



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 79 Sayı: 2021/2 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz
Gönder **4306** ‘ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL’lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Özlem GÜRSOY

Basım Tarihi | Printing Date

2021

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2021 | Presidency of Ankara Bar Association, 2021
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | **Articles published in this review reflect**
yazarlarına aittir. | **the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Bülent DAĞSALI

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Doç. Dr. Cenker GÖKER

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Uğur DOĞUŞ

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Bülent DAĞSALI

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Cenker GÖKER

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Uğur DOĞUŞ

Genel Sekreter | Secretary

Av. Semra CİVAN

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇİMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN

Av. Serkan Can SARIGÜL

Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV
Av. Muhammed Hüseyin BÜYÜKKAYA

Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI
Av. Ayşegül KARAGÖZ

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŐTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Őükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOğLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOğLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OğUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOğLU BILęİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra–İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEK, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERÖĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKİOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŞAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENÇİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAÇ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŞ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	Iğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜMİT ATILGAN, Eylem	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkıs	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosus.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;
Av. "Adı SOYADI"
<https://orcid.org/0000-0001-0002-0003>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. **ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.** Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en az beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK–ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkan'ın Mesajı | President's MessagesXXI
Av. R. Erinç SAĞKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Hukuka Aykırı Delillerin Disiplin Soruşturmasında
Kullanılması Sorunu..... 1
Dr. Bahattin ARAS

Egemenliğin Mali Yönü Olarak Farklı Açılardan
Vergilendirme Yetkisi..... 43
Av. Dr. Ebubekir BAŞEL

Kollektif Başkanlık Teorisine Göre Yüksek Sovyet:
İcra Kurulu Olarak Yüksek Sovyet Presidyumu ve
Hükümet Organı Olarak Bakanlar Sovyeti 81
Av. Dr. Davut ÖZYURT
Arş. Gör. Dr. Abdulkadir SAKA

Vicdani Ret ve Halkı Askerlikten Soğutma Suçu 117
Arş. Gör. Gökçe SERİM

Adi Ortaklıklarda Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Durumunda
Haklı Sebepçe Çıkarma Yapılıp Yapılmayacağı Meselesi..... 171
Av. Dr. Sarp ŞAHANKAYA

Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale,
Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı 193
Av. Dr. Recep DOĞAN

Covid-19 Döneminde Kamu Sağlığının Korunması İçin Alınan
Tedbirlerin Yaşam Hakkı ve Eşitsizlikler Üzerindeki Etkileri..... 239
Arş. Gör. Emre ŞİMŞEK

MAKALELER (ARTICLES)

Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme ile Siyasal Parti
Özdeşleşmesine Giden Uygulamalar ve Sonuçları 271

Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

Yayımlı Sözleşmesi..... 323

Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK

Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Doğan
Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı 347

Av. Talih UYAR

KARAR İNCELEMESİ (REVIEW OF JUDGMENT)

Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sigorta Ettirenin
Halefi Sıfatıyla Açacağı Davada Zaman Aşımı 379

İcra Müdür Yardımcısı Melisa GÜLHAN

BAŞKAN'IN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Kıymetli Meslektaşlarım,

Dünya Sağlık Örgütü tarafından COVID-19 salgınının “Pandemi” olarak ilan edildiği ve Türkiye’de de Sağlık Bakanlığı tarafından ilk vakanın açıklandığı 11 Mart 2020 tarihinden günümüze kadar uzanan trajik süreci hep birlikte yaşadık. Sevdiklerimize istediğimiz gibi sarılmaktan, maske-siz geçen bir adliye gününe kadar gündelik hayatın akışında görmezden geldiğimiz pek çok ayrıntının kıymetini anladık.

Bizler, içine girdiğimiz normalleşme döneminde değerini bilemediğimiz sıradanlığın huzurunu idrak ederken; yaşamak ve yaşatmak için hayatını ortaya koyan tüm sağlık çalışanlarına bu vesile ile bir kez daha teşekkür ederim.

Kaybettiklerimizse, sonsuza kadar yüreklerimizdedir.

Adalet sistemimizin, mesleğimizin ve meslektaşlarımızın çok uzun zamandır içine çekildiği yapısal sorunlara eklenen pandemi koşulları, ivedilikle atılması gereken adımları bir kez daha gözler önüne sermiştir.

Görülmektedir ki; avukatlar, salgın riskinin en yüksek olduğu alanlarda mesleklerini icra etmekte, salgın döneminde hayatlarını sadece haciz mahallerinde değil sıradan adliye koridorlarında tehlikeye atmak zorunda kalmakta, küresel salgın gibi kriz anlarında bir devlet politikası olarak yalnız bırakılmaktadır. Ankara’da çok uzun zamandır yaşanan parçalanmış adliye sorununa çözüm bulunması beklenirken yeni bir ek hizmet binasının daha hayata geçirilerek adalete erişim hakkının yok sayılması, savunma makamına ve o makamın temsilcisi olan avukatlara bakış açısını ortaya koymakta ve ek hizmet binalarına ödenen kiralar ciddi bir kamu zararını da yanında getirmektedir. Oysa adalet dediğimiz şey; savaşta, kıtlıkta, afette, felakette ve şimdi de salgında hava kadar, su kadar hayatidir.

Küresel bir trajedi döneminde binbir emekle yayımlanan bu sayımız da tıpkı Mart 2020 tarihinden itibaren çıkardığımız tüm sayılar gibi yaşamsal bir direniş içermektedir. Zira devam eden hayat, bizlere bilimden başka kurtuluşun olmadığını bir kez daha göstermiştir. Elinizde tutmuş olduğunuz bu dergi de bilime katkıda bulunan kıymetli yazarlarımızın emekleriyle somutlaştırılmıştır. Bu dergide yer alan hakemli makalelerde;

- Her türlü soruşturma yetkisine sahip idarenin hukuka uygun delillere ulaşıp sonuca gitmesi gerektiği düşüncesinin kamu idaresince kabul edilmesi gerektiği ortaya konulmakta;

- Siyaset kuramlarına, devlet biçimlerine ve siyasi rejimlere göre vergilendirme yetkisi incelenmekte;
- Rusya Federasyonu'nun mevcut başkanlık modelinin gelişim evresi olarak ifade edilebilecek olan kolektif başkanlık modelinin anayasal kuvvetlerinin izah edilmesi amaçlanmakta;
- Batı'yı yakalamayı kendisine düstur edinmiş Türkiye için her zaman hem toplum hem de devlet gözünde en büyük tabulardan biri olan vicdani ret ve mütemmim cüzü halkı askerlikten soğutma suçu felsefesiyle birlikte ele alınmakta;
- Adi ortaklıklarda, ortak özelinde haklı sebep gerçekleştiğinde çıkarma yapıp yapılmayacağı ve hangi usulün benimsenmesi gerektiği üzerinde durulmakta;
- İnsan hakları çerçevesinde açlık grevinin hukuki niteliği tartışılmakta, ceza ve infaz kurumlarında açlık grevine müdahale edilmesi AİHM kararları ışığında incelenmekte;
- COVID-19 salgını çerçevesinde alınan ve alınmayan tedbirlerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı üzerindeki etkileri ile başvurulmuş bu tedbirlerin, farklı gruplar arasındaki eşitsizlikleri hangi açılardan etkilediğine ve hukuk-politika ilişkisi açısından, getirilecek kısıtlamaların bilgi temelinde olması gerekliliği üzerine tartışmalara yer verilmektedir.

Her sayımızda yer verdiğimiz akademisyenlerin ve meslektaşlarımızın özverili çalışmalarının eseri olan hakemsiz makalelerde ise;

- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde yaygın ve yoğun bir şekilde kurumsallaştırılan yürütme ve idare ile iktidar partisi arasında "parti devleti" yönetim biçimini andıran uygulamanın, Anayasa'ya, demokratik hukuk devletine, hukukun üstünlüğü ilkelerine ve demokrasiye aykırılığı savı incelenmekte;
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yeni haliyle düzenlenen "Yayım Sözleşmesi" bütün yönleriyle ele alınmakta;
- "Avukatın Özen Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Doğan Hukuki Sorumluluğu Kapsamı" nda stajyer avukatlar ile mesleği icra eden bütün avukatlar için "özen yükümlülüğü" nün çerçevesi atıf yapılan mevzuat ve yargı kararları ışığında net bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Ayrıca, Dergimizde sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhinde ve sigorta ettirenin halefi sıfatıyla açacağı davanın zamanaşımı süresi konusunda T. C. Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından verilen karar günümüz mevzuatı çerçevesinde detaylı olarak incelenmektedir.

Dergimizin yayıma hazırlanmasında emeği geçenlere ve bilim yolunda verdikleri emekle hepimize umut olan tüm yazarlarımıza teşekkür ediyorum.

Aydınlık günlerin bir an önce gelmesi umuduyla...

Av. R. Erinç SAĞKAN

Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Hukuka Aykırı Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması Sorunu

Dr. Bahattin **ARAS***

Makalenin Geliş Tarihi: 06.11.2020 **Kabul Tarihi:** 30.06.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.978708](https://doi.org/10.30915/abd.978708)

* Danışman/Freelance Editor. <https://orcid.org/0000-0002-3551-7363>

HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILMASI SORUNU

ÖZ

Ceza veya disiplin soruşturmasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ancak hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delillerle mümkündür. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekçesiyle de olsa hukuka aykırı delillere dayanılmaz. Burada Anayasa'dan ve evrensel hukuk ilkelerinden kaynağını alan mutlak bir yasak vardır. Dolayısıyla somut olayın özellikleri, kamu yararının gerektirmesi gibi soyut ve içeriği kötüye kullanılabilir, keyfi yorumlanabilecek gerekçelerle hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına istisna tanınması mümkün değildir. Ayrıca hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak devletin kendisi hukuka aykırı delil elde etmesi söz konusu olmadığı gibi herhangi bir şekilde elde edilmiş hukuka aykırı delilleri meşrulaştırma veya yargısal sürece dahil etmesi de mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler:

Hukuka Aykırı Delil

Disiplin Soruşturması

Delil

İspat

Yargılama

THE PROBLEM OF USING ILLEGAL EVIDENCES IN DISCIPLINARY INVESTIGATION

ABSTRACT

Revealing the material fact is only possible with the evidence obtained by lawful methods in the criminal or disciplinary investigation. Even if it is on the grounds of revealing the material fact, illegal evidence cannot be relied on. Because there is an absolute prohibition here that derives from the Constitution and universal law principles. Therefore, it is not possible to give an exception to the use of evidence obtained against the law in the disciplinary investigation where the characteristics of the concrete event, the reasons for the public interest that can be misused, abused and arbitrarily interpreted. In addition, as a requirement of the principle of the rule of law and the right to a fair trial, it is not possible for the state neither to obtain unlawful evidence nor to legitimate any unlawful evidence or involve them with the judicial process.

Keywords:

Illegal Evidence

Disciplinary Investigation

Evidence

Proof

Trial

GİRİŞ

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin soruşturmasında da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması temel amaçtır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından da Anayasa ve yasalar ile evrensel hukuk ilkelerinin belirlediği usule ve esasa ilişkin hükümlere riayet edilmesi gerekmektedir. Bu hükümler bir bütün olarak hukuka uygunluğun ve meşruluğun gerekçelerini oluşturmaktadırlar. Zira hukuki öngörülebilirlik, belirlilik ve kanunilik ilkelerinin bir gereği olarak soruşturma usulüne dair belirlenmiş olan hükümler keyfiliğin önündeki temel güvencelerdir.

Disiplin soruşturmaları bakımından usuli hükümler önemli olduğu kadar esasa ilişkin hususlar da önem arz etmektedir. Esas bakımından önemli olan konu ise iddiaların ispatı ve delillendirilmesidir. Bu noktada disiplin cezasının verilebilmesi için elde edilen delillerin maddi gerçeği ortaya çıkarmadaki gücü önemli olmakla birlikte, delillerin nasıl elde edildikleri yani elde edilme usulleri de önemlidir. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmayacağına ilişkin pozitif hukuk kuralları bulunduğundan ceza yargılamasında bu delillerin kullanılmayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak disiplin hukukunda, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin kullanılıp kullanılmayacağı hususunda açık bir pozitif hukuk kuralı bulunmadığından bahisle bu konuda uygulama, öğreti ve mahkeme kararlarında farklılıklar bulunmaktadır.^[1]

Disiplin cezası bir yargılama faaliyeti neticesinde verilmekten ziyade idari makamların gerçekleştirdiği idari tasarruflar neticesinde verilmektedir. Ancak idare, disiplin soruşturması ve disiplin cezası verme işlemi sırasında yargı benzeri bir faaliyet yürüttüğünden disiplin cezası verme işlemi sürecinde mümkün olduğu kadar yargılamaya hakim olan ilkelere uygun hareket etmek zorundadır. Adil yargılanma hakkı da disiplin hukukunda kabul edilmesi gereken ilkelere bir tanesi olduğundan hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kabul edilmesi, adil yargılanma hakkına zarar vereceğinden disiplin soruşturması sürecinde kullanılmaması gerektiği gibi bu tip delillerin kullanıldığı idari işlemin iptali için açılan davada anlaşılması halinde idari yargı merciinin bu nedenle disiplin işleminin hukuka aykırı olarak verildiğine karar vermesi gerekir.^[2]

[1] GÜNDÜZ, Fatma Ebru, “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.4, S. 2019/1, s.91

[2] GÜNDÜZ, s.108

hukuka aykırılığı konusu, insan haklarını koruma, delil elde etme ve kullanma bakımından belirlenen kriterler çerçevesinde ele alınmaktadır. Delil yasakları olarak da adlandırılan bu kriterlerin temel amacı aslında kolluğu disiplin altına sokmak ve temek hak ve hürriyetleri güvence altına almaktır^[7]. Dolayısıyla soruşturma sürecinde, kişinin aydınlatılması yükümlülüğünün ihlal edilmesi, aldatma, cebir, tehdit gibi yöntemlerle yasak sorgu ve ifade yöntemlerinin kullanılması, izinsiz veya mahkeme kararı olmaksızın iletişimin dinlenmesi, gizli görüntü ve ses kaydı alınması, bilgisayarlarının izinsiz ve yargı kararı olmaksızın aranması, kopyalanması veya el konulma suretiyle bilgi ve belge ele geçirilmesi veyahut iş yeri veya konutunun izinsiz aranması gibi yöntemlerle elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak kabul edilmektedir.^[8]

Bu bakımdan ceza yargılamasında hukuka uygun yöntemlerle delil elde edilmesi ve yargılamanın hukuka uygun elde edilmiş delillere dayandırılması hukuk devletinin temel ve vazgeçilmez ilkelerindedir. Devlet adına yargılama yapma ve delil toplamakla görevlendirilmiş olan yargılama makamları, hukuka uygun yöntemlerle elde edilme imkanı bulunan bir delili yasadışı yöntemlerle elde etme yoluna gidemez. Zira hukuka uygun elde edilmesi mümkün delil, hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinde yasak delil haline gelecektir. Dolayısıyla yasak delil haline gelmiş olan delilden hareketle elde edilecek yeni delillerin de ceza yargılamasında kullanılması mümkün değildir. Çünkü “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.” prensibi uyarınca hukuka aykırı elde edilmiş olan delillerin “hukuka/kanuna karşı hile kullanmak suretiyle” meşru/hukuki bir delil vasfı kazanması mümkün değildir.^[9]

Hukuk devletinin delillerin hukukiliği/yasallığı ilkesi olarak ifade edilebilecek bu ilkesi Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da açık-

Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2018, C.24, S.1, s.19

- [7] ŞAHİN, Cumhur, GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.35; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.691
- [8] CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2020, s. 265; ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, s. 417-418; FİŞ ÜSTÜN, s.19; GÖKPINAR, Mahmut, Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller, Disiplin Suçu Teorisi, İstanbul 2011, s.68
- [9] ÖZER/DOĞAN/BACAKSIZ, s.694-695

ça hükme bağlanmıştır. Anayasal düzenlemeye göre kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemeyecektir. Anayasal hükme paralel olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206/2-a maddesinde, kanuna aykırı elde edilmiş delilin reddedileceği; 217/2 maddesinde, yüklenen suçun hukuka uygun elde edilmiş her türlü delil ile ispat edilebileceği; 230/1-a maddesinde, reddedilen delillerin gösterilmesinden bahsedildikten sonra hukuka aykırı elde edilmiş delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği; 289/1 -i maddesinde ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delile dayanmasının, kesin hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olduğu için delillerin elde edilmesine ilişkin olarak da hukuka aykırılık kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuka aykırı elde edilmiş delillerdeki hukuka aykırılık ifadesinin, pozitif hukuk kurallarından daha geniş bir içeriğe sahip olduğunu ve tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılığı da içerdiğini; bu anlamıyla “hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin”, “yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller” kavramından yani “yasadışıllıktan” da geniş bir içeriğe sahip olduğunu belirtmiştir.

B-) HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ

Yukarıda da izah edildiği üzere hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin yargılamada kullanılması yasaktır. Bu noktada yasak deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin durumu gündeme gelmektedir. Bu noktada yasak delillere ilişkin “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” ilkesinden hareketle sonuca gidilmesi gerekir. Buna göre zehirli ağacın meyvesi olan yasak delillerden hareketle elde edilecek “türev” deliller de zehirli/yasak olduğundan bunların kullanılması mümkün değildir.^[10] Zira bu şekilde davranılmadığı takdirde temel hak ve hürriyetlere hukuksuz bir şekilde müdahale yolu açılacaktır. Bu aslında Anayasa ve kanunlara karşı hile kullanmak suretiyle temel mevzuat hükümlerinin ve belirlenen esasların bertaraf edilmesidir. Şöyle ki, kişi hakkında iletişimin denetlenmesi kararı alınmadan aylarca yapılacak dinlemelerden elde edilen verilerin bir harddisk, flash bellek ya da CD'ye kaydedilip daha sonra bu harddisk,

[10] ÖZTÜRK, s.417-418; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.35; ÖZER/DOĞAN/BACAKSIZ, s.694-695

flash bellek yada CD'ye ilişkin olarak CMK'nın 134. maddesi kapsamında karar alınmasının nasıl bir "yargısal hile olacağı" ve hukuken kabul edilebilirliğinin bulunmadığı ortadadır.

Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin emekli bir Yargıtay Daire Başkanı hakkında Yüce Divan sıfatıyla vermiş olduğu 2011/1 Esas, 2012/1 Karar ve 19.12.2012 Tarihli kararında özellikle ele alınmıştır. Mahkeme kararında "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz. Aksi halde başka bir hususa bakılmaksızın elde edilen kayıtlar hukuka aykırı olur, soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılamaz." şeklinde tespitini ortaya koyduktan ve hukuka aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınmasının mümkün olmadığını belirttiikten sonra yargılamada bu hukuka aykırı tedbirlerin uygulanmasında görev almış olan emniyet görevlilerinin tanık olarak dinlenmiş olmasının da "hukuka aykırı" delil kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve isnat edilen eyleme ilişkin delil değerlendirmesinin de ilgili tedbirlerden elde edilen deliller dışında kalan diğer deliller dikkate alınmak suretiyle yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

Yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'nın 38. maddesi gereğince hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin ceza soruşturma ve kovuşturmasında kullanılması mümkün değildir. Bu noktada öğretilerde ve uygulamada tartışılan bir başka konu da hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorunu olarak tanımlanan, hukuka aykırı bir delilden hareketle elde edilen delillerin yani türev delillerin nasıl bir işleme tabi tutulacağı hususudur. Kolluğu disiplin altına alma anlayışı çerçevesinde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi 1920 tarihli kararı ile söz konusu içtihadını geliştirip yalnızca hukuka aykırı elde edilmiş delilleri değil bunlardan hareketle elde edilen delillerin de hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir.^[11] Öğretilerde suç oluşturan eylemlerle elde edilen deliller bakımından uzak etkinin ve değerlendirme yaşağının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.^[12]

Bu bağlamda hukuk devletinde hukuksuzluk hiçbir gerekçeyle kabul

[11] AKYÜREK, Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S.101, s.72-73

[12] YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU. Aysel, Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul 2020, s.556; ÖZTÜRK, s.417-418

edilmemeli ve kişilere “hukuku dolanma” olanağı tanınmamalıdır. Hukuka aykırı deliller geçersizken bu delil kullanılarak elde edilecek delilin hukuka uygun sayılması kanunu dolanma ve kanuna karşı bir hile olacaktır. Aynı şekilde bu tarz bir yaklaşım “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” ilkesine aykırı olarak zehirli ağacın meyvesine meşruiyet kazandırma anlamına gelecektir. Dolayısıyla uzak etki bakımından da hukuka aykırı delillerden hareketle elde edilen delillerin de mutlak reddi gerekmektedir.^[13]

II-) DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN KULLANILMASI SORUNU

A-) DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

1-) Anayasa'nın 38/6. Maddesinin Disiplin Soruşturmasını da Kapsaması

Ceza hukukunun amacı kamu düzeni ve toplumu savunmak olmasına karşın, disiplin hukukunun amacı hizmetin iyi işlemesine yöneliktir.^[14] Genel kamu düzeni yerine, dar ve kısmi düzenleri konu alan disiplin hukuku, dar ve kısmi düzenlerin hizmetlerini yerine getirebilmesi ve sağlıklı işleyebilmesi için kişilerin görevlerini daha iyi yapması, daha verimli olması, kanunlara uyması, amirlerinin vermiş olduğu emirleri yerine getirmesi ve hizmetin aksamadan işlemesi bakımından bir kısım kural ve yaptırımlar öngörmektedir^[15]. İşte disiplin soruşturması, bozulduğu varsayılan kısmi idari düzenin yeniden tesis edilmesi için disiplin suçuna konu eylemin cezalandırılması amacıyla yapılan, kendine özgü işleyiş ve özelliklere sahip olan bir inceleme ve araştırma faaliyetini ifade etmektedir.^[16]

[13] CENTEL/ZAFER, s.798; AKYÜREK, s.79

[14] PINAR, İbrahim, Açıklamalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Ankara 1987, s.308-309

[15] CEM, Cemil, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1969, S.5, s.822; ÇAKMAK, Seyfullah, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfî Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2010, C.5, S.48, s.71; İPEK, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi”, TAAD, Y.2, Ekim 2011, C.1, S.7, s.239; SANCAKDAR, Oğuz/TEPE, İlker, “Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2011, C.69, S.1-2, s.256; CANOĞLU, Veysel Candan, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2018, s.138, s.232

[16] CANOĞLU, s.234

Diğer taraftan disiplin soruşturması, ihbar ve şikâyetin yanı sıra başka idari mercilerce yapılan bildirim, doğrudan öğrenme, basın yoluyla öğrenme, teftiş ve inceleme sırasında öğrenme gibi çeşitli şekillerde eylemin öğrenilmesi üzerine verilen bir soruşturma emri ile başlamaktadır. İhbar veya şikâyetin işleme konulabilmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmayan hallerde disiplin amirinin re'sen harekete geçerek soruşturmayı başlatması ve eksiklikleri gidermesi lazımdır.^[17]

Disiplin soruşturmasını gerektiren eylemin yetkili merci tarafından öğrenilmesi üzerine, doğrudan disiplin cezası verme yasağına göre, ceza verilebilmesi için soruşturmaya başlanması bir gerekliliktir. Soruşturmaya başlandıktan sonra, görevlendirilen soruşturmacı vasıtasıyla soruşturulan ile tanıkların ifadeleri alınmakta, deliller toplanmakta ve diğer gerekli işlemler yapıldıktan sonra hazırlanan soruşturma raporu üzerine kamu görevlisi hakkında karar verme aşamasına geçilmektedir. Disiplin cezasına karar verme yetkisi, soruşturmayı başlatma yetkisinden farklı olduğu için, rütbe ve kıdem gibi unsurlardan ziyade mevzuatta belirtilen kişi, kurul veya makam tarafından bu disiplin cezası verme yetkisi kullanılacaktır.^[18]

Kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yürüten amir veya görevlendirilen soruşturmacı; soruşturma konusuyla sınırlı olmak üzere her türlü evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan ve kişilerden bilgi ve belge almaya, tanık dinlemeye, mahallinde keşif yapmaya, hakkında soruşturma yapılan memurun savunmasını almaya, soruşturma raporu düzenlemeye yetkili konumdadır. Bununla birlikte, soruşturmacıya tanınan bu yetkilerin kullanımı veya soruşturma raporunun tesisi sırasında yapılan değerlendirmelerde bazı hatalar ve hukuka aykırılıklar meydana gelmektedir. Bu muhtemel hukuka aykırılıklardan biri de hukuka aykırı delil elde edilmesi ve elde edilen hukuka aykırı delillerin disiplin kararında kullanılmasıdır.^[19]

Yukarıda ilgili kısımlarda da vurgulandığı üzere ceza soruşturması ile disiplin soruşturması bağımsız olmakla beraber, ceza hukukuna hakim olan ilkelerin disiplin soruşturmalarında da geçerli olduğu kabul edilmektedir.^[20] Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi de “...Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın

[17] PINAR, s.323; CANOĞLU, s.238

[18] CANOĞLU, s.240

[19] FİŞ ÜSTÜN, s. 18

[20] GÜNDÜZ, s.95-96

38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır...^[21] demek suretiyle Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin hem idari hem de adli cezaları kapsayan bir düzenleme olduğunu kabul etmiştir. Benzer şekilde Danıştay da istikrar kazanmış kararlarında ceza yargılamasına hakim olan ilkelerin disiplin hukukunda da geçerli olduğunu dile getirmiştir.^[22]

Ceza muhakemesi hukukunda delillerin elde edilmesi temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşıdığı için delillerin nasıl elde edilebileceğine ilişkin usul ile hukuka aykırı delillerin kullanılması yasağına ilişkin yukarıda izah edildiği gibi katı yasal hükümler bulunmaktadır. Buna karşılık disiplin hukukunda ise ceza yargılamasındaki gibi delillerin elde edilme yöntemlerine ilişkin açık pozitif hukuk kuralları bulunmamaktadır. Bu noktada evrensel hukuk ilkeleri ile yüksek mahkemelerin disiplin hukukunda da uygulanacağını kabul ettiği ceza yargılamasının ilkelerine göre sonuca gidilmelidir.

Diğer taraftan öğretilerde, Anayasa'nın 38/6. maddesinin bir gereği olarak hukuka aykırı delillerin disiplin hukukunda kullanılamayacağı; zira Anayasa'nın 38/6 maddesindeki hükmün sadece ceza yargılamasına ilişkin olmayıp, hukukun tüm alanları için geçerli bir ilke olduğu dile getirilmektedir.^[23] Delil, hukuka aykırı yöntemler ile elde edilmiş ise hangi hukuk dalında kullanıldığı önemli değildir.^[24] Hukuka aykırı elde edilmiş deliller ile hukuka uygun bir sonuç elde etmek mümkün değildir. Bu noktada her ne kadar Anayasa'nın madde başlığı "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" ise

[21] AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991. T.

[22] "... Disiplin hukuku, cezalandırılma ilkeleri açısından ceza hukuku ile benzer özellikler taşımakta olup, kişilerin disiplin cezası ile cezalandırılabilmeleri için suç olarak belirlenmiş olan tutum ya da davranışın ilgilisi tarafından işlenmiş olduğunun kesin ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanması ve maddi gerçeğin tüm boyutlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Ayrıca evrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. (Danıştay 12.D., 2016/7260 E., 2017/2823 K., 30.05.2017 T.)

[23] AYDIN, s.224

[24] GÜNDÜZ, S.103; AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s.241

de bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira Anayasa'nın 176/2. maddesindeki madde başlıklarının Anayasa metninden sayılmayacağına ilişkin düzenleme karşısında, 38. maddenin madde başlığının “*Suç ve cezalara ilişkin genel esaslar*” şeklinde olması da bu maddede yer olan temel ilkelerin uygulanma alanının, sadece ceza yargısı ile sınırlı olduğu şeklinde yorumlanamaz.^[25] Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda değerlendirme yapmaktadır.

Öte yandan Anayasa'nın 38/6. maddesinde “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular*” ifadesi yalnızca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı olarak elde ettiği delilleri değil aynı zamanda özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin soruşturma ve kovuşturma organları tarafından kullanılması mümkün değildir. Delil yasaklarının asıl amacı temel insan hak ve özgürlüklerini korumak olduğundan ve burada anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu olduğundan özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen deliller de delil yasakları kapsamındadır. Bu kapsamda kişinin gizlice alınan ses kaydı ya da bir kişinin hatıra defterinden aktarılan ve özel hayatını ilgilendiren bir bilgi kişi aleyhinde delil olarak kullanılamaz. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere özel kişiler tarafından elde edilen bu tür delillerin hükme esas alınmasının mafya oluşumlarını teşvik edeceği unutulmamalıdır.^[26]

[25] TANRIVER, Süha, “*Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2006, S.65, s.371

[26] “...Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 254. maddesinin ikinci fıkrası dikkatle okunduğunda, bu fıkra hukuka aykırı olarak elde edilen deliller bakımından sadece soruşturma ve kovuşturma organlarının zikredildiği görülmektedir. Acaba özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller soruşturma ve kovuşturma organları tarafından mahkemeye sunulursa ne olacaktır? Kanunda yasak delil yöntemleri kovuşturma makamları için öngörülmüştür. Ancak anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusuysa özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir. Çünkü, delil yasaklarının asıl amacı temel insan hak ve özgürlüklerini korumaktır. Nitekim, Federal Alman Yargıtay'ı bir özel kişinin sanığın sözlerini gizlice banda alması halinde bu delilin değerlendirilmeye alınmayacağına karar vermiştir. Federal Almanya'da ayrıca gizlice banda alınan ya da bir kişinin hatıra defterinden aktarılan ve hayatın mahrem alanını ilgilendiren bir malumatın değerlendirmeye alınmayacağı kabul edilmektedir (Bahri Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir; Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 3. b., 1994, s. 395)... Buna aksi bir görüşü savunmak, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkanı verir ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez. Daha da önemlisi, bu tür delillerin hükme esas alınması

Hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillere dayanılarak hukuka uygun bir idari işlem tesis etmek mümkün olmadığından bu tip deliller dayanak yapılarak verilen disiplin cezalarının “sebeup unsuru” sakat niteliktedir. Disiplin işleminin sebeup unsuru sakat olduğundan disiplin cezası verme işlemini hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır.^[27]

2-) Hukuka Aykırı Delilleri Kullanma Yasağının Mutlak Bir Yasak Oluşu

Burada unutulmaması gereken bir diğer husus da hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmasında ilkesinin herhangi bir istisnasının bulunmamasıdır. Diğer bir ifade ile hukuka aykırı elde edilmiş delillerin kullanılmasında yasağı mutlak bir yasaktır. Dolayısıyla idarenin bu tip delilleri “kamu yararı, kurum düzeni veya kamu menfaati” gibi kavramları gerekçe göstererek disiplin soruşturmasında kullanması mümkün değildir. Zaten idare hukukunun temelinde var olan eşitsizlik ve idarenin disiplin sürecinde sahip olduğu pek çok üstün yetki ve ayrıcalıklar dikkate alındığında hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin cezası verilmesi için yeterli kabul edilmesi, teknolojinin çok geliştiğı ve çoğuş kişinin bu teknolojiye rahatlıkla ulaşabildiğı şu dönemde bireylerin temel hak ve hürriyetleri için ciddi bir tehlikedir. Dolayısıyla somut olayın özellikleri, kamu yararının gerektirmesi gibi soyut ve içeriğı kötüye kullanılabilir, keyfi yorumlanabilir gerekçelerle hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmasına istisna tanınması mümkün değildir.^[28]

Özellikle teknolojik gelişmelere paralel olarak fiziki deliller kadar uyumsuzlukların çözümünde ve suçların ortaya çıkarılmasında önem arz etmeye başlayan elektronik veri ve kayıtlar bakımından hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olma önem arz etmektedir. Elektronik verilerin elde edilmesi aşamasında hukuka aykırılık durumunun varlığı veya elektronik verilerin bütünlüğünün bozulması hallerinde bu veri ve kayıtlar belirti delili olarak dahi kullanılmaz.^[29]

son zamanlarda toplumumuzda örnekleri görülen mafya oluşumlarını teşvik eder. (AYM, 1992/2 E., 2001/2 K., 22.06.2001 T.)

[27] GÜNEŞ, s.109

[28] GÜNEŞ, s.112

[29] KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1109; BAŞLAR, Yusuf. “Elektronik Delil Ve Ceza Yargılamasında Kabul Edilebilirliğine İlişkin Bir İnceleme” Legal Hukuk Dergisi”, Y. 2018, S.184, C.16, s.1677

Kaldı ki, Anayasası'nın 36. maddesi gereğince herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu hükümde geçen "meşru vasıta ve yollardan faydalanmak" ifadesi hak arama özgürlüğünün, yani davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkının ancak hukuka uygun araç ve yöntemlerle kullanılabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Hakkında uygulanan disiplin cezasının iptalini isteyen davacı karşısında yer alan ve idari işlemi tesis eden idarenin de hukuka aykırı bir delile dayanması meşru bir savunma aracı olarak kabul edilemez. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ancak hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delillerle mümkündür. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekçesiyle de olsa hukuka aykırı delillere dayanılmaz. Burada Anayasa'nın 38/6. maddesinden ve evrensel hukuk ilkelerinden kaynağını alan mutlak bir yasak vardır.

B-) HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA KULLANILAMAMASININ TEMEL GEREKÇELERİ

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinde devletin görev, yetki ve sorumluluk alanlarının sınırları pozitif hukuk kuralları ve evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde belirlenmiştir. Devletin sahip olduğu kamu kudretinin sınırlarından biri de bireylerin hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Diğer bir ifade ile kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumak devletin yükümlülüğü altındadır.^[30]

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yargılama esnasında devletin delil elde etme ve hukuka aykırı delilleri değerlendirmesi konusunda konulmuş sınırlar bulunmaktadır. İlkenin bir gereği olarak devletin kendisi hukuka aykırı delil elde etmesi söz konusu olmadığı gibi herhangi bir şekilde elde edilmiş hukuka aykırı delilleri meşrulaştırma veya yargısal sürece dahil etmesi de mümkün değildir. Hukuk devleti ilkesinin delillerin hukukiliğine ilişkin çizmiş olduğu bu sınır ceza, hukuk ya da idari yargılama ve disiplin soruşturmalarının tamamı için geçerlidir. Dolayısıyla disiplin soruşturması sırasında da idare, gerçeği ortaya çıkarmak için kendisi hukuka aykırı delil elde etmeyecek ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delilleri de kararına esas alamayacaktır.^[31]

Disiplin soruşturmalarında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin karara esas alınması, hukuk devleti ilkesinin terki ve polis devleti

[30] GÜNEŞ, s. 103

[31] GÜNEŞ, s.104

olma anlamına gelecektir. Zira polis devletinde devletin bireyin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla belirlenen bir sınırı bulunmamaktadır. Bu düzende “devlet” ya da “kamunun” menfaati ve refahı gerekçe gösterilerek her türlü önlem ve işlemin gerçekleştirildiği ve bireyin temel hak ve özgürlüklerine sınırsızca müdahale edilebildiği bir sistem vardır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olarak, disiplin hukukunda her türlü delilin kabul edilmesi, kişilerin hak ve hürriyetlerinin bertaraf edilmesinin yanı sıra idarenin keyfi ve hukuksuz davranışlarının da meşrulaştırılması demektir.^[32]

Diğer taraftan disiplin cezalarını sadece meslek hayatına ilişkin yaptırımlar olarak değerlendirerek hafife almak ya da kurum düzenini sağlamak gerekçesiyle hukuka aykırı delillerle disiplin işlemi tesis etmek devlete duyulan saygınlığı ve güveni zedeleyecektir. Diğer bir ifade ile disiplin hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delilleri meşru ve kullanılabilir görmek bireylerin hukuki güvenliğine ve devletle olan güven ilişkisine zarar verecektir.^[33]

C-) DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİL DURUMLARI

1-) Aydınlatma veya Bilgi Verme Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesi

Disiplin soruşturmalarında gerek disiplin sürecine tabi olan kişinin ve gerekse soruşturma kapsamında dinlenen tanıkların ve diğer kişilerin soruşturma kapsamında beyanları alınmadan önce kanunlarda belirtilen esaslar çerçevesinde aydınlatılmaları gerekmektedir. Söz konusu aydınlatma veya bilgi verme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi veya usulüne uygun yapılmaması halinde alınan ifadelerin ve savunmaların sıhhatine gölge düşeceğinden bu şekilde düzenlenen savunma ve ifade tutanakları, hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilecektir. Bu şekilde düzenlenen tutanaklara dayanarak disiplin soruşturması yürütülmesi ve sonucunda ceza tesis edilmesi halinde, soruşturmanın ve tesis edilen cezanın hukuka aykırı olacağı da açıktır. Bu kapsamda soruşturma altındaki kişiye ithamın, ithama dayanak bilgi, belge ve delillerin, susma hakkının ve avukatla temsil hakkının bildirilmemesi, ifadesine başvuru tanıklara

[32] ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara 2016, s.106; GÜNEŞ, s.104

[33] GÜNEŞ, s.104; AKYILDIZ, s.239

tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmaması, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılmasında rızanın alınmaması gibi hallerin varlığı halinde elde edilen bu ifadeler hukuka aykırı delil durumuna gelecektir.^[34] Bu belirtilen hususlar disiplin soruşturması bakımından da aynen geçerlidir.

2-) Beyanların Yasak Sorgu-İfade Yöntemleri Kullanılarak Elde Edilmesi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ifade alma ve sorguda yasaklanan usulleri düzenleyen 148. maddesindeki düzenleme uyarınca, kişinin savunması özgür iradesine dayanmalıdır. Kişinin özgür iradesini engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılarak ya da Kanun'a aykırı bir yarar vaat edilerek ifade alınamaz. Maddedeki bu açık düzenlemeye aykırı olarak alınan ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilmeyeceği maddenin 3. fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan **Anayasa Mahkemesi 1999/2 Esas, 2001/2 Karar ve 22.6.2001 tarihli kararında** "...Türk hukukunda "hukuka aykırılık"tan ne kastedildiği ise gerek hukuk uygulamasında gerekse doktrinde üzerinde tartışma olmayan bir konudur. Türk hukuk sisteminde hukuka aykırılık, gerek yazılı pozitif hukuk metinlerine gerekse hukukun evrensel uygulamaya kavuşmuş ilkelerine aykırılık anlamına gelir. Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi,

[34] FİŞ ÜSTÜN, s.22-24

S. 22. s. 115). *Anayasa Mahkemesi 'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasanın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir. Gerçekten de, bir anayasa hükmünü ve yasayı değiştirme gücüne sahip yasakoyucu hukukun genel ilkelerini yok etmeye yönelik bir yasama tasarrufunda bulunamaz. Özet olarak, Türk hukuk sisteminde "hukuka aykırı şekilde" elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır...*" demek suretiyle Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir şekilde elde edilen bulguların hukuka aykırı delil olduklarını ve kullanılamayacaklarını açıkça vurgulamıştır.

Hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı ile ceza hukuku ilkelelerinin disiplin hukukunda da uygulanması gerektiğine dair yargı kararları çerçevesinde CMK'nın 148. maddesinde belirlenen esaslar, disiplin soruşturmaları bakımından da uyulması gereken temel esaslardır. Bu kapsamda disiplin soruşturmalarında, soruşturulan kamu görevlisinin veya ifade veren tanıkların, ifadelerinin alınması sırasında, soruşturmayı yürüten müfettiş veya muhakkik ya da disiplin konusunda karar verecek Kurul üyeleri^[35] tarafından aldatıcı beyanlarda bulunulması, kötü davranışlar sergilenmesi, cebir ve tehdit teşkil edecek eylemlerde bulunulması veya sözler sarf edilmesi, ifadesi alınanlara ilaç verilmesi veyahut hukuka aykırı vaatte bulunulması gibi hallerde alınan ifadeler hukuka aykırı delil niteliğinde olacaktır. İfade almada olduğu gibi soruşturmaya ilişkin delillerin toplanması sırasında da hukuka aykırı yöntem ve usullere başvurulmaması gerekir.^[36]

3-) Adil Yargılanma Hakkı

AİHS'nin 6 ve Anayasa'nın 36. maddelerinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı diğer temel hak ve özgürlüklerden farklı olarak, kişilere, hakkın kapsamına giren uyumsuzluklara ilişkin yargılamalar yönünden

[35] Bu noktada OHAL döneminde ihraç edilen hakim ve savcılar hakkındaki soruşturmalara ilişkin "İtirafçılığıyla faydası olan FETÖ'cülerini yeniden hâkim ya da savcı yapabiliriz!" şeklinde açıklama yapan HSK Başkanvekili Mehmet Yılmaz'ın, daha sonra "Kurulumuz bu konuda kesin kararlıdır. Bu açıklamayı tamamen itirafçılığı teşvik amacıyla yaptım ve çok da başarılı oldum" açıklaması bu kapsamda hukuka aykırı yöntem niteliğindedir. Açıklama için bkz (HSYK Başkanvekili Yılmaz: İtirafçılığı teşvik etmek için o açıklamayı yaptım, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201612281026529306-hsyk-baskanvekili-itiraf-tesvik/>, İET:22/07/2020.

[36] FİŞ ÜSTÜN, s.25

“usuli güvenceler” sağlamaktadır.^[37] Devletin bütün kurum ve otoritele-
rinin bu güvencelere uygun hareket etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda
Anayasa'nın 11. maddesine göre, Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve
yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan
temel hukuk kuralları olduğundan, disiplin soruşturmaları dâhil tüm so-
ruşturma ve kovuşturmalarda söz konusu ilkeye uygun hareket edilmesi ve
bu soruşturmalar bakımından kişiye tanınan güvencelerin ihlal edilmeme-
si gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanıl-
maması, adil yargılanma hakkı kapsamında kişiye tanınmış olan yargılama
güvencelerinden biridir.

Disiplin cezası bir yargılama faaliyeti neticesinde verilmekten ziyade
idari makamların gerçekleştirdiği idari tasarruflar neticesinde verilmekte-
dir. Ancak idare, disiplin soruşturması ve disiplin cezası verme işlemi sıra-
sında yargı benzeri bir faaliyet yürüttüğünden disiplin cezası verme işlemi
sürecinde mümkün olduğu kadar yargılamaya hakim olan ilkelere uygun
hareket etmelidir. Adil yargılanma hakkı da disiplin hukukunda kabul
edilmesi gereken ilkelerden bir tanesi olduğundan hukuka aykırı elde edil-
miş delillerin kabul edilmesi, adil yargılanma hakkına zarar vereceğinden
disiplin soruşturması sürecinde kullanılması yasaktır. Ayrıca bu tip delille-
rin kullanıldığı idari işlemin iptali için açılan davada anlaşılması halin-
de idari yargı merciinin bu nedenle disiplin işleminin hukuka aykırı olarak
verildiğine karar vermesi gerekir.^[38]

4-) Delillerin Elde Edilmesinde Hukuka Aykırı Yöntemlere Başvurulması

Kamu görevlisi hakkında yürütülen disiplin soruşturması sürecinde
kişinin iletişiminin izinsiz dinlenmesi, gizli ses ve görüntü alınması, bilgi-
sayarların izinsiz incelenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilerek disiplin
soruşturmasının yürütülmesi gibi hallerde elde edilen deliller, hukuka ay-
kırı yöntemler kullanılması nedeniyle disiplin soruşturmasında kullanıla-
mayacaktır.

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Karabeyoğlu/Türkiye Kara-
rı**^[39] bu konuda önemli tespit ve değerlendirmeler içermektedir. Başvurucu
Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmaktayken “Ergenekon” olarak bili-

[37] AİHM Anghel/İtalya Kararı, Başvur No: 5968/09, K.T:25/6/2013, Prg. 68

[38] GÜNDÜZ, s.108

[39] AİHM Karabeyoğlu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 30083/10, K.T:07/06/2016

nen yasadışı örgüt soruşturması kapsamında iletişiminin denetlenmesine karar verilmiştir. Yapılan soruşturma ve iletişimin denetlenmesinden elde edilen veriler ışığında Karabeyoğlu hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen verilerin imha edildiği kendisine bildirilmiştir. Ancak iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen verilerin bir nüshası disiplin işlemleri bakımından değerlendirilmek üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir. Bakanlık 12 Mart 2010 tarihli bir yazı ile başvuran hakkındaki disiplin soruşturmasının 5 Mart 2010 tarihinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile sonuçlandırıldığını ve telefon dinlemeleri süresince elde edilen kayıtların 11 Mart 2010 tarihinde imha edildiğini bildirmiştir.

Sözleşmenin 6. ve 8. maddelerini ileri süren başvuran, eşi ve çocukları ile birlikte kendisinin telefon görüşmelerinin izlenmesinin keyfi ve kanuna aykırı olduğunu; kendisine ait telefon görüşmelerinin gerek ceza soruşturması gerekse disiplin soruşturması çerçevesinde dinlenmesini keyfi ve yasadışı olduğunu iddia etmiş ve bu durumun şahsına ve unvanına zarar verdiğini eklemiştir.

Mahkeme, başvuranın dinlemeye alınmasına, tarafsız anlamda makul olarak değerlendirilen şüphelerin varlığı nedeniyle karar verilmiş olduğunu ve bu tedbirin uygulanmasının ilgili mevzuata uygun olduğunu; bu nedenle Mahkeme, başvuranın, aleyhine yürütülen ceza soruşturması kapsamında dava konusu yaptığı telefon dinlemeleri ile ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Ancak Mahkeme, başvuranın telefon hatlarının izlendiği sürede toplanan delillerin, başvuranın dava konusu yaptığı disiplin soruşturmasında kullanılmış olmasının birçok açıdan ulusal mevzuata aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, her şeyden önce ne Anayasa'nın 22. maddesi ne de CMK'nın 135. maddesi dinleme tedbirlerinin uygulanabileceği durumlar arasında disiplin soruşturmalarına yer vermemektedir. Ayrıca, Telekomünikasyon yoluyla yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmeliğin 4 ve 27. maddelerine göre, bu yönetmelik hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar ve bilgiler, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde belirtilen amaçlar ve usul dışında kullanılamaz. Ayrıca, CMK'nın 137. maddesinin 3 ve 4. fıkraları iletişimin denetlenmesi tedbiri yoluyla elde edilen verilerin, araştırmanın

sonunda imha edilmesini öngörmektedir. Ancak somut olayda Mahkeme, 31 Aralık 2009 tarihli kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararından, ceza soruşturmasında yetkili Cumhuriyet savcısının dava konusu kayıtları 31 Aralık 2009 ve 5 Ocak 2010 tarihlerinde imha ettiğini ancak bunların bir kopyasının adalet müfettişlerinin elinde kaldığını ve adalet müfettişlerinin bu verileri başvuran hakkındaki disiplin soruşturması amacıyla kullandığını ve bu verilerin imhasını ancak disiplin soruşturmasının sonunda 11 Mart 2011 yılında gerçekleştirdiklerini gözlemlemiştir.

Mahkeme mevcut durumda toplanan bilgilerin amaç dışında kullanılması ve bu bilgilerin ceza soruşturmasının son bulmasının ardından gerekli olan 15 gün içinde imha edilmemesi olmak üzere mevzuata iki kez aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiştir.

Bütün bu hususları göz önüne bulunduran Mahkeme, başvuran hakkında yürütülen disiplin soruşturması boyunca, ulusal makamlar tarafından mevzuat hükümlerinin hiçbirine saygı gösterilmediği ve başvuranın özel hayatına saygı hakkını ihlal eden bu müdahalenin, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası anlamında "kanunla öngörülmüş" olmadığı sonucuna varmıştır. Bundan dolayı, başvuranın telefonlarının dinlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin, başvuran hakkında yürütülen disiplin soruşturması kapsamında kullanılması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme, Karabeyoğlu'nun iletişiminin denetlenmesinden elde edilen veri ve kayıtların ayrıca disiplin soruşturmasında da aleyhine kullanıldığını, böylece özellikle hangi denetleme tedbirlerinin hangi şartlarda uygulanabileceğini belirten ve bu kapsamda disiplin soruşturmalarına değinilmeyen başta Anayasa'nın 22 ve CMK'nın 135. maddeleri olmak üzere iç hukukun ihlaline sebebiyet verildiğini gözlemlemektedir.

Mahkeme bu kararı ile Cumhuriyet savcısı başvurucunun, aleyhine yapılan ceza soruşturmasında tatbik edilen telefon dinleme yönteminden elde edilen hukuka uygun verilerin disiplin soruşturmasında kullanılmasını, bu tür bir kullanımın yasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali saymıştır. Diğer bir ifade ile hukuka uygun verilerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına imkan veren düzenleme olmaması nedeniyle bu verilerin disiplin soruşturması bakımından hukuka

aykırı veri haline geldiğine hükmetmiştir. Zira, ceza yargılamasında hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilen delillerin başka bir yargılamada kullanılabilmesi mümkündür. Ancak bu delillerin başka bir yargılamada kullanılabilmesi için, Anayasa'nın 13. maddesine uygun şekilde yasal bir dayanağın bulunması gerektiği tartışmasızdır. Ceza yargılamasından elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabileceğine dair yasal bir dayanak bulunmadığından, AİHM ihlal kararı vermiştir.

Ayrıca unutulmamalıdır ki, imha edilen veya yasal olarak imha edilmesi gereken delillerin, yasal dayanak bulunsa bile başka bir soruşturmada kullanılması mümkün değildir. Çünkü bu deliller, imha kararıyla birlikte hukuka aykırı yol ve yöntemle elde edilmiş delil niteliği kazanmışlardır.

Anayasa Mahkemesi Eski Yargıtay üyesi hakkında Yüce Divan sıfatıyla baktığı davada^[40], hakim ve savcıların disiplin işlemlerinde görev alan müfettişler ve onların görev ve yetki alanlarına ilişkin önemli tespit ve değerlendirmeler yapmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili kararda işlem tarihi itibarıyla Anayasa ve yasalarda adalet müfettişine koruma tedbirleri talep etme ve karar verme yetkisi bulunmamasına karşın bu yönde kararlar vermesi ve yetkisiz olarak re'sen verilen kararların sonradan hakim tarafından onaylanmış olmasını, yapılan işlemleri hukuka uygun hâle getirmeyeceğini vurgulamıştır. Hukuka aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı şekilde elde edilmeleri nedeniyle hükme esas alınmayacağına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre Adalet Başmüfettişi'nin, yetkisi olmadan, çeşitli mahkemelerden aldığı kararlara dayanılarak iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurularak delil toplanması basit bir usul hatası olarak kabul edilemez. Çünkü yetkisiz olarak bir işlemin yapılması, onun geçerliliğine etki eder. Yetkisiz olarak başvuru söz konusu tedbirler ile kişilerin özel hayatlarının gizliliğine ve haberleşme özgürlüklerine müdahale edilmiş olması da, hukuka aykırılığın basit bir usul hatası olarak kabul edilmesine engeldir.

[40] AYM Hasan Erdoğan vd Karan, 2011/1 E., (Yüce Divan) 2012/1 K., 19.12.2012 T.

D-) İLETİŞİMİN DENETLENMESİ KAPSAMINDA ELDE EDİLEN VERİLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA KULLANILMASI SORUNU

1-) Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinden Elde Edilen Verilerin Durumu

a-) Tedbirin Kapsam ve Koşulları

Yargı mercilerince yürütülecek adli soruşturmalar bakımından iletişimin denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 ila 138. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Adli bir soruşturma kapsamında haberleşme hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasının gerekmesi halinde CMK'nın 135. maddesinde belirtildiği üzere suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla kişi hakkında bu tedbire başvurulabilir. Görüldüğü üzere adli amaçlı bir iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar Kanun'da açıkça belirtilmiştir.^[41] Buna göre;

- Kişi hakkında atılı suça dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı,
- Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması (Son çare prensibi),
- Yukarıdaki iki koşulun bulunması halinde hakim kararının ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararının bulunması

şeklindeki bu üç temel, emredici, vazgeçilmez ve birlikte bulunması gereken şartların varlığı halinde bu tedbire başvurulabilir. Görüldüğü üzere, CMK'nın ilgili hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde doğrudan yürütülen bir disiplin soruşturması nedeniyle adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamaz. Buna rağmen mahkeme tarafından buna izin verilmesi halinde karar hukuka aykırı olacağı gibi elde edilen deliller

[41] ŞAHİN, Cihan, "Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları İle HSYK ve Yargıtay Üyelerinin İletişimlerinin Denetlenmesi", TAAD, Y.3, Temmuz 2012, S.10, (İletişimin Denetlenmesi), s.586-587; KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2011, s.208-209

de hukuka aykırı olacaktır.^[42]

b-) Tedbir Kapsamında Elde Edilen Verilerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması

Görüldüğü üzere CMK'nın 135. maddesinde son çare olarak başvurulması gereken ve sıkı koşullara bağlanan adli amaçlı iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulanmasıyla elde edilen bilgiler, hangi amaçla elde edilmişse, ancak o amaç için kullanılabilir. Disiplin soruşturmasında iletişimin denetlenmesi yoluna imkan veren yasal bir düzenlemenin de bulunmadığı hususu dikkate alındığında, ceza soruşturmasında elde edilen iletişimin denetlenmesi tedbirinden elde edilen verilerin disiplin soruşturmasında kullanılması, dolaylı yollardan iletişimin denetlenmesi anlamına gelecektir. Bu ise kanuna karşı hile olacağından hukuka aykırı yollarla delil elde etme anlamına gelecektir.^[43] Dolayısıyla, bunlar soruşturma konusu suçla ilgisi olmayan, ancak disiplin suçunu oluşturabilecek nitelikteki fiilleri işlediği tespit edilen kamu görevlisinin disiplin soruşturmasında kullanılamaz. Mesela örgüt üyeliği suçlamasından verilmiş bir dinleme kararında örgüt üyeliği suçu dışında ve aynı zamanda katalog suçlardan da olmayan bir suçun tespiti halinde bu suç yönünden nasıl bu kayıtlar delil olarak kullanılabilir? Bu soruya cevap olarak soruşturma konusunda da bu kayıtlar kullanılamaz. Bu türden kayıtlar, CMK'nın 135/8. maddesindeki kısıtlayıcı “katalog suçlarla sınırlı kullanma” prensibi gereğince sadece belli suçlar bakımından ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilebilir.

Bu nedenle kanuni bir dayanak olmaksızın elde edilen söz konusu delillerin disiplin soruşturmasında kişi aleyhine kullanılması mümkün değildir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kişi temel hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. CMK'nın 135/8. maddesinin açık hükmü ve bu istisnai tedbirden elde edilen kayıtların disiplin soruşturmasında kullanılabilirliğine ilişkin yasal düzenleme de bulunmaması nedeniyle bu kayıtların disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir. Bu istisnai tedbirin kamu yararı ve güvenliği gibi genel kavramlarla genelleştirilmesi insan hak ve hürriyetleri-

[42] BAŞ, Eylem, “Hâkimlerin ve Savcuların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2016, S.3, s.302

[43] DEMİR, Nazlı Hilal, Yasak Deliller ve İnsan Onuru, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s.89

nin korunması bakımından büyük bir tehlike oluşturacağı açıktır. Delil yasaklarına ilişkin olarak “delil değerlendirme yasağı” kapsamında bir durum söz konusu olduğundan hukuka uygun bir kararla elde edilmiş olsa bile bu kayıtların disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir^[44]. Ancak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden elde edilen kayıtlar kamu görevlisinin görev yaptığı idare bakımından bir ihbar niteliğinde değerlendirilebilir. Bu durumda ilgili idare, kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açabilir fakat soruşturmada bu kayıtlara dayanmadan, toplanacağı başkaca delillere göre disiplin soruşturmasını neticelendirmelidir.^[45]

Adli amaçlı yapılacak bu iletişimin denetlenmesi tedbirinin, ilgili adli kolluk mercileri tarafından bu maddelerde belirtilen esaslara göre yerine getirilmesi gerekir. Aksi takdirde yapılacak iletişimin denetlenmesi “hukuka aykırı” hale gelecektir. Bu aynı zamanda zarar doğrucu bir işlem olması nedeniyle tazminat davasına konu edilecektir. Nitekim Danıştay 10. Dairesi vermiş olduğu bir kararında^[46] “Anayasal güvence altında bulunan haberleşme özgürlüğünün zedelenmesine neden olmak suretiyle, davacının resmi telefonunun davalı idarede çalışan görevlilerce hukuka aykırı bir şekilde dinlenmesini engelleyecek bir tedbirin alınmaması, idarenin ağır hizmet kusurunu oluşturur. Bu yüzden davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerekmektedir...” demek suretiyle bırakın hukuka aykırı dinlemeyi, kişinin hukuka aykırı dinlenmemesi için gerekli tedbirleri almadığı için idareyi tazminata mahkum etmiştir. Danıştay bir başka bir kararında ise, “... Anayasayla güvence altına alınmış bulunan haberleşmenin gizliliği esasının göz ardı edilerek, hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınmış bir merciin emri olmaksızın, davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanları tarafından dinlenmesinde, idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu ve bunun sonucunda davacının uğradığı manevi zararın ödenmesinin yerinde olduğu” demek suretiyle idare tarafından gerçekleştirilen usulsüz dinlemelerden dolayı idareyi tazminata mahkum etmiştir.^[47]

Diğer taraftan Danıştay, bir kimse hakkında ceza soruşturması yapıldığı sırada, hakim kararına dayanılarak gerçekleştirilen iletişimin denetlen-

[44] ARSLAN, Çetin, “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme”, Fasikül Hukuk Dergisi Y.2010, C.2, S.3, s.37-40; CANOĞLU, s.261

[45] GÖKPINAR, s. 147; DEMİR, s.89

[46] Danıştay 10. D., 2000/2926 E., 2000/6227 K., 6.12.2000 T.

[47] Danıştay 10. D., 2000/3896 E., 2000/6228 K., 6.12.2000 T.

mesi yoluyla elde edilen dinleme kayıtlarını, disiplin soruşturmasında delil olarak kabul etmekteydi.^[48] Yukarıda da izah ettiğimiz üzere Danıştay'ın bu kararı hem Anayasa'nın 36. hem de 38. maddesi kapsamında hukuka açıkça aykırıdır. Zira kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle kişinin özel yaşamına ve haberleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden bu kayıtların amacı dışında disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılması halinde, bu durum vicdani delil sisteminin hukuka uygunluk sınırına takılmaya ve mahkemede delil olarak kabul edilmemesi mahkumdur.

Ancak, Danıştay yakın dönemlerde kararlarını değiştirmiş, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen hukuka aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılmaması yönündeki ilkenin disiplin soruşturmalarında da uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.^[49] Danıştay 5. Dairesi^[50] Anayasa Mahkemesi'nin 2014/100 Esas, 2015/6 Karar ve 14.1.2015 tarih sayılı, ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğunu kabul ettiği kararına atıfta bulunarak; disiplin cezası verilmesinde asıl delil olarak kullanılan telefon kayıtlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan suçlar kapsamında bulunmayan bir fiile ilişkin olduğu ve bu fiile ilişkin ses kayıtlarının, tek başına delil olarak kullanılamayacağını ifade ettikten sonra, hukuka uygun olarak elde edilmiş başka delil ve belgeler olmaksızın sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceğine hükmetmiştir.

2-) Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbirinden Elde Edilen Verilerin Durumu

a-) Tedbirin Kapsam ve Koşulları

Kişinin adli amaçlı iletişimine müdahale haricinde ilgili kanunlarda belirtilen koşulların varlığı halinde istihbari amaçlı olarak da kişinin iletişimi denetlenebilir. İstihbari/önleme amaçlı yapılacak iletişimin denetlenmesi konusunda 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu Ek 7. maddesiyle polise, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek 5. maddesiyle jandarmaya, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6/2. maddesiyle de Milli İstihbarat Teşki-

[48] Danıştay 12. D., 2008/4042 T., K: 2008/7250 K., 24.12.2008 T.

[49] FİŞ ÜSTÜN, s. 17

[50] Danıştay 5. D., 2016/18730 E., 2017/21649 K., 25.10.2017 T.

latına yetki verilmiştir.

Diğer taraftan MİT tarafından usulüne uygun olarak alınmış olan istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen verilerden bir suçun işlendiğinin anlaşılması halinde ilgili kayıtların adli mercilere gönderilmesi gerekir. Ancak burada Kanun'un EK-1. maddesindeki kısıtlamaya uygun hareket edilmesi gerekir. Burada adli suç için gönderilen istihbari veriler doğrudan delil olmaktan ziyade suçun işlendiğine yönelik belirti niteliğinde olup sadece adli makamların soruşturmayı başlatmalarını sağlayacak niteliktedir. Adli merciler bu verileri kullanarak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kararı olarak soruşturmaya devam edebilirler. Yoksa doğrudan bu verileri adli soruşturmada kullanmaları mümkün değildir. Bu bağlamda geçmişte Yargıtay Ceza Genel Kurulu da vermiş olduğu birçok kararında^[51] istihbari amaçlı yapılan iletişimin denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulguların yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması ve kovuşturmasında “delil” olarak kullanılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu husus disiplin soruşturmaları bakımından da geçerlidir.

b-) Tedbir Kapsamında Elde Edilen Verilerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması

Önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verildiğinde ortada henüz işlenmekte olan bir suç bulunmamaktadır. Burada delil elde etmek gibi bir amaç bulunmamaktadır. Aksine burada temel amaç bu yolla elde edilen veri ve kayıtlar vesilesiyle suçların işlenmesinin önüne geçmektir. Zaten PVSK'nın ek 7/6, JTGYK'nın ek 5/6, MİT Kanunu 6/7. maddelerinde yer alan “*bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz*” ifadesi bu amacı ortaya koymaktadır. Ayrıca yasa koyucu bu düzenlemede, “delil” ibaresi yerine, “elde edilen kayıtlar” ibaresine yer vererek önleyici amaçla uygulanan tedbir ile elde edilen bilgilere delil gücü tanımak istememiş olduğunu ortaya koymaktadır.^[52] Dolayısıyla önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen bu tür delillerin duruşmada metne dönüştürülmesi ya da dinlemeyi yapan görevlinin tanık

[51] Yargıtay CGK., 2012/1283 E., 2014/430 K., 21.10.2014 T.

[52] TURHAN, Faruk/AKSU, Muharrem, “*İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*”, Uluslararası Davras Kongresi, Küresel Dialog, 24-27 Eylül 2009, ekitap, Isparta, s. 2212

olarak dinlenmesi veyahut bu tür verilerin rapor haline getirilmesi suretiyle ceza yargılamasında ya da disiplin soruşturmalarında kullanılabilmesi mümkün değildir.^[53] Dolayısıyla, disiplin hukukunda iletişimin denetlenmesine karar verilmesi konusunda mevzuatta açıkça öngörülen yasal bir sınırlandırma vardır.

Aynı şekilde PVSK ek 7/6, JTGYK ek 5/6, MİTK 6/7. maddelerinde geçen düzenlemeler dolayısıyla önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen kayıtların bir ceza soruşturması/kovuşturması aşamasında ya da disiplin soruşturması kapsamında kullanılması mümkün değildir.^[54] Bu kapsamda güncel adli soruşturmalar bağlamında tartışma konusu olan husus MİT tarafından bir kısım iletişimin denetlenmesi kapsamındaki verilerin 2937 sayılı Kanun'un MİT'in görevlerini düzenleyen 4. maddesi kapsamında ceza ve disiplin soruşturma dosyalarına gönderilmesi ve daha sonra bu verilerin ceza ve disiplin soruşturmasında ilgililer aleyhinde delil olarak kullanılmasıdır.

MİT tarafından yapılacak istihbari/önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin hususlar 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Burada iletişimin denetlenmesi kapsamındaki verilerin toplanması ve kayda alınmasına ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiştir. Dolayısıyla Kanun'un 6/2. maddede elde edilme usulü düzenlenmiş iletişimin denetlenmesi kapsamındaki verilerin, MİT'in genel görevlerini düzenleyen Kanun'un 4. maddesi esas alınarak doğrudan elde edilmesi ve diğer kamu kuruluşlarıyla paylaşılması mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği üzere ancak Kanun'un 6/2. maddesinde belirlenmiş olan usul ve esaslar çerçevesinde elde edilmiş olan haberleşme verileri EK-1. maddedeki suçlar bakımından paylaşılabilir.

Kanun'un bu açık hükümlerine rağmen MİT tarafından önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı alınmadan ve harici yöntemler kullanılarak elde edilen ByLock mesajlaşma programına ilişkin içerik ve verilerin ceza ve disiplin dosyalarında kullanıldığı Yargıtay ve Danıştay kararlarında görülmektedir. Ancak;

[53] İPEK, s.248; TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008, s.225

[54] TAŞTAN, Mehmet, "Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç Kapsam ve Sınırları ", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 4, Ocak 2009, S.29, s.101

- Söz konusu verilerin 2937 sayılı Kanun'un 6/2. maddesi kapsamında alınmış bir istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi kararına dayanmamış olması,
- Bu verilere ilişkin mahkeme kararı veya onayı bulunmaması nedeniyle bu verilerin hukuka aykırı delil niteliğinde olması,
- İstihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen veri ve kayıtların 2937 sayılı Kanun'un 6/6. maddesinde belirtilen temel amaç olan "istihbari amaç" dışında kullanılamaması,
- İstihbari amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin 2937 sayılı Kanun'un EK-1. maddesindeki düzenleme uyarınca ancak Türk Ceza Kanunu'nun 2. Kitap 4. Kısım 7. Bölümde yer alan suçlar bakımından adli mercilerle paylaşılabilmesi karşısında elde edilen bu veri ve kayıtların disiplin soruşturmalarında kullanılması hukuka aykırıdır.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin ihlal alanı haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği olduğundan Anayasa ve yasaların bu temel hak ve hürriyetlerin denetlenmesine imkan veren "istisnai" hükümlerinin "yorum" yöntemiyle genişletilmesi mümkün değildir. Terör örgütlerinden kaynaklı tehditlerin zamanla şekil ve yöntem değişikliğine uğramasından dolayı bu tehditleri bertaraf edici tedbirlerin alınması zorunlu olsa da, demokratik hukuk devletinde kişi hak ve özgürlüklerinin özünü zedeleyen veya aşırı şekilde sınırlandıran müdahalelere karşı bunların yasal düzenlemelerle korunması da hukuk devleti ilkesinin en tabii ve zaruri sonucudur. Bu aynı zamanda her idari işlem ve eylem de olduğu gibi yargısal işlem ve kararlarda da "keyfilik" engellenmesi için bir gerekliliktir.

3-) Tesadüfi Delillerin Durumu

a-) Genel Olarak Tesadüfi Deliller

Tesadüfen elde edilen deliller, hukuka uygun olarak yürütülen bir gizli bilgi toplama faaliyeti sırasında elde edilen, ancak soruşturma konusu olan suçla bir ilgisi olmayıp, bir başka suçun ispatına yarayan delillerdir. Diğer bir ifadeyle, tesadüfen elde edilen deliller, yapılan araştırma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken ele geçirilen, bir başka suçun işlendiğini gösteren delillerdir.^[55] CMK'nın "Tesadüfen elde edilen deliller" başlığını

[55] DEMİR, s.105; ÖZTUNÇ, Özgün, "Ceza Mubakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller ile Tesadüfen Elde Edilen Delille-

taşıyan 138. maddesindeki düzenleme uyarınca sadece arama ve elkoyma ile iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle sınırlı olmak üzere tesadüfi deliller uygulama alanı bulacaktır. Bu konudaki temel kural, hukuka uygun bir arama, el koyma ve iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ve diğer bir suçun ispatına yarayan delilin hukuka uygun olduğu ve hükme esas alınabileceğidir (CMK m.138/1). Ancak iletişimin denetlenmesinde tesadüfen elde edilen delilin soruşturmada kullanılabilmesi için delilin katalog suçlardan biriyle ilgili olması gerekir.

Ceza yargılamasına ilişkin yasal düzenlemeler uyarınca kural olarak şüphelinin iletişiminin denetlenmesinin amacı, işlenmiş olan katalog suçlardan birine ilişkin delil elde etmek olduğundan bu nitelikte bir bilgi veya bulgu elde edildiğinde bunların delil olarak kullanılacağı açıktır. Aynı şekilde bu dinleme tedbirinden şüphelinin, soruşturma konusu suçtan başka, ancak bir başka katalog suç işlediğine dair bilgiler elde edilirse bu bilgiler de delil olarak kullanılabilir. Örnek verilecek olursa, uyuşturucu ticareti suçu ile ilgili şüpheli hakkında dinleme kararı alınmış ve yapılan dinleme sırasında şüphelinin bir adam öldürdüğüne ilişkin bilgi ve bulgu elde edilirse, Cumhuriyet savcısı eldeki bilgileri dikkate alarak adam öldürme suçundan da soruşturma açabilecektir. Ancak tesadüfen elde edilen deliller kapsamında şüpheli veya sanığın başka bir katalog suçu işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu katalog suçla ilgili doğrudan iletişimin denetlenmesine devam edilemez. Bu suç bakımından koşulların varlığı değerlendirilmeli ve ayrı ve yeni bir karar verilmesi halinde tesadüfen tespit edilen suçla ilgili iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilebilir. Eğer, CMK 138/2. maddesinde gösterilen usule uygun hareket edilmemiş, tesadüfen elde edilen delil ile soruşturma dosyası düzenlenmiş ve yeni ortaya çıktığı ileri sürülen suçla ilgili olarak, CMK 135. maddesine uygun olarak iletişimin denetlenmesi kararı alınmamışsa, toplanan deliller hukuka aykırı olarak nitelendirilecek ve kovuşturmada değerlendirilmeyecektir.^[56]

Tesadüfen elde edilen delillerin katalog suçlar haricinde bir suça ilişkin olması durumunda bu kayıtlar soruşturma başlatılması konusunda ihbar olarak değerlendirilebilir.^[57] Ancak bu kayıtların kişi hakkındaki nihai ka-

rin Değerlendirilmesi”, s.3, http://www.ozgunlaw.com/Uploads/image/files/Makale22072011_DrOzgunOztunc.pdf, İET:29.12.2019

[56] ÖZTUNÇ, s.3; DEMİR, s. 106

[57] ŞEN, Ersan, “*İletişimin Dinlenmesi Tedbiri*”, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, (2007), s. 128

rarda delil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte öğretide, katalog suçlar dışında kalan suçlarla ilgili olarak tesadüfen elde edilen bilgilerle soruşturma dahi başlatılamayacağı ileri sürülmektedir.^[58]

Diğer taraftan gerek Anayasa'da ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça kanun ile saptanmış sınırlar kapsamında haberleşmenin gizliliğine müdahale edilebileceği ve bu müdahale kapsamında elde edilen delillerin değerlendirilmesinin de iç hukukun açıkça belirttiği suçlar için mümkün olduğu unutulmamalıdır. Aksinin kabulü halinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma ilkesinin düzenlendiği 6. maddesi ile özel hayatın gizliliği ilkesinin düzenlendiği 8. madde hükümlerine aykırı uygulamalar ortaya çıkacaktır.

b-) Disiplin Soruşturmasında Tesadüfi Delillerin Durumu

CMK'nın 138/2. maddesindeki düzenleme uyarınca iletişimin denetlenmesi sırasında, denetime konu olan eylem ve fail dışındaki üçüncü bir şahıs ya da fiille alakalı olarak elde edilen delillerin kullanılabilmesi, bu delilin CMK 135/6. maddesinde sayılan katalog suçlardan birisi ile ilgili olmasına bağlıdır. Eğer elde edilen tesadüf nitelikteki bu deliller, katalog suçlardan biri ile ilgili değilse delil değerine sahip değildir. Bu husus, disiplin hukuku açısından da geçerlidir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin bir gereği olarak hukuka uygun bir dinleme kararından kaynaklı olsa da bu kayıtlar delil yasaklarına ilişkin "değerlendirme yasağı" kapsamında disiplin soruşturmasında değerlendirilemez. Kaldı ki CMK'nın 135/6. maddesi uyarınca katalog suç olmayan bir suçun soruşturulmasında kullanılmayan bu verilerin disiplin soruşturmasında kullanılması söz konusu olamaz.

Yargıtay bir kısım kararlarında, tesadüfen elde edilen delillerin, ceza yargılamasında kullanılamayacağına yönünde karar vermesine karşın bu delillerin, disiplin soruşturması yönünden kullanılabilmesine karar vermiştir. Şöyle ki; Yargıtay bir kararında^[59]; "... hukuka aykırı elde edilmiş deliller nedeniyle hakkında beraat kararı verilen Cumhuriyet Savcısının ...fiillerinden dolayı 2802 sayılı Kanun'un 87. maddesi gereğince disiplin suçu yönüyle değerlendirilmesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun takdirlerine sunulması gerekli görülmüştür..." demek suretiyle bu tesadüfi delillerin disiplin yönünden değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Ceza Genel

[58] YENİSEY, Feridun/ ALTUNÇ, Sinan, "İletişimin Dinlenmesi Hakkında", <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15125>, İET: 01/03/2020

[59] Yargıtay 5. CD., 2006/6 E., 2006/4 K., 14.06.2006 T.

