payın devri zorlaştırılmaktadır. Böylece, bağlama ilişkin esas mukavele hükümleri, bir sermaye şirketi olan anonim şirketin işleyiş mekanizması içerisine, şahıs şirketlerine ilişkin özelliklerin katılması sonucunu doğurmaktadır. Bunun da doğal olarak sakıncaları beraberinde getireceği, kaçınılmazdır. İşte tartışma ve sorunun temelinde yatan olgu bu noktadadır.

⁷ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1145; **H.PULAŞLI**, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 111; **Z.AYTAÇ**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, s. 105; **H.YASAMAN**, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, s. 44; **F. TEKİL**, Anonim Şirketler Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s. 315.

⁸ İsviçre hukuku bakımından bkz. **P. JAEGGI** (çev. Ö. TEOMAN), Anonim ortaklıklar Hukukunun Çözümlememiş Sorunları, İkt. Mal. C. XXII, S. 1 (Nisan 1975), s. 21; İngiliz hukuku bakımından bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 198; Alman Hukuku (POK § 68) bakımından bkz. **DAĞ**, s. 145 ve 148-149; Türk hukuku bakımından bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1162 vd; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 290-291.

Fakat burada doğal olarak bir soru akla gelmektedir: bağlı nama yazılı hisse senetlerin varlık sebebi ve amacı nedir? Hemen belirtelim ki, anonim ortaklıklarda bağlam çok çeşitli amaçlarla öngörülmekte ve bu amaçların hemen hepsinde az veya çok derecede anonim ortaklığın meşru menfaatleri bulunmaktadır. Burada bunların bir kısmını çok kısa ve özet olarak belirtecek olursak, her şeyden önce bağlam, az sayıda ortaktan oluşan, genellikle de kişi ortaklıklarında olduğu gibi güven temeli üzerine kurulu olan anonim ortaklıklarda güven duyulmayan kimselerin ortak olmasını engelleme amacıyla öngörülebilir⁹ veya anonim şirket ortaklarının özelliklerini taşımayanların (mesela, anonim ortaklığın ulusallık niteliğini taşıması için belirli bir ülke tebaasına ait olmayanların ya da hisim veya belirli bir gruba ait olanlar arasında kurulmuş olan bir anonim ortaklığa, hisim veya o gruba ait olmayanların) ortak olmasının karşısını almak için öngörülebilir.

Böylece, anonim ortaklığın esas mukavelede bağlama ilişkin hükümlerin öngörülmesinden güttüğü amacın, anonim ortaklığın doğasından ileri gelen temel işleyiş mekanizması ile bağdaştırılması zorunluluğu hasıl olmaktadır.

Tekinalp'in da gerçeği yansıtan yerinde bir ifadesiyle, bağlam, haddizatında anonim ortaklıklar hukukunda önemli bir sapmaya neden olan bir "silah"dır ve Tekinalp bu silahın verebileceği zararlardan kısmen de olsa bölünme teorisi çerçevesinde korunmanın mümkün olabileceği görüşündedir¹⁰.

Fakat görüldüğü üzere, bölünme teorisini kabul eden yazarın bizzat kendisi de "bağlam"ın neden olacağı zararların bu teori çerçevesinde ancak *kısmen* telafi edilebileceği kanaatindedir. Yani "bağlam"ın hem anonim ortaklıklar hukukunda normalden önemli bir sapma sonucunu doğurduğu, hem

⁹ **G.A. JENTZ/R.L. MİLLER/F. B. CROSS/K.W. CLARSON**, s. 618, 620; **Ö. TEOMAN**, Bağlı Nama Yazılı Pay Senedi ve Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, İkt. Mal. C. 19, S. 1, s. 25; **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N.1145; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 290.

¹⁰ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1154a; **DAĞ**, s. 208 vd. *Üner Dağ*, konu ile ilgili tartışmaların (birlik teorisi veya bölünme teorisi) teoriler vasıtasıyla değil (aslında konu ile ilgili ilave olarak daha üç tane teori – intikal teorisi, askıya alma teorisi ve terk etme teorisi – bulunmaktadır, bkz. **PULAŞLI**, Pay Senetleri, s. 173 vd), Türk hukukundaki kanuni düzenlemelerden hareketle çözüme kavuşturulabileceğini ileri sürse de, sonuçta bölünme teorisini benimsemekte, fakat "bağlam ile meydana gelen normalden esaslı sapmanın" neden olduğu ve birlik teorisince haklı olarak dile getirilen sorunların nasıl çözümleneceğine ilişkin bir öneri veya açıklama yapmamıştır.

de bunun neden olduğu zararların tam telafisinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

Buna karşılık, bölünme teorisinin de bu defa “payın bölünmezliği” ilkesine aykırı olduğu ve ayrıca malik olmayan, sadece suni bir pay sahibi konumunda olan ve dolayısıyla da haddizatında anonim ortaklık ile ilgisi bulunmayan bir kimsenin paydan kaynaklanan idari hakları kullanabileceğine (ki, bu kesinlikle idari hakların tanınmasındaki amaca tamamen aykırıdır), buna mukabil, ortaklık ile maddi menfaat açısından bağlantısı olan ve dolayısıyla da ortaklık menfaatini daha iyi düşünebilecek durumda bulunan devralanın ise, idari haklardan mahrum bırakılmasına neden olduğu ileri sürülmekle, birlik teorisi taraftarlarınca haklı olarak eleştirilmektedir¹¹.

Aşağıda konu ile ilgili görüşlerimizi iki başlık altında - (1) bağlı nama yazılı pay senetleri teorik temele ve anonim şirketlerin doğasına uymamaktadır ve (2) bağlam halka açık anonim ortaklıklar kavramı ile bağdaşmaz – açıklamaya çalışacağız.

2. Bağlam, Pay Senetlerinin Teorik Temeline ve İşlevine Uymamaktadır

Her şeyden önce ve en önemlisi, bağlam, anonim şirketlerde geçerli olan payın devredilebilirliği ilkesini önemli şekilde zedelemektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, payın devredilebilirliği, anonim şirketlerin en belirgin özelliklerinden biri olup, onun doğasından kaynaklanmaktadır.

Muayyen şahsın adına yazılı bulunan paylar, hisse senetleri (aktions, aktien ve azioni) olarak ifade edilen kıymetli evrak niteliğindeki senetlere bağlanırken – söz konusu senetler, ister emre yazılı, isterse de nama yazılı kıymetli evrak grubuna ait edilsin, fark etmez – , her zaman için payın devir kabiliyetinin artırılması gayesiyle yapılmaktadır. Çünkü payın bu şekilde kıymetli evraka bağlamak suretiyle cisimlendirilmesi, ona kıymetli evrak gibi tedavül niteliği kazandırmaktadır. Senede bağlanmış payların, yani hisse senetlerinin kıymetli evrak olduğu hemen her hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Buna göre de, birer kıymetli evrak olan hisse senedi, kim tarafından iktisap edilirse edilsin, o (yani devralan), senetten doğan hakkı (yani pay üzerindeki mülkiyet hakkını) da iktisap etmiş olacaktır. Madem ki, devralanın senetten doğan hakkı, yani anonim şirkette bir ortaklık mevkiini ifade eden payı, iktisap ettiği zorunlu olarak kabul edilmekte¹², o zaman mantık icabı

¹¹ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1152; **ÇEKER**, s. 157.

¹² Bu hem bölünme teorisi, hem de birlik teorisi tarafından kabul edilmektedir, bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1154a; **DAĞ**, s. 207-208 ve orada dpn. 214 ve 215’de anılanlar; **ÇEKER**, s. 157 ve orada dpn. 92’de anılanlar.

paydan kaynaklanan hakları (yani dolayısıyla da oy hakkı dahil her türlü ortaksal hakları) da iktisap ettiğinin kabulü gerekir.

Tedavül niteliğini haiz bir kıymetli evrakta mündemiç olan hakkın, “sadece taraflar arasında geçerli olacak” diye yorumla getirilen bir kuralın kabul edilmesi önemli bir çelişkiye neden olmaktadır. Zira böyle bir yaklaşım, kıymetli evrak anlayışına ve kıymetli evrak hukukunun üzerine kurulu bulunduğu ilke ve kurallara tamamen yabancıdır.

Bu bağlamda, bölünme teorisince ileri sürülen çözümler de keza, teorik temele ve hukuk sistematığına uymamaktadır. Zira bilindiği üzere, bölünme teorisi, özet olarak, bağlam ile sağlanmak istenen sonucun, arzu edilmeyen kimselerin ortaklık işlerine karşısının önlenmesi olduğu, yoksa paydan kaynaklanan mali nitelikteki hakların, mesela kâr payının, tasfiye payının ve hazırlık dönemi faizinin kimin tarafından alındığının anonim ortaklığı ilgilendirmeyeceği esasına dayanmakla, paydan kaynaklanan idari nitelikteki hakların devralana geçmeyeceği, bu tür hakların pay defteri hissedarında kalmakta devam edeceği, buna mukabil mali nitelikteki haklar ise, bağlam gereğince pay defterine kaydedilmeyen devralana geçeceği şeklindedir.

Görüldüğü üzere, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senedini bu kıymetli evrakın devir şekli bakımından usulüne uygun bir şekilde iktisap eden devralanın, senette mündemiç olan pay hakkından kaynaklanan ve böylece bu hakka sahip olmadan ileri gelen, diğer bir ifade ile pay sahipliğine bağlı olan hakların tamamı (birlik teorisi) veya bir kısmı (bölünme teorisi), o cümleden oy hakkının teoriler gereğince, haddi zatında iktisap edilmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunun da çelişkili olduğu ortadadır. Böyle bir yaklaşım sonucunda – bu husustaki çelişkiye iyi bir örnek teşkil edecek Dağ’ın¹³ (yazar kanuni düzenlemelerden hareketle sonuçta bölünme teorisini kabul etmektedir) ulaştığı - şu garabete varılacak: bağlama aykırı devirden dolayı kayıt talebi ret edilince, devralan kişiye hem oy hakkının maddi anlamda sahibidir diyeceksin, hem de bu hakkını hiçbir zaman kullanamayacaksın demek durumunda kalacaksın. Hiçbir zaman kullanılmayacak ve hatta her nasılsa kullanılacak olursa bile (şirket genel kurulunda kullanıldığında yetkisiz kimse sayılacağından) geçerli addedilmeyecek bir şeyin ne olduğunu söylemek kolay değil ama, hak olmadığı açık.

Aynı durum birlik teorisi bakımından da söz konusudur. Daha önceleri çeşitli vesilelerle de belirtildiği gibi, senedin usulüne uygun devri ile birlikte devralanın senet üzerinde mülkiyet hakkını kazanacağı, birlik teorisince de

¹³ Bkz. DAĞ, s. 182-183, 207.

kabul edilmektedir¹⁴. Paydan kaynaklanan hakların asıl borçlusunu (mali nitelikteki ortaklık hakları bakımından) ve muhatabı (idari nitelikteki ortaklık hakları bakımından), payın ilişkin bulunduğu anonim ortaklığın bizzat kendisidir. Şayet bağlam nedeniyle kayıt talebi reddedildiğinde, bu haklar anonim şirkete karşı hiç kullanılamayacaksa, o zaman hak yoktur demektir. Çünkü, örneğin, borçlusunu olmayan bir alacak hakkı olamaz, borçlu yoksa, demek ki alacaklı da yoktur. Dolayısıyla da, bir kimse paydan kaynaklanan hakları, daha doğrusu pay sahipliği haklarını ileri süremeyecekse, demek ki pay üzerinde malik veya diğer bir ifade ile pay sahibi de değildir.

Hisse senedi üzerine bağlamın yazılması¹⁵ ya da hisse senedinin nama yazılı bir kıymetli evrak olarak kabul edilmesi de çözüm değildir. Çünkü daha önce yukarıda çeşitli vesilelerle belirtildiği üzere, anonim ortaklıklar hukukunda kural olarak ortaklık pay defterine kayıt, ortak sıfatının kazanılması bakımından açıklayıcı niteliktedir¹⁶. Gerçekten, pay defteri, kıymetli evraka bağlanmış bulunan pay üzerinde mülkiyet hakkının elde edilmesini sağlama amacıyla değil (halbuki, pay senetleri bu amaçla ihdas edilir), payların kimlerin elinde bulunduğunu tespit etmek için tutulur. Pay defterinin amacı buna yöneliktir.

¹⁴ Örnek olarak bkz. **PULAŞLI**, Pay Senetleri, s. 198-199; **DAĞ**, s. 208 ve orada dñn. 215’de anılanlar. Buna mukabil, doktrinde *İbrahim Arslan* tarafından, bağlamın öngörülmesi halinde, sözü edilen hisse senetlerinin ancak bağlama uygun olarak devredilmesi halinde geçerli olacağı belirtilmekte ve böylece, haddizatında bağlama aykırı yapılan hisse senedi temliklerinin geçerli olamayacağı ileri sürülmektedir (bkz. **ARSLAN**, s. 291). Yazar, buna gerekçe olarak da, şirket ana mukavelesinin ilgili hükümlerinin özel hükümler olduğu ve bu yüzden de nama yazılı hisse senetlerinin devrine ilişkin kanun hükümlerinden önce uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Yazarın, sözleşme hükümlerinin emredici olmayan, yani yedek hukuk kurallarından önce uygulanması gerektiğine ilişkin hükümlerden hareketle böyle bir sonuca vardığı açıktır. Fakat, bir kere, kıymetli evrakın devri ile ilgili hükümler yedek değil, emredici niteliktedir. Zira, kıymetli evrak, ağırlaştırılmış şekil şartlarına tabi tutulduğundan, mukavele tarafları kıymetli evrakın devrini, kanunda öngörülenden farklı bir şekilde, örneğin, söz gelişi, belirli bir işaretin yapılması suretiyle sağlayamazlar. Buna göre de, yazarın yukarıda zikredilen bu görüşüne de katılmıyoruz.

¹⁵ Nitekim ABD’de hukukunda uygulama bu yöndedir, bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 657.

¹⁶ **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, No. 1144; **DAĞ**, s. 182-183; **ÇEKER**, s. 152-153. **İMREGÜN** (bkz. AO, s. 368) pay defterine kaydın niteliği hususunda görüş belirtmiş olmasa da, esas mukavelede öngörülen bağlama rağmen yapılan devrin taraflar arasında geçerli olduğunu bildirmiş ve böylece aslında dolayısıyla da pay defterine kaydın açıklayıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir.

Anonim şirkette her bir pay, bir ortaklık mevkiini oluşturduğuna göre, pay sahibi demek, aynı zamanda anonim şirketin ortağı demektir. Yani anonim şirketlerde ortak sıfatı, pay kavramına bağlanmıştır¹⁷. Buna göre de pay üzerinde mülkiyet hakkını kazanmak demek, pay sahibi olmak, diğer bir ifade ile anonim şirkette ortak olmak demektir¹⁸.

Bağlama rağmen muayyen şahsın adına yazılı pay senedi ile ilgili devir işlemi yapıldıkta, senette mündemiç olan pay hakkı devralana geçer. Şayet bağlam yolu ile payın devrine şirketin de iştiraki öngörülmüş (şekli bağlam) ve bu husus hisse senedi üzerine yazılacak olursa, bağlamın neden olduğu mahsurların hacminde gene de bir azalma söz konusu olamayacak. Gerçekten, evvela, bu durumda payın devredilebilirliği yok denecek derecede, fazla sınırlandırılmış olur. İkincisi de, bilindiği üzere, pay ortağın mülkiyetindedir. Mülkiyet hakkının en belirgin özelliği, sahibine tasarruf veya diğer bir ifade ile tüketim (abusus) yetkisi sağlamasıdır. Payın devri, dogmatik açıdan bakıldığında da, devreden ile devralanı ilgilendiren bir iş olup anonim şirketi alakadar etmez¹⁹. Fakat böyle bir şekli bağlam getirilen durumlarda, pay sahibi, malik olduğu paylar üzerinde tek başına malik olarak tasarruf edebilecek konumda değil de, ancak anonim şirketin uygun bulması üzerine tasarruf yetkisini haiz olabilecek bir konuma itilmektedir ki, bunun da mülkiyet kavramı ile bağdaşmadığı açıktır.

Böylece, anonim ortaklığın kendi menfaatini koruma adına ortakların malvarlığı haklarına müdahale etmesi, özel hukukun temel ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi, çoğu zaman hakkaniyete de uygun olmayacak. Zira anonim şirket ortaklarına, hem sahip oldukları paylarına tekabül eden şirket emlakının kendilerine verilmesini talep etmek suretiyle şirketten ayrılma veya çıkma imkânı tanınmamak, hem de sahip oldukları paylarını kendi çıkarlarına uygun bir şekilde devredebilmelerine imkân tanınmamak demek, kâr elde etmek için var olan pay sahiplerinin bu varlık sebeplerini ve böylece giderek anonim şirketlerin varlık sebeplerini gözardı etmek demektir. Bunlara bir de, hisse senedinin devrine şirket onayının alınması gerekir derken, aslında şirket yönetimini elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerinin onayını almak kast edildiği ilave edilince, bağlamın hakkaniyete ve azlıkta kalan pay sahiplerinin

¹⁷ **ARSLAN**, s. 281.

¹⁸ Bu bakımından pay üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması ile ortak sıfatının kazanılması birbirinden farklı iki ayrı husus olduğu intibahını veren “pay üzerinde mülkiyetin iktisabı açısından pay defterindeki kaydın hiçbir etkiyi haiz olmadığı, buna karşılık ortak sıfatının kazanılması bakımından açıklayıcı bir etkiye haiz olduğu” şeklindeki ifadeler (bkz. **TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU**, N. 1154, 1168; **DAĞ**, s. 182-183) yanılıcıdır.

¹⁹ **DRUEY**, s. 369.

çıkarlarına ne denli aykırı olduğu ve azlıkta kalan pay sahiplerine karşı ilgili konuda hakkın kötüye kullanılması için oldukça uygun bir zemin hazırladığı çok daha net bir şekilde belli olmaktadır. Zira, şirket yönetimini elinde bulunduran veya onu etkileme gücünü haiz bulunan büyük tasarruf sahipleri istedikleri zaman ellerinde bulundurdukları payları devredebilecek, fakat azlıkta kalan ve bu yönde şirket yönetimini etkileme iktidarında olmayan küçük tasarruf sahipleri olan azımlık pay sahipleri ise, ellerindeki payları satmak istediklerinde, “şirket onayı” adı altında çoğunluk pay sahiplerinden ekser hallerde onay alamayacaklarından, yok fiyatına hakim pay sahibine satmak zorunda kalacaklar.

Bundan başka, böyle veya herhangi bir diğer şekli bağlamın öngörülmesi halinde, payın senede bağlanması da, adeta, anlamsızlaşır²⁰. Çünkü payın senede bağlanması, payın tedavül kabiliyetinin artırılması amacıyla yapılır. Oysaki bağlam, payın tedavülünü kısıtladığından ve hatta sözü edilen türde şekli bağlamlarda çok büyük ölçüde ortadan kaldırdığından dolayı, böyle bir payın senede bağlanmakla birlikte üzerine bağlamın yazılması, payın devredilebilirliğini kolaylaştırmaz, bilakis, tamamen engeller.

Ayrıca, bağlam hükümlerinden kolayca yayınılması dünya uygulamasında o derecede yaygındır ki, bunun artık uygulamada olduğu kadar hukuken de kabul edildiği²¹ bir gerçektir. Kaldı ki, bir kimsenin pay sahibi

²⁰ Buna göre de, ABD hukukunda söz konusu bağlamın geçerliliği onun makul olması şartına bağlı tutulmaktadır, bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 657.

²¹ Gerçekten, dünyanın birçok ülkesinde pay defterine kaydedilmeyen yeni pay sahibinin, pay defterinde adı kayıtlı bulunan eski pay sahibine ortaksal haklarını ve özellikle de oy haklarının hangi yönde kullanılması ile ilgili talimat verebileceği veya bağlamın bu veya diğer şekilde dolanılabilmesi, kanunen veya uygulama yolu ile kabul edilmektedir. Bu yönde İngiliz hukuku bakımından bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 188 ve özellikle 196-197; Avusturya hukuku ilgili olarak bkz. **KOPPENSTEİNER/RÜFFLER**, “Shareholder Voting Rights and Practices in United States”, in: Baums/Wymeersch (eds.), “Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 16; Alman hukuku bakımından bkz. **BAUMS**, “Shareholder Voting Rights and Practices in Germany”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 125; Fransız hukuku bakımından bkz. **GUYON**, s. 104; ABD hukuku ile ilgili olarak bkz. **KLAUSNER/ELFENBEİN**, “Shareholder Voting Rights and Practices in Austria”, in: Baums/Wymeersch (eds.), “Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999, s. 356-357.

olarak ortaklık pay defterine kaydı yapıldıktan sonra, bağlam ile ortak olması istenmeyen bir kimse konumuna düşmesi de pekala olanaklıdır.