Kurulu da dairenin bu kararını bu yönüyle uygun bulmuştur.^[60] Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından verilen bir kararda ise; sanıkların, bir kısım Yargıtay üyeleri ile yakın ilişki kurdukları, onların ad ve nüfuzlarını kullanarak ilgilendikleri dava ve işlere bakan hakimler üzerinde etkili olmaya çalıştıkları iddia edilmiş ve telefonları dinlenen sanıklar ile haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişi konumunda olan Yargıtay üyelerinin hukuki durumları tartışılarak, soruşturma yapılan kişiler yönünden yöntemine uygun dinleme kararı alınmadığından, bu yöntemle elde edilen kanıtların ceza yargılamasında delil olarak kullanılmayacağına karar verilmesine karşın iki Yargıtay üyesi hakkında yakınlarını kollama niyetiyle gerçekleştirdiği bazı telefon görüşmeleri sebebiyle (tesadüfen elde edilen tespitler), disiplin kovuşturması yapılmasına karar verilmiştir.^[61]

Yargıtay'ın tesadüfi delillerin disiplin soruşturması yönünden kullanılabilmesine ilişkin verdiği bu kararlar, hukuka uygun değildir. Zira, Anayasa'nın 38. maddesi ve maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen uygulaması bakımından yürütülen soruşturmalarda, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir. Bu bağlamda CMK'nın 138/2. maddesi kapsamında katalog suçlar dışında tesadüfi delillerin kullanım yasağı dikkate alındığında bu delillerin disiplin soruşturması bakımından "delil değerlendirme yasağı" kapsamında kaldığı ve hukuka aykırı hale geldiği açıktır. Buna rağmen bu delillerin kullanılması adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olacaktır.

E-) ULUSAL VE ULUSLARARASI YÜKSEK MAHKEMELERİN BAKIŞ AÇISI

1-) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde ve diğer maddelerinde hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. AİHM, hukuka aykırı delillerin yargılama sırasında dikkate alınıp alınmamasını daha çok bir iç hukuk meselesi olarak değerlendirmekte ve yargılamayı bir bütün olarak ele almaktadır. Bu bağlamda mahkûmiyet kararının bu hukuka aykırı elde edilen delile dayanıp dayanmadığına göre yargılamanın adil olup olmadığına hükmetmektedir.

[60] Yargıtay CGK., 2007/5 MD-23 E., 2007/167K., 03.07.2007 T.

[61] Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 29.6.2004 tarihli ve 2004/96 sayılı kararı (www.kazanci.com)

Ancak Mahkeme, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı gibi bazı Sözleşme maddelerinin ihlal edilerek toplanan delillere dayanılması halinde, mahkumiyet kararının bu delillere dayanıp dayanmadığına bakmaksızın adil yargılanma hakkının ihlaline hükmetmektedir.^[62] Aynı şekilde Mahkeme **Karabeyoğlu/Türkiye Kararında**^[63] olduğu gibi doğrudan hukuka aykırı delil tanımlamasına girmeden delillerin toplanmasına ve soruşturmalarda kullanılmasına ilişkin iç hukukta yer alan düzenlemeler üzerinden bu konuda tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkeme **Karabeyoğlu/Türkiye Kararında** delillerin değerlendirme yasağı kapsamında mevcut durumda toplanan bilgilerin amaç dışında disiplin soruşturmasında kullanılması ve bu bilgilerin ceza soruşturmasının son bulmasının ardından gerekli olan 15 gün içinde imha edilmemesi olmak üzere mevzuata iki kez aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiştir. Bundan dolayı, başvuranın telefonlarının dinlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin, başvuran hakkında yürütülen disiplin soruşturması kapsamında kullanılması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Zira mahkeme özellikle hangi denetleme tedbirlerinin hangi şartlarda uygulanabileceğini belirten ve bu kapsamda disiplin soruşturmalarına değinilmeyen başta Anayasa'nın 22 ve CMK'nın 135. maddeleri olmak üzere iç hukukun ihlaline sebebiyet verildiğini gözlemlemektedir. Diğer bir ifade ile hukuka uygun verilerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına imkan veren düzenleme olmaması nedeniyle bu verilerin disiplin soruşturması bakımından hukuka aykırı veri haline geldiğine hükmetmiştir.

2-) Anayasa Mahkemesi'nin Hukuka Aykırı Delillere Bakış Açısı

Anayasa'nın "*Temel haklar ve ödevler*" başlıklı ikinci kısmında düzenlenen 38/6. maddesinde yer alan "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" hükmü sadece ceza yargısında değil, hukuk yargısı ve idari yargıda da geçerlidir. Dolayısıyla da bu emredici

[62] İNCEOĞLU, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.288; "...*Delillerin kabul edilebilirliği*", öncelikle iç hukukun düzenleme alanına girer ve "*delillerin değerlendirilmesi*" kural olarak ulusal mahkemelerin görevidir. Bireysel başvuru kapsamında Mahkemenin görevi, delillerin elde edilme yöntemi de dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır. (AİHM **Ramanauskas/Litvanya Kararı, Başvuru No: 74420/01, K.T: 5/2/2008, Prg. 52**).

[63] AİHM **Karabeyoğlu/Türkiye Kararı, Başvuru No: 30083/10, K.T:07/06/2016**

hüküm hem ceza yargılamasında hem de disiplin hukuku yönünden yargı denetimi yapan idari yargılamada esas alınmak zorundadır. Anayasayı yorumlama konusunda tek yetkili mercii olan Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığı belirtilerek disiplin cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğu yönündeki **1990/12 Esas, 1991/7 Karar ve 04.04.1991** Tarihli kararı da dikkate alındığında hukuka ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilerek tek başına disiplin işlemine esas alınması mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmayacağına ilişkin önemli kararları bulunmaktadır. Disiplin hukukunda hukuka aykırı delillerin soruşturmada kullanılmayacağı yönünde ilgili kanunlarda açık hüküm bulunmamasından kaynaklı olarak yerel mahkeme ve yüksek mahkemelerin farklı yönde kararları bulunmasına rağmen Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda bu eksikliği Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümleri ve ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğuna ilişkin genel uygulaması ile çözüme kavuşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin **13.07.2016 tarih, 2014/7738 Başvuru Numaralı** kararında, internet sitesinde yayımlanan ve başvurucuya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli ses kayıtlarının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte ahlak dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici eylem teşkil ettiği gerekçesiyle kişi hakkında verilmiş olan devlet memurluğundan çıkarma cezasına ilişkin olarak Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine vurgu yaptıktan sonra "...soruşturmaya konu ses kayıtlarının hukuka aykırı şekilde dinlenerek kayda alındığı ve manipülasyon yapılarak elde edildiği konusunda ileri sürülen iddialara ilişkin olarak bir araştırma yapılmadığı, hukuka aykırı delillerin yürütülen disiplin soruşturmasında geçerli delil olarak kabul edilemeyeceği ve hukuka aykırı delillere dayanılarak işlem tesis edilemeyeceği hususunun gözetilmediği..." demek suretiyle hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmayacağını açıkça belirtmiştir.^[64] Görüldüğü üzere Mahkeme özel hayatın gizliliği ve özel hayata saygı hakkını ve Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçütlerini dikkate alarak, ses kayıtlarının Anayasada yer alan hakların sınırlandırma ölçütlerini aşacak derecede ihlali vasıtasıyla ele geçirilmesinden ötürü hukuka aykırı

[64] AYM, İlknur Yüksel Kararı, Bireysel Başvuru No: 2014/7738, K.T:13.07.2016

delil olarak değerlendirmiş ve özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.^[65]

Mahkemenin bu kararında hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasındaki durumuna ilişkin olarak ceza yargılaması hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanabileceğinin yanı sıra Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanuna aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılmayacağına ilişkin düzenleme "Hakların Korunmasına İlişkin Hükümler" başlığı altında yer aldığından doğrudan disiplin soruşturmalarında da dikkate alınması gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi son dönemde hukuka aykırı olarak elde edilen delillere ilişkin yapılan bazı bireysel başvurularda geçmiş içtihatlarındaki tespitler yerine Yargıtay'ın son dönem içtihatları doğrultusunda değerlendirmeler yapmaktadır. Mahkeme FETÖ/PDY yargılamaları kapsamında delil olarak kullanılan ByLock mesajlaşma programına ilişkin içeriklerin istihbarat çalışmaları sırasında rastlanan bir veri olduğu hususu tespit edilmesine karşın bu istihbari verilerin doğrudan ceza yargılamasında delil olarak kullanılması noktasında bir hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.^[66] Halbuki bir başka kararında^[67] "...iletişimin denetlenmesi tedbiri şayet 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde yer alan suçlar kapsamında mevzuatta öngörülen şekilde gerçekleştirilmişse, bu suretle elde edilen deliller hukuka uygundur ve bu delillere dayanılarak idari işlemler tesis edilebilir..." demesine karşın ByLock mesajlaşma programı ve içeriği 5271 sayılı Kanun'un 135 ve MİT Kanunu 6/2. maddelerine göre iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında olmasına rağmen bu programa ilişkin kayıtların bu kanunlarda aranan koşullarda elde edilmeden ceza ve disiplin soruşturmasında kullanılmasını hukuka aykırı görmemiştir.

3-) Danıştay'ın Hukuka Aykırı Delillere Bakış Açısı

Pozitif hukuk kuralı bulunmamasından kaynaklı olarak hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılamayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte, geçmişte bu delillerin kullanılabilmesi yönünde bir kısım yargı kararları da bulunmaktaydı.

[65] FİŞ ÜSTÜN, s.31-32

[66] AYM Ferhat Kara Kararı, Başvuru No: 2018/15231, K.T: 4/6/2020, Prg.136

[67] AYM Muammer Yılmaz Kararı, Başvuru No: 2014/4779, K.T:14/11/2018, Prg.66

Danıştay geçmiş bir kısım kararlarında^[68], disiplin hukukunun bağımsız olduğu, ceza soruşturmalarının disiplin soruşturmalarını bağlamadığı zikredilerek, hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılmasına engel olmadığı yönünde hükümler tesis etmekteydi. Ancak, Danıştay yakın dönemlerde içtihat değişikliğine giderek, Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen hukuka aykırı elde edilen bulguların delil olarak kullanılmaması yönündeki ilkenin disiplin soruşturmalarında uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.^[69]

Bu kapsamda Danıştay'ın yakın tarihli kararına konu bir olayda, İlçe Emniyet Müdürü olarak görev yapan davacının, “Gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak” fiilini işlediğinden bahisle, meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, ilk derece mahkemesi, dosyada bulunan telefon kayıtlarına ilişkin dökümlerin incelenmesi neticesinde davacının, hakkında gizlilik kararı olan olay ile ilgili haber muhabirleri ile sürekli iletişim halinde olduğu, olay hakkında karşılıklı bilgi alışverişinin sağlandığı, Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 8/13 maddesinde yer alan fiilin sübut bulunduğu ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Kararın temyizi üzerine Danıştay 5. Dairesi^[70] ise Anayasa Mahkemesi'nin ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğunu kabul ettiği 2014/100 Esas, 2015/6 Karar ve 14.1.2015 tarihli kararına atıfta bulunarak; disiplin cezası verilmesinde asıl delil olarak kullanılan telefon kayıtlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde yer alan suçlar kapsamında bulunmayan bir fiile ilişkin olduğu ve bu fiile ilişkin ses kayıtlarının, tek başına delil olarak kullanılmayacağını ifade ettikten sonra, hukuka uygun olarak elde edilmiş başka delil ve belgeler olmaksızın sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceğine hükmetmiştir. Danıştay bu kararı ile CMK'nın 135. maddesine aykırı olarak elde edilen telefon kayıtlarının disiplin cezasına gerekçe yapılamayacağını ortaya koymuştur. Diğer bir ifade ile hukuka aykırı elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmayacağına hükmetmiştir.^[71]

[68] Danıştay 12. D., 2010/64 E., 2011/474 K., 04.02.2011 T.

[69] FİŞ ÜSTÜN, s. 17

[70] Danıştay 5.D., 2016/18730 E., 2017/21649 K., 25.10.2017 T.

[71] GÜNDÜZ, s.101

Diğer taraftan delil yasakları, delil elde etme ve delil değerlendirme yasağı olmak üzere iki farklı başlık altında değerlendirilmektedir. Delillerin elde edilme şekline ilişkin yasaklara delil elde etme yasakları, hukuka uygun elde edilmiş olsa bile o delilin yargılamada ortaya konulup değerlendirilmesine ilişkin yasaklara ise delil değerlendirme yasakları denilmektedir. Danıştay verdiği bir kararda^[72] bu ayrımı çok net ortaya koymuştur. Danıştay ilgili kararında dava konusu meslekten çıkarma cezasına esas alınan davacıya isnat edilen fiillerin, büyük oranda davacı dışındaki üçüncü kişilerin telefon görüşmelerinin usulüne uygun olarak dinlenilmesi sonucu elde edilen tapelerden elde edildiğini tespit ettikten sonra mahkeme kararıyla gerçekleştirilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılamayacağı ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceğine hükmetmiştir. İlgili kararda aşağıdaki tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir:

“...5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı 138. maddesinin 2. fıkrasında “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” hükmüne yer verilmek ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E:2013/483, K2013/599 sayılı kararında “Maddi gerçeğin araştırılması aşamasında kişisel ya da toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu değerlerin korunması amacıyla kanun koyucu delillerin serbestliği ilkesine delil yasakları olarak adlandırılan birtakım sınırlamalar getirmiştir. Delil yasakları delil elde etme ve delil değerlendirme yasağı olarak iki gruba ayrılmaktadır. Delillerin elde edilme şekline ilişkin yasaklara delil elde etme yasakları, hukuka uygun elde edilmiş olsa bile o delilin yargılamada ortaya konulup değerlendirilmesine ilişkin yasaklara ise delil değerlendirme yasakları denilmektedir. CMK'nın telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin aynı Kanun'un 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışında bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılmaması ise delil değerlendirilmesi yasaklarına örnek olarak gösterilebilir. 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; “Yüklenen suç, huku-

[72] Danıştay 16. D., , 2015/3643 E., 2015/6993 K., 11.11.2015 T.

ka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklindeki düzenleme ile ayrıca ceza muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlarla sınırlı olmak kaydıyla aynı soruşturma veya kovuşturmayla ilgili suçlar yönüyle evleviyetle kullanılabilceğinin kabulü gerekir” denilmekle, 135. maddede sayılan suçlar için başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturmada elde edilen delillerin 135. madde kapsamında olmayan suçlar için kullanılamayacağı kabul edilmiş olmaktadır.

Yukarıda yer verilen kanun hükümleri ve yargı kararlarının değerlendirilmesinden, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen ses kayıtlarının, bu soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler hakkında yürütülecek disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılamayacağı ve sadece bu delillere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda, dava konusu disiplin cezasının verilmesinde, davacının özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin belirleyici olduğu anlaşıldığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasının, Anayasa'nın 20. maddesi ve AİHS'nin 8. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğu ve bu yönüyle hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmasının yanısıra; “soruşturmada adı geçen suç örgütü lideri ve üyesi kişilerin bir kısım adli işlerini takip etmek” ve “bahsi geçenlerin kendi işlerinde mesleki sıfat ve konumunu kullanmalarına müsaade etmek” gibi davacının mesleki hayatına ilişkin olan suçlamaların ise davacı aleyhine delil olarak kullanılamayacak olan tapeler dışında, her türlü şüpheden uzak, kesin ve somut delillerle kanıtlanamadığından, davacıya verilen meslekten çıkarma cezasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...”.

Görüldüğü üzere Danıştay son uygulamaları çerçevesinde delil elde etme yasakları ve delil değerlendirme yasağı kapsamındaki herhangi bir veri veya delilin disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir. Tesadüfen elde edilen iletişim verilerinin disiplin soruşturmasında kullanılamayacağına da açıkça vurgu yapılmıştır.

SONUÇ

Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu gibi disiplin soruşturmasının da temel gayesi maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Kurumsal düzeni ve disiplini bozucu eylemde bulunduğu iddia olunan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yürütülürken anayasal ve yasal ilke ve esaslara uygun hareket edilmesi gerekir. Aksi takdirde disiplin soruşturmasında hukuka aykırı uygulamalar ortaya çıkar. Bu bağlamda disiplin soruşturmalarında ortaya çıkması muhtemel hukuka aykırılıklardan biri de hukuka aykırı delil elde edilmesi ve elde edilen hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmasıdır.^[73]

Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında vurguladığı^[74] üzere Anayasa'nın "**Suç ve cezalara ilişkin esaslar**" başlıklı 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, Anayasa'nın bu hükmü hem idari hem de adli cezaları kapsadığından dolayı disiplin cezaları da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır. Dolayısıyla hukuka aykırı delillerin yargılama hukukunda kullanılması yasağı ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin soruşturmasında da aynen geçerlidir.

Ceza veya disiplin soruşturmasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ancak hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delillerle mümkündür. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekçesiyle de olsa hukuka aykırı delillere dayanılmaz. Burada Anayasa'nın 38/6. maddesinden ve evrensel hukuk ilkelerinden kaynağını alan mutlak bir yasak vardır. Dolayısıyla somut olayın özellikleri, kamu yararının gerektirmesi gibi soyut ve içeriği kötüye kullanılabilir, keyfi yorumlanabilecek gerekçelerle hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin hukukunda kullanılmasına istisna tanınması mümkün değildir.^[75]

Diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak yargılama esnasında devletin delil elde etme ve hukuka aykırı delilleri değerlendirmesi konusunda konulmuş sınırlar bulunmaktadır. İlkenin bir gereği olarak devletin kendisi hukuka aykırı delil elde etmesi söz konusu olmadığı gibi herhangi bir şekilde elde edilmiş hukuka aykırı delilleri meşrulaştırma veya yargısal sürece dahil etmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olarak, disiplin hukukunda her türlü delilin kabul edilmesi,

[73] FİŞ ÜSTÜN, s. 18

[74] AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991 T.

[75] GÜNEŞ, s.112

kişilerin hak ve hürriyetlerinin bertaraf edilmesinin yanı sıra idarenin keyfi ve hukuksuz davranışlarının da meşrulaştırılması demektir.^[76] Aynı şekilde disiplin soruşturmaları dâhil tüm soruşturma ve kovuşturmalarda adil yargılanma ilkesine uygun hareket edilmesi ve bu soruşturmalar bakımından kişiye tanınan güvencelerin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaması, adil yargılanma hakkı kapsamında kişiye tanınmış olan yargılama güvencelerinden biridir.

Öte yandan, bir hukuk düzeninde hukuka aykırı olan delilin diğer bir hukuk düzeninde hukuka uygun kabul edilerek yargılamanın yapılması, hukuk devletine olan güveni sarsacaktır.^[77] Bu noktada kamu düzeni ve kamu yararı gibi soyut gerekçelerle bu delillerin disiplin soruşturmalarında kullanılmasına müsaade etmek disiplin işlemi gibi önemli bir işlemin keyfi ve baskı aracı olarak kullanılmasına neden olabileceğinden bu gibi soyut gerekçelerin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır tarafı yoktur. Aynı şekilde geçmiş bir kısım Danıştay kararlarında olduğu gibi bu tip hukuka aykırı delillerin “tek başına delil değerinin olmadığı” gerekçesiyle yan delillerle desteklenmek suretiyle onlara meşruiyet kazandırılması da mümkün değildir. Zira zehirli ağacın meyvesi zehirli olduğundan bu hukuka aykırılığın giderilme yolu bulunmamaktadır. Her türlü soruşturma yetkisine sahip idarenin hukuka uygun delillere ulaşip sonuca gitmesi gerektiği düşüncesinin kamu idaresince kabul edilmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde idarenin hukuka aykırı delil elde etmesinin teşvik edileceği ve idarenin sahip olduğu imkânlar nedeniyle bunun çok kolay olacağı unutulmamalıdır.^[78]

[76] ATAY, s.106; GÜNEŞ, s. 104

[77] FİŞ ÜSTÜN, s.32

[78] CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Y.8, Aralık 2018, S. 16, s.336; YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, İstanbul 2015, s.62

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s.241-262.

AKYÜREK, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S.101, s.61-82.

ARSLAN, Çetin, “Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme”, Fasikül Hukuk Dergisi Y.2010, C.2, S.3, s.32-40.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

BAŞ, Eylem, “Hâkimlerin ve Savcuların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2016, S.3, s.265-360.

BAŞLAR, Yusuf “Elektronik Delil Ve Ceza Yargılamasında Kabul Edilebilirliğine İlişkin Bir İnceleme” Legal Hukuk Dergisi, Y.2018, S.184, C.16, s.1655-1688.

CANOĞLU, Veysel Candan, “Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2018, S.138, s.231-272.

CEM, Cemil, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1969, S.5, s.821-834. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

CEYLAN, Mahmut, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Y.8, Aralık 2018, S. 16, s.325-341.

ÇAKMAK, Seyfullah, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfî Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2010, C.5, S.48, s.71-86.

ÇINAR, Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 55, s.31-64.

DEMİR, Nazlı Hilal, Yasak Deliller ve İnsan Onuru, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.

ERMAN, Sahir, Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995.

FİŞ ÜSTÜN, Gül, “Disiplin Soruşturmalarda Hukuka Aykırı Deliller”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y.2018, C.24, S.1, s.17-35

GÖKPINAR, Mahmut, Disiplin Hukukunda Yasak Hukuka Aykırı Deliller, Disiplin Suçu Teorisi, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul 2011.

GÜNDÜZ, Fatma Ebru, “Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Disiplin Hukukunda Kullanılması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.4, S. 2019/1, s.89-114.

İNCEOĞLU, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

İPEK, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi”, TAAD, Y.2, Ekim 2011, C.1, S.7, s.221-256.

KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

ÖZTUNÇ, Özgün, “Ceza Muhakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller ile Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, s.3, http://www.ozgunlaw.com/Uploads/image/files/Makale22072011_DrOzgunOztunc.pdf, İET:29.12.2019.

ÖZTÜRK, Bahri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

PINAR, İbrahim, Açıklamalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1987.

SANCAKDAR, Oğuz/ TEPE, İlker, “Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.2011, C.69, S.1-2, s.251-272.

ŞAHİN, Cihan, “*Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları İle HSYK ve Yargıtay Üyelerinin İletişimlerinin Denetlenmesi*”, TAAD, Y.3, Temmuz 2012, S.10, s.586-569-610.

ŞAHİN, Cihan/GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* II, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.

ŞEN, Ersan, “*İletişimin Dinlenmesi Tedbiri*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2007, s.97-135.

TANRIVER, Süha, “*Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2006, S.65, s.368-377.

TAŞKIN, Mustafa, *Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

TAŞTAN, Mehmet, “*Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişimin Önleme Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç Kapsam ve Sınırları*”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y. 4, Ocak 2009, S.29, s.93-109.

TURHAN, Faruk/AKSU, Muharrem, “*İnsan Haklarının Korunması Açısından Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*”, *Uluslararası Davras Kongresi, Küresel Dialog*, 24-27 Eylül 2009, ekitap, Isparta, s.2202-2226.

YASİN, Melikşah, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

YAYLAK, Cihan, *İdari Yargılama Usulünde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan, “*İletişimin Dinlenmesi Hakkında*”, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=15125>, İET: 01/03/2020.

Egemenliğin Mali Yönü Olarak Farklı Açılardan Vergilendirme Yetkisi

Av. Dr. Ebubekir **BAŞEL***

Makalenin Geliş Tarihi: 19.12.2020 **Kabul Tarihi:** 10.07.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.978692](https://doi.org/10.30915/abd.978692)

* Avukat, Ankara Barosu. <https://orcid.org/0000-0003-4328-1589>

EGEMENLİĞİN MALİ YÖNÜ OLARAK FARKLI AÇILARDAN VERGİLENDİRME YETKİSİ

ÖZ

Egemenlik bir devletin ülke toprakları üzerindeki varlığını sağlayan unsurlardan biridir. Egemenliğin parçalarından biri olan mali egemenliğin temel unsuru ise vergilendirme yetkisidir. Vergilendirme yetkisi, devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili güçtür. Bu açıdan; vergilendirme yetkisine sahip olmayan bir yapı bağımsız bir devlet olarak nitelendirilemez. Vergilendirme yetkisinin kullanımı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu farklılıkların temel nedeni siyaset kuramlarında, devlet biçimlerinde ve siyasi rejimlerde-yönetim biçimlerinde var olan farklılıklardır. Bu bağlamda vergilendirme yetkisinin kullanımının anılan farklılıklarla derin bir ilgisi vardır. Bu farklıları ayrıntılandırmak anayasa hukuku ve vergi hukuku teorisi bakımından faydalı olacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Vergilendirme Yetkisi

Liberalizm

Sosyalizm

Üniter Devlet

Federal Devlet

POWER TO TAX FROM DIFFERENT PERSPECTIVES AS THE FISCAL ASPECTS OF SOVEREIGNTY

ABSTRACT

Sovereignty over the territory of the country is one of the elements that provide the existence of a state. The main element of fiscal sovereignty, which is part of the sovereignty, is power to tax. Power to tax is the judicial and actual power of state's. These powers are based on the sovereignty on countrywide about to levy taxes. From this perspective, a structure that does not have taxation authority can not be considered an independent state. The use of power to tax varies from country to country. The main reasons for these differences are the differences in political theories, state forms and political regimes. In this context, the use of power to tax has a deep interest in the noted differences. The elaboration of these differences will be useful in terms of constitutional law and tax law theory.

Keywords:

Power To Tax

Liberalism

Socialism

Unitary State

Federal State

GİRİŞ

Vergilendirme; asıl anlamı ile bir konu üzerinde vergisel bir yükümlülük ihdas etme anlamına gelir. Diğer anlamı ile de vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesinden vergi tahsiline kadar olan süreci ifade eder. Vergilendirme yetkisi ise, vergilendirmenin bahse konu iki anlamını gerçekleştirebilmeyi sağlayan hukuki ve fiili güce sahip olmayı içerir. Vergi, modern devletin en önemli ve vazgeçilmez gelir kaynağı olduğundan vergilendirme yetkisi devletin asli ve vazgeçilmez yetkilerinden biridir.

Vergilendirme yetkisi temelde zor kullanma gücüne ve bu yönüyle devletin egemenliğine dayanır. Bu bakımdan vergilendirme yetkisi, genelde egemenlik, özelde mali egemenlikten kaynaklanmaktadır. Buradan hareketle vergilendirme yetkisine ve dolayısıyla mali egemenliğe sahip olmayan bir yapının devlet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Vergilendirme yetkisi; bir devlet için olmazsa olmaz yetki iken, bu yetkinin sınırsız bir biçimde kullanılması tarihsel süreç içerisinde birçok probleme neden olmuştur. İlk anayasacılık hareketlerinin ve ilk anayasanın ortaya çıkması vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmamış kullanımından kaynaklanmıştır. Temsili demokrasiye geçilmesi ve parlamentonun doğuşu da yine aynı nedenlere dayanmaktadır.

Vergilendirme yetkisi; farklı ülkelerde, değişik gelişim süreçleri geçirmiştir. Yetki, kimi ülkelerde, çok ciddi kırımlara neden olmuşken, bazı ülkelerde hukuk devletinin genel gelişim sürecine paralel bir biçimde gelişme göstermiştir.

Vergilendirme yetkisinin kullanımı; siyaset kurmalarına, devlet biçimlerine ve siyasi rejimlere-yönetim biçimlerine göre farklılıklar göstermektedir. Bu çalışmanın amacı vergilendirme yetkisinin kullanımı; siyaset kuramları açısından (sosyalizm ve kapitalizm), devlet biçimlerine göre (üniter ve bileşik devletler) siyasi rejimlere-yönetim biçimlerine göre (demokratik ve antidemokratik) ayrı ayrı değerlendirmektir. Bu değerlendirme sırasında karşılaştırmalı hukuktan yararlanılacak ve çeşitli ülke anayasalarıyla örneklemeler yapılacaktır.

1- Vergilendirme Yetkisi

1.1. Vergi Kavramı

Vergi insanlık tarihi kadar eskiye dayanmakla beraber 'vergi-tax' kelimesi ilk kez 14.yüzyıl İngiltere'sinde kullanılmıştır. Tax latince 'değer' anlamında kullanılan 'taxare' kelimesinden gelmektedir. Daha sonraları tax kelimesi ile görev anlamındaki 'task' kelimesi aynı anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Bu

anlamıyla vergi bir görevin yüklenilmesini ifade eder.^[1]

Vergi, köken itibarıyla kabile reisi, derebeyi veya krallara ahlaki veya dini nedenlerle gönüllü olarak verilen bir çeşit hediye veya yardım niteliğindedir. Ancak zamanla devlet egemenliğini ellerinde bulunduranlar bazı sosyal sınıflardan mali yardım talep etmişlerdir. Mali yardımların zorunlu hale gelmesi ile üstünlük hediyesi verenden alana geçmiştir.^[2]

Merkezi devletlerin gelişimiyle, hediye ve yardımların yetersizliğinin ortaya çıkmasıyla ve vergi, şekli ve maddi olarak bir görev halini almıştır. Vergi niteliğinde olan ödemeleri ifade etmek üzere çeşitli zamanlarda kullanılan 'yardım', 'rica', 'hediye' gibi anlamlara gelen kelimelerin yerine, daha sonraları 'vazife', 'fedakârlık' ve nihayet gelişimin son safhasında 'zorunluluk' anlamına gelen kelimeler geçmiştir.^[3]

Devletler başlangıçta sadece devletin klasik fonksiyonlarını gerçekleştirmek için gereken masrafları karşılamak üzere az miktarda vergi toplamışlardır. Ancak zaman ilerledikçe vergi yükünü gitgide artırmışlardır. Özellikle 1945'lerden 1980'lere uzanan dönemde, refah devleti kavramının gelişmesi ve yaygınlaşması ile sosyal refah önlemleri alınmaya başlanmış, bu ise devletlere çok ağır yükler getirmiştir. Bu yükün karşılanması amacıyla vergilendirilebilir kapasitenin mali sınırına ulaşılmıştır. Bu dönemde devletler sosyal amaçlarla vergi nevelerini sürekli çeşitlendirmiş ve vergi oranlarını artan oranlı hale getirmişlerdir.^[4]

Dönemsel olarak anlamında değişimler yaşansa da vergi kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla özel kesimden kamu kesimine, hukuki zorlamaya dayanılarak karşılıksız ve kesin olarak yapılan, para ile ifade edilebilen bir aktarımdır.^[5] Türk Anayasa Mahkemesi de benzer bir tanımı esas almıştır. Mahkeme'ye göre vergi kamusal gereksinimleri karşılamak için kişi ve kuruluşların mal varlıklarının bir bölümünün devlete geçirilmesi, bu yolla kamuya aktarılmasıdır.^[6]

Alman Vergi Usul Kanunu'nda vergi herhangi bir hizmet karşılığı olmayan

[1] <https://www.ldoconline.com/dictionary/tax> , (İ.E.T: 28.9.2020)

[2] Turhan, S. (1982). Vergi teorisi. İstanbul: Elektronik Ofset Matbaası, s. 2.

[3] Schmölders, G. (1982). *Genel vergi teorisi*. (Çev. Salih Turhan), (4. Baskı) İstanbul: Fakülteler Matbaası, 4, Turhan, *Vergi teorisi*, s. 2.

[4] Özdemir, S. (2007). *Küreselleşme sürecinde refah devleti*. (2. Baskı), İstanbul: Entegre Matbaacılık, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 57, s. 208.

[5] Kaneti, S. Vergi hukuku, (2. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 4, Turhan, a.g.e., s. 27.

[6] Anayasa Mahkemesi, E:1989/6, K:1989/42 R.G.: 06.04.1990 20484.

ve bir kamu tüzel kişisi tarafından gelir temin etmek üzere, kanunun bağladığı olay ile münasebet halinde bulunan herkesten bir defalığına veya devamlı olarak alınan para ödemeleri olarak tarif edilmiştir.^[7] Vergi kendisini ödemekle yükümlüler için borç, tahsil etmesi gereken kamu için ise alacak niteliğindedir.

Verginin hukuki mahiyetini ve esasını açıklamaya çalışan teoriler fayda teorisi ve ödeme gücü teorisi olarak ikiye ayrılmaktadır. Faydalanma (istifade) teorisi rasyonalist ferdiyetçi devlet görüşüne dayanmaktadır ve kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi vergiyi devlet ile birey arasında bir değişim ilişkisinin aracı diğer bir anlatımla devletten alınan kamu hizmetinin bedeli sayan görüştür. Diğerisi ise vergiyi sigorta primine benzeten görüştür. Son görüş ise vergiyi genel giderlerin karşılığı saymaktadır.^[8]

Organik-kolektivist devlet görüşüne dayanan ödeme gücü teorisi ise vergiyi devletin sağladığı hizmetlerin bir fiyatı gibi kabul etmenin yetersiz olduğu fikrine dayanır. Bu teoride verginin devlet ile bireyin karşılıklı anlaşmasından ziyade devletin egemenlik yetkisinden kaynaklandığı düşünülür.^[9]

Verginin temel olarak üç fonksiyonu vardır. Birincisi verginin klasik fonksiyonudur ve bu fonksiyon mali fonksiyon olarak da adlandırılır. Verginin mali fonksiyonu vergilerin kamu harcamalarını karşılanması için alınmasıdır.^[10] Verginin ekonomik fonksiyonu ise müdahaleci devlet anlayışının sonucudur ve verginin ekonomiyi yönlendirmesini esas alır. Bu rolü ile vergi, yatırımları teşvik etmek, üretim ve tüketimi teşvik etmek ya da kısıtlamak, tasarrufu teşvik etmek gibi amaçlar için kullanılabilir.^[11] Verginin sosyal fonksiyonu ise gelir ve servet dağılımının adaletli bir şekilde sağlanmasını amaçlar. Artan oranlı vergiler, muafiyet ve istisnalar bu fonksiyonun araçlarındandır.^[12]

1982 Anayasası'nın 73. Maddesi'nde verginin tanımı yapılmamış, onun yerine vergi ödevinden söz edilmiştir. 73. madde de 'Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi, resim ve harçlar ve benzeri yükümlülükler ancak kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.' hükmü yer almıştır.

[7] Schmölders, *a.g.e.*, s. 65.

[8] Turhan, *a.g.e.*, s. 17-23.

[9] Turhan, *a.g.e.*, s. 23-25.

[10] Schmölders, *a.g.e.*, s. 69.

[11] Turhan, S. (1975). *Vergileme ve iktisadi büyüme*. İ.Ü. Maliye Enstitüsü Konferansları, Seri: 23, İstanbul, s. 249.

[12] Aksoy, Ş. (1998). *Kamu mâliyesi*. (3. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, s.174.

Verginin genel teorisi anlamında 1982 Anayasası'nın bu düzenlemesi; verginin kamu giderlerini karşılamak için otorite tarafından zorunlu olarak alınması, para ile ödenmesi ve karşılıksız olması gibi başlıca özelliklere yer vermiştir. Bunlar dışında madde metninden çıkan diğer sonuçlar verginin genel teorisi dışındadır. Örneğin verginin kanuniliği bir vergiden bahsedebilmek için zorunlu bir şart değildir. Diğer bir anlatımla vergi her ülkede kanunla alınmayabilir veya mali güçle orantılı olmayabilir.

1.2. Vergilendirme ve Vergilendirme Yetkisi

1.2.1. Vergilendirme Kavramı

Vergilendirme (taxation, taxing assesment) kavramının tanımına Türk doktrininde yer verilmemiştir. Doktrinde daha çok vergilendirme yetkisi kavramı üzerinde durulmuştur. Ancak vergilendirme kavramının ne olduğunun ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Amerikalı ünlü yargıç ve akademisyen Thomas McIntyre Cooley, 1876'da vergilendirmeyi ortak ihtiyaçlar için gelir artırma yolu olarak tanımlamıştır. Vergilendirme kavramının egemen güç olan hükümetin kamu harcamalarını finanse faaliyetini ifade için kullanıldığını belirtmiştir.^[13]

Vergilendirme para ile ifade edilebilen değerlere farklı ama makul kıstaslar uygulanarak bu değerlerin bir kısmının vergi olarak alınması faaliyetidir. Bu noktada vergilendirmenin iki farklı anlamı ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki vergilendirmenin asıl anlamıdır. Vergilendirme; ilk ve asıl olarak bir konu üzerinde vergisel bir yükümlülük ihdas etme anlamına gelmektedir. Bu konu bir kişi, bir eşya olabileceği gibi bir fiil de olabilir. Bu anlamıyla vergilendirme vergi koyma iktidarındır. Bir fiilde bulunma veya bir sahipliğin karşılığı olarak bireylerden parayla ifade edilebilen bir değer alınmasına karar verilmesi vergisel bir yükümlülük ihdas etme anlamına gelir. Vergisel yükümlülük ihdas edilen konu veya konuların bir kısmının vergiden bağışık tutulması gene vergilendirme kavramının içerisinde. Diğer yandan yükümlülük ihdas edilen konu veya konuların değiştirilmesi veya kaldırılması da vergilendirme niteliğindedir. Türk Anayasa Mahkemesi eski kararlarında benzer bir görüşü paylaşmıştır. Anayasa Mahkemesine göre vergi koyma kavramı içine, konulan vergi veya malî yükümden bağışık tutma, değişiklik yapma kavramı da girmektedir.^[14]

[13] Cooley, T. M. (1876) *A treatise on the law of taxation including the law of local assessments*, Callaghan and Company, aktaran Herman M. K. (1938). The power to tax, 22 Marq. L. Rev. 125, s.1.

[14] Anayasa Mahkemesi, E: 1967/41 K: 1969/57, R.G.:12.3.1971/13776.

Bir malın veya hizmetin teslimi veya bir mala veya statüye sahip olma vergilendirmenin konusunu oluşturabilir. Örneğin harcamalar üzerinden alınan vergilerde bir malın teslimi verginin konusu olabilirken bir araca sahiplik, servet vergisinin konusu olur. Mali yükümlülüklerin vergi resim harç ve benzeri isimlerle nitelenmesi vergi olma niteliğini etkilemez. Örneğin bir sözleşmenin imzalanması nedeniyle alınan vergi ile kamu kurumlarından alınacak bir hizmet karşılığı istenilen bedellerin alınma gerekçeleri farklı olsa da her ikisi devlet tarafından zorlama gücüne dayalı olarak alınmakta olduğundan vergisel niteliktedir.

Vergilendirmenin diğer ve ikinci anlamı ise vergilendirmenin bir süreci ifade etmesidir. Vergilendirmenin kısa tanımında ifade edildiği üzere para ile ifade edilebilen değerlere farklı kıstaslar uygulanarak bir kısmının vergi olarak alınması faaliyeti genellikle bir sürece yayılmaktadır. Genellikle vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi, üzerinden vergi alınacak miktarın yani matrahın hesaplanması, belirlenen matraha belli bir oranın uygulanarak alınacak verginin hesaplanması ve verginin tahsili aşamaları vergilendirme sürecinin parçalarıdır.

1.2.2. Vergilendirme Yetkisi Kavramı

Vergilendirme yetkisi (power to tax, taxation power, taxing power, tax power), vergi ihdas etme hakkına sahip olmayı ve vergilendirme aşamalarını yürütebilecek mekanizma ile güce sahip olabilmeyi ifade etmektedir. Devletin zorlama gücü vergilendirme yetkisinin kullanımı için olmazsa olmazdır ve bu yetkinin ana karakterini oluşturur.

Vergilendirme yetkisi devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili güç olarak da tanımlanmıştır.^[15] Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu tanıma vermektedir.^[16] Mahkemeye göre vergilendirme yetkisi, devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak, vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiili güçten kaynaklanmaktadır.^[17] Vergilendirme yetkisi egemenliğin doğasından gelmektedir ve bağımsız her hükümetin hakkıdır.^[18]

Diğer bir tanımda ise vergilendirme yetkisi, devletin egemenlik gücüne dayanarak ya da halktan aldığı yetkiye dayanarak diğer kamu kuruluşlarının mali ve mali olmayan amaçları gerçekleştirmek üzere anayasal çerçevede vergi,

[15] Çağan, N. (1982). *Vergilendirme yetkisi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 3.

[16] Anayasa mahkemesi, E: 2010/93, K: 2012/20, R.G.: 26.07.2013-28719.

[17] Anayasa mahkemesi E: 2008/110 K:2010/55, R.G.: 21.06.2010-27619.

[18] Herman, *a.g.e.*, s. 1.

resim, harç ve benzeri mali yükümlülükleri alma konusunda sahip oldukları hukuki ve fiili gücü kullanabilmesi olarak tanımlanmıştır Türk Anayasa Mahkemesi vergilendirme yetkisini devletin üstün kamu gücüne dayanan bir kamu hukuku ilişkisine dayalı olarak kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla vatandaşlarının gelir ve/veya servetine ortak olması olarak tanımlamaktadır.^[19]

Vergilendirme yetkisine sahip olmayan bir yapıdan devlet olarak söz edilemez. Bu yetki devletin mali egemenliğinin içerdiği yetkilerin en önemlisidir. Devlet kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyduğu mali kaynakları bu yetkiyi kullanarak karşılar.^[20] Vergilendirme yetkisi egemenliğin ayrılmaz bir parçası olduğundan, bu yetkiye sahip olmak hükümetler için olmazsa olmazdır.^[21]

Vergilendirme yetkisi, vatandaşlar için devletin mali egemenliğinin ve zor kullanma gücünün en belirgin göstergesidir. Bu yetki ile devlet gerçek ve tüzel kişilere ait parasal değerlerin bir kısmının kendisine aktarılmasını sağlamaktadır.^[22]

Vergilendirme yetkisinin hukuki niteliği devlete verilen anlamın farklılaşması ile paralel olarak değişmiştir. Örnek olarak kamunun faiz borcunu kapamak maksadıyla vergi toplayan bir devlette hâkim olan vergilendirme anlayışı ile iç, dış güvenlik ve adalet hizmetlerinin finansı için vergi toplayan bir devlette hakim olan vergilendirme anlayışı birbirinden farklıdır. Bu bağlamda devletin üstlendiği görevlerin değişmesine paralel değişen bir vergilendirme anlayışının olduğu görülmektedir.^[23]

Jandarma devlet^[24] anlayışının egemen olduğu on yedinci yüzyılda devletin gücü oranında vergilendirme yetkisine sahip olduğu düşünülmüştür. On sekizinci yüzyılda ise rasyonalist ferdiyetçi devlet kuramının etkisiyle vergilendirme devletin verdiği hizmetten yararlanmanın karşılığı olarak, istifade

[19] Anayasa Mahkemesi E:2009/39, K: 2011/68 R.G.:15.10.2011-28085.

[20] Öncel, M., Çağan, N., Kumrulu, A. (1985). *Vergi hukuku*. (Cilt: 1 Genel Kısım), (2. Bası), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 39.

[21] Union Refrigerating Transit Co. v. Kentucky, 199 U.S. 194 (1905). aktaran Herman M. Knoeller, The Power to Tax, 22 Marq. L. Rev. 125 (1938). s. 1.

[22] Brennan, G., Buchanan, J. M. (1980). *The power to tax - analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge:Cambridge University Press, s. 8.

[23] Schmolders, *Genel vergi teorisi*, s. 67.

[24] Devletin sadece güvenlik, savunma, adalet, eğitim ve diplomasi görevlerini yerine getirmesi ve piyasaya hiçbir müdahale etmemesi gerektiği düşüncesine dayanan devlet anlayışıdır.

kuramı ile açıklanmıştır. On dokuzuncu yüzyıl başlarında organik kolektivist devlet kuramı etkisi ile vergilendirme fedakârlık ve ulusal görev olarak değerlendirilmiştir. Günümüzde egemen olan anlayışa göre, vergilendirme, devletin egemenlik yetkisine dayandırılmıştır. Bunun yanında siyasal ve ekonomik düzen farklılığına bağlı değişkenlikler olabileceği de kabul edilmiştir.^[25]

1.2.2.1. Vergilendirme Yetkisinin Kapsamı

Vergilendirme yetkisi kapsam olarak ikiye ayrılabilir. Bahse konu ayırım vergilendirme yetkisinin kullanım alanı ile ilişkilendirilmiştir. Bu ayırma göre salt vergi toplamaya yönelik olarak kullanılan vergilendirme yetkisi dar anlamda kullanılmaktadır. Vergi yanında benzeri mali yükümlülükleri toplamayı içeren vergilendirme yetkisi ise geniş anlamda kullanılmaktadır. Resimler, harçlar, katılma payları, ücretlerin toplanması geniş anlamda vergilendirme yetkisi kapsamındadır. Bunun yanında sosyal kamu kurumlarına ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yapılan ödemelerin, verilen aidatların bu kapsamda olduğu ileri sürülmektedir.^[26] Bu noktada belirleyici husus tüm bu ödemelerin devletin sahip olduğu zorlama gücünün eseri olmalarıdır.

Dar ve geniş anlamda vergilendirme yetkisinin diğer bir farkı da kamu hizmetinden yararlanılmasında ortaya çıkmaktadır. Dar anlamda vergilendirme yetkisinde kamu hizmetinden doğrudan bir yararlanmadan söz edilemez. Örneğin iç ve dış güvenlik gibi tam kamusal hizmetlerde bireysel fayda ölçülemez. Diğer bir anlatımla bu hizmetlerin finansmanı dar anlamda vergilendirme yetkisi ile sağlanmaktadır.^[27]

Geniş anlamda vergilendirme yetkisi ise genellikle karşılık ve yararlanmanın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yarı kamusal hizmetler genellikle ilgililerin isteği üzerine sunulmakta olup ilgililerden yararlanmaları karşılığında genel olarak bir bedel de alınabilir. Bu bedeller dar anlamda vergilendirmenin dışındadır.

1.2.2.2. Vergilendirme Yetkisinin Kaynağı

Vergilendirme yetkisinin kaynağını egemenlik oluşturmaktadır. Devlet kamusal ihtiyaçları karşılamak amacıyla vergi alma yetkisine sahiptir. Bu yetkinin asıl kaynağı ise devletin sahip olduğu egemenlik yetkisidir. Verginin zorunlu ve karşılıksız olma özelliği de göz önünde bulundurulduğunda bu tür

[25] Çagan, *a.g.e.*, s. 4.

[26] Çagan, *a.g.e.*, s.5.

[27] Arıkan, Z. (1994). *Demokratik gelişim sürecinde vergilendirme yetkisinin kullanımı ve sınırları (Türkiye analizi)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, D.E.Ü.S.B.E. İzmir, s.8.

bir yükümlülük ancak devletin egemenlik gücüne dayanılarak tesis edilebilir.^[28]

Egemenlik kavramı farklı anlamlarda kullanılabilir. Bu ise egemenliğin nispi bir karaktere sahip olduğunu göstermektedir.^[29] Egemenlik bir kudretin, bir iktidarın en üstün olma vasfı, başkalarına emir ve direktifler vererek sözünü geçirme ve onlara karşı üstünlük kurabilme olarak tanımlanabilir.^[30]

Soyut ve ideolojik bir kavram olan egemenlik, devletin varlık koşuludur. Devletin, sınırsız ve koşulsuz bağımsızlığa sahip olması ve ülke içinde kendine rakip başka bir gücün bulunmaması anlamına gelen egemenlik, devlet içindeki en üstün buyurma kudretidir.^[31] Belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan ve ortak özellikleri olan insan topluluğunun devlet olarak nitelenebilmesi için, bu topluluk üzerinde, tek ve üstün bir siyasi otorite gereklidir. Üstün ve sınırsız olan bu güç, egemenliktir. Egemenlik emir, kumanda ve yaptırım uygulama yetkisi şeklinde kendini gösterir.^[32]

Egemenlik bir devletin olmazsa olmaz vasfı aynı zamanda devlet yetkilerinin kullanımını sağlayan güçtür. Bu güce sahip olan devlet kendisinin varlık nedeni olan tüm sorumluluklarını bu güçle yerine getirir. Devletin varlık nedenlerinden birisi ise kamusal ihtiyaçların karşılanmasıdır. Devlet kamusal ihtiyaçları vergilendirme yetkisi ile finanse eder. Bundan dolayı vergilendirme yetkisinin kaynağı devletin mali egemenliğidir.^[33] Mali egemenlik, egemenlik kavramının mali alandaki karşılığıdır. Devlet egemenliği gibi mali egemenliğin boyutları da geniş ve kapsamlıdır. Zira mali egemenlik, egemenliğin tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçasıdır. Devletler vergilendirme yetkilerinin sınırlarını kendilerini belirledikleri ölçüde mali egemenliklerine sahip olabilirler.^[34]

Bir devletin tam bir mali egemenliğe sahip olması için, ülkesinin tamamı üzerinde bütün mali hizmetlerin kendi elinde merkezleştirilmesi, tüm gelir-

[28] Arıkan, *a.g.t.*, s. 3.

[29] Akyılmaz, B. (1998). Milli egemenlik kavramının gelişimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, 2, ss. 213 222, s.213.

[30] Özman, M. A. (1964). Devletlerin egemenliği ve milletlerarası teşekküller, *A.Ü.H.F.D.*, 21(1 4), s. 56.

[31] Özbudun, E. (2004). *Türk Anayasa Hukuku*, (8. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 83.

[32] Akyılmaz, *a.g.m.*, s. 213.

[33] Arıkan, *a.g.t.*, s. 4.

[34] Özpençe, A. İ., Özpençe, Ö. (2007). Küreselleşme ve uluslararası kuruluşların ulus devletin vergilendirme yetkisine etkileri. *International Journal of Human Science*, 4(1), s.

lerin kendi hazinesine girmesi ve harcamaların kendisi tarafından yapılması gerekmektedir.^[35]

Egemenlik tüm devletlerin ortak özelliği olmakla birlikte her devletin farklı bir yönetim biçimi olabilir. Siyasi iktidarın kullanılış biçimi devletin mali egemenlik yetkisini kullanımını da belirler. Bu bağlamda mali egemenliğin kullanımı devletlere, yönetim biçimlerine ve siyasal iktidar yaklaşımlarına göre değişkenlik gösterebilir.

2. Farklı Açılardan Vergilendirme Yetkisi

2.1. Siyaset Kuramları Açısından Vergilendirme Yetkisi

2.1.1. Genel Olarak

Vergilendirme ile ilgili olarak siyaset kuramları genel olarak sosyalizm ve kapitalizm olarak ikiye ayrılabilir. Sosyalizm, genel olarak sosyal devletin tamamıyla yanındadır, kamu önlemlerini destekler, kolektivisttir ve kurumsal sosyal devleti anlayışını, yani iyileştirmeden çok önlemeye yönelik yaklaşımı benimser. Kapitalizm ise, sosyal devlete karşıdır, aynı şekilde kamu önlemlerine karşıdır, bireyseldir ve residual (kalıntı) sosyal devleti yani insan ihtiyaçları karşılanmadığı takdirde bu ihtiyaçların devlet kurumlarının sosyal hizmetleri ile karşılanmasını benimser. Ancak bu görüşlerin çok net bir biçimde ayrılması her zaman söz konusu değildir. Bireyselci sosyalist görüşler yanında, kolektivist kapitalistler de vardır. Birçok sosyalist görüş sahibi kurumsal sosyal önlemlerinden rahatsızken, kapitalist görüş sahibi birçok kişi de kurumsal sosyal devlet ilkelerini kabul etmektedir.^[36]

Kapitalizm ve sosyalizm sistemlerinin, kendine özgü politik ve ekonomik örgütlenme modeli söz konusudur. Kapitalizmin ekonomik örgütlenme türü piyasa ekonomisi (liberalizm), diğerininki ise sosyalist (otoriter) ekonomi (merkezi planlama, komuta ekonomisi) dir. Bir de, bu ikisinin ortasında karma ekonomi (devletçilik, sosyal devlet) yer almaktadır.^[37]

Temel siyaset kuramlarını genel olarak açıkladıktan sonra bunların devletin vergilendirme yetkisini nasıl ele aldıklarını açıklamaya çalışacağız.

[35] Feyzioğlu, B. (1984). *Nazari, tatbiki, mukayeseli bütçe*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s.15.

[36] Spicker, P. *The politics of welfare, an introduction to social policy*. <http://www2.rgu.ac.uk/publicpolicy/introduction/politics.htm>, 13.03.2003, s. 1, aktaran Özdemir, a.g.e., s.44.

[37] Özdemir, a.g.e., s.45.

2.1.2. Kapitalizm (Liberalizm) ve Vergilendirme Yetkisi

Batı dünyasında 19. yüzyılda yaşanan iki önemli gelişme, kapitalizmin doğmasına yol açmıştır. Bu gelişmelerden birisi, makinenin üretim sürecine katılımını sağlayan sanayi devriminin gerçekleşmesi, ikinci si ise, üretim ve ticaret özgürlüğü ile ekonomik liberalizmi getiren Fransız Devrimi'dir.^[38]

Liberalizmde vergilendirme yetkisi karşılık ve mübadele ile açıklanmaya çalışılmıştır.^[39] Bu görüş rasyonalist-ferdiyetçi ve faydacı devlet anlayışından hareket etmektedir. Buna göre vergilendirme vergi alacaklısı ile vergi yükümlüsü arasında bir çeşit değişim olarak kabul edilmekte, verginin karşılıksız olma karakteri göz ardı edilmekte, bireyin vergi ödemeleriyle devletçe sunulan hizmetler arasında bir mübadele eşitliğinin olduğu farz edilmektedir.^[40]

Liberal iktisadi düşünceye göre liberal devletin temel görevi iç ve dış güvenliğin sağlanmasıdır. Vergi ise devletin sunduğu bu hizmetlerin karşılığıdır. Serbest piyasada, nasıl bir mal veya hizmet karşılığı bir bedel ödenirse, bunun gibi devletin sağladığı kamu hizmetleri nedeniyle fertlerin bu hizmetlerden edindiği fayda derecesinde vergiler alınacaktır.^[41]

Liberalistlere göre vergilendirmenin ölçüsünü devletin masrafları tayin edecektir. Bu nedenle devletin masraflarının sınırlı olması, diğer bir anlatımla devletin piyasada hiçbir iş yapmaması gerektiğini savunurlar. Böylece devletin görevleri azalacağını, bunun sonucunda masrafların azalacağını, bu yolla verginin en aza indirileceğini ifade ederler. Öte yandan verginin tasarrufun önünde engel olduğu, vergilerin minimize edilmesiyle sermaye birikiminin kolaylaşacağı iddia edilir. Devlet vergilendirme yetkisini mükellefi en az taciz edecek şekilde kullanılmalı ve düzenlemelidir. Bunun için vasıtalı vergilere ağırlık verilmeli, vasıtasız vergiler mükellefi en az rahatsız edecek şekilde organize edilmelidir. Liberallere göre en zararlı vergiler, veraset ve gelir vergileri gibi zenginler üzerinden alınan ve tasarrufa engel olan vergilerdir.^[42] Liberal teorisinin fikir babası Adam Smith devlet gelirlerini ayrıntılı bir şekilde incelemiş ve çeşitli vergileme ilkeleri belirlemiştir. Smith; kamu hizmetinin finansmanında olağan ve temel gelir kaynağı olarak gördüğü vergilendirmeye ilişkin dört ana ilke ortaya koymaktadır.^[43]

[38] Göze, A. (1995). *Liberal marxiste faşist nasyonal sosyalist ve sosyal devlet*. (3. Baskı), İstanbul: Beta Yayınları, s. 9.

[39] Öncel, Çağan, Kumrulu, *a.g.e.*, s. 39.

[40] Turhan, *a.g.e.*, s. 18.

[41] Erginay, A. (1976). *Kamu maliyesi*, (5. Bası), Ankara, s. 30.

[42] Sur, F. H., (1950). Liberallere göre maliye, *A.Ü.H.F.D.*, 7(3-4) s.567-572, s.568-571.

[43] Savaş, V. F. (2000). *İktisadın tarihi*, (4. Baskı), Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 294.

- Her birey hükümet giderlerine mümkün olduğu kadar ödeyebileceği oranda bir başka ifade ile devletin koruması altında kullanabildiği geliri oranında katkıda bulunmalıdır. (Eşitlik ilkesi)^[44]
- Her bireyin ödemek zorunda olduğu vergi kesin olmalı, keyfi olmamalıdır. (Kesinlik / Belirlilik ilkesi)
- Her vergi mükellef için en uygun zaman ve biçim dikkate alınarak düzenlenmelidir. (Uygunluk ilkesi)
- Vergi toplama maliyetleri (vergi harcamaları) mümkün olduğu kadar az olmalıdır. (Etkinlik / Ekonomiklik ilkesi)^[45]

2.1.3. Sosyalizm ve Vergilendirme Yetkisi

Sosyalist devlette rekabetin gerçekleşeceği bir piyasa sistemi mevcut değildir, merkezi planlama ve bir dağıtım sistemi söz devlet tarafından belirlenmektedir. Sosyalizmin, aynı zamanda sosyal devletin gelişme tarihine bakıldığında sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan yoksul sınıfların, sınıf bilinci kazanıldıkça, kendileri açısından kapitalizmi bir tehlike olarak gördükleri ve onu değiştirmek ve dönüştürmek için hareket etmeye başladıkları görülmektedir. Bu hareketin bir ucu proletarya devriminin gerekliliğine kadar gitmekte, devletin ele geçirilmesi ve yıkılması (sosyal devrim) hedeflenmektedir. Diğer yandan, bazıları içinse, devlete nüfuz edilmesi ve onun değiştirilmesi (sosyal reform) yeter li olarak görülmektedir. Sosyalizmde gelir ve diğer kaynakların dağıtımını üzerinde halk adına kontrol sahibi olan sosyalleştirilmiş bir ekonominin, dağıtım adaleti problemini yapısal seviyede çözeceğine inanılmaktadır.^[46]

Sosyalistlere göre devletin bütçesinin vergiler ve borçlanmadan oluşturulması hatalı olup bütçeyi karmaşık hale getirmektedir ve bu karmaşıklık kapitalist tarih boyunca büyümüştür. İki sınıflı yapıların egemen olduğu devlette vergilendirmeye karar veren kapitalist sınıftır ve bu sınıfça alınan kararlar işçi sınıfının aleyhine olmaktadır. Kapitalistlerin devletin herkesin ortak paydası olduğu ve herkesin devlete vergi yoluyla katkı yapması gerektiği iddiası hatalıdır. Kapitalistlerce kira, faiz ve kardan ödenen vergi işçi sınıfının ödemiş emeği olup esasında vergiler işçi sınıfınca ödenmiş olmaktadır.^[47]

[44] Çalçalı, Ö. (2013). Kamu maliyesi perspektifinden Adam Smith, *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, 6(11), s.100.

[45] Smith, A. (2011). *Milletlerin zenginliği*. (Çev. Haldun Derin), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 927930.

[46] Özdemir, a.g.e., s. 55.

[47] <http://www.worldsocialism.org/spgb/printpdf/book/export/html/4167> (İ.E.T. 24.2.2014).

Marx ve Engels'te ilerici vergilendirme fikri vardır. İlerici vergilendirme de burjuvanın elindeki bütün üretim araçlarının ve sermayenin devletleştirilmesi gerekir. Sosyalizmin başarısızlığına karşın ilerici vergilendirme fikrinin sosyal devlet fikrine kaynaklık ettiği iddia edilmiştir.^[48]

Sosyalistlere göre vergilendirmede üç temel prensip izlenmelidir. Öncelikle dolaylı vergiler azaltılmalı ve doğrudan vergiler artırılmalıdır. Çünkü doğrudan vergiler mali güce göre vergilendirmenin doğal sonucudur ve işçi sınıfının lehine sermaye sınıfının ise aleyhinedir. İkinci olarak vergilendirme toplumda hep artı değere sahip olan elit sınıfa yönelik olmalıdır ve onları ilgilendirmelidir. Son olarak ise işçi sınıfı devletin savunma harcamalarının artırılmasına bu yolla kendisinin vergilendirilmesine karşı çıkmalıdır.^[49]

Sosyalizm uygulamalarına bakıldığında yukarıda yer verilen teorik yaklaşımların vergileme pratiği ile bazı yönlerden doğrulandığı görülmektedir. Örnek olarak Sovyetler Birliği uygulaması gösterilebilir. Sovyetler döneminde özel teşebbüsler nerdeyse yok denecek seviyede tutulmuştu. Üretim aşaması ise sadece devlet teşebbüsleri ve kooperatif teşekküllere bırakılmıştı. Bunun yanında özel istihdama izin verilmemekteydi.^[50] Bununla birlikte doğrudan vergilendirmeye ağırlık verilmesi hususu pratiğe geçirilememiştir. Üretim kaynaklarında farklılaşma olmaması ve benzeri nedenlerle gelir seviyesinde farklılaşma görülemediği için vasıtasız vergilendirmenin bir anlamı olamayacağından asıl olan vasıtalı vergilendirme olmuştur.

Sovyetlerde devletin ekonomik hayattaki ağırlığı %98 seviyesinde idi. Çoğu durumda vergilendirme, sağ cepten alıp sol cebe koyma anlamındaydı. Vergilendirme çoğunlukla plansız (ad hoc) ve keyfi idi. Bunun sonucu olarak Sovyet Rusya'da vergi kültürünün neredeyse hiç var olmadığı söylenebilir.^[51]

[48] Dorn, J. K. *Ending tax socialism*, <http://www.cato.org/publications/commentary/ending-tax-socialism> (İ.E.T. 24.2.2014).

[49] Quelch, H. (1909). Socialism and taxation. Social Democrat, Vol. III, No.11 pp. 481-486; Transcribed: By Ted Crawford., <https://www.marxists.org/archive/quelch/1909/11/taxation.htm> (İ.E.T. 24.2.2014)

[50] Yuluğ, M. (1967). Sovyetler Birliği vergi sistemi. *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi*, (13), s. 146-148.

[51] Birger. N. (2001). *The emergence of tax culture in Russia*, The 57th Congress of the International Institute of Public Finance: The Role of Political Economy in the Theory and Practice of Public Finance, s. 2.

2.2. Devlet Biçimlerine Göre Vergilendirme Yetkisi

2.2.1. Genel Olarak

Biçimlerine göre devletler üniter devlet ve bileşik devlet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bileşik devletler de kendi içinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ancak vergilendirme bakımından önem arz eden ve uygulaması olan birleşik devlet, federal devlet (federasyon) dur. Bunlardan başka ne üniter devlet ne de federal devlet olarak değerlendirilemeyecek olan bölgesel devletler vardır.

Üniter devlet devletin temel unsurları olan ülke, millet ve egemenlik unsurunun tek olduğu devlete verilen isimdir. Üniter devletlerde egemenliği kullanan organlar teklik göstermektedir diğer bir anlatımla üniter devletlerde tek bir yasama tek bir yürütme ve tek bir yargı organı vardır.^[52] Egemenliği kullanan organların tekliği bu organların kendi içerisinde farklı biçimlerde teşkilatlanmasına engel değildir. Örnek olarak üniter devletlerde yargı erki tek olmasına karşın yargı içerisinde uzmanlaşma ve iş bölümüne dayanan yargı kolu ayrımının olması veya farklı bir teşkilatlanma modelinin uygulanması da imkân dâhilindedir. Aynı şekilde üniter devlette egemenliği kullanan organların tekliği idarenin teşkilatlanmasında merkez ve taşra teşkilatı ve hizmet ve yerel yerinden yönetim yapılanması oluşturulmasına engel değildir.

Bileşik devlete, iki veya daha çok devlet farklı nedenlerle birleşerek ayrı bir devlet oluştururlar. Bu birlikteliği oluşturan devletler egemenliklerini farklı yasama yürütme ve yargı organlarıyla kullanabilirler. Federal devlette bileşik devletlerden olup uluslararası kişiliğe sahip bir merkezi nitelikli federal devlet ve uluslararası kişiliğe ve temsile sahip olmayan federe devletlerin aralarında anayasal güvenceye dayalı bir yetki paylaşımıyla oluşturdukları devlet topluluğudur.^[53] Federal devletlerde iki farklı devlet yapısı vardır ve bunlar kendi yetki alanlarında hareket ederler. Bazı konularda her federe devlete ayrı bir yetkinin verilmesi düşünülemez. Örneğin para basma konusunda yetki federal devlete aittir ve federe devletler kendi p aralarını basamazlar. Öte yandan federal devlette farklı devlet yapılarının sonucu olarak farklı hukuk düzenleri, farklı yasama organları ve farklı yürütme yapıları mevcuttur.

Devletin örgütleniş biçiminden kaynaklı özellikler vergilendirme yetkisini de etkileyebilmektedir. Bir devletin merkezi veya federal yapıya sahip olma-

[52] Nalbant, A. (1997). *Üniter devlet bölgeselleşmeden küreselleşmeye*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 44.

[53] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s.143.

sına göre vergilendirme yetkisinin kullanılması veya bölüşümü değişkenlik gösterir. Üniter devletlerde siyasal iktidar teklik gösterdiğinden vergilendirme yetkisinin bölüşümü ancak mahalli idarelerle olmaktadır. Federalizmde ise vergilendirme yetkisinin de dâhil olduğu egemenliğin içerdiği yetkiler, federal devlet ile federe devletler arasında paylaşılmaktadır. Vergilendirme yetkisinin paylaşımına ilişkin kurallar, ilke olarak bu devletlerin anayasalarında yer alır. Diğer yandan gerek federal devletlerde gerek merkezi devletlerde mahalli idarelere belirli sınırlar içinde vergi koyma, tahakkuk ve tahsil yetkileri de verilebilmektedir.

2.2.2. Üniter Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

Üniter devletlerin idari teşkilatı merkezi idare ve mahalli idare olarak ayrılmakta olup merkezi idare de başkent teşkilatı ve taşra teşkilatı olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak üniter devletlerin merkezi idaresi başkent ve taşra teşkilatı olarak ayrılmış olsa da bir bütündür ve vergilendirme yetkisinin de dâhil olduğu bütün yetkiler esas itibarıyla başkent teşkilatında toplanmaktadır. Üniter devletin başkent ve taşra teşkilatlarının gelir ve giderleri tek bir bütçe de toplanır ve buna merkezi bütçe denir.^[54] Genel olarak başkent teşkilatı vergilendirme faaliyetlerini programlamakta ve yönetmekteyken taşra teşkilatı sadece vergilerin tahsiline yönelik faaliyet yürütmektedir. Üniter devletlerde vergilendirme yetkisinin kullanımı merkezi idare ve mahalli idare düzeyinde ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak vergilendirme yetkisi kısmen meslek kuruluşlarına örneğin ticaret ve sanayi odalarına, borsalarına veya dinsel niteliğe haiz kilise v.b. kuruluşlarla da paylaşılabilir.^[55] Vergilendirme yetkisinin ne kadarının paylaşılacağı mahalli idarelere tanınan mali özerklikle ilgilidir. Mali özerklik merkezi yönetimce belli sınırlar dâhilinde mahalli idarelere finansal kaynakların tahsisi konusunda karar verme ve vergi toplama yetkisinin tanınmasıdır.^[56] Bu yetki ile mahalli idareler yasal düzenlemeler çerçevesinde ayrı gelir kaynaklarına sahip olabilmekte ve kendi organlarının kararlarına dayanarak harcama yapabilmektedirler. Mali özerklik ülkedeki tüm hizmetlerin merkezi idarece yapılamamasının doğal bir sonucudur. Bireylerin mahalli idare hizmetlerine ihtiyaç duyması ve bu hizmetlerin finansmanı sorunu mali özerklik fikrinin temelini oluşturmaktadır. Vergilendirme yetkisinin hangi

[54] Özyörük, M. (1977). *İdare hukuku ders notları*, Teksir, Ankara, s. 32.

[55] Çağan, a.g.e., s. 8.

[56] Boschmann, N. *Fiscal decentralization and options for donor harmonisation*. http://www.delog.org/cms/upload/pdf/Fiscal_Decentralisation.pdf aktaran Egeli, H., Diril, F. (2012). Türkiye’de yerel yönetimlerde mali özerklik ve vergilendirme yetkisi. *Sayıştay Dergisi*, (84) s. 27.

ölçüde mahalli idarelere bırakılacağı sorunu mali özerkliğin ölçüsüne göre cevaplandırılabilir. Vergilendirme yetkisini egemenlik gücüne dayanarak kullanan merkezi idare bu yetkiyi mahalli idarelere devrettiği ölçüde mali özerkliğin boyutları değişebilmekte ve vergilendirme yetkisi-mali özerklik ilişkisinin önemi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu ölçü merkezi idarenin güçlülük derecesine göre değişiklik arz etmektedir. Merkezi idarenin güçlü olduğu İngiltere ve Fransa gibi ülkelerde vergilendirmeyetkisi büyük ölçüde merkezi idarece kullanılmaktadır.^[57]


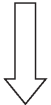
Üniter devletlerde vergilendirme yetkisi doğal olarak merkezi yönetime aittir. Üniter devletlerde mahalli idarelere tanınacak vergilendirme yetkisi genel olarak yasa ile belirlenmektedir. Örneğin ülkemizde 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda mahalli idare olan belediyece görülecek olan hizmetlerin finansmanı maksadıyla katılma payı adı altında istenebilecek bedeller öngörülmüştür.^[58] Yerel nitelikli vergilerin ve harçların oranlarının belirlenmesinde mahalli idarelerin yetkileri sınırlıdır ve benzer şekilde yasalarca çizilen çerçevede kullanılabilir. Aynı yasada hizmet karşılığı alınacak ücretlerin belirlenmesinde belediye meclislerine tarife düzenleme yetkisi verilmiştir.^[59]

[57] Arıkan, *a.g.t.*, s.18.

[58] Örneğin 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu Yol Harcamalarına Katılma Payı: Madde 86 - (Değişik Birinci Cümle: 12/11/2012-6360/28. madde) Belediyelerce veya belediyelere bağlı müesseselerce

[59] 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu Ücrete Tabi İşler: Madde 97 (Değişik: 4/12/1985 3239/125. madde.) Belediyeler bu kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet (...) (1) için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir. Belediye'ye tekel olarak verilmiş işler kendi özel hükümlerine tabidir.

Çizelge 2.1. Mahalli İdarelerin Gelirlerinin Mali Özerklik Açısından Sıralanışı^[60]

 Yüksek mahalli özerklik	Yerel vergiler	Verginin oran ve matrahı yerel yönetimlerin kontrolündedir.
	Ek vergi ve ek oran yoluyla sağlanan gelirler	Verginin matrahı merkezi yönetim tarafından belirlenirken, oranı yerel yönetimlerin kontrolü altındadır.
	Vergi dışı gelirler	Hizmet karşılığında alınacak ücretin tutarını yerel yönetimler belirlemektedir.
	Paylaşılan vergiler	Verginin matrahı ve oranı merkezi yönetim tarafından belirlenmektedir. Ancak, paylaşımında uygulanan yöntemle ilgili olarak yerel yönetimler mali kapasitelerinin artırarak paylaşım sonrası alacakları payı etkileyebilir olanağına sahiptir.
	Genel amaçlı yardımlar	Genel amaçlı yardımlar, merkezi yönetim tarafından herhangi bir koşula bağlı olmaksızın yapılmaktadır. Bu tip yardımlarda yerel yönetimler yardımları herhangi bir kısıtlama olmaksızın serbestçe harcayabilmektedir.
	Özel amaçlı yardımlar	Merkezi yönetim tarafından yerel yönetimlerin yaptıkları belirli harcamalarla orantılı olarak ya da belirli amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla verilmektedir. Özel amaçlı yardımlarda, paranın nereye harcanacağı merkezi yönetim tarafından belirlenmektedir.
 Düşük mahalli özerklik		

[60] Ulusoy, A., Akdemir, T. (2009). Yerel yönetimler ve mali özerklik: Türkiye ve OECD ülkelerinin karşılaştırmalı analizi, *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 12(21), s. 268.

Çizelge 2.2. Mali Özerkleşme ve Yönetimler Arası Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı

Mali Özerkliğin Aşamaları	Vergilendirme Yetkisinin Aşamaları
Geniş Mali Özerklik	Yerel yönetimlere belirli vergi alanları tanınmakta ve bırakılmaktadır. Yerel yönetimlerin ilgili organları bu vergilerin konularını, yükümlülerini, matrahlarını, oranlarını ve diğer koşulların belirleme yetkisine sahiptir. Vergilendirme yetkisinin en geniş şekliyle yerel yönetimler tarafından kullanıldığı bir aşama olarak görülebilir.
Sınırlı Mali Özerklik	Vergilendirme yetkisi sınırlı ölçüde yerel yönetimlere devredilmektedir. Yasama yetkisinin yerel yönetimlere devrinin olmadığı sadece yerel yönetimlere tahsisi uygun görülen bir kısım vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkisinin devrini ifade eden bir yöntemdir. Ayrıca, merkezin belirlediği belirli sınırlar dâhilinde vergi oranlarının belirlenmesi şeklinde devri tanınabilmektedir.
Merkeze Bağlılık	Tarh ve tahsil yetkisinin tamamen merkezi devlet tarafından kullanıldığı yerel yönetimlere ancak, elde edilen vergilerden, çeşitli ölçütlere göre pay aktarılan bir aşamadır.

Çizelgede ülkede mali özerkliğin hangi düzeyde olduğu ve vergilendirme yetkisinin kullanımının hangi düzeyde olduğu gösterilmiştir.