Bütün bunlar, kanaatimizce, muayyen şahsın adına yazılı pay senetlerine bağlam ile ilgili çeşitli kısıtlamalar getirilmesinin, birer kıymetli evrak olan hisse senetlerinin devrine egemen olan ilkelerin ihlaline ve özellikle de anonim ortaklıkların yapısına ve işleyiş mekanizmasına ve mülkiyet hakkı kavramına uygun düşmeyen sonuçların ortaya çıkmasına neden olduğunu açıkça göstermektedir.

3. Bağlam, Halka Açık Anonim Şirket Kavramı ile Bağdaşmaz

Bu konuya ilişkin değerlendirmenin yapılabilmesi için, her şeyden önce mahiyeti itibariyle halka açık anonim ortaklık kavramının açıklanması gerekmektedir. Hemen baştan belirtelim ki, bu konuya ilişkin açıklamada bulunurken, herhangi somut bir hukuki düzenlemeden hareketle değil, konuya ilişkin ilke ve kuralları bir bütün olarak esas almak suretiyle değerlendirmede bulunulmaya çalışılacak ve bu yapılırken de pek tabii olarak konuya ilişkin bazı somut kuralların yerindeligi de değerlendirme kapsamında ele alınacaktır.

Halka açık anonim ortaklık kavramı, kapalı tipli anonim ortaklık kavramı ile yakından ilgilidir. Zira halka açık olmayan bir anonim ortaklık demek, kapalı tipli anonim ortaklık demektir. Hakeza, kapalı tipli olmayan bir anonim ortaklık derken de, haddizatında (halka) açık tipli anonim ortaklık kastedilmiş olmaktadır. Dolayısıyla da halka açık anonim ortaklık kavramının tam olarak açıklığa kavuşturulması aynı zamanda kapalı tipli anonim ortaklık kavramının da açıklığa kavuşturulmasına neden olacaktır.

Şimdi doktrine baktığımızda genel olarak, kapalı tipli anonim şirketi, payları az sayıda ortaklara ait bulunan anonim şirketler şeklinde, açık tipli anonim şirketin ise, payları büyük sayıda ortaklara ait bulunan anonim şirketler olarak tarif edildiği²² görülmektedir.

Kanaatimizce, bir anonim şirketin halka açık olup olmadığını belirlemede kullanılacak ölçütün veya ölçütlerin sağlam ve elle tutulabilir nitelikte olması lazım. İşte bu bağlamda anonim şirketteki ortak sayısı, anonim ortaklığın tipini belirlemede sağlam bir ölçüt olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü, her zaman şirketteki ortak sayısının farazi halka açıklık ölçütü olarak belirlenecek bir sayının altına düşme veya tam tersi, üstüne çıkma imkânı

²² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 473; **ARSLAN**, Şirketler Hukuku Bilgisi, s. 152; **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 617, 620; Dolaylı bir ifade tarzında da olsa, **TEOMAN**, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi (kısaca, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması), Batider, C. XVII, S. 3, s. 46; **S. KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 50.

olacaktır. Bu, anonim ortaklığın doğasında bulunan payın devredilebilirliği ilkesinden ileri gelmektedir.

Kaldı ki, bu sayının ne kadar olması gerektiği de ayrı bir sorundur. Zira farazi halka açıklık ölçütü olan sayının yüksek tutulması (mesela, 500 ve üzeri gibi), gerçekten çok ortaklı olan ve aslında aşikâr bir şekilde kapalı tipli anonim ortaklıkların özelliklerini taşımayan anonim şirketlerin açık tipli sayılmamasına, bu sayının düşük tutulması ise, haddizatında kapalı tipli anonim ortaklık hüviyetinde olan anonim şirketlerin açık tipli anonim ortaklık sayılmasına neden olabilecektir.²³

Bundan başka, dikkat edilirse bu ölçütün uygulanması, bir ortağın malik olduğu paylarını çeşitli kimselere satmak veya halka arz etmek yolu ile çoğunluk iradesi olmadan, hatta onun aksi yönde iradesine rağmen, AO tipini değiştirebilmesi gibi bir anormalliğe neden olabilmektedir. Anonim ortaklıklara hakim olan ilkelerden biri olan çoğunluk ilkesine ve giderek hukukun temel amaçlarının başında gelen adalet ilkesine aykırı olan bu durum, doktrinde *Tekinalp*²⁴, tarafından isabetli olarak şu şekilde tenkit edilmektedir: Anonim şirketin kapalı veya açık olmasının tayininde çoğunluk menfaatini ve iradesini küçük pay sahibi konumunda olan tek bir ortağın menfaatlerinin gerisinde kabul etmek veya başka bir deyişle küçük pay sahibinin iradesini çoğunluğun iradesine

²³ Aynı yönde bkz. **S. ARKAN**, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara 1976, s. 18-19. Fakat yazarın halka açık anonim ortaklıklarda ortak sayısının mutlaka belli bir rakamla saptanması yoluna gidilecekse, anonim şirket ortaklarının “saman adamlar” olup olmadığı İngiltere’de olduğu gibi şirkete müfettiş gönderilerek pay defterinde kayıtlı kişilerin gerçekten pay sahibi olup olmadıklarının araştırılması gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. çünkü *bir kere*, İngiltere’de de, gerçek veya saman ortakların ve hatta bir kimsenin ortak olup olmadığı tespiti hususu bir sorun olarak kalmaktadır. Hatta o kadar ki, pay defteri hissedarı diye ifade edilen suni pay sahipleri yüzünden genel kurula katılım çok düşüktür ve bu yüzden de genel kurul toplantı yetersayısı oldukça aşağı olarak belirlenmektedir (bkz. **DRUEY**, s. 377, dpn. 77). *Kaldı ki*, bir kimsenin gerçek pay sahibi olup olmadığını tespit etmek çok zordur. Şayet şirkette çok az paya sahip olduğundan hareketle küçük tasarruf sahiplerini gerçek ortak olarak kabul edilmediği takdirde, halka açık anonim şirketlerin farklı hükümlere tabi tutmakta güdülen amaç (küçük yatırımcıları korumak amacı), gözardı edilmiş olur. Dolayısıyla da bu görüş Türk Sermaye Piyasası Kanununun amacı ve işlevi ile de bağdaşmamaktadır.

²⁴ **Ü. TEKİNALP**, Anonim Ortaklık Tipi İçinde Sınıf Değiştirme – Kayıtlı Sermaye Sisteminde Çıkarılan Sermayenin Hukuki Niteliği, Batider, C. XVIII, S. 2, s. 33.

tercih etmek için hiçbir haklı sebep gösterilemez. Aksini kabul, organların yetkilerinden, denetlemenin türüne, çıkarılacak menkul değerlerin sınırlarından, pay sahipliği haklarına ve dağıtılacak kâr oranına kadar, çoğunluğun iradesi yerine tek pay sahibinin iradesinin hakim kılınması sonucunu doğurur. Böyle bir sonuç ise, katı bir sermaye ortaklığı olan anonim şirketin temel düzenine ve yapısına ve yapının taşıyıcı kolonlarından biri olan çoğunluk ilkesine aykırıdır.

Keza, gene bilimsel öğretilerde Ulusoy²⁵ tarafından, anonim ortaklığa halka açıklık niteliği verilirken çoğunluğun iradesine, daha doğrusu müteşebbisin niyetine üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülmüş ve ortak sayısının farazi halka açıklık oranını aşım aşmadığının saptanmasında gerek nama yazılı, gerekse de hamiline yazılı hisse senetlerinin çıkarıldığı şirketlerde büyük güçlüklerle karşılaşılacağını belirtmekle en önemli noktaya dikkat çekilmiştir.

Tekinalp'in yukarıda zikredilen eserindeki bazı görüşlerine karşı, sonradan bir bilimsel makale yayımlayan Teoman²⁶, bu eserinde anonim ortaklığın varlığını kapalı veya halka açık olarak sürdürüp sürdürmeyeceğinin saptanmasında hiç kuşkusuz kurucuların ya da sonraki evrelerde sermaye çoğunluğunu temsil eden pay sahiplerinin iradelerinin belirli bir işlevi vardır ve olmalıdır da der ama, o kadar. Zira, küçük pay sahibinin, çoğunluk iradesinin aksi yönde olmasına rağmen, kapalı tipli bir anonim ortaklığı açık hale getirip getirememesi ile alakadar görüş açıklarken “anonim ortaklığın varlığını kapalı veya halka açık olarak sürdürüp sürdürmeyeceğinin saptanmasında hiç kuşkusuz kurucuların ya da sonraki evrelerde sermaye çoğunluğunu temsil eden pay sahiplerinin iradelerinin belirli bir işlevi vardır” demesine rağmen, bu hususta kurucuların ya da sermaye çoğunluğunu temsil edenlerin iradelerinin somut olarak ne gibi bir işlevi olduğunu açıklamadığı gibi, bununla ilgili herhangi bir somut öneri de getirmemektedir. Yalnız şurası açık ki, yazar, sözü edilen eserinde, hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılması bakımından, “küçük pay sahibinin (çoğunluğun iradesine rağmen) tek taraflı olarak anonim ortaklığın tipini değiştiremeyeceği” yönündeki görüşü kesinlikle kabul etmemiştir.

Doktrinde Karahan²⁷ da Teoman ile aynı görüştedir. Yazar, buna gerekçe olarak, haklı bir şekilde, yürürlükte olan mevcut düzenlemeleri göstermektedir. Fakat yazarlar, söz konusu ilgili düzenlemelerin yerindeliği üzerinde durmamışlar. Oysaki, aslında işin esası da ele burada, ilgili düzenlemelerin anonim ortaklığın, özellikle de halka açık olan anonim

²⁵ **Y. ULUSOY**, Sermaye Piyasası Kanununun Yorum ve Açıklaması, Ankara 1981, s. 51-52.

²⁶ **TEOMAN**, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 41.

²⁷ **KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 37.

ortaklıkların temel düzenine, onun doğasına ve yapısına uymamasıdır. Bu bakımından da Tekinalp'ın bu konudaki görüşü (küçük pay sahibinin çoğunluğun iradesine rağmen tek taraflı olarak anonim ortaklığın tipini değiştiremeyeceği yönündeki görüşü), belki mevzuattaki bir takım düzenlemelere uymamakta ama, söz konusu bu düzenlemeler de, anonim ortaklıklara hakim olan ve yasada da ifadesini bulan temel rükünlere uymamaktadır.

Kanaatimizce, ortak sayısının halka açıklık ölçütü olarak ele alınması, bir anonim şirketin açık veya kapalı tipli olmasını belirlemede kesinlikle yetersizdir. zira bu ölçüt esas alındığında bugün az ortaklı olan bir anonim şirket, yarın çok ortaklı veya tam tersi, bugün çok ortaklıklı bulunan yarın az ortaklıklı bir anonim şirkete, hiçbir prosedür işlemine gerek kalmaksızın, dönüşebilir.

Günübirlik devirlerle hareket edilmesinin sakıncalarından kurtulmak için, açıklık statüsünün kazanılması ve kaybedilmesinin katı şartlara tabi tutulması²⁸ da söz konusu yetersizliği ortadan kaldıramamaktadır. Zira ne gibi ciddi ve katı şartlar öngörülürse görülsün, bunlar sonuç itibariyle farazi halka açıklık ölçütü olarak belirlenmiş olan sayının altına düşme veya çıkma hallerinin varlığına belli bir süre göz yummadan (ve böylece aslında önerilen ağır şartları hesaba katmama zorunda kalmadan) öteye geçemeyecektir.

Ayrıca, ortağın malik olduğu payları devretme hakkını kötüye kullandığı, mesela, sermaye azınlığını temsil eden bir ortağın çoğunluğa karşı bencil istek ve arzularını gerçekleştirmek amacıyla ve bir tehdit aracı olarak paylarını, şirketi halka açık bir anonim ortaklık statüsü niteliğini kazandıracak şekilde devretmesi ve böylece, söz konusu şirket hakkında halka açık anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerin uygulanması sonucuna neden olması durumunda, bu tür pay devirlerinin geçersiz sayılabileceği yönündeki görüşlere²⁹ de pek katılma olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, böyle bir niyetle pay devirlerinin yapıldığının ispat bakımından çok zor olması bir yana, böyle bir ispatın varlığına rağmen, bunun birer kıymetli evrak olan hisse senedinin iyi niyetli müktesibine karşı ileri sürülebilmesi de mümkün değildir.

Teoman'ın halka açık anonim ortaklıklar bakımından bağlamın yerinde ve hatta biraz ileri de giderek, zorunlu olduğu görüşüne³⁰ katılmak bütünüyle

²⁸ Aksi görüşte **KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 59.

²⁹ **KARAHAN**, HAAO Statüsü, s. 36; **TEOMAN**, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 46.

³⁰ **TEOMAN**, Halka Açık Anonim Ortaklık Kavramları Üstüne Düşünceler, s. 23 ve özellikle s. 29 vd. Yazar sonradan yayımlanan bir eserinde de bu görüşünü

mümkün değildir. Gerçekten yazara göre, “halk kavramı, anonim şirketler hukuku yönünden herkes anlamına gelmediği gibi, bunun doğal sonucu olarak anonim ortaklıkta açıklık sadece belirli nitelikteki kişiler için söz konusu olmalıdır. Böylece, halka açık anonim ortaklıklarda kişisel niteliklerin üstün tutulması gerektiği kesinlikle ortaya çıkmaktadır”. Yazar, burada aslında açık tipli anonim ortaklığın özelliklerinden değil, kapalı tipli anonim ortaklığın özelliklerinden söz ettiğinin farkında olacak ki, açıklık kavramını, sadece, “halk” diye ifade ettiği küçük birikim sahiplerine açıklık olarak kabul ettiğini belirtmek ihtiyacını duymuştur.

Şimdi evvela, uygulamada kimin küçük birikim, kimin büyük birikim sahibi olmasını tespit etmek imkânsız denecek kadar zordur. Zira, böyle bir ortaklıkta pay sahibi olan kimse, payını devretmek istedikte, her defasında kapsamlı bir araştırma yapması gerekecek ve ancak devretmek istediği kimsenin büyük bir birikim sahibi olmadığını kesinleştirdikten sonra bunu yapabilecek. Fakat bu da yeterli olmayacak, şirketin de buna ikna olması lazım, çünkü ortağın bu husustaki gelmiş olduğu kanaat gerçeği yansıtmayabilir. Durumu kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerinin devri bakımından tasavvur edecek olursak, bunun ne denli imkânsız olduğu ve müessesenin mahiyetine aykırı ve yabancı olduğu sanırım, kolayca anlaşılır. Aynı zamanda, bu o demektir ki, bu tür şirket hisseleri borsada işlem göremeyecek.

Kaldı ki, küçük birikim sahibinin hiçbir zaman büyük birikim sahibi durumuna gelmeyeceği ve gelemez diye bir kural da yok. Yani bir kimse böyle hayali bir şirkette küçük birikim sahibi olarak ortak olduktan sonra, pekâla büyük birikim sahibi durumuna da gelebilir. Böyle sözü edilen ortağın günün birinde büyük birikim sahibi olursa ve dolayısıyla da mezkur hayali anonim şirket ortaklarına ilişkin kişisel niteliği fiili olarak kaybederse, bu durumda, diğer ortaklarca ve/veya şirketçe ne yapılacak? Ayrıca, diğer ortakların da küçük birikim sahibi konumundan çıkıp çıkmadığı nasıl tespit edilecek?

Bütün bunlar ise, sonuç itibarıyla yazarın halka açık anonim şirket bakımından bağlamın işlevi ile ilgili ileri sürdüğü görüşün, hem anonim şirketlerin doğasına ve işleyişine hâkim olan ilkelere tamamen yabancı ve aykırı sonuçların ortaya çıkmasına ve hem de uygulanması birtakım emredici yasa kurallarının ihlaline ve giderek suça neden olacağını ve aynı zamanda yazarın amacının tam tersine, küçük birikim sahiplerini, ellerindeki yatırıma dönüştürerek kazanç elde etmelerine (böylece ticari faaliyetlerden elde edilen kazancın sadece sınırlı bir sermaye grubunun yararlanmasının belli bir ölçüde önüne geçilmesine) engel olabileceğini göstermektedir. Ayrıca, bu görüşün

bir daha dile getirmiştir, bkz. **TEOMAN**, Hisse Senetlerinin Halka Arz Olunmuş Sayılması, s. 43.

anayasalarda ifadesini bulan eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi kurallara aykırı olduğu da ortadadır³¹.

Payın devredilebilirliğinin kısıtlanması onun ekonomik değerinin azalmasına ve hatta çoğu zaman sıfıra düşmesine neden olmakta, bu da azlığı elindeki payları yok pahasına hâkim pay sahiplerine satmak zorunluluğu altına koymaktadır. Bu bakımından küçük tasarruf sahipleri açısından en uygun yatırım aracı olarak görülen anonim şirketlerde ve bilhassa da halka açık anonim şirketlerde sermaye azınlığını temsil eden, esasen küçük tasarruf sahibi olan sıradan vatandaşlar olacağı ve bu durumda da bağlamın, çoğunluğu elinde bulunduran büyük tasarruf sahiplerinin işine yaramaktan öteye geçmeyeceği, yani aslında anonim ortaklığın değil, bizzat çoğunluk pay sahiplerinin menfaatlerini korumaya hizmet edeceği aşıkardır.

Bundan başka, bir kimse anonim şirkete ortak olurken, çok doğal olarak sırf kendi menfaatini düşünmekte ve bunda da hukuken hiçbir kınanılabilir veya yadrganılabilir bir şeyin olmadığı da açıktır. Zira, kurucular anonim şirketi kurarken veya sonradan bir kimse pay alarak anonim şirkete ortak olurken, kendi şahsi menfaatlerine aykırı olma pahasına olsa dahi, anonim ortaklığın mücerret menfaatini korumak için değil, sırf kâr elde etmek amacını taşıdığı kuşkusuzdur. Bağlamın da sermaye azınlığı tarafından değil, genelde sermaye çoğunluğu tarafından getirildiğini ve getirilebileceğini göz önünde bulundurduğumuzda, onun küçük tasarruf sahiplerinin aleyhine olduğu, kolayca anlaşılmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan varılan sonuç, bağlamın hukuk tekniği bakımından halka açık anonim ortaklıkların yapısı ile bir arada olamayacağı gibi, sosyal ve iktisadi açıdan da faydalı olmadığı şeklindedir.

Kanaatimizce bir anonim ortaklığın halka açık olup olmadığını belirlemede kullanılacak kıstas, söz konusu anonim ortaklıkta payların serbestçe devredilebilir olup olmadığıdır. Yani, payları ortakları tarafından serbestçe devredilebilir olan, diğer bir ifade ile payın devri bakımından herhangi bir bağlamın öngörülmediği anonim şirketler, halka açık anonim şirket statüsündedir. Dolayısıyla da, doğal olarak payın devredilmesi bakımından herhangi bir bağlamın öngörüldüğü şirketler ise, kapalı tipli anonim ortaklık statüsündedir.

Anonim ortaklıkların kapalı veya açık tipli olmasını belirlemede payın devir serbestisi ölçütü, hem objektif ve hem de elle tutulabilir niteliktedir. Fakat

³¹ İrade serbestisine dayanarak bağlamın öngörülmesi, aslında anayasalarda kural olarak yer alan imkân ve fırsat eşitliğine, eşitlik ilkesine ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklere uygun olup olmadığının tartışılabilir olduğu, doktrinde Dağ tarafından ileri sürülmüştür, bkz. **DAĞ**, s. 134 dpn. 201.

bu ölçütün, bağlamın neden olduğu mahsurları en aza indirebilmesi için, yasal olarak kapalı tipli anonim ortaklıklara hisse senetlerinin ihracı imkânı tanınmamış olması gerekir. Diğer bir iade ile, kapalı tipli anonim ortaklıklar bakımından hisse senetleri ihracının hukuken yasaklanması gerekir. Zira yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bağlam, birer kıymetli evrak olan hisse senetlerinin yapısına, doğasına ve işlevine aykırıdır. Buna göre de, kapalı tipli anonim ortaklıklarda bağlamdan güdülen amacın gerçekleşebilmesi için, paylar kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanmamalıdır.

Böylece bununla da, kıymetli evrak olduğu halde, hisse senetleri üzerinde maddi hukuk kurallarına uygun bir şekilde mülkiyet hakkını haiz olan devralanlar tarafından, senette ihtiva olunan hakkın (pay veya ortaklık hakkının) kullanılmasına, kıymetli evraka hakim olan bazı ilkelere aykırı olarak ve hukuk tekniğini zorlayarak engel olma gibi anormal bir durumla da karşılaşma zorunluluğu ortadan kalkmış olacak.