Geniş mali özerklik, mahalli idarelere vergilendirme kapsamında konular oluşturma, bunların matrahlarını, vergi oranlarını ve diğer koşulları belirleme hakkı verilmesi, diğer bir anlatımla bağımsız bir vergileme yetkisi alanı bırakılması anlamına gelir. Geniş mali özerklikte mahalli idareler hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın tam bir vergilendirme yetkisine sahiptirler. Bağımsız vergilendirme yetkisinden anlaşılması gereken, mahalli idarelerin kendi başına vergi oluşturabilmesi, bu verginin oranını belirleyebilmesi ve nihayet vergiyi tahsil edebilmesidir.^[61] Geniş mali özerkliğin avantajları ve dezavantajları vardır. Geniş mali özerklik, mahalli idarelere yerel ihtiyaçların daha iyi gözlemlenmesi ve yerine getirilmesi için finansman yaratma olanağı sunmakla birlikte vergilendirme sisteminin birliğini bozmakta, farklı gelişmişlik düzeylerine sahip mahalli idareler oluşmasına yol açabilmektedir. Her halükârda merkezi

[61] Egeli, H., Diril, F. (2012). Türkiye’de yerel yönetimlerde mali özerklik ve vergilendirme yetkisi. *Sayıştay Dergisi*, (84), s. 31.

idarenin genel bir denetleme yetkisi vardır.^[62]

Sınırlı mali özerklikte ise, devletin vergilendirme konusundaki yasama yetkisi mahalli idarelere devredilmez, diğer bir anlatımla, mahalli idareler yeni bir vergi konusu yaratamazlar, sadece bazı vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkisine sahip olurlar. Bu yöntemin vergi gelirlerinin ağırlıklı olarak merkezi yönetimin elinde toplanmasına yol açtığı, mahalli idarelere ise sınırlı ölçüde bazı yerel vergiler ve harçların tahsil yetkisi bıraktığı, bunun sonucunda mahalli idarelerin merkeze olan bağımlılıklarının arttığı iddia edilmiştir. Mahalli idarelerin merkezi idarenin müdahalesinden uzak faaliyette bulunmalarının oldukça güç olması, etkin kaynak kullanımını bakımından yetersiz kalınması ve bölgesel olarak farklılaşan hizmetlerin yerine getirilmesinin güçleşmesi, bu yöntemin zayıf noktalarını oluşturmaktadır.^[63]

Merkeze bağlılık yönteminde, vergilendirme yetkisi merkezi yönetime aittir. Vergi koyma ve vergilemeye ilişkin diğer hususların merkezi yönetim tarafından belirlendiği bu yöntemde nüfus, ulusal gelirden aldıkları pay gibi çeşitli kriterlere göre yerel yönetimlere pay verilmektedir. Tamamen merkeze bağlı bir kaynak kullanımı söz konusu olduğundan mali özerklik sağlanamamaktadır.^[64]

Mahalli idarelere vergilendirme yetkisinin devri, özellikle bina, arazi ve arsa vergileri gibi yerel özelliği daha belirgin olan vergilerin mahalli idarelerin yetki alanları içinde bırakılması, demokratik devlet ilkesine daha uygundur. Mahalli hizmetlerin mahalli sınırlar içinde bulunan taşınmazlarla yakın ilişkisi olması, bu durumu doğrulamaktadır. Gelişmiş demokrasilerde söz konusu vergilerin mahalli idarelerin yetkisine bırakıldığı görülmektedir.^[65] Örneğin Fransız Anayasası'nda mahalli idarelerin yasayla belirlenen şartlar çerçevesinde, serbestçe tasarruf edebilecekleri gelirlere sahip olduğu, her türlü vergi gelirlerinin tamamını veya bir kısmını alabilecekleri, vergi yasalarının belirlediği sınırlar içinde, mahalli idarelere, vergilerin matrah ve oranının tespitine yasayla izin verilebileceği, vergi gelirlerinin ve öz kaynakların, her yerel yönetim kategorisi için, gelirlerinin tamamı içinde önemli bir bölümünü teşkil edeceği, bu kuralın gerçekleştirilmesi koşullarının ise bir yasayla belirleneceği ifade edilmiştir. (Any. 72-2/1, 2, 3) Benzer bir hükümde 1982 Anayasası'nda yer almakta, mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı hükme bağlanmıştır. Ancak Anayasa'da da bu gelirlerin hangi kaynaklardan

[62] Öncel, Çağan, Kumrulu, a.g.e., s. 44.

[63] Egeli, Diril, a.g.m., s. 32.

[64] Öncel, Çağan, Kumrulu, a.g.e., s. 44.

[65] Öncel, Çağan, Kumrulu, a.g.e., s. 45.

ve nasıl sağlanacağı ve nasıl güvence altına alınacağı belirtilmemiştir.^[66] Salt madde metninden hareketle mahalli idarelere hangi oranda vergilendirme yetkisinin devredildiğine ilişkin bir sonuca ulaşılması zordur. Türkiye’de mali özerkliğin niteliği ancak yasaların yorumlanması ile anlaşılabilir.

Vergilendirme yetkisinin mahalli idarelere devri konusunda uygulamada en çok karşılaşılan yöntem, vergi matrahının merkezi idarece belirlendiği, buna karşılık, vergi oranını belirlemede mahalli idarelere serbestliğin tanındığı sistemdir. Özellikle, Belçika, Danimarka, Hollanda, İngiltere İsviçre, İsviçre gibi ülkelerde uygulanan bu sistemde, mahalli idareler genellikle merkezi idarenin belirlediği sınırlar çerçevesinde vergi oranlarını belirlemede ve bu oranların dışına çıkamamaktadır. Vergi oranlarını mahalli idarelerin belirlediği bu yöntemin yanı sıra, Avusturya, Belçika, İspanya ve Portekiz’de mahalli idarelere vergi matrahını belirleme konusunda da önemli serbesti tanındığı görülmektedir.^[67]

Vergilendirme yetkisinin mahalli idarelere devri ve mahalli idarelerin mali özerliğinden bahsedilirken Avrupa Mahalli Yönetimler Özerklik Şartı’na değinmek yerinde olacaktır. Avrupa Mahalli Yönetimler Özerklik Şartı’nda, özerk mahalli yönetimler ilkesinin ulusal mevzuatla ve uygun olduğu durumlarda anayasa ile tanınacağı (m.2), özerk mahalli yönetim kavramının, mahalli makamların, kanunlarla belirtilen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkânı anlamını taşıdığı (m.3) hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerin amacının ise bireylere en yakın birim olan mahalli idarelerin haklarına ilişkin bir Avrupa standardı oluşturmak ve yu rttışa günlük yaşam çevresini etkileyen karar süreçlerine etkin katılma olanağını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Mali özerliği açıklayan 9.madde de, mahalli idarelere yeterli mali kaynakların sağlanması, mali kaynakların anayasa ve kanunla belirlenen sorumlulukla orantılı olması ve mali kaynakların en azından bir kısmının, kanuni sınırlar içinde, mahalli olarak belirlenen vergilerden karşılanması esası getirilmiştir. Maddenin 3. Fıkrasında “Mahalli idarelerin malî kaynaklarının en azından bir bölümü oran larını kanunun koyduğu sınırlar dâhilinde kendilerinin belirleyebilecekleri mahalli ve vergi ve harçlardan sağlanacaktır” hükmü yer almıştır. Maddenin gerekçesinde verilen hizmetlerden sağlanan fayda ile bunun mahalli vergi mükellefine veya kullanıcıya getireceği maliyeti belirleme konusundaki politik tercih, mahalli seçilmiş temsilcilerin temel görevidir. Merkezi veya bölgesel kanunların, mahalli ida-

[66] Öncel, Çağan, Kumrulu, *a.g.e.*, s.45.

[67] Ulusoy, Akdemir, *a.g.m.*, s. 274.

relerin vergilendirme yetkisinin genel sınırlarını belirlemesi kabul edilmiştir; ancak bu kanunlar, mahalli sorumlulukların etkin biçimde gerçekleştirilmesini önleyici mahiyette olmamalıdır.”^[68]

Avrupa Mahalli Özerklik Şartı'nın getirdiği ölçüler bağlamında, ülkemizde, merkezi idareden aktarılan payların düşük olduğundan mahalli idarelerin gelir kaynakları bakımından yetersiz olduğundan, mahalli idarelerin gelir paylaşımı konusunda çok sınırlı imkânlarla sahip olduğu görülmektedir. Örnekleme gerekirse, tahsil yetkisi mahalli idarelere bırakılmış emlak vergisinin belediye toplam geliri içindeki payı ancak %4-5 arasındadır. Bu durumdan hareketle, ülkemizdeki uygulamanın pay dağıtım ilkesi olduğu ve ülkemizde Avrupa Yerel Özerklik Şartı'nda belirtilen yerellik ilkesine yeterince uyulmadığı sonucu çıkarılabilir.^[69]

Üniter devlet yapısına sahip ülkeler açısından mahalli idarelere vergilendirme yetkisi devredilirken, saydamlık ve hesap verilebilirlik ilkelerine bağlı kalınması gerekmektedir. Bunun yanında mali gücün kullanımının merkezî kontrol ve denetimine bırakılması vergilendirme yetkisinin devri için öncelikli koşullardan birisidir. Bunun için idari yapıyı bozmayacak nitelikte mali özerkliğin sağlanması ve üniter yapının korunmasına yönelik tedbirlerin alınması gerekmektedir.^[70]

2.2.3. Federal Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

2.2.3.1. Genel Olarak

Federal devletlerde devlet fonksiyonları, üniter devletten farklı olarak, tek bir merkezde toplanmayıp, federal devlet ve federe devlet idareleri arasında bölüştürülür. Federe devletlerin yetki alanı, ülkenin belirli bölgeleri veya yurttaşların belirli bir kısmı ile sınırlıdır.^[71] Federe devlet içinde yaşayanların iki tür vatandaşlığı vardır. Bunlar hem bir federe devletin, hem de federal devletin vatandaşlarıdır. Devlet egemenliğinin içte kullanılması, federe devletlerle, federal devlet arasında bölüşülmüştür. Klasik egemenlik teorisine göre ege-

[68] Yaltı, B. (2010). Anayasa mimarisinde bir yapıtaş; mahalli idarelerin vergilendirme yetkisi üzerine değerlendirmeler, *Vergi Sorunları Dergisi*, (261), s. 7-17, s. 8.

[69] Güler, B. A. (2005). Avrupa ve yerel yönetimlerin anayasal konumu Avrupa bölgesel ve yerel kongresinin değişikliği istekleri, *Genel- iş Emek Araştırma Dergisi*, (1), Ankara, s. 39-40. aktaran Egeli, Diril, a.g.m., s. 37.

[70] Egeli, Diril, a.g.m., s. 29.

[71] Uygun, O. (2001). *Ulusüstü siyasal birlikler ve küreselleşme, küreselleşme ve ulus devlet*. (Der. M. Koray), İstanbul: Y.T.Ü. Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, s. 151-178.

menlik bölünemezken, federalizmde bölünmüş bir egemenliğin varlığı söz konusudur.^[72] Federal organların kendi yetki sahasında aldıkları kararlar, federe devletlerde geçerlidir ve doğrudan doğruya uygulanma kabiliyetine sahiptir. Dış egemenliğin kullanılması ise, federal devlete aittir.^[73] Federal devlette, bütün federe devletler hukuki bakımdan bir birine eşit ve bağımsız siyasal birimlerdir. Sahip oldukları yetkiler birbirine diğerine aktarılmaz. Federe devletler, bir başka ve daha üstün olan bir devletin yetki aktarımı sonucu ortaya çıkmış değildirler. Aynı özellik, ulusal ölçekte kurulan federal yönetim için de geçerlidir. Federal siyasal sistemin kendisi, yetkilerin çok sayıda iktidar merkezi arasında bölünmesinin kabul edilmesi ile ortaya çıkmıştır.^[74] Federal devlet ile federe devletler arasında yapılmış yetki paylaşımında bu devletlere güvence verilmiştir. Bu güvencenin sağlanması için yetki paylaşımının anayasayla yapılmış olması, anayasanın değiştirilmesine federe devletlerin katılabilemesi ve federe devletler ile federal devlet arasında çıkabilecek yetki uyumsuzluklarının yargısal çözümünün öngörülmüş olması gereklidir. Federal devlet ile federe devletler arasında bağ anayasal nitelikte olduğu için bir federe devletin federeasyondan ayrılma hakkı hukuken yoktur.^[75]

Federasyonlarda federal devletin hukuk düzeni ve federe devletlerin kendi hukuk düzenleri olmak üzere iki ayrı hukuk düzeninden bahsedilebilmektedir. Federal hukuk düzeni federal sınırlar içinde diğer bir anlatımla bütün federe devletlerin sınırlarını kapsar biçimde uygulanır. Örneğin Boston şehrinde yaşayan bir vatandaş bu şehrin bağlı olduğu Massachusetts eyaletinin hukuk düzeni tabi olmakla beraber tüm A.B.D. federal anayasasına ve kanunlarına da tabidir.

Federalizmde federal hukukla federe hukukun çatışma durumunda federal hukukun federe hukuka üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Örneğin Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda federe devletlerin anayasalarının federal Anayasada belirlenen cumhuriyetçi, demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun olmak zorunda olduğu ifade edilmiştir.^[76] Federal hukukun bir federe

[72] Gözler, *Anayasa hukukunun genel teorisi*, s. 161.

[73] Gözübüyük, A. Ş. (2007). *Anayasa hukuku anayasa metni ve 11. protokole göre hazırlanmış Avrupa insan hakları sözleşmesi*. (15. Bası), Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s.21.

[74] Uygun, O. (1996). *Federal devlet: Temel ilkeler, kurumlar ve uygulama*. İstanbul: Çınar Yayınları, s.163 166.

[75] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s.143.

[76] *Basic law for the federal republic of Germany*, (Çev. Christian Tomuschat, David, P.), Currie, Service of the German Bundestag, <https://www.btg.bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (İ. T. 4.3.2014).

devlette uygulanabilmesi için ayrıca federe devletin bu hukuku kendi iç hukukuna aktarmasına gerek olmayıp doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Ancak federal devlet hukukun üstünlüğünün geçerli olabilmesi düzenleme konusunun federal anayasayla federal devletin yetkialanına bırakılmış olmasına bağlıdır.^[77]

Federalizmde vergilendirme yetkisinin kime ait olacağı hususunda federal ve federe devletler arasındaki yetkiye ilişkin değerlendirmeler öncelikle geçerlidir. Bu bağlamda federal devletin vergilendirme yetkisi federe devlet ülkesi ve milletini kapsayan tüm ülke üzerinde geçerlidir. Federe devletin vergilendirme yetkisini kullanabileceği alan ise ancak federe devlet ülkesi ve milletidir. Aynı örnekten hareketle Boston şehrinde yaşayan bir A.B.D. Federal Devleti vatandaşı federal devletin yetkili kıldığı alanlarda federal devletin mükellefi olarak onun koyduğu düzenlemelere göre hareket etmek zorundadır. Diğer yandan aynı kişi Massachusets federe devletinin vergilendirme yetkisinin de muhatabıdır. Daha da somutlaştıracak olursak alkollü içkiler ve tütün vergisi dışındaki satış vergileri genellikle eyaletler ve mahalli yönetimlerce tahsil edilmektedir. Diğer bir deyişle A.B.D.'de harcamalardan alınan satış vergisi oranının belirlenmesi ve tahsili federe devletlerin yetki alanına bırakılmıştır. Her eyalet ayrı bir satış vergisi oranı tespit edebilmektedir. Bazı eyaletlerde satış vergisi hiç alınmamaktadır.^[78] Örneğin Massachusets federe devletinde satış vergisi oranı %6 olup bu eyaletin yetki sınırında yapılan sayışlardan bu oranda satış vergisi tahsil edilmekte, satış vergisi oranı %0 olan New Hampshire federe devletinde aynı satıştan hiç vergi alınmamaktadır. Ancak federal devletçe belirlenen kişisel gelir vergisi her federe devlette yaşayan A.B.D. vatandaşı için geçerlidir ve her vatandaş yaşadığı federe devlete bağlı olmaksızın bu verginin mükellefidir. Buna ek olarak her federe devlette federal devletin tahsil ettiği gelir vergisine benzer vergi ihdas etmeye, oranlarını belirlemeye ve tahsil etmeye kısacası vergilendirmeye yetkisi vardır. Federal ve federe devletlerin vergilendirme yetkisini genel olarak açıkladıktan ve bu yetkilerini kapsamını örneklendirdikten sonra federal ve federe devletlerin vergilendirme yetkisini münhasıran ele alabiliriz.

2.2.3.2. Federal Devlette Vergilendirme Yetkisi

Federalizmde federal devletin ve federe devletlerin varlığından ve üst üste geçen iki hukuk üzeninden bahsetmiştik. Federal hukukun federe hukuka üstünlüğü ilkesi gereği federal devletin vergilendirme yetkisinin de federe

[77] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s. 167.

[78] Demir, İ. C. (2008). A.B.D. vergi sistemi ve gelir idaresi, *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, X(1), s. 283.

devletin vergilendirme yetkisine üstün olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Ayrıca federal devletin vergilendirme yetkisinin tüm ülke ve millet üzerinde uygulanabilirliği bulunmaktadır. Ancak federal devletin vergilendirme yetkisinin sınırsız uygulanabilirliği pratikte söz konusu olamaz. Federe devletlerin federal yasama organına devlet olarak katılma ilkesi gereği, federal devletin vergilendirme yetkisini kullanacak yasama organları iki meclisli şekilde federe devletlerin katılımı ile oluşturulmaktadır.^[79] Örneğin Almanya'da yasama organı iki meclisli bir biçimde oluşmuştur ve Bundesrat federe devletleri temsil eden meclistir. Federe devletler ve federal devlet arasında vergilendirme yetkisinin kullanımına yönelik kanunlar yapılıma sürecinde iki meclisin yetkileri arasında eşitlik vardır. Bu nedenle federe devletleri ve vatandaşlarını ciddi anlamda etkileyebilecek düzenlemelerin ve uygulamaların hayata geçmesi pratik açıdan zordur. Sonuç olarak federal devlette vergilendirme yetkisi federe devletleri ve vatandaşlarını zor duruma sokmayacak biçimde, dengeli ve katılımcı yollarla kullanılabilir.

Bazı vergilerin niteliği gereği federal devletin yetki alanında olması gerekmektedir. Federal devlet dış egemenlik açısından tek yetkili olduğundan federal devlete giren ürünlerden kaynaklı gümrük vergilerinin federal devletin yetki alanında olması gerektiği açıktır. Federal devlet uygulamalarının da bu yönde olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin A.B.D.'de dış ticaretten alınan gümrük vergilerini sadece federal devlet tahsil edebilir.^[80] Bunun yanında bazı vergilerde niteliği gereği sadece federe devletlerce alınmaktadır. Örneğin emlak vergileri niteliği gereği taşınmazın bulunduğu federe devlet tarafından tahsil edilmektedir.

Federalizmin de federe devletlerin birbirleri ile sınırları yapay niteliktedir ve insan ve mal hareketi sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle bir federe devlette mukim özel veya tüzel kişilerin farklı federe devletler bünyesinde gelir elde etmesi mümkündür ve çoğunlukla gerçekleşmektedir. Bu noktada kişisel gelirin veya kurum gelirin bir federe devletçe vergilendirilmesi ve o federe devlete aktarımı mümkün olmayacaktır. Farklı federe devletlerce birden çok kez vergilendirilmesi ise son derece karmaşık olacak ve pratik olarak mümkün olmayacaktır. Bir federe devletin diğer federe devletlerin yetki alanına müdahale edememesi, oradaki gelir hakkında bilgi sahibi olmasının güç olması,^[81] onları denetleme yetkisi olmaması ve gelirin hangi kısmının hangi oranda hangi fe-

[79] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s. 154.

[80] Demir, *a.g.m.*, s. 281.

[81] Buchanan, J. M., Flowers, M. R. (1987). *The public finance*, Sixth Edition, s. 324-325 aktaran, Arıkan, a.g.t., s. 14.

dere devletçe belirleneceği hususunda karmaşa çıkacak olması bu sonucu doğurmaktadır. Bu nedenle kişisel gelirin veya kurum gelirinin federe devletlerce değil federal devlet tarafından vergilendirilmesi gerekecektir. Federalizmin geçerli olduğu ülkelerde genel uygulama da benzer yöndedir. Ancak bu yaklaşım federe devletlerin ek olarak kişisel geliri veya kurum gelirini vergilendirmesine engel değildir.

Kişisel gelirin veya kurum gelirin vergilendirilmesinde vergilendirme yetkisinin federal devlete ait olmasının diğer bir nedeni de bu vergilerin diğer vergilere nazaran idari maliyetlerinin yüksek oluşundan kaynaklanmaktadır. Çünkü bu gelirlerle ilişkin vergilerin tahakkuku, tahsili ve denetlenmesi çok sayıda personel ve teçhizat gerektirir. Bu durumun ortaya çıkardığı yüksek maliyet göz önünde bulundurulduğunda bu maliyetin merkezi bir yapı niteliğinde olan federal devletçe organize edilmesi daha etkili ve yerinde olacaktır.^[82]

Federal devletçe kullanılacak vergilendirme yetkisinin federe devletleri ve vatandaşlarını etkileyeceği açıktır. Çünkü federal devletin ülkesi federe devletler ülkesinin tamamı vatandaşları, federe devlet vatandaşlarının tamamıdır. Federalizmin niteliği gereği federe devletlerle federal devlet arasındaki vergilendirme yetkisinin bölüşümünün ihlal edilmesi durumunda bunu engelleyecek müesseselerin ihdası gerekir. Aksi halde federal devletin yetki alanını ihlal etmesi her zaman muhtemeldir. Bu nedenle federal devletin ve federe devletlerin, kendi onaylarıyla ortaya çıkan anayasaya uygun davranmaları gerekir. Ortaya çıkacak yetki uyumsuzluklarının, yetkili organlarca genellikle yargı organıdır çözümlenmesi gerekmektedir.

2.2.3.3. Federe Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

Federalizmin hukuki niteliği gereği egemenliğin içerdiği yetkilerin, federal devlet ile federe devletler ve mahalli idareler arasında paylaşılarak kullanılması gerekir. Vergilendirme yetkisi bakımından da aynı paylaşım söz konusu olmaktadır. Yetki paylaşımına ilişkin kurallar, ilke olarak bu devletlerin anayasalarında yer alır. Öte yandan gerek federal devletlerde gerek merkezi devletlerde mahalli idarelere belirli sınırlar içinde vergi koyma veya tarh, tahakkuk ve tahsil yetkileri verilmiştir.^[83]

Diğer yandan federalizmde her federe devlete münhasır bir egemenlik alanı tanınmaktadır. Federe devletler anayasa ile belirlenmiş konularda ve sınırlarda, kendi ülkesi ile kendi vatandaşları üzerinde vergilendirme yetkisine,

[82] Musgrave, R. A., Musgrave, P. B. *Public finance in theory and practice*, Fifth Edition, Mc. Graw Hill Book Company, ss. 203 aktaran Arıkan, a.g.t., s. 14.

[83] Çağan, a.g.e., s. 57.

dolayısıyla mali egemenliğe sahiptirler. Bununla birlikte aynı ülke ve insanlar üzerinde federal devletin de aynı yetkiye sahip olduğu açıktır. Buradan hareketle aynı alanda yetki kullanabilecek olan egemenliklerin çatışması söz konusu olabilir. Böyle bir çatışmanın oluşmaması için yetki alanlarının netleştirilmesi gerekmektedir. Bu da ancak devletlerin vergilendirme yetkilerinin anayasayla belirlenmesi ile mümkündür.

Vergilendirme yetkilerinin belirlenmesinde farklı usuller getirilmiştir. En fazla uygulanan yöntemle göre federal devletin yetkileri tek tek sayılır ve sayılan yetkiler dışında kalan yetkilerin federe devletlere ait olduğu varsayılır. İkinci sistemde anayasada federe devletlerin yetkileri tek tek sayılır, bu yetkiler dışında kalan yetkilerin federal devlete ait olduğu varsayılır. Son olarak bazı anayasalarda federal devletin münhasır yetkisi olduğu belirtildikten sonra diğer alanlarda hem federal hem de federe devletlerin yetkili olduğu ifade edilebilir.^[84] Federe devletler ile federal devlet arasında yetki paylaşımına ilişkin bu yöntemler vergilendirme yetkisi için de geçerlidir. Örneğin İsviçre Anayasası, kantonların yani federe devletlerin ancak anayasanın açık bir biçimde federal devlete bıraktıklarının dışında kalan vergileri tarh ve tahsil edebilme yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir.^[85]

Vergilendirme yetkisinin kullanım alanı farklı vergiler olabileceğinden vergi türlerine göre yetkilendirme ayrı bir yöntem olarak kullanılmaktadır. Örneğin İsviçre Anayasasında vergi türüne göre yapılmış bir ayırım bulunmaktadır. Buna göre gümrük vergileri ile damga vergisi konuları federal devletin yetki alanına bırakılmış olup kantonlar bu konular üzerinde vergilendirme yetkisine sahip değillerdir.^[86] Öte yandan benzer bir yaklaşım mahalli idareler ile federe devletler arasındaki yetki paylaşımı içinde kullanılmaktadır. Örneğin A.B.D.'de federe devletler harcama ve satış vergileri ile lisans vergisi gibi vergiler konusunda yetki sahibi iken mahalli idareler daha yerel niteliğe sahip olan emlak vergisi konusunda yetki sahibidirler.^[87]

Vergilendirme yetkisi konusunda federe devletler arasındaki yetki paylaşımında mülklik ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. Federe devletler kendilerine tanınan vergisel konularda yer bakımından yetkilidirler. Diğer bir anlatımla her federe devlet kendi ülkesi ve vatandaşları üzerinde yetkilidir.

[84] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s. 170.

[85] [Http://www.Admin.Ch/Ch/E/Rs/1/101.En.Pdf](http://www.Admin.Ch/Ch/E/Rs/1/101.En.Pdf) (İ.E.T. 5.3.2014)

[86] Nadaroğlu, H. (1998). *Mahalli idareler teorisi ekonomisi uygulaması*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 106-107.

[87] Sharp, A. M., Slinger, B. F. (1964). *Publicfinance*. Ilhonis: Dorsey Press, Homewood, s. 316. aktaran Arıkan, a.g.t., s. 15.

Federe devletler arasında konu bakımından bir uyuşmazlık çıkması mümkün olmasa da yer bakımından uyuşmazlıklar çıkabilir. Bu uyuşmazlığı çözecek organ genellikle anayasalarda gösterilmektedir. Örneğin Federal Almanya Anayasası'nın 93. maddesinin 4. fıkrasında federal devlet ile federe devletler arasında veya federe devletlerin kendi aralarında veya başka bir yasa yolu bulunmadığı takdirde bir federe devlet içinde çıkan kamu hukuku uyuşmazlıkları çözüme bağlama konusunda Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkili olduğunu ifade etmektedir.^[88] Federe devletlerin vergilendirme yetkisini kullanırken verginin ekonomik yönünü ihmal etmemeleri gerekir. Çünkü vergilendirme yetkisinin muhatabı olan özel ve tüzel kişiler; kendisine izin verilen her konuda vergilendirmeye giden ve aşırı vergi yükleri getiren federe devletlerin yetki alanlarında yaşamaktan, gelir elde etmekten ve yatırım yapmaktan kaçınacaklardır. Bu durum ise federe devletin gelişimime mâni olacaktır. Sonuç olarak federe devletlerin vergilendirme yetkisinin hukuksal sınırlarınının başka ekonomik sınırlarınının da olduğu söylenebilir.

Federe devlet yapılanması içinde mahalli idarelere belirli sınırlar içinde vergilendirme yetkisi verilmektedir. Bu genellikle yetki paylaşımı yoluyla olmaktadır. Mahalli idareler üniter devletler de merkezi idarenin izin verdiği ölçüde bu paylaşımına katılırken federalizmde ise federal devlet ile federe devletlerin izin verdiği ölçüde bu paylaşımına katılmaktadırlar. Genelde paylaşımın ölçüsü mali özerkliğin ölçüsü ile paraleldir.

Mahalli idarelerin vergilendirme yetkisine yönelik üniter devlet başlığı altındaki özerklik ve uygulaması ile ilgili yapılan açıklamalar federalizm uygulaması içinde geçerlidir.

2.2.4. Bölgesel Devletlerde Vergilendirme Yetkisi

Bölgesel devlet esasında üniter bir devlettir. Bölgesel devleti üniter devletten ayıran ise özerklik verilen bölgelerin kendine has yasama meclisleri ve bazı önemli yetkilere sahip olmasıdır.^[89] Bölgesel devletlerde siyasal iktidar tektir. Bölgesel devletler federasyonların çok ülke anlayışı ile üniter devletlerin tek ülke anlayışı arasında bir yerde durmaktadır. Bölgesel devletlerde bölgeler değişik adlarla adlandırılır. İspanya'da bölgesel devletler, özerk topluluk veya yönetim, İtalya'da bölge, Portekiz'de siyasal bölge olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık hiçbir siyasal yetkisi olmayan ve bir yerel yönetim olan Fransız il üstü

[88] *Basic law for the federal republic of Germany*, Translated by Professor Christian Tomuschat and Professor David P. Currie, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (İ.E.T. 5.3.2014)

[89] Gözler, *Devletin genel teorisi*, s. 186.

yönetim kademesi de bölge (region) olarak anılır.^[90] Bölgesel devletlerin neler olduğu genellikle anayasalarda yer almaktadır. Örneğin İtalyan Anayasası'nın 116. maddesinde Friuli-Venezia Giulia, Sardinia, Sicily, Trentino-Alto Adige/ Südtirol ve Valle d'Aosta/Vallee d'Aoste bölgelerinin Anayasa'nın kabul ettiği özel statülere göre özel biçim ve koşulları olan özerklıklere sahip olduğu ifade edilmiştir.

Bölgesel devletlerde merkezi devletin yasama yetkileri üzerinde hükümet denetimi veya yargısal denetimi vardır. Örneğin İtalya'da bölgelerin yasama yetkisi üzerindeki hükümet komiserinin veto yetkisi hükümet denetimi niteliğinde iken, İtalya ve İspanya'da Anayasa Mahkemesi'nin denetimi ise yargısal denetimdir.^[91]

Bölgesel devletlerde özerklik güvence altına alınmakla birlikte, merkezi yönetimin özerk yönetimlerin kuruluş ve işleyişine müdahale etme imkânı vardır. Örneğin İtalya'da, merkezi yönetim kendisi tarafından verilen idari görevlerin özerk yönetimlerce yerine getirilip getirilmediğini denetleme hakkına sahiptir. Ayrıca bölgesel devletlerce kabul edilen yasalar üzerinde geciktirici veto yetkisi vardır. Merkezi yönetim, bu yasaları Anayasa Mahkemesi'ne veya ulusal parlamento önüne getirerek geçersiz sayılmasını isteyebilir. Bu ve benzeri hükümler, merkezi yönetimlerin özerk yönetimlerin üstünde bir statüye sahip olduğunu göstermektedir. Özerk yönetimler, federe birimlerden farklı olarak, kendi yetki alanlarına giren konular bakımından nihai karar verme yetkisine sahip olmadıklarından federal devletten daha az yetkilidirler denilebilir.

Bölgesel devletlerde yapı alt yönetim düzeyleri (il yönetimi ve belediyeler) orta kademe yönetim düzeyleri (bölge yönetimleri) ve merkezi yönetim olarak planlanmıştır. Bölge yönetimlerinin farklı yetkileri sahip olması Anayasa'da böyle bir farklılık yaratılmasına bağlıdır. Bazı özel statülü bölge yönetimlerine belirli sınırlar çerçevesinde yasama yetkisi verilebilir. Alt yönetim düzeyleri vergilendirme yetkisi bakımından orta yönetim düzeylerine yani bölgesel devletler bağlı olmayıp sadece merkezi yönetime bağlıdırlar.^[92]

Bölgesel devletlerin vergilendirmeye ilişkin yetkileri çoğunlukla anayasalarda bazende yasalarda düzenlenmektedir. Bu noktada üniter devletlerde merkezi idare mahalli idareler ile merkezi idare ilişkisinden farklılık arz etmektedir. Örneğin İtalya Anayasası sağlık, yerel, ulaşım, tarım, mesleki eği-

[90] Nalbant, *a.g.e.*, s. 6-10.

[91] Nalbant, *a.g.e.*, s. 15.

[92] Arslan, M., Biniş, M. (2011). İtalya Vergi sistemi ile Türk vergi sisteminin karşılaştırmalı analizi, *Vergi Sorunları Dergisi*, (274), sayfa no yok.

tim kamusal görevleri merkezi idareye değil bölge yönetimlerine vermiştir. Bu konularda bölge yönetimleri anayasal sınırlar içerisinde düzenleme yapma yetkisine sahiptir.^[93] İspanya Anayasası'nda da benzer hükümler vardır. Özerk Toplulukların Mali Özerkliği başlıklı 156. maddede '1.Özerk Topluluklar, Hazine ile koordinasyon ve tüm İspanyollar arasında birlik ilkeleriyle uyum içinde, yetkilerini geliştirmek ve uygulamak için mali özerkliğe sahiptir. 2. Özerk Topluluklar, kanun ve Statülere uygun olarak, Devletin vergi kaynaklarının toplanması, yönetimi ve tasfiyesi için Devletin temsilcisi veya işbirlikçisi olarak hareket edebilir.' hükmü yer almıştır. Bu düzenlemeler belirli kamusal amaçlar için bölgesel devletlerin vergilendirme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

2.3.Siyasi Rejimlere (Yönetim Biçimlerine) Göre Vergilendirme Yetkisi

2.3.1. Genel Olarak

Bir ülkede etkin siyasi rejim ülkedeki tüm müesseseleri etkileyerek şekillendirdiği gibi devletin vergilendirme yetkisinin niteliğini ve kullanımını da şekillendirmektedir. Bu bağlamda siyasi rejimlerin vergilendirme ve vergilendirme yetkisi üzerindeki etkilerinin açıklanması yararlı olacaktır.

Siyasi rejimlerin tasnifinde ve hangi ölçülerin esas alınması gerektiği hususunda çok çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Ancak tezin amacının aşılmasında maksadıyla bu sınıflandırma siyasal iktidarın temel hak ve hürriyetlere karşı tutumuna göre yapılacaktır. Bu bağlamda siyasal iktidarın yönetilenlere kamu hürriyetlerini tanıma ölçüsüne göre yönetim biçimlerini antidemokratik ve demokratik rejimler olarak ayırabiliriz.^[94]

Totaliter ve otoriter rejimler olmak üzere iki kısma ayrılan antidemokratik rejimlerde demokrasi ilkeleri genel olarak uygulanmaz. Antidemokratik rejimlerde genel olarak temel hak ve hürriyetler tanınmamakta veya keyfi olarak sınırlandırılmaktadır. Genellikle ülkeyi yöneten hanedan veya partinin iktidarı süreklilik arz eder. Faşizm veya Nazizm gibi antidemokratik sistemlerde de ırk veya millet ya da halk kutsallaştırılır.^[95] Devlet iktidarını sınırlandıran metinlere rastlanmaz diğer bir anlatımla anayasacılık hareketinden bahsedilemez.^[96]

[93] Arslan, Biniş, *a.g.m.*, sayfa no yok.

[94] Derdiman, R. C. (2011). *Anayasa hukuku*. (2. Baskı), İstanbul: Alfa Aktüel Yayınları, s. 93.

[95] Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi müesseseler ve anayasa hukuku*. (3. Bası), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., s. 652.

[96] R. Cengiz Derdiman, *a.g.e.*, s. 94-95.

Demokrasi ve vergilendirme yetkisi başlığında ayrıntılı açıklandığı üzere demokratik rejimler; karar verici siyasal makamların çok partili, belli aralıklarla tekrarlanan ve muhalif partilerin de iktidar olma şansına sahip olduğu ve temel hak ve hürriyetlerin anayasa ile tanındığı ve güvence altına alındığı rejimler olarak tanımlanabilir.^[97] Demokratik rejimlerde antidemokratik rejimlerin aksine temel hak ve özgürlükler anayasal metinlere güvence altına alınmıştır. Serbest seçimler yoluyla muhaliflere iktidar olma şansı verilmiştir. Bu anlamda etkin siyasal makamlar sürekli bir biçimde hanedan veya bir parti tarafından kullanılmaz. Herhangi bir zümreye ve irka üstünlük atfeden uygulamalara rastlanılmaz. Devlet iktidarı sınırlıdır ve yönetenler kendi koyduğu kurallara kendileri de bağlıdır.

Hem antidemokratik rejimlerin hem de demokratik rejimlerin genel ilke ve uygulamalarının vergilendirme yetkisinin nitelik ve kullanımını etkilediği görülmektedir.

2.3.2. Antidemokratik Rejimlerde Vergilendirme Yetkisi

Antidemokratik rejimlerde anayasa yoktur veya var olan anayasa iktidar sahiplerini sınırlayıcı olmaktan çok onlar tarafından araç olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda antidemokratik rejimlerde genelde egemenliğin özelde mali egemenliğin içte sınırsız kullanımı söz konusudur. Vergilendirme yetkisi mali egemenliğin bir yönünü teşkil ettiğinden onun da sınırsız kullanımı söz konusu olmaktadır.

Anayasa düşüncesinin olmadığı rejimlerde devletin vergilendirme yetkisini kötüye kullanması ve suiistimal etmesi her zaman söz konusu olabilir. Çünkü bu rejimlerde bireyler devletin vergilendirme yetkisini ne şekilde kullanabileceğine ilişkin ilkeleri ve vergilendirme yetkisinin sınırlarını belirleme ve uygulatabilme şansına sahip değillerdir.^[98] Merkezi devlet otoritesinin yerini alan feodal düzende kralların beylerin ve derebeyleri vergilendirme yetkisini sınırsız bir biçimde ve keyfi olarak kullanmışlardır.^[99]

Antidemokratik rejimlerde kuvvetler ayrılığına dayalı bir yetki paylaşımının olmaması, tüm yetkilerin tek bir kişi, zümre veya parti bünyesinde toplanması sonucunu doğurmaktadır. Tüm yetkileri elinde toplayan egemeni sınırlayacak veya dengeleyecek başka hiçbir güç kalmaması onu dilediği her

[97] Özbudun, *Türk anayasa hukuku*, s.82.

[98] Aktan, C. C., Dileyici, D., Saraç, Ö. (2001). Anayasal vergi reformu ve vergi anayasası önerisi. *Kamu Tercih ve Anayasal İktisat Dergisi*, 1(2), s. 22.

[99] Uluatam, Ö. (1995). *Türk vergi hukuku*. (Genişletilmiş Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 20.

an yeni vergiler koymaya veya var olan vergi oranlarını artırmaya yönelmektedir. Nitekim ilk anayasacılık hareketleri bu sınırsız ve keyfi vergilendirmeler üzerine başlamıştır. Gerçekten en eski anayasal belge olan 1215 tarihli Magna Carta Libertatum İngiliz Kralı'nın sınırsız vergilendirme yetkisine karşı gelişen bir hareket sonucu doğmuştur.^[100] Belgenin içeriği incelendiğinde kralın keyfi vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasını amaçlayan ilkelere yer verildiği görülmektedir.

2.3.3. Demokratik Rejimlerde Vergilendirme Yetkisi

Bir rejimin demokratik olup olmadığı toplumsal ve siyasi yaşamda bazı unsurların var olup olmadığına göre tespit edilir. Bir devlette bahse konu unsurlar varsa artık o ülkede uygulanan hükümet sistemlerine bakılmaksızın demokratik rejime sahip olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında başkanlık, yarı-başkanlık tipi hükümet sistemleri ve parlamenter hükümet sistemleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Hatta monarşilerin de demokratik rejimlerle uyumlu olabileceği savunulmuştur. İngiltere, Belçika, Hollanda, Danimarka, İsveç, Lüksemburg ve Norveç gibi en eski ve köklü demokrasilerin monarşi olması bu görüşü doğrulamaktadır. Bir monarşinin demokrasiyle uyum içerisinde olmasının nedeni sorumsuz ve sembolik devlet başkanının siyasette aktif bir rol almamasıdır.

Modern demokrasinin unsurları konusunda genel kabul gören yaklaşımları bulunan Robert Dahl gerçek anlamda demokrasi (poliarşi) varlığı için asgari yedi şart belirlemiştir. Dahl'a göre;

- Hükümet kararlarını ancak anayasal olarak seçilmiş organlar denetlemelidir.
- Seçilmiş organlar, baskının görülmediği, belirli aralıklarla yapılan ve dürüstçe idare edilen seçimlerle işbaşına gelmelidir.
- İstisnalar dışında tüm yetişkinler seçimle belirlenen organlara seçilebilme olanağına sahip olmalıdır.
- Vatandaşların ülke politikasına ilişkin görüşlerini hiçbir ceza tehdidi olmadan ifade edebilme olanakları olmalıdır.
- Vatandaşlar devletin resmi haber kaynakları dışındaki bilgi kaynaklarına ulaşma imkânlarına sahip olmalıdırlar.
- İstisnalar dışında tüm yetişkinler siyasi organların seçiminde oy hakkına sahip olmalıdırlar.

[100] Çağan, *a.g.e.*, s. 16.

- Vatandaşlar siyasal organları şekillendirebilme hakkına sahip olmalıdır.^[101]

Dahl'ın önerdiği unsurlardan hareketle demokratik rejimlerde yürütmenin ve yasamanın vergilendirme yetkisini kullanırken diğer anayasal organlarca denetlenmesi gerekmekte olduğu söylenebilir. Gerçekten de ancak gelişmiş demokrasinin var olduğu ülkelerde yasama ve yürütmenin yargısal denetimi ve bu denetimi yürütecek olan yargı bağımsızlığından söz edilebilir. Öte yandan yasama organı da soru, meclis araştırması, meclis soruşturması, gensoru gibi yollarla yürütmeyi denetleyebilir.

Demokratik rejimlerin temel unsuru olan serbest seçimlerin de vergilendirme derin ve sıkı bir ilgisi vardır. Serbest seçimler siyasal karar alıcılarının belirlenmesi sürecidir. Kamu harcamalarının finansmanı için ne kadar vergi toplanacağı, vergi konularının neler olacağı, vergilendirmenin zamanı, kimden veya hangi kesimden ne kadar vergi alınacağı, hangi konu ve mükelleflerin vergilendirme dışı bırakılacağı, birer siyasal karar alma sorunudur. Sonuç olarak siyasal karar alma mekanizması vergilendirme üzerinde de son derece önemli etkilere sahiptir. Diğer yandan vergilendirme yetkisinin kullanılıp kullanılmaması ve ne şekilde kullanılacağı yakın gelecekte seçim beklentisi olup olmamasına, seçim bölgelerinin durumuna, güçlü bir muhalefetin bulunup bulunmamasına göre değişkenlik gösterebilmektedir.^[102] Gerçekten de yaklaşan bir seçim öncesinde siyasal iktidarın vergilendirme yetkisini kullanarak onları vergi yükünün altında bırakması ve seçmenlerin kararlarını olumsuz etkilemesi çoğunlukla söz konusu olamaz. Aksine seçmenlerin üzerindeki vergi yükünün azaltılmasına yönelik kısa vadeli uygulamalar ve vergi aflarına rastlanmaktadır.

Demokratik rejimlerde bireyler ülke politikasına ilişkin görüşlerini hiçbir baskı altında kalmadan açıklayabilmelidirler. Vergilendirmeye ilişkin hususların da aynı kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Bireylerin devletin vergilendirme yetkisine yönelik her türlü görüş eleştirilerinin ve önerilerinin devletçe dinlenilmesi gerekir. Bu noktada devletin topladığı vergileri nereye harcadığının bireylerce bilinmesi büyük bir önem arz eder. Bununla ilintili olarak bireylerin kamusal harcamaların vergi türlerine göre kaynağını, bu harcamaların kapsamını, miktarını ve nereye harcandığını öğrenebilme ve bunları denetleyebilmesi de gerekir. Bireylerin bu hakları maliye teorisinde

[101] Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*, New Haven: Yale University Press, s. 7-8.

[102] Gencel, U., Kuru, E. (2012). Vergi kültürü ve vergi politikaları etkileşimi: Türkiye değerlendirmesi, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 10(20) ss. 29-60, s.37.

bütçe hakkı olarak adlandırılmıştır. Bütçe hakkı bireylerin ödedikleri vergilerin nereye ve nasıl harcandığını bilme ve bunun hesabını sorma hakkını da içermektedir.^[103]

SONUÇ

Vergilendirme yetkisinin kullanımı siyaset kuramlarına, devlet biçimlerine ve siyasi rejimlere göre değişiklik göstermektedir. Siyaset kuramları açısından yapılan ayrıma göre liberalizmin ve sosyalizmin vergilendirme yetkisinin kullanımına bakışı farklılık arz etmektedir. Liberal bakış açısına göre vergilendirme yetkisi minimum kullanılmalıdır. Bunun için de devlet gelir ihtiyacı duyacağı ihtiyari tüm faaliyetlerden uzak durmalıdır. Aynı bakış açısıyla her bireyden geliri oranında vergi alınmalı, bireylerin ödeyecekleri vergi kesin, belirli olmalı, keyfi olmamalı, en uygun zaman ve biçimde alınmalı, vergi toplama maliyetleri minimize edilmelidir. Sosyalist sistemde ise liberalizmin aksine vergilendirme yetkisinin salt işçi sınıfı lehine kullanılması gerektiğini ifade etmektedir.

Devlet biçimlerindeki farklılıklar da vergilendirme yetkisinin kullanımını etkilemektedir. Üniter devletlerde vergilendirme yetkisi merkezi devlet ile mahalli idareler arasında paylaşılmaktadır. Bu tür devletlerde vergilendirme yetkisi doğal olarak merkezi yönetime aitken mahalli idarelere tanınan yetki genel olarak yasa ile belirlenmektedir ve sınırlıdır. Ancak konfederasyonlarda yetki federal devlet, federe devletler ve mahalli idareler arasında federal devlet anayasalarında belirlenmiş kurallara göre paylaşılır.

Siyasi rejimlerden antidemokratik rejimlerde isimleri farklı olsa da vergilendirme yetkisi keyfi olarak kullanılır. Demokratik rejimlere geçişte yaşanan siyasal hareketlerin bu sınırsız ve keyfi vergilendirmeler üzerine başlaması bu tezi doğrulamaktadır. Demokratik rejimlerde ise vergilendirme yetkisi anayasal ilkelerle sınırlıdır ve keyfi olarak kullanılamaz. Bunun yanında kamu harcamalarının finansmanı için ne kadar vergi toplanacağı, vergi konularının neler olacağı, vergilendirmenin zamanı, kimden ve hangi kesimden ne kadar vergi alınacağı, hangi konu ve mükelleflerin vergilendirme dışı bırakılacağı demokratik ilkelere göre belirlenir.

Vergilendirme yetkisini inceleyen çalışmalarda, siyaset kuramlarına, devlet biçimlerine ve siyasi rejimlere göre vergilendirme yetkisinin incelenmediği görülmektedir. Bu çalışma bu yönüyle bir ilktir. Bu nedenle vergi teorisine ilişkin çalışmalarda bu ayrımlara göre değerlendirmelere yer verilmesi yerinde

[103] Gürsoy, B., Kamusal Maliye, İkinci Cilt Bütçe, Ankara, A.Ü.S.B.F. Yayınları, 1980. s.56.

olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy, Ş. (1998). *Kamu Mâliyesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Aktan, C. C., Dileyici, D. Saraç, Ö. (2001). Anayasal Vergi Reformu Ve Vergi Anayasası Önerisi. *Kamu Tercih Ve Anayasal İktisat Dergisi*, 1(2).

Akyılmaz, B. (1998). Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, 213-222.

Arıkan, Z. *Demokratik Gelişim Sürecinde Vergilendirme Yetkisinin Kullanımı Ve Sınırları (Türkiye Analizi)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, D.E.Ü. S.B.E. İzmir.

Arslan, M., Biniş, M. (2011). İtalya Vergi Sistemi İle Türk Vergi Sisteminin Karşılaştırmalı Analizi. *Vergi Sorunları Dergisi*, 274.

Birger, N. (2001). *The Emergence of Tax Culture in Russia*. The 57th Congress of The International Institute of Public Finance: The Role of Political Economy in The Theory And Practice of Public Finance.

Brennan, G., Buchanan, J. M. (1980). *The Power to Tax-Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.

Çağan, N. (1982). *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Çalçalı, Ö. (2013). Kamu Maliyesi Perspektifinden Adam Smith. *Uluslararası İktisadi Ve İdari İncelemeler Dergisi*, 6(11).

Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation And Opposition*, New Haven: Yale University Press. Demir, İ. C. (2008). A.B.D. Vergi Sistemi Ve Gelir İdaresi. *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi*, X(1).

Derdiman, R. C. (2011). *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Alfa Aktüel Yayınları.

Dorn, J. A. *Ending Tax Socialism*, [Http://Www.Cato.Org/Publications/Commentary/ Ending-Tax-Socialism](http://www.cato.org/publications/commentary/ending-tax-socialism), Son Erişim Tarihi: 24.2.2014.

Erginay, A. (1976). *Kamu Maliyesi*, Ankara.

Feyzioğlu, B. (1984). *Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Gencil, U., Kuru, E. (2012). Vergi Kültürü Ve Vergi Politikaları Etkileşimi: Türkiye Değerlendirmesi. *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 10(20), 29-60.

Göze, A. (1995). *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist Ve Sosyal Devlet*, İstanbul: Beta Yayınları.

Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözler, K. (2011). *Devletin Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözbüyük, A. Ş. (2007). *Anayasa Hukuku Anayasa Metni Ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları.

Gürsoy, B. (1980). Kamusal Maliye, Bütçe. Ankara: A.Ü.S.B.F. Yayınları.

Herman M. Knoeller, *The Power To Tax*, 22 Marq. L. Rev. 125 (1938).

Kaneti, S. *Vergi Hukuku*, (2. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi.

Nadaroğlu, H. (1998). *Mahalli İdareler Teorisi Ekonomisi Uygulaması*. İstanbul: Beta Yayınları, İstanbul.

Nalbant, A. (1997). *Üniter Devlet Bölgeselleşmeden Küreselleşmeye*. Yapı Kredi Yayınları.

Öncel, M., Çağan, N., Kumrulu, A. (1985). Vergi Hukuku, Ankara: *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları*. 1.

Özbudun, E. (2004). *Türk Anayasa Hukuku*. (8. Baskı), Ankara: Yetkin Yayınları.

Özdemir, S. (2007). *Küreselleşme Sürecinde Refah Devleti*. İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 200757, (2. Baskı), İstanbul: Entegre Matbaacılık.

Özman, M. A. (1964). Devletlerin Egemenliği Ve Milletlerarası Teşekküller. *A.Ü.H.F.D.*, (21), 1-4.

Özpençe, A. İ., Özpençe, Ö. (2007). Küreselleşme Ve Uluslararası Kuruluşların Ulus Devletin Vergilendirme Yetkisine Etkileri. *International Journal Of Human Science*, 4(1).

Özyörük, M. (1977). *İdare Hukuku Ders Notları*, Teksir, Ankara.

Savaş, V. F. (2000). *İktisadın Tarihi*. (4. Baskı), Ankara: Siyasal Kitabevi.

Schmölders, G. (1982). *Genel Vergi Teorisi*. (Çev. Salih Turhan), 4. Baskı İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Smith, A. (2001). *Milletlerin Zenginliği*, (Çev. Haldun Derin), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Sur,F. H. (1950). Liberallere Göre Maliye. *A.Ü. H.F.D.*, 7(3-4),567-572.

Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi Müesseseler Ve Anayasa Hukuku*. (3. Bası), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti.

Turhan, S. (1975). Vergileme Ve İktisadi Büyüme. *İ.Ü. Maliye Enstitüsü Konferansları*, Seri: 23, İstanbul.

Turhan, S. (1982). *Vergi Teorisi*. İstanbul: Elektronik Ofset Matbaası.

Uluatam, Ö. (1995). *Türk Vergi Hukuku*. (Genişletilmiş Baskı), Ankara: Seçkin Yayınevi.

Ulusoy, A., Akdemir, T. (2009). Yerel Yönetimler Ve Mali Özerklik:Türkiye Ve OECD Ülkelerinin Karşılaştırmalı Analizi. *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 12(21).

Uygun, O. (2001). *Ulusüstü Siyasal Birlikler Ve Küreselleşme, Küreselleşme Ve Ulus Devlet*. (Der. M. Koray), İstanbul: Y.T.Ü. Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, 151-178.

Uygun, O. (1996). *Federal Devlet: Temel İlkeler, Kurumlar Ve Uygulama*, İstanbul: Çınar Yayınları.

Quelch, H. (1909). *Socialism And Taxation*, Social Democrat, Vol. III No.11 November, Pp. 481 -486; Transcribed: By Ted Crawford., <https://www.marxists.org/archive/quelch/1909/11/taxation.htm>, Son Erişim Tarihi: 24.2.2014)

Yaltı, B. (2010). Anayasa Mimarisinde Bir Yapıtaşı; Mahalli İdarelerin Vergilendirme Yetkisi Üzerine Değerlendirmeler. *Vergi Sorunları Dergisi*, (261), 7-17.

Yuluğ, M. (1967). Sovyetler Birliği Vergi Sistemi. *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Dergisi*, (13).

Kolektif Başkanlık Teorisine Göre Yüksek Sovyet: İcra Kurulu Olarak Yüksek Sovyet Presidyumu ve Hükümet Organı Olarak Bakanlar Sovyeti

Av. Dr. Davut ÖZYURT*

Dr. Abdulkadir SAKA**

Makalenin Geliş Tarihi: 09.02.2021 **Kabul Tarihi:** 21.06.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.978786](https://doi.org/10.30915/abd.978786)

* Avukat, Ankara Barosu. <https://orcid.org/0000-0001-8255-5234>

** Arş. Gör. / Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
<https://orcid.org/0000-0002-6919-4144>

KOLEKTİF BAŞKANLIK TEORİSİNE GÖRE YÜKSEK SOVYET: İCRA KURULU OLARAK YÜKSEK SOVYET PRESİDYUMU VE HÜKÜMET ORGANI OLARAK BAKANLAR SOVYETİ

ÖZ

SSCB anayasal düzeni karma kuvvetler birliği ve kolektif başkanlık modelidir. Anayasal kuvvetler Yüksek Sovyet'te birleşmektedir. Yüksek Sovyet, devlet iktidarının yegâne kuvvetidir. Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti olarak adlandırılan iki farklı kurum vasıtası ile fonksiyonlarını icra etmektedir. Yüksek Sovyet Presidyumu, sistemin kolektif başkanlık olarak adlandırılmasını sağlayan yapıdır. Bakanlar Sovyeti ise hükümet faaliyetlerini ifa etmektedir. Komünist Partisi doğrudan anayasal yetkiler bağlamında olmasa da parti üyelerinin Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti 'nde yerine getirdikleri görevler bağlamında oldukça önemlidir. Tüm bu ifade edilenlerin ışığında konu Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti'nin yapısı, yetkileri ve fonksiyonları bakımından ele alınmıştır. Böylelikle Rusya Federasyonu'nun mevcut başkanlık modelinin gelişim evresi olarak ifade edilebilecek olan kolektif başkanlık modelinin anayasal kuvvetlerinin izah edilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Yüksek Sovyet

Yüksek Sovyet Presidyumu

Bakanlar Sovyeti

Sovyetler Birliği Komünist Partisi

Kolektif Başkanlık Hükümet Sistemi

SUPREME SOVIET IN ACCORDING TO COLLECTIVE PRESIDENTIAL THEORY: PRESIDUM OF THE SUPREME SOVIET AS EXECUTIVE BRANCH AND COUNCIL OF MINISTERS AS CABINET

ABSTRACT

Constitutional order adopted by USSR is mix blended unification of Powers and collective presidency. The structure, performs its functions through two different institutions called Supreme Soviet Presidium and the Council of Ministers. Supreme Soviet Presidium is structure that allows system to be called the collective presidency. Council of Ministers, implements goverment affairs. Communist Party is not directly in the context of constitutional powers, it has enormous importance in the context of the duties of party members in the Supreme Soviet, the Presidium Of the Supreme Soviet and Council Of Ministers. Therefore, it is aimed to explain the constitutional powers of the model of the Collective Presidency, which could be expressed as development era of the current presidential model of Russia.

Keywords:

Supreme Soviet

Presidium of The Supreme Soviet

Council of Ministers

Communist Party of The Soviet Union

Collective Presidential System of Governmant

A) GİRİŞ

Rusya'da monarkın iktidarının sınırlandırılması ve anayasacılık hareketleri birçok ülkeden farklı serüvenlere konu olmuştur. Bugün kuvvetler ayrılığı teorisine göre şekillenmiş bir başkanlık sistemi bulunmasına karşın 76 yıllık Sovyet döneminin etki ve izlerini hala görmek mümkündür. Zira monarşinin ardından liberal temsili demokrasi tecrübesini yaşayan ülkelerin pratikleri ve kavram ile teorileri de bu minvalde doğrusal bir gelişim göstermiş iken Rusya'da araya Sovyet ideolojisi ve Sosyalist-Leninist çizgi de gelişim gösteren farklı bir demokrasi anlayışının uygulaması girmiştir. Anayasa kavramının kendisinden, devlet iktidarının kuvvetlerine kadar her şey bu minvalde değerlendirilmiştir.

Temsil ve teşrii (kanun yapma) faaliyetine özgülenmiş bir parlamentonun varlığı reddedilmiştir. Bunun yerine hem bir parlamento hem de bir yürütme zümresi olarak Yüksek Sovyet ihdas edilmiştir. Yüksek Sovyet'in kendisi bizatihi bir temsil organıdır. En altta mahalli Sovyetler bulunmakta bunlar bir üst Sovyet'i oluşturmaktadır. Bu silsile bir piramit gibi ilerlemektedir. Piramidin en tepe noktasında ise Yüksek Sovyet bulunmaktadır. Sovyet ideologlar, bahse konu Sovyetlerin yapısından dolayı Yüksek Sovyeti batılı parlamentolardan ayırmaktadır. 1900'lü yılların başında hala dünyada monarşilerin güçlü olduğu dönemlerin var olduğu göz önüne alınır ise parlamentolar monarkın iktidarını sınırlandırma araçları olarak görülmektedir. Sovyet ideologlara göre ise bu durum, monarşinin başka usul altında yaşamasından başka bir şey değildir. Parlamentosunun temsil vazifesi ise asli görevine giden yolda tali bir yol olarak görülmektedir. Tüm bunlara karşılık Sovyetler iktidarın kendisidir. Bu iktidarın, halkın en minimal noktada temsili silsilesinden en tepeye uzanan organik bir noktada gerçekleştiğini iddia etmektedirler. Tüm bunlara rağmen teorinin altı doldurulurken ve uygulanırken Yüksek Sovyet bir parlamento vazifesi görmüş, bazı noktalarda ise bu vazifeyi de bihakkın yerine getirememiştir.

Yüksek Sovyet'in devasa yapısı göz önüne alındığında hem yürütme hem de yasama fonksiyonunu yerine getirmesinin ne kadar zor olacağı tahmin edilebilir. Kendi yapısal noksanlıkları da işin içine girince işletilmesi son derece zor bir form ortaya çıkmıştır. Bundan dolayı özellikle yürütme fonksiyonunun icrası için Yüksek Sovyet Presidyumu kurulmuştur. Bu Yüksek Sovyet'in daha ufak bir halinden başka bir şey değildir. Ancak Yüksek Sovyet yapısına göre farklılıklar oluşturularak meydana getirilmiştir.

1930'lu yıllara gelindiğinde SSCB'nin birlik yapısı karmaşık bir hale gelmiştir. Bu kaotik yapısal durum içerisinde hem yasama hem de yürütme iş ve işlemlerini yöneten Yüksek Sovyet Presidyumu'nun yürütme fonksiyonu konusunda yaşadığı zafiyetlerin aşılabilmesi için Bakanlar Sovyeti kurulmuştur. SSCB'nin ilk döneminde Halkın Komiserleri olarak adlandırılan yapı üzerinde gerçekleştirilen reform ile kurulan Bakanlar Sovyeti, esasen bir kabine ve/veya hükümetten başka bir şey değildir. Sadece yürütme fonksiyonu için özgülendirilmiştir.

Sovyetler Birliği Komünist Partisi, anayasal anlamda hiçbir kuvvetin içinde zikredilmemesine, uzun yıllar Parti Genel Sekreteri'nin bir devlet görevinin dahi olmamasına rağmen son derece önemli ve kritik bir yapıdır.^[1] Formel olmasa bile fonksiyonel olarak bütün devlet ve yapı bu çekirdeğin etrafında şekillenmiştir.

Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti, uygulama içerisinde parlamento, başkan ve başbakan şeklinde ifade edilebilecek bir forma bürünmüştür. Biz bu çalışma içerisinde yapısal ve fonksiyonel anlamda bu kurumları izah ve tarif ederek okuyucunun zihninde kuvvetlerin nasıl ve ne şekilde çalıştığına dair idrakin kuvvetlenmesine çalışacağız.

B) SSCB YÜKSEK SOVYETİ

Anayasal anlamda devlet iktidarının en yüksek organı olan Yüksek Sovyet^[2] esasen SSCB'nin yasama organıdır. SSCB yasama organı olarak Yüksek Sovyet, Birlik Sovyeti ve Milletler Sovyeti isimli iki kamaradan müteşekkil olup kamaraların eşit yetkileri bulunmaktadır.^[3] Bir totaliter sosyalist yapı olan SSCB'de parlamento üst kanadı, federatif yapıdan kaynaklı bölgesel temsil organı olarak işlev görmüştür. Çok katmanlı federatif yapının bir gereği olarak, bir temsil organının varlığının zaruri olmasından dolayı bu kamara ihdas edilmiştir.^[4]

[1] Mesela LENİN'in tek vazifesi Komünist Parti Genel Sekreterliği'dir. SSCB içerisinde bunun dışında resmi bir görevi yoktur.

[2] Rusça bir kelime olan Sovyet, konsey anlamına gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz; ÖZYURT, (Rus Tipi, 2021), S. 475, Dipnot 3.

[3] GRIPP, S. 213, UNGER, S. 94, SCHAPIRO, S. 109-110, CHKHIVKVAZADE, S. 95.

[4] ÇİRKİN, (2013), S. 23.

Yüksek Sovyet, SSCB'yi oluşturan halkın tamamına ait olan egemenlik yetkisini kullanan ve temsil eden mercidir. Yüksek Sovyet; Yüksek Sovyet Presidyumu üyelerini, Bakanlar Sovyeti üyelerini, Genel Savcıyı, Yüksek Mahkemeyi atar. Ayrıca diğer üst düzey devlet iktidarını kullanan organlara ilişkin atamaları da yapar.^[5]

Yüksek Sovyet dört yıllığına; genel, eşit, gizli ve doğrudan oy prensipleri ile yapılan seçimle göreve gelir. Her iki kamaraya ilişkin seçimlerde eş zamanlı yapılır ve her iki kamarayı da halk seçer.^[6] 1966 seçimlerinin ardından Birlik Sovyeti'nde 761, Milletler Sovyeti'nde 750 olmak üzere Yüksek Sovyet'te toplamda 1517 vekil bulunmaktadır. Birlik Sovyeti'nde yer alan her vekil yaklaşık 300.000 kişiyi temsil ederken, Milletler Sovyeti'nde ise federe unsurların her birisi farklı sayıda vekil ile temsil edilmektedir.^[7]

Yüksek Sovyet üyeleri genel olarak Komünist Parti veya devlet görevlilerinden oluşmakta ve Yüksek Sovyet görevleri onların ikincil vazifeleri olmaktadır. Bunlar asli görevleri ile çok daha fazla meşguldür.^[8]

1) Yapısı

Karma kuvvetler ve/veya kuvvetler birliği sistemini benimsemiş olan^[9] SSCB'de Yüksek Sovyet, devlet iktidarının en yüksek organı^[10] olup Milletler Sovyeti ve Birlik Sovyeti adında iki kanadı olan bir parlamentoya karşılık gelmektedir¹⁴. Birlik Sovyeti, Birliğin tamamındaki halkı temsil eder iken Milletler Sovyeti, federe unsurların temsil organıdır.^[11]

Kuvvetler ayrılığının kabul göremediği Sovyet anayasal düzeni gereği; Yüksek Sovyet, yasama ve yürütme kuvvetinin yetkilerine de sahiptir. SSCB Yüksek Sovyeti, demokratik temsilin en alt tabakasından en üst noktasına kadar olan Sovyetlerin, en tepesinde yer almaktadır.^[12] Diğer yan-

[5] CHKHIKVAZADE, S. 95-100, STEŞANKO, S. 267-269.

[6] CHKHIKVAZADE, S. 95-104.

[7] GRIPP, S. 213, UNGER, S. 94, CHKHIKVAZADE, S. 95

[8] SCHAPIRO, S. 115.

[9] ÖZYURT, (Rus Tipi, 2021), S. 4-7.

[10] SSCB'nin 1936 tarihli Anayasası'nın 30. maddesi ve 1977 tarihli Anayasası'nın 108. maddesi.

[11] SSCB'nin 1936 tarihli Anayasası'nın 33. maddesi ve 1977 tarihli Anayasası'nın 109. maddesi.

[12] TANİLLİ, S.201

dan, devlet iktidarını kullanan tüm organları sarmalamaktadır.^[13] Diğer yandan, devlet iktidarını kullanan tüm organları sarmalamaktadır.^[14]

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere Milletler Sovyeti, SSCB'nin federal yapısının bir gereği olarak ortaya çıkmış olup ABD'deki Senato'ya benzer bir görev ifa etmiştir. Milletler Sovyeti, SSCB'yi meydana getiren federe unsurların temsilcilerinden oluşmaktadır. 1936 tarihli Anayasa'nın 35. Maddesine göre Milletler Sovyeti'nde her Birlik Cumhuriyeti 25, her Özerk Cumhuriyet 11, her Otonom Bölge 5 ve her Ulusal Alan 1 temsilci ile temsil edilmektedir. 1977 tarihli Anayasa'nın 110. Maddesine göre Milletler Sovyeti'nde her Birlik Cumhuriyeti 32, her Özerk Cumhuriyet 11, her Otonom Bölge 5 ve her Otonom Alan 1 temsilci ile temsil edilmektedir.

ABD'deki Temsilciler Meclisi'ne benzeyen Birlik Sovyeti, 1936 tarihli SSCB Anayasası'nın 33. Maddesine göre her 300.000 kişiyi temsilen bir milletvekili seçilmesi ile oluşmaktadır. 1977 tarihli Anayasa, rakamsal olarak kaç kişinin bir milletvekili tarafından temsil edileceğini düzenlememiştir. Bununla birlikte 110. Maddesine göre nüfus oranına nispetle belirlenecek seçim bölgelerinden temsilciler seçileceğini ifade etmiş ve Birlik Sovyeti'nin temsilci sayısının Milletler Sovyeti ile aynı olacağını da belirtmiştir. Böylelikle Yüksek Sovyet'in toplam üye sayısı 1500'e ulaşmıştır. Yüksek Sovyet vekilleri, vekil olmaktan ötürü maaş alamamaktadır. Ancak sayısız tür ve ad altında devlet yardımlarından faydalanmaktadırlar. Vekillik için asgari yaş 23 olarak düzenlenmiş daha sonra 21'e düşürülmüştür.^[15]

1977 tarihli Anayasa'nın Seçim Sistemi Başlıklı Bölümü'nün altında yer alan 95. Maddesine göre Yüksek Sovyet'in her iki kanadına ilişkin yapılacak seçimler eşit, genel, gizli oy esaslarına göre yapılmak zorundadır. 18 yaşını doldurmuş olan her SSCB vatandaşı seçme yeterliliğine sahip olmakta, 21 yaşına doldurmuş SSCB vatandaşları ise seçilme yeterliliğine haiz olmaktadır. Seçimler 5 yılda bir iki turlu ve dar bölge çoğunluk sistemi usullerine göre yapılmaktadır.^[16]

[13] 16 REMINGTON, S. 23, KIRICHENKO/DENISOV, S. 315, ÇİRKİN, (2013), S.66.

[14] TOWSTER, S. 318.

[15] GRIPP, S. 230, KIRICHENKO/DENISOV, S. 315, STEŞANKO/ŞAMBA, S. 267-269.

[16] CHKHIKVADZADE, S. 95-100, KIRICHENKO/DENISOV, S. 315.

1977 tarihli SSCB Anayasası'nın 100. Maddesine göre seçimlerde aday gösterme hakkı SBKP, ticari birlikler, Komsomoller^[17], kooperatif, sendika ve diğer toplumsal örgütlenmeler arasında paylaştırılmıştır. Buna karşın SSCB'nin bir "Parti Devleti" olduğu göz önünde bulundurulursa, seçimlerde aday gösterme tekelinin SBKP lehine oluştuğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Seçimler her ne kadar gizli, serbest ve genel oy ilkelerine uygun bir biçimde gerçekleştirilse dahi, aday göstermek için SBKP'nin iradesi dışına çıkmanın pek de mümkün olmayışı nedeniyle, SSCB'de seçimlerin göstermelik olduğu eleştirisi yapılmıştır.^[18]

Liberal temsili demokrasi ideal ve arzusu olmayan SSCB'de, seçimler daha ziyade SSCB vatandaşları ile SBKP'nin bir iletişim vasıtası olarak görülmektedir. SBKP, iç ve dış siyasi politikalarını halka anlatmakta ve halkı siyasi olarak eğitmektedir. SSCB'nin halk tarafından seçilmiş meşru bir yasama ve yürütme kuvvetinden teşekkül ettiğinin iç ve dış kamuoyuna duyurulması da seçimler vesilesi ile olmaktadır.^[19]

2) Oturumları ve Komisyonları

Yüksek Sovyeti oluşturan her iki kamara da aynı dönemde Moskova'da Kremlin Sarayı'nda toplanmaktadır.^[20]

Yüksek Sovyet, sürekli oturum gerçekleştiren ve sürekli açık olan bir parlamento değildir. Üstelik Yüksek Sovyet, faaliyet ve oturumları kamuya da açık değildir. 1936 Anayasası'nın 36. Maddesine ve 1977 Anayasası'nın 112. Maddesine göre Yüksek Sovyet yılda iki kere toplanmaktadır. Parlamento'nun her iki kanadı da aynı anda toplanmakta ve dağılmaktadır. Bu toplantılar yılda iki defa olmak üzere, birkaç günlüğüne yapılmaktadır. Olağan oturumlara çağrı Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından yapılmaktadır. Olağanüstü oturumlar ise Birlik Cumhuriyetlerinin talebi ile veya re'sen, Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından yapılabilmektedir. Yüksek Sovyet Genel Kurul oturumları, en yaşlı üye tarafında açılmakta, oturumları Yüksek Sovyet Başkanı ve dört yardımcısı yönetmektedir. Toplanma dönemlerinde oturumlar saat 11:00-15:00 ve 18:00-22:00 saatleri

[17] Leninist Komünist Gençler Birliği'ni ifade etmek için Komsomol ifadesi kullanılmaktadır. Bahse konu birlik, 1977 tarihli SSCB Anayasası'nın 7. maddesi ile koruma altına alınmış bir gençlik teşekkülüdür.

[18] ÇAM, S. 237, KIRICHENKO/DENISOV, S. 315

[19] ÇAM, S. 237, SCHAPIRO, S. 114.

[20] CHKHIKVADZADE, S. 106-108.

arasında hafta sonu da dahil her gün yapılmaktadır. Yüksek Sovyet Genel Kurul oturumlarında, Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnamele onaylanmaktadır. Genellikle bu oylamalar yazılı usul ile değil, el kaldırma ve bu suretle reylerin sayılması yolu ile yapılmaktadır.^[21]

Yüksek Sovyet'in yılda iki defa olmak üzere her defasında 10 günü geçmeyecek şekilde yaptığı oturum ve toplantılarda zamanın önemli bir kısmı, raporların okunması ile geçmektedir. Yasama faaliyeti bakımından yılda ortalama 10 kanun yapılmakta, her oturumda ise en fazla 5 tasarı veya teklif kanunlaşabilmektedir. Aynı dönemlerde dünyanın diğer ülkelerinde ise yasama organları yılda ortalama 100 kanun yapmaktadır. Çoğu örnekte görüldüğü üzere Yüksek Sovyet Presidyumu'nun -Yüksek Sovyet'in oturum yapılmadığı dönemlerde- yaptığı düzenleyici işlemler Yüksek Sovyet'te kanunlaşmaktadır.^[22] Yani Yüksek Sovyet, kendisi kanun yapım faaliyet ve görevini yerine getirememektedir.

Yüksek Sovyet'in gerek üye sayısının çok fazla olması gerekse yılda ancak iki kere toplanıyor olmasından dolayı işlevsel olarak, rakibi olan liberal temsili demokrasilerdeki meclislerden daha işlevsel olmayı başaramadığı aşikârdır. Yüksek Sovyet oturumları, Bakanlar Sovyeti ve Yüksek Sovyet Presidyumu kararlarının onaylanmasından öteye hiçbir zaman geçememiştir.^[23]

Her ne kadar kanun yapma yetkisinin aslen Yüksek Sovyet'te olduğu anayasal olarak belirtilmiş olsa da daimî faaliyet göstermeyen ve sürekli açık olmayan Yüksek Sovyet'in kanun yapma iradesini ortaya koyamadığı bir gerçektir. Bundan ötürü Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti'nin düzenleyici işlemleri çoğu zaman bir kanun yapma faaliyeti ile özdeş olmuştur. Esas kanun yapıcı organın Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti olduğunu ifade eder isek yanlış bir tespit yapmış olmayız. Zira Yüksek Sovyet devasa bir yapıdır. Böylesi bir yapının fiili ve fonksiyonel olarak yasama faaliyetini icra edebileceğini savunmak çok güçtür.

Yüksek Sovyet Genel Kurulu'nun 1962 yılındaki oturumu 10 Aralık ve 13 Aralık tarihlerinde toplam 4 günlük bir sürede gerçekleşmiştir. 2 gün 1963 bütçesine ilişkin görüş, öneri ve tartışmalar ile geçmiştir. Diğer 2 gün

[21] GRIPP, S. 217.

[22] GRIPP, S. 224.

[23] REMINGTON, S. 24, CHKHIKVADZADE, S. 95-113, ÇİRKİN, (2015), S. 132.

ise dış politikaya dair görüş, öneri ve tartışmalar ile geçmiştir. 4. yani son günün bir kısmında Yüksek Sovyet Presidyumu'nun bir dizi kararnamesi onaylanarak kanun haline getirilmiştir: 10 adet kararname Anayasa'nın 3. Maddesinde değişiklik yapılmasını gerektirmiş, 14 kararname geçmiş altı aylık döneme ilişkin bakanlık atamaları ile ilgili olmuş, 4 kararname askerlik servisi ve vergiler ile ilgili hükümler içermiştir. Bunlardan hiçbirisine ilişkin gerçek veya göstermelik bir tartışma yaşanmamıştır.^[24]

Yüksek Sovyet, fonksiyonel olarak yasama işlemlerinin onay ve deklarasyon makamı olarak görülmüştür. Gerçekte ise yasama faaliyetleri SBKP tarafından yönetilmiştir. Parti'nin, SSCB'nin hukuki ve kanuni iş ve işlemlerini takip ve tayin eden oldukça dar kapsamlı ve eğitimli bir kadrosu bulunmaktadır. Ayrıca parti bu anlamda Bakanlar Sovyeti ile de iş birliği içerisinde. Gerçekten de önemli sayılabilecek kanuni düzenlemelere baktığımız zaman bunların Bakanlar Sovyeti ve SBKP Merkezi Komitesi tarafından deklare edilmiş, çok daha sonra ise Yüksek Sovyet tarafından kanun olarak kabul edilmiş olduğunu görebiliyoruz. Bu ve buna benzer örneklerden dolayı Yüksek Sovyet bir yasama organı olmaktan uzak görülerek “kabul komisyonu”^[25], “lastik damgadan”^[26] bir onay makamı olarak eleştirilmiştir.

Yüksek Sovyet, olağan üstü toplantılar haricinde Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından yapılan çağrı ile veya re'sen yılda iki defa toplanmaktadır. Bu toplanma süreleri ise bir hafta veya on günü geçmemektedir. İşte bu sebepten ötürü Yüksek Sovyet'in “göstermelik bir yasama organı olduğu” yönünde eleştiriler yer almaktadır. Gerçekten de devlet politikasını üretmek, Bakanlar Konseyi'ni denetlemek ve kanunlaştırma yapmak gibi önemli ve zaman alan işlerin böylesi bir usul ile gerçekleştirilmesi imkânı bulunmadığı açıktır. Kanaatimizce Anayasa her ne kadar Yüksek Sovyet'e “yasama tekeli” vermiş olsa dahi fiiliyatta bunun hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Yüksek Sovyet fonksiyonel ve anlamlı bir organ olmaktan çok uzaktır.^[27]

Sovyet demokrasi anlayışı üzerine inşa edilen anayasal sistemin canlandırılabilmesi adına STALİN sonrası dönemde de birtakım gelişmeler daha yürürlüğe sokulmuştur. Bunlardan belki de en önemlisi Yüksek Sovyet'in

[24] SCHAPIRO, S. 113.

[25] SCHAPIRO, S. 113.

[26] BRAHAM, S. 309.

[27] UNGER, S. 96, SCHAPIRO, S. 112-113.

daimî komisyonlarıdır.^[28] Yüksek Sovyet'in yılın belirli zamanlarında faaliyet göstermesi nedeniyle işlevsiz kalmaması adına Yüksek Sovyet'in oturum düzenlemediği dönem içerisinde de Yüksek Sovyet nam ve hesabına faaliyet yürüten organlar olarak daimî komisyonlar kurulmuştur. 1938 yılında Yüksek Sovyet, anayasal yetkilerine dayanarak üç farklı daimî komisyon kurma kararı almıştır. Bunlar yasama komisyonu, bütçe komisyonu ve dış ilişkiler komisyonudur. 1957 yılında Milletler Sovyeti tarafından ekonomi komisyonu kurulmuştur. 1966 yılında Yüksek Sovyet'in her iki kanadında da faaliyet göstermek üzere 16'şar komisyon kurulmuştur. Bunlar tarım, endüstri, inşaat, ticaret ve kamu servisi, eğitim, sağlık ve sosyal refah gibi alanlarda faaliyet yürütmeyi amaçlamıştır.^[29]

Kısacası oldukça kısa süre için toplanan Yüksek Sovyet'in herhangi bir şeyi tartışmaya hazırlamak için yeterli zamanı yoktur. Bu sebeple daimî komisyonlar "hazırlık" çalışmalarını yapmak için kurulmuştur. Daimî komisyonlardan alınan fayda sebebiyle başlangıçta dört olan daimî komisyon sayısı zamanla arttırılmıştır. Dahası 12 Ekim 1967'de daimî komisyonların yasal statüsü ile ilgili düzenleme yapılarak yetkileri arttırılmış ve üyeleri için önemli sayılabilecek yetkiler tanımlanmıştır.^[30]

1967 yılında Yüksek Sovyet'in Milletler Sovyeti ve Birlik Sovyeti adlı kamaralarına bağlı daimî komisyonlarının Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından "koordine" edileceği kararlaştırılarak, bu komisyonların varlık gayelerinin; Yüksek Sovyet'in oturum dönemlerinde tartışılacak ve görüşülecek kanun taslaklarını hazırlamak ve devletin idari bölümlenmelerinde ki faaliyetlerin denetimi olacağı da hüküm altına alınmıştır.^[31]

Yüksek Sovyet'in her iki kamarası da genellikle faaliyetlerini daimî ve geçici komisyonlar vasıtası ile görmektedirler. Her iki komisyonda da bulunan Yasama Komisyonu en önemli komisyondur. Daimî bir komisyon olan Yasama Komisyonu, Yüksek Sovyet Genel Kurulu'nun toplanmadığı dönemlerde faaliyetlerini sürdürmekte ve Presidyum ile koordine kurmaktadır.^[32] Kanun teklifleri bakımından her iki kamaranın da daimî komisyonları faal bir şekilde çalışmaktadır.^[33]

[28] UNGER, S. 98, SCHAPIRO, S. 112-113.

[29] UNGER, S. 98.

[30] CHKHIKVAZADE, S. 95-113.

[31] UNGER, S. 98.

[32] GRIPP, S. 220.

[33] SCHAPIRO, S. 114.

Daimî komisyonlar, kamaraların yardımcı hazırlık organları olarak tarif edilmektedir. Ayrıca bakanlıkları ve diğer organları kontrol görevi de üstlenmektedirler. Çalışmaları ile ilgili hazırladıkları nihai raporlar, ilgili kamara tarafından oturumlarda kullanılmakta ve çoğu zaman esas alınmaktadır. Her daimî komisyon, çalışmaları ile ilgili olarak bağlı bulunduğu Yüksek Sovyet kamarasına sorumlu olup faaliyetleri Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından “koordine” edilmektedir.^[34]

Kanun Teklif Komisyonu; kanun yapımı değiştirilmesi ve anayasa değişikliklerinden sorumlu olan daimî komisyonudur. Bir diğer önemli komisyon ise her iki kamarada da bulunan bütçe komisyonlarıdır. Plan ve Bütçe Komisyonu; 51 üyeli daimî bir komisyonudur. Uzun dönem iktisadi planlar ve yıllık bütçeyi hazırlamak ile mesuldür. Ayrıca cari yılın bütçesinin nasıl kullanıldığını denetlemek de asli görevleri arasındadır. Yıllık bütçe planları bütçe komisyonlarının ortak toplantılarında hazırlanmaktadır. Ayrıca bütçe komisyonunun; Temel Plan Göstergeleri, Devlet Gelirleri gibi alt komisyonları da bulunmaktadır. Bilahare zaman zaman bakanlıkların veya federe unsurların faaliyetlerinin denetimi için de daimî komiteler kurulduğu olmuştur.^[35]

Dış İlişkiler Komitesi; SSCB'nin milletlerarası alandaki faaliyetlerini denetlemek ve gözlemlemek ile mesul olan daimî bir komisyonudur. Milletlerarası ilişkiler anlamında hazırlanması gereken kanun teklifleri ve diğer görüşler için de hazırlık yapmaktadır. Gençlik Komitesi, genç neslin Sovyet ideolojisi ile yetiştirilmesi için çalışma yapan daimî komisyonudur. Sektörel Daimî Komisyonlar, iktisadi değişimlerin takibi ve bunlara ayak uydurulması amacıyla kurulmuştur. Endüstri, Taşımacılık ve İletişim, İnşa ve Endüstriyel Materyalleri, Tarım, Sağlık ve Sosyal Güvenlik, Ticaret, Tüketim ve Komünel Servis ve Tabiatın Korunması; Eğitim, Bilim ve Kültür adı altında sayılacak olanlarla birlikte toplamda 552 sektörel daimî komisyon bulunmaktadır.^[36]

3) Yetkileri

Yüksek Sovyet'in anayasal yetkileri belirsiz ve geniştir. Savaş ve barış işlerinin icrası, askeri işler, milli ekonomik planın oluşturulması, bütçenin tayin edilmesi, federal sınırların tayini, ceza hukuku, medeni hukuk, aile

[34] CHKHIKVADZADE, S. 95-114.

[35] GRIPP, S. 221-222, CHKHIKVADZADE, S. 115-118.

[36] CHKHIKVADZADE, S. 119-123.

hukukunun temel ilkelerinin belirlenmesi, doğal kaynakların kullanılması konularında Yüksek Sovyet tek yetkilidir.^[37]

SSCB Anayasası'nı değiştirmek, kanun yapmak, bütçeyi onaylamak, Birliğe yeni cumhuriyetlerin katılmasını kabul etmek Yüksek Sovyet'in önemli yetkileri arasında sayılmaktadır. 1936 tarihli Anayasa'nın 36. Maddesi ve 1977 tarihli Anayasa'nın 109. Maddesine göre Yüksek Sovyet'in her iki kanadı da yetkiler bakımından eşittir. Yüksek Sovyet'in her iki kanadı da kanun tasarısı sunabilmektedir. Ayrıca Yüksek Sovyet Presidyumu, Bakanlar Sovyeti, Yüksek Mahkeme, Birlik Genel Savcısı da kanun tasarısı sunabilmektedir.

Kanun tasarıları, Yüksek Sovyet'in her iki kanadında da ayrı ayrı görüşülmektedir. Her kanat kendi üye sayısının salt çoğunluğu ile kanun tasarısını kabul eder ise tasarı kabul edilmiş olmaktadır. 1977 Anayasası'na kadar kanun yapmak dâhil diğer tüm kararlar için her kamarada basit çoğunluk karar yeter sayısı olarak kâfidir.^[38] 1977 Anayasası kanunlar için mutlak çoğunluğu öngörerek diğer yasama işlem ve kararlarını kanunlardan ayırmıştır.

Kamaralar arasında ortaya çıkan anlaşmazlık durumunda; her iki kamaranın eşit sayıda temsilcisinin hazır bulunduğu bir uzlaşma komisyonu kurulmaktadır. Eğer uzlaşma komisyonunda ortaya bir uzlaşma çıkmaz ise ihtilaf konusu, her iki kamarada tekrar oylanmaktadır. 1977 Anayasası'ndan önceki uygulamada, eğer yine ortada bir ihtilaf bulunur ise Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyeti feshederek yeni seçim tarihini belirlemektedir. 1977 Anayasası ile çözülemeyen ihtilaf reddedilmiş sayılmakta ve Yüksek Sovyet'in feshi söz konusu olmamaktadır.^[39]

Yüksek Sovyet'in çıkardığı kanunlar ile Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemlerinin sayı olarak karşılaştırılması dahi mümkün olamamaktadır. Yüksek Sovyet, yılda en fazla 20 kanun çıkarabilmekte iken, Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemlerinin sayısı 15.000'i geçmektedir. Bakanlar Kurulu'nun düzenleyici işlemlerinin bir üst norma uygunluğunu denetleyecek herhangi bir kurum da öngörülmemiştir. Tüm bunların neticesinde tabii olarak, yasama ve yürütme organlarının tüm yetkilerini taşıyan güçlü bir Yüksek Sovyet'ten -anayasal olarak bahsedilse dahi- pratikte söz etmek

[37] GRIPP, S. 217, CHKHIKVADZADE, S. 95-100.

[38] SCHAPIRO, S. 110.

[39] SCHAPIRO, S. 110.

imkânı yoktur.^[40]

Yüksek Sovyet'in denetim, gözetim ve kontrol yetkisi; 1977 Anayasası'na kadar örtülü kalmış, açıkça düzenlenmemiştir. 1977 Anayasası'nın 126. Maddesi ile Yüksek Sovyet'in devlet organlarını denetleyebileceği ve bu denetimin nasıl olacağı açıkça ortaya konmuştur. Ayrıca 1965'te kurulan Halkın Kontrol Komitesi de anayasal bir organ haline getirilmiştir. Parti ve hükümetin direktifi ile faaliyet gösteren Halkın Kontrol Komitesi, görevi ve denetimleri ile ilgili olarak Sovyetlere bilgi vermektir. Halkın Kontrol Komitesi, sivil gönüllü müfettişlerden oluşmakta olup sayısı 1980'lere geldiğinde 10.000.000'un üzerindedir.^[41] İşte bu kurum 1977 Anayasası ile birlikte Yüksek Sovyet'e bağlanmıştır. Halkın Kontrol Komitesi artık Yüksek Sovyet ve Yüksek Sovyet Presidyumu'nun denetim aracına dönüşmüştür.

C) SSCB YÜKSEK SOVYET PRESİDYUMU

Yüksek Sovyet'in sürekli oturum gerçekleştiren bir parlamento olmasından dolayı Yüksek Sovyet'in toplantı dönemleri haricinde onun görevlerini ifa edecek bir kurum olarak Yüksek Sovyet Presidyumu teşkil edilmiştir.^[42] Temel olarak Yüksek Sovyet Presidyumu yasama ve yürütme yetkileri kullanan anayasal bir organdır.^[43] Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyet'in daimî faaliyet gösteren organı^[44] olarak Yüksek Sovyet oturum dönemleri arasında gerçekleştirdiği bütün işlemlerden Yüksek Sovyet'e bilgi vermek zorundadır. Devlet idaresinin sürekliliğinin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Devlet iktidarının en yüksek organının faaliyetlerinin daimî olmasını sağlamaktadır. Bu minvalde Yüksek Sovyet oturumları arasında devlet iktidarının en üst temsilcisi Yüksek Sovyet Presidyumu'dur.^[45] Diğer yandan Yüksek Sovyet Presidyumu, devlet iktidarını daimî olarak kullanan Yüksek Sovyet'in kontrolündeki en yüksek devlet iktidarı organıdır. Aslında Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyet'in fonksiyonunu üstlenmektedir.^[46]

[40] HUSKEY, S. 84-91, POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, (2012), S. 105.

[41] UNGER, S. 98.

[42] GÜRBÜZ, S. 182.

[43] SCHAPIRO, S. 111.

[44] KUTAFİN, S. 217.

[45] CHKHIKVAZADE, S. 124-129, KUTAFİN, S. 219-220.

[46] KUTAFİN, S. 221.

Faaliyetleri Yüksek Sovyet tarafından kontrol edilen Yüksek Sovyet Presidyumu tabii olarak Yüksek Sovyet'e karşı sorumludur. Yüksek Sovyet oturumlarının arasındaki dönemde Bakanlar Sovyeti ise, Yüksek Sovyet Presidyumu'na karşı sorumludur. Yüksek Sovyet'in her iki kamarasının ortak oturumunda yapılan seçimle iş başına gelen Yüksek Sovyet Presidyumu, kolektif karaktere sahiptir.^[47]

1936 Anayasası oluşturulurken Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesine ilişkin önemli bir öneri verilmiştir. Yüksek Sovyet'in iktidarına karşılık bir başka iktidarın daha baş gösterecek olmasının Sovyet ideolojisi ile ve bu anlamda kolektif başkanlık anlayışı ile çelişeceği gerekçeleri ile STALİN tarafından bu öneri şiddetle reddedilmiştir. Böylelikle Yüksek Sovyet Presidyum Başkanı'nın, Yüksek Sovyet tarafından seçilmesi yönünde bir düzenleme yapılmıştır.^[48] Dahası SSCB Başkanlığı 1936 Anayasası'nın taslak metninde olmasına karşın STALİN tarafından benzer maksatlar ile metinden çıkarılmıştır.^[49]

Esasen Sovyet ideolojisi tarafından “burjuva demokrasi” olarak ifade edilen liberal temsili demokrasiye ait bir tabir ve terim olduğu için -her ne kadar ihtiyaç olsa dahi- başkanlık kurumunu ihdas edemeyen Sovyet ideolog ve hukukçuları, Yüksek Sovyet Presidyumu'nu bir “Sovyet Başkanlık” kurumu olarak konumlandırmaya çalışmışlardır. Yüksek Sovyet Presidyumu, kurumsal ve kolektif olarak devlet başkanlığı görevini üstlenmektedir. Tek kişiden oluşmayıp kolejyal bir yapı olması da onu özgün ve “sosyalist” yapmakta, yani Sovyet anayasa hukukçularının tabiri ile “burjuva demokrasi” modelinden ayırmaktadır.^[50] Bu kapsamda sosyalist kamu hukukçusu olan MUHAMEDOVA'nın açıklamaları konuyu güzel bir biçimde özetlemektedir. Yazara göre Yüksek Sovyet Presidyumu, sosyalist ülkelerdeki başkanlık idaresidir. Ancak sadece devlet başkanlığı fonksiyonunu içermez, bütün devlet iktidarını kullanmaya yetkilidir. “Burjuva demokrasilerdeki” parlamento ve hükümet yetkileri burada birleşmektedir. Ancak burada en önemli husus şudur: Yüksek Sovyet yasama yetkilerini devretmemekte ya da paylaşmamaktadır. Yüksek Sovyet Presidyumu bahse konu yetkilerini Yüksek Sovyet adına ve ona karşı sorumlu olarak kullanmaktadır.^[51] Diğer

[47] CHKHIKVADZADE, S. 124-129, KUTAFİN, S. 219.

[48] TOWSTER, S. 321, LAZAREV, S. 10.

[49] LAZAREV, S. 10, STEPHEN, S. 72.

[50] ÖZYURT, (Rus Tipi, 2021), S. 4-9, KUTAFİN, S. 226-230.

[51] MUHAMEDOVA, S. 17-19.

yandan ne hukuki olarak ne de siyasi olarak hiçbir metinde resmi, formel biçimde Yüksek Sovyet Presidyumu'nun devletin başı olduğuna dair bir ibare ile karşılaşmak da mümkün değildir.^[52]

Daha önce ifade edildiği üzere Yüksek Sovyet Presidyumu Sovyet yazarlarına göre kolejyal bir başkanlıktır. Yüksek Sovyet Presidyumu, SSCB'nin kolektif başkanlık nizamını temsil etmektedir. Yüksek Sovyet Presidyumu için sürekli faaliyette olan en yüksek devlet organı ifadesi kasıtlı olarak kullanılmaktadır. Ayrıca Yüksek Sovyet'in iki kamarasının faaliyetlerinin tek elde toplanması ve birleştirilmesi noktasında da faaliyet göstermektedir.^[53] Tüm bunların ışığında SSCB'nin siyasi sistemi içerisinde "Başkanlık" adı verilen bir kurum bulunmamakla birlikte Presidyumu liberal temsili demokrasilerdeki "Devlet Başkanı'na" benzetmek çok da yanlış olmayacaktır.^[54] Zira Presidyum Başkanı'nın sahip olduğu yetkiler, devlet başkanına eş olarak değerlendirilebilecektir. Sovyet hukukçularının ifadesi ile bu bir "kolejyal başkanlık" olarak algılanmalıdır.^[55] Diğer yandan başkanlık sistemlerindeki farklı olarak karma kuvvetler birliği veya kuvvetler birliği modelinin açık bir gereği olarak yasama yetkilerinin önemli bir kısmını da elinde bulundurmaktadır.

1977 Anayasası ile birlikte Sovyetler Birliği Komünist Parti Genel Sekreteri, Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı olarak görev yapmaya başlamıştır. Daha önce SSCB'nin "resmi olmayan lideri", zımnen Sovyetler Birliği Komünist Parti Genel Sekreteri olarak görülüyor ve kabul ediliyor ancak bu durum anayasal bir hale getirilmiyordu. Böylesi bir "boşluk" ise özellikle karşılaştırmalı hukuk bağlamında Sovyet anayasa hukukçularını zora sokuyor, iç hukuk kapsamında ise LENİN ve STALİN kadar "güçlü" olamayan liderlerin devlet iktidarı üzerindeki etkilerini kısıtlıyor veya bu kimselerin "dolaylı" hareket etmek zorunda kalmasına yol açıyordu. 1977 Anayasası ile bu noksanlık giderilemeye çalışılmıştır.

Sovyetler Birliği Komünist Parti Genel Sekreteri'nin aynı zamanda Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı olmasına ilişkin itirazlar klasik SSCB bakış açısından kaynaklanmakta idi. Bahse konu makamların her ikisinde de aynı kişilerin bulunması "başkanlık" olarak algılanmakta ve buna karşı

[52] KUTAFİN, S. 226-230.

[53] GRIPP, S. 215.

[54] HENDERSON, S. 35-42.

[55] UNGER, S. 100, KUTAFİN, S. 219.

çıkılmakta idi. Zaruret halinden kaynaklanmış olsa dahi bahse konu itirazın aşılabilmesi için Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı'na münhasır yetkiler verilmek yerine Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanlık Ofisi'ne anayasal yetki tanımlaması yapılmış, böylelikle “kolektif başkanlık” olarak ifade edilen prensip korunmaya çalışılmıştır. Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı Birinci Yardımcılığının oluşturulması da aynı sebeplere dayanmıştır.^[56]

Ancak çalışmamızın devamında göreceğimiz üzere, Sovyet ideolog ve hukukçuları “kolejyal” bir başkanlık modelini başarı ile oluşturamamışlardır. Bundan ötürü her anayasa değişikliği dönemindeki tartışmalarda “tek kişiden müteşekkil bir başkanlık” müessesesi kurulması gerektiği tartışılmış ancak GORBAÇOV dönemine kadar bu sağlanamamıştır.^[57]

1) Yapısı

1936 Anayasası'nın 46. Maddesi ve 1977 Anayasası'nın 119. Maddesine göre Yüksek Sovyet'in her iki kanadının katıldığı birleşik oturum ile Yüksek Sovyet Presidyumu oluşturulur. Yüksek Sovyet Presidyumu; başkan, başkan yardımcısı, sekreter ve üyelerden oluşmaktadır.^[58]

1936 Anayasası'nın 48. Maddesine göre Yüksek Sovyet Presidyumu 37 üyeden oluşmaktadır. Bu üyeler Yüksek Sovyet'in her iki kamarasının da hazır bulunduğu ortak oturumda seçilmektedir. Yüksek Sovyet Presidyumu'nun; Başkanı, 11 adet başkan yardımcısı, Sekreteri ve 24 üyesi doğrudan ve sadece Yüksek Sovyet'e karşı sorumludur. 1977 Anayasası'nın 120. Maddesine göre ise Yüksek Sovyet Presidyumu; Başkan, Başkan Baş Yardımcısı, her bir birlik Cumhuriyetini temsil edecek toplam 15 Başkan Yardımcısı, bir Sekreter ve 21 üyeden oluşmaktadır.

1936 Anayasası döneminde Yüksek Sovyet Presidyumu'nun anayasal statüsünün belirsiz kaldığı ifade edilmektedir. Sovyet hukukçularının bir kısmı; Yüksek Sovyet Presidyumu'nun, Yüksek Sovyet'ten ayrı bir anayasal kurum olduğunu savunur iken diğerleri, daha önceki Birlik Merkezi Yürütme Kurulu^[59] gibi Yüksek Sovyet'in icrai komitesi olduğu yönünde görüş beyan etmişlerdir. Anayasal anlamda biçimsel ve fonksiyonel ola-

[56] UNGER, S. 211, KUTAFİN, S. 289.

[57] MAZO, S. 123-179, ÖZYURT, (Başkanın Konumu ve Fonksiyonu, 2021), S. 5-27.

[58] GRIPP, S. 214.

[59] ÖZYURT, (Rus Tipi, 2021), S. 476-480.

rak baktığımızda Yüksek Sovyet Presidyumu'nun münhasır bir anayasal kurum olarak değerlendirilme ihtimali çok azdır. Zira tamamen Yüksek Sovyet'in uhdesindeki yetkileri, o faaliyette değilken kullanmak üzere kurgulanmıştır. Ancak uygulamada Yüksek Sovyet'in sistem içerisinde işlevsel bakımdan varlığını görmek çok zor olduğu için Yüksek Sovyet Presidyumu münhasıran varlık gösteren bir kurum gibi gözükmektedir.^[60] Kanaatimizce her halükârda Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyet'ten ayrı düşünülemez. Burada tartışılması gereken husus Yüksek Sovyet'in varlık amacını gerçekleştirememiş olması neticesinde fonksiyonel bakımdan Yüksek Sovyet'in yerini fiili olarak/ de facto almış olmasıdır.

2) Yetkileri

1936 Anayasası'nda, Yüksek Sovyet Presidyumu'nun yetki sınırları müphem bırakılmış daha sonra 1977 Anayasası ile bunlar büyük ölçüde somutlaştırılmıştır.^[61]

Yüksek Sovyet Presidyumu'nun yetkilerinin sayıldığı 49. Maddeye baktığımız takdirde, liberal temsili demokrasilerde parlamentonun yetkileri olarak ifade edilebilecek yetkilerin neredeyse tamamının burada yer aldığını görüyoruz. Dahası Yüksek Sovyet Presidyumu'nu Yüksek Sovyet'in başkanlık makamı olarak kurguladıklarını da görebiliyoruz.^[62] Tek bir kişinin başkan olması usul ve esasını Sovyet ideoloji ve fikri temeline aykırı olarak gören Sovyet anayasacıları, kolektif başkanlığa dair geleneksel tutumlarını burada da göstermişlerdir.

Yüksek Sovyet Presidyumu, kolektif devlet başkanlığı prensibi ile hareket etmektedir. Kararlar ve diğer işlemler Yüksek Sovyet Presidyum Başkanı ve Sekreteri tarafından birlikte imzalanarak yürürlüğe girebilmektedir.^[63]

1936 Anayasanın 49. Maddesi Yüksek Sovyet Presidyumu'na kanun yapmak, kanun yayımlamak, af ilan etmek, referandum yapmak, ödül vermek, diplomatik temsilci atamak, Bakanlar Sovyeti'nin kararlarını iptal etmek, Genel Kurmay Başkanı'nı atamak ve azletmek, Yüksek Sovyeti feshedip yeni seçimleri ilan etmek, Bakanların atanmasını ve azledilmesini onaylamak, savaş ilan etmek, milletlerarası anlaşmaları onaylamak gibi bir-

[60] UNGER, S. 101.

[61] TOWSTER, S. 318.

[62] UNGER, S. 100, CHKHIKVADZADE, S. 124.

[63] CHKHIKVADZADE, S. 127.

çok alanda çok geniş yetkiler vermiştir. Yüksek Sovyet Presidyumu; Yüksek Sovyeti toplantıya çağırabilir, kanunları yorumlayabilir, düzenleyici işlem olarak kararname çıkarabilir, referandum düzenleyebilir, af yayımlayabilir, seferberlik ilan edebilir. Bakanlar Sovyeti üyelerini, Yüksek Mahkeme üyelerini atayabilir ve azledebilir.

Yüksek Sovyet Presidyumu selefi olan Birlik Merkezi Yürütme Kurulu'nun elinde olan birtakım yetkilerden yoksun bırakılmıştır. Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyet'in bütün kararlarının icrai denetimini yapamamakta, Birlik Sovyeti'nin kararlarının uygulanmasını durduramamakta, Bakanlar Sovyeti'nin düzenleyici işlemlerini inceleme ve onaylama yetkisine sahip olamamaktadır. Yüksek Sovyet Presidyumu'nun, Yüksek Sovyet'in kararlarını veto yetkisi de yoktur.

1936 Anayasası'nın 46. Maddesi ve 1977 Anayasası'nın 121. Maddesine göre Yüksek Sovyet Presidyumu'nun münhasıran kullanabileceği yetkiler; Yüksek Sovyet'in seçim tarihlerini belirlemek, Yüksek Sovyeti toplantıya çağırarak, Yüksek Sovyet'in iki kanadının çalışmalarının koordinasyonunu sağlamak, SSCB Anayasası'nın garantisini sağlamak, Birlik Cumhuriyetlerinin anayasalarının ve yasalarının SSCB Anayasası'na uyumlu olmasını temin etmek, SSCB kanunlarını yorumlamak, uluslararası anlaşmaları onaylamak ve/veya reddetmek, SSCB Bakanlar Sovyeti/Kurulu ve/veya Birlik Cumhuriyetleri Bakanlar Sovyeti/Kurulu kararlarından kanuna aykırılık teşkil edenlerin yürürlüğünü durdurmak, genel ve özel af ilan etmek, yabancı ülkelere veya uluslararası kuruluşlara diplomatik temsilci atamak ve/veya atanmaları geri çekmek, SSCB Genelkurmay Başkanı'nı atamak ve azletmek, Yüksek Sovyet'in toplantı dönemleri dışında ivedi durumlarda savaş ilan etmek, diğer anayasal kuruluşların SSCB Anayasası ve kanunlarına uygun çalışmasını temin etmek olarak sıralanmıştır. Ayrıca 1977 Anayasası'nın 123. Maddesi Yüksek Sovyet Presidyumu'na düzenleyici işlem olarak kararname yayımlayabilme yetkisi de vermektedir.

Yüksek Sovyet Presidyumu'nun belki de en can alıcı yetkisi, Yüksek Sovyet'in iki oturumu arasında -yani Yüksek Sovyet Genel Kurulu toplanmadığı zamanlarda- kararname ve yönetmelik yapabilmesidir.^[64] Yüksek Sovyet Genel Kurulu'nun daimî toplanan bir organ olmaması göz önüne alındığında, Yüksek Sovyet Presidyumu'nun yasama yetkisini elinde bulunduran gerçek unsur olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar Yüksek Sovyet

[64] GRIPP, S. 215, SCHAPIRO, S. 111.

Presidyumu'nun kanun yapma yetkisi olmasa dahi kararnamelerin, muhtevası ve uygulanma gücü itibarıyla, kanunlar gibi düzenlendiği bir gerçektir.^[65] 1938-1960 yılları arasında Yüksek Sovyet Genel Kurulu'nda 201 kanun yapılmıştır aynı tarih aralığında Yüksek Sovyet Genel Kurulu'nun oturum yapmadığı dönemlerde ise Yüksek Sovyet Presidyumu 105 kararname yapmıştır.^[66]

Sovyet anayasa hukukçuları, Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararname çıkarma yetkisinin yeni bir kanun çıkarmaktan çok, var olan kanunların uygulanabilir hale getirilmesi için "kanunların somutlaştırılması" faaliyeti olduğunu ifade etmişlerdir. 1977 Anayasası'nın 122. Maddesinde Yüksek Sovyet Presidyumu'nun "yorumlama" ve "somutlaştırma" yetkisi düzenlenmiş, "SSCB'de uygulamada olan cari kanunları, ihtiyaç halinde, değiştirme" yetkisine sahip olduğu da sarih bir biçimde ifade olunmuştur. Ancak uygulamada Yüksek Sovyet Presidyumu'nun mezkûr faaliyetlerinin kanunları somutlaştırmaktan daha ciddi olduğu ortaya çıkmıştır.^[67] Konuya ilişkin olarak SSCB anayasa hukukçusu CHKHIKVADZADE'nin yorumu oldukça dikkati çekicidir. Yüksek Sovyet Presidyumu, kararname yolu ile anın vacibi uyarınca acil durumlarda "yeni bir hukuk veya düzen" oluşturabilmektedir. Böylesi kararnameler daha sonra Yüksek Sovyet tarafından onaylanmalıdır.^[68] Ancak bu "anın vacibi uyarınca acil durum" kavramı oldukça geniş ve esnek bir kavram olarak istisnai bir yolun genel prensip olarak algılanmasına peki ala yol açabilir. Zira SSCB'de de durum böyle olmuş, Yüksek Sovyet Presidyumu "olağan" durumlarda kanun yapan bir organa dönüşmüştür.

Temel olarak Yüksek Sovyet Presidyumu kanun yapmak değil kararname yapmak ile yetkilendirilmiş olsa dahi uygulamada Yüksek Sovyet Presidyumu, kanun yaratmıştır. Dahası uygulamada Yüksek Sovyet daimî faaliyet gösteren bir organ olmadığı için, Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnameleri ile oluşturduğu "kanun düzeni" ile devlet idare edilmiştir. Daha sonra ise Yüksek Sovyet oturumlarında Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnameleri bir kanun olarak kabul edilmiş, diğer bir deyiş ile onaylanmıştır.^[69]

[65] TOWSTER, S. 320.

[66] GRIPP, S. 216.

[67] UNGER, S. 102.

[68] CHKHIKVADZADE, S. 127.

[69] SCHAPIRO, S. 111, TOWSTER, S. 320.

Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararname yayımlama yetkisi açıkça Yüksek Sovyet'in kanun yapma yetkisinin yerini almıştır. Zira birçok Yüksek Sovyet Presidyumu kararnamesi, çok sonra Yüksek Sovyet tarafından onaylanarak kanunlaşmasına rağmen uzun süreler “hukuk düzeni” yaratmak imkânına sahip olmuştur. Yani bu kararnameler anayasada ifade edildiği üzere, kanunları uygulamak maksadı ile çıkarılmamıştır. Dahası Sovyet anayasacılarının ifade ettikleri üzere “acil durumlara müzahir kanun yapmak ihtiyacına binaen” de çıkarılmamıştır; bunlar doğrudan kanun karakterinde ve etkisinde çıkarılmıştır. Yüksek Sovyet'in bunlara ilişkin çok sonraları “onay” işlemi yapması da Yüksek Sovyet Presidyumu'nun “kararname çıkarma” tarz-ı usulünü de facto olarak tasdik ettiği yönünde peki ala yorumlanabilmektedir.^[70]

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere de jure olarak Yüksek Sovyet, esas kanun yapıcı olarak lanse edilse dahi uygulamada, de facto olarak Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti esas kanun yapıcı olmuştur. Dolayısı ile kanunların somutlaştırılması olarak ifade edilmeye çalışılan, aslında anayasa gereği kanun yapmaması gereken Yüksek Sovyet Presidyumu'nun fiili sebepler gereği kanun yapma faaliyetinin yorum yolu ile meşrulaştırılmaya çalışılmasından başka bir şey değildir. Üstelik bunun bir sınırı da yoktur. Anayasa değişiklikleri için Yüksek Sovyet'in 2/3'lük karar yeter sayısı gerekmesine karşılık Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnameleri ile anayasa değişikliği anlamı taşıyan düzenlemeler dahi yapılmış ve daha sonra bunlar Yüksek Sovyet tarafından resmi anayasa değişikliğine dönüştürülmüştür.^[71]

1936 Anayasası'nın 146. Maddesi SSCB Anayasası'nda değişiklik yapma yetkisinin sadece Yüksek Sovyet'te olduğunu ve Yüksek Sovyet'in her iki kamarası tarafından ayrı ayrı yapılacak oylamalarda 2/3 çoğunluk ile karar alınması durumunda anayasa değişikliği yapmanın mümkün olduğunu açıkça ifade etmiş ve herhangi bir istisna öngörmemiştir. Buna rağmen Yüksek Sovyet Presidyumu'nun anayasa değişikliği anlamına gelecek düzenleyici işlemler yaptığı ve bunların uygulandığı görülmektedir. 19 Mart 1966 tarihinde Yüksek Sovyet Presidyumu, Yüksek Sovyet'te Birlik Cumhuriyetlerinin temsilcisi sayısını 25'ten 32'ye çıkarma kararını almıştır. Esasen bu husus anayasada düzenlenmiş olduğu için anayasa değişikliği gerekmektedir. Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararı alıp uygulamasının

[70] TOWSTER, S. 323.

[71] SCHAPIRO, S. 111.

ardından bu konu hakkında 3 Ağustos 1966 tarihinde Yüksek Sovyet anayasa değişikliği yapmıştır. Sovyet anayasa hukukçularının önemli bir kısmı tarafından; fiili olarak anayasanın bu şekilde delinmesi, sistemin tıkanması ve anayasal düzenin sağlıklı işleyişi için normal görülmüş ve “gerekli durumlarda”, Yüksek Sovyet Presidyumu’nun anayasal sınırlarını aşabileceği yönünde mezkûr anayasaya aykırı durum savunulmuştur.^[72]

Yüksek Sovyet Presidyumu’nun kanun yapma faaliyetine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak 1977 Anayasası’nın 123. Maddesinde yer alan “düzenleyici işlem ve kararname” yapma ve değiştirme yetkisi de hiç şüphe yok ki daha önceden bu yana süregelen “kanun yapma faaliyeti” için anayasal bir kaynak olarak kabul edilmiştir. Yüksek Sovyet Presidyumu’nun düzenleyici işlem yapması yetkisi Anayasa’nın 123. Maddesinde müstakil olarak ifade edilmiştir. Bu husus anayasa yapım tekniği açısından ilginç olmuştur. Zira 122. Maddede Yüksek Sovyet’in onayına muhtaç olan yetkiler tahdidi olarak sıralanırken, 121. Maddede de Yüksek Sovyet’in “onayına” ihtiyaç bulunmayan “müstakil” yetkiler belirtilmiş ve her iki maddede de Yüksek Sovyet Presidyumu’nun düzenleyici işlem yetkisinden hiç bahis olunmamıştır. Anayasa koyucunun doğrudan Yüksek Sovyet’in tekelinde olan kanun yapma yetkisini Yüksek Sovyet Presidyumu’na, “onaya” ihtiyaç bulunmadan “müstakil” kullanılacak yetki olarak özgülemediği açık olmakla birlikte “onaya” ilişkin de hüküm bulunmaması son derece tuhaf olmuştur.

Yüksek Sovyet Presidyumu’nun müstakil kullanacağı yetkilere ilişkin 1977 Anayasası’nın 121. Maddesi, aynı konuda düzenlemeler içeren 1936 Anayasası’nın 49. Maddesi ile büyük benzerlikler arz etmektedir. Bununla birlikte Yüksek Sovyet Presidyumu’na birkaç yeni yetki de tanınmıştır. Bunlardan ilki Yüksek Sovyet’in her iki kamarasının daimî komisyonlarını “koordine etme” yetkisidir. Diğeri ise 1924 Anayasası’ndakine benzer şekilde düzenlenen, “anayasal organların kendi yetkileri içerisinde faaliyet yürütmesini” denetleme yetkisidir.

1977 Anayasası’nın 122. Maddesi ise Yüksek Sovyet Presidyumu’na, Yüksek Sovyete vekâlet amacı taşıyan birtakım bağlı yetkiler de vermektedir. Bahse konu yetkilerin kullanılması münhasıran Yüksek Sovyet Presidyumu’na tanınmamıştır. Bu yetkilerin kullanılması durumunda, yetkinin kullanıldığı tarihten sonraya tekabül eden ilk Yüksek Sovyet Genel Kurul oturum döneminde, yapılan işlemin onaylanması için Yüksek Sovyet Genel Kurulu’na sunulması gerekmektedir. Bunlar Yüksek Sovyet’in

[72] MİSKETVİÇ, S. 102.

oturum dönemleri haricinde ihtiyaç olması halinde kanunlarda değişiklik yapmak, Birlik Cumhuriyetlerinin sınır değişikliklerini onaylamak, Bakanlar Kurulu'nun tavsiyesi üzerine Bakanlıkları feshetmek yetkileri olarak ifade edilebilmektedir.

Yüksek Sovyet Presidyumu'nun bahse konu yetkileri dikkatlice tetkik edildiğinde görülecektir ki Presidyum hem yasama hem de yürütme kuvvetlerine münhasır yetkileri elinde bulunduran anayasal bir organdır. Kuvvetler ayrılığı prensibinin kabul görmediği SSCB'de, liberal temsili demokrasilerden farklı böylesi bir kurumun oluşması çok da yadırganmamalıdır.

D) SSCB BAKANLAR SOVYETİ/KURULU

1) Bakanlıkların Selefi Olarak Halkın Komiserleri Sovyeti

SSCB'de bakanlar kurulu olarak görev yapan ve fakat ismi farklı olan Halk Komiserleri Sovyeti bulunmakta idi. Bu kapsamda 1924 Anayasası'na göre üç tip Halk Komiserliğinin bulunmakta olduğunu görüyoruz: Birlik, Birleşik ve Cumhuriyet Halk Komiserleri. Birlik Halk Komiserleri, beş tane olup bunlar harp işleri, dış ticaret, iletişim, posta ve telgraf işleri ile ilgilenmektedir. Bunlar SSCB çapında faaliyet yürüttükleri için Birlik Halk Komiserleri veya Bütün Birlik Halk Komiserleri olarak anılmaktadır. Bunların SSCB'yi oluşturan cumhuriyetlerde ve diğer federe unsurlarda örgütlenmiş biçimleri bulunmamaktadır.^[73]

Bütün Birlik Halk Komiserleri'nin federe unsurlarda yetkili temsilcileri bulunmakta olup bahse konu faaliyetleri federal yapı adına yürütmektedirler. Bilahare İş ve Savunma Sovyeti bulunmakta olup bu konseye Halkın Komiserleri Sovyeti Başkanı başkanlık etmektedir.^[74]

Birleşik Halk Komiserleri hem federe hem de federal anlamda örgütlenmektedirler. Yani bu komiserlikler federal anlamda SSCB'de ve federe anlamda diğer cumhuriyetlerde de bulunmaktadır. Milli Varlık Yüksek Sovyeti, Yiyecek, İş, Maliye ve İşçi-Çiftçi Teftiş olmak üzere beş Birleşik Halk Komiserliği bulunmaktadır.^[75]

Cumhuriyet Halk Komiserleri ise yalnızca federe düzeyde örgütlenmektedirler. Bunlar Sosyal Güvenlik, Adalet, Sağlık, Eğitim ve benze-

[73] POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, (2011), S. 304.

[74] POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, (2011), S. 304.

[75] POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, (2011), S. 305.

ri alanlarda kurulabilmektedir. İkinci Cihan Harbinden sonra 15 Mart 1946'da SSCB Halk Komiserleri Sovyeti reforma uğramış ve SSCB Bakanlar Sovyeti oluşmuştur. Halk Komiserlikleri Bakanlık olarak isimlendirilerek yeniden organize edilmiştir.^[76]

2) Bakanlar Sovyeti/Kurulu

1936 Anayasası dönemine geldiğimizde Halkın Komiserleri Sovyeti yerine karşımıza Yüksek Sovyete bağlı olarak faaliyet yürüten Bakanlar Sovyeti çıkmaktadır. Bakanlar Sovyeti 1936 Anayasası'nın 79. Maddesi uyarınca benzer bir görevi ifa etmek için kurulan "Halk Komiserleri Konseyi'nin" halefi olup, 19 Mart 1946'dan sonra "Bakanlar Kurulu" adını almıştır. Bakanlar Kurulu 1977 tarihli SSCB Anayasası'nın 128. Maddesine göre SSCB'nin hükümeti ve en yüksek yürütme ve idari organıdır. Esas olarak Yüksek Sovyete karşı sorumlu ancak Yüksek Sovyet oturumları arasında Yüksek Sovyet Presidyumu'na karşı sorumlu olarak faaliyetlerini yürütmektedir. Bakanlar Sovyeti/Kurulu yapısının önemli bir kısmı Sovyetler Birliği Komünist Partisi ileri gelen üyelerinden oluşmaktadır.^[77]

Bütün Birlik Bakanları ve Birlik Cumhuriyeti Bakanları olmak üzere iki tip bakanlık vardır. Bütün Birlik Bakanları, tüm SSCB'yi ilgilendiren konular ile ilgilenir iken federe unsurlarda her zaman karşılıkları yoktur ve gereken durumlarda karşılıkları ihdas edilebilir. Bütün Cumhuriyet Bakanları ise federe düzeyde görülen işlerin Birlik düzeyinde yürütülmesinden sorumludur. Her federe unsur içerisinde karşılıkları olarak bir federe bakanları bulunmaktadır.^[78]

1936 Anayasası'nın ilk haline göre Bakanlar Sovyeti'nin yapısı ve genişliği işlevsel olmaktan uzaktır. Bundan dolayı devam eden süreçte kademeli olarak Bakanlar Sovyeti'nin yapısına ilişkin değişiklikler yapılmış ve daha işlevsel bir anayasal organ oluşturulmaya çalışılmıştır. 1936'da 24 üyeden oluşan Bakanlar Sovyeti, 1976 yılına gelindiğinde 105 üyeden müteşekkil hale gelmiştir. Bu genişleme SSCB'nin kompleks ve alabildiğine karmaşık yapısının idaresi anlamında bir zaruret olarak ifade edilmiştir. Mesela 1956 yılında Adalet Bakanlığı, 1960 yılında İç İşleri Bakanlığı, SSCB'nin Bakanlar Sovyeti'nden kaldırılarak bunların yetkileri federe unsurlarda kurulacak federe bakanlıklara devredilmiştir. Fakat 1966 yılında İçişleri

[76] POPOV/MİGRAÇEV/TİHOMİROV, (2011), S. 305.

[77] SCHAPIRO, S.118, KIRICHENKO/DENISOV, S. 317, TOWSTER, S. 324.

[78] SCHAPIRO, S. 117, STEŞANKO/ŞAMBA, S. 271-273.

Bakanlığı, 1970 yılında ise Adalet Bakanlığı, Bakanlar Sovyeti bünyesinde tekrar kurulmuştur.^[79]

Bakanlar Sovyeti Presidyumu fiili olarak 1953'ten beri var olmasına karşın anayasal bir karşılığı bulunmamakta idi. 1977 Anayasası'nın 132. Maddesi Bakanlar Sovyeti Presidyumu'nu, Bakanlar Sovyeti'nin "daimî organı" olarak tanımlayarak bu organa anayasal bir statü kazandırmıştır. Aynı maddeye göre Bakanlar Sovyeti Presidyumu; başkan, birinci başkan yardımcısı ve başkan yardımcılarında müteşekkildir. 19 Nisan 1979'da göreve başlayan 109 üyeli Bakanlar Sovyeti Presidyumu; başkan, birinci başkan yardımcısı ve 12 adet başkan yardımcısından oluşmakta idi. Esasen Bakanlar Sovyeti Presidyumu, bir iç kabine olarak kabul edilmektedir.^[80]

Bakanlar Sovyeti, siyasi bir organ olmaktan ziyade konusunda uzman kişilerin bakan olarak tayin edildiği teknokratik bir yapıdır. Sayının giderek artması ile birlikte burası liberal temsili demokrasilerdeki kabine veya bakanlar kurulunun işlev ve yapısından uzaklaşmıştır. Siyaseti belirlemekten ziyade uygulamak anlamında bir etki göstermiştir. Fakat bu noktada aşırı genişlemesi neticesinde zamanla etkisiz veya etkisi kısırlaşan bir kuruma dönüşmüştür.^[81] Muhtelif idari organların koordinasyonu ile ilgilenmek üzere daha dar kapsamlı olan Bakanlar Sovyeti Presidyumu oluşturulmuştur. İlginçtir ki, böyle bir kurumun varlığı ancak STALİN'in ölümünden sonra kamuoyu tarafından öğrenilmiştir.^[82]

Hükümet olarak ifade edilebilecek olan Bakanlar Sovyeti, en yüksek yürütme organı ve idari makamdır. Bakanlar Sovyeti, merkezi hükümetin iştiğal alanları ile doğrudan sorumludur. Milli ekonomik plan ve bütçeyi denetler, dış ilişkileri tesis eder, silahlı kuvvetleri yönetir.^[83]

Bakanlar Sovyeti'nin başında bir başkan bulunmaktadır. Esasen bu liberal temsili demokrasilerdeki başbakana tekabül etmektedir.^[84] Ancak Sovyet ideolojisinin liberal temsili demokrasilere ilişkin kavramları kullanılmaya ilişkin tavrı dolayısı ile "başbakan" ifadesi kullanılmamaktadır. STALİN, Bakanlar Sovyeti Başkanlığı ile partinin üst düzey yönetimini

[79] UNGER, S. 107, SCHAPIRO, S. 116.

[80] SCHAPIRO, S. 117.

[81] UNGER, S. 108, KIRICHENKO/DENISOV, S. 317.

[82] UNGER, S. 109, STEŞANKO/ŞAMBA, S. 267-269.

[83] GRIPP, S. 203, UNGER, S. 105.

[84] GRIPP, S. 209, KIRICHENKO/DENISOV, S. 315.

eşleyerek, partinin konumunu güçlendirmiştir. STALİN'in ölümünün ardından Sovyetler Birliği Komünist Partisi Genel Sekreteri olan KRUŞEV, aynı zamanda Bakanlar Sovyeti Başkanı olarak da görev yapmıştır.^[85]

Bakanlar Sovyeti'nin, Yüksek Sovyet'in birleşik oturumu ile seçilmesi usulü Anayasa'da açıkça kabul edilmiştir. Ancak Yüksek Sovyet kendiliğinden bu seçimi yapmamaktadır. Bakanlar Sovyeti Presidyumu'nun tayin ettiği Bakanlar Sovyeti Başkanı'nın hazırladığı bakan listelerinin, Yüksek Sovyet tarafından onaylanması ile Bakanlar Sovyeti teşekkül etmektedir. Diğer bir deyişle Bakanlar Sovyeti Başkanı, Yüksek Sovyet'in onayı ile bakanları atama yetkisine sahiptir.^[86] Bakanlar Sovyeti'nin yetkileri, görüldüğü üzere oldukça fazladır.

Bakanlar Sovyeti, Yüksek Sovyet tarafından oluşturulmakta ve ona karşı sorumlu olarak faaliyet yürüterek hesap vermektedir. Bakanlar Sovyeti esas olarak Yüksek Sovyet'in oturum dönemleri arasında, onun nam ve hesabına faaliyet yürütmektedir. Yüksek Sovyet'in oturum yapmadığı dönemlerde -yani dönem aralarında- Yüksek Sovyet Presidyumu; bakanları, Bakanlar Sovyeti Başkanı'nın teklifi ile azledebilir ve aynı usul ile atama yapabilir.^[87]

Bakanlar Sovyeti'ni oluşturan bakanların her birisi de şahsi olarak, Yüksek Sovyet'e karşı sorumlu olarak hareket etmektedir. 1977 Anayasası'na göre kabine, faaliyetleri ile ilgili olarak Yüksek Sovyeti, düzenli olarak bilgilendirmek zorundadır. Yüksek Sovyet'in sürekli oturum düzenleyen bir parlamento olmamasından dolayı, Yüksek Sovyet'in toplanmadığı zamanlarda Bakanlar Sovyeti/Kurulu, Yüksek Sovyet Presidyumu'na karşı sorumludur. Daha önce ifade edildiği gibi hem Yüksek Sovyet'in hem de Yüksek Sovyet Presidyumu'nun bakanları azletme yetkisi mevcuttur.

Diğer anayasal organlarda olduğu gibi Bakanlar Sovyeti açısından da SSCB'nin, liberal temsili demokrasilerde yer alan Bakanlar Kurulu'ndan birtakım önemli farklılıkları bulunmaktadır. Öncelikle SSCB tek partili siyasi bir düzendir. Bu düzen içerisinde, liberal temsili demokrasilerde algılanan biçimiyle bir muhalefetten bahsetmek mümkün değildir. Dolayısı ile hükümetin faaliyetlerini siyasi olarak denetleyecek bir muhalefetten çe-

[85] SCHAPIRO, S. 117, KIRICHENKO/DENISOV, S. 317, ÇİRKİN, (2013), S. 17.

[86] GRIPP, S. 209, UNGER, S. 105.

[87] TOWSTER, S. 325.

kinilmesine gerek yoktur. Bir diğer önemli farklılık ise bakanlar kurulunun herhangi bir anayasal yetkiye dayanarak meclisi feshetme, seçimleri yenileme ve buna benzer bir yetki ile donatılmamasıdır. Bu kapsamda bakanlar kurulunun, SSCB'de bürokrasinin yani idarenin başı sıfatıyla hareket eden bir yürütme organ olduğu ifade edilebilecektir.^[88]

Bahse konu farklılıklar dışında bakanlar kurulu, icrai anlamda liberal temsili demokrasilerdekine benzer bir işlev görmektedir. SSCB Bakanlar Sovyeti/Kurulu, Yüksek Sovyet ve Yüksek Sovyet Presidyumu'ndan aldığı salahiyyet ile SSCB Anayasası'na bağlı olarak yürütme organının tüm idari işlerini yapmak görevini üstlenmiştir. Yüksek Sovyet ve Yüksek Sovyet Presidyumu'nun tesis ettiği politikaların yürütülmesinden Bakanlar Kurulu mesuldür. Bu kapsamda ekonomik, sosyal ve kültürel alanda ilerlemeyi temin etmek, toplumsal refahı tesis etmek, bilimsel gelişmeyi sağlamak, doğal kaynakların keşfi ve verimli kullanılmasını temin etmek, sosyal güvenlik politikalarını düzenlemek; endüstri, inşaat, tarım, nakliye, iletişim alanlarındaki kurumların yönetimi; cari ve uzun vadeli ekonomik ve sosyal devlet planlarını yürütmek, bütçeyi Yüksek Sovyet'e sunmak, devlet bütçesini uygulamak, devlet bütçesinin kullanılması ile ilgili olarak Yüksek Sovyet'e rapor sunmak; devletin menfaatlerini, kamu düzenini, sosyalist mülkiyeti korumak ve vatandaşların hak ve hürriyetlerini garanti altına almak; devlet güvenliğini sağlamak üzere tedbirler almak; diğer devletlerle ekonomik, bilimsel, teknik ve kültürel konularda ilişki kurmak ve yönetmek, uluslararası anlaşmaların kabulünün ardından uygulanması için gerekli önlemlerin alınması, hususlarında Bakanlar Sovyeti/Kurulu yetkilidir. Ayrıca anayasanın 135. Maddesine göre düzenleyici işlem de yapabilmektedir.

Bakanlar Sovyeti'nin, icrai bir organı olarak Presidyumu bulunmaktadır. Bakanlar Sovyeti Presidyumu; başkan, 2 tane birinci başkan yardımcısı, muhtelif sayıda başkan yardımcısından oluşmaktadır. Bakanlar Sovyeti Presidyumu, ad hoc komisyonlar ve özel çalışma grupları kurabilmektedir. Bakanlar Sovyeti Presidyumu, Bakanlar Sovyeti'nde görüşülmesi ve çözümlenmesi gereken meseleleri belirleyerek bunları düzene koymaktadır.^[89] Esasen Bakanlar Sovyeti Presidyumu, Bakanlar Sovyeti'nin içerisinde daha dar kapsamlı bir kabineden başka bir şey değildir.^[90]

[88] ŞEN, S. 49, KIRICHENKO/DENISOV, S. 317.

[89] GRIPP, S. 209.

[90] GRIPP, S. 210.

Daha önce ifade edildiği gibi Bakanlar Sovyeti/Kurulu, çeşitli bakanlıkların yanı sıra muhtelif konularda kurulan komisyonları da ihtiva etmektedir. 1977 Anayasası'nın 132. Maddesine göre Bakanlar Sovyeti/Kurulu Başkanlığı^[91]; başkan, başkanın birinci yardımcısı, başkan yardımcıları ve bakanlardan oluşmaktadır.

Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun yetkileri, 1936 Anayasası'na göre 1977 Anayasası'nda daha özenle hüküm altına alınmış, kurul hakkında daha az müphem nokta bırakılmıştır. Bu kapsamdaki en önemli değişiklik, 1936 Anayasası'nda Bakanlar Sovyeti'nin yürürlükteki kanunlara göre düzenleyici işlem yapma yetkisine karşılık, 1977 Anayasası'nın yürürlükteki kanunlar ve Yüksek Sovyet ile Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararlarına göre düzenleyici işlem yapma yetkisi veren 133. Maddesi'dir.

1977 Anayasası'nın 134. Maddesi SSCB Bakanlar Kurulu'na, federe unsurların yürütme organları üzerinde kullanılmak üzere denetim yetkisi vermiştir. Buna göre SSCB Bakanlar Kurulu, federe hükümetlerin çıkarmış olduğu düzenleyici işlemlerin yürürlüğünü durdurabilmektedir. Ayrıca 135. Madde hükümlerine göre Bakanlar Kurulu, federe unsurların hükümetleri ile koordinasyonu sağlamak yetki ve görevine de sahiptir.

SSCB'nin esas yasama organı Yüksek Sovyet olmakla birlikte oluşan kanunların önemli bir kısmı Bakanlar Sovyeti/Kurulu kaynaklıdır. Diğer yandan Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun kanun tasarısı sunma yetkisi de mevcuttur. Bakanlar Sovyeti/Kurulu, SSCB'nin münhasıran yürütme organı olmasına ve teorik olarak yasama fonksiyonuna sahip olmamasına karşın, Yüksek Sovyet tarafından henüz kabul edilmemiş bir taslağı kanun olarak yürürlüğe koyma yetki ve gücüne de sahiptir.^[92] Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun kanun tasarıları Yüksek Sovyet tarafından çok nadir reddedilmiştir.^[93]

Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun düzenleyici işlemlerinin sınırlarına ilişkin Anayasa'da veya diğer düzenlemelerde açık sınırlamalara rastlayamıyoruz. Dahası bu düzenleyici işlemlerin çok önemli bir kısmı da kamu-

[91] Anayasa, Bakanlar Konseyi Presidyumu olarak ifade etmiştir. Ancak Türkçeye aktarırken Bakanlar Kurulu Başkanlığı şeklinde tercüme etmeyi terim birliği açısından daha faydalı bulmaktayız. Ancak metin içerisinde aslına uygun kullanımda da bulunulmuştur.

[92] GRIPP, S. 211.

[93] GRIPP, S. 216, KIRICHENKO/DENISOV, S. 317

ya duyurulmamış yani yayımlanmamıştır. 2 Ekim 1940 tarihli Bakanlar Sovyeti'nin düzenleyici işlem niteliğindeki kararnamesi ile Anayasa'nın 121. Maddesinde yer alan ücretsiz ve temel eğitime dair hükümler değiştirilmiş, Yüksek Sovyet ise bunu tam altı yıl sonra 25 Şubat 1947'de resmi bir anayasa değişikliğine dönüştürmüştür.^[94]

Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun kararname ve emir yayımlama yetkisinin, Yüksek Sovyet'in yasama yetkisini ne derece gasp ettiği şüphelidir. Uygulamada görülmektedir ki, Bakanlar Sovyeti/Konseyi'nin düzenleyici işlemleri, zaman zaman yasamanın "kanunları" ile aynı özellikleri taşımaktadır. Bakanlar Sovyeti/Kurulu'nun düzenleyici işlemleri ile Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnameleri arasındaki en temel fark ise; Bakanlar Sovyeti/Kurulu düzenleyici işlemlerinin, Yüksek Sovyet Presidyumu tarafından yürütmesinin durdurulabiliyor ve iptal ediliyor olmasıdır. Diğer yandan Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnameleri ise Yüksek Sovyet tarafından "kanunlaşmaz" ise yürürlükten kalkmaktadır. Yani Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kararnamelerini iptal edecek bir makam yoktur, bunlara ilişkin ancak kanunlaşma veya kanunlaşmama kararı alınabilmektedir. Bu noktada Yüksek Sovyet Presidyumu'nun daimî faal bir organ olmasına karşın Yüksek Sovyet'in daimî faal olmayan bir organ olması da "işlemlerin" yürürlüğüne ve denetim yapan organın etkinliğine ilişkin çok önemli bir veri sunmaktadır.^[95]

E) ANAYASAL BİR KURUM OLARAK SOVYETLER BİRLİĞİ KOMÜNİST PARTİSİ (SBKP)

SSCB yapısı içerisinde düzenlenen her kurumsal yapı üzerinde mutlak etkisi bulunan tek yapı fiili olarak SBKP'dir. Devlete egemen olan tek parti yapısı, diğer deyişle totaliter yapının gereği olarak SBKP, devlet iktidarının kullanım vasıtalarına erişimin tek yoludur. Teori ve pratiğe göre tüm yasama faaliyetinin ve diğer anayasal organların faaliyetlerinin kaynağı SBKP'dir.^[96] SBKP, devlet iktidarının çekirdeğini oluşturmaktadır. Tüm devlet organları SBKP'nin politikalarını realize etmek için faaliyet yürütmektedir.^[97] Resmi Sovyet ideoloji ve hukuk tezlerinde devlet başkanlığı fonksiyonunu Yüksek Sovyet Presidyumu'nun yerine getirdiği

[94] UNGER, S. 102.

[95] TOWSTER, S. 325.

[96] SCHAPIRO, S. 86, ASKER, S. 191.

[97] BRAHAM, S. 307.

ifade edilmesine karşın bu işlevi SBKP Genel Sekreterliği yerine getirmektedir. SBKP Genel Sekreteri'nin aynı zamanda Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı olarak görev yapmaya başlaması ile de facto olan bu durum de jure hale getirilmiştir.^[98] ÇİRKİN'in ifade ettiği üzere STALİN, SSCB döneminde hiçbir devlet organının doğrudan başında olmamasına rağmen SBKP Partisi Genel Sekreteri sıfatı ile devletin başı olarak görülmektedir. İşte bu fiili durum zamanla anayasal bir hale getirilmiştir.^[99]

Parti üyesi olmak son derece zordur. 18 yaşını doldurmuş SSCB vatandaşları partiye başvuru yapabilmektedir. Ancak doğrudan üye olamamaktadır. 18-23 yaş arası SSCB vatandaşları öncelikle Parti'nin gençlik organizasyonu olan Komsomol'a^[100] üye olmak durumundadır.

Partiye başvuru yapan şahsın, en az 5 yıl kıdemi bulunan 3 kişi tarafından partiye olumlu referansı gerekmektedir. Üstelik referans olacak şahıslar, parti üyeliğine aday olan şahsa ilişkin alelade bir referans sunamamaktadır. Referanslar, adayı toplumsal organizasyonlar ve/veya iş sebebiyle en az bir sene tanıyor olmak gibi bir keyfiyeti de açıklamak ile mükelleftir.^[101]

Görüldüğü üzere SBKP'ye üye olmak için birden çok denetim mekanizmasından geçmek gerekmektedir. Bu durumun bilinçli bir şekilde oluşturulduğu aşikardır. SBKP üye sayısının SSCB nüfusuna oranla oldukça düşük tutularak, seçkin bir komünist elit yaratılması amaçlanmıştır.^[102]

LENİN'in ifade ettiği üzere, askeri nizam ve disiplin içerisinde, geniş yetkilerle donatılmış olan bir parti, sistem için faydalı olabilecektir.^[103] Bahse konu disiplin ve nizamı sağlayacak olan ise "demokratik merkezîyetçilik" ilkesidir.

Demokratik merkezîyetçilik ilkesine göre, parti merkezi tarafından alınana kararların tüm kadrolar tarafından uygulanması ve önemli kararların ancak parti merkezi tarafından alınması söz konusudur. Parti merkezinin aldığı kararlar, sınırlı olarak dahi olsa sorgulanamamakta ve bu kararla-

[98] KUTAFİN, S. 289, AVAKYAN, S. 39-52, İSAEV/BARANOV, S. 286-290.

[99] ÇİRKİN, (2015), S. 17.

[100] Türkçeye Leninist Komünist Gençler Birliği şeklinde tercüme edebileceğimiz ifadenin Rusça kısaltmasıdır.

[101] AVAKYAN, S. 39-52.

[102] REMINGTON, S. 31, İSAEV/BARANOV, S. 290-296

[103] TÜRKKAYA, S. 62

rın aleyhinde faaliyetlerde bulunmak mutlak biçimde yasaklanmaktadır. Hiyerarşik olarak üstte yer alan organların kararları, alttakiler açısından mutlak suretle bağlayıcıdır.^[104]

Liberal temsili demokrasilerde parti içi muhalefet olarak adlandırılan husus, SSCB'de katıyen yer bulamamaktadır. Ancak buna mukabil "öz eleştiri" adı verilen bir ilke mevcuttur. Alınan kararın yerindeliği ve doğru olup olmadığı yönünde eleştiri yapma hakkı, ancak hiyerarşik olarak üstte olan makamın alttakine karşı kullanabileceği şekilde mevcuttur. Diğer durumda alt makamdakinin üstüne karşı böylesi bir tutuma girmesi, demokratik merkezîyetçilik ilkesi ile çelişeceği için söz konusu dahi olamamaktadır. Alt makamda yer alanların, hiyerarşik üstlerine ilişkin yapabilecekleri eleştiri alınan kararın yerindelighinden ziyade uygulanmasında ortaya çıkan durumlarla ilgili olabilmektedir.

Bahse konu ilkeler her ne kadar Komünist Parti'nin ilkeleri olarak karışımıza çıksa dahi, devlet iktidarına ulaşmanın tek meşru yolu olan partinin kabul ettiği düsturlar, devletin genel kabul gören ilkeleri haline gelmekte, dahası toplum için de dahi uyulması gereken kurallar olarak algılanmaktadır.^[105]

Parti'nin karar alma ve yönetim organı Parti Kongresi'dir. Kongre olağan olarak 5 yılda bir toplanmaktadır. Uzun aralıklar ile toplanan Parti Kongresi'nin iki toplanması arasında parti faaliyetlerini yürütmek üzere, Merkez Komitesi adı verilen bir parti organı yetkilendirilmiştir. Politbüro adı verilen bir diğer parti organı bulunmaktadır. Politbüro; SBKP Genel Sekreteri, Bakanlar Kurulu Başkanı, Savunma Bakanı, İstihbarat Servisi (KGB) Başkanı, Dışişleri Bakanı ve bazı federe unsur yöneticilerinden meydana gelmek bakımından son derece etkili bir parti organıdır.^[106]

Devletin en yüksek iktidarı, Yüksek Sovyet ve ona karşı sorumlu olan diğer organlar olarak ifade edilse dahi tüm devlet iktidarı SBKP tarafından dolaylı olarak yönetilmektedir. Yüksek Sovyet'in dönem arasında daimî olarak faaliyet gösteren en mühim ögesi olan Yüksek Sovyet Presidyumu üyelerinin önemli bir kısmının SBKP'de de görevli olması partinin, Yüksek Sovyet Presidyumu üzerindeki etkisini de yoruma hacet bırakmayacak şekilde açıklamaktadır.^[107]

[104] AVAKYAN, S. 39-52, İSAEV/BARANOV, S. 286-290.

[105] TÜRKKAYA, S. 162, AVAKYAN, S. 27.33.

[106] REMINGTON, S. 32, İSAEV/BARANOV, S. 286-290.

[107] BRAHAM, S. 307, AVAKYAN, S. 27.33, İSAEV/BARANOV, S. 286-290.

F) SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1917 Sovyet Devrimi ile oluşan atmosfer içerisinde dünyanın geri kalanından farklı bir hükümet sistemi üretme çabasının ürünü olan kuvvetler birliği ve/veya karma hükümet sistemli kolektif başkanlık modeli, 1970'lerin sonlarına gelindiğinde artık fonksiyonel olarak görülmemeye başlamıştır. Buna ilişkin anayasal düzenlemeler ihdas edilmiş ve 1993 Anayasası olarak ifade edilen mevcut anayasal düzen ortaya çıkmıştır. Özellikle Yüksek Sovyet'in yapısı ve ona yüklenen vazifeler oldukça tezat oluşturmuştur. 1500 kişiye yakın üyesi bulunan böylesi bir yapının, üstelik yılda 8-10 gün mesai yaparak devletin yasama ve yürütmeye ilişkin her tür iş ve işlemini yapabilmesini beklemek doğru değildir. Sovyet ideologlarının en temel hatası buradadır. Geçen uzun yıllar ise bu hatalı tercihin ıslah edilmesi için harcanan bir çaba olarak görülmelidir.

Yüksek Sovyet Presidyumu, başarılı denilebilecek bir yapıdır. Çıkardığı düzenleyici işlemler ile parlamentonun yasama fonksiyonunu gerçekleştirmiş, yürütmeye ilişkin ise görevlerini yerine getirebilmiştir. Bu bakımdan konu ele alındığında kuvvetler birliği ve kolektif başkanlık teorisinin vücut bulduğu yerin Yüksek Sovyet Presidyumu olduğu görülecektir. Ancak burada da Yüksek Sovyet Presidyumu Başkanı konusunda uzun yıllar tereddütlerin yaşanması sorun oluşturmuştur. Açıkça ifade etmek gerekir ki kolektif başkanlık tezi hemen hiç uygulanmamıştır. Sistemsel boşluklar SBKP Genel Sekreteri'nin bazen resmi bazen de gayri resmi görev tanımlamaları ile doldurulmuştur. Zira yürütme fonksiyonu yasama fonksiyonu gibi değildir. Yürütücü iş ve işlemlere ilişkin sorumluluğun ortaklaşa üstlenilmesi ve bunun yürütülmesi oldukça güçtür. Bundan dolayıdır ki 1970'lere gelindiğinde bu kolektivite iddiasından da vazgeçilerek, başkanlık diyebileceğimiz bir yapıya gelinmiştir.

1990'lı yıllara geldiğimizde Yüksek Sovyet yapısı üzerindeki reformlar onun bir parlamento olarak reorganize edilmesine kadar gitmiştir. Yüksek Sovyet Presidyumu başkanlığa, Bakanlar Sovyeti ise başbakanlığa evrilmiştir. Ancak Yüksek Sovyet Presidyumu'nun kuvvetler birliği döneminde yürütmeden fazlası olması sebebi ile yeni dönem Rus tipi başkanlık modelinde, kuvvetler ayrılığı benimsenmesine rağmen anayasada, başkan hiçbir kuvvet içerisinde zikredilmeyerek aslında Sovyet dönemine en uygun form hayata geçirilmiştir.

Mevcut hali ile Rusya'da başkanlık, Sovyet dönemi kurumlarının kuvvetler ayrılığına göre rasyonalize edilmesi ile yeniden tesis edilmiştir. Diğer başkanlık modellerinden farklı olarak bir başbakanın bulunmasının esas sebebi Yüksek Sovyet Presidyumu ve Bakanlar Sovyeti'nin teamülen devam ettirilmesinden başka bir şey değildir. Başbakan ve bakanların yetki ve sorumlulukları neredeyse Bakanlar Sovyeti'ninki ile aynıdır. Üstelik Başbakanlığın dışarıdan bakılınca etkisiz ve anlamsız gelen varlığı dahi Sovyet konteksi içerisinde ele alınır ve Bakanlar Sovyeti ile mukayese edilir ise son derece anlamlıdır.

Ruslar Sovyet ideologlarının taassubunda kurtulmuş ancak Sovyet geleneklerini terk etmemişlerdir. Parlatentonun mevcut yetkinliği ve etki oranı da bu kapsamda Yüksek Sovyet ile mukayese edilmelidir. Ruslar hemen hiçbir zaman gerçek anlamda bir parlamento özlemi içerisinde olmamıştır. Onlar sürekli olarak yürütme ve onun fonksiyonalitesi üzerine tartışmışlardır. Onlar için sürekli açık olan daimî bir kanun yapan yer olarak parlatentonun varlığı yeterlidir. Üstelik parlatentodan anlaşılan ise temsil ve kanun yapma meselesidir. Hükümetin denetlenmesi gibi konular çok yeni kavramlardır. Bu ise Yüksek Sovyet'in toplumun her kesimini temsil etme idealinin sürdürülmesidir.

Topyekûn bakıldığı zaman Yüksek Sovyet, Yüksek Sovyet Presidyumu, Bakanlar Sovyeti üzerindeki bütün ihtilafî meseleler ve sorunlar, sosyalist terminoloji dışına çıkılarak çözülmüştür. Üstelik ortaya farklı kurum ve yapıları ile zengin bir anayasal düzen çıkmıştır. Buna ön yargılı ve/veya sadece klasik anayasal jargonlar ile bakılması durumunda birçok şey eksik veya aksak görülecektir. Ancak kendi iç dinamikleri içerisinde bakıldığında her şey yerli yerine oturmaktadır. Zira yeni anayasal düzen liberal temsili demokrasilerdeki hükümet modellerine göre dizayn edilmiş değildir. Böyle bir çaba olmamıştır. Yeni dönem anayasası SSCB anayasal düzeninde eksik, aksayan hususların ve konuların dizayn edilmesi ile oluşmuştur. Kolektif başkanlıktan başkanlığa geçilmiş, kuvvetler birliği Yüksek Sovyeti'nden kuvvetler ayrılığı Federal Meclisine geçilmiştir. Ancak kolejyal hükümet olarak Bakanlar Sovyeti'nin yapısı neredeyse aynen muhafaza edilmiştir.

KAYNAKÇA

ASKER,A.,(2015). *Rusya'da Yönetim Geleneğinin Değişmeyen Özelliği: Güçlü Yürütme. Başkanlık Sistemi*. Ankara: Liberte Yayınları.

AVAKYAN,S.,(2011). *Konstitusionno-Pravovoy Status Politiçeskih Partiy V Rossi*. İzdatelstvo Norma.

BRAHAM,R.,(1965). *Soviet Politics and Government*. New York: Alfred A Knopf Publisher.

ÇAM,E., (1982). *Devlet Sistemleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

CHKHIKVADZADE,V.,(1972). *The Soviet Form Of Popular Government*, Moscox: Progress Publishers.

ÇİRKİN,V.,(2013). *Glava Gosudarstva : Sravnitelno-pravovoe İssledovanie*. Moskova: İzdatelstvo Norma.

ÇİRKİN,V.,(2015). *Zakonodatel'naya Vlast*. Moskova: İzdatelstvo Norma.

GRIPP, R., (1967). *Pattern Of Soviet Politics*. Homewood/Illioms: The Dorsey Press.

GÜRBÜZ, Y., (1987). *Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler*. İstanbul: Beta Yayınları.

HENDERSON,J.,(2011). *The Constitution of The Russian Federation: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing.

HUSKEY,E.,(1992). "Executive-Legislative Relations", *Executive Power and Soviet Politics: The Rise and Decline of the Soviet State*. New York.

İSAEV,B.A.,BARANOV,N.A.,(2013). *Sovremennaya Rossiyskaya Politika*. Moskva: Piter.

KIRICHENKO, M./DENISOV, A.,(1965). "Soviet Constitutionalism". *Soviet Politics and Government*. New York : Alfred A Knopf Publisher.

KUTAFİN,O.E.,(2014). *Glava Gosudarstva*. Moskva: Prospekt.

LAZAREV,V.V.,(1991). *Prezident SSSR*. Moskva: İzdatestvo Nauka.

MAZO, E.D., (2005). Constitutional Roulette: The Russian Parliament's Battles with the President over Appointing a Prime Minister. *Stanford Journal Of International Law*, Vol. 41, No: 123.

MİSKETVİÇ, A.V.,(1967). *Aktı Vıŝih Organov Sovetskovo Gosudarctva*. Moskva: Yuridiceskaya Literatura.