Dolayısıyla da, kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmamış bulunan kapalı tipli anonim şirketlere ilişkin paylar, ortaklar tarafından bağlama aykırı olarak devredildiğinde, anonim ortaklık tarafından bu husus rahatlıkla iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek. Zira bu durumda iyi niyetli üçüncü kişiler, tıpkı alacak haklarında olduğu gibi zaten payı iktisap etmemiş olacaklar. Çünkü pay üzerinde ortağın haiz olduğu hak, kıymetli evrak niteliğini haiz hisse senetlerine bağlanmadıkça, herhangi bir alacak hakkından farklı ve kendine özgü bir özellik taşımayacaktır. Bu durumda payın devri alacağın temlik hükümlerine tabi olmaktadır. Dolayısıyla da, nasıl alacak hakkı doğumuna neden olan mukaveleye aykırı olarak devredilemiyorsa, aynen onun gibi pay da ortaklık esas mukavelesine aykırı olarak devredilmez. Bu durumda üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmayacağına göre (zira sözleşmeden doğan alacak haklarının iktisabında üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz), paydan doğan hakların kullanılmasında da ele alınan konu bakımından herhangi bir sorunla karşılaşılması olacaktır.

Böylece, hem çoğunluğun iradesine aykırı olarak anonim ortaklığın tipinde bir değişme olamayacak, hem de payın devri halinde paydan kaynaklanan ortaklık haklarının kullanılmasında teorilerin ortaya çıkmasına neden olan bir sorunla karşılaşılması olacaktır.

Ayrıca, kişisel niteliklerin ön planda olması, kapalı tipli anonim şirketlerde doğal olarak, ortak sayısının az olmasına neden olacaktır, tıpkı kollektif ortaklıklarda olduğu gibi. Buna göre de söz konusu anonim ortaklıklarda pay sahipliği ile şirket yöneticiliği de kural olarak özdeşleşmiş

durumda olmaktadır. Hatta bundan dolayı, bu tür anonim şirketlere, haklı olarak, sorumluluğu sınırlandırılmış kollektif ortaklık benzetmesi yapılmıştır³².

Buna mukabil, katı bir sermaye şirketi olan halka açık anonim ortaklıklarda, kişisel nitelikler fazla önem taşımadıklarından ve bir bakıma bununla sebep sonuç ilişkisinde bulunan devir serbestisinin etkisiyle ortak sayısı kural olarak daha fazla olmaktadır. Ortak sayısının artması ile birlikte şirket genel kurul toplantılarının ve dolayısıyla da oy hakkının önemi artar. Zira böyle bir durumda pay sahipliği ile şirket yöneticiliği tamamen ayrılmakta, bu da ortaklar arasında şirket yönetimini ele geçirme veya kontrol altına alma uğrunda mücadelelere neden olmaktadır. Sözü edilen hallerde, şirket yönetimini ve/veya onun kontrolünü ele geçirilmesi, ancak ortaklık genel kurul toplantısında gerekli kararın alınabilmesinin sağlanmasına bağlıdır. Genel kurul kararları ise, ancak paylardan kaynaklanan yeter sayıda oyların belirli bir yönde kullanılması ile meydana gelebilmektedirler.

Dolayısıyla da oy hakkının önemi, halka açık anonim şirketlerin yapısından ileri gelmektedir. Fakat ne var ki, bağlam yüzünden pay sahiplerinin şirket yönetimine katılma oranlarının düşük olduğu ve bunun da şirketin başarılı bir şekilde faaliyet göstermesine olumsuz etki yaptığı gözlemlenmektedir³³.

Son olarak, kuruluşta esas sermayenin tamamının ödenmiş olmasını zorunlu olmadığı sistemlerde (ki, esasen belli başlı hukuk sistemlerinde³⁴ bu böyledir) halka açık anonim ortaklıklara ilişkin olup da bedelleri tamamen ödenmemiş bulunan payların devredilip devredilemeyeceği ve bu tip payların hisse senetlerine bağlanmasının gerekli olup olmadığı da açıklık kazandırılmasında fayda umulan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

³² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, N. 473.

³³ **DAVİS**, .: “*Shareholder Voting Rights and Practices in the Unated Kingdom*”, in: T. Baums/Wymeersch (ed.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, London 1999, s. 384 vd. Ayrıca bkz. **DENHAM/PORTER**, *Lifting All Boats: Increasing thr Payoff from Private İvestment in the U.S. Economy*, Washington: Competitiveness Policy Council 1995.

³⁴ Örnek vermek gerekirse, ABD (bkz. **JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON**, s. 658), İngiliz (bkz. **CHARLESWORTH/MORSE**, s. 189), Alman (bkz. **TEOMAN**, Arslanlı Armağanı, s. 599 vd) ve İsviçre (İsv.BK. m. 633/I, bkz. **TEOMAN**, “Alman ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Pay Bedelinin Ödeme Oranının Oy Hakkına Etkisi ve Türk Sistemi Üzerine Düşünceler” H. Arslanlı’ya Armağan, İstanbul 1975, s. 610 vd) hukuklarında kuruluşta pay bedellerinin tamamının ödenmiş olması zorunlu değildir.

Yukarıda çeşitli vesilelerle de belirtildiği üzere, anonim şirketlerin yapısı gereği, onlara ilişkin bulunan payların, her zaman için bu veya diğer ölçüde devir kabiliyetini haiz olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla da bedelleri tam ödenmemiş halka açık anonim şirketlere ilişkin paylar da devir kabiliyetini haiz olmaları gerekir.

Fakat bu tür payların devirlerinin tamamen serbest olması, sakıncalıdır. Çünkü bilindiği üzere, şirketin ekonomik olarak varlık kazanabilmesi ve ticari faaliyetlerini yürütebilmesi, esasen pay bedellerinin karşılığı olarak verilen sermaye (ki buna esas sermaye de denilmektedir) sayesinde mümkün olabilmektedir. Bundan başka, ortaklar, anonim şirketin üçüncü kişilere karşı borçlarından kural olarak sorumlu olmadıklarından dolayı, şirket esas sermayesi anonim ortaklık alacaklılarının başlıca güvencesi işlevini haizdir.

Dolayısıyla da, söz konusu payların sahiplerinin ödeme gücüne sahip kimseler olmasında hem bizzat anonim şirketin, hem onun ortaklarının (zira sermaye sayesinde gerçekleştirilebilen başarılı ticari faaliyet sonucu elde edilen kâr, sonuçta ortaklar arasında da bölüştürülecektir), hem de şirket alacaklılarının menfaati vardır. Buna göre de, bedelleri tamamen ödenmemiş payların, ödeme gücü az veya hiç olmayan kimselere devredilmesinin bir şekilde önlenmesi gerekmektedir. İşte bundan dolayı da söz konusu payların devri, şirket onayına tabi tutulmaktadır (yani sonuç itibarıyla bu tür payların devri açısından bağlam öngörülmektedir).

Kanaatimizce, bu durumda bağlamın teorik temele oturması ve etkili olabilmesi için, bedelleri tamamen ödenmemiş payların hisse senetlerine bağlanmaması gerekir. Zira bu şekilde hem şirket onayı olmadan payların devri önlenmiş olacak, hem de bu önlemenin teorik temele oturtulması sağlanmış olacak. Bunu aşağıdaki gibi açıklayabiliriz:

Bu tür paylar, bedelleri tamamen ödenmediğinden dolayı sadece ortaklık haklarını değil, aynı zamanda hem de sermaye borcunu içermektedirler. Bu tür payların devri, ortaklık hakları (bir malvarlığı hakkı olmaları hasebiyle) bakımından alacağın temlik, sermaye borçları bakımından ise, borcun nakli hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi, payın bölünmezliği ilkesi gereğince mümkün değildir. Zira payın bölünmezliği ilkesi gereğince, paya bağlı hak ve borçlar bir bütün olup, bölünmeleri ve ayrı ayrı devredilmeleri (dolayısıyla da, mesela paydan kaynaklanan ortaklık haklarının A'ya, sermaye borcunun ise B'ye devri) mümkün değildir. Buna göre de bu tür payların devri, ancak tek işlemle sağlanabilir. Bu durumda pay açısından karakteristik edim, ortaklık hakları olduğundan, bunların devri de alacağın temlik hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilebilecek³⁵. Alacağın temlik, kural olarak serbest olsa

³⁵ Bkz. DAĞ, s. 63 dnp. 60'da anılanlar.

da, borçlu bakımından alacaklının kişiliğinin önem arz ettiği hallerde, işin mahiyeti icabı temlik engelini bulduğu kabul edilmektedir³⁶. Devreden ortak, şirkete karşı temlik konusu payların ödenmemiş kısmından borçlu olduğu ve bu borç da devre konu olan paylardan ileri geldiğine göre, sözü edilen paylara kimin malik olacağı hususu, anonim şirket bakımından doğal olarak önem taşıyacak. Zira borçlunun şahsının, alacaklı bakımından önem taşıdığı bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda, ödenmemiş pay bedellerinin alacaklı olan anonim şirket bakımından da, ödenmemiş pay bedellerinden sorumlu olan pay sahibinin şahsı önem taşır³⁷.

Fakat dikkat edilirse, bedelleri tamamen ödenmemiş paylar, kıymetli evrak niteliğindeki hisse senetlerine bağlanacak olursa, yukarıda açıklaması yapılan devir engeline ilişkin hukuki mekanizmanın iknaediciyi çok ciddi bir darbe almış olacak. Şöyle ki, paylar kıymetli evrak niteliğinde hisse senetlerine bağlandıklarından dolayı bunların devri de kıymetli evrakın devri usulüne tabi olacak. Kıymetli evrakı usulüne uygun bir şekilde devir alan kimse, kuşkusuz bu kıymetli evrak üzerinde mülkiyet hakkını da kazanmış olacak. bu senetleri usulüne uygun olarak iktisap etmiş olan devralanlara karşı - meseleye başlangıçtan beri gösterdiğimiz yaklaşım çerçevesinde - herhangi bir itirazın ileri sürülebilmesi, yukarıda ifade edilen sakıncalara neden olduğundan arzu edilen bir sonuç değildir.

Burada halka açık anonim ortaklıklarda bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrine ilişkin sınırlamanın getirilebileceğini söylemekle, yukarıda bağlamın halka açık anonim şirketlerin yapısına uymadığını yönelik görüşümüze ters bir şey ileri sürmüş olmuyoruz. Çünkü, evvela, bu durumda sınırlama geçici olup, istisnai bir nitelik arz etmektedir. Zira, pay bedeli, kural olarak fazla uzun olmayan bir süre içerisinde ödenmekte ve buna göre de şirket hayatında pay bedelinin ödenmemiş olması, kural değil, istisnai bir durum teşkil etmektedir.

İkincisi, önemli olan arzu eden herhangi bir kimsenin bir anonim şirkete ilişkin bulunan payları serbestçe satın almak suretiyle o anonim şirkete ortak olabilmesidir ki, bu açıdan aslında burada payın devralınması bakımından bir sınırlama (nasıl ki, herhangi bir mal bakımından fiyat belirlenmesi, o malın satışına getirilmiş bir sınırlama sayılmamaktadır) söz konusu değildir. Zira

³⁶ Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, İstanbul 1998, s. 904; **TEKINAY/AKMAN/BURCOĞLU/ALTOP**, Borçlar Hukuku, 7. baskı, İstanbul 1993, s. 245-246.

³⁷ Ancak bu durumda bile payın devri tamamen ortadan kaldırılmış olamaz. Zira devralan, pay bedelinin ödenmemiş kısmı için yeter teminat (ki, bu teminatın azami miktarı, ödenmemiş meblağ kadar olacak) gösterdiğinde, şirket devre muvafakat vermek zorundadır.

devralan yeterli teminatı göstermekle, şirketin irade ve isteğinin ne yönde olmasından asılı olmayarak (zira aksi halde, sınırlama amacının aşılması söz konusu olur ki, bu da hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince, hukuken korunmaz), o şirketin ortağı haline gelmiş bulunacak.

Buradaki sınırlama sadece, devralanın temlik konusu payların devri konusunda devreden ile anlaşma yapmasına ek olarak, gerektiğinde (gerektiğinde diyoruz, çünkü şirket, duruma göre, devralandan teminat talep etmeye de bilir³⁸) pay bedellerinin ödenmemiş miktarına ilişkin olarak, devir anlaşması dışında bulunan şirkete teminat göstermek zorunluluğunun bulunmasında kendisini gösterebilmektedir.

Dolayısıyla da, bütün bunlar, söz konusu sınırlamanın, halka açık anonim ortaklıklardaki devir serbestisi ölçütünü ortadan kaldıracak nitelikte olmadığını göstermektedirler.

SONUÇ

1- Bağlam ancak kapalı tipli anonim ortaklıklar bakımından söz konusu olabilmelidir ve bağlam nedeniyle de kapalı tipli anonim ortaklıkların hisse senedi çıkarmaları yasal olarak önlenmelidir;

2- Halka açıklık statüsünün belirlenmesinde, payın serbestçe devredilebilir olup-olmaması ölçütü olarak kabulü daha elverişlidir. Yani, bir anonim şirkette ortaklar serbestçe kendi paylarını devredebilirlerse, halka açık anonim, değilse, ortaklık kapalı tipli anonim ortaklık olarak kabul edilmelidir;

Pay bedelleri tamamen ödenmemiş anonim ortaklıkların, bu müddet erinde hisse senedi çıkarmasına izin verilmemelidir.

KAYNAKÇA

POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8.bası, İstanbul 2000

O. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, s. 362

Ü.DAĞ, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, İstanbul 1996

S. KARAHAN, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması, Batider, C. XXI, S. 2, s. 37, 39

M.ÇEKER, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000

E.WYMEERSCH, "Shareholder Voting Rights and Practices in Belgium", in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999.

³⁸ Bkz. **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 369; **DAĞ**, s. 100

L.C.B.GOWER, Principles of Modern Company Law, 5th edition, Aylesbury, Bucks, 1992.

CHARLESWORTH/MORSE, “Company Law”, Sixteenth Edition, London 1999.

JENTZ/MİLLER/CROSS/CLARSON, West’s Business Law, 4th edition, Paul – New York – Los Angeles – San Francisco, 1990.

GUYON, “Shareholder Voting Rights and Practices in France”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999

MARCHETTİ/CARSAANO/GHEZZİ, “Shareholder Voting Rights and Practices in Lüksembourg”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999

G. ANTUNES, .:, “Shareholder Voting Rights in Portugal”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999

DRUEY, “General Report”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999

KOPPENSTEİNER/RÜFFLER, “Shareholder Voting Rights and Practices in United States”, in: Baums/Wymeersch (eds.), “Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999

BAUMS, “Shareholder Voting Rights and Practices in Germany”, in: Baums/Wymeersch (eds.), Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States, London 1999.

ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKÂNSIZLIĞI ve SONUÇLARI

Arş. Gör. Mustafa ARIKAN*

ÖZET

Eser sözleşmesinde ifanın imkânsızlaşması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu çalışmada ifa imkânsızlığının taraflar açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı ele alınmıştır. Öncelikle imkânsızlık kavramı ve türleri açıklanmıştır. Daha sonra eser sözleşmesinde ifa imkânsızlığı durumunda yüklenicinin veya iş sahibinin ne gibi haklara sahip olabileceğine temas edilmiştir. Eserin teslimden önce telef olması, malzemenin yok olması, iş sahibi ve müteahhidin kusuruyla ifanın imkânsızlaşması gibi durumlar ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Eser Sözleşmesi, İfa, İfa İmkânsızlığı, Yüklenici, İş Sahibi.

UNMÖGLICHKEIT DER LEISTUNG BEI DEM WERKVERTRAG UND FOLGEN VON UNMÖGLICHKEIT

ZUSAMMENFASSUNG

Unmöglichkeit der Leistung bei dem Werkvertrag ist die Situation, mit der man in der Praxis sehr oft begegnet. In dieser Arbeit werden die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung für die Parteien behandelt. Zuerst wurden der Begriff der Unmöglichkeit und ihre Arten erklärt. Später wurde untersucht, welche Rechte Besteller oder Unternehmer bei der Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag hat. Die Themen wie das Zugrundegehen des Werkes vor der Lieferung, das Zugrundegehen des Stoffes und die Unmöglichkeit der Leistung wegen des Schuldens des Bestellers und des Unternehmers werden auch detailliert behandelt.

SCHLÜSSELWÖRTER: Werkvertrag, Leistung, Unmöglichkeit der Leistung, Besteller, Unternehmer.

I. GİRİŞ

Borçlar Kanunu md. 20'e göre, "Bir akdin mevzuu gayri mümkün" ise o sözleşme bătıldır. Bu hükümde imkânsızlığa bağlanan sonuçlar ele alınmış

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

ancak imkânsızlık kavramı tanımlanmamıştır. Hâlbuki imkânsızlığın doğuracağı sonuçların anlaşılabilmesi için bu kavramın açık bir şekilde tanımlanması gerekir. Doktrinde imkânsızlığı kavramsal olarak açıklayan birden fazla görüş mevcuttur¹. Genel olarak imkânsızlık, edimin maddî veya hukukî bir sebepten dolayı yerine getirilememesidir. Eğer edim, maddi bir sebepten dolayı yerine getirilemiyorsa maddi imkânsızlıktan, hukuki bir sebepten dolayı yerine getirilemiyorsa hukuki imkânsızlıktan söz edilir.

II. GENEL OLARAK İMKÂNSIZLIK KAVRAMI ve TÜRLERİ

Doktrinde imkânsızlık kavramı üzerinde oldukça ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Bir görüşe göre², edimin içeriği değişmeksizin borçlunun fiilleriyle aynen gerçekleştirilmesinin sürekli olarak mümkün olmamasıdır. Başka bir görüş ise imkânsızlığı borçlanılan edimin borçlu veya herhangi bir kimse tarafından kesin olarak yerine getirilememesi olarak tanımlamaktadır³. Diğer bir görüşe göre ise imkânsızlık mantıki ve bilimsel anlamda edimin hiçbir şekilde yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır⁴. Bir başka görüş ise imkânsızlığı borcun ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da mevcut bir borcun sonradan ifasını engelleyen fiili ve hukuki engellere verilen isim olarak

¹ Bu görüşler için bkz. **FİKENTSCHER**, Wolfgang, /**HEİNEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006, s.196; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s. 9; **SEROZAN**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 3. Bası, İstanbul 2002, § 14, Nr. 1; **DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s.8 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.404; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul 2000, s.426 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 2001, s.56; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.786,787; **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, 994, 995; **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2007, s. 281 vd.; **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2006, s.224; **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 111; **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 88 vd.

² **SEROZAN**, İfa Engelleri, § 14, Nr. 1; **ALTUNKAYA**, s. 88.

³ **AYAN**, s. 314; **ALTUNKAYA**, s. 88 ve dpn. 115.

⁴ **FEYZİOĞLU**, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977, s.172; **ALTUNKAYA**, s. 88 ve dpn. 116.

tanımlamaktadır⁵.

Doktrinde imkânsızlık türleri konusunda çok çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu bağlamda başlangıçtaki-sonraki, objektif-sübjektif, sürekli-geçici, tam-kısmî ve kusurlu-kusursuz imkânsızlık şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır. Kanunda sadece başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlığa (BK. md. 20 ve md. 117) yer verilmiştir.

Objektif imkânsızlık, edimin borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilememesidir. Örneğin ölmüş atın canlandırılarak teslim edilmesi mümkün değildir. Sübjektif imkânsızlık ise, ifanın yalnızca borçlu tarafından yerine getirilememesidir. Örneğin yeterli bilgisi olmamasına rağmen herhangi birisine hukuki yardıma bulunacağını taahhüt eden şahsın ifayı yerine getirememesinde sübjektif imkânsızlık vardır⁶. Ancak, borçlunun sıkı sıkıya şahsına bağlı edimlerde, borçlunun şahsından kaynaklanan sebeplerden dolayı ifa gerçekleştirilemiyorsa burada da objektif imkânsızlığın varlığı kabul edilmelidir⁷.

Kusurlu ve kusursuz imkânsızlık ayrımında ise imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçluya yüklenebilecek herhangi bir kusurun bulunup bulunmaması esas alınmaktadır⁸. Borçlu kendi kusuru ile imkânsızlığın ortaya çıkmasına sebep olabileceği gibi borçlunun kusuru olmaksızın da imkânsızlık mevcut olabilir. Birinci durumda kusurlu, ikinci durumda da kusursuz imkânsızlıktan söz edilir.

Bir sözleşmenin ifasının imkânsız olması iki aşamada ortaya çıkar. Bu aşamalar sözleşmenin kurulmasından önce ve sözleşmenin kurulmasından sonra şeklinde isimlendirilebilir. Eğer, edim sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız ise başlangıçtaki imkânsızlıktan, sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmişse sonraki imkânsızlıktan söz edilir. Başlangıçtaki imkânsızlık

⁵ FİKENTSCHER/HEINEMANN, s.197, 198; ERZURUMLUOĞLU, s. 9; ALTUNKAYA, s. 88 ve dpn. 117.