MUHAMEDOVA,R.H.,(1980). *Prezidium Verhovnovo Soveta Soyoznoy Respubliki*, Taŝkent: İzdatelstvo FAN.

ÖZYURT,D.,(2021). *Rusya Federasyonu Anayasal Düzeninde Devlet Başkanının Konumu ve Fonksiyonu*. Ankara: Adalet Yayınevi.

ÖZYURT,D.,(2021). Rus Tipi Başkanlık Modeline Giden Yolda 1918 Rusya ve 1924, 1936, 1977 SSCB Anayasasında Karma Kuvvetler Birliğinin Uygulanması ve Sorunları. *HBV Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XXV,Sayı-1, S.473-510.

POPOV,L./MİGRAÇEV,Y./TİHOMİROV,S.,(2012). *Gosudarstvennoe Upravlenie V Rossii i Zarubejnih Stranah: Administrativno-Pravovie Aspekti*. Moskva: İzdatelstvo Norma.

POPOV,L./MİGRAÇEV,Y./TİHOMİROV,S.,(2011). *Gosudarstvennoe Upravlenie i İspolnitelnaya Vlast*. Moskva: İzdatelstvo Norma.

REMYNGTON, T.F.,(1999). *Politics in Russia*. New York: Longman.

SCHAPIRO,L.,(1970). *The Government and Politics of the Soviet Union*, London: Hutchinson University Library Press.

STAŞENKO,L./ŞAMBA,T.,(2003). *İstoriya Gocudarctva i Prava Rosii*. Tom.2. Moskva: İzdatelstvo Norma.

ŞEN,İ.G.,(2004). *Rusya Federasyonu Siyasal Sistemi*. Eskişehir:Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1552, Hukuk Fakültesi Yayınları, No:7.

TANİLLİ,S.,(2017). *Uygurluk Tarihi*, İstanbul: Cumhuriyet Yayınları.

TOWSTER,J.,(1965). The Geograpy and Historical Heritage of the U.S.S.R. *Soviet Poitics and Government*. New York-1965:Alfred A Knopf Publisher.

TÜRKKAYA, A.,(1961). "Sovyetler Birliği Devlet İdaresi". *A.Ü.S.B.F Yayınları*.

Kolektif Başkanlık Teorisine Göre Yüksek Sovyet: İcra Kurulu Olarak Yüksek Sovyet Presidyumu
ve Hükümet Organı Olarak Bakanlar Sovyeti

UNGER,A.,(1981). *Constitutional Development in the USSR*. London:
Methuen Publisher.

WHITE, S.,(2000). *Russia's New Politics: The Management of A Postcommunist
Society*. Cambridge: Cambridge University Press.

Vicdani Ret ve Halkı Askerlikten Soğutma Suçu

Arş. Gör. Gökçe **SERİM***

“Yasal mermisiyle
Bir komiser yaklaşmakta ...”**

Makalenin Geliş Tarihi: 10.03.2021 **Kabul Tarihi:** 28.07.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.978818](https://doi.org/10.30915/abd.978818)

* <https://orcid.org/0000-0002-5900-5282>

** HAYALOĞLU Yusuf, “Başım Belada” içinde Gözleri İntihar Mavi, Anka Yay., İstanbul, 2002.

VİCDANİ RET VE HALKI ASKERLİKTE SOĞUTMA SUÇU

ÖZ

Vicdani ret, modern devlet öncesi ortaya çıkmış bir kurumdur. Öncelikli olarak dini anlamda öne sürülen vicdani ret sebepleri, git gide sekülerleşmiş ve vicdani ret, dünyanın pek çok ülkesinde gerek tek başına gerekse alternatif sivil hizmet seçeneğiyle kabul edilmiştir. Batıyı yakalamayı kendine düstur edinmiş Türkiye içinse vicdani ret, her zaman hem toplum hem de devlet gözünde en büyük tabulardan biri olmuştur. Bu kapsamda büyük kutsiyet atfedilen askerlik hizmeti, kanunlar ve suçlar aracılığıyla korunmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda halkı askerlikten soğutma suçu, vicdani ret kurumunun mütemmim cüzüdür. Bu nedenle, halkı askerlikten soğutma suçunun daha iyi anlaşılabilmesi için, vicdani ret kurumu, felsefiyle beraber düşünülmelidir.

Anahtar Kelimeler:

Vicdani Ret

Askerlik

Antimilitarizm

Sivil Hizmet

Halkı Askerlikten Soğutma Suçu

CONSCIENTIOUS OBJECTION AND ALIENATING THE PUBLIC FROM MILITARY SERVICE

ABSTRACT

Conscientious objection is an institution that came up before modern state. The reasons for conscientious objection which were primarily put forward in a religious sense have been secularized until now and conscientious objection is accepted in a lot of countries all around the world with or without civil duty today. For Turkey, that has been chasing west as a pioneer, conscientious objection has always been one of the biggest taboos in the eye of both the public and the state. In this context military service, which is ascribed to big holiness, is tried to be protected through laws and crimes. In this regard, alienating the public from military service crime is an inseparable part of the institution of conscientious objection. For this reason, the institution of conscientious objection should be considered together with its philosophy in order to understand better the crime of alienating the public from military service.

Keywords:

Conscientious Objection

Soldiership

Antimilitarism

Civil Duty

The Crime Of Alienating The Public From Military Service

GİRİŞ

Vicdani ret, doğrudan, askerlikle ilişkilendirilen bir kavram. Sebepleri ise, salt dini sebepler olarak değerlendirilmekte. Buna karşılık, vicdani ret yalnızca askerlikle sınırlı olmadığı gibi, dini sebepler yanında çok farklı sebeplere dayalı olarak sunulabilmekte. Bu çalışmada, vicdani ret, askerlik dışındaki yükümlülüklerle vicdanen yapılan retlerden ayrılarak ele alınmıştır.

Oldukça geniş bir kavram olan vicdani ret, askerlik dışındaki yükümlülüklerle yönelik olarak sunulabilmesi dışında, reddin seviyesine veya gerçekleştiriliş biçimine göre de farklılaşmaktadır. Çalışmada bu açıdan, çeşitli vicdani ret türleri incelenmiştir.

Askerlik yükümlülüğüne yönelik sunulan vicdani reddin farklı sebepleri olmakla birlikte bu sebepler, dini ve seküler sebepler başlıkları altında genel hatlarıyla ikiye ayrılarak ele alınmıştır.

Ulusal hukuk sistemlerinde kimi ülkeler profesyonel ordu sistemine geçmek suretiyle vicdani reddi bir sorunsal olmaktan çıkarmış; kimi ülkelerse zorunlu askerliğe devam etmekle birlikte buna alternatif sivil hizmet seçeneği tanımış ve/veya vicdani reddi kabul etmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği ülkelerinin tamamında vicdani ret, tartışılması gereken bir sorun olmaktan çıkmıştır.

Çalışmada, askerliğe ve vicdani redde ilişkin düzenlemelere sahip bazı ülkeler, konu hakkında genel bir fikir sağlaması açısından örnek gösterilerek, bunlar karşısında vicdani ret bakımından Türkiye'nin durumu gözler önüne serilmiştir. Tüm bu değerlendirme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyu ele alış biçimi ve çeşitli kararları ışığında gerçekleştirilmiştir.

Türkiye'deki askerlik uygulaması eski düzenlemelerle birlikte karşılaştırılmalı olarak incelenmiş; vicdani reddin toplumda ve hukukta nasıl değerlendirildiği/değerlendirilmediği ve geçmişten günümüze Türkiye'de vicdani ret sunmuş kişilerin durumları ele alınmıştır.

Son olarak tüm bu bilgiler ışığında, askerlik ve vicdani retle oldukça bağlantılı olan halkı askerlikten soğutma suçu, günümüze gelene kadar geçirdiği değişikliklerle birlikte unsurlarına ayrılarak incelenmiştir.

I. VİCDANI RET

A. GENEL OLARAK

Bilinen ilk vicdani ret, 21 yaşında, Kuzey Afrikalı, Maximilian isimli bir genç tarafından sunulmuştur. MS 295 yılında, Roma İmparatorluğu tarafından çağrıldığı orduya katılmayı, Hıristiyan olduğu gerekçesiyle reddeden Maximilian idam edilmiştir.^[1]

Genel tanımıyla vicdani ret, hukukun öngördüğü bir zorunluluğun, dini, felsefi, siyasi, ahlaki temellerle yerine getirilmemesidir.^[2] Bununla birlikte, vicdani reddin bu anlamı zamanla giderek daralmış ve yalnızca, askerlik zorunluluğunun dini, felsefi, siyasi, ahlaki gerekçelerle yerine getirilmemesi halini almıştır.^[3]

Vicdani ret tanımı, akıllara, yanında bir soru işaretiyle beraber başka bazı, kendisine benzer kavramları getirmektedir. Vicdani reddin, bu kavramlardan farklılıkları belirlenmelidir.

Sivil itaatsizlik, insanlık onuru veya hukuk devletinin gerekleri adına, belli bir yasaya uymayı reddeden kişilerin gerçekleştirdiği aleni ve şiddet içermeyen bir tür protestodur.^[4] Sivil itaatsizlik, belli bir kolektif yapıyı içinde barındırır; bu açıdan kitlelere hitap etme gibi bir amaç güder, uyulması reddedilen yasanın değiştirilmesi hedeflenir. Buna göre, sivil itaatsizlik yanında vicdani ret, çok daha kişisel ve dar kapsamlıdır.^[5]

- [1] MOSKOS Charles C. – CHAMBERS II John Whiteclay, “*The Secularization of Conscience*”, in *The New Conscientious Objection From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, 1993, s. 9; https://books.google.com.tr/books?id=6j8BAqiBvXwC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false, (Erişim Tarihi: 06.07.2021); İŞIKLAR Celal, *Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret*, Adalet Yay., Ankara, 2011, s. 60.
- [2] EREN Abdurrahman, “*Türk Hukukunda Vicdani Red*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, 2006, s. 104.
- [3] DEMİR Hande Seher, “*Vicdani Ret Hakkı*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 244.
- [4] ÖKÇESİZ Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, Afa Yay., İstanbul, 1994, s. 130; NİŞANCI Şükrü, *Sivil İtaatsizlik: İyi Vatandaş Olmak mı İyi İnsan Olmak mı?*, Etkileşim Yay., İstanbul, 2013, s. 93.
- [5] TOKER Nilgün, “*Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme*” içinde *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 82.

Pasifizm, savaş karşıtlığı anlamına gelir ve ne sebeple olursa olsun hiçbir savaşın, hiçbir durumda haklı bir sebebi olamayacağı görüşüne dayanır.^[6] Bu kavram, esas itibariyle Hıristiyanlık ve Musevilikte yer alan, öldürme karşıtı emirlerden doğmuş;^[7] ardından, ahlaki ve seküler anlamda genişlemiştir. Günümüzde, vicdani ret eyleminde bulunanların, pasifist kişiler olduklarını söylemek mümkündür.^[8]

Antimilitarizm, vicdani retle ilişkilendirilen bir diğer kavramdır. Militarizm, askeriyeyle ait kültürün, toplumun temel değerleri haline gelmesidir.^[9] Antimilitarizm, bu kavramın tam anlamıyla zıddı olmayıp; genel itibariyle, şiddet tekeli elinde barındıran, itaat kültürüyle toplumu baskılayan modern devlet yapısına ve devletin elindeki en büyük güç olduğunu iddia ettiği orduya karşıya çıkar.^[10] Vicdani ret öne sürerek askerlik yapmak istemeyen bir kişi, vicdani reddinin dayandığı sebebe ve tutumuna göre antimilitarist kabul edilebilir. Örneğin vicdani ret öne süren bir kişi, askerlik yerine kamu hizmeti yapmayı da reddediyor ve hem zorunlu askerliğe hem de profesyonel orduya karşı çıkıyorsa vicdani retçi olmasının yanı sıra, antimilitaristtir de.^[11]

B. VİCDANİ RET TÜRLERİ

Vicdani ret, öncelikle askerlikle ilişkilendirilerek, askere gitmeyi, savaşa katılmayı, askeri üniforma giymeyi, silah taşımayı reddetmek gibi eylemleri kapsayacak şekilde kullanılsa da;^[12] esasında, yukarıda bahsedildiği gibi, yalnızca, zorunlu askerliğe bir tepki olmayıp; çok daha geniş bir çerçevede ve farklı alanlarda ortaya çıkabilen, çoğunlukla ihmali ama kimi zaman da icrai bir harekettir. Bu anlamda, dini, felsefi, siyasi, ahlaki temelli olarak;

[6] ÇAKSU Ali, “Aristoteles ve Adil Savaş Çağrısı”, Felsefe Dünyası, C. 2, S. 54, Ankara, 2011, s. 53.

[7] ESMER Barış, Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yay., 2012, s. 45.

[8] MIZRAK Dilan, Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 75.

[9] ALTINAY Ayşe Gül, “Tabulaşan Ordu, Yok Sayılan Militarizm Türkiye’de Metodolojik Militarizm Üzerine Notlar”, 2009, s. 1246, <http://research.sabanciuniv.edu/13503/1/TabulasanOrdu.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.07.2021).

[10] TOKER, s. 91.

[11] MIZRAK, s. 77.

[12] KIRIT Emrah - GÜNEL Reşat Volkan, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Vicdani Ret, Türkiye’nin Hukuk Sorunları: 1, İstanbul, 2006, s. 17.

askeriye dışında sağlık, eğitim gibi alanlarda da görülebilmektedir.^[13] Bu çalışmada, klasik anlamıyla, askeriye içerisindeki vicdani ret inceleneceği için, kavram karmaşası yaratmaması açısından, bunun dışındaki diğer retler bakımından, vicdani itiraz terimi kullanılacaktır.

Ayrıca askeri alanda yapılan vicdani retler de, kapsam, talep ve itirazlar bakımından birbirinden farklılık arz etmektedir. Vicdani ret türleri konusunda, doktrinde farklı isimlendirme ve kavramlaştırmalarla, çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu bölümde, bunlar incelenecektir.

1. Vicdani İtiraz

Zorunlu askerlik dışındaki bazı yasal zorunluluklara karşı vicdani temellerde itirazlar yapılmaktadır. Bununla birlikte askeri alandaki vicdani reddin politik konumu diğer alandaki retlerden farklı olup; vicdani itiraz, vicdani redde göre daha hafif politik ve cezai riskler taşır.^[14]

Eğitim hizmetlerinde vicdani itiraz, cinsel eğitim benzeri uygulamaların, denek hayvanı kullanılmasının ve hatta zorunlu temel eğitimin tamamının reddedilmesi şeklinde çeşitlendirilebilir.^[15] Örneğin, ABD’de Hristiyan bir topluluk olan Amish mensubu ebeveynlerin, inançları gereği çocuklarını, zorunlu temel eğitime yollamayı reddetmelerini Supreme Court, din ve vicdan özgürlüğü çerçevesinde hukuka uygun kabul etmiştir.^[16]

Sağlık hizmetlerinde vicdani itiraza, doğum kontrolünün, ötenazi, kısırlaştırma veya suni dölleme çalışmalarına katılımın, sağlık personeli tarafından reddedilmesi; bu alanlara yönelik reçete yazılmasının veya yazılmış reçetenin, hastaya verilmesinin eczacılar tarafından reddedilmesi örnekleri verilebilir.^[17] Bekar reşit bir kadının kürtaj talebinin, hekimin, isteğe bağlı

[13] ESMER, s. 22.

[14] BAŞKENT Can, Vicdani Ret Yazıları, Federe Yay., İstanbul, 2010, s. 54.

[15] GÜNEL - KIRIT, s. 19.

[16] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), No. 70-110, <https://supreme.iustia.com/cases/federal/us/406/205/>. (Erişim Tarihi: 06.07.2021); davanın hakimlerinden biri, bu kararın, *Amish* topluluğunun din ve vicdan özgürlüğünü korumakla birlikte; *Amish* çocuklarının, *Amish*ler dışındaki dünyayı tanıyarak *Amish* olmamayı seçme hakkını ellerinden aldığını ifade etmiştir. Bkz. ARNESON Richard J. - SHAPIRO Ian, “*Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of Wisconsin v Yoder*”, Political Order, American Society for Political and Legal Philosophy, Vol. 38, 1996, s. 383-384.

[17] GÜNEL - KIRIT, s. 17.

kürtaja vicdanen karşı olması nedeniyle reddedilmesi Türkiye’de sağlık alanında sıkça karşılaşılan^[18] bir vicdani itiraz örneğidir.^[19]

Dini inanç, felsefi düşünce gibi temellere dayandırılan^[20] aşı karşıtlığı, bir vicdani itiraz türüdür.^[21] Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi 2015 yılında, ebeveyninin rızası olmamasına karşın çocuğuna aşı yapılmasını, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir.^[22] Bu kararda, reddin vicdani yönü yer almamakla birlikte, son dönemde gündemde olan, dini, felsefi veya siyasi sebeplere^[23] dayalı coronavirus aşı karşıtlığı vicdani itiraz olarak değerlendirilebilir.

Sosyal ve ekonomik hayatta, dini tatillerde çalışmayı reddetme, satış personelinin, alkol ve sigara satmayı reddetmesi vicdani itiraz anlamına gelir.^[24] Örneğin, Supreme Court, Yahudi bir kişinin, cumartesi günü dini sebeple çalışmayı reddetmesinin, din ve vicdan özgürlüğüne uygun olduğunu kabul etmiştir.^[25]

2. Alternatif (Basit) Vicdani Ret

Alternatif vicdani ret, zorunlu askerlik görevini silahlı kuvvetler bünye-

- [18] 2020 yılında yapılan bir araştırmada, Türkiye’de, kadın doğum polikliniği bulunan kamu hastanelerinin %54’ünde talebe bağlı kürtajın gerçekleştirilmediği; bu hastanelerden %28’inin, bu duruma gerekçe olarak, doktorun bu yöndeki tercihini gösterdiği tespit edilmiştir. O’NEIL Mary Lou - ALTUNTAŞ Deniz - KESKİN Alara Şevval, Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye’deki Kamu Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri - 2020, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, 2020, s. 2, 11.
- [19] SERT Gürkan, “Örnek Vakalar ile Üreme Sağlığı ve Cinsel Sağlık Hakları ile İlgili Etik-Hukuksal İkilemler”, içinde II. Tıp Hukuku Günleri Adli Jinekoloji ve Obstetrik, İstanbul, 2012, s. 112.
- [20] ATAÇ Ömer - AKER Alp, “Aşı Karşıtlığı”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. İlkbahar, 2014, s. 45.
- [21] KUTLU Hüseyin Haydar - ALTINDIŞ Mustafa, “Aşı Karşıtlığı”, Flora Dergisi, C. 2, S. 23, 2018, s. 49.
- [22] Halime Sare Aysal Başvurusu, 2013/1789, 11.11.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789>, (Erişim Tarihi: 02.07.2021).
- [23] <https://tr.euronews.com/2020/06/25/as-kars-tilar-covid-19-doneminde-komplotorileriyle-tarruza-gecti>, (Erişim Tarihi: 02.07.2021).
- [24] GÜNEL - KIRIT, s. 2
- [25] Sherbertv. Verner, 374 U.S. 398 (1963), No. 526, <https://supreme.iustia.com/cases/federal/us/374/398/>. (Erişim Tarihi: 27.11.2020).

sinde yapmayı reddetmek; fakat buna muadil sivil bir görev yapmayı kabul etmektir. Pek çok ülkede, askerlik yapmak yerine sivil bir görev almayı kabul etme, vicdani retçinin, reddinde samimi olup olmadığının anlaşılması için bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.^[26]

Vicdani reddi kabul eden ülkelerin tamamına yakınında, askerlik görevinin alternatifi olarak, bir kamu hizmeti sunma seçeneği yer alır. Bunlar, hastanelerde, itfaiye ve kurtarma ekiplerinde, sivil toplum kuruluşlarında, göçmen bürolarında, rehabilitasyon merkezlerinde hizmet sunma şeklinde olabilmektedir.^[27]

Alternatif sivil hizmet seçeneğinin kabul edildiği ülkelerde, hizmete ilişkin çeşitli ilkeler belirlenmiştir. Buna göre, alternatif sivil hizmetin, vicdani retçileri cezalandırıcı veya caydırıcı bir nitelikte olmaması ana kuraldır. Bunun yanında, bu hizmet, askeri kurumlardan bağımsız olup, askeri taraf barındırmayan sivil nitelikte bir hizmet olmalıdır. Hizmetin, kâr amacı gütmeyen kuruluşlarda ve karşılıksız sunulması esastır. Ayrıca vicdani redde dayalı sivil hizmet seçeneği, bireylere, yalnızca askerlik görevinden önce sunulmamalı; askerlik devam ederken de her an, bireylerin bu haktan yararlanabilmeleri sağlanmalıdır.^[28]

3. Seçici (Kısmi) Vicdani Ret

Seçici vicdani ret, zorunlu askerliğe katılmakla beraber; süreç içerisinde gerçekleşen bazı askeri müdahalelere veya nükleer silah gibi bazı silahların kullanımına vicdani ret sunmaktır.^[29] Seçici vicdani retçileri, diğer retçilerden ayıran en büyük özellik, esas itibarıyla savaşmaktan kaçınmamalarına rağmen vicdani retçi statüsüne sahip olabilmeleridir. Bunun yanında, vicdani reddin bu türü, herhangi bir sebebe dayandırılabilmesi için, vicdani ret sınırlarını oldukça genişletmektedir.^[30]

ABD’li bazı askerlerin, haksız olduğunu düşündükleri Vietnam

[26] MOSKOS - CHAMBERS II, s. 5.

[27] SEVİNÇ Murat, “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 61, 2006, s. 316.

[28] SCHNEIDER Friedhelm (Çev. Mayıs İnan ARU), “Vicdani Red Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 267, 270 ve 271.

[29] MOSKOS - CHAMBERS II, s. 5.

[30] BAŞKENT, Vicdani Ret Yazıları, s. 55.

Savaşı'na;^[31] İsraili bazı askerlerin, kendilerini, her an, ülkeleri için savaşmaya hazır bireyler olarak tanımlamalarına rağmen, sivil Filistinlilerin öldürülmesini haksız buldukları için İsrail-Filistin Savaşı'na katılmayı reddetmeleri^[32] ve Türkiye'de, askerlik görevini yapmakta olan bir kişinin, Afrin operasyonunda görevli olduğunun kendisine bildirilmesi üzerine, bu operasyona karşı olması nedeniyle, birliğinden ayrılma kararını sunması^[33] birer seçici vicdani ret örnekleridir.

Seçici vicdani retçiler, kuvvet kullanımının hangi hallerde meşru olarak kullanılacağına hukuken belli olduğu, buna askeriye içerisindeki yetkili kişilerin karar verdiği ve diğer askerlerin bunu sorgulama hakları bulunmadığı noktasında eleştirilmektedirler.^[34]

4. Total (Mutlak) Vicdani Ret

Total retçiler, hem askerlik görevini, hem de buna alternatif herhangi bir sivil görevi yerine getirmeyi reddederler.^[35]

Total retçilerin, diğer vicdani retçilerle, vicdani ret sebepleri benzer olmakla birlikte vardıkları sonuç ve talepler, esasında devletin varlığını sorgulayan boyuttadır. Çünkü total retçiler, devletin hem savaş hem de barış zamanında bir ordusu olmasına, kısaca devletin ordusu olmasına; devletin, vatandaşlarını ve daha özelde kendilerini, bu ordunun içinde yer almaya zorlamasına karşıdır.^[36] Bu nedenle, aynı zamanda antimilitarist kabul edilebilecek total vicdani retçiler,^[37] askeriye dışında alternatif sivil hizmeti

[31] SEVİNÇ, s. 312.

[32] <https://bianet.org/bianet/sivaset/30696-askerligi-reddim-hem-sivasi-hem-vicdani>. (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[33] <https://vicdaniret.org/ahmet-alcan/>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[34] SEMİZ Yasemin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret, Seçkin Yay., Ankara, 2010, s. 32.

[35] SEVGİLİ Ebru, Sosyolojik Kuramda Yapı-Fail Sorunu ve Vicdani Ret, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015, s. 45.

[36] SEVİNÇ, s. 301.

[37] Yavuz Atan isimli bir vicdani retçinin 1993 yılındaki açıklamaları şu şekilde olmuştur: "Ordular tarih boyunca en eli kanlı organize suç örgütleri olmuşlardır ve olmaya devam etmektedirler. Bir veya daha çok sosyal grubun, bir veya daha çok sosyal grup üzerindeki tabakküm ve sömürüsünün koruyucusu ve sürdürücüsüdürler. Taammüden cinayetın yasal güvence altına alınmış şeklinin toplu uygulayıcılarıdır. İtaatın, hiyerarşininin, aşığılanmanın, cins ayrımcılığının, insanın eliyle doğal yıkımın, angaryanın,

ve profesyonel orduyu da reddederler.^[38]

Bahsi geçen sebeplerden ötürü, modern devletlerde, vicdani ret nede- niyle hapis cezasına en fazla çarptırılan bireyler total retçilerdir.^[39] Bu du- rum, devletin, asker eksikliği çekeceği ihtimaliyle değil; birtakım bireyle- rin, devletin, vatandaşların yaşam ve ölüm hakkını elinde tutmak suretiyle sağladığı egemenliğini sorgulamaya cesaret etmeleriyle açıklanabilir. Total retçilerin kendi akıl ve vicdanlarını, devlet aklından üstün tutmaları, onları cezaevlerine sürükleyen asıl sebeptir.^[40]

5. Gri Vicdani Ret

Bireylerin, asker olmak istemeyişleri, kimi zaman, orduya, devletin as- kerî politikasına ya da insanlara zarar vermeye vicdanen karşı olmaları gibi unsurlara dayanmamaktadır.

Ele alınan tüm vicdani ret türlerinden farklı olmakla birlikte, zorunlu askerliğin kabul edildiği çoğu ülkede diğer tüm vicdani ret türlerinden daha fazla görülen vicdani ret türü, gri rettir.^[41]

Asker kaçaklığı, firar, askere gitmemek için elde edilen muafiyet bel- geleri veya devam ettirilen eğitim süreçleri, askerlik yapamaz hale gelmek için kendine zarar verme davranışları veya intihar vicdani reddin gerçek

zulmün en billurlaşmış ifadesidirler. İnsanın icat ettiği en büyük suçun, savaş suçunun failidirler. Bütün bunların farkında olan ben, militarist aygıtla her ne şekilde olursa ol- sun iş birliği yapmayı reddettiğimi tekrarlıyorum. Çünkü ben bir TOTAL RETÇİYİM! Hiçbir üst irade tanımadığımdan dolayı emir alıp vermeyi reddediyorum. Çünkü ben bir İTAATSİZİM! Militarist aygıtın ve devletin işlediği hiçbir suça ortak olmayacağım. Aksine milliyetsiz, ülkesiz, devletsiz, savaşız, adil ve özgür bir dünya için eylemeye devam edeceğim ve hiç kimsenin askeri olmayacağım. Çünkü ben bir ANARŞİSTİM!” Bkz. BAŞKENT Can, Vicdani Ret Açıklamaları Almanacağı (1989-2010), Propagan- da Yay., 2011, s. 15.

[38] MIZRAK, s. 77.

[39] MOSKOS - CHAMBERS II, s. 5.

[40] BRÖCKLING Ulrich (Çev. Osman Murat ÜLKE), “Çarklardaki Kum? 21. Yüzyıl- ın Başında Vicdani Ret” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 77.

[41] SPECK Andreas, “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Sa- vaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Red”, Birikim Dergisi, S. 207, 2007, b. 2, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/savi-207-temmuz-2006-savi-207-temmuz-2006/2390/dunvada-cagdas-red-ve-red-hareketlerinin-ana-hatları-savas- karsiti-uluslararası-hareket-icinde-red/6001>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

kapsamına girmemekle birlikte üstü kapalı vicdani ret davranışları olarak gri vicdani ret kabul edilmektedir.^[42]

Bunun yanında, askerlik sürecinden korkma, askerlik sürecini zor veya konforsuz bulma, devam eden olağan yaşamını kesintiye uğratmama, işini kaybetmek istememe gibi gerekçeler de gri ret olarak adlandırılan vicdani ret sebepleridir.^[43]

Bu bağlamda denilebilir ki, gri vicdani ret, vicdani bir gerekçeye dayanmaması veya açık bir reddediş olmaması sebebiyle tam anlamıyla bir vicdani ret olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, bu hareketler, göz ardı edilecek sayının üzerindedir ve vicdani ret sonunda başına gelecek şeylerden korktuğu için açıkça vicdani ret sergilemeyen bireylerin, askerlikle ilgili düşüncelerini ortaya koymak konusunda önemli bir veri kaynağıdır.^[44] Ayrıca, dini veya felsefi nedenlerle askere gitmek istemeyen bir kişinin sebepleri, korkan, işini veya zamanını kaybetmek istemeyen bir kişinin sebeplerinden daha önemli olmadığı gibi; böyle bir ayırım, insanlar arasında eşitsizliğe sebep olur.^[45]

Her ne kadar, uluslararası hukukta çoğunlukla vicdani ret gerekçesi olarak dini, ahlaki veya politik sebepler aransa ve reddin sadece bu gerekçelerle yapılabilmesine izin verilse de; günümüzde gri ret de yükselişe geçmiştir. Bu bağlamda özellikle Almanya gibi, vicdani retçilerin yalnızca vicdani retçi olduklarını öne sürmelerinin, askerlik hizmetine tabi tutulmamaları için yeterli olduğu ve bunun anlaşılabilmesi için ayrıca bir araştırma yapılmasının gerekmediği ülkeler açısından, gri reddin de en azından dolaylı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür.^[46]

C. VİCDANİ RET SEBEPLERİ

Önceki başlıklarda ele alındığı gibi, vicdani ret türlerinin birbirinden çok net çizgilerle ayrılan sınırları olmadığı gibi; vicdani ret sebepleri de çok çeşitlidir. Klasik anlamda vicdani ret sebepleri dini, ahlaki, felsefi ve

[42] MIZRAK, s. 62.

[43] SEMİZ, s. 33.

[44] MIZRAK, s. 64.

[45] GÖKTÜRK Gülay, "Vicdani Redde Hayır!", Bugün Gazetesi, 2006, <http://www.habervitrini.com/gulay-gokturkten-vicdani-redde-hayir/713832#>. (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[46] SEMİZ, s. 33.

politik sebepler olarak ayrılmaktadır. Bu sebepler bu bölümde, dini olan ve olmayan sebepler çatısı altında toplanarak incelenecektir.

1. Dini Sebepler

Dini sebepler, ilk vicdani retçi kabul edilen Maximiliari ın gerekçesinde görülebileceği gibi vicdani ret kavramının ortaya çıkmasını sağlayan asıl sebeplerdir.^[47] Bununla birlikte tarihsel süreçte Hıristiyanlık, savaş karşıtlığından ziyade, kimi savaflara katılım için tetikleyici olmaya başlamıştır. Günümüzde, Hıristiyanlık nedeniyle vicdani ret sunanlar, genellikle, şiddete ilişkin eylemlerin kendilerine yasak olduğunu ve pasifist olduklarını kabul eden Yehova Şahitleri'dir.^[48]

Müslüman oldukları gerekçesiyle vicdani ret talepleri olan, buna benzer bir topluluk yoktur.^[49] Bunun sebebi, İslamiyet'te yer alan biat kültürüyle; devlet ile dinin bir tutulmasıyla ve din adına yapılan savaşların İslam kültüründe olumlanmasıyla açıklanmaktadır.^[50] 2012 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı, devletin bütünlüğü için ordu ve askerlere ihtiyaç bulunduğu; vicdani reddin, İslamiyet'e göre caiz olmadığına yönelik bir fetva vermiştir.^[51] Buna rağmen, nadir de olsa, Müslümanlığın, şiddeti reddettiğini savunan, vicdani ret taraftarı Müslüman bireyler de bulunmaktadır.^[52]

Geçmişte, dini sebeplerle vicdani reddin hukuki olarak düzenlenmesinde, hangi inanışların din olarak kabul edileceği ve bu dinlerin hangi kurallarının ret sebebi olarak değerlendirileceğinin büyük sorunlar ortaya çıkarması nedeniyle günümüzde, dini inanışı gereği vicdani ret sunan herkesin bu haktan yararlanabileceği şeklinde düzenlemeler yapılmaktadır.^[53]

[47] BRÖCKLING, s. 70.

[48] DÖNMEZ Volkan - DÖNMEZ Gökhan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Türkiye'nin Vicdani Ret Pratiği, Adalet Yay., Ankara, 2018, s. 9.

[49] ESMER, s. 26.

[50] ÖZDEMİR Mehmet Lütfü, "İslam ve Militarizm", 2014, <https://vicdaniret.org/islam-ve-militarizm-m-lutfu-ozdemir/>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[51] <https://www.birgun.net/haber/vicdani-ret-in-divanet-le-sinavi-61323>. (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[52] <https://m.bianet.org/bianet/toplum/138052-musluman-ogrencilerden-vicdani-red-talebi>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

[53] SEMİZ, s. 21.

2. Seküler Sebepler

Günümüzde yükselişe geçen bireysel ahlak anlayışı, bunun üzerinden sunulan vicdani ret taleplerini de artırmıştır. Bu taleplerin ortaya çıkışı da çoğunlukla, kişilerin, şiddet ve öldürme karşısı olmalarına dayanır; ancak kaynağı, din değildir.^[54]

Böylelikle var oluşunu, dini sebeplere borçlu olan vicdani ret, ilerleyen süreçte daha seküler bir yapıya bürünmüştür. Bu doğrultuda, dini sebeplere dayalı vicdani ret talepleri hala devam ediyor olmakla birlikte; etik, ahlaki veya politik sebepler olarak açıklanabilecek seküler sebepler de çokça öne sürülmeye ve tartışılmaya başlanmıştır.^[55]

Dolayısıyla, ortak bir etik, politik veya ahlak anlayışı olmaması ön bilgisi elde tutularak, sunulan her vicdani ret gerekçesinin kendi içinde ahlaki bir sebep olduğu söylenebilir.^[56]

Vicdani ret konusunun, en büyük soru işareti uyandıran tartışmalı konusu, daha çok, yukarıda bahsi geçen seçici vicdani retçilerin ret sebeplerini oluşturan politik sebeplerdir. Çünkü bu kişiler, bir dine veya etik bir ilkeye dayanmayıp; yalnızca, devletin bazı siyasi kararlarına muhalefetten ötürü vicdani ret bildirmektedir. Hangi konuda olursa olsun, içine siyasilik giren kararları tartışmanın zor veya imkânsız oluşu nedeniyle buradan herhangi bir ilkeye dayalı genel bir hak çıkarımında bulunmak da zorlaşmaktadır.^[57] Devlet, bireysel ahlak veya dini inancı, bir dereceye kadar kendi kurallarından üstün tutarak kişilere belli haklar vermeyi kabul etmekle birlikte; siyaseti, tamamen kendi tekelinde görerek, bireylerin buna dayalı hak taleplerine sıcak bakmamaktadır.

[54] MUTLU Erdem İlker, “Uluslararası Hukuk ve Vicdani Ret I: Ruhani İnanç-Kamusal Yükümlülük Dengesinde Vicdani Ret Ulusal Sorunsalının Uluslararasılaşması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, s. 47.

[55] LIPPMAN Matthew, “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right”, California Western International Law Journal, Vol. 21, N. 31, 1990, s. 35.

[56] BAŞKENT, Vicdani Ret Yazıları, s. 57.

[57] BAŞKENT, Vicdani Ret Yazıları, s. 55.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA VİCDANİ RET

A. ULUSAL DÜZENLEMELERDE VİCDANİ RET

Vicdani ret ve/veya askerliğe alternatif sivil hizmet seçeneği, pek çok ülkede kabul edilmektedir. Ülkelerin birbirleriyle ve Türkiye'yle karşılaştırılmasının en rahat yolunun, bu düzenlemelerin, ülke bazında bir arada görülmesi olduğu düşünüldüğünden bir tablo oluşturulmuştur. Tabloda, adı geçen ülkede zorunlu askerlik hizmetinin yer alıp almadığına, eğer yer almıyorsa kaldırıldığı yıla; vicdani ret veya alternatif sivil hizmet seçeneği mevcutsa bunların kabul edildiği yıla ilişkin bilgilere yer verilmiştir.

	Zorunlu Askerlik/ Kalktığı Yıl	Vicdani Ret/Kabul Edildiği Tarih	Alternatif Sivil Hizmet
ABD	1973	1973	Yok
Almanya	Var	1949	Var
Arnavutluk	2010	1998	Var
Avusturya	Var	1974	Var
Azerbaycan	Var	Yok	Yok
Belçika	1995	1964	Yok
Bosna Hersek	Var	2004	Var
Bulgaristan	2008	1998	Yok
Çek Cumhuriyeti	2004	1990	Yok
Danimarka	Var	1917	Var
Ermenistan	Var	Yok	Var
Estonya	Var	1994	Var
Finlandiya	Var	1931	Var
Fransa	2001	1963	Yok
Gürcistan	Var	1997	Var
Hırvatistan	2007	1990	Yok
Hollanda	1996	1922	Yok
İngiltere	1960	1916	Yok
İrlanda	Hiç olmadı	Yok	Yok
İsrail	Var	Yok	Yok
İspanya	2001	1978	Yok
İsveç	2010	1920	Var
İtalya	2004	1972	Yok
Letonya	2006	1997	Yok
Litvanya	Var	1990	Var

Lüksemburg	1967	1963	Yok
Macaristan	2004	1989	Yok
Makedonya	2006	Yok	Var
Malta	Hiç olmadı	Yok	Yok
Polonya	Var	1988	Var
Portekiz	2004	1976	Yok
Romanya	2007	1996	Yok
Rusya	Var	2004	Var
Slovakya	2005	1990	Yok
Slovenya	2003	1991	Yok
Yunanistan	Var	1997	Var

Askerlik, zorunlu askerlik ve profesyonel ordu olmak üzere iki farklı sistem olarak ülkelerce tercih edilmektedir.^[58] Yukarıdaki tabloda^[59] zorunlu askerlik görevini devam ettiren, profesyonel orduya geçen, zorunlu askerliğe alternatif sivil hizmet seçeneği sunan ve vicdan ret hakkını tanıyan ülkeler yer almaktadır.

Tabloya göre, vicdani ret hakkı tanımayan ülkelerde ya askerlik yapmak istemeyen herkes için alternatif sivil hizmet seçeneği mevcuttur; ya da bu ülkelerde zorunlu askerlik kalkmış olup, profesyonel orduya geçilmiştir ve vicdani ret, yalnızca, mesleği asker olanlar bakımından tartışılmaktadır. Bu nedenle, günümüzde pek çok ülkede, vicdani reddin, bir sorunsal olmaksızın büyük oranda çıktığı söylenebilir.^[60]

Türkiye'deki gibi, zorunlu askerliğin devam ettiği, askerliğe alternatif sivil hizmet seçeneğinin sunulmadığı ve vicdani reddin de tanınmadığı tek ülke Azerbaycan'dır. Bununla birlikte Azerbaycan'da vicdani ret ve alternatif sivil hizmet, Anayasa'da düzenlenmiş olup; 2004 yılında, henüz parlamentoda görüşülmemiş olsa da bir vicdani ret yasa taslağı dahi hazırlanmıştır.^[61]

[58] ÖZGÜN Cengiz, "Türkiye'nin Askerlik Sisteminin Tarihsel Süreç Bağlamında İncelenmesi", Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 4, 2017, s. 61.

[59] Tabloda yer alan veriler için bkz. ESMER, s. 76-77; MIZRAK, s. 171-172; AKYÜREK Salih, Zorunlu Askerlik ve Profesyonel Ordu, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi Yay., Ankara, 2010, s. 7; DÖNMEZ Gökhan, "Demokrasi İndeksine Göre (2018) Bazı Dünya Ülkelerindeki Vicdani Ret Uygulama Örnekleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1692; Bayatyan v. Armenia, 07.07.2011, Başvuru No: 23459/03, para. 46, 47 ve 48.

[60] SPECK, b. 3.1.

[61] ÇINAR Özgür Heval, "Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Ret Hakkına Genel Bir

Zorunlu askerliğin devam ettiği bir diğer ülke olan Ermenistan'da vicdani ret kabul edilmemekte, ancak askerlik yapmak istemeyenlere alternatif sivil hizmet seçeneği sunulmaktadır.^[62]

İsrail, askerlik konusunda Türkiye ile benzerlik göstermektedir. Ancak İsrail'de hem erkek hem de kadınlar için zorunlu askerlik görevinin bulunması ve askerlik süresinin erkekler için 3 yıl, kadınlar için 21 ay olması nedeniyle Türkiye, demokratiklik konusunda İsrail'e göre bir adım öne çıkmaktadır.^[63]

B. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VİCDANİ RET

Vicdani ret ilk kez, 1989 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından, din, vicdan ve düşünce özgürlüğü çerçevesinde bir hak olarak kabul edilmiştir. Akabinde 1993 yılında, vicdani ret hakkı, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si md. 18^[64] ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 18^[65] hükümlerine içkin kabul edilerek, kişilerin, vicdani ret kapsamında askerlik yapmaktan kaçınabilecekleri ifade edilmiş; devletler, bu konuda düzenlemeler yapmaya davet edilmiştir.^[66]

Bakış" içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 237.

[62] ÖZDEMİR Nadire, "AİHM Büyük Daire Bayatyan/Ermenistan Davası", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2011, s. 230.

[63] ESMER, s. 89.

[64] İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si m. 18; "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkına sahiptir. Buna göre herkes din ya da inanç değiştirmekte özgürdür. Ayrıca dinini ya da inancını tek başına ya da toplulukla birlikte açık olarak ya da özel olarak öğretir, uygulama, ibadet ve ayinlerle açıklama özgürlüğüne sahiptir."

[65] Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 18; "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz. 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir. 4. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, ana-babaların ve uygulanabilir olan durumlarda, yasalarca saptanmış vasilerin, çocuklarına kendi inançlarına uygun bir dinsel ve ahlaki eğitim verme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlüdürler."

[66] NAL Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani

2000 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, vidani reddi din, vicdan ve düşünce özgürlüğü kapsamında bir hak olarak düzenlemiştir.^[67]

AİHS, vidani reddi, başlı başına bir hak olarak düzenlenmemektedir. Kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenleyen AİHS m. 4^[68] ile, zorunlu askerliğin ve/veya vidani reddin kabul edildiği ülkelerde alternatif sivil hizmetin, zorla çalıştırma sayılmayacağı kabul edilmiştir.

Bireylerin manevi boyutu olarak kabul edilen din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, genel çerçevesiyle, kişilerin, kendilerini manevi yönleriyle ortaya koymalarına, geliştirmelerine izin veren ve bireylerin özel alanı olması nedeniyle demokrasinin bir gereği olarak müdahale edilmemesi beklenen özgürlüktür.^[69] Vicdan ve düşünce, her bireyde belli ölçülerde yer alan ve bireyin, kendi kendisini var etme ve yargılama kapasitesidir. Bunun içerisine kimi bireyler için din de girer. Bu hak mutlak olmayıp, devletçe sınırlandırılabilir; ancak devlet bu hakkı sınırlandırmada mutlak yetkiye sahip olmayıp, bunu ancak kamusal gerekliliklerle gerçekleştirebilir.^[70]

Din, vicdan ve düşünce özgürlüğü, AİHS m. 9'da^[71] yer almasına rağmen,

Ret”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 7, S. 13, 2010, s. 257.

[67] Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 10; “1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir. 2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır.”

[68] AİHS md. 4/3(b); “3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında ‘zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma’ sayılmaz: b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet.”

[69] NAL Sabahattin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 57, S. 4, 2002, s. 66.

[70] HAFIZOGULLARI Zeki, “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti”, Ankara Barosu Dergisi, C. 1, 2012, s. 169.

[71] AİHS m. 9; “1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel

men AİHM, 2011 yılına kadar, önüne gelen davalarda vicdani reddi, bu madde bağlamında değerlendirmemekte; sunulmuş olan vicdani reddin sonuçlarının, kişi üzerindeki etkilerinin AİHS'e uygun olup olmadığını inceleyerek,^[72] buna göre karar vermektedir.^[73]

2001 yılında, henüz Ermenistan'da zorunlu askerliğe alternatif sivil hizmet seçeneği bulunmamaktayken, Yehova Şahidi bir vatandaş, vicdani ret nedeniyle hapis cezasına çarptırılarak AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme 2003 yılında verdiği Bayatyan kararında, AİHS'in "günün yaşam koşulları ve demokratik devletlerde günümüzde baskın olan anlayışlar ışığında yorumlanan bir canlı belge olduğunu" belirtmiştir. Mahkeme, sözleşmeyi kabul eden devletlerin, üzerinde uzlaşma sağladığı kuralların göz önünde bulundurulması gerektiğini belirterek, Türkiye ve Azerbaycan hariç tüm imzacı devletlerin, vicdani reddi tanımış olduğunu ifade etmiş ve bu doğrultuda içtihadını değiştirmiştir. Buna göre mahkeme, başvurusunun vicdani reddini, dini inanışın açığa çıkarılması olarak kabul etmiş ve bundan dolayı hapis cezasına çarptırılmasının da dini inanışını özgürce açığa çıkarma hakkının yani md. 9'un ihlali olduğuna karar vermiştir.^[74] Dolayısıyla vicdani ret, 2011'den bu yana AİHM yorum ve kararları çerçevesinde, AİHS bağlamında bir hak olarak tanınmaktadır.

sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

[72] 1996 yılında iki Yehova Şahidi, Ortodoks papazları dini sebeplerle askerlikten muaf oldukları halde, kendileri muaf olmadıkları için AİHM'e başvurmuşlardır. AİHM, vicdani ret konusunda AİHS m. 9'un ihlal edilip edilmediğiyle ilgili bir değerlendirme yapmak zorunda olmadığını belirterek (bkz. *Tsirlis and Kouloumpas v. Greece*, 29.05.1997, Başvuru No: 19233/91, 19234/91, para. 70); bu olayda AİHS m. 14'te yer alan ayrımcılık yasağının, AİHS m. 9 üzerinden ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer şekilde, 1983 yılında askerliği sırasında askeri üniforma giymeyi reddeden bir vicdani retçi hapis cezasına çarptırılmış; ilerleyen süreçte, sicilinde bulunan bu suç nedeniyle, sınavını kazanmış olduğu bir işe ataması yapılmamıştır. AİHM, bu davada, bir önceki örnekteki kararını yinelemiştir. Bkz. *Thlimmenos v. Greece*, 06.04.2000, Başvuru No: 34369/97 para. 42. ve para. 48 https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/THL_C28042.pdf, (Erişim Tarihi: 02.12.2020).

[73] GÜRCAN Ertuğrul Cenk, “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (mi)?”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 1, 2007, s. 97 ve 101.

[74] Bayatyan v. Armenia, 07.07.2011, Başvuru No: 23459/03, para. 102, 103 ve 104.

III. TÜRK HUKUKU VE VİCDANI RET

A. TÜRK HUKUKUNDA ASKERLİK

1982 Anayasası'nda askerlik, bir siyasi hak ve ödev olarak düzenlenmiştir.

Anayasa md. 72; “*Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*”

1927 tarihli mülga Askerlik Kanunu m. 1,^[75] Anayasa'nın, çerçevesini bu şekilde çizdiği, zorunlu askerlik yükümlüsü Türklerin, kimler oluğunu net bir şekilde belirlemişti. Bu kanunu ortadan kaldıran 2019 tarihli Askerlik Kanunu, eski maddenin içeriğinde bir değişiklik getirmeyerek, yalnızca dilini sadeleştirmiştir.

Askerlik Kanunu m. 4/1; “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek askerlik hizmeti yapmaya mecburdur.*”

Görüldüğü gibi, gerek, askerliği bir hak olarak kabul eden Anayasa, gerekse Askerlik Kanunu, ordu-millet anlayışını^[76] sürdürmeye devam etmekte; bu şekilde, Türk toplumunda erkekler üzerindeki en büyük toplumsal cinsiyet baskılarından biri olan, askerliğin, erkeklikle bağdaştırılması ve “*her Türk'ün asker doğduğu*” inancını^[77] destekler görünmektedir.^[78]

[75] Askerlik Kanunu m. 1; “*Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek işbu kanun mu-cibince askerlik yapmaya mecburdur.*”

[76] ALTINAY Aysel Gül - BORA Tanıl, “*Ordu, Militarizm ve Milliyetçilik*”, 2002, s.142, <http://research.sabanciuniv.edu/984/1/OrduMilitarizmveMilliyetçilik.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

[77] Bu yönde görüşler için bkz. İLHAN Suat, “*Askerliğin Kültürümüzdeki Yeri*”, Erdem, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C. 5, S. 14, s. 361-362; IŞIKLAR Celal, “*Günümüz Türkiye 'sinde Ordunun Askerlik Sisteminin Korunması Meselesi ve Milli Devlet (Ulus-Devlet) Anlayışı ile İlgisi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 811; AKGÜL Ferda, “*Aklını ve Vıcdanını Kullananlara Mektup*”, 01.12.2020, <https://giresungazete.net/aklini-ve-viddanini-kullananlara-mektup/>; GÜNER Agah Oktay, “*Ordumuz ve Acı Gerçekler*”, 29.06.2017, <https://www.venicaggazetesi.com.tr/ordumuz-ve-aci-gercekler-43334vv.htm>; GÜZEL Hasan Celal, “*Bedelli Askerlik Yanlıştır*”, 05.11.2011, <https://www.sabah.com.tr/yazarlar/guzel/2011/11/05/bedelli-askerlik-yanlistir>. (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

[78] SANCAR Serpil, “*Vıcdani Red ve Eril Şiddet*” içinde Çarklardaki Kum: Vıcdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 135-136; ÇETİN Nagihan, “*Türk Töresinde Askerliğin Yeri ve Türkiye 'de Askerliğe Bakış Açısında*

Anayasa m. 72, vatan hizmetinin, askeriyede veya kamu hizmetinde yerine getirilebileceğini belirterek, alternatif sivil hizmete açık kapı bırakıyor denebilir.^[79] Bunun yanında bu madde askerlik konusunda cinsiyet ayırımına gitmemiştir. Bu itibarla denilebilir ki, Askeralma Kanunu değiştirilerek, Türkiye’de de İsrail’de olduğu gibi bir anda, kadınlar da askerlik yükümlüsü haline getirilebilir.^[80]

Burada, Türkiye’de, vicdani retçi olduğunu ifade eden kadınların ve feminist hareketin görüşlerinden bahsedilebilir. Bu görüşe göre Türkiye’deki askerlik anlayışı, erkeklerden erkeklik beklerken, kadınlardan da bu askerlere, kadınlık ve/veya annelik yapmalarını; asker erkekler doğurmalarını/yetiştirmelerini beklemektedir. Bu çerçevede bu kadınlar, askerliğin yalnızca ele silah almak olmadığını söyleyerek Türkiye’deki askerlik anlayışına karşı vicdani retlerini sunmaktadırlar.^[81] Bununla birlikte, gönüllü olarak askerlik yapmak isteyen ve bunun için başvuran kadınlar da mevcuttur.^[82]

Ücret ödemek suretiyle gerçekleştirilen bir muvazzaf askerlik türü olan bedelli askerlik,^[83] vicdani ret kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Türkiye’de bedelli askerlik, 1987, 1992, 1999, 2011, 2014, 2018 yıllarında uygulanmış;^[84] 2019 yılında kabul edilen Askeralma Kanunu ile

Meydana Gelen Değişmeler”, Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 1, 2018, s. 167.

- [79] IŞIKLAR, Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret, s. 111.
- [80] KIRIT - GUNEL, s. 48; 2019 yılında TBMM’de yeni askerlik sistemi tartışıldığı esnada bir milletvekili söz alarak, “bayanların” da gönüllü olmaları halinde askere gidebileceği şekilde bir düzenleme yapılması gerektiği teklifini ileri sürmüştür. <https://m.bianet.org/bianet/militarizm/208808-mhp-li-vahapoglu-isteyen-bayanlar-askere-gidebilsin>, (Erişim Tarihi: 03.12.2020).
- [81] ÜLKER Ferda, “*Yine Kadınlar, Yine Vicdani Red*”, 2006 aktaran ALTINAY Ayşe Gül, “*Künye Bellemeyen Kezbanlar: Kadın Redçiler Neyi Reddediyorlar?*” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 126.
- [82] <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/250-kadin-gonullu-asker-olmak-icin-basvurdu-40725226>. (Erişim Tarihi: 03.12.2020).
- [83] AKYİĞİT Ercan, “*Bedelli Askerlikte Son Durum*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 163, 2020, s. 539.
- [84] ARSLAN ERTÜRK Arzu, “*7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, 2019, s. 784.

sürekli hale getirilmiştir.

Konumuz açısından dikkat edilmesi gereken nokta, sürekli hale getirilen bedelli askerlik hakkının, Askeralma Kanunu m. 9^[85] uyarınca bakaya^[86] ve yoklama kaçaklarına^[87] tanınmamış olmasıdır.

Çalışmanın ilk kısmında bahsedildiği gibi, çoğu vıcdani retçi, halihazırda bakaya veya yoklama kaçağıdır ve kanun, diğer askerlik yükümlülerinden farklı olarak kendilerine bedelli askerlik yapma imkânı tanımamıştır. Bunun yanında kanuna göre, bedelli askerlikten yararlanabilmek için ücret ödemesinin yanında, bir aylık temel asker eğitimi alınması gerekmektedir. Bu hüküm, bakaya veya yoklama kaçağı olmayan vıcdani retçilerin de bedelli askerlikten yararlanamayacağı anlamına gelmektedir.

Bunların yanında, kanaatimizce, bedelli askerlik, vıcdani retten bağımsız olarak, tüm askerlik yükümlüleri arasında maddi bakımdan fırsat eşitsizliğine^[88] sebep olan bir uygulamadır.

[85] Askeralma Kanunu m. 9; “(1) İstekli olanlardan Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı dikkate alınarak Bakanlıkça belirlenecek sayıda yükümlü, 240.000 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak bedel tutarını silahaltına alınmadan önce Bakanlıkça belirlenecek sürede peşin ödemeleri ve bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlamaları hâlinde askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. (2) İstekli sayısının bedelli askerlik için belirlenen sayıdan fazla olması hâlinde, bedelli askerlikten yararlanabilecek olanlar kura ile seçilir. İstekli sayısının yararlandırılacak sayısından az olması durumunda kura çekimi yapılmadan tüm istekliler bedelli askerlik hizmeti için seçilir. Yararlanma şartlarını haiz olanlar yasal erteleme hakları devam ettiği sürece seçime tabi tutulur. Bedelli askerlikten yararlanma hakkı elde edip de vazgeçenlere yeni bir hak verilmez. (3) Bu uygulama kapsamında tahsil edilen tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlık merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. (4) Bedel ödenmesi ve uygulamaya ilişkin esaslar Bakanlıkça belirlenir. (5) Bu madde kapsamında sevke tabi olanlardan katılmayarak bakaya kalanlar ile aynı celpte sevke tabi tutulan emsallerinin terhise hak kazanacağı tarihe kadar katılmayanlar kapsam dışına çıkarılarak bu kişilere erbaş ve er statüsünde askerlik hizmetleri tamamlattırılır. Kapsam dışına çıkartılanlara talepleri hâlinde geri ödeme yapılır. (6) Bedelli askerlik hizmetinden; fiili askerlik hizmetine başlayanlar, bakaya durumunda bulunanlar ve yoklamasının yapıldığı tarihte yoklama kaçağı veya saklı olanlar yararlanamazlar. (7) Seferberlik ve savaş hâlinde bu madde hükümleri uygulanmaz.”

[86] Askeralma Kanunu m. 3/1(d); “Bakaya: Sevke tabi olduğu hâlde sevkini yaptırmayanlar ile sevk edildiği birliğe katılmayanları ifade eder.”

[87] Askeralma Kanunu m. 3/1(ii); “Yoklama kaçağı: Tabi olduğu yoklama yılı içerisinde yoklamasını yaptırmayanları ifade eder.”

[88] KARAN Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında

Mülga Askerlik Kanunu'nda 2009 yılında yapılan değişiklik, asker kaçaklarına hapis cezası yerine idari para cezası öngörmüş ve Askeri Ceza Kanunu m. 63'te asker kaçakları için öngörülen hapis cezasını da ilga etmiştir. Bu değişiklikleri koruyan 2019 tarihli Askerlik Kanunu^[89] da askere gitmeyi reddedenlere idari para cezası öngörmektedir. Kendisi teslim olanlara kaçak oldukları gün başına 5 TL, yakalananlara ise kaçak oldukları gün başına 10 TL olarak belirlenen idari para cezası, hapis cezasıyla kıyaslandığında olumlu bir gelişme olarak kabul edilse de, idari para cezasının miktarı orantısızdır.

Üzerinde durulması gereken sorunlardan biri, LGBTİ+ askerliği meselesidir. 1986 yılında kabul edilen^[90] Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği m. 6, askerliğe elverişli olan ve olmayan ayrımı yapmış; yönetmeliğin eki, hastalık ve arızalar çizelgesi, askerliğe elverişsizliği, konuyla ilgili iki farklı durumda kabul etmişti. Bunlardan çizelge m. 17/B(3) uyarınca *“psikoseksüel bozukluklar (homoseksüalite, transvestizm ve diğerleri)”*, *“bu fıkraya gireceklerin seksüel davranış bozukluklarının belirgin olması, bu durumlarının askerlik ortamında bilinerek sakıncalara yol açması ve bunun resmi belgelerle tesbiti gereklidir.”* açıklamasıyla; çizelge m. 17/D(3) uyarınca *“ileri derecede psikoseksüel bozukluklar (homoseksüalite, transvestizm ve diğerleri)”*, *“bu fıkralara gireceklerin seksüel davranış bozukluklarının tüm yaşamında ileri derecede belirgin olması, duygu, düşünce ve davranışına yansımaları ve bunun askerlik ortamında sakıncalı bir durum yaratacağının veya yarattığının geçerli belgelerle tesbiti gereklidir.”* açıklamasıyla askerliğe elverişsiz sayılmaktaydı.^[91]

Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017, s. 52.

- [89] Askerlik Kanunu m. 24; *“(1) Barışta, kabul edilebilir bir özürlü olmaksızın; a) Yoklama kaçakları ve saklılar için, yoklama kaçağı kaldıkları tarihten, b) Bakayalar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) Geç iltihak bakayaları için, kendilerine tanınan yol süresinin bitiminden, ç) Yedeklerden çağrılanlar için, birlikte işleme tabi olanların en son gönderilme tarihinden, itibaren kaçak kaldıkları gün süresi kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Bunlardan kendiliğinden gelenler her gün karşılığı 5 Türk lirası, yakalananlar ise her gün karşılığı 10 Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılır.”*
- [90] Bu yönetmelikten önceki, 1968 tarihli Türk Silahlı Kuvvetleri Beden Kabiliyeti Yönetmeliği m. 4 askerlik yükümlülerini, sağlık durumlarına göre beşe ayırmaktaydı. Yönetmeliğin eki, hastalık ve arızalar çizelgesi, akıl ve ruh hastalıkları başlığı md. 17/D(1)'de yer alan *“ileri derecede seksüel sapıklıklar”* çürük kategorisinde kabul edilerek askerliğe elverişsiz sayılmaktaydı. Yönetmeliğin tamamı için bkz. 12903 sayılı resmi gazete.
- [91] Yönetmeliğin maddeleri ve ekleri farklı resmi gazetelerde yayımlanmıştır. Yönetmeliğin maddeleri için 19291 sayılı, ekinde yer alan hastalık ve arızalar çizelgesi için 19299 sayılı Resmi Gazete'ye bakılmalıdır.

Görüldüğü gibi, kişilerin, çizelgede yer alan cinsel kimlik veya yönelimlerden birine dahil olması yetmemekte; bunun belgeyle tespiti gerek-mekteydi. Bu tespit, 1986 yılında kabul edilen Türk Silahlı Kuvvetleri Sağ-lık Yeteneği Yönetmeliği m. 5^[92] uyarınca askerlik yükümlülerinin, askeri hastanede^[93] bir kurul önünde, psikolojik ve fiziki muayeneleri sırasında yapılmaktaydı.

Yönetmelikte bahsedilen nitelikte bir belge ile ispat, asker hastanelerinde-ki kurulların takdirine bırakılmıştı. Bu noktada, LGBTİ+ asker adayları cin-sel açıdan, aktif livata yaşayan ve pasif livata yaşayan olmak üzere ikiye ayrıla-rak incelenmekte; aktif kişiler, askerliğe elverişli sayılmaktaydı. Yalnızca pasif kişilerin, yönetmelikte yer alan açıklama doğrultusunda, askerlik ortamında sakıncalı bir durum yaratacağı kabul edilerek askerlikten muaf tutulmaları mümkün oluyordu. Bu durum da, bu kişilerin muayene edilerek, video ve fotoğraflar sunarak, pasif livata ilişki yaşadıklarını kanıtlamaları^[94] duru-

[92] Sağlık Muayenesi

Madde 5; “Yükümlülerin ilk sağlık muayeneleri Askerlik Kanunu gereğince son yokla-ma sırasında askerlik şubelerinde toplanan askerlik meclisindeki iki tabip (birisi sivil olabilir) tarafından aşağıdaki şekilde yapılır. 1) Ruh ve beden durumları ile ic organları dikkatle gözden geçirilir, nabız sayılır, kan basıncı ölçülür, çıplak olarak belirlenen boy ve kilolar tesbit edilir. Soluk alma ve vermedeki göğüs genişlikleri ve muayene sonunda bulunan hastalık ve arızalar kaydedilir. 2) Muayeneler sonunda karar verilemeyenlerle gözlem altında bulunmaları gerekenler en yakın askeri hastaneye gönderilir.”

[93] 669 sayılı 2016 tarihli KHK ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nin ve askeri has-tanelerinin Sağlık Bakanlığı'na devrinden sonra Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği m. 4 ile bu görev sivil hastanelere verilmiştir. Kanaatimizce, böyle bir konunun çözü-münün sivil hekimlere bırakılması nesnel değerlendirme açısından yerindedir.

[94] Mevzuatta bu uygulamanın varlığını gösteren bir hüküm bulunamamıştır. Bununla birlikte, bu dönemde bu uygulamaya maruz kaldıklarını ifade eden pek çok kişinin röportajları ve gazete haberleri mevcuttur. Bunlardan bazıları için bkz. <http://www.radikal.com.tr/havat/pembe-teskere-nasil-alinir-951032/>. <https://m.bianet.org/bianet/print/58782-silahlı-kuvvetlerde-escinsel-karsitligi>. <https://www.milliyet.com.tr/gundem/pembe-tezkere-almak-cok-zor-1479143>, <https://www.haberturk.com/medya/haber/728206-pembe-tezkere-belgesel-oldu>, <https://www.stgm.org.tr/artik-makyajli-fotograf-istenyor>; bu konuda BBC'nin çektiği 2012 tarihli bel-gesel için bkz. <https://www.bbc.co.uk/programmes/p00q864h>. Konunun dünya basınına yansarak sürekli eleştirilere maruz kalması nedeniyle bu uygulamadan vazgeçilerek, bireylere yalnızca psikolojik testler yapılması ve cinsel yönelimlerine dair sorular sorularak karar verilmesi uygulamasına geçilmiştir. Bu testlerden geçen bazı kişilere ilişkin röportaj ve haberler için bkz. <https://kaosgl.org/haber/pembe-tezkere-surecim-selam-ben-escinselim>, <https://www.demokrathaber.org/lgbti/pembe-tezkere-nasil-ahnir-h97405.html>. <https://www.demokrathaber.org/lgbti/tuncayin-pembe-tezkere-hikayesi-h97726.html>, (Erişim Tarihleri: 02.07.2021).

munda mümkündür.^[95] Bu ispat sistemi, insanlık onuruna açıkça aykırı olmasının yanında, özel hayatın gizliliği ilkesini^[96] de ihlal etmekteydi.^[97]

Buna ilişkin Askeri Yargıtay önüne gelen,^[98] sanığın, eşcinsel ve vicdani retçi olduğunu bildirerek askeri kıyafetler giymeyi reddettiği ve Askeri Ceza Kanunu m. 88^[99] nedeniyle ceza aldığı olayda mahkeme, böyle bir beyan üzerine, sanığın öncelikle askeri hastane sağlık kurulunca muayenesinin yapılarak eşcinselliğinin, askerliğe elverişsizliğine sebep olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine; muayeneyi reddeden sanığın, askerliğe elverişli sayılacağına hükmetmiştir.

Yönetmeliğin hastalık ve arızalar listesinde 2013 tarihinde yapılan değişiklik ile çizelge m. 17/B(3) kaldırılmış; m. 17/D(3) “*cinsel kimlik ve davranış bozuklukları*” olarak; buna ilişkin açıklama ise “*bu fıkraya gireceklerin cinsel kimlik velveya davranış örüntülerinin tüm yaşamlarında ileri derecede belirgin olması ve askerlik ortamında sakıncalı bir durum yaratacağı ya da yarattığı tıbbi kanaatine varılması gerekir.*” olarak değiştirilmiştir. Bu açıklama, 2015 yılında “*cinsel tutum ve davranışları askerlik ortamında uyum ve işlevsellik sorunu yaratan ya da yaratacağı değerlendirilen olgular*” olarak değiştirilmiştir.

[95] KIRIT - GÜNEL, s. 48, dn. 39.

[96] Anayasa md. 20; “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*”

[97] ÇINAR Özgür Heval, “*Uluslararası Hukuk Çerçevesinde, Avrupa Birliği ’nde ve Türkiye ’de Vicdani Ret*”, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 106.

[98] Daireler Kurulu, E. 2006/84, K. 2006/62, T. 09.03.2006, <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 30.06.2021).

[99] İtaatsizlikte ısrar edenlerin cezası:

Madde 87 - “*1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. 2. Yukarıdaki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükümlenir.*”

Toplu asker karşısında veya hizmetten savuşmak için veya silahlı iken yapılan itaatsizliğin cezaları:

Madde 88 - “*87’nci maddede yazılı itaatsizlik suçlarını; toplu asker karşısında yahut silah başı emrine karşı veya silahlı iken veya hizmetten kısmen veya tamamen sıyrılmak kastı ile yapanlar altı aydan beş seneye kadar hapis, seferberlikte beş seneye kadar ağır hapis ve düşman karşısında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.*”

2016 yılında kabul edilen Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği m. 5/(b), arıza ifadesini metninden çıkararak, birtakım hastalığa sahip kişilerin, askerliğe elverişli olmadığını kabul etmiştir. Gönderme yaptığı hastalıklar listesinden, ruh sağlığı ve hastalıkları başlıklı m. 17/D(4) yukarıda bahsi geçen eski yönetmelik maddesinin 2015 değişikliğini aynen korumuştur.

1973 yılında Amerikan Psikiyatri Derneği tarafından,^[100] 1992 yılında da Dünya Sağlık Örgütü tarafından,^[101] eşcinselliğin, bir hastalık olmadığı kabul edilmiştir. Önceden, bir cinsel kimlik bozukluğu olarak değerlendirilen transseksüellik, 2013 yılında Amerikan Psikiyatri Derneği tarafından,^[102] cinsel kimlikten yakınma (hoşnut olmama); 2018 yılında Dünya Sağlık Örgütü tarafından^[103] cinsiyet uyumsuzluğu olarak kabul edilmiştir.

Bu bilgiler ışığında, denebilir ki, eski uygulamaları insanlık dışı olan TSK'nın, bunlardan bir miktar dahi olsa vazgeçmesi, olumlu bir adımdır. Ancak, kişilerin özel hayatı konusunda sorma, söyletme politikasını devam ettiren^[104] ve uluslararası tıp literatürünü görmezden gelen askeriye, LGBTİ+ bireyler konusunda hala çağın çok gerisindedir.

[100] DRESCHER Jack, “*Out of DSM: Depathologizing Homosexuality*”, Behavioral Sciences, Vol. 5, N. 4, Switzerland 2015, s. 565.

[101] DAVIES Dominic (Çev. Gökçe Elif SARIDOĞAN), “*Cinsel Yönelim*” 2012, s. 2, http://www.pinktherapy.com/portals/0/downloadables/Translations/TUR_SexualOrientation.pdf, (Erişim Tarihi: 04.12.2020).

[102] Amerikan Psikiyatri Birliği DSM-5 Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı, (Çev. Ertuğrul KÖROĞLU), Hekimler Yayın Birliği, Ankara, 2013, s. 219.

[103] ASKEVIS LEHERPEUXA Françoise - DE LA CHENELIEREA Marie - BALEIGEA Antoine - CHOUCANEA Sarah - JEANNE MARTINC Marie - ROBLES GARCIAE Rebeca - FRESANE Ana - QUACHA Alexandre - STONAA Anne Claire - REEDE Geoffrey - ROELANDTA Jean Luc, “*Why and How to Support Depsychiatrisation of Adult Transidentity in ICD-11: A French Study*”, European Psychiatry, Vol. 59, 2019, s. 9; ICD-11 için bkz. https://icd.who.int/browse_11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentiv%2f411470068. (Erişim Tarihi: 04.12.2020).

[104] DURGUN Doğu, “*Ses, Sessizlik ve Politik Faillik: Türkiye 'de ve İsrail 'de Antimilitarizmin Cinsel Politikası*”, Kültür ve Siyasette Feminist Yaklaşımlar Dergisi, S. 39-40, 2020, s. 58.

B. TÜRKİYE'DE VICDANI REDDİN GELİŞİM SÜRECİ

1989 yılında Tayfun Gönül'ün, İstanbul'da; 1990 yılında Vedat Zencir'in, İzmir'de öne sürdüğü vicdani ret açıklamaları, Türkiye'nin ilk vicdani ret açıklamalarıdır.^[105] Gönül ve Zencir, her şeyi göze alarak, Türkiye'de halihazırda görünmez bir biçimde var olan vicdani ret ve zorunlu askerlik sorununun görünür kılınmasına, tartışılmaya başlanmasına sebep olmuşlardır.^[106]

Gönül, mülga Türk Ceza Kanunu m. 155^[107] uyarınca halkı askerlikten soğutma suçundan hapis cezası almış; cezası, para cezasına çevrilmiştir. Zencir ise aynı suçtan açılan davada, vicdani açıklamalarının,^[108] ifade özgürlüğü çerçevesinde kaldığı gerekçesiyle beraat etmiştir.^[109]

[105] SPECK Andreas, “Support Antimilitarists in Turkey”, The Broken Rifle, No. 76, 2007, https://www.wri-irg.org/sites/default/files/public_files/br76-en.pdf. (Erişim Tarihi: 04.12.2020).

[106] ÜSTERCİ Coşkun -YORULMAZ Uğur, “Türkiye’de Vicdani Ret” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 218.

[107] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 155; “Geçen maddelerde yazılı olan ahval haricinde kanunlara karşı gelmeğe halkı teşvik ile memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşir edenler veya halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda neşriyatta veya telkinatta bulunanlar yahut umumi bir içtimada veya nasın toplandığı yerlerde bu suretle nutuk irat edenler iki aydan iki seneye kadar hapis olunur ve bunlardan yirmi beş linadan iki yüz linaya kadar ağır cezayı nakdi alınır.”

[108] “Ben Vedat Zencir. Şiddeti, emir alıp vermeyi yaşantıma almamaya niyetli ve kararlı bir insanım. Yaşantımı, birtakım ahlaki ilkeler doğrultusunda devam ettirmeye özen gösteriyorum. Bunun için yaşam anlayışımla çelişecek kurum, kuruluş ve işlerde bulunmuyorum. 20 yaşımdan beri kendimi ne zaman askere alınmış düşünsem veya bunun rüyasını görsem mide krampları geçiriyorum. Emir alıp vermek benim kişiliğimle, duygularımınla hiç bağdaşmayan bir şey. Hele kendimi, tanımadığım insanları öldürmeye hazır düşünmek, bu hiçbir şekilde kabul edemeyeceğim bir durum. İnsan benim için dinsel boyutta kutsal bir varlık değil; fakat ben insana tanrısal bir yüklem yapmadan her insanın yaşamını en az kendiminki kadar kutsal buluyorum. Bu yüzden de gerekçesi ne olursa olsun, öldürmeye yönelik herhangi bir yapı içinde bulunamam. Kendi değerlerim doğrultusunda yaşamak benim en doğal hakkım. Üstelik benim değerlerim gayet safiyane şeyler. Şiddet istemiyorum. Emir alıp vermek istemiyorum. Şimdi bunun dışında bir davranışa zorlanmamı da doğrusu hiç aklım almıyor.” Bkz. BAŞKENT, Vicdani Ret Açıklamaları Almanacağı (1989-2010), s. 13.

[109] BAŞKENT, Vicdani Ret Yazıları, s. 106.

İlerleyen süreçte başka kişiler tarafından da vidani ret açıklamaları yapılmıştır. 1992 senesinde verilen bir içtihadı birleştirme kararı^[110] ile, askerlik hizmeti yapması gereken döneme girdiği halde askere gitmeyen kişilerin, askeri mahkemede yargılanması gerektiğine karar verilmiştir. Karar, bu durumda bulunan vidani retçilerin de askeri mahkemelerde yargılanacağı anlamında değerlendirilmiştir.^[111]

1995 yılında Osman Murat Ülke, kendisine gelen askerliğe çağrı kağıdına karşı vidani reddini açıklayarak tutuklanmıştır. Türkiye’de vidani reddin gerek gazeteci ve yazarlar, gerekse basın yoluyla, gerçek anlamda ülke çapında duyulması bu olayla gerçekleşmiştir.^[112] 1997 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na taşınan, 1998’de AİHM’de devam ederek sonuçlanan bu dava, vidani ret konusunda AİHM önüne gelmiş en önemli dava olma sıfatını haizdir.^[113]

Ülke, vidani ret açıklamasıyla, halkı askerlikten soğutma suçundan hapis cezasına çarptırılmış, cezası tamamlanınca askere sevk edilmiştir. Burada, üniforma giymeyi reddederek Askeri Ceza Kanunu m. 87^[114] uyarınca hapis cezası almış; cezaevinde mahkûm kıyafeti giymeyi reddettiği için ayrıca 15 gün ziyaretçi yasağı cezası almış; cezası tamamlanınca tekrar askere sevk edilmiş ve burada yeniden üniforma giymeyi reddederek yeniden hapis cezasına çarptırılmıştır. Toplamda sekiz farklı mahkûmiyet kararıyla 710 gün hapis cezasına çarptırılmıştır. En son 1998 yılında aldığı mahkeme kararı üzerine yakalanmamış ve bu tarihten sonra, yakalanmamak için tüm resmî kurumlarla ilişkisini kestiği, kız arkadaşıyla evlenemediği ve çocuğunu hukuken tanıyamadığı bir sivil ölüm içerisine düşmüştür.^[115]

[110] Askeri Yargıtay, E. 1992/3, K. 1992/1, T. 20.03.1992, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21264.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.19.2021).

[111] MIZRAK, s. 131.

[112] ÜSTERCİ - YORULMAZ, s. 221.

[113] BOYLE Kevin (Çev. Defne ORHUN), “Uluslararası Hukukta Vidani Ret ve Osman Murat Ülke Davası” içinde Çarklardaki Kum: Vidani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 274.

[114] İtaatsizlikte ısrar edenlerin cezası:

Madde 87 - “1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. 2. Yukarıdaki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükümlenir.”

[115] BOYLE, s. 276-277.

AİHM, Bayatyan Kararı'ndan önce verdiği buna benzer tüm kararlarda olduğu gibi, 2006 yılında verdiği Ülke Kararı'nda da AİHS m. 9'un vicdani ret noktasında değerlendirilmesine gerek bulunmadığını belirterek, AİHS m. 3^[116] uyarınca onur kırıcı muameleden ihlal kararı vermiştir.^[117]

2001 yılında vicdani retçi olduğunu açıklayan Mehmet Tarhan 2005 yılında yakalanarak askeri birliğine götürülmüş, burada askeri üniforma giymeyi reddederek 4 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Kararın temyiz edilmesiyle tahliye edilerek askeri birliğe yollanan Tarhan, firar etmiştir. Bunun üzerine hakkında yeniden dava açılan Tarhan, yakalanmamakla birlikte, davası hala derdestken AİHM'e başvurmuştur. AİHM, 2012 yılında verdiği kararda AİHS m. 3 uyarınca işkence yasağı ve AİHS m. 9 uyarınca din, vicdan ve düşünce özgürlüğünün ihlali kararı vermiştir.^[118]

C. HALKI ASKERLİKTEN SOĞUTMA SUÇU

1. Genel Olarak

TCK m. 318 Halkı Askerlikten Soğutma Suçu, kanunun “Mille ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı kısmının “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir.

2013 yılında yapılan değişiklikten önce suç şu şekildeydi:

“(1) Halkı askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.”

Suçun seçimlik hareketleri içerisinde yer alan propaganda yapma, sınırları çok geniş ve belirsiz^[119] bir kavram olduğu için bu haliyle suç, salt vicdani ret açıklamalarının hepsini cezalandırmaya elverişliydi. Bu nedenle, vicdani retçi olduğunu ifade etmek suretiyle askere gitmeyen bir kişinin,

[116] AİHS m. 3; “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

[117] Ülke v. Türkiye, 24.01.2006, Başvuru No. 39437/98, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#!%22itemid%22:r%22001-125275%22H>. (Erişim Tarihi: 19.06.2021).

[118] Tarhan v. Türkiye, 17.07.2012, Başvuru No: 9078/06; AİHM'in aynı yönde verdiği bir diğer karar bkz. Savda v. Türkiye, 12.09.2012, Başvuru No. 42730/05, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 19.06.2021).

[119] GÜRGEN Haluk, “Propaganda”, Kurgu Dergisi, C. 8, S. 2, 1990, s. 137.

iki farklı fiili, iki farklı suç oluşturuyordu. Bunlardan ilki, vicdani ret açıklamasının kendisi bir propaganda teşkil ettiği için halkı askerlikten soğutma suçu; diğeri, Askeri Ceza Kanunu'nda bir suç olarak düzenlenmiş,^[120] askere gitmeme fiiliydi.^[121]

Madde bu şekliyle, ordu-millet anlayışını gözler önüne sermekteydi. Çünkü askerlikten soğutmaya yönelik teşvik veya telkin eylemlerinin yanında, salt buna yönelik propaganda da suç oluşturmaktaydı. Propagandanın suç sayılması, askerliğe aykırı her türlü düşünce açıklamasının suç oluşturması anlamına gelmekte olup, bu konuda antidemokratik bir yapı ortaya koymaktaydı. Nitekim değişiklik öncesinde bu madde, vicdani ret açıklamalarının azalmasına yol açmamış; aksine, bu söylemlerin seslerinin daha çok duyulmasına sebep olmuştur.^[122]

2013 yılında madde şu şekilde değiştirilmiştir:

“(1) Askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları bu hizmeti yapmaktan vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.”

2013 değişikliğiyle kanuni tipin sınırlarının daraldığı, suçun oluşumunun zorlaştığı söylenebilir. Öncelikle kanun koyucu, suçun seçimlik hareketlerinden, propaganda yapmayı çıkarmıştır. Bu durumda suç, aşağıda ele

[120] Askeri Ceza Kanunu m. 63/1; “1 - Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan, a) Yoklama kaçaklarından birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesini gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden, d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden, itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

[121] BAŞKENT, Vicdani Ret Yazıları, s. 100.

[122] ALKAN Hilal - ZEYBEK Sezai Ozan, “Citizenship and Objection to Military Service in Turkey” in Routledge Handbook of Global Citizenship Studies, Taylor&Francis Group, London and New York, 2014, s. 470.

alınacağı gibi hala soyut tehlike suçu olmakla birlikte, artık, tek başına vicdani ret açıklaması cezalandırılmamaktadır. Kişi, askerlik yükümlülerinin, askerlik görevinden kaçınmalarına sebebiyet verecek boyutta açıklamalarda bulunmadan, bir diğer deyişle, ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kalarak, sadece vicdani retçi olduğunu beyan ettiğinde suçun faili olmamaktadır.

2. Hukuki ve Maddi Konu

Suçun hukuki konusunun, gerekçesinden^[123] kaynaklı olarak^[124] milli savunma hizmeti olduğu kabul edilmektedir.^[125] Hukuki konu, ceza normu ile, olası ihlallere karşı korunması amaçlanan hukuki varlık veya menfaattir.^[126] Halkı askerlikten soğutma suçu, millete ve devlete karşı suçlar arasında, milli savunmaya karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmiştir. Toplumun, kanunun kullandığı biçimiyle milletin, olası bir tehdide karşı düzgün bir milli savunma hizmeti almasının, askerlik yükümlülerini askerlikten soğutarak engellenmemesinde yatan menfaat bu suçla korunan hukuki menfaattir.

Suçun oluşturan hareketin ve/veya etkilerinin üzerinde gerçekleştirildiği

[123] “Madde, halkı askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte, teşvik veya telkinde bulunmayı veya propaganda yapmayı cezalandırmaktadır. Vatanın düşman güçlerine karşı korunması bakımından her Türk vatandaşının askerlik hizmetini severek ve isteyerek yerine getirmesi şarttır. Esasen askerlik hizmetine yönelik duygu, vatandaşlığın zorunlu gereği olan vatana sadakat borcunun bir parçasını oluşturur. Söz konusu duyuguyu tahrip etmek veya zayıflatmak amacıyla vatandaşları askerlik hizmetlerinden soğutma yolunda teşvik veya telkinlerde bulunmayı veya propagandayı suç hâline getirmek suretiyle madde, milli savunmayı koruma amacını gütmektedir. Telkin ve teşvikin veya propagandanın askerî hizmetten soğutacak kuvvette olması koşulu ile söz, yazı, işaret, küçültücü imgeler veya bunların benzerleri marifetiyle yapılması suç oluşturacaktır. Teşvik veya telkin geniş sayıda kişilere yönelik olmayan fesatçı fiil olduğu hâlde propaganda çok daha geniş ve önceden belirli olmayan gruplara yönelik etkin telkin ve teşvikleri ifade etmektedir. Maddenin son fıkrasına göre, filin basın ve yayın yoluyla işlenmesi, ağırlaştırıcı nedendir.” Gerekece metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekeceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekeceleri/1>, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

[124] DEMİRAĞ Fahrettin, Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 202. Kaynak, 2020 basım olmakla birlikte, suçun 2013 değişikliğinden önceki halini incelemiştir. Bu nedenle kaynaktaki fikirler, suçun, değişiklik sonrası haline uyarlanarak metne aktarılmıştır.

[125] ARTUÇ Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 1581.

[126] TOROSLU Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHFY, No. 273, Sevinç Mat., 1970, s. 87.

kişi veya nesne, suçun maddi konusunu oluşturur.^[127] Her ne kadar, doktrinde, sonucu olmayan sırf hareket suçlarının kural olarak maddi konusu olmadığı kabul edilse de;^[128] aşağıda ele alınacağı üzere bir sırf hareket suçu olan halkı askerlikten soğutma suçunun maddi konusu, kanaatimizce, fira- ra veya askerlik hizmetini yapmaktan vazgeçmeye teşvik veya telkin edilen askerlik yükümlüleridir. Zira suçu oluşturan hareket ve/veya etkiler bu kişiler üzerinde gerçekleşmektedir.

3. Fail ve Mağdur

Doktrinde bir görüş, suçun failinin yalnızca kamu görevlisi olabileceğini; bu nedenle suçun, özgü suç olduğunu kabul etmektedir.^[129] Madde metninde, suçun failini belirleyen bir ifade bulunmadığı gibi; failin, kamu görevlisi olmasını gerektirecek bir unsur da sayılmamıştır. Bu nedenle kanaatimizce, suç özgü suç olmayıp, faili herkes olabilir.

Doktrinde, halkı askerlikten soğutma suçunun mağdurunun, toplumdaki bireyler olduğu ifade edilmiştir.^[130] Halkı askerlikten soğutma suçu gibi, genel olarak, güvenliğe, barışa, çevreye karşı işlenen ve mağduru, kişi olarak belirlenemeyen suçların mağdurunun toplumdaki herkes olduğu kabul edilen bir görüştür.^[131] Halkı askerlikten soğutma suçunun mağdurunu, toplumdaki bireyler olarak belirleyen yukarıdaki görüş, bu genel görüşe paraleldir.

Suçun mağduru, suçun işlenmesi ile ihlal edilen varlık veya menfaatlerin hamilidir.^[132] İnceleme konusunu oluşturan suç, Türk Ceza Kanunu'nun, millete ve devlete karşı suçlar kısmının, milli savunmaya karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Milli savunma, devlet tarafından topluma, kanunun kullandığı ifadeyle millete sağlanan bir hizmettir.^[133] Dolayısıyla

[127] HAFIZOĞULLARI Zeki - ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara, 2018, s. 209.

[128] TOROSLU Nevzat - TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2019, s. 111.

[129] ARTUÇ, s. 1581.

[130] ARTUÇ, s. 1581.

[131] ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 226.

[132] KATOGLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 61, 2012, s. 661.

[133] YILMAZ Halit, "Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti", Ankara Üni-

halkı askerlikten soğutma suçunun işlenmesi halinde, ihlal edilen menfaatin sahibi, toplumdur. Bu nedenle, olası bir tehdide karşı, düzgün bir milli savunma hizmeti alması gereken, tek tek toplumu oluşturan bireyler değil toplumun kendisi,^[134] bu suçun mağdurudur. Bunun yanında, halkı askerlikten soğutma suçu nedeniyle somut olarak zarar gören bireyler, örneğin, askerlikten soğutulmasıyla, askerden kaçan, nöbetini tutmadığı gece gerçekleşen bir terör saldırısını üstlerine haber veremeyen kişinin bu hareketi nedeniyle, saldırı sonucu zarar gören kişiler, suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.^[135]

Doktrinde bir görüş, halkı askerlikten soğutma suçu gibi mağduru belirsiz olan suçları, mağduru gayrimuayyen suçlar olarak adlandırarak, mağduru toplum olarak kabul etmektedir.^[136] Bu kullanım, aşağıda, zincirleme suç hükümlerinin, halkı askerlikten soğutma suçuna uygulanmasında işlevsel olacaktır.

4. Maddi Unsur

Suçun oluşması için gereken hareket, askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları, bu hizmeti yaptıran vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunmaktır.^[137] Teşvik, bir kişiyi, özendirme, kışkırtma, isteklendirme; telkin, bir kişiye bir görüşü benimsetmeye çalışma, aşılama olarak tanımlanmaktadır.^[138] Dolayısıyla, asker kaçaklığının Askeri Ceza Kanunu bağlamında bir suç olduğu^[139] dü-

versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, 2004, s. 375.

[134] Mağdurun, toplumdaki bireyler olarak kabul edilmesi halinde doğabilecek sorunlar için bkz. KATOĞLU, s. 684.

[135] Aynı yönde KATOĞLU, s. 684; YALÇIN SANCAR Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 70, 2007, s. 256.

[136] HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, s. 209.

[137] DEMİRAĞ, s. 202; ARTUÇ, s. 1582.

[138] YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., Ankara, 2005, s. 695 ve 684.

[139] Madde 63 - “1 - Barışta, 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca haklarında verilen idari para cezası kesinleştikten sonra söz konusu Kanunun 23 üncü maddesinde belirtilen mazeretlerden birisi bulunmaksızın, a) Yoklama kaçaklarından birlikte yoklamaya tabi oldukları doğumlarının yurt genelinde normal sevk yolu içindeki son kafilesini gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden, d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına

şünüldüğünde, halkı askerlikten soğutma suçu failinin hareketinin, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan azmettirme veya yardım etmeye ilişkin şartları taşıması gerektiği söylenebilir.

Halkı askerlikten soğutma suçunun oluşması için, askerlik hizmetini yapan kişilerin firar etmesi veya askerlik yükümlülerinin bu hizmetten vazgeçmesi neticesinin oluşması gerekmez. Bu nitelikte teşvik veya telkinde bulunmuş olması, suçun oluşumu için yeterlidir.^[140] Dolayısıyla failin, azmettirme veya yardım etmeden sorumluluğu gündeme gelmeyecek olup; yalnızca, suçun hareket unsurunun belirlenmesi açısından bu hükümlerin şartlarından yararlanılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Teşvik veya telkin, mutlaka aktif bir hareketi gerektirdiği için suç yalnızca icrai davranışla işlenebilir.^[141] Doktrinde, suçun, yalnızca teşvik veya telkin şeklinde işlenebileceğinin belirlenmesi nedeniyle, bağlı hareketli suç olduğu^[142] fikri de; bunların seçimlik hareketler olması nedeniyle suçun, seçimlik hareketli suç olduğu görüşü de kabul edilmektedir.^[143] Kanımızca, teşvik ve telkin -değişiklik öncesi, propaganda yapmak da bu hareketlerden biriydi- suçun seçimlik hareketleridir.

Suça ilişkin kullanılan ifadelerin, kişileri askerlikten soğutmaya elverişli olması gerekmektedir.^[144]

bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kıtasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden, itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 2 - Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkum edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir.”

[140] DEMİRAG, s. 202.

[141] ARTUÇ, s. 1581.

[142] ARTUÇ, s. 1581.

[143] DEMİRAG, s. 202.

[144] ARTUÇ, s. 1582.

AİHM'in verdiği önemli bir karara konu olan olayda 2006 yılında İsraili vicdani retçileri desteklemek amacıyla bir grup, basın açıklaması yapmıştır. Açıklamada *“Amir Paster ‘Lübnan’da sivillere zarar veren operasyonlarda görev almak istemiyorum ’ dediği için yirmi sekiz gün hapis cezasına mahkûm edildi. Dünyanın her yerinde, insanlar egemenlerce birbirini öldürmeye zorlanıyor ve öldürmeyi reddedenler ise hapis cezalarıyla korkutulmaya çalışılıyor. Daha iki gün önce onlarca çocuk, İsrail uçaklarından atılan bombalarla öldürüldü. Sürmekte olan çatışma, abluka ve işgale, antimilitarist etkinlik ve tarzda son verilebilir. Savaşların önüne geçmek, insan kaynakları kurutulmadan mümkün değil. İtzik Shabbat ve Amir Paster’in her zaman yanında olacağımızı belirtiyoruz. Savaş karşıtları susmadılar ve susmayacaklar. Paster derhal serbest bırakılmalı, Lübnan ablukası ve saldırısına son verilmedir. Herkesi askerliği reddetmeye çağırıyoruz.”* ifadeleri kullanılmıştır. 2008 yılında, açılan davada mahkeme, sanığın, askere gitmeme çağrısının, kişileri, askerlikten soğutmaya elverişli teşvik niteliğinde olduğu gerekçesiyle suçun oluştuğuna hükmetmiştir. Yargıtay’ca onanan karar^[145] AİHM’e taşınmıştır. Savda davasında^[146] mahkeme AİHS m. 10 uyarınca ifade özgürlüğünden ihlal kararı vermiştir.

2011 yılında verilen bir kovuşturmayaya yer olmadığı kararında,^[147] halkı askerlikten soğutma suçuna vücut verecek ifadelerin, AİHM içtihadı ışığında, şiddet içermesi, toplum için ağır ve kesin bir tehlike oluşturması gerektiği belirtilmiştir. İfadelerin yanlış, rahatsız edici, kaygılandırıcı, karşıt ve ölçüsüz olmasının, suçun oluşumu için yetmediği; şiddet içermediği müddetçe çoğunluğun görüşüne aykırı olan görüşlerin, halkı askerlikten soğutma suçunu oluşturmaya elverişli olmadığı kabul edilmiştir.

Bir başka yargı kararına konu olan olayda üniversite kampüsünde 50-60 kişilik bir grup önünde *“Bu topraklar 25 yıldır kardeşin kardeşi öldürdüğü kirlili bir savaşa tanıklık ediyor. Bu savaşı sürdürmeyi reddediyoruz. Askere gitme, kardeş kanı dökme. Bu savaşı sürdürmeyeceğiz. Ellerimize zorla tutuşturduğunuz silahları ateşlemeyeceğiz. Asker ocağına zorla teslim olmayacağız.”*

[145] Karar içerikleri için bkz. *Savda v. Türkiye*, 15.11.2016, Başvuru No. 2458/12, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=HVzS5PN3IY4>, (09.07.2021).

[146] *Savda v. Türkiye*, 15.11.2016, Başvuru No. 2458/12, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=HVzS5PN3IY4>, (09.07.2021). Başvurucunun, AİHM’e iki başvurusu mevcuttur; diğer başvurusuna s. 25, dn. 119’da yer verilmiştir.

[147] Karar içeriği için bkz. *Savda v. Türkiye*, 15.11.2016, Başvuru No. 2458/12, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=HVzS5PN3IY4>, (09.07.2021).

ifadeleriyle açıklama yapan kişi hakkında halkı askerlikten soğutma suçundan dava açılmıştır. Mahkeme, bu ifadelerin, toplumu incitecek nitelikte olmakla birlikte, halkı askerlikten soğutma suçu açısından elverişli olmadığına, kastın bulunmadığına karar vererek; Anayasa m. 25 düşünce ve kanaat hürriyeti, md. 26 düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile AİHS m. 10 ifade özgürlüğü uyarınca beraate hükmetmiştir.^[148] Karar, 2014 tarihinde Yargıtay tarafından onanmıştır.^[149]

Suçun neticesi bakımından, doğalcı anlayış^[150] esas alındığında, neticesi olmayan halkı askerlikten soğutma suçunun, sırf hareket suçu olduğu; hukuki anlayış^[151] esas alındığında, oluşması için koruduğu hukuki menfaatin tehlikeye düşmesi yeterli olan suçun bir tehlike suçu olduğu söylenebilir. Ayrıca barındırdığı tehlike, kanuni tipte somut olarak belirlenmemiş olup harekette örtülü olarak varlığı kabul edildiği için,^[152] bir soyut tehlike suçudur.

İkinci fıkrada hareketin basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilmesi, nitelikli hal olarak belirlenmiştir. TCK m. 6/g uyarınca basın ve yayın yolundan, her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar anlaşılmalıdır. Bu nedenle örneğin, sosyal medya üzerinden, askerlik yapanları firara sevk edecek veya askerlik yükümlülerini askerlikten vazgeçirecek boyutta teşvik veya telkin içeren paylaşımlar yapan kişiler, halkı askerlikten soğutma suçunun nitelikli halinden sorumlu olacaktır.

Sosyal medya hesaplarına “Bütün asker kaçakları benim kahramanımdır ” ve “Askere gitme diskoya git” yazdığı paylaşımlar yapan bir vicdani retçi, 2019 yılında hakkında açılan, halkı askerlikten soğutma suçundan,

[148] ARTUÇ, s. 1583.

[149] 9. CD, Esas No. 2014/710, Karar No. 2014/12383, T. 09.12.2014, <https://karararama.yargitav.gov.tr/YargitavBilgiBankasiIstemciWeb/>. (Erişim Tarihi: 09.07.2021).

[150] Doğalcı anlayışa göre, netice, insan davranışına nedensellik bağıyla bağlı olarak dış dünyada oluşan ve hukuk düzeni tarafından cezai yaptırım bağlanan değişikliklerdir. Buna göre suçlar, neticeli ve neticesiz suçlar olarak ikiye ayrılır. Bkz. TOROSLU N. - TOROSLU H., s. 141-142.

[151] Hukuki anlayışa göre netice, bir davranışla, suçla korunan hukuki menfaatin veya varlığın ihlal edilmesidir. Bu doğrultuda, tamamlanması için koruduğu varlık veya menfaatin tahrip edilmesi gereken suçlar zarar suçları; tehdit edilmesi gereken suçlar tehlike suçlarıdır. Bkz. TOROSLU N. - TOROSLU H., s. 143.

[152] TOROSLU N. - TOROSLU H., s. 146.

suçun oluşmadığı gerekçesiyle beraat etmiştir.^[153]

Suçun oluşumu için, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaması gerekir. Genel hukuka uygunluk nedenleri, kanuni tipte belirlenen yapıya uygun olmak kaydıyla her suç için mümkündür.^[154] Halkı askerlikten soğutma suçu bakımından uygulanabilecek hukuka uygunluk nedeni olarak, TCK m. 26/1 hakkın kullanılması düşünülebilir. Bu doğrultuda, ifade özgürlüğü içerisinde kalan yorumlar hukuka uygundur.

Özel hukuka uygunluk nedenleri^[155] arasından, halkı askerlikten soğutma suçu için basın özgürlüğü düşünülebilir. Basın özgürlüğü^[156] içerisinde yer alan bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma hakları kapsamında kalan ifadeler bu suç oluşturmaz.^[157] Her ne kadar basın özgürlüğünün, konumuz itibariyle suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kısıtlanabilmesi mümkünse de; bu kısıtlama, hakkın kullanımını ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz.^[158]

2006 yılında AİHM, önüne gelen davasında,^[159] asker uğurlama törenlerini, askerlikteki ölüm ve yaralanmaların görmezden gelindiği gerekçesiyle eleştirerek mülga TCK uyarınca halkı askerlikten soğutma su-

[153] <https://bianet.org/1/139/210503-viddani-retci-isik-a-halki-askerlikten-sogutmaktan-beraat>, (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

[154] HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, s. 213.

[155] Genel ve özel hukuka uygunluk nedenleri ayrımı için bkz. HAFIZOĞULLARI - ÖZEN, s. 213 ve 229.

[156] Anayasa md. 28; “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır. Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27’nci maddeleri hükümleri uygulanır. Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü tebdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar.”

[157] ARTUÇ, s. 1582.

[158] CEBRE Ayvaz, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 296.

[159] *Ergin v. Türkiye*, 04.05.2006, Başvuru No. 47533/99, https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:r%22ahmet%20ergin%22,%22documentcollectionid%22:r%22_2GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:r%22001-75327%22n, (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

çundan^[160] hüküm giyen bir gazete yazarı, bu yazısında, derhal askerden kaçmaya yönlendirmeyi amaçlamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, “*yazıda kullanılan sözcüklerin, askerlik hizmeti aleyhinde çağrışımlar uyandırır da şiddet kullanımım, silahlı direnişi veya isyanı teşvik etmediğini ve söylemlerin, nefret içermediğini*” bu nedenle halkı askerlikten soğutma suçundan hüküm giyen pasifist aktivist yazarın ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararını vermiştir. Mahkeme, aynı yıl önüne gelen Düzgören davasında^[161] da yukarıda bahsolunan Osman Murat Ülke’nin vıcdanı ret açıklamalarını içeren broşürleri dağıtan kişinin aldığı halkı askerlikten soğutma suçu için aynı yönde karar vermiştir.

Bir askeri kışla önünde 20 kişilik bir gruba hitaben “vıcdanı ret bir hak-tır” başlıklı bir bildiri okuyan sanık, 2009 yılında, halkı askerlikten soğutma suçundan ceza almıştır.^[162] Temyiz üzerine, 2012 yılında Yargıtay,^[163] sanığın konuşması bir bütün olarak incelendiğinde, ifadelerin, Anayasa m. 26 düşüneyi açıklama ve yayma hürriyeti ile AİHS md. 10 ifade hürriyeti kapsamında kaldığına hükmederek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Halkı askerlikten soğutma suçundan açılan 2012 tarihli bir davada^[164] mahkeme, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 18 ve 19^[165] uyarınca,

[160] Madde 155; “*Geçen maddelerde yazılı olan ahval haricinde kanunlara karşı gelmeğe halkı teşvik ile memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşir edenler veya halkı askerlik hizmetinden soğutmak yolunda neşriyatta veya telkinatta bulunanlar yahut umumi bir içtimada veya nasın toplandığı yerlerde bu suretle nutuk irat edenler iki aydan iki seneye kadar hapis olunur ve bunlardan yirmi beş liradan iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır.*”

[161] *Düzgören v. Türkiye*, 09.11.2006, Başvuru No. 56827/00, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-121052%22%7D>. (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

[162] Üsküdar 1. Sulh Ceza Mahkemesi, Esas No. 2008/790, Karar No. 2009/189, T. 18.03.2009, <https://legalbank.net/belge/y-9-cd-e-2010-9516-k-2012-2305-t-22-02-2012/1321346/%22halk%4%b1+askerlikten+so%4%9fntma.%22>. (Erişim Tarihi: 06.07.2021).

[163] 9. CD, Esas No. 2010/9516, Karar No. 2012/2305, T. 22.02.2012, <https://1egalbank.net/belge/v-9-cd-e-2010-9516-k-2012-2305-t-22-02-2012/1321346/%22halk%4%b1+askerlikten+so%4%9fntma.%22>. (Erişim Tarihi: 06.07.2021).

[164] Karar içeriği için bkz. *Savda v. Türkiye*, 15.11.2016, Başvuru No. 2458/12, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=HVzS5PN3IY4>, (09.07.2021).

[165] Madde 18; “*Herkesin düşünce, vıcdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.*”

Madde 19; “*Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşün-*

bir düşünce tarzını bir başkasına zorunlu kılmanın imkânsız olduğu gerekçeyle halkı askerlikten soğutma suçundan beraat hükmü vermiştir.

2013 tarihli bir diğer beraat kararı verilen davada,^[166] mahkeme tarafından, vicdani retçi statüsünün kabul edilmesi taleplerinin, TCK m. 318'e dahil olmadığı ifade edilmiştir.

2016 yılında, vicdani ret öne sürerek, halkı askerlikten soğutma fiillerinin suç olamayacağını, kendisinin değil, medyada dolaşan asker fotoğraflarının ancak halkı askerlikten soğutabileceğini söyleyen bir kişi beraat etmiştir.^[167]

2017 yılında vicdani ret öne sürmelerinin akabinde, halka açık vicdani ret atölyeleri düzenleyen iki kişi, haklarında açılan halkı askerlikten soğutma suçundan beraat etmiştir.^[168]

Buna göre, Yargıtay'ın ve yerel mahkemelerin, halkı askerlikten soğutma suçu bakımından *Ergin ve Düzgören* davalarındaki AİHM içtihadını kabul ettiği söylenebilir.

5. Manevi Unsur

Doktrinde bir görüş,^[169] suçun manevi unsurunu genel kast olarak belirleyerek; suçun, taksirle işlenememekle birlikte olası kastla işlenmesinin de mümkün olduğunu kabul etmiştir.

Kanaatimizce bir soyut tehlike suçu olarak halkı askerlikten soğutma, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Askerlik hizmeti yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetini yapacak olan bireyleri askere gitmekten alıkoyacak boyutta bir fiilin, fail tarafından gerçekleştirilmiş olması ve bu fiillerin bu amaç doğrultusunda, bu saiklerle yapılması gerekmektedir. Suçun oluşumuna sebebiyet veren bu saik, aynı zamanda kişinin eylemlerini,

celerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.”

[166] Karar içeriği için bkz. *Savda v. Türkiye*, 15.11.2016, Başvuru No. 2458/12, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=HVzS5PN3IY4>, (09.07.2021).

[167] <http://www.diken.com.tr/halki-askerlikten-sogutmak-suc-degil-diyen-vicdani-retci-aru-beraat-etti/>, (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

[168] <https://vicdaniaret.org/necdet-encu-ve-vannis-vasilis-vavlali-halki-askerlikten-sogutma-sucundan-beraat-etti/>. (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

[169] ARTUÇ, s. 1583.

ifade özgürlüğü alanından çıkararak, suç alanına sokan unsurdur.

Özel kast belirlenirken failin kişisel konumu, hareketin ne şekilde ve hangi ortamda gerçekleştirildiği;^[170] suçun işlendiği yer, zaman, hareketin gerçekleştirilme amacı gibi hususlar^[171] göz önünde bulundurulabilir. Halkı askerlikten soğutma suçundan beraat verilen ve Yargıtay'ın da onadığı kararda,^[172] mahkeme hareketin gerçekleştirildiği yer, zaman, hitap edilen topluluk, sanığın sosyo-politik konumu ve toplum üzerindeki etkisi gibi hususların göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

Özel kastla işlenen suçlar, olası kastla işlenemez.^[173] Dolayısıyla, özel kastla işlenen bir suç olan halkı askerlikten soğutmanın, olası kastla işlenemeyeceği kanaatindeyiz.

Bir kişi askerlik yapan yeğenin askerlik sırasında maruz kaldığı kötü muamele nedeniyle Milli Savunma Bakanlığı'na bir dilekçe yazmıştır. Bu dilekçede, askerlerin ölüme gönderildiğini, nöbetleri nedeniyle uyuyamadıklarını, uykusuz şekilde araziye gönderildiklerini, mayınların, askerlerin ölmesi için özellikle imha edilmediğini, askerlerin kötü muamelelerle intihara sürüklendiklerini kaleme alıp; bu aksaklıkların düzeltilerek gerekli yardımın yapılmasını talep etmiştir. Açılan davada yerel mahkeme,^[174] halkı askerlikten soğutma suçundan beraat kararı vermiştir. Yargıtay, 2015 yılında beraat kararını onamıştır.^[175]

6. Suçun Ortaya Çıkış Biçimleri

Halkı askerlikten soğutma suçunun, neticenin doğalcı anlayışı bakımından, sırf hareket suçu; neticenin hukuki anlayışı bakımından, tehlike

[170] ODMAN Tefik, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Bağlamında Halkı Askerlikten Soğutma Suçu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995, s. 31.

[171] ARTUÇ, s. 1582.

[172] 9. CD, Esas No. 2014/710, Karar No. 2014/12383, T. 09.12.2014, <https://karararama.Yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>. (Erişim Tarihi: 09.07.2021)

[173] SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara, 2020, s. 438.

[174] Karar için bkz. ARTUÇ, s. 1583.

[175] 16. CD, Esas No. 2015/2420, Karar No. 2015/1716, T. 04.06.2015, <https://karararama.yargitav.gov.tr/YargitavBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi: 09.07.2021).

suçu olduğunu ifade etmiştik. Sırf hareket suçlarına teşebbüs konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.^[176] Bir görüş,^[177] bu suçların teşebbüse elverişli olmadığını kabul ederken; bir diğer görüş,^[178] hareket parçalara bölünebildiği müddetçe teşebbüsü bu suçlar için de mümkün görmektedir. Pratikte gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olmakla birlikte, hareketin parçalara bölünebilir olduğu her durum için halkı askerlikten soğutma suçuna teşebbüsün mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Halkı askerlikten soğutma suçunun, teşvik veya telkin yoluyla işlenmesi, iştirake ilişkin bazı soruları akla gelmektedir. Suçun faili, ilgili başlıkta incelendiği için, burada iştirak kapsamında yalnızca, azmettiren ve yardım edenin sorumluluğu ele alınacaktır.

Suçta azmettirme, suç işleme kararı bulunmayan bir kişiye, suç işlemesi fikrinin telkin edilmesidir.^[179] Halkı askerlikten soğutma suçunun seçimlik hareketlerinden ilki, telkin etmedir. Dolayısıyla bir kimsenin, halkı askerlikten soğutma suçunun azmettirenini olabilmesi için, bir başka kimseyi, askerleri firara sevk edecek veya askerlik yapacakları bundan vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunması için telkin etmesi gerekmektedir. Ancak halkı askerlikten soğutma suçunun oluşması için, kişilerin firar etme veya askerlik yapmaktan vazgeçme neticesinin oluşması gerekmez. Azmettirenin sorumluluğunun doğabilmesi içinse suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir.^[180] Şu durumda, halkı askerlikten soğutma suçuna azmettirmeden sorumluluğun doğması için, azmettirilenin, halkı askerlikten soğutma suçuna ilişkin hareketleri gerçekleştirmesi gerekir. Azmettirilenin, bu hareketleri gerçekleştirmemesi halinde kanaatimizce, bir soyut tehlike suçu olarak halkı askerlikten soğutma

[176] Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZOCAK Gürkan, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara, 2018, s. 211-214.

[177] CENTEL Nur - ZAFER Hamide - ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul, 2020, s. 472.

[178] TOROSLU N. - TOROSLU H., s. 315; SOYASLAN, s. 346.

[179] DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir - BAYRAKTAR Köksal - KESKİN KIZIROĞLU Serap - ZAFER Hamide - MEMİŞ KARTAL Pınar - SINAR Hasan - ERMAN Barış - EROĞLU Fulya - ÖNOK Murat, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Der Yay., İstanbul, 2019, s. 832

[180] MAHMUTOĞLU Fatih S., "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 92.

suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluk doğmayacaktır.^[181]

Suçta iştirakin bir diğer biçimi yardım etmedir. Yardım etme, işlenecek suç için vasıta sağlama, suçun işlenmesi sırasında veya öncesinde yardım ederek işlenmesini kolaylaştırma şeklinde maddi nitelikte veya işlenecek suç için teşvik etme, suçtan sonra yardım etme vaadinde bulunma gibi manevi nitelikte olabilir.^[182] Halkı askerlikten soğutma suçunun diğer seçimlik hareketi teşvik etmedir. Şu durumda bir kişi, halkı askerlikten soğutma suçunu işlemek isteyen bir kişinin bu kararını, kendi fikirleriyle kuvvetlendirebilir; bu suçı işleyebileceği yolları gösterebilir; firar eden askerleri saklayabileceğini söyleyebilir. Bu kişinin, yardım niteliğinde iştiraktan sorumlu tutulabilmesi için, azmettirmede olduğu gibi, suçun en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir.^[183]

İçtima bakımından, zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilir. Zincirleme suçla ilişkin TCK md. 43/1 son cümle, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Yukarıda bahsedildiği gibi halkı askerlikten soğutma suçunun mağduru, doktrindeki görüş ayrılığı doğrultusunda, toplum veya toplumu oluşturan bireyler olarak kabul edilebilir. Her iki görüş de ister mağdur, toplum; isterse mağdur, toplumu oluşturan bireyler olarak kabul edilsin, bu suçlara zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindedir.^[184] Bu bakımdan, mağdurunu toplum olarak belirlediğimiz halkı askerlikten soğutma suçu veya nitelikli hali, tek suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda, birden fazla kez işlenirse; söz gelimi, suçla ilişkin teşvik

[181] Doktrinde, tehlike suçlarına azmettirmenin teşebbüs aşamasında kalması halinin cezalandırılması, suçun koruduğu hukuki menfaatin önemli olduğu ve gerçekleşmesi durumunda sonuçları ağır olan suçlar için mümkün görülmektedir. Bkz. İNCİ Özen Zekiye, “Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 10, 2020, s. 969, dn. 200. Kanaatimizce halkı askerlikten soğutma, doktrinel ve yargısal boyutta, ifade özgürlüğü çerçevesinde düşünülen ve bu bağlamda gerekliliği dahi tartışmalı bir suç olarak; doktrinde savunulan bu görüşe uymayan bir suçtur.

[182] CENTEL - ZAFER - ÇAKMUT, s. 505.

[183] ÇELEN Ömer, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yay., Ankara, 2020, s. 139.

[184] Konuyla ilgili görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 933-935.

veya telkin, önce belli kişilere, akabinde başka kişilere gerçekleştirilir, sonra buna ilişkin ifadeler sosyal medya hesabında paylaşılırsa halkı askerlikten soğutma suçu bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.

Halkı askerlikten soğutma suçunun, seçimlik hareketli suç olduğu ifade edilmişti. Seçimlik hareketli suçlarda zamanda ve hedefte birlik bulunması kaydıyla, hareketlerden birden fazlası yapılsa dahi tek suç oluşur.^[185] Bu nedenle fail, hitap ettiği bazı kişileri teşvik bazı kişileri telkin etse de tek halkı askerlikten soğutma suçu oluşacaktır.

SONUÇ

Kişi hak ve özgürlükleri sınırlı sayıda değildir. Çağın gerektirdiği yeni durum ve şartlar, yeni hak ve özgürlükler ortaya çıkartır. Vicdani ret de bu bağlamda, temelleri çok eskiye dayanıyor olmakla birlikte, 21. Yüzyıl açısından artık varlığı tartışılmayacak bir temel insan hakkı haline gelmiştir. Pasifizm, sivil itaatsizlik gibi türleri ezelden beridir var olan; sağlıktan, eğitime pek çok farklı görünümüyle ortaya çıkabilen vicdani itirazın, vicdani ret görünümüyle, en ihtiyaç duyulan alanda, askeriyede kabul edilmemesi, içinde bulunduğumuz zamana uymamaktadır.

Çalışmada değinildiği üzere, vicdani ret kapsamında açılan davalarda AİHM, 2011 yılına kadar, işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde değerlendirme yapmış; bu doğrultuda 2006 tarihli Ülke davasında işkence yasağından ihlal kararı vermiştir. 2011 tarihli Bayatyan kararıyla yeni bir içtihat oluşturan AİHM, vicdani ret kapsamında açılan davaların, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü uyarınca incelenmesi gerektiğini belirleyerek; 2012 tarihli Tarhan ve Savda davalarında bu kapsamda ihlal kararı vermiştir. Bu açıdan denebilir ki AİHM'in yerleşik içtihadıyla vicdani ret, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü uyarınca AİHS'e dahildir.

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile Amerika Birleşik Devletleri, bu konuda tam bir mutabakata varmışçasına ya profesyonel orduya geçmiş ya zorunlu askerlik yanında vicdani ret hakkı tanımış yahut bu ikisinin yanında alternatif sivil hizmet seçeneğini yıllar önce sunmuşlardır.

Türkiye'de vicdani ret kabul edilmediği gibi, zorunlu askerlik hizmetinin kaldırılması da henüz gündeme gelmemiştir; ancak çalışmada bahsi geçen sağlık yeteneği yönetmeliğine ilişkin açık ve örtülü hukuka aykırı-

[185] YALÇIN SANCAR, s. 250; ÖZBEK Veli Özer - DOĞAN Koray - BACAKSIZ Pinar, Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler), Seçkin Yay., Ankara, 2020, s. 148.

lıklar değiştirilerek uygulamada belli ölçüde iyileştirmeye gidilmiştir. Bezer şekilde, 1927 yılından beri uygulanan Askerlik Kanunu'nun 2019 yılında mülga edilerek yerine yeni Askerlik Kanunu'nun kabul edilmesi, kanun koyucunun, askerlik konusunda değişiklik yapma arzusunu gösterir niteliktedir.

Her ne kadar eskiye nazaran bir iyileşme olduğu söylene de bedelli askerlik, LGBTİ+ askerliği, vicdani ret ve askerliğin kendisine ilişkin sorunlar varlığını sürdürmektedir. “Her Türk, asker doğar ” miti, artık vadesini tamamlamış bir inanıştır ve kimse, asker doğmuş olmaya zorlanamaz. Her şey bir yana, her devletin kendine ait bir ordusu bulunmaktadır; asker doğduğunu düşünen, askerlik yapma arzusu bulunan her vatandaş, hayatını tıpkı bir avukat, doktor veya mühendis gibi bir meslek çeşidi olarak askerlik yaparak idame ettirebilme hakkına sahiptir. Bu durumda asker doğmadığına inanan kişilerin, orduya zorla alınmasında, toplumun, devletin ve ordunun, hiçbir faydası bulunmamaktadır. Dünyadaki eğilim de bu yöndedir. Bu nedenle zorunlu askerlik uygulamasından vazgeçilmesi; uygulamaya devam edilmesi durumunda, vicdani retçi statüsünün tanınması; vicdani redde dair bir düzenleme yapılmak istenmiyorsa, tüm askerlik yükümlülerine askerliğe alternatif sivil hizmet seçeneğinin sunulması gerekmektedir.

Halkı askerlikten soğutma suçu, vicdani retle yakından ilintilidir ve bu hükümden suç şüphesi altına girenler, çoğunlukla vicdani retçilerdir. Bu nedenle suçun unsurları, vicdani retle ilgili verilen bilgiler ve değinilen AİHM içtihatları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2013 yılında yapılan değişikliklerle suçtan, propaganda yapma hareketinin kaldırılması, kanuni tipin daralarak suçun oluşumunun zorlaşmasına ve kişilerin ifade özgürlüğü alanının genişlemesine sebep olduğu için yerindedir. Bu haliyle vicdani ret sunma veya vicdani retçi olmamakla birlikte vicdani ret taraftarı olma, bunu destekleyen ifadeler kullanma, basın yayın yoluyla buna ilişkin paylaşımlar yapma, halkı askerlikten soğutma suçunu oluşturmamaktadır. Bu durum, genel olarak kişi hak ve özgürlüklerinin alanının genişletilmesi bakımından bir adım oluşturması yanında; vicdani ret düşüncesinin gelişimi açısından da önemlidir. Zira, düşünce ve talepler paylaşıldıkça görünür hale gelecektir.

Suç, özel kastla işlenebilen bir soyut tehlike suçudur. Hareket, bir kişide askere gitmemeye veya askerden kaçmaya yönelik düşünce oluşturulması veya kişide mevcut fikrin desteklenmesiyle oluşmaktadır. Suçun maddi unsurunun düşünceler üzerinden gerçekleşmesi, AİHS m. 10 ifade

özgürlüğü; Anayasa m. 25 düşünce ve kanaat hürriyeti ile m. 26 düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti çerçevesinde değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Nitekim halkı askerlikten soğutma suçuna ilişkin, çalışmada paylaşılan kararlarda da mahkemelerin bu özgürlükler üzerinden hüküm verdiği görülmektedir.

Çalışmada yer verilen kararlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, 2013 değişikliği öncesi, yerel mahkemelerin, halkı askerlikten soğutma suçunun oluştuğuna yönelik hükümler verdiği ve Yargıtay'ın da çoğunlukla bunları onadığı görülmektedir.

Halkı askerlikten soğutma suçuna ilişkin ulaşılan çok fazla karar olmamakla birlikte erişilebilen ve çalışmanın uygun başlığında yer verilen kararlar, kronolojik sıralamayla şu şekilde özetlenebilir:

Mülga TCK uyarınca iki farklı davada hüküm verilen halkı askerlikten soğutma suçu cezasına 2006 yılında AİHM Ergin ve Düzgören davalarında, söylemlerin şiddet içermemesi nedeniyle ifade özgürlüğü kapsamında kaldığından bahisle ihlal kararı vermiştir.

2008 yılında yeni TCK'nın 2013 değişikliği öncesi, halkı askerlikten soğutma suçundan yerel mahkeme tarafından verilen hüküm Yargıtay'ca onanmış; 2016 yılında bu hükme, Savda Kararı'yla AİHM tarafından *Ergin ve Düzgören* kararlarındaki içtihat yönünde ihlal kararı verilmiştir.

2009 yılında halkı askerlikten soğutma suçundan verilen hüküm, Yargıtay tarafından bozulmuş; 2011 yılında bir kovuşturmaya yer olmadığı kararı; 2012 ve 2013 yıllarında yerel mahkemelerce beraat kararları verilmiştir. 2014 yılında verilen bir beraat kararı, Yargıtay'ca onanmıştır.

Bu bağlamda denilebilir ki, 2006'dan bu yana, halkı askerlikten soğutma suçundan hüküm verilen ve Yargıtay'ca onanan kararlarda, AİHM tarafından, şiddet içermediği müddetçe ifade özgürlüğünün var olduğu gerekçeyle ihlal kararı verilmektedir. AİHM'in bu konudaki içtihadı nettir. Buna binaen devam eden yıllarda, aynı gerekçeyle, yerel mahkemelerin çoğunlukla beraat kararı verdiği; suçun oluştuğu gerekçeyle hüküm veren yerel mahkeme kararlarının Yargıtay'ca ağırlıklı olarak ifade özgürlüğü bağlamında bozulduğu görülmektedir. Buna göre, halkı askerlikten soğutma suçu bakımından yerel mahkemeler ve Yargıtay'ın, AİHM içtihatlarına uyduğu, ifade özgürlüğünü geniş yorumladığı; bunun sonucu olarak halkı askerlikten soğutma suçunun uygulamada çok fazla yer işgal etmediği söylenebilir.

KAYNAKÇA

AKGÜL Ferda: “*Aklını ve Vicdanını Kullananlara Mektup*”, 2020, <https://giresungazete.net/aklini-ve-vicdanini-kullananlara-mektup/>, (Erişim Tarihi: 03.12.2020) .

AKYİĞİT Ercan: “*Bedelli Askerlikte Son Durum*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 163, 2020, s. 538-545.

AKYÜREK Salih: Zorunlu Askerlik ve Profesyonel Ordu, Bilge Adamlar Stratejik Araştırmalar Merkezi Yay., Ankara, 2010.

ALKAN Hilal - ZEYBEK Sezai Ozan: “*Citizenship and Objection to Military Service in Turkey*” in Routledge Handbook of Global Citizenship Studies, Taylor&Francis Group, London and New York, 2014, s. 466-476.

ALTINAY Ayşe Gül: “*Künye Bellemeyen Kezbanlar: Kadın Redçiler Neyi Reddediyorlar?*” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 113-133.

ALTINAY Ayşe Gül: “*Tabulaşan Ordu, Yok Sayılan Militarizm Türkiye’de Metodolojik Militarizm Üzerine Notlar*”, 2009, s. 1245-1257, <http://research.sabanciuniv.edu/13503/1/TabulasanOrdu.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

ALTINAY Ayşe Gül - BORA Tanıl: “*Ordu, Militarizm ve Milliyetçilik*”, 2002, s. 140-154, <http://research.sabanciuniv.edu/984/1/OrduMilitarizmveMillivetcilik.pdf>. (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

AMERİKAN PSİKİYATRİ BİRLİĞİ: DSM-5 Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı (Çev. Ertuğrul KÖROĞLU), Hekimler Yayın Birliği, Ankara, 2013.

ARNESON Richard J. - SHAPIRO Ian: “*Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of Wisconsin v. Yoder*”, Political Order, American Society for Political and Legal Philosophy, Vol. 38, 1996, s. 365-411.

ARSLAN ERTÜRK Arzu: “*7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, 2019, s. 781-807.

ARTUÇ Mustafa: Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yay., Ankara, 2019.

ASKEVIS LEHERPEUXA Françoise - DE LA CHENELIEREA Marie - BALEIGEA Antoine - CHOUCHANEA Sarah - JEANNE MARTINC Marie - ROBLES GARCIAE Rebeca - FRESANE Ana - QUACHA Alexandre - STONAA Anne Claire - REEDE Geoffrey - ROELANDTA Jean Luc: “*Why and How to Support Depsychiatrisation of Adult Transidentity in ICD-11: A French Study*”, European Psychiatry, Vol. 59, 2019, s. 8-14.

ATAÇ Ömer - AKER Alp: “*Aşı Karşıtlığı*”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. İlkbahar, 2014, s. 42-47.

BAŞKENT Can: Vicdani Ret Açıklamaları Almanacağı (1989-2010), Propaganda Yay., 2011. BAŞKENT Can: Vicdani Ret Yazıları, Federe Yay., İstanbul, 2010.

BOYLE Kevin: “*Uluslararası Hukukta Vicdani Ret ve Osman Murat Ülke Davası*” (Çev. Defne ORHUN), içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 273-289.

BRÖCKLING Ulrich: “*Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Ret*” (Çev. Osman Murat ÜLKE), içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 69-78.

CEBRE Ayvaz: “*Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, 2016, s. 287-319.

CENTEL Nur - ZAFER Hamide - ÇAKMUT Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yay., İstanbul, 2020.

ÇAKSU Ali: “*Aristoteles ve Adil Savaş Çağrısı*”, Felsefe Dünyası, C. 2, S. 54, Ankara, 2011, s. 53-70.

ÇELEN Ömer: Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı), Adalet Yay., Ankara, 2020.

ÇETİN Nagihan: “*Türk Töresinde Askerliğin Yeri ve Türkiye’de Askerliğe Bakış Açısında Meydana Gelen Değişmeler*”, Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 1, 2018, s. 161175.

ÇINAR Özgür Heval: “*Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Ret Hakkına Genel Bir Bakış*” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 235-246.

ÇINAR Özgür Heval: “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde, Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret”, TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 106, s. 94-108.

DAVIES Dominic: “Cinsel Yönelim” (Çev. Gökçe Elif SARIDOĞAN), 2012, s. 1-6, http://www.pinktherapy.com/portals/0/downloadables/Translations/TUR_SexualOrientation.pdf (Erişim Tarihi: 04.12.2020).

DEMİR Hande Seher: “Vicdani Ret Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2011, s. 241-283. DEMİRAĞ Fahrettin: Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Seçkin Yay., Ankara, 2020.

DÖNMEZ Gökhan: “Demokrasi İndeksine Göre (2018) Bazı Dünya Ülkelerindeki Vicdani Ret Uygulama Örnekleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1681-1709.

DÖNMEZ Volkan - DÖNMEZ Gökhan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Türkiye’nin Vicdani Ret Pratiği, Adalet Yay., Ankara, 2018.

DÖNMEZER Sulhi - ERMAN Sahir - BAYRAKTAR Köksal - KESKİN KİZİROĞLU Serap - ZAFER Hamide - MEMİŞ KARTAL Pınar - SINAR Hasan - ERMAN Barış - EROĞLU Fulya - ÖNOK Murat: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Der Yay., İstanbul, 2019.

DRESCHER Jack: “Out of DSM: Depathologizing Homosexuality”, Behavioral Sciences, Vol. 5, N. 4, Switzerland 2015, s. 565-575.

DURGUN Doğu: “Ses, Sessizlik ve Politik Faillik: Türkiye’de ve İsrail’de Antimilitarizmin Cinsel Politikası”, Kültür ve Siyasette Feminist Yaklaşımlar Dergisi, S. 39-40, 2020, s. 57-76. EREN Abdurrahman: “Türk Hukukunda Vicdani Red”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, 2006, s. 103-130.

ESMER Barış: Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret, Propaganda Yay., 2012.

GÖKTÜRK Gülay: “Vicdani Redde Hayır!”, Bugün Gazetesi, 2006, <http://www.habervitrini.com/gulav-gokturkten-vicdani-redde-havir/713832#>. (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

GÜNER Agah Oktay: “Ordumuz ve Acı Gerçekler”, 2017, <https://www.venicagazetesi.com.tr/ordumuz-ve-aci-gercekler-43334vv.htm>. (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

GÜRCAN Ertuğrul Cenk: “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (mı)?”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 1, 2007, s. 89111.

GÜRGEN Haluk, “Propaganda”, Kurgu Dergisi, C. 8, S. 2, 1990, s. 135-157.

GÜZEL Hasan Celal: “Bedelli Askerlik Yanlıştır”, 2011, <https://www.sabah.com.tr/vazarlar/guzel/2011/11/05/bedelli-askerlik-vanlistir>. (Erişim Tarihi: 03.12.2020).

HAFIZOĞULLARI Zeki: “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Laiklik, Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti”, Ankara Barosu Dergisi, C. 1, 2012, s. 165-175.

HAFIZOĞULLARI Zeki - ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara, 2018.

İŞIKLAR Celal: Dünyada ve Türk Hukukunda Zorunlu Askerlik ve Vicdani Ret, Adalet Yay., Ankara, 2011.

İŞIKLAR Celal: “Günümüz Türkiye’sinde Ordunun Askeralma Sisteminin Korunması Meselesi ve Milli Devlet (Ulus-Devlet) Anlayışı ile İlgisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 797-822.

İNÇİ Özen Zekiye: “Alman Ceza Kanunu m. 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 10, 2020, s. 913-980.

İLHAN Suat: “Askerliğin Kültürümüzdeki Yeri”, Erdem, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C. 5, S. 14, s. 349-363.

KARAN Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, On İki Levha Yay., İstanbul, 2017.

KATOĞLU Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 61, 2012, s. 657-693.

KIRIT Emrah - GÜNEL Reşat Volkan: Ulusal ve Uluslararası Hukukta Vicdani Ret, Türkiye’nin Hukuk Sorunları: 1, İstanbul, 2006.

KUTLU Hüseyin Haydar - ALTINDIŞ Mustafa: “Aşı Karşıtlığı”, Flora Dergisi, C. 2, S. 23, 2018, s. 47-58.

LIPPMAN Matthew: “The Recognition of Conscientious Objection to Military Service as an International Human Right”, California Western International Law Journal, Vol. 21, N. 31, 1990, s. 31-66.

MAHMUTOĞLU Fatih S.: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57-112.

MAHMUTOĞLU Fatih S.: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57-112.

MIZRAK Dilan: Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008.

MOSKOS Charles C. - CHAMBERS II John Whiteclay: “The Secularization of Conscience”, in The New Conscientious Objection From Sacred to Secular Resistance, Oxford University Press, 1993, s. 3-20.

MUTLU Erdem İlker: “Uluslararası Hukuk ve Vicdani Ret I: Ruhani İnanç-Kamusal Yükümlülük Dengesinde Vicdani Ret Ulusal Sorunsalının Uluslararasılaşması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, s. 27-48.

NAL Sabahattin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 57, S. 4, 2002, s. 65-93.

NAL Sabahattin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 7, S. 13, 2010, s. 253-274.

NİŞANCI Şükrü: Sivil İtaatsizlik: İyi Vatandaş Olmak Mı İyi İnsan Olmak Mı?, Etkileşim Yay., İstanbul, 2013.

ODMAN Tevfik: “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Bağlamında Halkı Askerlikten Soğutma Suçu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995, s. 22-33.

O'NEIL Mary Lou - ALTUNTAŞ Deniz - KESKİN Alara Şevval: Yasal Ancak Ulaşılabilir Değil: Türkiye'deki Kamu Hastanelerinde Kürtaj Hizmetleri - 2020, Kadir Has Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Araştırma Merkezi, 2020.

ÖKÇESİZ Hayrettin: Sivil İtaatsizlik, Afa Yay., İstanbul, 1994.

ÖZBEK Veli Özer - DOĞAN Koray - BACAKSIZ Pınar: Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler), Seçkin Yay., Ankara, 2020.

ÖZDEMİR Mehmet Lütfü: “İslam ve Militarizm”, 2014, <https://vicdaniret.org/islam-ve-militarizm-m-lutfu-ozdemir/>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

ÖZDEMİR Nadire: “AİHM Büyük Daire Bayatyan/Ermenistan Davası”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2011, s. 211-246.

ÖZEN Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay., Ankara, 2019.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2020.

ÖZGÜN Cengiz: “Türkiye'nin Askerlik Sisteminin Tarihsel Süreç Bağlamında İncelenmesi”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 4, 2017, s. 51-90.

ÖZCAK Gürkan: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yay., Ankara, 2018. SANCAR Serpil: “Vicdani Ret ve Eril Şiddet” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 135-142.

SCHNEIDER Friedhelm: “Vicdani Ret Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet” (Çev. Mayıs İnan ARU) içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 267-272.

SEMİZ Yasemin: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret, Seçkin Yay., Ankara, 2010.

SERT Gürkan: “Örnek Vakalar ile Üreme Sağlığı ve Cinsel Sağlık Hakları ile İlgili Etik-Hukuksal İkilemler” içinde II. Tıp Hukuku Günleri Adli Jinekoloji ve Obstetrik, İstanbul, 2012, s. 105-116.

SEVGİLİ Ebru: Sosyolojik Kuramda Yapı-Fail Sorunu ve Vicdani Ret, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015.

SEVİNÇ Murat: “*Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 61, 2006, s. 297-322.

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara, 2020.

SPECK Andreas: “*Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Savaş Karşısı Uluslararası Hareket İçinde Red*”, Birikim Dergisi, S. 207, 2007, <https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-207-temmuz-2006-sayi-207-temmuz-2006/2390/dunyada-cagdas-red-ve-red-hareketlerinin-ana-hatlari-savas-karsiti-uluslararasi-hareket-icinde-red/6001>, (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

SPECK Andreas: “*Support Antimilitarists in Turkey*”, The Broken Rifle, No. 76, 2007, https://www.wri-irg.org/sites/default/files/public_files/br76-en.pdf. (Erişim Tarihi: 04.12.2020).

TOKER Nilgün: “*Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme*” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 79-93.

TOROSLU Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, AÜHFY, No. 273, Sevinç Mat., Ankara, 1970.

TOROSLU Nevzat - TOROSLU Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2019. ÜSTERCİ Coşkun - YORULMAZ Uğur: “*Türkiye’de Vicdani Ret*” içinde Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yay., İstanbul, 2008, s. 217-231. YALÇIN SANCAR Türkan: “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 70, 2007, s. 244-259.

YILMAZ Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., Ankara, 2005.

YILMAZ Halit: “*Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 4, 2004, s. 375-430.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

- <https://bianet.org>
<http://www.diken.com.tr>
<https://birikimdergisi.com>
<https://www.echr.coe.int>
<https://books.google.com.tr>
<https://www.haberturk.com>
<https://giresungazete.net>
<http://www.habervitrini.com>
<https://hudoc.echr.coe.int/>
<https://www.hurriyet.com.tr>
<https://icd.who.int>
<http://www.kararlarveni,anavasa.gov.tr>
<http://ihuam.ankara.edu.tr>
<https://www.kazanci.com.tr/>
<https://kaosgl.org>
<https://www.mevzuat.gov.tr/>
<https://karararama.vargitav.gov.tr>
<https://www.millivet.com.tr>
<https://legalbank.net/>
<http://www.pinktherapv.com>
<http://research.sabanciuniv.edu>
<https://www.resmigazete.gov.tr/>
<https://serkancengiz.av.tr>
<http://www.radikal.com.tr>

<https://supreme.justia.com>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://vicdaniret.org>

<https://www.sabah.com.tr>

<https://www.anavasa.gen.tr>

<https://www.stgm.org.tr>

<https://www.bbc.co.uk>

<https://www.turcademv.com/tr>

<https://www.birgun.net>

<https://www.wri-irg.org>

<https://www.demokrathaber.org>

<https://www.venicaggazetesi.com.tr>

Adi Ortaklıklarda Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Durumunda Haklı Sebepçe Çıkarma Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi

Av. Dr. Sarp ŞAHANKAYA*

Makalenin Geliş Tarihi: 29.03.2021 **Kabul Tarihi:** 11.06.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.978852](https://doi.org/10.30915/abd.978852)

* Avukat, Ankara Barosu. <https://orcid.org/0000-0002-3906-6977>

ADİ ORTAKLIKLARDA SÖZLEŞMEDE HÜKÜM BULUNMAMASI DURUMUNDA HAKLI SEBEPLE ÇIKARMA YAPILIP YAPILAMAYACAĞI MESELESİ

ÖZ

Adi ortaklıklarda bir ortağın çıkarılması, çıkma ile birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 633.maddesinde ele alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu 'nda adi ortaklıklarda ortağın çıkarılması ve çıkarılması kuramlarına yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu 'nun bu hükmü Alman Medeni Kanunu'nun çıkmaya ilişkin 736.maddesi ve ortağı çıkarmaya ilişkin 737.maddesinin tek madde olarak birleştirilmiş halidir. Buna karşılık; mehz Alman Medeni Kanunu'nda yer verilen tek çıkarma sebebi olan "bir ortak şahsında haklı sebep gerçekleşmesine" TBK m. 633'te yer verilmemiştir. Diğer yandan; Alman Medeni Kanunu'nda bizden farklı olarak haklı sebeple fesih mahkeme kararı ile yapılmamaktadır ve bu hususun da yapılacak değerlendirmede göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu çalışmada bir ortak özeğinde haklı sebep gerçekleştiğinde çıkarma yapılıp yapılmayacağı ve hangi usulün benimsenmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Adi Ortaklık

Çıkarma

Haklı Sebep

Türk Borçlar Kanunu 633. madde

Haklı Sebeple Fesih

THE ISSUE OF EXCLUSION OF A PARTNER WITH JUST CAUSES IN ABSENCE OF CONTRACTUAL AGREEMENT AT ORDINARY PARTNERSHIPS

ABSTRACT

The exclusion of a partner -with withdrawal of a partner - in ordinary partnerships are discussed in Turkish Code of Obligations Article 633. Swiss Code of Obligations do not involve a provision about withdrawal and exclusion of a partner in ordinary partnerships. This provision of Turkish Code of Obligations is unified version of German Civil Code Article 736 - which concerns withdrawal - and Article 737, which concerns exclusion of a partner. Correspondingly; the only exclusion reason determined in source German Civil Code article which is “ occurring of a partner related just cause ” is not featured in Turkish Code of Obligations Article 633. Additionally; -differently from our provisions-termination of ordinary partnership with just causes does not take effect with a court decision in German Civil Code and this fact must be considered in this discussion. In this article we analyze if it is possible to exclude a partner when partner related just cause happens and which method should be accepted.

Keywords:

Ordinary Partnership

Exclusion

Just Cause

Turkish Code of Obligations Article 633

Termination with Just Cause

GİRİŞ

Bu çalışmada; hukukumuzda adi ortaklıklarda, ortağın şahsında haklı sebep gerçekleştiğinde ve sözleşmede Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 633.maddesinde belirtilen devam hükmü bulunmadığında çıkarma yapıp yapılamayacağı incelenecektir.

TBK m. 633; “Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan çıkabilir veya diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir” ifadelerini hazırlar.

TBK m. 633 hükmü; Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 736. ve 737. maddelerinden alınmıştır (TBK m. 633 gerekçesi). BGB § 736, adi ortaklıktan çıkmaya ilişkindir ve bu hükümde çıkma sebepleri bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, ölümü veya iflas etmesi şeklinde sayılmıştır. BGB § 737 ise kalan ortakların, şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağı çıkarmasını ele almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 633.maddesinde haklı sebep yaratan ortağın adi ortaklıktan çıkarılması hakkında bir ifadeye yer verilmemektedir. TBK ile mehz BGB § 736 ve 737'nin tek hüküm olarak birleştirilmesi amaçlanmış, BGB § 737'deki yegane çıkarma sebebine - bir ortak şahsında haklı sebep doğması - TBK m. 633'te yer verilmemiştir. Haklı sebep yaratan ortağın çıkarılmasına yer verilmemesi “unutma” sonucu, bilinçli olmayan bir tercih olarak nitelenmiştir.^[1] TBK m. 633 hükmünün, BGB § 737'nin temel felsefesini yansıtmadığı yönünde de eleştiri yapılmaktadır.^[2]

- [1] KARAHAN, S./AKIN, M.Y. (2013). Şirketler Hukuku. (2.Baskı). Konya. Mimoza Yayınları, s.83 ve aynı sayfadaki 2 numaralı atıf. HIZIR; haklı sebeple fesih istemi ile mahkemeye başvuran ortağın çıkarılması konusunda dayanak olmadığını belirtmektedir. (HIZIR, S. (2011). “6098 Sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu'nun 633'üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”. Sarper Süzek'e Armağan. İstanbul. Beta Yayınları, s.2837.) Yazar; 633.maddede zikredilenler dışındaki sebeplerin ancak sözleşmede açıkça belirtilmesi durumunda çıkarmaya vesile olabileceğini de belirtmektedir (s.2831).
- [2] TÜRKMEN, E. (2018). “Adi Ortaklıkta Haklı Sebepçe Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükümüne Eleştirel Bir Bakış”. Terazi Hukuk Dergisi Cilt:13 Sayı:148. Ankara. Seçkin Yayınları, s.91.

Adi ortaklıktan çıkma-çıkarma hükümlerinin BGB'den alınması; adi ortaklığa ilişkin kalan hükümlerin - özellikle haklı sebeple fesih hükmünün- ise İsviçre Borçlar Kanunu'ndan (OR) alınması da karışıklığa sebebiyet vermektedir. TBK'nin adi ortaklık konusunda farklı ülke kanunlarını karma şekilde mehz alma tercihi, Alman ve İsviçre hukuklarının çıkma-çıkarma konusundaki ayrı ve farklı anlayışları nedeniyle sorun yaratmaktadır. İki ülkenin mevzuatı ve kanun sistematiikleri birbirinden farklıdır. İki ülkenin hukuku da kendi kanun düzenlerinde, birbirini tamamlayan ve kendi içerisinde çelişmeyen bir sistem ortaya koyabilmektedir. TBK ise bu konuda bir nevi iki farklı kanun sistemini birleştirmeye çalıştığı için net ve birbiri ile uyumlu bir düzen ortaya koyamamaktadır.

1- Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeple Çıkarma Konusunda Kanun Boşluğu Olup Olmadığının Tespiti

İlk aşamada; haklı sebeple çıkarma^[3] konusunda hüküm bulunmaması üzerinde durulmalıdır. Bu konu doktrinimizde de ele alınmıştır. ÇELİKBOYA, haklı sebebe yol açan ortağın çıkartılması konusunda bir hukuk boşluğu bulunduğunu belirtmektedir ve Kanunumuzda haklı sebeple fesih ve ortaklıktan çıkarma kurumları ayrı ayrı bulunurken haklı sebebe yol açan ortağın çıkarılmasını engelleyen bir yorum yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu noktada TMK m. 1 uyarınca hukukî boşluğun hâkim tarafından doldurulacağı ve kıyas yapılırken TTK m. 255 değil doğrudan adi ortaklık için sevk edilmiş TBK m. 633'ün haklı sebep oluşturan ortağa karşı uygulanması gerektiğini belirtmektedir.^[4] ÇELİK, bu konuda 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (BK) döneminde kanun boşluğu bulunduğu ve kolektif şirketlere ait hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki görüşü belirterek; TBK döneminde sözleşmede hüküm bulunmayan durumlarda haklı sebeple ortaklıktan çıkarma kurumunun işletilmesinin güçleştiğini çünkü artık kanun boşluğu bulunmadığını ileri sürmektedir.^[5] BADAĞ

[3] Haklı sebeple çıkarma; bir ortağı rızası olmaksızın ortaklıktan ayırmak anlamına gelmektedir. Kanunda belirtilen çıkarma sebepleri, ortaklığın devamını tehlikeye düşüren hallerdir. (ÇAMOĞLU, E. (1976). Kolektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması. İstanbul. Fakülteler Matbaası, s.125.)

[4] ÇELİKBOYA, K. (2015). "Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları". Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Sayı:2015/2. İstanbul. Beta Yayınları, s.221.

ÇELİKBOYA'nın açıklamalarından adi ortaklıklarda bir ortağın haklı sebeple çıkarılması için ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunması ve ortakların karar alması gerektiğini anlıyoruz.

[5] ÇELİK, A. (2017). Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma. (4.Baskı). Ankara.

AYBAR da benzer yönde; sözleşmede hüküm bulunmayan durumlarda haklı sebeple çıkarma yapılamayacağını ve kollektif şirket hükümlerinin kıyasen uygulanamayacağını çünkü TBK'nin ortaklıktan çıkarma kurumunu düzenlemesi nedeniyle artık bir kanun boşluğu bulunmadığını ileri sürmektedir.^[6] KARAYALÇIN, BK döneminde, kollektif şirket hükümlerinin kıyasen uygulanmasından ziyade haklı sebeple feshe nazaran daha hafif yaptırım olan ortaklıktan çıkarmanın mahkemeden talep edilebileceğini dile getirmiştir.^[7] KARAHAN/AKIN ise adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarma konusunda boşluk bulunduğunu belirterek, kanun koyucunun diğer şirket türleri açısından tanıdığı bu imkânı adi ortaklıklarda tanınamasının mantıklı olmadığına vurgu yaparak TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanarak boşluğun doldurulabileceğini ileri sürmektedir.^[8]

Kanun boşluğu; kanunun lafzından bir konunun çözümü için hüküm çıkmaması ve yapılan yorum ile eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenemesidir. Başka bir deyişle; bu durumda yapılması gereken kanunî düzenlemenin yapılmamış olması söz konusudur.^[9] Kanunda gerçekten boşluk olup olmadığının belirlenebilmesi için kanunun bütün olarak yorumlanması gerekir. Hâkim, kanunun bu konuyu düzenlemekten bilinçli olarak imtina ettiği kanaatinde olursa kanun boşluğu olmadığı sonucuna varacaktır.^[10] Adi ortaklıklarda haklı sebeple çıkarma konusunda boşluk

Seçkin Yayınları, s.72.

Eski Kanun döneminde kanun boşluğu bulunduğu yönünde başka bir tespit için; AKKANAT, H. (2004). "Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?", İÜHF, C. LXII, S.1-2, İstanbul, s.336 vd.

[6] BADAĞ AYBAR, Z. (2013). "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler". İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12 Sayı:24 Güz 2013/2. İstanbul, s.140.

[7] KARAYALÇIN, s.152-153

[8] KARAHAN/AKIN, s.83.

[9] FORTMOSER, P./VOGT, H. (2008). Einführung in das Recht. (4. Auflage). Bern. Stampfli Verlag, s.406 vd.; AKTAŞ, S. (2010). "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı". Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, S. 1-2. Erzincan, s.16 (http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2010-XIV_1-1.pdf. Erişim Tarihi: 20.07.2020); BERGER, B. (2018). Allgemeines Schuldrecht. (3. Auflage). Bern. Stampfli Verlag, s.35 vd.; EDİS, S. (1993). Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. (4.Baskı). Ankara. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.121.

[10] FORTMOSER/VOGT, s.407-408.

Kanun boşluğu hüküm bulunmamasından veya hükmün somut olaya uygulanmasından belirsiz, açık olmayan sonuç vermesinden kaynaklanmaktadır. İlki praeter

olup olmadığı konusunda ilk olarak düşünülmesi gereken adi ortaklıklarda haklı sebepler vuku bulduğunda ortaklıktan çıkarmaya nazaran daha sert bir yaptırım olan feshin zaten Kanunla tanındığı olmalıdır. Ayrıca mevzuatımızda başta kollektif şirketler olmak üzere diğer ortaklık türleri için haklı sebeple ortağın çıkarılması kurumu düzenlenmiştir. Kollektif şirketlerde bir ortağın haklı sebeple çıkarılmasını ele alan TTK m. 255'in gerekçesinde de açık şekilde; ortaklıktan çıkarmanın şahıs şirketi olmanın doğasından kaynaklanan bir kurum olduğu ifade edilmektedir^[11]. Bu gerekçe adi ortaklıklar açısından doğrudan geçerli olabilecektir. Mehaz Alman hukuku mevzuat olarak (BGB § 737); İsviçre hukuku ise doktrinde dile getirilen görüşler nazara alındığında adi ortaklıklarda haklı sebeple ortağın çıkarılması için elverişlidir (aşağıda İsviçre doktrini ve uygulamasına ilişkin açıklamalara detaylı şekilde yer verilecektir) . Genel hukukî bakış açısı bu şekilde iken kanun koyucumuzun adi ortaklıklarda haklı sebeple ortaklıktan çıkarma yapılmasına karşı olduğunu düşünmek mantıklı değildir. Adi ortaklıklarda haklı sebeple ortağın çıkarılmasının açık şekilde düzenlenmemiş olması kanun koyucunun bu imkânı bilinçli olarak vermek istemediğini göstermemektedir. TBK'de adi ortaklıktan çıkarma kurumunun haklı sebepler zikredilmeksizin farklı sebepler belirtilerek düzenlenmiş olması çıkarmanın haklı sebeple yapılması konusunda boşluk bulunduğu anlamına gelmektedir.

Adi ortaklıklarda haklı sebeple çıkarma konusunda mevzuatımızda kanun boşluğu bulunduğu tespitini yaptıktan sonra ikinci aşamada bu boşluğun nasıl doldurulacağı üzerine yoğunlaşmak gerekir. Kanun boşluğu söz konusu olduğunda TMK m. 1 yol göstermektedir. Hâkim, bir konu hakkında kanunda ve örf ve adet kurallarında hüküm bulunmayan du-

legem boşluk; ikincisi ise intra legem boşluk olarak anılmaktadır (FORTMOSER/VOGT, s.420-421).