⁶ GAUCH, Peter/SCHLUEP, R. Walter/JAGGI, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage Zürich 1995, s.108,109; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.907,908; OĞUZMAN/ÖZ, s.427; DURAL, s.80; AYAN, s. 314; AKINCI, s.220; TUNÇOMAĞ, s.787, 788; ALTUNKAYA, s. 115.

⁷ AKINCI, s.224; TANDOĞAN, s.396; DURAL, s.89; EREN, 997; Karşı görüş için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.907,908.

⁸ Karşı görüşe göre ise, imkânsızlığın borçlunun kusuruna dayanıp dayanmadığına bakmaksızın genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına aramak daha isabetli olur. DURAL, s. 110; OĞUZMAN/ÖZ, s. 306, 307; ALTUNKAYA, s. 139.

durumunda imkânsızlık objektif ise borç ilişkisi BK. md. 20/1'e göre batıldır⁹. İmkânsızlığın fiili veya hukuki olması bu bağlamda önemli değildir. Fakat başlangıçtaki imkânsızlık borçlunun kusuruna dayanıyorsa borçlu culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğu) gereğince alacaklıya karşı sorumlu olur¹⁰.

Sonraki objektif imkânsızlıkta eğer borçlu kusursuz ise BK. md. 117/1'e göre borçlunun borcu sona erer. Bu durumda borçlu karşı taraftan aldığı şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorundadır. Almadığı şeyleri istemek hakkından da mahrum olur (BK. md. 117/II). Başka bir ifadeyle imkânsızlık sebebiyle ortaya çıkan hasar borçluya ait olur¹¹. Bununla birlikte BK. md. 117/3'e göre meydana gelen zararın bir kanun hükmü ile ya da sözleşmeyle alacaklıya yüklenmesi de mümkündür.

Bir görüşe göre¹² ifa imkânsızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebrî icra yoluyla elde edilemeyecek duruma gelmesidir. Böylece bu tanıma göre iş görme

⁹ **EREN**, 996; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.77,78; **TUNÇOMAĞ**, s.267; **DURAL**, s.79; **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP**, s.404; **AKINCI**, s.225; **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.157; **ALTUNKAYA**, s. 234.

¹⁰ **ALTUNKAYA**, s. 234; **YALMAN**, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 45; **ULUSAN**, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.284; **YILMAZ**, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985/1-4, s. 240 vd; **BAYGIN**, Cem, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/C. IV, S.1-2, s. 345, 346; **SUNGURBEY**, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 117,124; **ADAL**, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı "Culpa İn Contrahendo" Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD 1985, C.2, S.2, s. 27, 28; **GONZENBACH**, Rainer, Culpa İn Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s. 6; **SEROZAN**, Rona, "Culpa İn Contrahendo", "Akdin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Y.2, S.3, s.110.

¹¹ **EREN**, 996; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.431; **AKINCI**, s.226; **KILIÇOĞLU**, s.56; **ÖZ**, s.156.

¹² Doktrinde baskın görüş ifanın alacaklı tarafından cebrî icra yolu ile sağlanamayacağı bazı durumları ifa imkânsızlığı saymamaktadır, baskın görüş için bkz. **TANDOĞAN**, s. 396; **DURAL**, s.80; **SEROZAN**, Rona, Borçlar

edimini içeren borçlarda, borçlunun kesinlikle edimini ifa etmeyeceğini bildirmesi üzerine bu borç imkânsızlaşmış sayılacak ve BK. md. 96'ya göre tazminat borcu doğacaktır. Zira iş görme şeklindeki edimini yerine getirmemekte kararlı olan borçludan cebrî icra yoluyla bu alacağın aynen elde edilmesi mümkün değildir¹³. Türk Hukuk Sistemine göre cebrî icra yoluyla kişiye iş yaptırmak mümkün olmadığından, alacaklı, edimi imkânsızlaşmış sayarak BK. md. 96 uyarınca tazminat isteyebilecektir. Hâkim görüşüne göre¹⁴ ise, borçlu temerrüdü şartlarının gerçekleşmesi aranacak ve bu hükümlere göre talepler ileri sürülebilecektir. Örneğin vadenin dolmasına uzun bir süre varken iş görme edimini kesinlikle yerine getirmeyeceğini bildiren borçluya karşı, hâkim görüşüne göre, alacaklının yapacak bir şeyi yoktur. Çünkü henüz borç muaccel olmadığından ifa istenemeyecektir. Aynı zamanda borçlu vadeden önce temerrüde de düşürülemeyeceğinden temerrütten doğan haklar da talep edilemeyecektir. Borçlunun bu davranışı imkânsızlık olarak kabul edilmezse alacaklı çaresiz bir şekilde vadeye kadar bekleyecektir. Eğer borçlunun bu davranışı imkânsızlık olarak kabul edilirse, edim borcu sona ererek tazminat borcu doğacak böylece de alacaklı beklemek zorunda kalmaksızın zararının tazminini isteyebilecektir¹⁵.

Doktrinde, vade gelmesine rağmen, iş görme ediminin ifasından kaçınma durumunda, BK. md. 97/1 hükmüne göre, işin bedeli borçluya ait olmak üzere üçüncü kişiye yaptırılması mümkün olduğu gerekçesiyle de ifa imkânsızlığı fikrine karşı çıkmıştır¹⁶. Bu yazarlara göre BK. md. 97 hükmü yapma ve yapmama edimlerine ilişkin özel bir cebrî icra sistemi öngörmüştür.

Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, s.143 vd., s.210,211; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.907 vd.; **FEYZİOĞLU**, s.175. Karşı görüşüne göre, ifanın önemi borçludan çok alacaklı bakımındandır. O halde her ne sebeple olursa olsun alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği bütün durumlar imkânsızlık sayılmaktadır, bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.295; **ÖZ**, s.159.

¹³ **ÖZ**, s.159; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.296.

¹⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s.296 ve dñn. 82 deki yazarlar.

¹⁵ Burada tazminatın derhal istenmesine, zararın ancak vadede ortaya çıkacağından söz edilerek de karşı çıkılamaz. Bu yalnızca ortada “gelecekteki zarar” olduğunu gösterir. Türk Hukuk sisteminde ise gerçekleşmesi pek muhtemel bir zararın tazmini mümkündür. Nitekim kazanç kayıpları böyle bir zarara örnek verilebilir, **ÖZ**, s. 159; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.921 vd.

¹⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.921 vd; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s.185,186.

Bu hüküm aynen ifayı sağlayan bir hükümdür. İmkânsızlık görüşüne göre¹⁷ ise BK. md. 97/1 hükmü bir aynen ifa hükmü değildir. Bu görüşe göre BK. md. 97/1 hükmü bir tazminat hükmüdür. Zira bu hüküm çerçevesinde de borçlu bir şey yapmaya zorlanmış olmamakta sadece para ödemeye mecbur edilmektedir.

Doktrinde bir başka görüş¹⁸, İİK md. 30/1 hükmünün borçlunun işi yapması hususunda alacaklı tarafından mahkeme ilâmı alınabileceğinden ve bu ilâmın icraya konulabileceğinden söz etmesini ve aynı kanunun 434. maddesinin de bu ilâmın icra edilememesi halinde borçlunun bir ay tazyik hapsine konulacağını düzenlemiş olmasını iş görme edimlerinde ifa etmeme bildirimının borcu imkânsızlaştırmadığına delil saymaktadır. İmkânsızlığı savunan görüşe göre, bu durum eğer alacaklı borçlunun ifadan kaçınma beyanına rağmen aynen ifayı sağlayacağına inanıyorsa ve bunda da haklı ise imkânsızlık sonuçlarının doğmayacağına kabulü ile açıklanabilir.

Kanaatimizce, iş görme ediminin yerine getirilmeyeceğinin borçlu tarafından beyan edildiği durumlarda ifanın imkânsızlığını savunan görüş daha gerçekçi ve menfaatler dengesine de uygundur. Zira cebrî icra yoluyla dahi ifası sağlanamayacak bir borcun imkânsızlaşmadığını iddia etmek hukuk mantığı ile bağdaşmayacaktır.

A. BAŞLANGIÇTAKİ İMKÂNSIZLIK (BK. md. 20)

Borçlar Kanunu md. 20'e göre, bir sözleşmenin konusu "gayri mümkün" ise o sözleşme batıldır. İfa imkânsızlığına mukabil bu tür imkânsızlığa borcun konusunda imkânsızlık da denir. Fakat butlan müeyyidesini gerektiren imkânsızlığın objektif olması gerektiği vurgulanır¹⁹. Buna karşılık sadece borçlunun şahsına özgü subjektif imkânsızlığın butlanı gerektirmeyeceği kabul edilir. Borç ilişkisinin kuruluşunda borcun konusu objektif olarak imkânsız ise borç ilişkisinin hükümsüz olduğu, fakat subjektif imkânsızlıkta borcun doğacağı ve borçlunun borcu ifa etmemekten sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁰.

Borç ilişkisinin kurulmasında borcun konusu imkânsız olmakla birlikte ifa zamanında mümkün olacaksa borç ilişkisi muteberdir. Ancak böyle bir durum öngörülmemişse, sözleşme yapılırken edimin imkânsızlığı nedeniyle

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.297; ÖZ, s.159.

¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.921 vd; SEROZAN, İfa Engelleri, s.186,187.

¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s.78, 298; SEROZAN, İfa Engelleri, s.140; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.903; ALTUNKAYA, s.178.

²⁰ SEROZAN, İfa Engelleri, s.146; OĞUZMAN/ÖZ, s.298 ve dpn. 92; ALTUNKAYA, s.181.

hükümsüz olan borç ilişkisi ileride şartların değişmesi ve edimin mümkün hale gelmesi ile geçerlilik kazanmaz. Daha önce de belirtildiği gibi başlangıçtaki imkânsızlıkta borçlunun kusuru varsa culpa in contrahendo sorumluluğu gereği, tazminat borcu doğmaktadır.

B. SONRAKİ İMKÂNSIZLIK (BK. md. 117)

Sonraki imkânsızlık, borçlunun sorumlu olmadığı ve borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir. Birinci ayrıma kusursuz sonraki imkânsızlık, ikinci ayrıma da kusurlu sonraki imkânsızlık da denilmektedir²¹. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık BK. md. 117'de düzenlenmiştir. Buna göre, borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı borcun ifası mümkün olmazsa borç sona erer. Doktrinde bir görüş BK. md.117 kapsamına sadece objektif imkânsızlığın girdiğini savunmaktadır²². Buna karşılık diğer bir görüş, objektif imkânsızlık kadar sübjektif imkânsızlık halinde de BK. md.117 hükmünün uygulanabileceğini ileri sürmektedir²³. Kanaatimizce de sübjektif imkânsızlık pekâlâ sonraki ifa imkânsızlığını oluşturmaya yeterlidir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda borç sona erer. Eğer imkânsızlık borçlunun kusurlu davranışından dolayı meydana gelmişse borç sona ermez, sadece muhtevası değişir ve edimin yerini alacaklının zararını tazmin mükellefiyeti alır²⁴.

BK. md.117/2'de karşılıklı sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun imkânsızlık nedeniyle sona ermesinin sözleşmeye ne gibi etkisi olacağı düzenlenmiştir. Buna göre bir tarafın borcu imkânsızlık nedeniyle sona ererse, karşı taraf da kendi borcundan kurtulur. Diğer bir ifadeyle borcunun ifası imkânsızlaştığı için borcu sona eren tarafın karşı alacak hakkı da sona erecektir. Aynı maddeye göre, eğer borcunun ifası imkânsızlaşan borçlu, alacağını evvelce

²¹ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, s.238, Band II; TUNÇOMAĞ, s.787; OĞUZMAN/ÖZ, s. 427 vd.; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 998.

²² GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, s.238, Band II; DURAL, s.89.

²³ SEROZAN, İfa Engelleri, s.155,156; TUNÇOMAĞ, s.179,461; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ ALTOP, s.909.

²⁴ Sonraki imkânsızlıkta borçlu ister kusurlu olsun ister olmasın her halükarda borç sona erer. Bu neticenin meydana gelmesi bakımından borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı imkânsızlık arasında fark yoktur. Fark kusurlu imkânsızlık yüzünden borcun sona ermesinde alacaklının uğradığı zararı borçlunun tazminle mükellef olmasına mukabil (BK. md. 96), kusursuz imkânsızlıkta kural olarak böyle bir tazminle mükellefiyetinin söz konusu olmamasıdır, OĞUZMAN/ÖZ, s.428.

tahsil etmişse elde ettiği kazanımları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecektir. Görüldüğü gibi karşılıklı akitlerde imkânsızlıktan sorumlu olmayan borçlu imkânsızlığın getirdiği ekonomik yükü üstlenmektedir. Ancak eğer imkânsızlığın ekonomik etkisini alacaklıya yüklemek üzere kanun veya sözleşme farklı bir kural kabul etmişse artık BK. md. 117 değil, kanun veya akitle kabul edilmiş olan bu farklı kural uygulanır²⁵.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFANIN İMKÂNSIZLAŞMASI

A. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Eser sözleşmesi, BK. md. 355'te "İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf (yüklenici) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder" şeklinde tarif edilmiştir²⁶.

Eser sözleşmesinin tarafları yüklenici ve iş sahibidir. İş sahibi bir eser meydana getirmeyi bir başkasına tevdi eden kişidir. Gerçek kişi de tüzel kişi de iş sahibi olabilir. Yüklenici eser meydana getirip teslim etmeyi borçlanan herhangi bir kişidir. Eser sözleşmesiyle yüklenici, iş sahibi için iş görmeyi üstlenmektedir. Ancak buradaki iş görmenin özelliği, yüklenicinin belirli bir sonucu meydana getirmeyi borçlanmış olmasıdır ki, bu sonuç BK.'da "şey"

²⁵ BK. md. 117/3'e ilişkin şu şekilde örnekler verilebilir. Sözleşme yapılırken taraflar, bir tarafın borcunun ifası kusuru olmaksızın imkânsızlaşsa bile diğer tarafın kendi borcunu ifa edeceğini, evvelce ifa etmişse geri alamayacağını kararlaştırabilirler. Borçlar kanununda 117. maddedeki kuraldan ayrılarak karşılıklı bir sözleşmede bir tarafın borcunun imkânsızlaşmasının ekonomik etkisini karşı tarafa yükleyen önemli hüküm, alım-satım sözleşmesinde satılan malın hasarını sözleşmenin kuruluşundan itibaren alıcıya yükleyen BK. md. 183 hükmüdür.

²⁶ **ZEVKLİLER**, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, s.319; **YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000, s. 265; **HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 349,350; **ÖZ**, s.1; **TANDOĞAN**, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s.311; **DAYINLARLI**, Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986, s.2,3; **SELİMOĞLU**, Y.Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s.685; **ERDOĞAN**, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Borcu Doğuran Sözleşmelerle Kıyası, SÜHFD 1990/1, s.135 vd; **ERMAN**, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. md. 365/2), İstanbul 1979, s.9; **ALTAŞ**, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. md. 368), Ankara 2002, s.41; **ÖKTEM**, Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947.

(eser) kavramı ile ifade edilmiştir. BK. md. 355 hükmündeki tanımdan hareketle eser sözleşmesinin unsurları, bir eser meydana getirme, ücret ödenmesi veya ücret ödemenin vaad edilmesi ve taraflar arasında anlaşma şeklinde ifade edilebilir.

B. ESER SÖZLEŞMESİNDE İFA İMKÂNSIZLIĞI

1) Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. md. 368/1)

a) Genel Olarak

Eser sözleşmesinde genellikle yüklenici, iş sahibine bir edim sonucunu taahhüt etmektedir. Yüklenicinin borcu eser meydana getirmektir²⁷. BK. md. 368/1'e göre, "yapılan şey teslimden evvel umulmayan olay nedeniyle telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez". Yüklenici taahhüt ettiği edim yükümlülüğünü yerine getirmezse, sorumluluğu edim sonucuna göre tespit edilir²⁸. Burada karşılaşılan problem yüklenicinin yaptığı işin ücretini ve masraflarını isteyip isteyemeyeceğidir. Bundan başka eserin yapımında kullanılan malzemenin hasarına kimin katlanması gerektiği de ayrı bir sorundur. Bu sorunun çözümüne ilişkin kural ve istisnalar BK. md. 368/1'de düzenlenmiştir.

b) Yüklenici Ücret Talep Edemez

BK. md. 368/1'e göre, eğer eser teslimden önce telef olursa o zaman yüklenici hem işin ücretini hem de masraflarının ödenmesini talep edemez. Bir görüşe göre²⁹ burada edim ve ücret hasarı şeklinde iki tür hasar kavramından bahsedilebilir. Edim hasarı, yüklenicinin telef olan eserler için yaptığı masraflardır. Yüklenici, şayet telef olan eserin yeniden yapılması mümkünse, bunun için gerekli masrafları iş sahibinden isteyebilir. Ücret hasarı ise, yüklenicinin telef olan eseri yeniden yapmasının mümkün olmaması halinde iş sahibinden ücretini talep edememesidir. Yüklenicinin teslimden önce telef olan eseri yeniden yapması mümkün ise bunu yapma zorunluluğu vardır. Eğer teslimden önce telef olan eserin tekrar ifası objektif olarak imkânsızsa bu zorunluluk sona erer ve yüklenici ücret hasarına katlanmak zorunda kalır.

²⁷ TANDOĞAN, s.311; YAVUZ, s.449; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.350,351; ÖZ, s.165; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.35-36; GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, II, s.21; ÖKTEM, s. 1947 vd.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, II, s.21; TANDOĞAN, II, s.125-128, ALTAŞ, s.109.

²⁹ ALTAŞ, s.112 ve dpn. 16'daki yazarlar.

aa) Teslimden Önce Telef Olan Eserin Parça Borcu Niteliğinde Olması

Tamamlandığında ferdi ile muayyen olacak bir eser bitirilip de teslim edilmeden önce ya da tamir veya işlenmek üzere verilen ferden muayyen bir şey (parça borcu) geri verilmeden önce taraflara isnadı kabil olmayan bir sebep yüzünden telef olursa yüklenici için kusursuz ifa imkânsızlığı ortaya çıkar ve onun borcu BK. md. 117/1 gereğince sona erer. Hasar da BK. md. 117/f.2, c.1 ve BK. md. 368/I uyarınca yükleniciye ait olur³⁰. Böylece yüklenici, sözleşmenin kendisine yüklediği borçlardan kurtulduğu gibi ücret alacağını ve masraflara ilişkin alacağını da kaybeder. Demek oluyor ki, BK. md. 368/I ferdiyle muayyen eserlerde (parça borcu) mutlak uygulama alanı buluyor. Çünkü parça borcu niteliğinde bir eserin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olması durumunda, aynının tekrar yapılma ihtimali yoktur. Örneğin ünlü bir ressamın yapmakta olduğu bir tablonun umulmayan olay nedeniyle yok olması halinde durum böyledir. Yüklenicinin, ferden muayyen bir eserin telef olması halinde ücret ve malzeme alacağı riskine katlanması için, bu yok olma durumunun umulmayan olay nedeniyle olması şarttır³¹.

bb) Teslimden Önce Telef Olan Eserin Cins Borcu Niteliğinde Olması

Teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olan eser cinsiyle belirli ise (cins borcu) yine BK. md. 368/I gereği yok olmadan dolayı ücret ve edim hasarı riskine yüklenici katlanır³². Tamamlanması durumunda çeşidi ile belli olacak eser sözleşmelerinde eser tamamlanmadan önce veya tamamlanıp da teslim edilmeden önce kaza sonucu telef olursa kusursuz imkânsızlık ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması kural olarak söz konusu değildir³³. Çünkü aynı cinsten şeyleri teslim etme imkânı mevcut olduğu sürece yüklenicinin o çeşidi yeniden meydana getirme yükümlülüğü de devam eder. Cinsiyle belirli eserin teslimden önce yok olmasında yüklenici, eseri yeniden meydana getirip ücret alacağına hak kazanabilir. Çünkü BK. md. 368/I hükmünü, eserin telef olması durumunda yüklenicinin ücrete ilişkin talep haklarını kesinlikle kaybedeceği şeklinde anlamak mümkün değildir³⁴.

³⁰ ALTAŞ, s.113 ve dpn. 22'deki yazarlar; YAVUZ, s.457; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.366; DURAL, s.161 vd.

³¹ ALTAŞ, s.114; ERMAN, s.33 vd.

³² TANDOĞAN, s.319, II; ARAL, s.396; ALTAŞ, s.114.