- [11] TTK m. 255/I Gerekçe; "6762 sayılı Kanununun 197 nci maddesinin birinci fıkrasında "mukavelede hüküm bulunduğu takdirde" ibaresi iki şekilde yorumlanmaya müsaittir. Bir yoruma göre, şirket sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde, diğer ortaklar, kişiliğinde haklı sebep doğan ortağı bir kararla şirketten çıkarabilir. İkinci yorum uyarınca, diğer ortakların şahsında haklı sebep doğan ortağı şirketten çıkarma hakkı doğaldır. Bu yetkinin doğallığı kollektif şirketin şahıs şirketi niteliğinden kaynaklanır. Onun için, söz konusu hakkın şirket sözleşmesinde bulunması şart değildir. Şirket sözleşmesinde böyle bir düzenleme bulunmasa bile şirket mezkûr ortağı şirketten çıkarabilir. Düzenleme çıkarma kararının hangi nisapla alınması gerektiği hususunda yapılabilir. Karar, kural olarak oybirliği ile alınmalıdır; ancak şirket sözleşmesinde hüküm varsa çoğunlukla da alınabilir. Yargıtay, haklı olarak ikinci yorumu benimsemiştir. Tasarı, birinci fıkrayı bu yoruma uygun olarak düzenlemiştir."

rumlarda hukuk yaratmak ile mükelleftir. Hâkim kural koyarken benzer kanun hükümlerinden kıyas yolu ile istifade edebilir.^[12] Buna uygun olarak doktrinimizde; TBK m. 633'de zikredilmeyen haklı sebeple çıkarma konusunun TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanması ile çözüme kavuşturulabileceği öne sürülmektedir.^[13] DOMANIÇ bu konuya ilişkin; haklı sebeple çıkarma yapılmasının evleviyet gereği mümkün olduğunu ileri sürmektedir.^[14] KARAYALÇIN da; ortağın şahsına ait sebeplerden dolayı ortaklığın feshi yerine ondan daha hafif ve ortaklık menfaatine uygun olan çıkarma yaptırımının uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazar, mahkemenin TMK m. 1 hükmünü uygulayarak bu sonuca varabileceğini ileri sürmektedir.^[15] TÜRKMEN, kanun koyucunun ihmalden kaynaklanan bir kanun boşluğu bulunduğunu belirterek şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın çıkarılması ve ortaklığın fesih/tasfiyeden korunması noktasında fırsatın kaçırıldığını öne sürmektedir. Ayrıca haklı sebeple fesih imkânı kanun tarafından tanınmış iken haklı sebeple çıkarmanın esirgenmemesi gerektiğini belirterek TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır.^[16]

[12] BİLGE, N. (2019). Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları. (36. Baskı). Ankara. Turhan Kitabevi, s.216-217; GÖZLER, K. (2020). Hukuka Giriş. (17.Baskı). Bursa. Ekin Basın Yayın Dağıtım, s.400 vd.; FORTMOSER/VOGT, s.409.

Hâkimin kanun boşluğunu doldurması, kanun maddesinin yorumlanması sonuç vermediğinde devreye girmektedir.

[13] ŞENER, O.H. (2019). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı. (4.Baskı). Ankara. Seçkin Yayıncılık, s.70-71; KARAHAN/AKIN, s.83.

ŞENER, ortaklık sözleşmesinde yer almasa dahi başka (haklı) sebeplerle çıkarma yapılmasını tartışmıştır. Bu açıklamalarında konkordato durumunu örnek vererek haklı sebeple feshin istenebileceğini ancak TTK m. 255 hükmünün kıyasen uygulanması ile bu durumda ortağın çıkarılmasının da olanaklı olması gerektiğini savunmuştur. Açıklamalarının devamında ise bu durumda dahi ortaklık sözleşmesinde ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir (ŞENER, s.69-70).

[14] DOMANIÇ, H. (1968). Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler. (2.Baskı). İstanbul. Fakülteler Matbaası, s.44.

[15] KARAYALÇIN, Y. (1972). Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku. (2.Baskı). Ankara. Sevinç Matbaası, s. 152-153.

Kanunda bu imkân açık şekilde tanınmasa da aksi yönde yani hâkim kararı ile ortaklıktan çıkarma yapılamayacağı yönünde de hüküm bulunmadığı gerekçesiyle de bu görüş savunulmaktadır (AKYAZAN, S. (1979). Kollektif, Komandit ve Adi Ortaklıklardan Oluşan Şahıs Şirketlerinde, Ortaklığın Fesih ve İnfisalı ve Ortaklıktan Çıkarma. Ankara Barosu Dergisi Yıl:1979 Sayı:5. Ankara, s.20).

[16] TÜRKMEN, s.90 vd.

2- Kıyasen Uygulanabileceği İleri Sürülen TTK m. 255 Hükümünün İncelenmesi ve Uygunluğu

Doktrinimizde adi ortaklıklarda haklı sebeple çıkarma yapılması açısından kıyasen uygulanabileceği ileri sürülen TTK m. 255 hükmü için bu aşamada bir parantez açmak ve hükmü merccek altına almak gerekir. Hükmün ilk fıkrası; *“Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir.”* şeklindedir. Bu hükme göre; kollektif şirketlerde ortaklıktan çıkarma, sözleşmede hüküm bulunmasa dahi kalan ortakların kararı ile yapılabilir. TBK m. 633 ise ortakların kararı ile çıkarma yapılabilmesi için sözleşmede hüküm bulunması şartını aramaktadır. Ayrıca; TTK m. 255 hükmü kafa karıştırmaya müsaittir çünkü ortaklıktan çıkarma yapılması en temelde bir sözleşme değişikliğidir. TTK m. 226/II; *“Şirket sözleşmesinin her ne şekilde olursa olsun değiştirilmesine ilişkin kararlar oybirliğiyle, diğer kararlar ise, kanunda veya şirket sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, ortakların çoğunluğunun oylarıyla verilir.”* ifadeleri ile kollektif şirketlerde sözleşme değişikliği bakımından tüm ortakların oybirliği gerektiğini açık şekilde ifade etmektedir. TTK m. 255’in gerekçesinde de; *“Şirket sözleşmesinde böyle bir düzenleme bulunmasa bile şirket mezkûr ortağı şirketten çıkarabilir. Düzenleme çıkarma kararının hangi nisapla alınması gerektiği hususunda yapılabilir. Karar, kural olarak oybirliği ile alınmalıdır; ...”* ifadelerine yer verilmiştir. Çıkarılacak ortağın bu konuda karara katılmayacağı ise açıktır. Haklı sebebin vuku bulması TTK m. 245 uyarınca sona erme sebebidir. Bu sona erme sebebinin çıkarma sebebi de olabilmesi için sözleşme hükmü gereklidir; sözleşme hükmü yok ise sözleşme değiştirilmelidir; sözleşme ise oybirliği ile değiştirilebilmektedir ve *“diğer ortakların tümü”* bu değişiklik için yeterli değildir. Bu açıdan bakıldığında bu hüküm hem şahıs şirketlerinin temel ilkeleri ile hem de açık şekilde sözleşmede hüküm bulunması gerektiğini belirten TBK m. 633 hükmü ile çelişmektedir ve bu nedenle adi ortaklıklara doğrudan uygulanması kanaatimizce mümkün değildir. Alman ve İsviçre hukuklarındaki kollektif şirketlere ilişkin aynı konudaki düzenlemelerde kalan ortakların dava açması gerektiği görülmektedir (HGB § 140 ve OR § 577). Bizce de kendi içerisinde mantıklı ve uygun olan yöntem budur. Adi ortaklıklar açısından TBK m. 633 bu konuda kendi içerisinde bütünlük arz etmektedir çünkü *“sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine*

TÜRKMEN, bir ortağın hatalı davranışı yüzünden adi ortaklığı tasfiyeye sürüklememek gerektiğini; ayrıca ortaklara sadece fesih hakkının verilmesinin şahsında haklı sebebi doğuran ortağı bir nevi ödüllendirmek olduğunu dile getirmektedir (TÜRKMEN, s.93).

ilişkin bir hüküm varsa... diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir” şeklindedir. TBK m. 633 hükmünde kalan ortaklar tarafından çıkarma yapılabilmesi sözleşmede hüküm bulunması şartına bağlanmış iken TTK m. 255/I hükmünün doğrudan uygulanması bizce mümkün değildir çünkü adi ortaklıklar açısından kanun koyucunun iradesi diğer ortaklar tarafından çıkarma yapılabilmesi için sözleşme hükmü bulunması gerektiği yönündedir. TTK m. 255/I’de yer verilen usûlün benimsenmesi TBK m. 633’ün göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Sözleşmede hüküm bulunmuyor ve ortakların kararı ile çıkarma yapılamıyor ise eldeki seçenek mahkeme kararı olmalıdır ve “Birinci fıkra uyarınca çıkarma kararı alınmadığı takdirde, her ortak, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden söz konusu ortağın şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir” ifadelerini haiz TTK m. 255’in üçüncü fıkrası gündeme gelmektedir. Bizce; TTK m. 255/III hükmünün de adi ortaklıklar bakımından uygulanması güç olacaktır. Bu fıkra da kendi içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. TTK m. 255/III fıkrası tek bir ortağa ortaklıktan çıkarma davası açma hakkını tanımaktadır. Hükümün gerekçesi; “6762 sayılı Kanun, 197 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca çıkarma kararı alınmaması veya buna teşebbüs edilmemesi hâlinde her bir ortağın mahkemede çıkarma davası açıp açamayacağı hususunda suskundur. Üçüncü fıkra bu hakkı, yani, *actio pro socio*’yu Yargıtay kararları ile uyum içinde ve açıkça düzenlemiştir.” şeklindedir. Gerekçeden anlaşıldığı üzere; ortaklıktan çıkarma davasının “*actio pro socio*” olduğu düşüncesi dayanak alınarak bu yönde bir hüküm getirilmiştir. *Actio pro socio*, Alman-İsviçre hukuklarında “*sosyal taleplef*” (Sozialenansprüche) olarak adlandırılan, bir ortağın başka bir ortağa karşı ortaklık ilişkisinden doğan talepleri arasında yer almaktadır.^[17] “*Sosyal talepler*”; katılım payı borcunun ifası dışında yönetim ve sadakat yükümlülüğüne aykırılık sonucunda oluşan talepleri de içermektedir. Bu bilgiler ışığında *actio pro socio*’nun ortaklık ilişkisinden doğan haklara/alacaklara ilişkin olduğu ve temelde bir ifa/eda davası olduğu görülmektedir. Ortaklıktan çıkarma kurumunda ise ortaklık ilişkisinde değişiklik meydana gelmesi istenmektedir ayrıca sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir alacak, talep vb. söz konusu değildir. Kanun koyucunun ortaklıktan çıkarma kurumunu *actio pro socio* olarak nitelenmesi kanaatimizce hatalıdır. Bu nedenlerle TTK m. 255/III, ortaklıktan çıkarma kurumunun doğası ile çelişmektedir ve bu fıkranın uygulanması da kanaatimizce güçtür. Son olarak; TTK m. 255 hükmünün gerekçesine bakmak gerekir. Fıkranın gerekçesi: “6762 sayılı Kanununun 197 nci maddesinin birinci fıkrasında “*mukavelede hüküm bulunduğu takdirde*”

[17] FÖRTSER, s.50-51.

ibaresi iki şekilde yorumlanmaya müsaittir. Bir yoruma göre, şirket sözleşmesinde hüküm bulunduğu takdirde, diğer ortaklar, kişiliğinde haklı sebep doğan ortağı bir kararla şirketten çıkarabilir. İkinci yorum uyarınca, diğer ortakların şahsında haklı sebep doğan ortağı şirketten çıkarma hakkı doğaldır. Bu yetkinin doğallığı kollektif şirketin şahıs şirketi niteliğinden kaynaklanır. Onun için, söz konusu hakkın şirket sözleşmesinde bulunması şart değildir. Şirket sözleşmesinde böyle bir düzenleme bulunmasa bile şirket mezkûr ortağı şirketten çıkarabilir. Düzenleme çıkarma kararının hangi nisapla alınması gerektiği hususunda yapılabilir. Karar, kural olarak oybirliği ile alınmalıdır; ancak şirket sözleşmesinde hüküm varsa çoğunlukla da alınabilir. Yargıtay, haklı olarak ikinci yorumu benimsemiştir. Tasarı, birinci fıkrayı bu yoruma uygun olarak düzenlemiştir.” şeklindedir. Gerekçe; adi ortaklıkların da dâhil olduğu şahıs şirketlerinde haklı sebeple çıkarmanın doğal, kendiliğinden bulunan bir kurum olduğunu tasdik etmektedir. Bu açıklamalar ışığında; TTK m. 255 hükmünü, haklı sebeple ortağın çıkarılması konusunda destekleyici ama kendi içerisindeki çelişkiler nedeniyle doğrudan uygulanamayacak bir hüküm olarak ele alıyoruz. TTK m. 255’in yanında başka bir dayanağa daha ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz.^[18]

3- İsviçre Hukukunda Durum

Bu noktada konumuz ile ilgili İsviçre hukukundaki görüşler de ele alınmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, adi ortaklıklarda çıkarma konusunda kanun koyucunun bilinçli olarak düzenleme yapmadığına ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) § 577^[19] (kollektif şirketlerde haklı sebeple ve mahkeme kararı ile ortaklıktan çıkarma) hükmünün adi ortaklıklarda kıyas yoluyla uygulanamayacağına hükmetmiştir.^[20] OR § 577, kollektif şirketlerde söz-

[18] Bizce; TTK m. 255’in kafa karıştırmaya müsait ve çelişkili düzenlemesinin değiştirilmesi gerekmektedir. HGB § 140 veya OR § 577 benzeri bir hükmün getirilmesi ile bu kurum tekrar işlerlik kazanabilecektir.

[19] OR § 577: “Wenn die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen verlangt werden könnte und diese vorwiegend in der Person eines oder mehrerer Gesellschafter liegen, so kann der Richter auf deren Ausschliessung und auf Ausrichtung ihrer Anteile am Gesellschaftsvermögen erkennen, sofern alle übrigen Gesellschafter es beantragen.” Hükmün tercümesi: “Kalan ortakların talep etmesi durumunda hâkim; ortaklığın haklı sebeple feshinin istenebildiği ve bu sebebin bir veya daha fazla ortağın şahsından doğduğu durumlarda bu ortağın çıkarılmasına ve bu ortağın ortaklıktaki payının ödenmesine karar verebilir.”

[20] BGE 94 II 119, 120 f. (http://relevancy.bger.ch/php/clir/htn/index.php?highlight=atf%3A%2F%2F94-II-119%3Ade&lang=de&type=show_document) CHRIST, B. (2015). Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)- Art. 545. Herausgeber: Schütz, J.G.. Bern. Stampfli Verlag AG, s.153.

leşme hükmü bulunmasına gerek olmaksızın doğrudan dava yolu ile haklı sebep yaratan ortağın çıkarılması seçeneğini tanımaktadır. Sürekli borç ilişkilerinde tarafların, çekilmez hâle gelen sözleşme bağına çözme hakkı bulunmaktadır. Kişi ortaklıklarında bu durumda ilk bakışta fesih gündeme gelmektedir. Feshin alternatifi olarak da tezahür edebilen ortaklıktan çıkarma kurumunda ayrıca ortaklığı/işletmeyi koruma amacı bulunsa da temelde iki kurum da zedelenen ortaklık ilişkisini değiştirme imkânını sağlamaktadır.^[21] BERGSMA, bu açıdan yaklaşarak “a maiore ad minus” kuralı yani “büyüğe uygulananın küçüğe de uygulanacağı”^[22] ilkesi gereği belirli bir ortağın çıkarılmasına ilişkin dava hakkı bulunduğunu ifade etmektedir.^[23] JUNG, İsviçre Federal Mahkemesi’nin belirtilen kararını eleştirerek, adi ortaklıklar ile ticaret/şahıs şirketleri arasında farklı değerlendirme yapmak için bir gerekçe bulunmadığını ve OR § 577’nin adi ortaklıklar

İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararı ile aynı yönde doktrin görüşleri de bulunmaktadır (FRAEFEL, J. (1930). Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund. Diss. Zürich, s.107 vd.; BOLLMANN, H. (1971). Das Ausscheiden aus Personengesellschaften. Zürich. Schultess Polygraphischer Verlag AG, s.24-25. Bu görüş aynı zamanda ortaklığa devam etmek isteyen ortakların şekle tâbi olmaksızın ve haklı sebebi yaratan ortağı almaksızın yeniden ortaklık kurabileceklerini de dile getirmektedir).

BOLLMANN, kanunun adi ortaklıklar açısından haklı sebeple çıkma-çıkarmaya yer vermediğini, hâkimin haklı sebeple çıkarma yapabileceğini destekleyen bir düzenleme bulunmadığını dile getirerek adi ortaklıkta haklı sebeple çıkarmanın hâkimin dahil olmaksızın, devam hükmü sayesinde gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir (BOLLMANN, s.49).

[21] İsviçre doktrininde; ortaklıktan çıkarmanın her zaman ortaklığı sona erdirmeye alternatif teşkil ettiği görüşü de kabul görmektedir. Sözleşmede ortaklığı sona erdirmek için öngörülen sebebin aynı zamanda ortaklıktan çıkarma için de kullanılabilmesi ve sözleşmesel sona erdirmeye hakkı ile ortaklıktan çıkarma hakkının aynı sınırlara tâbi olduğunu belirtmektedir. Ancak bu görüş; sözleşmede “devam hükmü” bulunduğu nazara alınarak dile getirilmiştir (HANDSCHIN, L. (2014). “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014. Seite: 215-254. Tübingen. Mohr Siebeck Verlag, s.247; HANDSCHIN, L./VONZUN, R. (2009). Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht - Die Einfache Gesellschaft Art.530-551 OR. (4. Auflage). Zürich. Schultess Verlag, s.653; STAEHELİN, D./STRAUB, R.M. (2011). “Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe”. Aktuelle Juristische Praxis 01/2011. Zürich/St.Gallen. Dike Verlag, s.27-30).

[22] Daha açık şekilde ifade etmek gerekirse; “Evlilikle kuralı: Küçük için yasak olan büyük için de yasaktır, büyük için serbest olan küçük için de serbesttir.”

[23] BERGSMA, P. (1990). Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften. Zürich. Peter Lang Verlag, s.100-101.

açısından da uygulanması gerektiğini dile getirmektedir. Feshin ultima ratio olarak, ortaklıktan çıkarmanın ise daha yumuşak yaptırım (milderes Mittel) olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.^[24] Bu bağlamda; İsviçre doktrininde JUNG, BERGSMAN ve HANDSCHIN/VONZUN ve SIEGWART'ın^[25] görüşleri, adi ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmasa dahi OR § 577 hükmünün kıyasen uygulanması ile haklı sebep oluşturulan ortağın mahkeme kararı ile çıkarılabileceği sonucuna varmaktadır.^[26] OR'de adi ortaklıklarda çıkma-çıkarma kurumları düzenlenmemiştir. Bizde ise bu kurumlara Kanun'da yer verilmiş ancak "haklı sebeple çıkarma" konusunda hüküm öngörülmemiştir. Haklı sebeple çıkarma özelinde bakılacak olursa kanun boşluğu bulunması bakımından İsviçre hukuku ile benzerlik bulunduğu söylenebilecektir. İki ülkenin doktrininde de dile getirilen kollektif şirketlere ilişkin "haklı sebeple çıkarma" hükümlerinin kıyasen uygulanması ile boşluğun doldurulabileceği görüşleri de paralellik arz etmektedir. Buna karşılık; OR § 577 doğrudan mahkemeye başvuru ve inşâî karar ile çıkarma yapılmasını öngörmekte iken TTK m. 225 ilk aşamada ortakların kararı ile çıkarma yapılması şeklinde bir usûl getirmektedir.

4- Alman Hukukunda Durum

Adi ortaklıktan çıkarma hükmünün alındığı BGB ve Alman doktrinini de incelemek gerekmektedir. Mevzuat BGB'nin 737.maddesinde, şahsında ortaklığın feshi için haklı sebep gerçekleşen ortağın sözleşmede hüküm bulunması durumunda yine ortaklar tarafından çıkarılabileceği öngörülmektedir.^[27] Alman hukukunda kollektif şirketler açısından ise Alman Ticaret

[24] JUNG, P. (2016). "Scheiden tut web? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaften". Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI. Editör: Kunz, P./Jörg, F./Arter, O. Bern. Stampfli Verlag, s.202-204.

[25] SIEGWART, A. (1938). Die Personengesellschaften, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Band V/4. Zürich. Schulthess & Co.

[26] İsviçre doktrininde bu yöndeki görüşler genellikle OR § 577 hükmünün sadece ticarî işletme işleten adi ortaklıklar açısından uygulanabileceğini dile getirmektedir (HANDSCHIN/VONZUN, s.662 vd.; SIEGWART, s.206-207). TBK'nin ortaklıktan çıkarma kurumunu doğrudan düzenlemesi, bu düzenlemede bu şekilde ticarî işletme işleten adi ortaklık vb. gibi bir ayrıma gitmemesi nazara alınarak bu görüşlerin hukukumuzda uygulanamayacağını düşünüyoruz.

[27] Bu hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle çıkarma sebeplerinin sözleşme ile sınırlanması, genişletilmesi, ortadan kaldırılması, değiştirilmesi ve yeniden tasarlanması mümkündür. Bu açıklama ortaklıktan çıkarma usûlü için de geçerlidir (SCHÖNE, T. (1992). Gesellschafterausschluss bei Personengesellschaften. Münster. Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, s.22; HUECK, G./

Kanunu (HGB) § 140 ile dava yolu ile ortağın çıkarılabilmesi imkânı öngörülmüştür. HGB § 140, inşâî dava açılması ve sözleşmede devam hükmüne gerek olmaması bakımından BGB § 737'den farklılaşmaktadır.^[28] Ancak bu iki hükmün kendi kanun sistematikleri içerisinde değerlendirilmesi şarttır. BGB'de adi ortaklığın haklı sebeple feshi için de mahkeme kararına gerek yoktur. Buna karşılık Alman hukukunda kollektif şirketin haklı sebeple feshedilmesi için HGB § 133 gereği mahkemenin inşâî hükmü gerekmektedir. Diğer deyişle; adi ortaklıklarda hem çıkarma hem fesih için mahkeme kararına ihtiyaç yok iken kollektif şirketler açısından durum tam tersidir. Bu bağlamda BGB'nin adi ortaklıktan çıkarma açısından da dava öngörmemesi kendi içerisinde mantıklı olmaktadır. İsviçre/Türk hukuku ise adi ortaklığın feshi bakımından inşâî dava öngörmektedir ve BGB'den farklılaşmaktadır. Fesih ve ortaklıktan çıkarma kurumu arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Ortaklıktan çıkarmanın, feshine alternatif teşkil eden yönüne vurgu yapmıştık. BGB'de adi ortaklığın feshinin mahkeme kararı ile yapılmıyor olması çıkarma usûlünün tayin edilmesine de etki etmektedir ve Türk hukuku ile Alman hukuku arasında bu konuda fark meydana getirmektedir. Bu nedenlerle; haklı sebeple çıkarma ve bunun ne şekilde yapılacağı konusunda Alman doktrini ve uygulamasının doğrudan tatbik edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

WINDBICHLER, C. (2008). Gesellschaftrecht. (21. Auflage). München. Verlag C.H.Beck, s.81). Ortaklıktan çıkarma için gereken oybirliğinin, oy çokluğu olarak değiştirilmesi ve hatta çıkarma hakkının tek bir ortağa veya bir gruba tanınması da bu nedenlerle mümkündür (HUECK/WINDBICHLER, s.81 ve SCHÖNE, s.31).

- [28] SCHÂFER, C./ULMER, P. (2017). Gesellschaft Bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. (7.Auflage). München. Verlag. C.H. Beck, Art.737, s.570. BGB'nin adi ortaklıktan çıkarma için davaya gerek görmemesinin altında adi ortaklıkların ticarî amaç taşımayacağı ve bu nedenle güçlü bir hukukî güvenlik, hukukî korumaya gerek görmemesi yatmaktadır (SOERGEL, H./HADDING, W./KIESSLING, E. (2011). Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11/1. (13. Auflage). Stuttgart. W. Kohlhammer Verlag, s.298). Ülkemizde ise adi ortaklıkların ticarî amaçla kuruldukları görülmektedir. Ülkemizde şehirlerarası otoyol, havaalanı gibi çok büyük çapta işlerin adi ortaklık kurularak yapıldığı görülmektedir. Bu açıdan da mahkeme kararı ile çıkarma imkânını sakınmak hukukumuzda makul olmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında; BGB hükmünün usûl açısından doğrudan iktisap edilmesinin sonuç bakımından farklar yaratmaya müsait olduğu göze çarpmaktadır.

5- Kanun Boşluğunun Nasıl Doldurulması Gerektiği İle İlgili Düşüncemiz

Hemen yukarıda ortaya konulan farklar ve TBK'nın bu konuda iki farklı kanun sistemini birbirine geçirme teşebbüsü nazara alındığında ne Alman doktrini ne de İsviçre doktrini doğrudan takip edilebilecektir. Ortak şahsında gerçekleşen haklı sebep söz konusu olduğunda -ve sözleşmede "devam hükmü" bulunmadığında- dava yolu ile mi yoksa taraf iradesi ile mi inşâi hakkın kullanılacağı konusunda farklı değerlendirme yapılması ve "kendi yolumuzun" bulunması gereklidir.

Adi ortaklıklarda bir ortak şahsında gerçekleşen haklı sebeple ortağın çıkarılması noktasındaki kanun boşluğunun nasıl doldurulacağına ilişkin doktrinimizde dile getirilen görüşleri yukarıda ele almıştık. Bizce bu boşluk, birbirini tamamlayan farklı gerekçeler göz önüne alınarak doldurulmalıdır. Bu noktada ilk aşamada ortaklıktan çıkarmanın, ortaklığın feshinden daha yumuşak, hafif bir yaptırım olması nazara alınmalıdır. Ortakların yaşadığı sorunlar, ilişkinin çekilmezliği bir ortağın çıkarılması ile giderilebilecek ise ortaklığı sona erdirerek, tasfiyeye sokmak ve emek ile oluşturulmuş birikimi, ortaklık faaliyetlerini sona erdirmek yoluna gidilmemelidir. Diğer deyişle; feshin yapılabildiği durumda evleviyet gereği ortaklıktan çıkarma yapılması ve ortaklığın devam edebilmesi mümkün olmalıdır. Ortak şahsında haklı sebep vuku bulduğunda sadece ortaklığın feshi yoluna gidilebileceği yönünde yorum yapılmamalıdır. Buna ek olarak; fesih son çare olarak ele alınan yaptırımdır. Feshin ultima ratio özelliğinin, ortaklıktan çıkarma kurumunun arka plândaki daha yumuşak yaptırım getirme amacı ile tamamlandığını söyleyebiliriz. İkinci olarak; yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK m. 255 hükmü şahıs şirketlerinde haklı sebeple ortaklıktan çıkarma yapılabileceğini gösteren bir hüküm olarak ele alınmalıdır. Bu bağlamda; bizce hem TBK m. 639/7 hem de TTK m. 225 birbirini tamamlar şekilde kanun boşluğunun doldurulmasında dayanak olabilecektir. Bunlara ek olarak; borçlar hukukumuzdaki ahde vefa ilkesi ve işlemin ayakta tutulması prensibi de ortaklığı sona erdirecek fesih yerine haklı sebep yaratan ortağın ortaklıktan çıkartılmasını desteklemektedir. Ortaklıktan çıkarma, en temelde emek ve çaba ile oluşturulmuş ortaklık değerlerinin korunması, işletmenin devamının sağlanması amacıyla matuf bir kurumdur. Adi ortaklıklarda haklı sebeplerle ortaklıktan çıkarma yapılabilmesi seçeneği reddedilir ise ortaklara sadece ortaklığın feshini talep etme ve sonradan haklı sebebi yaratan ortağı dışarıda bırakarak yeniden benzer bir ortaklık kurma yolu bırakılmaktadır. Bu yol ise ilk olarak ortaklığın feshi için dava açılması, ortaklığın tasfiye edilmesi, sonradan tekrar

yeni bir ortaklık kurulması ve ortaklığın tekrar iş alması, işletme kurması vb.külfetler getirecektir. Mahkeme kararı ile çıkarma yapılabilmesi seçeneği bu açıdan da makul, faydalı bir yol olarak tezahür etmektedir. Ortakların ve piyasanın ekonomik menfaatlerinin ortaklığın faaliyete devam etmesi yönünde olacağı tahminden uzak değildir.

Adi ortaklıkta şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın ne şekilde çıkarılacağı, hangi usûlün takip edileceği incelenmelidir. Ortaklıktan çıkarma yapılması hukukî durumda değişiklik meydana getirdiği için inşâi etkiye sahiptir ve inşâi hak olarak ele alınmalıdır. Bu hakkın sözleşmede hüküm yok ise ortakların kararı/irade beyanı ile kullanılması ise -çıkartılacak ortağın katılmayacağı nazara alınarak- mümkün değildir. Bu nedenle geriye kalan seçenek dava yolu olmaktadır.^[29] Mahkeme, açılan davada hukukî yararın bulunduğu kanaatine varır ve talebi haklı görürse davayı kabul etmeli ve inşâi niteliği haiz bir karar vermelidir.^[30] Daha önce de belirttiğimiz gibi ortaklıktan çıkarma, feshе benzer ancak daha yumuşak bir yaptırım olarak ele alınmalıdır. Bizce; adi ortaklıktan haklı sebeple çıkarma açısından haklı sebeple feshе paralel değerlendirme yapılması ve adi ortaklıklarda bir ortağın haklı sebeple çıkarılması açısından TBK m. 639/7 hükmünden hareket edilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında hakkın dava yolu ile kullanılması

[29] İnşâi davalarda mahkeme; önüne gelen davada önce inşâi hakkın varlığını tespit etmekte sonrasında ise bu hakkın kullanılması için gereken şartların bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Diğer deyişle; hakkın varlığının ve sonuçlarının mahkemece takdir edilmesi gerekmektedir. Adi ortaklığın feshi davası tipik örnek olarak verilmektedir (DEMİRBAŞ, H. (2006). Yenilik Doğuran Haklar. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.92). Yenilik doğuran davalar ile yenilik doğuran haklar arasındaki ilişki bu davanın arkasında yenilik doğuran hak bulunmasına gerek olup olmadığı noktasında tartışmalıdır. Medeni hukuk doktrininde hakim görüş; yenilik doğuran davanın, özel hukuktan kaynaklanan (yenilik doğuran) bir hakka dayandığıdır. Burada hakkın kullanım şekli açısından fark bulunmaktadır (BUZ, V. (2005). Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. Ankara. Yetkin Yayınları, s.187-188).

[30] İnşâi davaların sınırlı sayıda olduğuna ilişkin aksi yönde görüş için; ALTHAMMER, C. (2012). Streitgegenstand und Interesse. Tübingen. Mohr Siebeck Verlag, s.594 vd.; SCHELLHAMMER, K. (2004). Zivilprozess- Gesetz-Praxis-Falle. (U.Auflage). Heidelberg. C.F.Müller Verlag, s.98; BUZ, s.186-187.

Bu konuda; sözleşme ile inşâi dava yaratılmayacağı ancak inşâi davaların uygulama alanının kıyas yolu ile genişletilebileceği belirtilmektedir. İsviçre doktrinindeki OR § 577'nin kıyasen uygulanacağını belirten görüşler de bunu savunmaktadır (TÜRKMEN, E. (2020). Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma. Ankara. Seçkin Yayınları, s.196-197 (TÜRKMEN, ÇIKMA-ÇIKARILMA)). Bizce de bu görüşe itibar edilmesi doğrudur.

açısından da ortaklığın feshedilmesine benzer bir usûl takip edilmelidir. Mahkeme bu durumda öncelikle haklı sebebe ilişkin ilke ve koşullara bakmalı ve somut duruma göre değerlendirme yapmalıdır. Farklı olan ise adi ortaklığın feshine değil, şahsında haklı sebep gerçekleşen ortağın çıkarılmasına karar verilecek olmasıdır. Bu teorik açıklamanın ve görüşümüzün mevzuatımızın elverişliliği bakımından da ele alınması şarttır. Haklı sebepler TBK m. 633'de belirtilmediği için çıkarmanın ortakların alacağı karar ve yapacakları bildirim ile meydana gelmesi mümkün değildir. TTK m. 255/I hükmünde zikredilen kalan ortakların kararı ile çıkarma yapılması; gerek kendi içindeki çelişkiler gerekse de TBK m. 633'de yer verilen "sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa" ifadesi yani tüm ortakların mutabık olması gerektiği vurgusu nedeniyle uygulanamayacaktır. Mahkemenin inşâi kararı ile ortaklıktan çıkarma yapılması; kanaatimizce TTK m. 255/III, TBK m. 639/7 ve Alman-İsviçre mevzuatındaki kollektif şirketten çıkarma hükümleri ile uyumlu olan yoldur. Bir ortağa bağlanabilen sebeple fesih mahkemeden talep edilebilirken aynı durumda bu ortağın çıkarılması da ancak mahkemenin kararı ile söz konusu olabilmelidir. Adi ortaklıklarda sözleşme hükmü bulunmasa dahi haklı sebeplere dayalı olarak doğrudan mahkeme kararı ile ortaklıktan çıkarma yapılabilmesine -TTK m. 255'in de yorumu ve desteği ile- TBK m. 639/7 maddesinin yani mahkeme kararı ile haklı sebebe dayalı feshedilebileceği hükmünün evleviyetle uygulanabileceği düşüncesinden hareketle varıyoruz. TBK m. 633'de zikredilen devam hükmü inşâi hakkın ortaklar tarafından kullanılması ile davasız şekilde çıkarma yapmayı sağlamaktadır ve süreci kolaylaştıran bir anlaşma olarak düşünülmelidir. Eğer ortaklar, sözleşme ile haklı sebeple çıkarma hükmünü getirmişler ise mahkemenin inşâi kararını beklemeye gerek olmaksızın kısa sürede ortağı kendi alacakları karar ile çıkarabileceklerdir. Sözleşmede hüküm bulunmadığında ise inşâi hakkın mahkemeye başvuru yaparak ve inşâi hüküm alınarak kullanılması seçeneği kalacaktır.^[31] Bu açıklamalar doğrultusunda mevzuatı-

[31] Adi ortaklıklarda haklı sebeple ortağın çıkarılmasının mahiyetine de değinmek gerekir. Ortaklıktan çıkarma, mevcut durumun değiştirilmesini sağlayan bir hak olarak ele alınmalıdır. Mevcut durumu değiştirdiği için inşâi bir etkisi olduğu görülmektedir. Bu inşâi etkiyi meydana getirmek ise kural olarak tarafların/ortakların anlaşmasına bağlıdır. Çıkarılacak ortağın bu anlaşmaya katılmayacağı düşünüldüğünde ise geriye mahkemeye başvurma seçeneği kalmaktadır. Mahkeme bu noktada talep sonucunu inceleyerek, hukukî yarar olup olmadığına bakmalıdır. Bu bölümde yaptığımız açıklamalar ise bu kurumun işletilmesinin hukukî yararı olduğunu işaret etmektedir.

Bu düşünce; iki atıf yukarıda yer verdiğimiz yenilik doğuran davanın yenilik doğuran haktan doğduğu görüşü ile de desteklenmektedir.

mızın, haklı sebeplerle adi ortaklıklarda ortağın çıkarılması ve ortaklığın devamına yönelik karar verilmesi için hâkime başvurulmasına elverişli olduğunu düşünüyoruz.

Bu görüşümüz ile ilgili ele alınması gereken bir diğer nokta ise mahkemeye başvurunun kim tarafından yapılacağıdır. Örnek olarak; beş kişilik bir adi ortaklıkta iki ortağın arasının bozulması söz konusu olabilir. Bu ortaklardan birisi, arasının bozuk olduğu ortağı çıkarmak için mahkemeye başvuru yapabilir mi? Kalan ortaklar diğer ortağın ortaklıkta devam etmesini istiyor olabilirler. TTK m. 255/III fıkrası tek bir ortağa ortaklıktan çıkarma davası açma hakkını tanımaktadır. Bu fıkraya ilişkin eleştirimiz yukarıda detaylı şekilde dile getirilmiştir. Çok kısaca tekrarlamak gerekirse; kanun koyucumuzun ortaklıktan çıkarma davasını bizce hatalı olarak *actio pro socio* olarak nitelemesi nedeniyle TTK m. 255/III, ortaklıktan çıkarma kurumunun doğası ile çelişmektedir. OR'deki kollektif şirketlerde haklı sebeple çıkarma hükmü; ortağın şahsında haklı sebep vuku bulduğunda bu ortağın çıkarılması için kalan ortakların mahkemeye başvurması gerektiğini ("*sofern alle übrigen Gesellschafter es beantragen*") belirtmektedir. HGB de kollektif şirket açısından aynı yönde, kalan ortakların birlikte dava açması şeklinde bir hüküm öngörmüştür.^[32] TTK, hatalı bir gerekçe ile hatalı bir hüküm getirmiştir. Kanaatimizce; bu hükmün, Alman-İsviçre hukuklarında olduğu gibi ortaklıktan çıkarma davasının kalan ortaklar tarafından birlikte açılması şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Bizce; mahkemeye başvurunun kalan ortakların tamamı tarafından yapılması gerekli ve mümkündür.^[33] Bu sonuca hukukumuzda da ulaşmamızı sağlayan farklı ilke ve hükümler söz konusudur. Öncelikle; ortaklıktan çıkarma kural olarak kalan ortakların birlikte kullanabileceği bir hak olarak tezahür etmektedir. Haklı sebeple fesih talebinden bu noktada farklılaşmaktadır. Bu kurumun doğası; sadece iki ortak arasındaki sorunları çözmek amacıyla matuf değildir. İkinci olarak; adi ortaklık ortaklarının birlikte hareket etmesi, davada dava arkadaşı olması gerekmektedir. Ortaklıktan çıkarma kurumunun mahiyeti ve çıkarılacak ortağın davalı olacağı göz önüne alınarak burada kalan ortakların birlikte davacı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Son olarak; TBK m. 633 hükmünde açık şekilde belirtilmese de kalan ortakların her hâlükarda çıkarmaya yönelik bir karar alması gerekmektedir. Sözleşmede devam anlaşması bulunmadığında da kanaatimizce yine karar alınması gerekir ve bu karar ortağın çıkarılması için mahkemeye

[32] HGB § 140; "...sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen..."

[33] TTK m. 225/III hükmünün kıyasen uygulanması ile adi ortaklıklarda ortaklıktan çıkarma davasına işlerlik kazandırılmasına dair görüş TÜRKMEN, ÇIKMA-ÇIKARILMA, s. 198.

başvuru yapma yönünde olmalıdır. Bu durumda; davacı ortakların, çıkarılması istenen davalı ortak sebebiyle sözleşme ilişkisine devam edemeyecek olması gerekmektedir. Bu davanın açılması ile birlikte kalan ortaklar fesihten farklı olarak sözleşme ilişkisine tutunmak, devam etmek niyetlerini dile getirmiş olmaktadır.^[34] Sözleşmede ortaklıktan çıkarmaya ilişkin bir düzenleme yok ancak ortaklık kararı çoğunluğu ile ilgili farklı bir düzenleme var ise yani oybirliği ilkesinden feragat edilmiş ise durumun ne olacağı da düşünülmelidir. İsviçre doktrininde çıkarma davasının tek ortak veya belirli çoğunluk tarafından açılabilmesine ilişkin sözleşme hükümleri geçerli addedilmektedir.^[35] Bizce; sözleşme ile ortaklık kararı alınması açısından farklı bir çoğunluk öngörülmüş ise önce sözleşmenin değiştirilmesi ve ortaklıktan çıkarma hakkının getirilmesi ve sonrasında bu hükme dayanarak ortakların kararı ile çıkarma yapılması mümkündür.

Sonuç olarak; kanaatimize göre adi ortaklık sözleşmesinde ortaklıktan çıkarma yapılabileceği ve ortaklığın devam edeceği kararlaştırılmış olmasa bile bir ortak şahsında haklı sebep vuku bulduğunda TTK m. 255 ve TBK m. 639/7 hükümleri birlikte dayanak alınarak mahkemeden ortağın çıkartılması talep edilebilecektir. Bu durumda kalan ortakların tamamının birlikte davacı olması gerekecektir. Bizce; mevzuatımız bu sonuca varmaya engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte; -TTK m. 255 gerekçesinde belirtildiği gibi- şahıs şirketlerinin doğasında bulunan bu kurumun daha açık ve net şekilde düzenlenmesi; hakkın yorum, kıyasen uygulama yolu ile değil doğrudan açık kanun hükümleri ile verilmesi bir gereklilik olarak tezahür etmektedir.

Adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine;

“Bir veya birden fazla ortağın şahsından kaynaklanan haklı sebeplerle ortaklığın feshinin istenebileceği durumlarda kalan ortaklar mahkemeye başvurarak bu ortağın çıkarılmasını ve ortaklığın kalan ortaklarla devam etmesini talep edebilirler.” benzeri bir hüküm getirilmesi yerinde olacaktır.^[36]

Türk Ticaret Kanunu'nun 255.maddesi yerine ise HGB § 140 doğrudan iktibas edilebilir. Bu sayede; sözleşmede çıkarma ve ortaklığın de-

[34] BERGSMA, s.94-95. Davalı, birden fazla ortak da olabilir.

[35] BERGSMA, s.102.

Alman doktrininde ortaklıktan çıkarmanın da dahil edilebileceği “*remel işlemler*” açısından her zaman oybirliği gerekeceği yönünde görüş de bulunmaktadır.

[36] Doktrinde TÜRKMEN'de yasa değişikliği önerisi getirmektedir. Yazar'ın değişiklik önerisi TTK m. 255 ile paraleldir. (TÜRKMEN, Makale, s,94-95.)

vamına ilişkin hüküm aranmaksızın, kalan ortakların birlikte başvurusu ile mahkeme tarafından çıkarma yapılabilecek ve TTK m. 255'in çelişkili yapısı düzelebilecektir.

Son olarak adi ortaklık sözleşmesinde hüküm bulunmamasına rağmen ortak özelinde haklı sebeple fesih nedeninin gerçekleşmesi ve ortakların bu olgunun ortaya çıkmasını takiben alacakları karar ile bir ortağın ayrılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir.^[37] Burada çıkarılma değil çıkma olduğu gözden kaçmamalıdır. Çıkacak ortağın da karara katılması ve oybirliği ile kararın alınması gerekmektedir. Çıkarılması istenen ortağın da katılımı varsa bu durumda çıkarmadan bahsetmek kanaatimizce söz konusu olmayacaktır çünkü çıkarılma temelde o ortağın isteği hilafına sonuç doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

AKKANAT, H. (2004). “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”, İÜHFİM, C. LXII, S.1-2, İstanbul.

AKTAŞ, S. (2010). “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, S. 1-2. Erzincan (http://hukuk-dergi .erzincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2010-XIV_1-1.pdf). Erişim Tarihi: 20.02.2021).

AKYAZAN, S. (1979). *Kollektif, Komandit ve Adi Ortaklıklardan Oluşan Şahıs Şirketlerinde, Ortaklığın Fesih ve İnfisalı ve Ortaklıktan Çıkarma*. Ankara Barosu Dergisi Yıl:1979 Sayı:5. Ankara.

ALTHAMMER, C. (2012). *Streitgegenstand und Interesse*. Tübingen. Mohr Siebeck Verlag. BADAĞ AYBAR, Z. (2013). “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. Yıl:12 Sayı:24 Güz 2013/2. İstanbul.

BERGER, B. (2018). *Allegemeines Schuldrecht*. (3. Auflage). Bern. Stampfli Verlag. BERGSMA, P. (1990). *Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften*. Zürich. Peter Lang Verlag.

BİLGE, N. (2007). *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*. (22.Baskı). Ankara. Turhan Kitabevi.

[37] HANDSCHIN/VONZUN, s.663-664.

BUZ, V. (2005). *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara. Yetkin Yayınları.

BOLLMANN, H. (1971). *Das Ausscheiden aus Personengesellschaften*. Zürich. Schultess Polygraphischer Verlag.

CHRİST, B. (2015). *Personengesellschaftsrecht* (Art. 530-619 OR)- Art. 545. Herausgeber: Schütz, J.G.. Bern. Stampfli Verlag AG.

ÇAMOĞLU, E. (1976). *Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortaklığın Haklı Sebepçe Çıkarılması*. İstanbul. Fakülteler Matbaası.

ÇELİK, A. (2017). *Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma*. (4.Baskı). Ankara. Seçkin Yayınları.

ÇELİKBOYA, K. (2015). “*Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Sayı:2015/2. İstanbul. Beta Yayınları.

DEMİRBAŞ, H. (2006). *Yenilik Doğuran Haklar*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

DOMANIÇ, H. (1968). *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*. (2.Baskı). İstanbul. Fakülteler Matbaası.

EDİS, S. (1993). *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. (4.Baskı). Ankara. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

FORTMOSER, P./VOGT. H. (2008). *Einführung in das Recht*. (4. Auflage). Bern. Stampfli Verlag.

FRAEFEL, J. (1930). *Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund*. Diss. Zürich.

GÖZLER, K. (2011). *Hukuka Giriş*. (8.Baskı). Bursa. Ekin Basın Yayın Dağıtım.

HANDSCHIN, L. (2014). “*Die Auflösung der einfachen Gesellschaft*”. *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014*. Seite: 215-254. Tübingen. Mohr Siebeck Verlag.

HANDSCHIN, L./VONZUN, R. (2009). *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht - Die Einfache Gesellschaft Art.530-551 OR*. (4. Auflage). Zürich. Schultess Verlag.

HIZIR, S. (2011). “6098 Sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’nun 633’üncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Geel Şartları ve Usulü”. Sarper Süzek’e Armağan. İstanbul. Beta Yayınları.

HUECK, G./WİNDBİCHLER, C. (2008). *Gesellschaftrecht*. (21. Auflage). München. Verlag C.H.Beck.

JUNG, P. (2016). “Scheiden tut web? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaften”. *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI*. Editör: Kunz, P./Jörg, F./Arter, O. Bern. Stampfli Verlag.

KARAHAN, S ./AKIN, M.Y. (2013). *Şirketler Hukuku*. (2.Baskı). Konya. Mimoza Yayınları.

KARAYALÇIN, Y. (1972). *Ticaret Hukuku II. Şirketler Hukuku*. (2.Baskı). Ankara. Sevinç Matbaası.

SCHÄFER, C./ULMER, P. (2017). *Gesellschaft Bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft*. (7.Auflage). München. Verlag. C.H. Beck.

SCHELLHAMMER, K. (2004). *Zivilprozess- Gesetz-Praxis-Fälle*. (11. Auflage). Heidelberg. C.F.Müller Verlag.

SCHÖNE, T. (1992). *Gesellshafterausschluss bei Personengesellschaften*. Münster. Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln.

SIEGWART, A. (1938). *Die Personengesellschaften, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Band V/4. Zürich. Schulthess & Co.

SOERGEL, H./HADDİNG, W/KİESSLİNG, E. (2011). *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 11/1*. (13. Auflage). Stuttgart. W. Kohlhammer Verlag.

STAEHELİN, D./STRAUB, R.M. (2011). “Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe”. *Aktuelle Juristische Praxis* 01/2011. Zürich/St.Gallen. Dike Verlag.

ŞENER, OH. (2015). *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. (2.Baskı). Ankara. Seçkin Yayıncılık.

TÜRKMEN, E. (2018). “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükümüne Eleştirel Bir Bakış”. *Terazi Hukuk Dergisi* Cilt: 13 Sayı:148. Ankara. Seçkin Yayınları.

TÜRKMEN, E. (2020). *Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma*. Ankara. Seçkin Yayınları, s.196-197 (TÜRKMEN, ÇIKMA-ÇIKARILMA).

Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı

Av. Dr. Recep DOĞAN*

Makalenin Geliş Tarihi: 27.04.2021 **Kabul Tarihi:** 26.07.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.978857](https://doi.org/10.30915/abd.978857)

* Avukat,Ankara Barosu, Dr. LL.M.,PhD,Keele University UK.
<https://orcid.org/0000-0002-7739-3071>

CEZA VE İNFAZ KURUMLARINDA AÇLIK GREVİNE MÜDAHALE, HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE AİHM YAKLAŞIMI

ÖZ

Bu makalede, insan hakları perspektifinden açlık grevinin hukuki niteliği ile ceza ve infaz kurumlarında açlık grevine zor kullanılarak müdahale edilmesinin mümkün olup olmadığı ve ceza sorumluluğunu gerektiren haller Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşam hakkına ve açlık grevine müdahaleye ilişkin kararları ışığında tartışılacaktır. Bu bağlamda, açlık grevine hangi hallerde müdahale edilebileceği, hangi hallerde sınırın aşılmış sayılması gerektiği hukuka uygunluk sebepleri açısından ele alınıp incelenecek, uygulanabilecek hukuka uygunluk nedeninin maddi ve şekli şartlarının sadece iç hukuka göre değil Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ve Dünya Hekimler Birliği'nin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesi dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Açlık Grevi

Yaşam Hakkı

Açlık Grevine Müdahale

Hukuka Uygunluk Nedenleri

AİHM Kararları

FORCE-FEEDING DURING THE HUNGER STRIKE IN PRISONS, DEFENCES TO CRIMINAL CULPABILITY AND THE ECHR CASE LAW

ABSTRACT

From the human rights perspective, this article discusses the concept of hunger strike and explains whether it is possible to force-feed a prisoner who is on hunger strike against his/her wishes. In this context, the article investigates the lawfulness of the artificial feeding of a prisoner who is on hunger strike, the criminal culpability of those force-feeding a prisoner and available criminal defences, in the light of the European Court of Human Rights' (ECHR) case law on the right to life and hunger strikes in prisons. Then, the article argues that the issue of the artificial feeding of a hunger striker and the criminal or legal responsibility of those force-feeding a prisoner is a matter that cannot be decided or interpreted entirely based on the domestic law. The management of hunger strikes in prisons and the issue of artificial feeding should be decided by interpreting domestic law together with European Convention on Human Rights, the case law of the ECHR and World Medical Association Declaration on Hunger Strikers.

Keywords:

Hunger Strike

The Right To Life

Force-Feeding

Defences To Criminal Culpability

The ECHR Case Law On Hunger Strike In Prisons

GİRİŞ

Açlık grevi, fiil ehliyetine sahip bir kimsenin kendi hür iradesiyle bilinçli olarak belirli bir zaman dilimi için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddetmesi şeklinde uygulanan bir protesto biçimidir. Açlık grevi ölümle sonuçlanabilecek olmasına rağmen temel amaç ölüm değildir. Dolayısıyla açlık grevi bir intihar biçimi değildir.^[1] Açlık grevine müdahalenin mümkün olup olmadığı ve ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususu ise tıp, hukuk ve tıp etiği gibi birden çok bilim dalının alanına giren karmaşık birçok sorunun cevaplandırılmasını gerekli kılmaktadır. Nitekim açlık grevine müdahale halinde, müdahalede bulunanların ceza sorumluluğunun olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle açlık grevinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, açlık grevinin bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasından ibaret olup olmadığı ve bu hakkın sınırlarının açıklanması gerekmektedir. Eğer açlık grevi bir hak ise daha yüksek bir değer ya da çıkarın korunması adına bu hakkın kullanılması kısıtlanabilir mi? Bu kısıtlamanın sınırları ve usulü nelerdir? Kısıtlama halinde hangi hallerde ceza sorumluluğu doğar, hangi hallerde hukuka uygunluk nedeni söz konusudur? Bu soruların cevaplandırılması açlık grevinin öncelikle hukuki niteliğinin tam olarak ortaya konmasına bağlıdır.

Bu konuda yazılan eserlere bakıldığında, hukuki eserlerin gereğinden fazla ve bir dereceye kadar zorlama yorumlarla daha çok açlık grevine müdahalenin nasıl mümkün olabileceği konusuna yoğunlaştığı,^[2] tıbbi ve diğer eserlerin ise hangi hallerde eylemcinin iradesine saygı duyulmasının tıbbi etiğe uygun olduğu ve hekim için sorumluluk doğurmayacağı soru-

[1] Türk Tabipleri Birliği, “Açlık Grevleri Sırasında Tıbbi Etik İlkeler ve Bunun Pratik Yansımaları” Erişim adresi: https://www.ttb.org.tr/aclik_grev/index.html. Erişim tarihi: 30.03.2021. Kavrama ilişkin diğer tanımlar için bkz. Rıfat Murat Önok, “İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutuklu Hükümlülerdeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 4, S. 1-2, s.140-142; Seval Kılıç, “Açlık Grevi ve Açlık Grevine Müdahale”, *TıpHD*, 2012, S.2, s.84-86.

[2] Doğan Soyaslan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S.3; Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, *AÜHFD*, 1993, C. 43, S. 1; Ömer Ömeroğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu Ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu Ve Müdahale Sorunu”, *EÜHFD*, 2011, C. XV, S. 3-4; Şahin Akıncı, “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötanazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, S.1-2, Prof. Süleyman Arslan’a Armağan.

sunu cevap aradığı görülmektedir.^[3] Yine, açlık grevinin hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin tartışmalarda, açlık grevi hakkının ve ölme hakkının Anayasa'da ve diğer hukuksal düzenlemelerde yer almadığı, bu nedenle hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklinde konuyu tüm yönleriyle ele almayan, yüzeysel tartışmaların yapıldığı^[4] görülmektedir. Konuyu insan hakları perspektifinden tüm boyutlarıyla ele alan eserler^[5] ile açlık grevlerine müdahalenin yaşamın kutsallığı prensibinden hareketle meşrulaştırılmayacağı savunan eserler^[6] ise azınlıkta kalmaktadır.

Dolayısıyla bu makalede, öncelikle açlık grevinin insan hakları perspektifinden hukuki niteliği tartışılacak, açlık grevine hangi hallerde müdahale edilebileceği, hangi hallerde sınırın aşılmış sayılması gerektiği, hukuka uygunluk nedenleri açısından ele alınıp incelenecektir. Ardından iç hukuktaki tüm bu tartışmaların, AİHM^[7]'in yaşam ve ölüm hakkı ile açlık grevlerine müdahaleye ilişkin içtihatlarıyla^[8] uyumlu olup olmadığı açıklanacaktır. Makalede genel olarak ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde açlık grevi yapan hükümlü ve tutuklulara müdahale konusu ele alınacaktır. Ancak, aksi açıkça anlaşılmadığı veya belirtilmediği sürece bu makale kap-

- [3] Ata Soyer, "Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar", *Türk Tabipleri Birliği Toplum ve Hekim Dergisi*, Kasım Aralık 2000, S.6; Bedia Boran, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, Yıl. 65, S. 3; Eda Demirsoy Aşıkoğlu, "Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler", *TAAD*, 2018, Y.9, S.35.
- [4] Ahmet Taşkın, "Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti", *AÜEHFD*, 2003, C.VII, S.3-4.
- [5] Önok; Murat Sevinç, "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2002, C. 57, S. 1.
- [6] Mustafa Eren, "Ölüm Oruçları: Yaşamın Kutsallığı ve Direnme Hakkı İkileminde Bir Eylem Tarzı", *MSGSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C.1, S. 15.
- [7] rine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)" şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe'ye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)" şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın yanlış olduğu düşüncesi paylaşılmakla beraber, söz konusu terimlerin yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.
- [8] Bu makale kapsamında, ele alınan tüm AİHM kararlarına AİHM veri bankası (<https://hudoc.echr.coe.int>) üzerinden ulaşılmış olup Türkçe kararlar için Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından çevirisi yapılan ve veri bankasında yer alan kararlardan faydalanılmıştır. Kullanılan bu Türkçe kararların künyesi makalede "Başvurucu / Türkiye" formatında belirtilmiş, diğer İngilizce kararların künyesi için ise "Applicant v." formatı kullanılmıştır.

samında ileri süreceğimiz görüş ve açıklamalar hükümlü ve tutuklu olmayan kimseler için de geçerli olabilecektir.

I- AÇLIK GREVİNİN İNSAN HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Açlık Grevi, Temel Hakların Vazgeçilmezliği ve Yaşamın Kutsallığı

Şahsiyet haklarının Anayasa'nın 12/1. maddesi gereği dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardan olduğu, bunlardan vazgeçilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle beslenme hakkından ve devamında yaşam hakkından vazgeçmeye neden olacağı gerekçesiyle, açlık grevinin ve ölüm oruçlarının Anayasayla korunma altına alınmadığı ve bu nedenle hukuka aykırı olduğu iddia edilmektedir.^[9] Vazgeçilemez hak ayrımı aslında doğal hukuk doktrinini ile ortaya çıkmış, daha sonra da 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nde hatta Anayasamız da dâhil olmak üzere birçok anayasa ve temel kanunda yer almıştır. Tüm bu düzenlemelerde ortak nokta, kişiye, başkalarına devredilemeyen, dokunulmaz, vazgeçilemez hakların bahsedilmiş olduğudur. Dolayısıyla kişinin kendisinin bile tasarrufta bulunamayacağı hakları bulunmaktadır.^[10]

Bu iddianın geçerliliğini ele alalım. Örneğin, bir kimsenin ömür boyu hiç konuşmayacağı, düşüncesini ifade etmeyeceği veya ömür boyu evlenmeyip aile kurmayacağı hallerde de bir temel haktan vazgeçme söz konusudur. Bu durumda açlık grevi yaparak yaşam hakkından vazgeçmek mümkün değilse hiç evlenmemek suretiyle aile kurma hakkından, hiç konuşmamak suretiyle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinden vazgeçmek de mümkün olmamalıdır. Oysa hiçbir hukuk kuralı veya yorumu hiç evlenmeyen bir kimsenin zorla evlendirilmesi, hiç konuşmayan kimsenin

[9] Akıncı, s.737; Feyzioğlu, s.163; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s.376. Özgenç, açlık grevlerini ve ölüm orucu şeklindeki protesto eylemlerini bir "hak icrası" olarak görmeyen mümkün olmadığını, ancak iradesi bu yönde olmuş olan kişilerin zorla beslenmesinin doğru ve hatta mümkün olmadığını, gerekli bilgilendirme ve ikna gayretlerinin sonuç vermemesi durumunda, gerekli beslenmeyi ihmal ederek ölen kişinin ölümünden herhangi bir kimsenin sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.

[10] Erika Biton Serdaroğlu, "Ötanazi-Ölme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016, C.22, S.3, s.484-485.

zorla konuşturulması gerektiğini öngörmediği gibi bir kimseye “yemek yeme mükellefiyeti yükleyen”^[11] kural da yoktur.

Bu nedenle, temel bir haktan vazgeçmenin bizatihi kendisi kabul edilemez bir durum yaratıyor ve müdahaleyi gerektiriyor ise aile kurma hakkından veya düşünceyi ifade özgürlüğünden ömür boyu vazgeçen kimselere de temel bir haktan vazgeçtikleri için müdahale etmek gerekir. Ancak, aile kurma hakkından veya düşünceyi ifade özgürlüğünden ömür boyu vazgeçen kimsenin bu kararı, kendi sağlığı ve vücut bütünlüğü üzerinde şu ana kadar bilinen olumsuz bir etki yaratmaz iken açlık grevi yaratmaktadır. Dolayısıyla meşruiyet açısından önemli olan husus, nitelik itibariyle hareketsiz kalmayı veya pasif bir durumu ifade eden vazgeçmenin kendisi değil vazgeçme nedeniyle ortaya çıkan yeni durumun kabul edilip edilemeyeceği, başka bir deyişle vazgeçmenin yaratabileceği yeni bir tehlike veya zarar riskinin göz önüne alınıp alınamayacağı noktasında kendini göstermektedir. Bu nedenle, kişinin bir temel haktan vazgeçmesinin meşru olup olmadığı, dolayısıyla bu vazgeçmeye karşı yapılacak müdahalenin meşru olup olmadığı, vazgeçmenin yaratabileceği muhtemel zarar tehlikesine göre belirlenmelidir.

Beslenme gibi bir temel haktan vazgeçme, kişinin vücut bütünlüğüne zarar verecek ise bu duruma müdahale edilmesi meşru görülebilir. Ancak bu düşünce biçimi de her zaman sorunun çözümüne katkı sağlamamaktadır. Örneğin ölümcül bir hastalığa yakalanmış kimsenin tedaviyi reddetmesi ve bu şekilde muhtemel yaşam süresini kısaltması halinde, ortaya çıkan yeni durum açlık grevi veya ölüm orucunda olduğu gibi vadesinden önce ölüm riski olduğuna göre, vadesinden önce ölüm durumu yaratan ötanazi ve tedaviyi reddetme imkânlarını da kabul etmemek, müdahale etmek gerekecektir. Oysa karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, birçok ülkede ölümcül bir hastalığa sahip olanların tedaviyi reddetme hakkı olduğu gibi acı çekmeden gönüllü ölüm veya tıbbi destekli intihardan da yararlanabileceği kabul edilmektedir.^[12]

Nitekim AİHM de aşağıda açıklanacağı üzere, insan hayatını üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumayı amaçlayan ve AİHS’in 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının, ölme hakkını da verdiği şeklinde bir so-

[11] Akıncı, s.751.

[12] Serdaroglu, s.470-479; Muharrem Özen/Meral Ekici Şahin, “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Y.68, S. 4, s.21-24.

nucun söz konusu maddenin yorumundan çıkarılamayacağını belirtmekle beraber, 2. maddenin herhangi bir kimsenin kendi hayatı ile ilgili olarak ne yapmayı tercih ettiği hususuyla ilgilenmediğini de belirtmektedir. Dolayısıyla, açlık grevinde bulunan kimsenin bir temel haktan vazgeçtiği ya da ölüm riski ile karşı karşıya kaldığı, bu nedenle eylemin meşru olmadığı, müdahale edilmesi gerektiği düşüncesi dayanaktan yoksun kalmaktadır.

Yine, açlık grevinin ölümle sonuçlanması ihtimali karşısında, yaşamın değerler sisteminde yer alan en üst değer olduğu, bu değer her ne pahasına olursa olsun korunması gerektiği ifade edilmektedir.^[13] Bu düşünce biçimi, öncelikle hayatı anlamlı kılan ve değerler sisteminde en üst seviyeye çıkaran şeyin ne olduğu sorusunu sormamızı ve hayatın anlamını sorgulamamızı gerektirmektedir. Gerçekten de en üst değer olarak korunması gereken varlık olarak yaşam hakkı, hukuki açıdan en basit şekliyle doğudan hemen sonra ölümden ise hemen önce varlığını sürdüren, nefes alıp verebilme yeteneğiyle kendisini ifade eden bir alana hitap etmekte ise de felsefi ve sosyal açıdan yaşamı anlamlı kılan şey, sadece nefes alıp vermek değildir. Yaşam sahip olunan değerler, ilkeler, prensipler ve fikirler ile anlamlı ve değerli hale gelmekte, sahip olunan sosyal rol, kimlik, bağlar ve etkileşim ile sosyal bir nitelik kazanmaktadır. Bireyin toplumun geri kalan kısmı ile etkileşim ve iletişimini zaman içerisinde yitirerek, toplumdaki rolünün, kimliğinin ve bağlantılarının tamamını veya neredeyse tamamını kaybettiği aşamada ise “sosyal ölüm” meydana gelmektedir. “Sosyal ölüm” halinde birey dış dünyadaki hayatın aktif bir üyesi olma konumunu yitirmekte, fiziki ve tıbbi olarak varlığını sürdürmesine rağmen toplumsal dışlama, ayrımcılığa tabi tutulma ya da kölelikte olduğu gibi tüm medeni haklardan mahrum bırakılma sebebiyle ölü muamelesi görmektedir.^[14]

Dolayısıyla değerler sisteminde yaşamı en üst noktaya çıkaran şey, sosyal rol, kimlik ve bağlantılar ile anlamlı hale gelen ve etkileşim içinde bulunulan yaşamdır. İnsan sadece yaşam hakkına değil onurlu bir yaşam hakkına da sahiptir. Bu nedenle, açlık grevinde bulunan eylemci nefes alıp vermektен ibaret olan tıbbi ve hukuki alanda varlığı kabul edilen yaşamı, sosyal ve felsefi alanda daha değerli ve onurlu bulduğu prensiplere ve ilkelere dayanan sosyal ve anlamlı yaşama erişmek için feda etmektedir. Tıpkı tutulduğu hastalık veya rahatsızlık sebebiyle yaşamını sosyal açıdan

[13] Akıncı, s.741; Feyzioğlu, s.163-164; Ömeroğlu, s.94-95.

[14] Jana Králová, “What is social death?”, *Contemporary Social Science*, 2015, C.10, S.3.

değersiz ve anlamsız bulan kimsenin ölmeyi tercih etmesinde olduğu gibi eylemci de ölmeyi tercih etmektedir. Bu durum, “ölme hakkı veya erken ölümü tercih etme” gibi bir hakkın olup olmadığı sorusunu kendimize sormamıza, diğer yandan da kutsal olduğu belirtilen yaşam hakkının sadece nefes alıp vermektan ibaret olmadığına kabulü halinde intihar etme, açlık grevi, ölüm orucu ve ötanazi kavramları arasındaki farkın sandığımız kadar da çok olmadığına sonucuna ulaşmamıza neden olmaktadır.

Bu itibarla, intiharda hayattan umudunu kesmiş kişinin kendi isteğiyle hayatına son verdiği, gönüllü ölümda katlanılması imkânsız acıya son vermek için kişinin hayatına gönüllü olarak son verilmesini istediği, açlık grevinde ise “amacın politik olduğu, bir isteğe toplumun, kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla açlık grevinin yapıldığı”^[15] iddiası, “yaşam hakkının ‘kişinin hayatta kalma’ hakkından ibaret olmadığı”^[16] düşüncesi kabul edildiğinde, anlamını ve önemini yitirmektedir. Bir başka deyişle, yaşam hakkının ancak diğer temel haklarla birlikte düşünüldüğünde anlamlı olduğu düşüncesinin kabulü, intihar etme, açlık grevi, ölüm orucu ve ötanazi arasında mevcut olduğu iddia edilen farkları belirsiz hale getirmekte, farklılık ve ayrımların tutarsız olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu düşünceye karşı çıkan ve intihar, ölüm orucu, açlık grevi ve ötanazi arasında derin farklar olduğunu, ölme hakkından bahsedilemeyeceğini iddia edenlere göre,^[17] intihara teşebbüs edene ceza verilmemesinin nedeni yaşam hakkına istisna getirmek değil intihar sürecindeki bireyin ceza tehdidinden korkarak vazgeçmekte tereddüt geçirmesini önlemektir. Aynı şekilde bazı hukuk sistemlerinde ötanaziye ceza verilmemesi ya da cezadan indirim yapılmasının amacı da yaşam hakkına istisna getirmekten öte insani acıma hissine değer vermektir. Dolayısıyla intihara teşebbüs ve ötanazi durumlarında bile yaşam hakkına istisna getirildiği savunulamazken, açlık grevleri ve ölüm oruçlarında yaşam hakkına istisna getirildiği ve bu eylemlere müdahale edilemeyeceği düşüncesinin kabul edilemez olduğu belirtilmektedir.^[18] Oysa burada kanımızca savunulan husus, yaşam hakkına

[15] Feyzioğlu, s.157-158, 162.

[16] Sevinç, s.133-134.

[17] Akıncı, s.740-741; Ömeroğlu, s.95; Taşkın, s.556; Arzu Beşiri, “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, S.86, 2009, s.201; Serkan Cengiz, “Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, 2010, S.88, s.423, 425.

[18] Ömeroğlu, s.95-96. Kanımızca, pasif ötanazi ile intihar arasındaki tek fark, intihar-

istisna getirilip getirilmediğinden çok yaşam hakkı ile diğer temel haklar birbiriyle çatıştığından neden yaşam hakkına üstünlük tanıdığımız ve yaşam hakkından ne anladığımız noktasında farklılık göstermektedir.

Yaşam hakkının üçüncü kişilerin harici müdahalelerine karşı savunulması gerektiği tartışmasıdır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3., AİHS'in 2. maddesi yaşam hakkını dış müdahalelere karşı korumaktadır. Buna göre, yaşam hakkı, kamu makamları tarafından öldürülmeme ve yaşama yönelmiş tehlike ve risklere karşı yine yaşamın kamu makamları tarafından korunması hakkını içerir.^[19] Ancak kişinin kendi vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağını, yaşam hakkından vazgeçmenin mümkün olmadığı ve insan yaşamının kutsallığı ile açıklamak hukuki bir yaklaşımdan çok felsefi ya da teolojik bir ön kabul olarak gözükmektedir. Nitekim AİHM'in AİHS'in 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının ölüm hakkını içermediğine ilişkin Pretty kararında bile 2. maddenin hayatın kalitesi ve herhangi bir kimsenin kendi hayatı ile ilgili olarak ne yapmayı tercih ettiği hususuyla ilgili olmadığı açıkça belirtilmektedir. Mahkemeye göre, bu hususların insan yaşamı için devletin müdahale alanından çıkarılmayı gerektirecek derecede esaslı bir unsur olduğunun kabul edilmesi halinde Sözleşme'nin diğer maddelerinde ele alınması veya insan haklarına ilişkin diğer belgelerde düzenlenmesi mümkündür.^[20] Yine Mahkemeye göre, herhangi bir devletin, üçüncü bir kişinin veya kişinin bizzat kendisinin vücut bütünlüğüne zarar vermesini mümkün kılan düzenlemeler yapması veya yapmak istemesi halinde bu durum kişisel özgürlükler ile kamu yararının çatışıp çatışmadığı hususunun denetlenmesini gerektirebilecek ve bu husus ancak her olayın kendi şartlarında ve somut özelliklerine göre çözülebilecektir.^[21]

Yine açlık grevinde temel bir haktan vazgeçildiği ve bunun meşru olmadığı düşüncesine karşı, vazgeçme ile feragat etme, terk etme ve devret-

da ilgili ruhen veya bedenen bir engeli bulunmadığı için ölüm kararını tek başına alıp uygulayabilmekte iken pasif ötanazide ilgili psikolojik veya bedensel engeller sebebiyle ölüm kararını alamamakta, alsa bile uygulayamamaktadır. İlgili ötanazi konusunda üçüncü bir kişinin desteğine ihtiyaç duymakta, bu desteği de hekimlerden talep etmektedir. Bu kararın uygulanmasına ilişkin masraflara da ya kendisi katlanmakta ya da devletten destek almaktadır.

[19] M. Sezgin Tanrikulu, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi*, 2006, S.66, s.52.

[20] *Pretty v. the United Kingdom* (no. 2346/02), § 39, 29 April 2002.

[21] *Pretty v. the United Kingdom*, § 41.

me kavramları arasında farklar bulunduğunu belirtmek gerekir.^[22] Örneğin temel bir hak olan mülkiyet hakkı, kullanma, semerelerinden yararlanma ve yok etme unsurlarını içermektedir. Bir kimsenin maliki olduğu bir eşyayı üçüncü bir kişiye devretmesinde veya bir daha kullanmamak üzere üçüncü bir kişiye bırakmasında ortaya çıkan durum mülkiyet hakkından vazgeçmek değildir. Nitekim Feinberg'e göre, bu durumda sadece o malın mülkiyetinden feragat edilmiş, bir hak olarak mülkiyet hakkından tümüyle vazgeçilmemiştir. Bu tür bir işlem, mülkiyet hakkının sağladığı unsurları kullanmanın yollarından biri olarak düşünülebilir. Benzer şekilde, yaşamak yerine yaşamamayı seçmek de yaşama hakkından vazgeçmek olarak değil yaşamın kendisinden feragat etmek olarak değerlendirilebilir.^[23] Benzer bir yorumda bulunan Wellman'a göre de tedaviyi reddetme sonucunu doğuran pasif ötanazide yapılan şey "vazgeçme/devretme" değil "feragat etme/terk etme" ya da "yetkilendirme" dir. Böylece Wellman'a göre, pasif ötanazide yaşamayı tercih etmemek, yaşama hakkından vazgeçildiği ya da bu hakkın devredildiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla "ötanaziyi seçmek ve bu yolla ölmek" yaşama hakkından vazgeçmek değildir. Aksine yaşam hakkını tam bir özgürlükle kullanmaktır. Çünkü pasif ötanazide kişi tedaviyi reddederek sadece tedavi görme hakkından feragat etmekte, bu hakkı terk etmekte ya da kullanmamaktadır.^[24]

Dolayısıyla, serbest iradenin ürünü olduğunda tereddüt bulunmayan açlık grevlerine yaşamın kutsallığı veya temel haklardan vazgeçilemeyeceği düşüncesiyle yapılan müdahaleler, yaşam hakkını, "kişinin hayatta kalma" hakkına indirgemekte,^[25] hayatın sosyal ve ideale dayalı yönünü ihmal ederek müdahaleyi meşrulaştırmakta yetersiz kalmaktadır. Zaten hükümlü veya tutuklunun serbest iradesinin ürünü olmayan açlık grevlerinde, TCK'nın 298/2. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler, açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik ya da ikna edenler veyahut bu yolda talimat verenler beslenmenin engellenmesi suçundan sorumlu olacaklardır. Yine, "hükümlü ve tutukluların beslenmelerini engellemek, açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik veya ikna etmek, bu yolda ta-

[22] Joel Feinberg, "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", *Philosophy and Public*, 1978, Y.7 S.2, s.115, 117, aktaran: Ertuğrul Cenk Gürcan, "Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *AÜHFĐ*, 2011, Y.60 S.2, s.272-273.

[23] Feinberg, s. 117, aktaran: Gürcan, s.273.

[24] Carl Wellman, "The Inalienable Right to Life and the Durable Power of Attorney", *Law and Philosophy*, 1995, Y.14, S.2, s. 256, 260, aktaran: Gürcan, s.271- 272.