³³ Bu kuralın istisnaları için bkz. ALTAŞ, s.115.

³⁴ ALTAŞ, s.116.

2) Malzemenin Yok Olması (BK. md. 368/II)**a) Yok Olma Riskinin Malzeme Sahibine Ait Olması**

BK. md. 368/II'ye göre, "Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait idiye hasarı da ona aittir". Meydana getirilen eserin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle yok olması durumunda malzeme de hasara uğramış olabilir. BK. md. 368/II uyarınca bu hasar malzeme sahibine aittir. Burada malzemeyi kimin temin etmesi gerektiği önem arz eder. Zira çözüm tarzı malzemeyi yüklenicinin veya iş sahibinin temin etmesine göre değişiklik arz edecektir.

aa) Malzemenin Yüklenici Tarafından Temin Edilmesi

Malzemenin yüklenici tarafından sağlanması gereken hallerde malzeme yok olursa, BK. md. 368/II'nin uygulanmasına gerek kalmaz. Çünkü yüklenici eser gibi, getirdiği malzemenin umulmayan olay nedeniyle telef olması riskini de üzerinde taşır. Dolayısıyla yüklenici malzemenin hasara uğraması durumunda telef olan malzemelere yaptığı masrafları iş sahibinden talep edemez³⁵. Yüklenicinin getirdiği malzemenin telef olma riskini taşıması için, telef olma durumunun umulmayan olay neticesinde gerçekleşmesi gerekir. Eğer iş sahibine yüklenebilen bir sebeple yüklenicinin getirdiği malzeme telef olursa telef olma riskine artık iş sahibi katlanır³⁶. Telef olan malzeme iş sahibi tarafından bir ivaz karşılığında yükleniciye teslim edilmişse bu malzemenin yükleniciye ait olduğu ve telef olmasından doğan hasara da onun katlanması gerektiği kabul edilmelidir³⁷. İş sahibince getirilmesi gereken malzemeyi yüklenici kendisi temin etmişse bu durumda malzemenin umulmayan olay nedeniyle telef olma riskine iş sahibi katlanır³⁸.

bb) Malzemenin İş Sahibine Ait Olması

BK. md. 368/II, malzemenin iş sahibine ait olmasına ilişkin bir hükümdür. Zira malzeme yükleniciye aitse zaten BK. md. 368/I uygulama alanı bulur. Herhangi bir eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından hiçbir ivaz alınmadan yükleniciye teslim edilen malzeme iş sahibine ait sayılır. Böyle bir malzemenin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle eserle birlikte veya ayrı olarak telef olması halinde bedel riskine iş sahibi katlanır³⁹. Buna göre iş sahibine ait malzemenin teslimden önce telef olması durumunda yüklenici, iş sahibine malzeme için herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır.

³⁵ ALTAŞ, s.122; ARAL, s.395; TANDOĞAN, s.322; YAVUZ, s.457.

³⁶ YAVUZ, s.457; ALTAŞ, s.122; TANDOĞAN, s.323.

³⁷ ALTAŞ, s.123; TANDOĞAN, s.322; ARAL, s.395.

³⁸ ALTAŞ, s.123 ve dpn. 77.

³⁹ ALTAŞ, s.124 ve dpn. 82.

Ancak bunun için telef olma olayının yükleniciye yüklenebilen bir olaydan kaynaklanmaması gerekir.

İş sahibinin umulmayan olay nedeniyle telef olan malzemede oluşan hasardan sorumlu olması için eseri meydana getirecek malzemenin hiçbir ivaz almadan sağlanması gerekir. İvazsızlıktan maksat, yüklenicinin iş sahibince verilen malzeme için bir bedel ödememesidir⁴⁰. İş sahibince temin edilmesi gereken malzeme yerine yüklenicinin aynı değer ve kalitede başka bir malzemeyi kullanabileceği hususunda tarafların anlaşmaları durumunda ise yine iş sahibinin BK. md. 368/II anlamında malzemeyi tedarik eden kimse olduğunu kabul etmek gerekir⁴¹.

b) Yok Olma Riskinin Malzeme Sahibine Ait Olmadığı Haller

İş sahibince temin edilmesi gereken ve umulmayan olay nedeniyle yok olan malzemenin ortaya çıkardığı riske yüklenici katlanmak zorunda değildir. Ancak bu yok olma durumu umulmayan olay nedeniyle değil de yüklenicinin kusurlu bir davranışı neticesinde meydana gelirse ortaya çıkan zarardan BK. md. 96 gereği yüklenici sorumlu olur. Bu durumda yüklenici iş sahibinin zararını tazmin etmek zorundadır⁴². Buradaki problem hasarın intikalinden ziyade sorumluluk hukukuna aittir. Zira iş sahibine ait malzemeyi kusurlu davranışıyla telef eden yüklenici ortaya çıkan diğer zararları da tazmin etmek zorundadır. Yüklenicinin kusurunun tespitinde sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine bakılır. Yükleniciye kurtuluş beyyinesi getirme imkânı da tanınmalıdır⁴³.

Telef olma riskinin malzeme sahibine ait olmadığı bir başka durum da yüklenicinin eseri teslimde temerrüde düşmesidir. Eser sözleşmesinde işin bitirilmesi ve teslim zamanı kararlaştırılmış ise yüklenici meydana getireceği eseri belirli bir zamanda iş sahibine teslim etmek zorundadır.

⁴⁰ **ALTAŞ**, s.125 ve dph. 84, 85.

⁴¹ **ALTAŞ**, s.125; İş sahibince getirilen malzemenin işlenmesi neticesinde yüklenicinin MK. md. 726 gereğince ortaya çıkan şeyin yeni maliki olması veya yüklenicinin kendisinin sağladığı malzemeyi esere monte etmesi nedeniyle mülkiyetin iş sahibine geçmesi (MK. md. 684, 686, 722) hallerinde BK. md. 368/II'nin uygulanma alanı bulunup bulunmadığı akla gelebilir. Ancak böyle durumlarda BK. md. 368/II'nin öncelikle uygulanacağı kabul edilmelidir bkz. **ALTAŞ**, s.125,126.

⁴² **ARAL**, s.347; **ALTAŞ**, s.126.

⁴³ **ALTAŞ**, s.127; **ARAL**, s.347.

Yüklenici eseri teslimde temerrüde düşerse⁴⁴ temerrüt anından itibaren hem eserin hem de iş sahibinin getirdiği malzemenin hasara uğrama riski ona aittir. Diğer bir ifadeyle yüklenici eseri teslimde temerrüde düşerse ifanın gecikmesinden dolayı tazminat ödemeye mecbur ve umulmayan olaydan sorumludur. Yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu bir davranışı olmadığını ispatlarsa, iş sahibi tarafından temin edilen malzemenin hasarından sorumlu olmaktan kurtulabilir. Yani yüklenici umulmayan olay nedeniyle telef olan malzemenin kendisi temerrüde düşmemiş olsaydı dahi bu olayda telef olacağını ispatlarsa sadece ücret ve edim hasarına katlanır⁴⁵.

3) İş Sahibininin İlgili Olduğu Durumlar Nedeniyle İfanın İmkânsızlaşması

BK. md. 370'te "İş sahibi yüzünden hizmetin ifasının mümkün olmaması" kenar başlığı altında sonraki imkânsızlığın iki şekli düzenlenmiştir. Buna göre "Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa, yüklenici yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dâhil olmayan masrafını alır". Aynı maddenin ikinci fıkrası "Bu hususta iş sahibinin taksiri varsa yüklenicinin başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı olur" şeklindedir. Eserin tamamlanmasının iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkânsızlaşması her iki halde de müşterek olan husustur.

a) BK. md. 370'in Uygulanma Şartları

BK. md. 370'in uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış eserin yapımına veya yapımına daha önce başlanmış eserin tamamlanmasına engel olan bir imkânsızlığın varlığı gerekir. Bu imkânsızlık objektif imkânsızlık olmalıdır⁴⁶. Doktrinde bir görüşe

⁴⁴ Sözleşme ile eseri belli bir sürede teslim etme yükümlülüğü altına giren yüklenici gerekli olan malzeme ve işçiyi temin etme, işçiyi fazla mesai yaptırma gibi tüm tedbirleri almak zorundadır. Bütün bu tedbirlere rağmen işin bitirilemeyeceği anlaşılırsa iş sahibinden ek süre alınır. Normal süreye eklenen bu süre geçtikten sonra gecikmiş ifa söz konusu olur. Belirlenen bu sürede eser teslim edilmezse bununla ilgili sorumluluk, BK. md. 101-108'deki temerrüt hükümlerine göre belirlenir bkz. **DAYINLARLI**, s.67.

⁴⁵ Eserin süresinde teslimi ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. **KAPLAN**, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Yayını, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s.377 vd.

⁴⁶ **BUZ**, Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD 1994/1-2, C.49, s.27; **DÜRR**, Dr. Carl, Werkvertrag und Auftrag, 3. Auflage, Vira 1983, s.102; **ALTAŞ**, s.190 ve dpn. 45'teki yazarlar.

göre⁴⁷ BK. md. 370 sadece objektif imkânsızlık hallerinde değil, sözleşmeye devamın iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz olacağı hallerde de uygulanmalıdır. Ancak bu görüş doktrinde⁴⁸ söz konusu hallerde BK. md. 365/II'nin uygulanması gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

BK. md. 370'te eserin tamamlanmasının imkânsızlaşmasından söz edilmektedir. Fakat bu maddenin kenar başlığı "ifanın imkânsız olması" şeklindedir. Bu durum BK. md. 370'in tamamlanamayan eserler yanında, tamamlanıp da teslim edilmeyen eserler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Doktrindeki hâkim görüş bu soruya olumlu cevap vermektedir⁴⁹. İş sahibinin ilgili olduğu ve yüklenicinin eseri tamamlama borcunu ifa etmesini imkânsız kılan durumlar iş sahibinin kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi onun işletmesinden, kendisinin veya ifa yardımcılarının davranışlarından veya ona ait rizikolar çevresine giren bir olaydan da kaynaklanabilir⁵⁰. Hangi olayın iş sahibinin riziko alanına girdiği hususu her sözleşmede somut şartlar göz önünde tutularak belirlenir.

BK. md. 370/I'in uygulanması açısından eserin ifasının imkânsızlaşmasına iş sahibinin kusurunun veya onun sorumlu olduğu bir halin yol açmaması başka bir ifadeyle, ifanın imkânsızlaşmasına iş sahibinin riziko alanına dâhil bir kazanın veya beklenilmeyen halin neden olması gerekir⁵¹. Bu durumun ortaya çıkmasına iş sahibinin kusuru neden olmuşsa BK. md. 370/II uygulanır.

b) Yüklenicinin Hakları

BK. md. 370'in öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde eser sözleşmesi kanundan dolayı ileriye etkili olarak sona erer⁵². Tarafların eserin tamamlanmayan kısımlarına ilişkin talepleri sona erer. BK. md. 117/2'ye göre, taraflardan birinin ediminin imkânsızlaşması halinde karşı tarafın borcu da sona erer⁵³. Eserin tamamlanmasının, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle

⁴⁷ BUZ, s.26 ve dpn. 22'deki yazarlar; ALTAŞ, s.190 ve dpn. 46.

⁴⁸ GAUCH/SCHLUEP/JAGGİ, I, N. 1863; Von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974; ALTAŞ, s.190; BUZ, s.26, 27 ve dpn. 23.

⁴⁹ YAVUZ, s.71; TANDOĞAN, II, s.327; BUZ, s.27; ALTAŞ, s.190.

⁵⁰ TANDOĞAN, II, s.327; YAVUZ, s.71; BUZ, s.27; ALTAŞ, s.192.

⁵¹ BUZ, s.28 ve dpn. 35; ALTAŞ, s.192.

⁵² BUZ, s.29; GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich 1996, s.511; ALTAŞ, s.194.

⁵³ BUZ, s.25; ALTAŞ, s.194; GAUCH/SCHLUEP/JAGGİ, s.200; GAUCH, s.203; DURAL, s.8; EREN, s.1285; İNAN, s.28.

veya onun kusuru yüzünden imkânsızlaştığını yüklenici ispat etmekle yükümlüdür. BK. md. 370'e göre eseri tamamlama borcu imkânsızlaşan yüklenicinin tazminat talep etme hakkı vardır. Bu tazminatın kapsamı da iş sahibinin kusuru ile ilintilidir. Eğer iş sahibinin herhangi bir kusurundan bahsedilemiyorsa, yüklenici, sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona erdiği ana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden isteyebilir (BK. md. 370/1). Ancak kanunda ücret ve masrafların hesabı konusu düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre⁵⁴ yüklenicinin talep edebileceği bedel, yapılan işin değerine ve yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirlenir. Bir başka görüşe göre ise⁵⁵ taraflarca daha önce kararlaştırılmış götürü veya takribi bir bedel varsa bunun da göz önünde tutulması gerekir. Buna göre örneğin sözleşme ile götürü bir ücret belirlenmiş ve yüklenici de eserin bir kısmını yapmış ise, iş sahibinden yapılan kısmın kararlaştırılan bedel içindeki karşılığını talep edebilecektir⁵⁶. Yüklenici henüz eserin yapımına başlamamışsa, iş sahibinden talep edebileceği bedel, sözleşmenin kurulmasından sonra edimini yerine getirmek için yaptığı ve ifanın imkânsızlaşması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi yüzünden boşa giden masraflarla sınırlıdır⁵⁷. Şayet yüklenici eserin yapımına başlamamış ve herhangi bir harcama da yapmamış ise iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları da isteyemez⁵⁸.

Edimin ifasının imkânsız hale gelmesinde yüklenici, mütemerrit durumda ise (borçlu temerrüdü), borçluyu temerrüt halinde kazadan bile sorumlu tutan BK. md. 102 uygulama alanı bulur. Böylece yüklenici iş sahibinin imkânsızlık nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁹. Benzer bir şekilde, iş sahibi, yapılan kısım kendisi için kullanılabilir nitelikte değilse, BK. md. 371/II'ye istinaden, bu kısımları kabul etmeyerek bunlar için ücret ödemekten kaçınabilir⁶⁰. Ancak yüklenicinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı vardır. Yüklenici imkânsızlığa sebep olan durumu iş sahibine gecikmeksizin bildirmelidir. Bunu yapmamış ise imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkan zarara kendisi katlanır. Yüklenici kusurlu olduğu için böyle durumlarda BK. md. 370

⁵⁴ DÜRR, Art. 378; TANDOĞAN, II, s.324; ALTAŞ, s.196; BUZ, s.30.

⁵⁵ GAUCH, Nr. 579; BUZ, s.30; ALTAŞ, s.197.

⁵⁶ GAUCH, Nr. 509.

⁵⁷ GAUCH, Nr. 510; TANDOĞAN, s.330, C.II; BUZ, s.30; ALTAŞ, s. 197.

⁵⁸ GAUCH, Nr. 509; DÜRR, Art. 378; TANDOĞAN, C.II, s.324; BUZ, s.30; ALTAŞ, s.197; ARAL, s.397.

⁵⁹ GAUCH, Nr. 738; GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, I. Nr. 2624; BUZ, s.31; ALTAŞ, s.198.

⁶⁰ GAUCH, Nr. 517; BUZ, s.31; ALTAŞ, s.198 ve dpn. 99'daki yazarlar.

değil sonraki kusurlu imkânsızlığa ilişkin genel hükümler (BK. md. 96) uygulanır⁶¹. Yüklenicinin eseri tamamlamasının imkânsızlaşmasında iş sahibinin kusuru varsa, yüklenici müspet zararının tazminini talep edebilir⁶². Müspet zarar (ifaya olan menfaat) hesap edilirken tarafların edim yükümlülükleri sona erdiğinden yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka işlerden elde ettiği veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilir⁶³.

İş sahibi eserin tamamlanmasını kendi davranışı ile kasten veya ihmali bir şekilde imkânsız hale sokarsa BK. md. 370/II anlamında kusurlu sayılır. Ayrıca ifanın imkânsızlaşması kendisinden beklenen özeni göstermemesinden veya ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanıyorsa iş sahibi yine kusurlu sayılır⁶⁴.

4) Yüklenicinin Şahsını İlgilendiren Nedenlerden Dolayı İfanın İmkânsızlaşması (BK. md. 371)

a) Şartları

BK. md. 371'e göre, "Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi müfeseh olur". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, "Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi bunu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur". Bu hükümlere göre BK. md. 371, karşı edim hasarını iş sahibine yüklemiştir⁶⁵.

BK. md. 371'in uygulanabilmesi için iş sahibi bakımından yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı ve bu nedenle sözleşme konusu işin yüklenici tarafından bizzat yapılmasının ya da onun yönetimi altında yaptırmasının gerekli olduğu bir eser sözleşmesinin varlığı gerekir⁶⁶. İş sahibi, sözleşme kurulurken yüklenicinin kişisel özelliklerine önem verdiğini açıkça belirtebildiği gibi bu husus sözleşme konusu işin niteliğinden de anlaşılabilir. Sözleşme konusu işin

⁶¹ Yüklenicinin eseri tamamlama borcu, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle imkânsızlaşınca ilk yüklenicinin alt yükleniciye devrettiği iş de imkânsızlaşır. Böyle bir durumda alt yüklenicilik sözleşmesinin hukuki akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Bu sorunla ilgili geniş bilgi için bkz. **BUZ**, s.31.

⁶² **BUZ**, s.32; **ALTAŞ**, s.195; **GAUCH**, Nr. 726; **YAVUZ**, s.72.

⁶³ **BUZ**, s.32 ve dpn. 59'daki yazarlar; **ALTAŞ**, s.196 ve dpn. 81'deki yazarlar.

⁶⁴ **BUZ**, s.32; **ALTAŞ**, s.196; **GAUCH**, Nr. 506; **TANDOĞAN**, C.II, s.331.

⁶⁵ **DÜRR**, Art. 379; **BUZ**, s.34; **YAVUZ**, s.72; **Von TUHR/ESCHER**, s.131; **ALTAŞ**, s.205.

⁶⁶ **BUZ**, s.35; **DÜRR**, s.104; **ALTAŞ**, s.205 ve dpn. 138'deki yazarlar.

ifasının üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebileceği hallerde eser sözleşmesi sona ermez. Bu netice BK. md. 371'in mefhumu muhalifinden çıkmaktadır⁶⁷. Yüklenicinin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi sözleşme konusu edimin objektif olarak imkânsızlaşmasına yol açarken bu imkânsızlığın sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması ve sürekli nitelik taşınması gerekir⁶⁸. İş sahibinin işi yapmaktan aciz kalması bedensel bir özürden ya da belli nitelikteki sosyal gücünün kaybından da kaynaklanabilir⁶⁹. Ancak yüklenicinin ekonomik aczi veya iflası BK. md. 371 anlamında imkânsızlık olarak nitelendirilemez.

BK. md. 371'e göre, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması halinde, eser sözleşmesi kanundan dolayı kendiliğinden ileriye etkili olarak sona erer⁷⁰. Böyle bir sözleşmede tarafların eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin alacak ve borçları sona erer. Eserin daha önce tamamlanmış kısmına ilişkin yüklenicinin talep hakkının kapsamı BK. md. 372/II'de düzenlenmiştir. Yüklenicinin şahsı dikkate alınmadan yapılmış sözleşmelerde yüklenicinin ölümü, kusuru ve kabahati olmaksızın ehliyetini kaybetmesinin sözleşmenin devamı üzerinde hiçbir etkisi olmaz. Yüklenicinin borcu mirasçılara geçer. MK. md. 641 uyarınca mirasçılar tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar⁷¹.

⁶⁷ **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.205; Yüklenicinin şahsı göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmelerinde genellikle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusudur. Bu nedenle bu tür sözleşmede Yüklenicinin ölümü veya iş yapma yeteneğini kaybetmesi sözleşme konusu edimin objektif olarak imkânsızlaşması anlamına gelir. Çünkü şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin ifasının imkânsızlığı daima objektiftir, **GAUCH/SCHLUEP/JAGGI**, II, Nr.3143; **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.205.

⁶⁸ **DÜRR**, s.104; **BUZ**, s.35; **ALTAŞ**, s.206.

⁶⁹ Bir Federal Mahkeme kararında, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren Yüklenicinin artık gerekli personeli bulunmaması yüzünden işi yapmaktan aciz kalması, BK. md. 371'in kapsamına giren bir tür imkânsızlık olarak nitelendirilmiştir bkz. **BUZ**, s.36 ve dpn. 83.

⁷⁰ **GAUCH**, Nr. 526; **BUZ**, s.36; **ÖZ**, s.164; **ALTAŞ**, s.206.

⁷¹ Yargıtay 15. HD. 1975/3726 E. ve 1975/4060 K. Sayılı kararında "Davalı Kooperatif Şirket, sözleşmenin davacının ikazı ve istemi üzerine bozulduğunu, bu nedenle arta kalan kültürün verilmediğini savunması üzerine bunu ispatlamaya yarayan yazılı bir delile sahip olmadığı için hasmına yemin teklif ettiği anlaşılmıştır. Bu durumu yerinde gören mahkeme ölmüş bulunan davacının mirasçılarında bir kısmına yemin ettirdiği halde mecburi dava arkadaşı olan diğer mirasçılara yemin ettirilmemiş olması usule aykırıdır" diyerek kararı bozmuş ve mirasçılarının müteselsil sorumluluğuna işaret etmiştir"

b) Yüklenicinin Hakları

İş sahibi, yüklenicinin ölümü veya aczi nedeniyle tamamlanmamış eserin bitmiş kısmı kullanılmaya müsait durumda ise, bunu kabul etmek ve bu kısmın ücretini ödemek zorundadır (BK. md. 371/II). Yüklenicinin imkânsızlık anına kadar yürüttüğü eser üçüncü bir şahıs tarafından tamamlanabiliyorsa iş sahibi tarafından kullanılabilir niteliktedir. İş sahibi, eğer eserin kullanılmayacak nitelikte olduğunu iddia ederse bu durumu ispat etmelidir. İş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedel, götürü veya takribi bir ücret kararlaştırılmış ise, yapılan işin kararlaştırılan ücret içindeki karşılığı kadardır⁷². Taraflar daha önce herhangi bir ücret kararlaştırmamış ise iş sahibinin ödeyeceği bedel yapılan işin değerine ve Yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirlenir⁷³.

BK. md. 371’de tazminat yükümlülüğünden bahsedilmemesine rağmen yüklenici, işi tamamlama yeteneğini kusurlu bir şekilde kaybetmiş veya bu durum temerrütte bulunduğu sırada gerçekleşmişse iş sahibinin ifaya olan menfaatinin (müspet zarar) tamamını ödemek zorundadır⁷⁴. Ancak yüklenici, temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir⁷⁵.

Yüklenici kendini öldürür veya bedeni ya da fikri iş görme yeteneğinin kaybolmasına neden olursa kusurlu sayılmaz. Ancak bu hallere sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla sebebiyet vermişse kusurlu sayılır⁷⁶.

IV. SONUÇ

Eser sözleşmesinde yüklenici genellikle bir edim sonucunu yerine getirme borcu altına girmektedir. Yüklenici taahhüt ettiği edimi yerine getirmese sorumluluğu edim sonucuna göre belirlenir. BK. md. 368/I’e göre, eser teslimden önce telef olursa yüklenici işin ücretinin ve masrafların

bkz. **ÖZYÖRÜK**, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı, Feshi, BK. md. 371’e Göre Feshin Sonuçları, Ankara, 1988, s.37.

⁷² **TANDOĞAN**, C.II, s.366; **GAUCH**, Nr. 509-534; Yargıtay 15. HD., 30/11/1979 gün ve 79/1709 E., 79/2437 sayılı kararında, “Ne var ki BK. md. 371/I gereğince sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan payların geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de aynı oranda ödenmesi gerektiği başka bir deyişle bunun dışında kalanın geri verilmesinin söz konusu olacağı göz önünde tutulmalıdır.”, **ÖZYÖRÜK**, s.80.

⁷³ **GAUCH**, Nr. 534-509; **BUZ**, s.37 ve dñn. 93’teki yazarlar, **ALTAŞ**, s.206.

⁷⁴ **GAUCH**, Nr. 536; **TANDOĞAN**, C.II, s.337; **BUZ**, s.37; **ALTAŞ**, s.206.

⁷⁵ **BUZ**, s.37; **ALTAŞ**, s.206; **GAUCH**, Nr. 536; **TANDOĞAN**, C.II, s.337.

⁷⁶ **BUZ**, s.37.

ödenmesini talep edemez. Malzemelerin yok olması durumunda ise malzemenin kimin tarafından temin edilmesi gerektiğine bakılarak sorumluluk tayin edilir. Malzemelerin yüklenici tarafından temin edilmesi gereken hallerde kural olarak yüklenici malzemelerin umulmayan olay nedeniyle telef olması riskini de üzerinde taşır. BK. md. 368/II, malzemenin iş sahibine ait olmasına ilişkin bir hükümdür. Herhangi bir eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından hiçbir ivaz alınmadan yükleniciye teslim edilen malzeme iş sahibine ait sayılır. Böyle bir malzemenin teslimden önce umulmayan olay nedeniyle eserle birlikte veya ayrı olarak telef olması halinde bedel riskine iş sahibi katlanır. Eserin tamamlanması, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle veya onun kusuru yüzünden imkânsızlaşırsa eser sözleşmesi ileriye etkili olarak sona erer. Tarafların eserin tamamlanmayan kısımlarına ilişkin talepleri sona erer.

BİBLİYOGRAFYA

ADAL, Erhan, Sözleşme Görüşmeleri Nedeniyle Olan Tutumdan Dolayı “Culpa İn Contrahendo” Sorumluluğu (Karşılaştırmalı Araştırma), MÜİİBFD 1985, C.2, S.2, s. 27–40.

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2006.

ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m.368), Ankara 2002.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2007.

BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BAYGIN, Cem, Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD 2000/C. IV, S.1-2, s. 345-377.

DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

DÜRR, Dr. Carl, Werkvertrag und Auftrag, 3. Auflage, Vira 1983.

ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Borcu Doğuran Sözleşmelerle Kıyası, SÜHFD 1990/1, 135–172.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul 1979.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.

FEYZİOĞLU, Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1977.

FİKENTSCHER, Wolfgang/**HEİNEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006.

GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, Zürich 1996.

GAUCH, Peter/**SCHLUEP**, R. Walter/**JAGGI**, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 6. Auflage Zürich 1995.

GONZENBACH, Rainer, Culpa İn Contrahendo im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara 2001.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuk Genel Hükümler, İstanbul 2000.

ÖKTEM, Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947–1965.

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi, Yapısı, Feshi, BK.m.371'e Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988.

SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul 1978.

SEROZAN, Rona, “Culpa İn Contrahendo”, “Akadin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD 1968, Y.2, S.3, s. 108–129.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 3. Bası, İstanbul 2002.(İfa Engelleri)

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s.117–124.

SUNGURBEY, Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil Özellikleri Culpa İn Contrahendo (Sözleşme Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

ULUSAN, İlhan, Culpa İn Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s.275-319.

Von TUHR/ ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974.

YALMAN, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2000.

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002.

KAPLAN, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, TBB Yayını, Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan, Ankara 1999, s. 377-393.

SELİMOĞLU, Y.Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999, s. 685-693.

TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem Armağanı, Ankara 1970, s. 311-332.

YILMAZ, Hamdi, Sözleşme Görüşmelerinde Kusur "Culpa İn Contrahendo" ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler, Yargıtay Dergisi, 1985/1-4, s. 240-252.

Karar İncelemeleri

**ÇALIŞMA ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİĞE İLİŞKİN USULE
UYULMAMASI HALİNDE İŞVEREN TARAFINDAN YAPILAN
FESHİN HAKSIZ OLDUĞUNA DAİR YARGITAY KARARI
İNCELEMESİ**

Yrd. Doç. Dr. N.Binnur TULUKCU*

I- KARAR METNİ

T.C.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2005/38713

Karar No : 2006/18238

Tarihi : 22.5.2006

DAVA: Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatili ücreti alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı, davalı işveren tarafından işbaşı yaptırılmadığı, çektiği ihbarnameye verilen cevapta, tayininin Şirinevler'e çıkartıldığı, devamsızlığı nedeniyle iş akdinin sona erdirildiğinin bildirilmesine rağmen, iş akdinin 11.10.2004 tarihinde haksız olarak feshedildiği iddiası ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalı, davacının devamsızlığı nedeni ile iş akdinin haklı olarak feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı işçinin hizmet sözleşmesindeki yetkiye dayanılarak, Adana ilinden İstanbul-Şirinevler'e tayin edildiği, buradaki işyerine devamsızlığı nedeni ile iş akdinin davalı işveren tarafından feshedildiği gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiştir.

* S.Ü. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı işçinin Adana ilinden İstanbul-Şirinevler'deki işyerine tayin edildiğine dair usulünce tebliğ edilmiş bir tayin yazısı bulunmamaktadır. Öte yandan, dosyada mevcut hizmet sözleşmesi 1999 tarihli olmasına rağmen, o tarihte yürürlükte olmayan 4857 sayılı Kanun'dan bahsetmiş olmakla, kendi içinde çelişkili olup, hükümlerine itibar edilmesi mümkün değildir. Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğunun kabulü ve kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin hüküm altına alınması gerekirken, aksine düşüncelerle reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, 20.06.2006 gününde OYBİRLİĞİ ile karar verildi.

II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Karara konu olan olayda, davacı işçi ile işveren arasında 1999 yılında imzalanan iş sözleşmesi gereğince, işçinin çalışacağı yer, Adana ili olarak belirlenmiştir. Sözleşme, 11.10.2004 tarihinde, İstanbul-Şirinevler'deki işyerinde çalıştırmak istediği işçinin bunu kabul etmeyerek devamsızlık ettiği gerekçesi ile feshedilmiştir. Davacı işçi, yapılan bu değişikliği kabul etmediği halde, işveren tarafından iş verilmediğini; sözleşmenin işveren tarafından haksız feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatı alacağını ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren ise, sözleşmedeki hüküm gereğince tayine yetkisi olduğunu; buna uyulmaması halinde haklı sebeple sözleşmenin feshedildiğini ifade etmiştir.

Yerel mahkeme, savunmayı göz önünde tutarak, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı olarak feshedildiği gerekçesi ile, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay ise, tayine ilişkin usulünce tebliğ edilmiş bir tayin yazısı olmadığı ve tayin yetkisi veren iş sözleşmesinin 1999 tarihli olduğu gerekçesi ile, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğine, davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Karardan anlaşıldığı üzere, taraflar arasında 1999 tarihinde imzalanmış olan iş sözleşmesi ile işverene işçiyi yönetim hakkına dayanarak başka işyerine tayin etme yetkisi verilmiştir. Ancak, üzerinde durulması gereken önemli konulardan birisi, sözleşme 1999 tarihli olmasına rağmen, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İş Kanunu'ndan bahsedilmiş olmasıdır. Bu durum gösteriyor ki, sözleşmenin gerçek tarihi 1999 değil, İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihtir. Yine Yargıtay'ın "... tayin edildiğine dair usulünce tebliğ edilmiş bir tayin yazısı bulunmamaktadır" ifadesi önem taşımaktadır. Açık olmayan bu ifade, farklı açılardan değerlendirilebilir. Birincisi, değişiklik kaydı içerdiği kabul edilen sözleşmede, tayinin tebliğine ilişkin bir şekil şartı öngörülmuş olup, buna uyulmamasından bahsediliyor

olabilir. İkincisi ise, sözleşmenin tarihi konusunda bir ihtilaf olduğuna göre, sözleşmenin değişiklik kaydına ilişkin hükmünün de geçerliliği tartışmalıdır. Bu durumda, değişiklik kaydı olmadığı kabul edilirse, işçinin çalışırken bir başka yere tayin edilmesi, kural olarak çalışma şartlarında esaslı değişikliktir. 1475 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmemiş olan bu konu, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi ile ayrıca hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu maddede düzenlenen değişikliğe ilişkin yazılı bildirimde dair usule uyulmaması kastedilmiş olabilir. Konuyu bu çerçevede ele alıp, sözleşme ile işverenin yönetim hakkının genişletilmesinden, buna ilişkin sınırlardan ve bunun hukuki sonuçlarından bahsedeceğiz. Bunun sonucunda, yapılan feshin haksız olup olmadığına karar verilmesi gerekir.

B) Sözleşme serbestisi, kişilerin sözleşme yapma yapmama veya diledikleri kişi ile sözleşme yapma, sözleşmenin içeriğini ve şeklini diledikleri gibi belirleyebilme ve sözleşmeyi sona erdirebilme serbestisini ifade eder¹. İş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve iş sözleşmesi açısından da sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir². Sözleşmenin tarafları içeriği dolayısıyla çalışma şartlarını serbestçe belirleyebilirler³. Sözleşmeler ile işçinin göreceği işin tüm ayrıntılarıyla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple, sözleşmelerde genel esasları ile düzenlenen çalışma şartları, işin yürütümü sırasında işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlar ile şekillenir ve somutlaşır⁴. İş sözleşmesi kurulurken, sözleşmenin tarafları çalışma şartları

¹ Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007, s.115; Fikret EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8.B., İstanbul 2003, s.267 vd.; A.Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI/E.Tuncay KAPLAN SENYEN, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2007, s.103,104; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2.Bası, Ankara 2005, s.316; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 3.B., İstanbul 2006, s.85; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005, s.247; N. Binnur TULUKÇU, Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Sınırları, Ankara 2000, s.10 vd.

² Haluk Hadi SÜMER, İş Hukuku, 13.B., Konya 2007, s.48; ÇELİK, s.115; AKTAY/ARICI/ KAPLAN-SENYEN, s.103,104; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.316; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.85.

³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.316; ÇELİK, s.115; AKTAY/ARICI/KAPLAN SENYEN, s.104.

⁴ Sarper SÜZEK, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof.Dr.Metin Kutal'a Armağan, Tühis, Ankara 1998, s.225; Kadir ARICI, İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1983, s.162; Münir EKONOMİ, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C.I, 3.B., İstanbul 1984, s.32,33; Savaş TAŞKENT, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s.118,119; Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s.136.

üzerinde anlaşılır. Ancak iş sözleşmesi yapıldıktan sonra, bu sözleşmenin esaslı veya tali unsurlarında değişiklik yapma ihtiyacı ortaya çıkabilir. Hatta sürekli ilişki kuran bu sözleşmenin devamı, başlangıçta öngörülme yen yeni şartlara uyarlanması ile mümkün olabilir⁵. Yani sözleşme ya işletme, işyeri ve işin gereklerine uygun hale getirilecek ya da değişen şartlara uygun değişiklikler yapılamıyorsa feshedilecektir.

1475 sayılı eski İş Kanunu'na göre, sebebi her ne olursa olsun çalışma şartlarındaki esaslı değişiklik, bunu kabul etmeyen işçi yönünden derhal fesih hakkı veren haklı bir neden olarak değerlendirilmiştir (md.16/II,e)⁶. Bunun dışında değişiklik yapılmasına ve bunun hukuki sonuçlarına ilişkin başka bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ile, çalışma şartlarının değiştirilmesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir.

İşgörm borcunun ve diğer yan borçların tespitinde, mevzuat ve toplu iş sözleşmesi hükümleri, işyeri iç yönetmeliği, işverenin yönetim yetkisi çerçevesinde verdiği emir ve talimatlar ve işyeri uygulamaları gibi iş hukukunun özel kaynakları belirleyici olur⁷. Bu kapsamda, işçinin iş ilişkisi gereğince

⁵ Münir EKONOMİ, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.4, S.2, Haziran 1997, s.157 vd.; Murat ENGİN, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHF.M., C.LXI, S.1-2, 2003,s.313; Gülsevil ALPAGUT, "İş sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri" Karar İncelemesi, ÇİD, C.18, S.5, Eylül 2004, s.53; Murat ŞEN, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.24,25; Nağme N. HOZAR, "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi", Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, S.2, Haziran 2006, s. 85,86; Mustafa ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.107.

⁶ Mustafa ALP, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, s.39; Ufuk AYDIN, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)", Mess Sicil İş Hukuku Dergisi S.5, Mart 2007, s.63; NARMANLIOĞLU,s.342 vd.; AKTAY/ARICI/SENYEN, s.198; ALPAGUT, s.57; UZUN, s.53; HOZAR, s.83.

⁷ Kübra Doğan YENİSEY, "Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s.74,75; Cumhuriyet Sinan ÖZDEMİR, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşveren Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapabilir (Mi)?" Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ocak 2005, S.13, s.207; Ergun İnce, Çalışma Hukuku, 1998, s.80; NARMANLIOĞLU, s.342; SÜZEK, s.523,524;

üstlendiği işi yerine getirirken tabi olacağı tüm hak ve borçlar, çalışma şartı olarak kabul edilir⁸⁹. İş ilişkisini düzenleyen temel kaynak, iş sözleşmesidir. Sözleşmenin tarafları, çalışma şartlarına ilişkin hususları, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. Çalışma şartlarını belirleyen kaynaklardan birisi de, işverenin yönetim hakkıdır. İş sözleşmesi ile işçinin göreceği iş tüm ayrıntıları ile düzenlenemeyebilir. Kural olarak süreklilik arz eden iş ilişkisi içerisinde sonradan ortaya çıkabilecek değişiklik ihtiyacının, başlangıçta öngörülüp, iş mevzuatı, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri ile çözümü mümkün olmayabilir. Bu sebeple, belirtilen bu kaynaklar ile genellikle çalışma şartlarının çerçevesi belirlenir. İşverenin, işin ve işyerinin ihtiyacına göre, işçiye yön verme ve işin ifasına ilişkin şekil ve yöntemleri belirleme yetkisi vardır. İşverenin vereceği talimatlar ile mevzuat, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir¹⁰.

İşçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği emir ve talimatlara uymak zorundadır. Ancak İş Hukukuna hâkim olan işçiyi koruma ilkesi

EKONOMİ, s.200, Aynı Yazar, Çalışma, s.157 vd.; TAŞKENT, s.11,12; ENGİN, s.314.

⁸ Mikdat GÜLER, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, Legal İHSGHD, C.1, S.2, 2004, s.554; ŞEN, s.23; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.98; ENGİN, s.314; SÜZEK, s.523,524.

⁹ 1982 Anayasası’nda ve iş mevzuatımızda çalışma şartı kavramına, çalışma koşulu, iş koşulu veya iş şartı kavramları ile yer verilmiştir. Anayasa’nın md.50/2. hükmüne göre, “Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”; md.53. hükmüne göre, “...işçiler ve işverenler karşılıklı olarak ... çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.” Bu düzenlemelerde en geniş anlamıyla çalışma şartı kavramına yer verilmiş olmakla beraber, kavram hakkında bir açıklama yapılmamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun md.1, md.24/II,f, md.78, md.81 ve md.82 hükümlerinde çalışma şartı kavramına yer verilmiştir. Çalışma koşulları ifadesinden ise, md.8, md.22, md.71, md.110 ve md.111’de söz edilmektedir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu md.14, md.6/11, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu md.35, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu md.1, md.25/2 hükümleri de benzer ifadelerle çalışma şartı kavramına yer vermiştir.

¹⁰ SÜZEK, s.225; Aynı Yazar, Yönetim, s.227; TAŞKENT, s.9-11; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.29; SÜMER, s.14,68,69; EKONOMİ, s.31-33; NARMANLIOĞLU, s.199 vd.; ALPAGUT, s.54.

gereğince, işverene tek taraflı olarak çalışma şartlarını belirleme yetkisi veren yönetim hakkına bir takım sınırlamalar getirilmiştir¹¹. Yönetim hakkının kaynağı, iş sözleşmesidir. Bununla beraber, işverenin yönetim hakkının sınırını da yine iş sözleşmesi belirlemektedir. Nitekim sözleşmede, çalışma şartları ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmışsa, yönetim hakkının kapsamı da daralmaktadır¹²¹³.

4857 sayılı İş Kanunu, çalışma şartlarının işveren tarafından değiştirilmesi konusunu özel olarak açık ve kesin bir şekilde düzenlemiştir. “Çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi” başlığını taşıyan 22. maddeye göre; “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Emredici nitelikteki bu düzenlenin temel amacı, kanunun gerekçesinde “belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır” şeklinde ifade edilmiştir¹⁴. Hükme bakıldığı zaman, işverenin geçerli nedenleri olsa dahi, iş ilişkisinin sona erdirilmeyip, belirli bir usul çerçevesinde çalışma şartlarında değişiklik yapmak

¹¹ Kadir ARICI, “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1983, s.162-166; SÜZEK, Yönetim, s.225; TAŞKENT, s.82 vd.; CENTEL, s.24; NARMANLIOĞLU, s.199,200.

¹² TAŞKENT, s.27,28; ŞEN, s.58; EKONOMİ, s.32,33.

¹³ Kural olarak, yönetim hakkının kapsamında olmamakla beraber, işverenin kanun, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği ile herhangi bir konuda özel olarak yetkili kılınması durumunda yönetim hakkı genişlemiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKENT, s.19,20; ALPAGUT, s.59; EKONOMİ, s.32,33.

¹⁴ 4857 Sayılı İş Kanunu Gerekçesi (Kabul Edilen Değişiklik Önergeleri İle Birlikte), TİSK Yayını, Ankara 2003, s.129.

suretiyle iş sözleşmesinin devamının amaçlandığı görülmektedir. Önceki kanun döneminde, işveren işçinin kabul edemeyeceği değişiklikleri yapmak suretiyle işçiyi feshe zorlamakta, dolayısıyla bazı tazminatlardan kurtulmakta; işçinin buna ilişkin fesih hakkını süresinde kullanmaması halinde de, değişiklikleri işçiye kabul ettirmiş olmaktadır¹⁵. Fesih sorumluluğunun tamamen işçiye yükletildiği bu düzenlemeden sonra yeni kanun, “çalışma şartlarının uygulanmaması” sebebiyle sınırlı olarak işçi açısından bildirimsiz fesih hakkını korumuş, çalışma şartlarında değişiklik sorununu ise ayrıca ve farklı bir şekilde düzenlemiştir¹⁶. Bu durumda, işverenin yönetim hakkına dayanarak tek taraflı olarak yapacağı esaslı değişiklikler belli bir usule bağlanmıştır.

Çalışma şartlarında değişiklik olarak kabul edilebilecek bir diğer durum da, işverenin doğrudan iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya işyeri uygulamasıyla tanınan bir hakka dayanarak, işçinin onayı aranmaksızın çalışma şartlarını değiştirebilmesidir. Örneğin, sözleşme ile belirlenen işin veya işyerinin, sözleşmede bulunan değişiklik kaydı ile değiştirilebilmesi mümkündür. Esaslı değişiklik yapma hakkının sözleşme ile saklı tutulması yoluyla işveren tarafından yapılan değişiklik, İşK.22/1’deki usulden ayrık tutulmalıdır. Nitekim burada, taraflar sözleşme yapılırken aynı zamanda bazı çalışma şartlarında değişiklik yapılabilmesi konusunda da karşılıklı anlaşmaktadırlar. Ancak, işçiyi koruma ilkesi gereğince, sözleşme ile işverene tanınan bu değişiklik hakkı mutlak olmayıp, hakkaniyet kuralları ölçüsünde kullanılması gerekir¹⁷.

Çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını saklı tutan değişiklik kayıtları, işverenin yönetim hakkının kapsamını genişletmektedir¹⁸. Bu durumda, işçi yapılacak değişikliğe baştan rıza göstermiş olacaktır. Değişiklik kaydını bir anlamda, değişiklik anlaşması olarak kabul etmemiz bile mümkündür. Böylece sözleşme, değişiklik yapıldıktan sonraki yeni çalışma

¹⁵ NARMANLIOĞLU, İşverenin, s.11; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.180,181; YENİSEY, s.118 vd.; ALPAGUT, s.52; ALP, s.243; SÜZEK s.269.

¹⁶ Kenan TUNÇOMAĞ/ Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s.195; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.230; EKONOMİ, Çalışma, s.157 vd.; ENGİN, s.314; SÜZEK, s.524.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa ALP, “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, Mess Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.3, Eylül 2006, s.37-53; Murat ŞEN, “İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları”, Mess Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.5, Mart 2007, s.77-89; YENİSEY, s.124; UZUN, s.54,55; HOZAR, s.82-92; AYDIN, s.57-68; ŞEN, s.97 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.105; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.231.

¹⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.105; ALPAGUT, s.59; ŞEN, s.98.

şartlarıyla sürdürülebilecektir. Dolayısıyla bunu, işçinin değişikliğe baştan onay vermesi olarak kabul edebiliriz. Çalışma şartlarında esaslı değişikliği düzenleyen İşK.22/1'de düzenlenen usule artık gerek kalmayacaktır. Nitekim bu usul, işçinin değişikliğe onay vermesine ilişkindir. Değişiklik kaydında ise, zaten baştan alınmış bir onay vardır. Karara konu olan olayda, gerçekten işverene tayin yetkisi veren bir hüküm bulunmaktadır. Kural olarak, işveren bu değişiklik kaydı ile dilediği zaman hakkaniyet kuralları ölçüsünde işçinin çalışma yerini değiştirebilecektir. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmenin tarihi, yapılmasından önceki bir tarih olarak düzenlendiği için, Yargıtay'a göre, "... kendi içinde çelişkili olup, hükümlerine itibar edilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu görüşü yerindedir. Sonuç olarak, işçinin işyerine ilişkin bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz.

Esaslı değişikliğin işçi tarafından kabul edilmemesi halinde ise, işveren ya esaslı değişiklik talebinden vazgeçecek ya da sözleşmeyi feshedecektir. Fesih yolunu tercih ettiği zaman, değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayıp sözleşmeyi bildirim sürelerine uygun bir şekilde sona erdirecektir. Bu durumda şartları varsa, işçi işe iade edilecek ya da ihbar, kötüniyet ve kıdem tazminatı alma hakkı kazanacaktır¹⁹.

Kararda, tebliğ yazısının usulünce tebliğ edilmemesinden bahsedilmektedir. Şayet, sözleşmedeki tayin yetkisinin tebliğine ilişkin kararlaştırılmış şekil şartına uyulmamasından bahsediliyorsa, zaten sözleşme hükümlerine itibar edilmeyeceğinden, bunun tartışılmasına gerek kalmayacaktır. Ancak, Yargıtay'ın ifade etmek istediği, İşK.22/1'deki çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapılmasına ilişkin usule uyulmaması da olabilir. Bu durumda, zaten yapılmak istenen değişiklikler işçiyi bağlamaz.

III- SONUÇ

4857 Sayılı İş Kanunu ile getirilen en önemli düzenlemelerden biri de, işveren tarafından çalışma şartlarında yapılacak değişikliklerin belirli bir usule bağlanmış olmasıdır. Kanun'un gerekçesinde belirtildiği üzere, bu madde ile amaçlanan, sözleşmenin işveren veya işçi tarafından feshi yerine, çalışma şartlarında değişiklik yapılarak iş ilişkisinin devamını sağlamaktır. Nitekim 1475 Sayılı Kanun döneminde, benzer bir düzenlemeye, md.16/II,e'de yer verilmişti. Buna göre, işveren tarafından çalışma şartlarının esaslı bir şekilde

¹⁹ NARMANLIOĞLU, İşverenin, s.11; ALPAGUT, s.52; AYDIN, s.61; UZUN, s.53,54.

değiştirilmesi, başkalaştırılması veya uygulanmaması işçi açısından haklı sebep olarak öngörülmüş, böyle bir durumda işçiye sözleşmeyi bildirimsiz fesih hakkı tanınmıştır. Bu durumda, şartları varsa, işçi kıdem tazminatı alabilmekte; ancak ihbar tazminatı söz konusu olmamaktaydı. Ayrıca işçi, değişikliğe açık veya örtülü rıza göstermişse veya iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklarda aksini öngören bir hüküm varsa, bildirimsiz feshetme hakkını da kaybediyordu. Bu durumda işveren, çalışma şartlarında tek taraflı olarak esaslı değişiklik yaptığı zaman, işçi yeni şartlarla iş ilişkisini sürdürmek zorunda kalıyordu. Aksi takdirde, işveren işgörmeye borcunun yerine getirilmediği gerekçesiyle, sözleşmeyi bildirimsiz olarak feshedebiliyordu. Tüm bunların sonucunda, işçinin ve işinin korunduğunu söylemek mümkün değildi. Nitekim işverenin işçinin kabul edemeyeceği öneriler ileri sürerek, dolaylı olarak iş ilişkisini ortadan kaldırabilme imkânı vardı. Yine işçinin süresi içinde bildirimsiz fesih hakkını kullanmaması halinde de, işçiyi rızası dışında değiştirdiği şartlarla çalıştırma hakkını elde ediyordu. Yeni Kanun, tüm bu olumsuzlukları bertaraf etmek amacıyla, çalışma şartlarında değişiklik ve buna ilişkin feshi ayrıca hükme bağlamıştır. Bununla beraber, “çalışma şartlarının uygulanmaması” ile sınırlı olarak işçi açısından bildirimsiz fesih hakkını muhafaza etmiştir.

Karara ilişkin maddi olayda, sözleşmenin tarihinin daha önceki bir tarih gösterilmesi sebebiyle, sözleşmede yer alan değişiklik kaydına ilişkin hükme itibar edilmemesi gerekir. Şayet, değişiklik kaydı geçerli olsaydı, işveren hakkaniyet kuralları ölçüsünde böyle bir değişiklik yapabilecekti. Ancak bu mümkün olmadığı için, işyerine ilişkin değişiklik konusunda, İşK.22/1'deki usule uyulması gerekir. Bu usule uyulmaması halinde, yapılan değişiklik, işçiyi bağlamaz ve sözleşme mevcut şartlarla devam eder. Olayda, işveren değişikliğe uymayan işçinin iş sözleşmesini devamsızlık yaptığı gerekçesiyle feshetmiştir. Halbuki işçinin tayin edildiği yeni işyerinde işgörmeye zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla, Yargıtay'ın işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğunun kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatlarının ödenmesine karar vermesi yerindedir.

**ÇAĞRI ÜZERİNE ÇALIŞMANIN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KISMİ
SÜRELİ BİR İŞ SÖZLEŞMESİ OLDUĞUNA VE BUNUN AYNI
ZAMANDA BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİ
KAZANDIRMADIĞINA İLİŞKİN YARGITAY KARARI
İNCELEMESİ**

Yrd. Doç. Dr. N.Binnur TULUKCU *

I-KARAR METNİ

T.C.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2006/5115

Karar No : 2006/14969

Tarihi : 22.5.2006

ÖZET : Temizlik işi sürekli yapılması gereken bir iş olup, davacının çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gerektiğini ortadan kaldırmaz. Çağrı usulü çalışma, kısmi süreli bir iş sözleşmesi olup, işin kısmi süreli olması, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini kazandırmaz.

Somut olayda bir yılda onbir ay çalışan davacının 234 gün çalıştığı da göz önüne alındığında yapılan temizlik işi, süreye bağlı bir iş olmadığına göre çağrı usulü iş sözleşmesinin imzalanmasını gerektiren objektif esaslı bir neden de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilerek, buna göre karar verilmelidir.

DAVA: Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR:Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece savunmaya değer verilerek, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığı, davacının davalı işyerinde çağrı usulü temizlik görevlisi

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliğine...

olarak çalıştığı, bu tür işlerde sözleşmenin belirli süreli yapılmasını engelleyen bir yasa hükmü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren il işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."

Yine aynı yasanın çağrı üzerine çalışma biçimini düzenleyen 14. maddesine göre, " Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde işgörme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır. İşçiden işgörme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi işgörme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır."

Dosya içeriğine göre, davacı ile davalı arasında 05.07.2004 tarihinde 05.05.2005 tarihinde sona eren ve çağrı üzerine çalışma usulünü düzenleyen belirli süreli iş sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede, davacının temizlik elemanı olarak görev yapacağı belirtilmiştir. Davacı bu kapsamda sözleşmenin bitim tarihine kadar kayıtlara göre 234 gün çalışmıştır. Temizlik işi sürekli yapılması gereken bir iştir. Davacının çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gereğini ortadan kaldırmaz. Çağrı usulü çalışma şeklinde de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasını gerektiren koşullar aranmalıdır. Kaldı ki bir yılda, onbir ay çalışan davacının 234 gün çalıştığı da göz önüne alındığında yapılan temizlik işi süreye bağlı bir iş olmadığına göre, çağrı usulü iş sözleşmesinin imzalanmasını gerektiren objektif esaslı bir neden de bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece yazılı şekilde, iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu belirtilerek istemin reddine karar verilmesi hatalıdır.

Davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin süre bitimi nedeniyle feshettiğini bildirmiş, başka bir neden belirtmemiştir. İş sözleşmesi belirsiz

sürelî olduğuna göre, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca neden belirtilerek feshedilmesi gerekirdi. Bu kurala uyulmadığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE,**

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE,**

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 39.40 YTL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama girdinin üzerinde bırakılmasına

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 400 YTL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine, kesin olarak 22.05.2006 tarihinde **OYBİRLİĞİ** ile karar verildi.

II- KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Karara konu olan olayda, davacı işçi ile işveren arasında 05.07.2004 tarihinde çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede, işçinin temizlik elemanı olarak çalışacağı ve sözleşmenin 05.06.2005 tarihinde sona ereceği belirtilmiştir. İşverenin, süre bitimi nedeni ile sözleşmeyi feshettiğini bildirdiği tarihe kadar işçi 234 gün çalışmıştır. Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Davalı işveren ise, işçinin çağrı üzerine çalışmaya dayalı belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını ve sözleşmenin sona ermesinin sebebinin sürenin dolması olduğunu ifade etmiştir.

Yerel mahkeme, savunmayı göz önünde tutarak, sözleşmenin belirli süreli olması itibarıyla sürenin sonunda başka bir neden ileri sürülmeksizin sona ereceğine; bu nedenle de davanın reddine karar vermiştir.

Yargıtay ise, taraflar arasında çağrı üzerine çalışmaya dayalı belirli süreli bir iş sözleşmesi imzalandığını, ancak temizlik işinin niteliğinden dolayı işçinin çağrı usulüne göre çalıştırılmasına ve sözleşmenin belirli süreli yapılmasına ilişkin objektif esaslı neden bulunmadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabul edilerek, İşK.18 gereğince sözleşmenin ancak geçerli nedene dayanmak suretiyle feshedilebileceğini; bu usule uyulmadığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir.

Maddi olaya ilişkin üzerinde durulması gereken hukuki müesseselere geçmeden önce, uyuşmazlığın temelindeki sorunları tespit etmemiz gerekir. Karardan anlaşıldığı üzere, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin türüne ilişkin bir belirsizlik söz konusudur. Her ne kadar çağrı üzerine çalışmaya dayalı belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı iddia edilse de, bunun geçerliliği için ilgili hükümlerin değerlendirilmesi, bunun sonucunda sözleşmenin türünün belirlenmesi ve nihayet iş güvencesi hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekir.

B) İş Kanunu, iş sözleşmesinin taraflarını sözleşmenin türünü belirleme konusunda önemli ölçüde serbest bırakmıştır. Gerçekten taraflar, Kanun hükümleri ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde sözleşme yapabilirler (İşK.9). Teknolojik gelişmeler, ekonomik durgunluk ve krizler, farklı yönetim anlayışları, küreselleşme olgusu, rekabet düşüncesi, yeni istihdam modellerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹. Bunlar arasında en yaygın olanı kısmi süreli çalışmadır. Özellikle tam süreli iş imkanının yaratılmadığı durumlarda, işsizliğe bir çözüm olarak düşünülmüştür.

Çalışma hayatında yaygın olarak rastlanılan kısmi süreli çalışmalar, 1475 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamış olmasına rağmen, bu nitelikte bir

¹ Öner EYRENCİ, İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliği, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.1; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 2.B., İstanbul 2005, s.216,217; Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 2.B., Ankara 2005, s.285; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 20.B., İstanbul 2007, s.93,94; Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul 2006, s.74; Arif YAVUZ, Esnek Çalışma ve Endüstri İlişkilerine Etkisi, Kamu-İş, Ankara 1995, s.37; Kadir ARICI, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara 1992, s.76; Ali Rıza OKUR, Uluslar arası Boyutlarıyla Türkiye'de Kısmi Süreli Çalışma ve Geleceği, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleri İle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.120; Ahmet ÖZKARA, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma, Ankara 1993, s.11; Emin ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm, İÜHFİM, S.1-2, s.449,466.

sözleşmenin yapılmasını engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktaydı. Bu boşluk, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 15.12.1997 tarih ve 97/81 sayılı Yönerge ile uygulama alanı bulan “ Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması” na uygun, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde yer alan düzenleme ile doldurulmuştur². Buna göre, “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.”³

Kısmi süreli çalışma, ihtiyaçlar ve uygulamalarla çeşitlenmiş, farklı türleri ortaya çıkmıştır. Bunlar, kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarını taşımakla beraber, her çalışma türünün kendine has, ayırt edici özellikleri bulunmaktadır⁴. Nitekim, kısmi çalışmada, tam süreli çalışmaya göre daha kısa olan çalışma süreleri farklı biçimlerde düzenlenebilir. Buna göre, çalışma sürelerinin belirli bir zaman dilimi içinde dağılımı ve belirlenmesine göre ikiye ayrılır. Klasik nitelikteki kısmi çalışmada, çalışma süresinin miktarı, işin görülmesinin zamanı, önceden kesin olarak bellidir. Çalışma süresinin belli bir zaman diliminde birbirinden farklı veya eşit şekilde günlük veya haftalık çalışma sürelerine bölünmesi, bu niteliği etkilemez. Önemli olan, çalışma

² Anlaşmanın amacı, kısmi süreli çalışan işçiler aleyhine ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve kısmi zamanlı çalışmanın geliştirilmesine ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışma sürelerinin esnek bir şekilde düzenlenmesine katkıda bulunmaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk KOCABIYIK, 4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Temmuz 2005, s.126,127; Sarper SÜZEK, İş Akdinin Türleri, Mercek, 2001, Y.6, S.22, s.17-36; Tijen ERDUT, İş Süresinin Yeniden Düzenlenmesi, Çimento İşveren, Eylül 1992, C.6, S.5, s.13-24; Aynı Yazar, Yeni Teknolojilerin İş İlişkilerinin Yapısı Üzerindeki Etkisi, Çimento İşveren, Eylül 1997, C.11, S.5, s.13-28; Münir EKONOMİ, Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, İstanbul 1982, s.182

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tankut CENTEL, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.36; A.Murat DEMİRCİOĞLU/Murat ENGİN, Dünyada ve Türkiye’de Esnek Çalışma, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2002-52, İstanbul 2002, s.13,14; Tijen ERDUT, Esneklik ve İş Süresi, Esneklik Özel Sayı, Mercek, Temmuz 1999, s.102-112; Tuncay GÜLOĞLU/Melih SERTKAN, Yeni Teknolojilerin Çalışma İlişkilerine Etkileri, Kamu-İş, Prof.Dr.Kamil Turan’a Armağan, C.17, S.2, 2003, s. 291-305; MOLLAMAHNUTOĞLU, s.265.

⁴ Ahmet ÖZKARA, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma, Ankara 1993, s.19; ARICI, s.76; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.265, SÜZEK, s.222.

Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliğine...

zamanı ve süresinin iş sözleşmesi yapılırken kararlaştırılmış olup olmadığıdır. Genel olarak, “yarım gün çalışma” ve “kısmi vardiya çalışması” olarak kabul edilmektedir⁵. Esnek kısmi çalışmada ise, iş görmenin zamanını ve konumunu belirleme yetkisi taraflardan birine bırakılmıştır. Yani, çalışma saatlerinin sayısı ve zaman içindeki konumu, başlangıçta değil, daha sonra belirlenmektedir⁶. İşçi, işyerinde uygulanan normal çalışma süresinden daha kısa çalışır, çalışma sürelerinin belirlenmesi işyerinin özellik ve ihtiyaçlarına göre esneklik gösterir. Esnek çalışmayı konu edinen kısmi süreli iş sözleşmeleri, iş paylaşımı, çağrı üzerine çalışma ve kayan iş süresine göre çalışma olarak kabul edilmektedir. İş Kanunu’nun 63. maddesi, hem klasik hem de esnek kısmi çalışmaya imkan sağlamaktadır.

Karara konu olan olayda adı geçen çağrı üzerine çalışma, İş Kanunu’nun 14. maddesi ile ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir.” Bu iş sözleşmesi türünde işçinin çalışacağı süre ve çalışma zamanı işveren tarafından belirlenir ve işveren çağırıldığında iş görülür. Çağrı üzerine çalışma yöntemi, genellikle otel, lokanta ve eğlence ile gazetecilik gibi işkollarında uygulanmaktadır; ancak işin niteliğine göre aniden veya periyodik zamanlarda ortaya çıkan işgücü ihtiyacını gidermek amacıyla da her türlü işyerinde uygulanması mümkündür. Bu konuda kanunda herhangi bir kriterden veya sınırlamadan bahsedilmemektedir. Yargıtay ise kararda, “... temizlik işi süreye bağlı bir iş olmadığına göre, çağrı usulü iş sözleşmesi imzalanmasını gerektiren objektif esaslı bir neden de bulunmamaktadır” görüşüne yer vermektedir. Çağrı üzerine çalışmanın düzenlendiği 14. madde hükmü değerlendirildiğinde, bu konudaki tek şartın sadece işçinin göreceği işe ihtiyaç duyulması halinde sözleşmeden doğan işgörüme ediminin yerine getirileceği üzerinde tarafların yazılı olarak anlaşmaları olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin ayrıca bir objektif esaslı nedenin varlığı aranmamaktadır. Olayda yapılan işin temizlik işi olması, tarafların bu konuda yazılı olarak

⁵ Bu tür kısmi çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri, çalışma yaşamında eskiden beri uygulanageldiği için geleneksel kısmi süreli iş sözleşmeleri olarak da tanımlanmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa ÖZCAN, Alternatif Çalışma Yöntemlerinin Türk İş Hukukuna Uygulanması Sonucu Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Ankara 1997, s.44,45; Ali Nazım SÖZER, Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.4, İstanbul 2000, s.71; SÜZEK, s.222; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.265,266; CENTEL, s.37.

⁶ SÖZER, s.71; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.266; CENTEL, s.37.

anlaşmak suretiyle çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesi yapabilmelerine engel değildir. Gerçekten, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflar, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla işin veya işyerinin gereklerine göre, ihtiyaçlarına uygun türde iş sözleşmesi yapabilirler. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir uygulamasıdır⁷. Daha önce de belirtildiği gibi, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, iş hukukunda belirli alanlarda esnekleşmelere yol açmış; bu düşünce çalışma saatlerini belirleme yetkisinin işverene bırakıldığı çağrı üzerine çalışma şeklinde esnek kısmi süreli iş sözleşmelerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Böylece taraflar, önceden belirli bir süre (hafta, ay, yıl) içinde işçinin toplam ne kadar süre çalışacağını belirlerler ve işveren belirli bir süre önce bildirmek suretiyle işçiyi istediği zaman işe çağırır. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, bu tür çalışma iki şekilde uygulama alanı bulur. Birincisinde, esas alınan belirli bir zaman diliminde işçinin toplam ne kadar süre çalışacağı önceden belirlenir; işveren bu süreyle sınırlı kalmak kaydıyla ihtiyaç duyduğunda işçiyi çağırarak çalıştırır. İkincisinde ise, esas alınan zaman diliminde ihtiyaç halinde işçiyi ne kadar süre ile çalıştıracağını belirleme yetkisi işverene tanınarak, işveren ihtiyaç duyduğunda işçiye çağrıda bulunmak suretiyle gerekli olduğu kadar çalıştırır⁸. Çağrı üzerine çalışma, bu yönü itibarıyla, klasik kısmi süreli iş sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla, somut olay bakımından temizlik işinin nitelik itibarıyla, çağrı üzerine çalışmaya konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Yargıtay'ın ifade ettiği "objektif esaslı neden" kavramına kanunda yer verilmemiş olmasına rağmen, gerçekten bu konuda bir kritere ihtiyaç vardır. Nitekim, kural olarak İşK.13'e uygun olarak klasik kısmi süreli iş sözleşmesi yapılabilecekken, gerek olmadığı halde esnek çalışmayı konu edinen kısmi süreli iş sözleşmesinin yapılmaması gerekir. Örneğin, temizlik işi, genellikle sürekli yapılması gereken bir iştir, elbette ki bu işte çalışacak işçilerle kısmi süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi mümkündür. Ancak, belirli zamanlarda iş alan

⁷ Çağrı üzerine çalışma hakkında bkz. Devrim ULUCAN, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s.64,65; A.Can TUNCAY, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s.136 vd.; Öner EYRENCİ, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, Ocak-Mart 2004, s.28-29; Münir EKONOMİ, Türk Endüstri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler, Kamu-İş, Temmuz 1988, s.19; SÜZEK, s.223 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.267 vd.; ARICI, s.77,78; CENTEL, s.35-37; ÇELİK, s.97.

⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.268; CENTEL, s.41; ARICI, s.77; SÜZEK, 222; EYRENCİ, s.32; DEMİRCİOĞLU/ENGİN, S.56,57; ÇELİK, s.97,98.

Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliğine...

ve bundan dolayı farklı zamanlarda temizlik işine ihtiyaç duyulan işyerlerinde çağrıldıkça işgörme ediminin yerine getirileceği esasına dayalı çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi yapılması işin niteliğine daha uygundur. Bu anlamda, işçinin korunması düşüncesi ile, her somut olay açısından, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin varlığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Çalışma sürelerinin ve zamanının kesin olarak belirlenebildiği çalışmalarda, kısmi/tam süreli iş sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmeli; bunun başlangıçta değil daha sonra ihtiyaca göre işveren tarafından belirlenip, işçinin çağrılmak suretiyle işin gördürüleceği durumlarda çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Çağrı üzerine çalışmada, çağrıya hazır şekilde beklemek temel özelliktir. Çağrıya hazır beklemek ise, işe hazır beklemek kavramından farklıdır. İşe hazır olarak beklenen işlerde iş, sürekli nitelik arz etmez. Yani zamanı ve kapsamı önceden bilinmeyen bu işlerde işçiler, aniden ortaya çıkacak iş için iş görmeye hazır şekilde beklemektedirler. Gerçekten, İşK.63/1,c'de, "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" in günlük çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiştir. Burada, iş niteliğinden dolayı sürekli olarak yapılamamakta; ancak işçi her an işe hazır beklemektedir. Çağrı üzerine çalışmada ise, iş görmeye hazır şekilde bekleme özelliği yoktur; işveren tarafından yapılacak çağrıya hazır beklemek söz konusudur. İşçi çağrılmadığı zamanlarda, yapacağı işe dair bir ihtiyaç ortaya çıksa dahi çalışmak zorunda değildir.⁹

Çağrıya hazır şekilde beklemek, İşK.14/3'de düzenlenmiştir. Buna göre, "İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır.". Çağrı üzerine çalışmada asıl olan, tarafların yaptıkları anlaşma gereğince, işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde işveren tarafından yapılacak çağrıya hazır olarak beklemesidir. Şunu da belirtmek gerekir ki, çağrı üzerine çalışan işçinin çağrıdan önce çalışmayarak geçirdiği süreler, çalışma süresinden sayılmaz. Zira,

⁹ Polat SOYER, Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, s.3-30; SÜZEK'e göre, "Çağrı üzerine çalışmalar, işverenin ihtiyacı olduğu zaman yapıldığından ve işçi çağrıya hazır bir şekilde beklediğinden işverenin çağrı yetkisini diğer deyimle işçiden işgörme borcunun yerine getirilmesini isteme hakkını kötüye kullanmasını önlemek gerekir." SÜZEK, s.222.

bu çalışma türünün özelliği, çağrıldıkça çalışmak ve kural olarak sadece çalışmanın karşılığı olan ücreti almaktır. Değerlendirdiğimiz Yargıtay kararında ise, "... Davacının çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gereğini ortadan kaldırmaz." ifadesine yer vermektedir. Olayda, taraflar arasında anlaşmak suretiyle yapılmış çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi vardır. Yani işçi, yerine getireceği temizlik işine ihtiyaç duyulduğunda, işveren tarafından yapılacak çağrıya hazır şekilde beklemek ve çağrı üzerine çalışmak zorundadır. Burada üzerinde durulması gereken, işin niteliğinin sürekli olup olmaması değildir. Nitekim, somut olayda işyerinde temizlik işinin sürekli yerine getirilmesi gerektiği hususu açık değildir.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin geçerliliği konusunda, işin niteliğinin sürekli olmasından dolayı objektif esaslı nedenin bulunmadığını ileri sürmesi yerinde değildir. Karara konu olan olay açısından yapılan temizlik işi, işyerinde yapılan işin niteliğinden dolayı sürekli olmamakla beraber, başlangıçta değil, sonradan ihtiyaç duyulması halinde işveren tarafından çağrılmak suretiyle yerine getiriliyorsa, taraflar arasındaki sözleşme çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesidir. Ancak gerçekten sürekli yapıyorsa ve işveren istediği kadar bu işte çalıştırıyorsa, çalışma süresine göre, tam veya kısmi süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir.

C) Yargıtay kararında, işçi ile işveren arasındaki çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinin 05.07.2004 tarihinde imzalanıp, 05.06.2005 tarihinde sona erdiği; işçinin bu sürede 234 gün çalıştığı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada dikkat edilmesi gereken, işçinin yaptığı çalışmanın, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az olmamasından dolayı çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli olarak kabul edilip edilemeyeceği hususudur. Yargıtay, çalışma süresinin uzunluğundan dolayı, çağrı üzerine sözleşme olamayacağı görüşünü ileri sürmüştür.

Çağrı üzerine çalışmanın, kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir uygulaması olarak kabul edildiğini daha önce açıklamıştık. 4857 sayılı İş Kanunu da, bu çalışma modeli ile kısmi süreli iş sözleşmesi arasında, açıkça ifade etmek suretiyle bağlantı kurmuştur. Ayrıca, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri hakkında, "kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi" başlıklı 13. maddede kabul edilen ilkelerin uygulanacağı madde gerekçesinde de belirtilmiştir¹⁰. Bu durumda kanunkoyucunun tercihi, yıllık ücretli izin, hafta tatili, genel tatil, fazla çalışma, ihbar ve kıdem tazminatının hesaplanması gibi

¹⁰ 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikası Konfederasyonu, Ankara 2003, s.114,115.

hususlarda, ilke olarak kısmi süreli çalışmaya ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanması yönünde ortaya çıkmaktadır¹¹.

Kural olarak, çağrı üzerine çalışmada, işçinin ay veya yıl gibi zaman dilimi içerisinde ne kadar çalışacağını taraflar iş sözleşmesine koyacakları hüküm ile belirler. Bunu belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Yani yirmi saatlik süre, asgari bir süre değildir ve ancak taraflar iş sözleşmesi ile kararlaştırmadıkları zaman geçerlilik kazanır. Bu nedenle taraflar çalışma süresini haftalık yirmi saatin altında veya üstünde kararlaştırabilirler. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (İŞK.14/2). Ancak, çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir türü olması itibarıyla, İŞK.md.13'deki çalışma süresine ilişkin sınırlamaya uyulup uyulmayacağı hususu tartışmalıdır.

SÜZEK'e göre, "... kısmi süreli iş akitlerinin özel bir türü olduğundan yasanın gerekçesinde de açıklandığı gibi kısmi süreli sözleşmelere uygulanacak kurallar çağrı üzerine çalışmalarda da uygulama alanı bulacaktır."¹²

MOLLAMAHMUTOĞLU'na göre ise, esnek çalışmayı konu edinen çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri, orijinal çalışma türleri olarak kabul edilmeli ve genel rejimden ayrık incelenmelidir¹³.

Kanaatimizce, çağrı üzerine çalışma, esnek çalışmayı konu edinen kısmi süreli iş sözleşmesi olması itibarıyla, klasik nitelik taşıyan kısmi süreli iş sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Uygulamada ortaya çıkan esnekleşme gereği olarak böyle bir ayrıma gidilmesi sebebiyle, çağrı üzerine çalışma konusunda, İŞK.md.13'daki sınırlamalara tabi olmak uygun değildir. Dolayısıyla, belirli konularda genel düzenlemeden ayrılmak suretiyle, İŞK.md.14'deki düzenlemeye aykırı olmamak şartıyla çağrı üzerine çalışmanın varlığını kabul etmeliyiz.

D) Yargıtay kararında üzerinde durulması gereken konulardan biri de, mahkeme tarafından belirli süreli kabul edilen iş sözleşmesinin, Yargıtay tarafından belirsiz süreli kabul edilmesi hususudur. Buna ilişkin olarak, "... çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gereğini ortadan kaldırmaz. Bir başka anlatımla, çağrı usulü çalışma kısmi süreli bir iş sözleşmesi olup, işin kısmi süreli olması, belirli süreli iş sözleşmesi niteliği kazandırmaz." ifadesine yer verilmiştir.

¹¹ ÇELİK'e göre, "Eski İş Kanunu döneminde, yasal bir düzenlemeye dayanmamakla birlikte, bu çalışma Yargıtay'ca da kısmi süreli çalışma olarak nitelenmiştir.", ÇELİK, s.97; SÜZEK, s.223.

¹² SÜZEK, s.223.

¹³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.265.

İş sözleşmesinin tarafları, yaptıkları iş sözleşmesinin belirli bir süre için hüküm ifade edeceğini açık veya örtülü olarak hüküm ifade edeceğini kararlaştırmışlarsa, bu iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme, belirsiz süreli iş sözleşmesidir (İşK.md.11/1). İş sözleşmeleri kural olarak, belirsiz sürelidir. İş Kanunu, “iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır” (İşK.11) hükmü ile bu hususu açıkça düzenlemiştir¹⁴.

İş Kanunu'na göre, tarafların iş sözleşmesine sadece süre veya bitiş tarihi koymak suretiyle bir iş sözleşmesini belirli süreli olarak yapabilmeleri mümkün değildir. Belirli süreli iş sözleşmesi, ancak belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılabilir (İşK.11/1). Hükümde bu sebepler, örnek olarak sayılmıştır. Bulardan başka objektif nedenler ile de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif nedenler olmadan yapılan iş sözleşmesini belirsiz süreli kabul etmek gerekir.

Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının önemi, İş Kanunu'nun özellikle işçiyi koruyucu hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkar. Örneğin, belirsiz süreli iş sözleşmeleri şekle tabi değilken, belirli süreli olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Yine belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin dolması halinde, kıdem tazminatı ödenmez. İş güvencesine ilişkin hükümler, belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında uygulanmaz.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil ALPAGUT, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s.7,8; Devrim ULUCAN, Belirli Süreli Hizmet Akitinin Sona Ermesi, Türk-İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, Derleyen:M.REHBINDER/M.EKONOMİ, İstanbul 1979, s.5,6; Süleyman BAŞTERZİ, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesince Yayınlanan 30. Yıl Armağanı, İstanbul 2006, s.126; Mikdat GÜLER, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Legal İHD, 2005, S.5, s.28,29; Savaş TAŞKENT, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İHD, 2006, S.6, s.33,34; Münir EKONOMİ, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I)-Kavram Süre ve Yenileme-, Legal İHD, 2006, S.9, s.15-39; Haluk Hadi SÜMER, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Hukuki Sonuçları, Tühis, C.12, S.8, Şubat 1992, s.4; ÇELİK, s.85 vd.; ULUCAN, İş Sözleşmesi Türleri, s.46; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.61,62; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.244 vd.; SÜZEK, s.199 vd.

İş sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi kanun hükümleri ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla ihtiyaçlarına uygun olarak belirli veya belirsiz süreli yapabilirler. Çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri de, aynı şartlarla belirli veya belirsiz süreli yapılabilir¹⁵. İş Kanunu'nun 14/2'de yer alan "Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır" hükmünde belirlenecek olan işçinin belirli bir zaman dilimi içinde toplam ne kadar süre çalışacağıdır; sözleşmenin süresine ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Kural olarak, maddede sözleşmenin süresinin belirlenmesi değil, işçinin ne kadar çalışacağını kararlaştırılması üzerinde durulmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin süresine ilişkin ilgili hükümden kaynaklanan özel sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmediği için, taraflar İşK.11'deki şartların gerçekleşmesi halinde belirli süreli iş sözleşmesi, aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çağrı üzerine çalışmayı kararlaştırabilirler.

Karara konu olan olay bakımından değerlendirdiğimiz zaman, işçinin çağrıldığı zaman görmekle yükümlü olduğu iş bakımından, sözleşmenin süresinin belirli olması konusunda objektif esaslı nedenin varlığını araştırmalıyız. Örneğin, doğum iznini kullanan bir işçi yerine veya fuar süresince ya da mevsimlik veya kampanya işlerinde çalıştırılması söz konusu ise, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir¹⁶. Ancak bunun gibi objektif bir neden olmadığı halde, sırf çağrı üzerine çalışma olması sebebiyle belirli süreli iş sözleşmesi kabul etmek kanuna aykırıdır.

Kanaatimizce, sözleşmenin çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi olup olmadığı ayrı değerlendirilmeli; yine belirli süreli iş sözleşmesi olup olmadığı hususu ayrı değerlendirilmelidir. Şayet, İşK.11/1'de belirtilen objektif neden şartı gerçekleşmişse belirli; aksi halde belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir¹⁷. Yargıtay, bazı kararlarında, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesini, işçinin gördüğü işin nitelikli olup olmamasına bağlamaktadır¹⁸.

¹⁵ SÜZEK, s.219; ÇELİK, s.95.

¹⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.63-65.

¹⁷ ÇELİK, s.97; EYRENCİ, s.4; TUNCAY, s.27.

¹⁸ Yargıtay'a göre, niteliksiz bir iş için belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi ihtiyacı söz konusu olmadığından böyle bir sözleşme geçerli sayılamaz ve sözleşmenin bitimi tarihinde işçinin çalıştırılmamış olması kıdem tazminatı ödenmesini gerektirir, Y9HD., 23.6.1999, 10538/11343, TÜHİS, Ağustos 1999, s.57,58; temizlik işlerine ilişkin iş sözleşmeleri belirsiz süreli sayılmalıdır, Y9HD., 18.2.2004, 12750/2701, Cevdet İlhan GÜNAY, İş Kanunu Şerhi, s.353; Y9HD., 12.3.2007, 20114/6285, Çalışma ve Toplum, 2007, S.3, s.194-196, Y9HD., 16.10.2006, 5882/27048, Legal İHD, 2007, S.13, s.307,308;

Ancak, sözleşmenin belirli süreli yapılabilmesi için önemli olan, işin nitelikli veya niteliksiz olması değil; işin niteliği gereği belirli süreli olmasıdır. Dolayısıyla objektif nedenin varlığı araştırılırken, yapılan işin nitelikli olmasına değil, işin niteliğinden kaynaklanan nedene bakılmalıdır¹⁹.

III- SONUÇ

Ekonomik ve teknolojik gelişmeler, iş hukukunda belirli alanlarda esnekleşmelere yol açmış, bunun sonucunda kısmi süreli iş sözleşmelerinin özel bir uygulaması olan çağrı üzerine çalışma ortaya çıkmıştır. Klasik anlamda kısmi süreli iş sözleşmesinde, çalışma zamanı önceden kesin ve düzenli olarak belirlenmekte, işçi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az çalışmaktadır. Buna karşılık, esnekleşme düşüncesi ile ortaya çıkan çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları önceden belirli bir süre içinde işçinin toplam ne kadar süre çalışacağı belirlenmekte ve işverene belirli bir süre önce bildirmek suretiyle işçiyi istediği zaman işe çağırma imkanı tanınmaktadır.

Karara ilişkin olarak yaptığımız değerlendirme, sonuç olarak çağrı üzerine çalışmanın, kısmi süreli iş sözleşmesi olmasına rağmen, bazı konularda ayrık tutulması gerektiği yönündedir. Nitekim, İş K.14/2’de ifade edilen süre, belirli bir zaman dilimi içinde işçinin toplam ne kadar süre çalışacağına ilişkindir; yoksa sözleşmenin süresine ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Bu itibarla, kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde belirli süreli; bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde ise belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Yine işin niteliğinin süreklilik arz etmesi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi yapılmasına engel değildir. Önemli olan somut olay bakımından, bu işe önceden kesin ve düzenli olmayan zamanlarda ihtiyaç duyulması halinde işveren tarafından işçinin çağrılmak suretiyle işgörmeye ediminin yerine getirilmesidir. Bu durumda, çalışma zamanına ilişkin önceden bilinebilirlik unsuru söz konusu olamadığı için, işçinin çağrılmak suretiyle çalıştığı süreler konusunda, kısmi süreli iş sözleşmesi açısından geçerli olan “emsal işçiye oranla daha az çalışma” şartı da gerçekleşmeyebilir. Çağrı üzerine çalışma özel bir düzenlemedir; dolayısıyla belirli konularda alt türü olduğu kısmi süreli iş sözleşmelerinden ayrı düşünülmesi gerekir.

Y9HD., 9.5.2002, 20847/7404, Mikdat GÜLER’in İncelemesi, İHSGHD., Nisan-Haziran 2004, s.545,559.

¹⁹ Talat CANBOLAT, Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İHD, 2007, S.13, s.187-219; TAŞKENT/EYRENCİ/ULUCAN, s.64,65; ÇELİK, s.91; SÜZEK, s.20; TAŞKENT, s.38-39.

Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliğine...

Karara konu olan somut olayın özellikleri ayrıntılı bir şekilde incelenmeli; gerçekten yapılan işe sürekli olarak ihtiyaç duyuluyorsa, çağrı üzerine çalışma olmadığı kabul edilmelidir. Bu konuda, Yargıtay'ın getirdiği objektif neden kriterine katılmıyoruz. Ancak, sözleşmenin bir süreye bağlı olarak yapılması konusunda objektif neden bulunmadığı için, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü ile İşK.18'deki iş güvencesi hükümlerine uyulmadan feshedildiği için, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesi yerindedir.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde hazırlanmış **bir disket/cd.si** ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

3. **Metin yazıları** Times New Roman karakteri ile **10,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğeri tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

4. **Dipnotlar,** Times New Roman yazı karakteri, **10** punto, **Tek** satır aralığı, **0,7 asılı,** paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

5. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adeti geçmemek üzere **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Dergiyle ilgili tüm bilgilere **<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>** internet adresinden ulaşabilirsiniz.