[25] Sevinç, s.133.

limat vermek”, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 44/2-m maddesi gereğince, hücreye koyma yaptırımı ile cezalandırılan bir disiplin suçu olarak da düzenlenmiştir. Bu nedenle, serbest iradenin ürünü olduğunda tereddüt bulunmayan açlık grevlerine yaşamın kutsallığı gerekçesiyle yapılan müdahale, insan iradesini, özellikle bedeni dışında kısıtlı ifade aracına ve olanağına sahip olan hükümlünün kendi bedeni üzerinde tasarruf iradesini yok saymakta, greve neden olan hususları ve eylemcinin talebini daha baştan görmezden gelmekte, devletin hükümlünün bedeni üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin olduğu düşüncesinin zorla kabul ettirilmesine ve insan bedeninin kamu otoritesi karşısında nesneleştirilmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, direnme hakkı, hak arama özgürlüğü ve düşüncüyü ifade özgürlüğü kapsamında, açlık grevi, bireyin özne olarak irade serbestisinin tanınması ısrarından ibarettir.^[26] Yine, bireyin yaşam hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceğini, devletin hükümlü ve tutukluların sağlığını korumakla yükümlü olduğunu^[27] ve yaşam hakkının kapsamına ölüm hakkının girmediğini savunmak, devletin ve toplumun bu hakkı kişi adına elinde tuttuğunu söylemek anlamına gelir ki hukuk devleti anlayışında böyle bir belirlemede bulunmak kabul edilemez.^[28]

Bugün artık “yaşamın kutsallığı tezinden”, “yaşamın niteliği” tezine yani, yaşamın kalitesi ve iyiliği noktasından bireyin özgür tercihlerinin belirleyiciliği noktasına gelinmiştir. Yine günümüzde insan hakları anlayışı, onur ve saygınlık sahibi, ahlaki seçim yapabilen, serbestçe karar verebilen, davranışlarını kendisi yönlendirebilen özgür insan modeli üzerine kurulmuştur. Bu özelliklere sahip olduğu varsayılan insana dolayısıyla kendisiyle ilgili kararları alma yetkisi tanınmalıdır.^[29] Yaşam hakkını koruyacak tedbirleri almak devletin görevidir. Ancak devletin yaşamı koruma ve kişiyi yaşatma ödevi kişinin iradesi hiçe sayılarak zorla yerine getirilemez.^[30] Kişi açıkça beslenme ve tedaviyi reddediyorsa bilinci açık iken açlık grevini ölüm riskini göz önüne alarak sonuna kadar devam ettireceğini belirtiyor ise devletin yaşamı koruma görevi olduğu, yaşam hakkının ölme hakkını içermediği ve kişinin de yaşama ödevi olduğu gerekçesiyle ilgilinin tedavi-

[26] Eren, s.137.

[27] Önok, s.180.

[28] Serdaroğlu, s.487.

[29] Özen/Şahin, s.30.

[30] Özen/Şahin, s.31.

ye zorlanması hukuka aykırılık teşkil eder.

B. Açlık Grevi, İrade Serbestisi ve Temel Hakların Kötüye Kullanılmaması

Açlık grevinde amaç gerçekten de ölmek değil çoğu zaman daha iyi bir yaşam için gerekli olduğuna inanılan talepleri kabul ettirebilmektir. Bunun için elde kalan son koz olan yaşamayı tercih etmeme söz konusudur. Grevciler, hiç kimsenin, bir insanın göz göre göre ölümü karşısında kayıtsız kalamayacağı inancıyla hareket ederler. Açlık grevi yapan kişi, amacına ulaşmak için en temel gereksinimini, yani beslenmeyi terk etmekte ve bu yolla diğer tüm temel hakların da kaynağı olan “yaşama hakkı” nı kullanmayı tercih etmemektedir.^[31] İlkeler doğrultusunda şekillenen ideal yaşama ulaşmak adına, nefes alıp vermekten ibaret tıbbi manada yaşamı daha fazla tercih etmeyen bir eylemci için açlık grevi bir kararlılık göstergesi ve kişinin kendi iradesiyle üzerinde tasarrufta bulunabileceği tüm haklara yönelik irade serbestisi ilkesinin sınırlarının sonuna kadar zorlanmasının bir ifadesidir. Özellikle, hükümlüler açısından hapis cezaları bedeninin belli bir yere kapatılması suretiyle uygulandığından, hükümlülerin protesto ve direniş biçimleri de temelde beden üzerinden gelişmekte, insan bedeni bir “araç veya aracı” hâline getirilerek direnebilmekte, insan bedeni bir tebliğ, protestonun ya da taleplerin göstergesine çevrilebilmekte, talepler bu şekilde dile getirilebilmektedir.^[32]

Ancak açlık grevinin yaşam hakkından vazgeçmeye neden olması ve temel bir haktan vazgeçilemeyeceği düşüncesinin yanında, açlık grevinde irade serbestinin ve temel hakların kötüye kullanıldığı, bu nedenle de açlık grevlerinin savunulamayacağı iddia edilmektedir.^[33] Nitekim İspanya’da GRAPO’nun (*Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre - 1 Ekim Anti-Faşist Direniş Grupları*) düzenlediği açlık grevleri sırasında konu hakkında görüş bildiren İspanyol anayasa hukukçusu M. Aparicio, siyasi amaçla yapılan grevin, temel bir hakkın kötüye kullanılması olduğunu savunmuştur. Aparicio’ya göre, kısıtlı kişilerin kendi yaşamları konusunda karar verme hakları yoktur ve devletin görevi onların yaşam ve sağlığını korumaktır. Belirli hakların, o hakların içeriğiyle ilgisi olmayan amaçlar için kullanılması durumunda temel hakların kötüye kullanılması söz ko-

[31] Önok, s.142; Sevinç, s.113

[32] Eren, s.127.

[33] Sevinç, s.131, 132.

nusudur ve bu durumda zor kullanılarak yapay beslenme yöntemine de başvurulabilir.^[34]

Sevinç tarafından da aktarıldığı üzere, eğer açlık grevinin, Anayasa'nın 26. maddesine uygun olarak düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında bir temel hak olduğu ve asıl amacın "ölmek" olmadığı kabul edilirse eylemin yöneldiği amacın "yaşam hakkını" ortadan kaldırmak olmadığı, dolayısıyla bir temel hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağı da kabul edilebilir.^[35] Nitekim ölümü amaçlayarak bilerek ve isteyerek yaşam hakkından vazgeçmek ile istenen sonuç ölüm olmamasına rağmen ölümün gerçekleşeceğini öngörmek arasında fark vardır. Bu nedenledir ki sonuç alınamayan tedavinin kesilmesi ve bu şekilde öngörülen ancak amaçlanmayan ölüm sürecinin hızlandırılması şeklinde gerçekleşen pasif ötanazi tıp ve hukuk dünyasında yaygın taraftar bulurken, ani ölüme neden olan, öldürmeye yönelik amaçlanan eylemin fail/doktor tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirildiği aktif ötanazi yaygın bir kabul görmemekte, tereddütler bulunmaktadır.^[36] Açlık grevinde, eylemcinin amacı gerçekten de ölmek değil nefes alıp vermektense öte daha iyi bir yaşam sürmektir. Bu amaçla yapılan grevde, durumu kötüleşen eylemcinin zorla yapay yollarla beslenmesi - zorla besleme tıbbi müdahalenin tek şekli olmamakla beraber^[37]- eylemciyi hayata döndürecek tedavinin ya da tıbbi müdahalenin esasını oluşturmaktadır. Nasıl ki pasif ötanazide hasta daha fazla yaşamak için tıbbın sunduğu mevcut olanakları reddedebiliyorsa eylemci de zorla yapay besleme şeklindeki tedaviyi reddedebilmelidir. Nitekim beslenme ihtiyacı olan bir hastaya bilinçli olarak ihtiyacı olan besin desteğinin verilmemesinin pasif ötanazi olduğu, *Cruzan* vakası olarak bilinen vakada kabul edilmiştir. Bu vakada, 25 yaşında geçirdiği kaza sonucunda bitkisel hayata giren ve sekiz yıl bitkisel hayatta yapay olarak beslenen *Nancy Cruzan*'ın beslenme tüplerinin çekilmesi suretiyle yaşamına son verilmesi yönünde ailesinden gelen talebi kabul eden Missouri Mahkemesi'nin kararının, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından onandığı belirtilmekte-

[34] Cemal, Bali Akal, "İspanya'da Açlık Grevlerinin Doğurduğu Sorunlar", *Argumentum*, Şubat 1992, Y.2, S.19, s. 293, aktaran: Sevinç, s.131

[35] Sevinç, s.132.

[36] Gürcan, s.265; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Bası, Beta, İstanbul, 2019, s.402-405; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10.Baskı, Seçkin, 2019, s.330-333.

[37] Önok, s.143.

dir.^[38] Yine yukarıda aktarılan *Pretty* ve ardından gelen *Lambert ve diğerleri* kararında, AİHM, ölüm sonucunun istenmediği ama öngörüldüğü hallerde, bir kimsenin bilinci yerinde iken yaşam süresini uzatacak tıbbi tedaviyi reddetmesi durumunda, ilgilinin bilinçli rızası veya aydınlatılmış onamı olmaksızın uygulanacak tedavinin Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında hayat tarzına müdahale ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının ihlali sayılabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bir kimsenin hayat süresini uzatacak bir tedaviye rıza göstermemek suretiyle ölümü tercih etmesi mümkündür.^[39]

Görüldüğü üzere, açlık grevinde bir hakkın kötüye kullanılması veya vazgeçilmesi söz konusu olmayıp açlık grevinde ve devamında ölüm orucunda, tıpkı pasif ötanazi durumunda olduğu gibi tedaviyi reddetme, tedavi görme hakkını kullanmama söz konusudur. Tedaviyi red hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve cezalandırılmaması gerektiği belirtilen pasif ötanazide^[40] nasıl ki ilgili zorla tedaviye tabi tutulmuyorsa açlık grevi yapan eylemci bilinci açık iken zorla beslenmeyi reddetmiş ise bu iradeye de saygı duyulmalı, bu iradeye saygı duyan hekimler için herhangi bir cezai sorumluluk doğmamalıdır.^[41] Ancak, bir kişi açlık grevini, cezaevinden cezasını tamamlamadan çıkmak için yaparsa bu durumda hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilir. Bu nedenle, açlık grevinin temel bir hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verip vermediği her somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.^[42] Bununla beraber, açlık grevine temel bir hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince eylemcinin düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin özüne dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz. Aksi durumda açlık grevine yapılan müdahale, hakkın kullanılmasının durdurulması veya askıya alınması anlamına gelebileceğinden, böyle bir durum Anayasa'nın 15. maddesi gereğince ancak savaş, sıkıyönetim ve seferberlik halinde söz konusu olabilir.

[38] Besiri, s.192-193.

[39] *Pretty v. the United Kingdom*, § 63; *Lambert and Others v. France* [GC], (no. 46043/14), § 180, 5 June 2015.

[40] Özen/Şahin, s.31.

[41] Karşı görüş için bkz. Önok s. 172-174.

[42] Sevinç, s.132. Temel bir hakkın kötüye kullanımı ve açlık grevi kapsamında, açlık grevi sırasında toplanma hakkının kötüye kullanıp kullanılmadığı ve müdahalenin orantılı olup olmadığı hakkında bkz. *Cisse v. France*, (no.51346/99), 9 April 2002.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında, açlık grevi, arzu edil-meyen, kişisel olarak hiçbir şekilde desteklemeyeceğimiz, ancak başından sonuna kadar her zaman meşru bir eylem ve düşünceyi ifade biçimidir. Nitekim AİHM, ifade özgürlüğü kapsamında AİHS'in 10. maddesinin, ifade edilen fikir ve bilgilerin yalnızca içeriğini değil aynı zamanda aktarım şeklini de koruduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, insanların düşüncelerini, fikirlerini ve eleştirilerini genel yöntemlere kıyasla daha az aşikâr olan yöntem ve araçlarla aktarmaları ve ifade etmeleri halinde de Sözleşme'nin 10. maddesinin geçerli olduğunu belirtmiştir.^[43] Bu nedenle, bir hakkın yine hukuk düzenince izin verilen yöntemler ile talep edilme-si gerektiği, bu nedenle hak arama hürriyetinin sadece idareye ve yasama organına dilekçe verme ve yargı mercilerine başvurmak yöntemlerini kap-sadığı, dolayısıyla amacı her ne olursa olsun açlık grevlerinde kullanılan yöntemin meşru olmadığı ve hak arama hürriyeti kapsamında değerlendiril-meyeceği düşüncesine^[44] katılmıyoruz.

Ancak Anayasa Mahkemesi ceza ve infaz kurumlarında hükümlü ve tutuklular tarafından yapılabilecek açlık grevlerini ifade özgürlüğü kapsa-mında değerlendirmemekte, bir disiplin sorunu olarak görmekte, cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünün ihlali saymakta, disiplin cezasıyla cezalandırılmasını hukuka uygun bulmaktadır. Nitekim aşağıda da ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere, cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünün açlık grevi yapılarak ihlali halinde uygulanması gereken “*bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma*” disiplin cezasının (CVGTİHK m.40/2-g), ifade özgürlüğüne yönelik ölçsüz bir sınırlama olduğu ge-rekçesiyle iptali istemiyle yerel mahkemelerce yapılan itiraz başvuruları, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, “*ceza infaz kuramlarının, yapıları gereği hürriyetin sınırlandırıldığı ve Devletin kontrolü altındaki özel alanlar olması ve dolayısıyla Devletin hem bu kurumda bulunanların güvenliklerini ve sağlıklarını koruma hem de disiplini tesis etme yükümlülüğünün bulunması karşısında, hükümlülerin ve tutukluların da ceza infaz kurumlarında diledikleri şekilde eylem yapma özgürlüğünün bulunmadığı, kamu düzeninin sağlanması ama-cıyla hükümlülerin ifade özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, sınırla-*

[43] Kılıçdaroğlu v. Turkey (no.16558/18), § 62, 27 October 2020; Murat Vural / Tür-kiye (Başvuru no.9540/07), § 44, 21 Ekim 2014; Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no.346/04 ve 39779/04), § 45, 27 Mayıs 2014; Oberschlick v. Austria (no. 11662/85), § 57, 23 May 1991.

[44] Taşkın, s.555-556.

manın kanunla ve Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak yapıldığı" gerekçesiyle itiraz talebinin reddine karar vermiştir.^[45] 9'a karşı 6 oyla oyçokluğuyla alınan bu kararda, itirazın reddi yönünde oy kullanan üyelerce, açlık grevinin hukuki niteliğine yönelik herhangi bir detaylı tartışma yapılmadığı gibi AİHM'in açlık grevine müdahaleye ilişkin içtihatlarına da herhangi bir atıf yapılmamıştır. Buna karşılık karşı oy yazılarında, bu makalede de belirtildiği üzere, açlık grevinin AİHS'in 9. ve 10. maddesinde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında korunduğu ve bu özgürlüğün kullanımında ifade tarzları arasında bir ayırım bulunmadığı ifade edilmiştir. Ardından, CVGTİHK'nın 40/2-g maddesinde, açlık grevinin cezaevi güvenliğini bozucu halleri ile masum bir demokratik tepki olarak bireysel tercih sonucu ifa edilen halleri arasında hiçbir ayırım yapılmadığı, bu durumun eylemi yorumlayacak kişiler yönünden açıkça keyfilik ve kişiden kişiye değişecek belirsizlik içerdiği, müdahaleye meşruluk verecek güvenceden yoksun olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.^[46]

Bu nedenle, hayati risk aşamasına gelmiş açlık grevine müdahale edilip edilmeyeceği sorunu, meşruiyetten çok mazeret nedeninin veya hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı sorundur. Bu durumda, açlık grevlerine veya ölüm oruçlarına hangi hallerde müdahale edilebileceği, hangi hallerde sınırın aşılmış sayılması gerektiği, hukuka uygunluk nedenleri açısından ele alınıp incelenmelidir.

II- AÇLIK GREVİNE MÜDAHALE SORUNU VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

"Mazeret nedenleri" ya da "suçu ortadan kaldıran objektif nedenler" olarak da adlandırılan hukuka uygunluk nedenleri 5237 sayılı TCK'da "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında (m.24-26) düzenlenmiş olup bu nedenler fiilin hukuka aykırılığını kaldırıp hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkmasını sağlarlar.^[47] Bu itibarla, ceza

[45] Çankırı İnfaz Hâkimliği ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesince verilen 10.10.2013 tarih ve E.2013/6, K.2013/111 sayılı karar. R.G. Tarih-Sayı: 09.05.2014-28995.

[46] Karşı oy yazıları AYM, 10.10.2013 tarih ve E.2013/6, K.2013/111 sayılı karar. R.G. Tarih-Sayı: 09.05.2014-28995.

[47] Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2012, s.149.

hukukçularının çoğunlukla açlık grevinin hukuki niteliğine bütüncül ve sistematik bir yorumla yaklaşmak yerine, bir dereceye kadar zorlama yorumlarla, açlık grevine müdahalenin nasıl mümkün olabileceği konusuna yoğunlaştığı, konuya ilişkin eserlerin bazılarının mülga 765 sayılı TCK dönemine ait olduğu ve yazarların görüşlerini 5237 sayılı TCK kapsamında yeniden değerlendirmeye tabi tutmadıkları görülmektedir.^[48]

Örneğin Feyzioğlu'nun konuya ilişkin yaklaşımı esas itibarıyla "açlık grevinin ölüm sonucunu doğurmadan önce kişiye kalıcı bir takım zararlar verme tehlikesine neden olduğu andan itibaren meşruiyetini kaybettiği"^[49] düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü açlık grevi hayati tehlikenin olduğu andan itibaren gayri meşru kabul edilirse idarenin bu andan itibaren ölüm sonucunun önlenmesi için eylemcinin isteğini kabul etmesi, gayri meşru bir eyleme boyun eğilerek karar alındığı sonucunu doğurur. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, idarenin kabule ilişkin kararı, rüşvet karşılığında veya tehdit altında alınan hukuka aykırı karardan farksız hale gelir. Bu görüşün kabulü yine, idarenin eylemcinin talebiyle uyumlu aynı idari kararının hayati tehlikeden önce meşru, hayati tehlikeden sonra gayri meşru olduğu çıkarsamasında bulunmamıza neden olur ki aynı kararın hem gayri meşru hem meşru sayılmasının mantiki tutarsızlığı ortadadır.

Yine Feyzioğlu'na göre, açlık grevine müdahale edenin, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa hükümlerinden yararlanması mümkündür.^[50] Ancak açlık grevine müdahale edenin, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa hükümlerinden yararlanabileceğini söyleyebilmek için kişinin kendi bedeni üzerinde aç kalmak suretiyle yaptığı müdahaleyi "haksız saldırı" olarak nitelendirmek gerekir. Bu durumda açlık grevi yapan kişi, hem vücudu üzerinde haksız saldırıda bulunulan mağdur, hem de haksız saldırıyı yapan fail konumundadır. Oysa Anayasa'nın 26., Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri göz önüne alındığında bir kimseye yemek yeme mükellefiyeti yükleyen norm olmadığı gibi bir kimsenin kendisine eziyet etmesini engelleyen norm da yoktur.^[51] Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesi gereğince, bir kimsenin kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmesi hali suç olarak öngörülmesine rağmen bu durumda fail ve mağdur sıfatları birleş-

[48] Akıncı, Feyzioğlu, Soyaslan, (Açlık Grevi).

[49] Feyzioğlu, s.163.

[50] Feyzioğlu, s. 166,167.

[51] Akıncı, s.750-751.

memektedir. Bu suç türünde, kişi kendisine eziyet ettiği için değil askerlik hizmetini yapmasına ilişkin bir menfaati ihlal ettiği için cezalandırılmakta ve suçun mağduru menfaati ihlal edilen devlet olmaktadır. Yine TCK'nın kabul ettiği sistematik içinde TCK'nın 91. maddesinde öngörülen organ veya doku ticareti suçu hariç, aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı ilkesi kabul edilmiştir.^[52] Bir kimsenin aynı anda bir eylemin hem faili hem de mağduru olması düşünülemeyeceğine göre, bu düşünce de zorlama bir düşüncedir. Yine aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacak, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin^[53] 5. ve 9. maddesinin öngördüğü tıbbi müdahale ve tedaviyi reddetme hakkı dikkate alındığında, yapay beslenmeyi reddetmenin haksız saldırı olduğunu kabule olanak kalmamaktadır. Açlık grevine yapay beslenme yoluyla zor kullanarak müdahale etmek de bir tıbbi müdahale olup hukuk sistemleri hukuka uygunluk nedenleri konusunda kendi içinde çelişkiye düşemez. Yani bir hareket tarzını hak olarak kabul ettikten sonra, aynı hareket tarzını haksız saldırı sayamaz.^[54] Bu durumda meşru savunma hükümlerinin de uygulanması mümkün olmayacaktır.^[55]

Açlık grevine müdahale halinde hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna cevap arayan Soyaslan'a göre, kişinin kendi vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı, vücut bütünlüğünü bozma değil geliştirme yönünde verilmiş bir haktır. Dolayısıyla kişinin sağlığını geliştirmeyi ve iyileştirmeyi amaçlamaktadır. Nasıl ki bir kimsenin yemek yemesini engelleyen diğer bir kimse ilk etapta etkili eylemden, ardından ölümden sorumlu tutuluyor ise kişinin kendini aç bırakma eylemi de ceza kanunu açısından suç değil ise de ceza kanunu tarafından tasvip edilmeyen, hukuka aykırı bir fiildir. Çünkü eylemci sağlığını geliştirme ve

[52] TCK'nın 91. maddesinde öngörülen organ veya doku ticareti suçları düzenlenirken, aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı ilkesi gözden kaçmıştır, Toroslu, s.105; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *AÜHFED*, 2012, Y. 61, S.2, s.663.

[53] Kısa adıyla "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi" olarak bilinen Avrupa Konseyi "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Avrupa Konseyi tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, 9 Aralık 2003 gün ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5013 sayılı Kanun ile iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

[54] Toroslu, s.149,151.

[55] Ömeroğlu, s.102.

iyileştirme amacı içermeyen bir davranışla vücut bütünlüğü üzerinde ve kendisine ait olmayan bir hak üzerinde tasarrufta bulunmaktadır ve bu da hukuka uygun değildir.^[56] Ancak vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkının, sadece sağlığı korumak ve bedeni geliştirmek üzere verilmiş bir hak olduğunun kabulü, tamamıyla estetik kaygılar ile vücut üzerinde yapılan küpe takma, piercing (halka takma), yağ aldırma, dudak doldurma, kulak küçültme gibi müdahalelerin hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirir.

Aynı şekilde Soyaslan tarafından ileri sürülen rıza olmadan açlık grevine müdahale eden kimsenin zaruret halinden yararlanabileceği düşüncesi de eksiktir. Bu bağlamda Soyaslan'a göre, açlık grevine müdahale ederek başkasını hayati bir tehlikeden kurtaran kimse, aslında topluma ait olan hayatı kurtarmaktadır.^[57] Dolayısıyla, hastanın direncini zorla kırarak hastayı kurtaran kişi, üçüncü kişi lehine hem meşru müdafaa hem de ıztırap halindedir.^[58] Fakat bilindiği üzere zaruret halinden yararlanabilmek için kişinin tehlikeye yani açlık grevi nedeniyle oluşan ölüm tehlikesine bilerek sebebiyet vermemesi gerekir.^[59] Oysa tehlikeyi eylemcinin kendisi yapay beslenmeyi reddederek yaratmaktadır.

Kanımızca açlık grevine müdahalede bulunan kimsenin meşru müdafaadan ya da zaruret halinden yararlanabileceğine ilişkin düşünceler, hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hallerde fiilin artık hukuka aykırı sayılamayacağı ve tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunamayacağı gerçeğini göz ardı etmektedir.^[60] Müdahaleye belli bir aşamadan sonraya izin verilmesinin meşru, belli bir aşamadan önce izin verilmesinin meşru olmadığı tartışması buradan kaynaklanmaktadır. Oysa “davranış ile hukuk düzeni arasındaki bir çelişki anlamında hukuka aykırılık derecelendirilemez.”^[61] Hukuka aykırılık ya vardır ya da yoktur. Dolayı-

[56] Soyaslan, Açlık Grevi, s.277-278.

[57] Soyaslan, Açlık Grevi, s.279.

[58] Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s.366.

[59] Soyaslan, Ceza Hukuku, s.399; Toroslu, s.168; Zafer, s.389; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17.Baskı, Seçkin, 2017, s.251, 253.

[60] Özbek/Doğan/Bacaksız, s.276; Özgenç, s.313, 317; Öztürk/Erdem, s.228-229; Soyaslan, Ceza Hukuku, s.359; Toroslu, s.149,150; Zafer, s.352.

[61] Öztürk/Erdem, s.229. Aynı düşünceler için ayrıca bkz. Özgenç, s.317; Toroslu,

sıyla aç kalmak suretiyle besin almaya ve yapay beslenmeye direnme, ya baştan itibaren hukuka uygun ya da hukuka aykırıdır ve bu husus tüm hukuk düzenine bakarak belirlenir.

Kanaatimizce açlık grevine müdahalede cezai müeyyideyi ortadan kaldıracabilecek tek olasılık hekimler için geçerli olan ve TCK'nın 24. maddesinde yer alan "kanun hükmünü yerine getirme" halidir.^[62] Ancak burada, kanımızca, hukuka uygunluk nedeni yerine hekimlik mesleğini icra eden kimselere tanınmış kusurluluğu ortadan kaldıran kişisel bir cezasızlık sebebi söz konusudur demek daha doğru olur. Aksi bir yorum, asıl failin eyleminin hukuka aykırı olmadığı veya kastının bulunmadığı hallerde, diğer şeriklerin de kastının olmadığı veya hukuka aykırı davranmadığını öngören iştirakte bağlılık kuralı gereği (TCK, m.40/1), hekimle birlikte açlık grevine müdahale eden kimselerin de ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmamıza neden olur ki kanaatimizce hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler buna izin vermemektedir.^[63] Burada kanunun, belirli statüde olan kişilere, görevleriyle ilgili ve görevlerinin verdiği yetki sınırı içinde yaptıkları hareketin hukuka aykırı olmayacağını belirtmesi söz konusudur.^[64] Bu itibarla, bu tür hallerde sınırlı kişilere tanınmış "görevin ifası" veya "görevin yerine getirilmesi" şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninden söz etmek daha uygun olacaktır. Çünkü bu tür durumlarda, ilgili kişi açısından bir görev vardır ve bu görevin yerine getirilmesi sırasında sınırın aşılmış aşılmadığı, hukuka uygun hareket edilip edilmediği görevin mahiyeti ile bağlantılı olarak belirlenebi-

s.149-150.

[62] Aynı görüş için bkz. Önok, s.152. Doktrinde Soyaslan (Ceza Hukuku s.366), hekimin tıbbi müdahalesini ceza kanunda yer almayan hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ederken, Zafer (s.397), Öztürk/Erdem (s.260), Özbek/Doğan/Bacaksız (s.312) tıbbi müdahaleyi TCK'nın 26.maddesi kapsamında hakkın icrası olarak değerlendirmektedir. Özgenç ise hekimin tıbbi müdahalesini rıza kavramı üzerinden açıklamakta, ayrıca hekimin kanun hükmünü icra ettiğini ve görevi yerine getirdiğini belirtmektedir, s.330-331, 387-390.

[63] Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 19.2.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazete, m.6; Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi Cezaevlerinde Sağlık Hizmetleri Raporu (1993), m.45, 46, 47; Dünya Hekimler Birliği Malta Bildirgesi, 1991, Giriş, m.3, m.4 Açlık Grevlerinin Yönetiminde Temel İlkeler, m.4; 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70; Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m.5, m.9; Hasta Hakları Yönetmeliği 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete, m.22, 24, 25.

[64] Öztürk/Erdem, s.235.

lir.^[65] Bununla beraber, hukuk normundan ya da kanundan kaynaklanan görevi yerine getiren kimsenin fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için fiilin görevin kaynağını oluşturan hukuk normunun belirlediği bütün şartlara uygun biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekir.^[66] Kanun tarafından kendisine yetki ve görev verilmeyen kamu görevlileri kanun hükmünü icra ettiğini iddia edemez, başka bir deyişle hekim burada yetkisini doğrudan kanundan alır.^[67] Hekimin kendisine tanınan sınırlar içerisinde hareket etmesi halinde, hekimin talimatları doğrultusunda hareket eden diğer sağlık personeli için ise TCK'nın 24. maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında düzenlenen yetkili merciin emrini yerine getirme söz konusu olacaktır.

Kanun hükmünü icra şeklindeki hukuka uygunluk nedenindeki “kanun” deyimini normatif düzenlemeler içeren tüm yazılı hukuk kurallarını ifade etmektedir.^[68] Bu nedenle, Anayasa'nın usulüne göre onaylanmış milletlerarası andlaşmaların üstünlüğü ve öncelikle uygulanması gerektiğini öngören 90/son maddesi gereğince, hekimin “kanunun” kendisine tanıdığı sınırlar içinde hareket edip etmediği belirlenirken, AİHS, bu sözleşmeyi yorumlamaya yetkili AİHM'in içtihatları ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş diğer ilgili uluslararası sözleşmeler öncelikli olarak dikkate alınmalıdır.^[69] Bu bağlamda, başka yazarlar tarafından da dile getirildiği üzere^[70] hekim için uygulanabilecek ve kusurluluğu ortadan kaldıran kanun hükmü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 82. maddesinin birinci fıkrası değildir.^[71] Söz konusu

[65] Özbek/Doğan/Bacaksız, s.280-281; Özgenç, s.330-331, 390.

[66] Toroslu, s.152.

[67] Özbek/Doğan/Bacaksız, s.280; Zafer, s.368.

[68] Özbek/Doğan/Bacaksız, s.283; Özgenç, s.330; Toroslu, s.152; Zafer, s.368.

[69] Özbek/Doğan/Bacaksız, s.285.

[70] Ömeroğlu, s.102.

[71] Madde 82- (1) Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psikososyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve

hüküm, beslenmeyi reddederek açlık grevi yapan veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden hayatî tehlikesi olan veya bilincinin bozulduğu tespit edilen hükümlülere müdahale etme konusunda cezaevi hekimine yetki vermekte, hükümlünün rızasını aramamaktadır. Oysa 03.12. 2013 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülen ve iç hukuk kuralı haline dönüşen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi "sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir" hükmünü, 9.maddesi ise "müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır" hükmünü içermektedir.

Yine söz konusu 82. madde, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 40., "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük" ün^[72] 79. ve 80. maddeleriyle beraber değerlendirildiğinde, bu maddenin tıbbi zorunluluktan çok cezanın infazının gerçekleştirilebilmesi için hükümlünün beden bütünlüğünü ve sağlığını koruma amacına yönelik olduğu ve söz konusu maddenin devletin hükümlünün bedeni üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi olduğu düşüncesine dayandığı görülmektedir.^[73] Çünkü Tüzüğün 79. maddesine göre, hükümlü, hapis cezasının yerine getirilmesine katlanma ve bu amaçla düzenlenen infaz rejimine uygun tutum ve davranışlar içinde bulunmakla yükümlüdür. Her ne amaçla olursa olsun, bilerek kendi yaşamını ve bedensel bütünlüğünü tehlikeye düşürecek eylemlere girişen hükümlü cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünü ihlâl etmiş sayılır. Bu bağlamda, söz konusu yükümlülüğün açlık grevi yapılarak ihlali CVGTİHK m. 40/2-g gereğince, hükümlünün bir aydan üç aya kadar süreyle kurumun kültürel ve spor etkinliklerine katılmaktan alıkonulması cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bununla beraber, CVGTİHK'nın

beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır...

(4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayatî tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.

[72] 06.04.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete.

[73] Eren, s.137.

82.maddesinde tedbirlerin onur kırıcı olmamasına vurgu yapılmasına rağmen, aşağıda açıklanacağı üzere, AİHM içtihatlarında belirtilen tedbirin uygulanmasında kullanılan yöntemlerin onur kırıcı olmaması hususuna vurgu yapılmadığı, kurum hekimi dışında kalan kişilerin yapılacak müdahaleye ilişkin yetki ve sorumluluklarının tam olarak belirlenmediği görülmektedir.

Bu durumda, söz konusu 82. madde ve Tüzük hükümleri gereğince açlık grevi yapan bilinci açık bir hükümlüye hayati tehlikesi olduğu gerekçesiyle yapılacak müdahalenin, kanunun lafzi yorumundan hareketle ceza sorumluluğu doğurmayacağı düşünülse bile^[74] hukuk sistemi ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile bir bütün olarak ele alındığında, böyle bir müdahalenin hukuka uygun olmadığı^[75] ve ceza sorumluluğunu gerektirdiği düşüncesindeyiz. Çünkü aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere, açlık grevi yapan bir hükümlünün, bilgilendirmeye dayalı bilinçli rızası olmaksızın tedaviye tabi tutulması, AİHS'in 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında hayat tarzına müdahale ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının ihlali sayılmaktadır. Bununla beraber, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesinin 5. ve 9. maddeleri ile Hasta Hakları Yönetmeliğinden^[76] kaynaklanan bilgilendirmeye dayalı rızanın alınmaması halinde yapılacak müdahale, taraf devletin usuli yükümlülüklerine aykırı davrandığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline sebebiyet verecektir. Ayrıca müdahalenin icra şekli ve kullanılan araçlardan kaynaklanan sebeplerle Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen asgari şiddet eşiğinin aşılması halinde, müdahalenin işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele sayılması mümkün olabilecektir.^[77] Nitekim AİHM'e göre, bilinci kapanan eylemci sağlık durumu hayatını tehdit etmesine rağmen her türlü müdahaleyi açıkça önceden reddetmiş ise bu iradeye saygı duyulması ve müdahale edilme-

[74] Önok'a göre (s.174), hayati tehlikesi olan mahkûma doktorun müdahale yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle mahkûmun sağlığının bozulması veya ölmesi durumunda, yükümlülüğünü yerine getirmeyen doktorun kusurunun türüne göre, hareketsiz kalmasından ötürü ihmal suretiyle meydana gelecek yaralama veya ölümden sorumlu tutulması gerekmektedir. Fezyioğlu ve Soyaslan ise müdahale edilmemesi durumunda cezaevi hekimi ve diğer ilgililer için görevi ihmal suçunun oluşacağını belirtmektedir, Fezyioğlu s.167, Soyaslan s.279-280.

[75] Benzer görüş için bkz. Özgenç, s.376, 389.

[76] Hasta Hakları Yönetmeliği 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete, m. 15, 18, 22, 24, 25.

[77] Benzer görüş için bkz. Cengiz, s.437; Ömeroğlu s.104.

mesi Sözleşmenin ihlali sayılmaz.^[78]

Dolayısıyla, TCK'nın 24. ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 82. maddesi, bilinci açık ve müdahaleyi reddeden eylemcilere müdahaleye izin verecek şekilde geniş yorumlanamaz.^[79] Bilinci kapalı eylemcilerin durumuna gelince, eğer eylemci, bilinç kaybı veya koma halinde müdahale edilip edilmemesi konusunda daha önceden herhangi bir irade beyanında bulunmamışsa hekim, ancak geri döndürülemez zararların doğmasını engellemek amacıyla, eylemcinin menfaati doğrultusunda tıbbi bir gerekliliğin tespit edilmesinin ardından, durumun gerektirdiği ölçüde zor kullanılarak müdahalede bulunabilir. Nitekim bilinç kaybı veya koma halinde müdahale edilip edilmemesi konusunda daha önceden herhangi bir irade beyanında bulunmayan eylemci hakkında, AİHM, aşağıda da açıklanacağı üzere, daha sonradan tıbbi bir gerekliliğin tespit edilmesinin ardından müdahalede bulunulmasını, tıbbi müdahalenin başvuranı aşağılama ve cezalandırma amacı taşıması ve zorlayıcı yöntemlerin kullanılmaması şartıyla Sözleşmeye uygun bulmaktadır.^[80] Bu halde de müdahale gerek uygulanma şekli gerekse kullanılan yöntemler bakımından ölçülü olmalıdır. Zorunlu olanın ötesinde güç ve yöntemler kullanılması halinde hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması söz konusudur (TCK m.27).

Bilinci kapalı ve daha önceden irade beyanında bulunmamış eylemciler ile ilgili olarak hekimin hukuka uygunluk nedeni olarak “varsayılan rızadan”^[81] faydalandığı söylenebilir. Varsayılan rıza hukuksal yararın sahibinin, örneğimizde eylemcinin, gerçek anlamda tedavi veya müdahaleyi onaylayan bir iradesinin mevcut olmadığı, ilgilinin bilinç kaybı halinde yapılacak işlemlere dair rızasının önceden zamanında alınmadığı, ancak ilgiliye sorulsaydı rıza göstereceğinin kabul edileceği hallerde söz konusu

[78] Horoz / Türkiye (Başvuru no. 1639/03), § 28, 31 Mart 2009.

[79] Özgenç'e göre, rıza aranmaksızın bir kimseye tıbbi müdahalede bulunulması ancak kamu sağlığını korumak gerekçesiyle ve ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemesi koşuluyla mümkündür, s.389. Nitekim 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 103. ve 107. maddeleri gereğince frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr hastalıklarına tutulanların tedavisi zorunlu olup tedavi olunmaması halinde zor kullanılması, ilgilinin bir hastanede tecrit ve tedavi altına alınması mümkündür.

[80] İbrahim Ayhan Özgül / Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.7715/02), 6 Mart 2007, s.7, 8.

[81] Öztürk/Erdem, s.268; Özbek/Doğan/Bacaksız s.316, 340; Soyaslan, Ceza Hukuku, s.366. Karşı görüş için bkz. Özgenç, s.394.

olur. Bunun için de eylemcinin bireysel yararları, istekleri, gereksinimleri ve değer yargıları göz önünde tutulmalıdır.^[82] Ancak özgür iradesiyle, yapay beslenmeyi reddeden ve bu kararının bilincinin kapanması sırasında da geçerli olacağını önceden belirten bir eylemcinin, önceden açıklamış olduğu iradesi kendisiyle ilgilenen hekim tarafından sonraki aşamalarda da dikkate alınmak zorundadır.^[83] Bu tür varsayıma dayalı ve hukuka uygunluğu tartışmalı kararların önlenmesi için açlık grevi sırasında tedaviyi, yapay beslenmeyi ve müdahaleyi reddeden hükümlülere ilişkin olarak doktorların takip edeceği temel kuralların açık bir şekilde belirlenmesi, bilinç kaybı ve koma halinde eylemcinin önceden açıkladığı iradesinin geçerli olup olmadığının önceden kayıt altına alınması gerekmektedir.

Nitekim açlık grevi sırasında tedaviyi, yapay beslenmeyi ve müdahaleyi reddeden hükümlülere ilişkin olarak doktorların takip etmesi gereken temel ilkeler, Dünya Hekimler Birliği'nin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesinde (*The World Medical Association Declaration on Hunger Strikers*) ortaya konmuştur. Söz konusu bildirme, Dünya Hekimler Birliği (*The World Medical Association*) tarafından Kasım 1991 tarihinde Malta'da düzenlenen 43. Dünya Tıp Kongresi'nde (*World Medical Assembly*) kabul edilmiştir. Ardından Malta Bildirgesi'yle belirlenen ilkeler Eylül 1992'de Marbella İspanya'da toplanan 44. Dünya Tıp Kongresi'nde revize edilmiş, Ekim 2006 tarihinde Güney Afrika'nın Pilansberg şehrinde toplanan 57. Dünya Tıp Kongresi'nde ise söz konusu ilkeler nihai şeklini almıştır.

AİHM'in açlık grevlerine müdahale konusunda verdiği *Nevmerz-hitsky*^[84] ve *Ceesay*^[85] kararlarında da dikkate alınan Malta Bildirgesi'nin Giriş kısmında şu hususlar yer almaktadır.

“3-Açlık grevinde olan kişiyle hekim arasında da bir hekim hasta ilişkisi vardır; hekimin herhangi bir hastasıyla girdiği ilişkide üstlendiği yükümlülüklerde olduğu gibi, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi öneriler ya da tedavi yoluyla yapabilir. Bu ilişki, hasta bazı tedavi ve müdahaleleri kabul etmese de sürebilir.

Bir hekim açlık grevcisinin bakımını üstlendiği andan itibaren o kişi hekimin hastası olur. Bu durum rızaya ve mahremiyete ilişkin yükümlülük

[82] Öztürk/Erdem, s.268.

[83] Cengiz, s.430.

[84] *Nevmerzhitsky v. Ukraine* (no. 54825/00), § 69, 5 April 2005.

[85] *Ceesay v. Austria*, (no.72126/14), § 69, 16 November 2017.

ve sorumluluklar da dâhil olmak üzere, hasta-hekim ilişkisindeki tüm uygulama ve sorumluluklar için geçerlidir.

4-Müdahale etmek ya da etmemek hususunda son karar- hastanın iyiliğini ve çıkarlarını göz önünde bulundurmayan üçüncü şahısların herhangi bir müdahalesi olmaksızın- hekime bırakılmalıdır. Ancak hekim, hastanın tedaviyi veya koma durumunda yapay beslenmeyi reddetme ve dolayısıyla ölüm riskini göze alma kararını kendisinin onaylayıp onaylamadığını hastaya açıkça belirtmelidir. Eğer hekim hastanın müdahale edilmemesi kararını onaylamıyorsa, bu durumda hastanın başka bir hekim tarafından takip edilmesi sağlanmalıdır.”

Yine Malta Bildirgesinde yer alan temel ilkelerin “Yapay Beslenme” başlıklı 4. maddesine göre, “Eğer hastanın bilinci bulanır ve tek başına karar alamayacak durumda olursa ya da komaya girerse, hekim bu bildirgenin Giriş kısmının 4.maddesine uygun olarak ve açlık grevi sırasında daha önceden aldığı kararı her durumda dikkate alarak, tedaviye devam edip etmeme hususunda hastanın yüksek çıkarlarına uygun olduğunu düşündüğü kararı alma konusunda özgürdür.

Aynı ilkeler, Türk Tabipleri Birliği tarafından kabul edilen açlık grevinde hekim tutumuna ilişkin “Açlık Grevleri Sırasında Tıbbi Etik İlkeler ve Bunun Pratik Yansımaları” başlıklı tutum belgesinde de belirtilmiştir.^[86] Buna göre;

“6-Hekim açlık grevindeki kişiyi her gün kontrol eder. Tıbbi takip formunu doldurur. Bu formda tıbbi bilgiler dışında hastanın kendi yazısıyla greve devam edip etmeme isteği ve bilinç kaybı durumunda tedaviyi kabul edip etmeme isteği mutlaka yer almalıdır. Bütün bu gelişmeler hekim tarafından kaydedilir ve gizliliğinden hekim sorumludur.

9- Açlık grevcisinin bilinci bozulur ya da komaya girerse hekim açlık grevcisinin son kararına saygı göstererek tutum alacaktır. Bu çerçevede hastanın rızasına aykırı bir şekilde “zorla besleme” etik açıdan doğru değildir. Bu nedenle cezaevi hekimleri hastanın ister bilinci açık, isterse kapalı olsun olgunun takip formu ile müdahale onay/red belgesini bir başka sağlık merkezine nakil sırasında mutlaka ambulans hekimine alındı belgesi ile birlikte teslim etmelidir. Ambulans hekimi de ikinci basamak merkezinde-

[86] Erişim adresi: https://www.ttb.org.tr/aclik_grev/index.html. Erişim tarihi: 30.03.2021.

ki hekime bu belgeleri aynı şartlar altında ulaştırmalıdır. Belgelerin gizliliğinden hekimler sorumludur.

10- Bilinci açık olan açlık grevcisi beslenmeyi reddettiğinde bu kişiler hekimler tarafından zorla beslenmeyecektir. Bunun aksi hem tıbbi etik, hem de hasta hakları açısından yanlış bir tutumdur.”

Neticede hekimin hayat kurma yükümlülüğünden kaynaklanan müdahale etme sorumluluğu, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırları içinde değerlendirilmesi gereken açlık grevini bir hak olmaktan çıkarmaz. Dolayısıyla, açlık grevine müdahalede mazeret nedeni olarak kabul edilebilecek olan ve TCK'nın 24. maddesinde yer alan kanun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedenindeki “kanun” deyimini ile bu hukuka uygunluk nedeninin maddi ve şekli şartları, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesinden, AİHS'den, AİHM kararlarından ve Dünya Hekimler Birliğinin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesinden bağımsız olarak sadece iç hukuka göre yorumlanamaz.^[87]

Bu bağlamda, AİHM'in açlık grevlerine müdahale konusuna yaklaşımı, Mahkeme'nin yaşam ve ölüm hakkı kavramlarına getirdiği yorumlarla beraber aşağıda ayrıntılı olarak ele alınıp tartışılacaktır.

III- AİHM İÇTİHATLARINDA YAŞAM VE ÖLÜM HAKKI VE AÇLIK GREVLERİNE MÜDAHALE

A. AİHM'in Yaşam ve Ölüm Hakkına Yaklaşımı

AİHS'in 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının aynı zamanda ölme hakkını da içerip içermediği konusundaki tutumunu AİHM İngiltere'ye ilişkin verdiği Pretty kararında açıklamıştır. Diane Pretty 2001 yılında AİHM'e başvuru anında 43 yaşında olup kendisine 1999 yılında motor sinir hastalığı (MND) teşhisi konulmuştur. Söz konusu hastalık sinir hücrelerinde yıpranmaya, nefes alıp vermeyi sağlayan kaslar da dâhil olmak üzere kol ve bacak kaslarında güç kaybına, kasların iradi olarak hareket ettirilmesine yönelik yeteneğin kaybına neden olmaktadır. Zaman içinde nefes alıp vermeye yönelik kasların kasılma ve gevşeme yeteneğinin kay-

[87] Dolayısıyla Önok'un, zorla besleme uygulamasını Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nden bağımsız olarak değerlendirip AİHS'e uygun bulan, doktorların Dünya Hekimler Birliği'nin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesi'ne dayanarak müdahalede bulunmaktan kaçınamayacağını belirten görüşüne iştirak etmiyoruz, Önok, s.162, 184.

bedilmesi sebebiyle, ölüme neden olan söz konusu hastalığın herhangi bir tedavisi bulunmamaktadır. Hastalığı zaman içerisinde ilerleyen tüp ile beslenen ve boynundan aşağısı felç olan, kalan ömrü hafta veya ay ile ifade edilen Diane Pretty, acılarına ve hayatına intihar ederek son vermek istemektedir. Kendi başına intihar edemeyeceğinden, Diane Pretty, eşinin kendisine acısız bir ölüm sağlamak için gerekli ilacı vermesi ve intiharına yardım etmesi halinde, eşi hakkında ceza soruşturulması yapılmayacağına dair bir kararın verilmesi için İngiltere’de savcılık işlemlerinden ve ceza soruşturmasına ilişkin iş ve işlemlerden sorumlu olan makama (*Director of Public Prosecutions (DPP)*) başvurmuştur. Söz konusu makam şartlar ne kadar olağanüstü olursa olsun, böyle bir soruşturma veya kovuşturmadan muafiyet izninin verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu karara karşı yerel mahkemede itiraz edilmiş, yerel mahkeme (divisional court) itirazı reddetmiş, bunun üzerine karar tarihinde İngiltere’de en yüksek mahkeme sıfatını haiz olan House of Lords nezdinde karara itiraz edilmiştir.

Diane Pretty dilekçesinde AİHS’in 2. maddesinin hayatı değil yaşama hakkını koruduğunu, kişilerin yaşamayı veya ölmeyi tercih etmelerinin özgür iradelerinin bir gereği olduğunu, bu özgürlüğün bir gereği olarak kişilerin tedaviyi kabul etmemeleri veya intihar etmeleri halinde herhangi bir yaptırımla karşılaşmadığını, ölme hakkının yaşam hakkının antitezi ve karşıtı (*the antithesis of the right to life*) olmadığını, yaşam hakkının doğal bir sonucu olduğunu (*the corollary*), devletin her iki durumu da korumaya yönelik pozitif yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir. İngiltere’nin, kişilerin iradesine üstünlük tanımaması ve ölmeyi tercih etme hakkının olmadığını kabul etmesi halinde, AİHS’e taraf olan ve ötanaziye hâlihazırda izin veren ülkelerdeki durumun da Sözleşme’nin ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir.^[88]

House of Lords bu konuya ilişkin kararında, AİHS kapsamında bazı özgürlüklerin, örneğin 11. maddedeki toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün, derneğe üye olma hakkı yanında derneğe üye olmaya zorlanmama hakkını, 9. maddede yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, düşünceye sahip olma ve ifade etme yanında, düşünceye sahip olmama,

[88] The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party), 29 November 2001, [2001] UKHL 61, para. 4, para.5. Erişim adresi: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011129/pretty-1.htm>. Erişim tarihi: 18.04.2021.

değiştirme, ifade etmemeyi de içerdiğini, ancak insan hayatını üçüncü kişilerin müdahalesine karşı koruyan ve AİHS'in 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının ölme hakkını da verdiği şeklinde bir sonucun, söz konusu maddenin yorumundan çıkarılamayacağını belirtmiştir.^[89] *House of Lords*'a göre, Diane Pretty'nin AİHS'in 8. maddesi gereğince özel hayatının bir parçası olan ölüm iradesine saygı gösterilmesini bekleme hakkı, tıbbi destekli intihar veya üçüncü kişilerin desteğiyle intihar olanağı sağlamak konusunda devlete pozitif yükümlülükler yüklememektedir. *House of Lords*'a göre, 8. madde hayat tarzına, hayatın nasıl sonlandırılacağına dair iradeye saygı gösterilmesine imkân vermekle beraber, bu konuda devlete pozitif yükümlülükler yüklendiğine dair bir yorum, 8. maddenin aşırı geniş bir yorumu olacaktır.^[90]

Konunun AİHM'e taşınması üzerine, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1999 tarihli ve 1418 sayılı tavsiye kararına^[91] atıf yapan AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesinin hem ölümlü sonuçlanan hukuka aykırı eylemlerde bulunmaktan taraf devletleri alıkoyduğunu (öldürmeme-negatif yükümlülük), hem de taraf devletleri kendi egemenlik alanları içerisinde bulunan kimselerin hayatını korumak konusunda yetkilendirdiğini (koruma-pozitif yükümlülük) belirtmektedir.^[92] Dolayısıyla, AİHM'e göre, sınırları açıkça düzenlenmiş belli hallerde, insan hayatını üçüncü kişilerin suç teşkil eden eylemlerine karşı koruma konusunda 2. madde taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir.^[93] AİHM'e göre Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının olumsuz bir hakkı da kapsamı söz konusu değildir. Örneğin Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve demek kurma özgürlüğü, derneğe üye olma hakkının yanında derneğe üye olmaya zorlanmama hakkını dolayısıyla tercih yapma olanağını getirirken, yaşam hakkına ilişkin maddenin lafzından bu hakkın olumsuz yönüne ilişkin olarak ölme hakkının da mevcut olduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Madde metni bu şekilde kaleme alınmamıştır.^[94]

[89] Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions, para.6.

[90] Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions, para.100.

[91] Recommendation 1418 (1999) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

[92] Pretty v. the United Kingdom, § 38. Aynı yorum için bkz. Lambert and Others v. France, § 117.

[93] Pretty v. the United Kingdom, § 38.

[94] Pretty v. the United Kingdom, § 39.

AİHM'e göre, 2. madde hayatın kalitesi ve herhangi bir kimsenin kendi hayatı ile ilgili olarak ne yapmayı tercih ettiği hususuyla da ilgili değildir. Bu hususların, insan hayatı için devletin müdahale alanından çıkarılmayı gerektirecek derecede esaslı bir unsur olduğunun kabul edilmesi halinde Sözleşme'nin diğer maddelerinde ele alınması veya insan haklarına ilişkin diğer belgelerde düzenlenmesi mümkündür. Ancak kullanılan dil çarpıtılmaksızın, 2. madde ile ilgili olarak, maddenin yaşam hakkına taban tabana zıt olacak başka bir olumsuz hakkı, başka bir deyişle ölme hakkını da bahsettiği, ya da maddenin bu bağlamda kişilere yaşam yerine ölümü seçme konusunda bir özerklik tanıdığı, şeklinde yorumlanması mümkün değildir.^[95] Dolayısıyla, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1999 tarihli ve 1418 sayılı tavsiye kararına uygun olarak, AİHM 2. maddenin kişilere gerek üçüncü kişinin yardımıyla ölüm, gerekse devletin sağlayacağı destekle ölüm konusunda, ölme hakkı tanıdığını söylemenin mümkün olmadığını belirtmektedir.^[96]

Mahkemeye göre, vücut bütünlüğüne üçüncü bir kişinin veya kişinin bizzat kendisinin zarar vermesini mümkün kılan düzenlemelerin herhangi bir devlet tarafından yapılması veya yapılmak istenmesi halinde, bu durum kaçınılmaz bir şekilde kişisel özgürlükler ile kamu yararının çatışıp çatışmadığı hususunun denetlenmesini gerektirecektir. Böyle bir denetleme de ancak her olayın kendi şartlarında ve somut özelliklerine göre yapılabilecektir. Bununla beraber, Mahkeme'ye göre, zorlayıcı sebeplerle bazı devletlerin insan hayatının tıbbi destekli intihar yoluyla sona erdirilmesine izin veren uygulamalarının Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bulunmaması, Diane Pretty'e bu olanağı sağlamayan İngiltere'nin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davrandığı şeklinde yorumlanamaz.^[97]

Ancak AİHM, gerek Pretty kararında gerekse ardından Lambert ve diğerleri kararında, ölüm sonucunun istenmediği ama öngörüldüğü hallerde, bir kimsenin bilinci yerinde iken yaşam süresini uzatacak tıbbi tedaviyi reddetmesi durumunda, ilgilinin bilinçli rızası veya aydınlatılmış onamı olmaksızın tedaviye tabi tutulmasını, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında, hayat tarzına müdahale ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının ihlali sayılabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bir

[95] Pretty v. the United Kingdom, § 39.

[96] Pretty v. the United Kingdom, § 40.

[97] Pretty v. the United Kingdom, § 41.

kimsenin hayat süresini uzatacak bir tedaviye rıza göstermemek suretiyle ölümü tercih etmesi, Sözleşme'nin 8. maddesi gereğince mümkündür.^[98] Mahkeme'ye göre, bir kimsenin hangi yöntemle ve hangi aşamada hayatının sona ereceğine karar vermesi, ilgilinin bu tür bir kararı alma konusunda irade serbestinin olması ve kararın sonuçlarını öngörerek karar vermesi halinde, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.^[99]

Lambert ve diğerleri kararında özetlenen AİHM içtihatları incelendiğinde,^[100] tıbbi destekli intihara ilişkin *Sanles Sanles*,^[101] *Pretty*,^[102] *Haas*,^[103] *Koch*,^[104] kararları ile hayatın devamına veya sona ermesine neden olacak belli bir tedavinin yapılmasına veya durdurulmasına itiraza ilişkin *Glass*,^[105] *Burke*,^[106] *Ada Rossi ve diğerleri*^[107] kararlarından sadece *Glass ve Koch Kararı*'nda, AİHM Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu bağlamda AİHM'in tıp, hukuk ve tıp etiği alanlarında karmaşık konuları kapsayan yaşam hakkına ilişkin başvuruları tartışmakta çekimser davrandığı söylenebilir. AİHM'e göre, tedavinin durdurulması gibi kararlarda, bu kararın iç hukuka ve Sözleşme'ye uygun olup olmadığının belirlenmesiyle, hastanın veya ilgilinin isteklerinin belirlenmesi yükümlülüğü, öncelikle taraf devletlere aittir. AİHM'in yetkisi ise sadece taraf devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine riayet edip etmediklerini incelemekten ibarettir.^[108]

Nitekim bu tür bir inceleme AİHM tarafından İsviçre devleti hakkında verilen *Haas*^[109] kararında yapılmıştır. Bu davada, bipolar rahatsızlığı bulunan ve iki kez intihara teşebbüs eden ve bunu başaramayan, Ernst G. Haas,

[98] *Pretty v. the United Kingdom*, § 63; *Lambert and Others v. France*, § 180.

[99] *Haas v. Switzerland* (no.31322/07), § 51, 20 January 2011.

[100] *Lambert and Others v. France*, § 136-139.

[101] *Sanles Sanles v. Spain* ((dec.) (no. 48335/99), 26 October 2000.

[102] *Pretty v. the United Kingdom*.

[103] *Haas v. Switzerland*.

[104] *Koch v. Germany* (no. 497/09), 19 July 2012.

[105] *Glass v. the United Kingdom* ((dec.) (no. 61827/00), 9 March 2004.

[106] *Burke v. the United Kingdom* ((dec.), (no. 19807/06), 11 July 2006.

[107] *Ada Rossi and Others v. Italy* (dec.) (nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08 and 58424/08), 16 December 2008.

[108] *Lambert and Others v. France*, § 181.

[109] *Haas v. Switzerland*.

acısız bir şekilde intihar etmek için ihtiyaç duyduğu sodium pentobarbital ilacını esaslı bir psikiyatrik değerlendirme ve reçete olmaksızın temin edemediğini ve İsviçre devletinin kendisine acısız ve başarısızlık riski bulunmayan bir yöntemle intihar etmesi için gerekli şartları sağlaması gerektiğini iddia etmiştir. Bunun üzerine, AİHM, bu tür bir talebin Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında karşılanıp karşılanamayacağını tartışmıştır. Mahkemeye göre, özel hayat kavramı oldukça geniş bir kavram olup kapsamlı ve eksiksiz bir tanımının yapılması mümkün değildir. Fakat özel hayat, insanın hem fiziki hem de psikolojik bütünlüğünü ifade etmekte olup yaşam hakkı ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkının beraber değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, Sözleşme bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle, kendi hayatını riske atan herhangi bir karar almak isteyen ya da alan, ancak bu kararının sonuçlarını irade serbestisi bulunmadığı için öngöremeyen ve dolayısıyla korunma ihtiyacı içinde olan kişileri devlet korumakla yükümlüdür.^[110] AİHM'e göre, bu tür çatışan çıkarlar ve haklar durumunda İsviçre devletinin, acısız ölüme imkân veren ilacı reçeteye ve kapsamlı psikiyatrik incelemeye bağlı olarak vermesi, kişilerin aceleyle bir karar almasının önüne geçmeyi, ilacın kötüye kullanımını önlemeyi, muhakeme yeteneği olmayan kimselerin ilaca ulaşmasını engelleyerek genel sağlığı korumayı, güvenliği sağlamayı ve suç işlenmesini önlemeyi amaçlamaktadır.^[111] Dolayısıyla, İsviçre devletinin insan onuruna yakışır bir intihar yöntemine erişimi kolaylaştırma konusunda pozitif yükümlülüğünün olduğu kabul edilse bile İsviçre devleti kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında hareket etmiş, yükümlülüklerini yerine getirmiş, 8. madde ihlal edilmemiştir.^[112]

B. AİHM'in Açlık Grevine Müdahale Konusuna Yaklaşımı

Açlık grevlerinde hükümlülerin zorla yapay beslenmeye ve tedaviye tabi tutulup tutulamayacağına ilişkin temel yaklaşımını AİHM, Ukrayna aleyhine verdiği Nevmerzhitky^[113] kararında ortaya koymuş ve 1992 yılında Avusturya hakkında verdiği *Herczegfalvy*^[114] kararına atıf yapmıştır. Mahkemeye göre, açlık grevi sırasında zor kullanarak eylemciyi beslemek, onur kırıcı ve aşağılayıcı bazı unsurlar içermektedir. Dolayısıyla, belli şartlar

[110] Haas v. Switzerland, § 50, 51, 54.

[111] Haas v. Switzerland, § 56, 58.

[112] Haas v. Switzerland, § 61.

[113] Nevmerzhitky v. Ukraine, §§ 93, 94.

[114] Herczegfalvy v. Austria (no. 10533/83), 24 September 1992.

altında bu durumun, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele boyutuna ulaşması mümkündür. Bir hükümlü veya tutuklunun açlık grevine başvurması ve sürdürmesi halinde, bu durum kaçınılmaz bir şekilde vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı ile taraf devletin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan hayatı korumaya dair pozitif yükümlülüğünün (koruma yükümlülüğü) çatışmasına sebebiyet verecektir. Böyle bir çatışma durumunun nasıl çözümleneceği konusunda ise Sözleşme herhangi bir çözüm yöntemi sunmamaktadır.^[115]

Bu bağlamda, akıl sağlığı yerinde olmayan hükümlünün akıl hastanesinde zorla tedavi altına alınmasının ardından bu durumu protesto etmek için başlattığı açlık grevinde yapay beslenmeye tabi tutulmasını Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmayan Herczegfalvy kararına atıf yapan AİHM'e göre, tıp biliminin kabul edilmiş yerleşik prensipleri tarafından tedavi kapsamında olduğu kabul edilen ve uygulanması gerekli görülen bir önlemin, kural olarak insanlık dışı veya aşağılayıcı olduğu söylenemez. Aynı kural, beslenmeyi kasten reddeden bir hükümlünün ya da tutuklunun hayatının kurtarılması amacıyla zor kullanılması, yapay beslenmeye tabi tutulması hali için de geçerlidir.^[116] Ancak bu hususta,

- a) Tıbbi müdahalenin gerekli ve zorunlu olduğu ikna edici bir şekilde (convincingly) ortaya konmalı,
- b) İç hukukta kararın alınması sürecinde uyulması gereken usul kurallarına ilişkin garantilere uyulmalı, ilgiliye gerekli bilgilendirmeler yapılmalı, itiraz hakkı verilmeli, zorla besleme kararı ve bu karara yapılacak itiraz yargısal denetime tabi tutulabilmeli,
- c) Nihayetinde, zor kullanarak besleme kararının uygulanma tarzı Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen asgari şiddet eşiğini geçmemeli, işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele boyutuna ulaşmamalıdır.^[117]

Sözleşme'nin 3.maddesi anlamında bir muamelenin aşağılayıcı olup olmadığının belirlenmesinde, muamelenin aşağılama amacı güdüp gü-

[115] Nevmerzhitsky v. Ukraine, § 93. Ayrıca bkz. X v. Germany (1984) 7 EHRR 152; Ciorap v. Moldova (no.12066/02), § 76, 19 June 2007.

[116] Herczegfalvy v. Austria, § 82, 83; Nevmerzhitsky v. Ukraine, § 94; Ciorap v. Moldova, § 77.

[117] Nevmerzhitsky v. Ukraine, § 94; Ciorap v. Moldova, § 77.

mediğinin ve ilgilinin kişiliği üzerinde 3.madde ile bağdaşmaz bir şekilde olumsuz etki ya da sonuçlar bırakıp bırakmadığının göz önüne alınması gerekmektedir. Ancak aşağılama kastının bulunmaması tek başına ihlalin mevcut olmadığına gerekçe teşkil edemeyecektir.^[118] Yine Sözleşme'nin 3. maddesi, her bir hükümlü ve tutuklunun insan onuruna saygılı koşullarda tutulmasını öngörmekte, hükümlü ve tutuklular hakkında alınacak her bir önlemin gerek uygulanma şekli gerekse kullanılan yöntemler bakımından (the manner and method of the execution), hürriyetten yoksun kalmanın doğasında kaçınılmaz bir şekilde mevcut olan ıstırapın ötesine geçecek derecede, hükümlü veya tutuklu üzerinde sıkıntıya ya da güçlüğü neden olmaması gerektiğini belirtmektedir.^[119]

Yine bir önlem veya tedbirin Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen asgari şiddet eşiğini geçip geçmediği, işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele boyutuna ulaşp ulaşmadığı, muamele veya yaptırımın süresi, ruhsal ve fiziksel etkileri gibi somut olayın tüm koşullarına, kimi durumlarda da ilgilinin yaşına, cinsiyetine ve sağlık durumuna bağlı olarak değerlendirilmelidir.^[120]

Bu prensipler ışığında AİHM Nevmerzhitsky Kararı'nda, hükümlünün sağlığında hayati tehlike yaratan bir bozulma olduğunu ve zor kullanarak beslemenin zorunlu ve gerekli olduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyan herhangi bir tıbbi raporun sunulmadığını, zorla besleme sırasında hükümlünün yüksek çıkarlarına öncelik verildiğinin ve buna uygun davranıldığıнын söylenemeyeceğini belirtmiştir. Ardından AİHM, zorla besleme sırasında hükümlünün kelepçelenmesi, ağız genişletici aletler kullanılması, plastik bir tüpün hükümlünün yemek borusuna indirilmesi, hükümlünün direnmesine karşı güç kullanılması uygulamaları ve söz konusu uygulamaların şiddeti göz önüne alındığında, herhangi bir tıbbi zorunluluğun ikna edici bir şekilde ortaya konamaması sebebiyle, hükümlünün tabi tutulduğu zor kullanılarak besleme uygulamasının keyfi olduğu ve Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında işkence sayılması gerektiğine karar vermiştir.^[121]

[118] *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (no. 48787/99), § 427, 8 July 2004.

[119] *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, § 428; *Kudla v. Poland* [GC], (no. 30210/96), §§ 92-94, 26 October 2000; *Mouisel v. France* (no. 67263/01), § 40, 14 November 2002; *Ciorap v. Moldova*, § 64.

[120] *Ciorap v. Moldova*, § 63.

[121] *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, §§ 95-99.

Aynı temel prensipler ışığında Moldova'ya ilişkin Ciorap Kararı'nda da AİHM, ihlal kararı vermiştir. Bu kararda AİHM, açlık grevi yapan başvuranın zorla beslenmeye tabi tutulmasının, başvuranın hayatını korumaktan çok cezaevi şartlarını açlık grevi yoluyla protesto etmeye yönelik eylemin sonlandırılması amacı güttüğünü,^[122] zorla beslenmeye tabi tutulacak kadar sağlığının bozulduğu iddia edilen başvuranın mahkeme huzuruna çıkabilecek kadar sağlıklı olduğu gerekçesiyle duruşmalara katılmasının sağlandığını, bir kimsenin sağlığının aynı anda hem iyi hem de kötü olmasının tuhaf olduğunu,^[123] zorla besleme uygulamasına neden başlandığını ortaya koyacak ve bu uygulamayı haklı kılacak hiçbir tıbbi delil veya test sonucunun dosyada bulunmadığını, dahası cezaevi kayıtlarında başvuranın sağlık durumunun “iyi” veya “kısmen iyi” şeklinde raporlandığını, bunun zorla beslenmeyi gerektirecek hayati tehlike kavramıyla bağdaşmadığını,^[124] zorla beslemeye ilişkin herhangi bir gerekçenin başvurana sunulmadığı ve bu konudaki usul kurallarına uyulmadığını,^[125] zor kullanarak beslemenin zorunlu ve gerekli olduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyan herhangi bir tıbbi raporun sunulmadığı bir durumda hükümlünün yüksek çıkarlarına öncelik verildiğinin ve buna uygun davranıldığı söylenemeyeceğini, bu şartlarda zorla besleme uygulamasının tıbbi bir zorunluluktan çok ilgilinin açlık grevi yaparak cezaevi koşullarını protesto etmesini önlemek ve cesaretini kırmak amacı güttüğünü, ortada tıbbi bir zorunluluktan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.^[126]

Nihayetinde, zor kullanarak besleme kararının uygulanma tarzına ilişkin olarak Ciorap Kararı'nda Mahkeme ayrıca, başvuranın direnmemesine rağmen kelepçelendiğini, dilinin maşayla dışarı çıkarılması için zor kullanıldığını, bunun başvuranın dilinin ve ağzının kanamasına, dişinin kırılmasına yol açtığını,^[127] zorla beslemeye neden olan durumların açıklanmayarak zorla besleme sırasında vücuda verilen besin miktarının ve içeriğinin gözlemlenmediğini veya sadece bazen gözlemlendiğini,^[128] başvuranın serum takılarak damar yoluyla beslenme ve gerekli serum setlerini

[122] Ciorap v. Moldova, § 79.

[123] Ciorap v. Moldova, § 80.

[124] Ciorap v. Moldova, § 81.

[125] Ciorap v. Moldova, § 82.

[126] Ciorap v. Moldova, § 83.

[127] Ciorap v. Moldova, § 85.

[128] Ciorap v. Moldova, § 86.

ailesi aracılığıyla temin etme taleplerinin dikkate alınmadığını, zorla beslemeye alternatif olabilecek daha az müdahaleyi gerektiren yöntemlerin mevcut olmasına ve başvuranın talebine rağmen uygulanmadığını,^[129] bu durumda kullanılan yöntemin zorunlu olanın ötesinde aşağılayıcı ve acı verici olduğunu, bu nedenlerle söz konusu müdahalenin Nevmerzhtsky Kararı'nda hükmedildiği gibi, sadece işkence olarak değerlendirilebileceğini ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.^[130]

Yine hükümlü ve tutukluların tabi tutulacağı muamele konusunda AİHM, Türkiye'ye ilişkin Özgül Kararı'nda, Sözleşme'nin 3. maddesinin taraf devletleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin fiziki bütünlüğünü gerekli tıbbi tedaviyi sağlayarak korumakla yükümlü kıldığını hatırlatmaktadır. Dolayısıyla hükümlü ve tutuklular, gereklilikleri hiçbir şekilde askıya alınamayan 3. madde ile korunmaktadır.^[131] Ardından *Nevmerzhtsky* ve *Herczegfalvy* Kararı'nda belirttiği "tıp biliminin kabul edilmiş yerleşik prensiplerine göre, tedavi kapsamında olduğu kabul edilen ve uygulanması gerekli görülen bir önlemin, kural olarak insanlık dışı veya aşağılayıcı olduğu söylenemez" kuralını hatırlatan Mahkeme, doktorların, hükümlünün sağlık durumunun tatmin edici olması sebebiyle açlık grevi konusunda isteğine saygı duymaları ve ancak geri döndürülemez zararların doğmasını engellemek amacıyla başvuranın menfaati doğrultusunda tıbbi bir gerekliliğin tespit edilmesinin ardından müdahalede bulunmasını, tıbbi müdahalenin başvuranı aşağılama ve cezalandırma amacı taşımasını, zorlayıcı yöntemlerin kullanılmamasını gerekçe göstererek Sözleşme'ye uygun bulmuştur.^[132]

Ancak bu karara konu olayda İbrahim Ayhan Özgül'ün açlık grevine başlamadan önce tedaviyi hiç bir şart ve koşulda kabul etmediğine dair açık bir beyanının olup olmadığına dair herhangi bir tartışmaya veya açıklamaya kararda yer verilmemiştir. Bu kapsamda kısmi bir tartışmayı AİHM *Horoz*^[133] Kararı'nda yapmıştır. Söz konusu karara ilişkin olayda, 1966 doğumlu Muharrem Horoz, 3 Ağustos 1999 tarihinde polis operasyonunun ardından İstanbul'da yakalanmış, işlediği terör eylemleri sebebiyle tutuk-

[129] *Ciorap v. Moldova*, § 87.

[130] *Ciorap v. Moldova*, §§ 88, 89.

[131] İbrahim Ayhan Özgül / Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, s.7, Ayrıca bkz. *Mouisel v France*, § 40.

[132] İbrahim Ayhan Özgül / Türkiye, s.7, 8.

[133] *Horoz / Türkiye*.

lanmış, Kandıra Cezaevi'nde tutuklu bulunduğu sırada koğuş sisteminden bir ile üç kişilik yaşam alanlarına geçişi öngören F tipi cezaevlerini protesto için açlık grevine başlamış ve bu eylemini ölüm orucuna çevirmiştir. Eylem süresince sadece şekerli su ve vitamin almıştır. Muharrem Horoz, 30 Nisan 2001-25 Temmuz 2001 tarihleri arasında, cezaevi doktoru tarafından on bir defa muayene edilmiştir. İlgiliye birçok defa vitamin verilmiştir. 12 Haziran 2001 tarihinde muayene edilmek üzere Kocaeli Devlet Hastanesi'nin Nöroloji Servisi'ne, 14 Haziran 2001, 13 Temmuz 2001 ve 19 Temmuz 2001 tarihlerinde aynı hastanenin Acil Servisi'ne sevk edilmiştir. Muharrem Horoz yeniden canlandırıldığında her türlü müdahaleyi reddetmiş; ardından kendi hücreğine gönderilmiştir. Muharrem Horoz, 29 Haziran 2001 ve 25 Temmuz 2001 tarihlerinde aynı hastanenin Nöroloji ve İç Hastalıkları Servisi'ne sevk edilmiştir. 27 Temmuz 2001 tarihinde bilincini tamamen kaybetmesi sebebiyle, Muharrem Horoz bir kez daha hastaneye yatırılmıştır. Adli Tıp Kurumu, 30 Temmuz 2001 tarihli raporunda, "beslenme yetersizliğine bağlı terminal yetmezlik" teşhisi koymuş ve Muharrem Horoz'un sağlık durumunun cezaevi koşullarıyla uyumlu olmadığı kanısına vararak altı ay süreyle serbest bırakılmasını tavsiye etmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi ise 1 Ağustos 2001 tarihinde 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun (CMUK) 399. maddesinin "tutuklu" kişilere kıyasen uygulanamayacağı, bu maddenin "hükümlüler" için öngörüldüğü ve Muharrem Horoz'un tedavisinin bir devlet hastanesinin cezaevi koğuşunda sağlanabileceği gerekçesiyle, serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Muharrem Horoz, 3 Ağustos 2001 tarihinde, 27 Temmuz 2001 tarihinden itibaren tutulduğu Kocaeli Devlet Hastanesi'nin cezaevi koğuşunda hayatını kaybetmiştir. Muharrem Horoz'un annesi, oğlunun Adli Tıp Kurumu raporuna rağmen serbest bırakılmaması ve cezaevinde ölmesi sebebiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur.

AİHM Horoz Kararı'nda, öncelikle *Matencio*,^[134] *Mouisel*^[135] ve *Balyemez*^[136] kararlarında belirtilen, Sözleşme'nin sağlık nedenleriyle bir tutuklunun serbest bırakılmasına ilişkin hükümler içermediği hususunu hatırlatmıştır. Ancak, AİHM, tutukluların sağlığını koruma konusunda taraf devletlere düşen yükümlülüklerin yanında, tutukluda daha sonra doğal

[134] *Matencio v. France*, (no. 58749/00), § 78, 15 January 2004.

[135] *Mouisel v. France*, §§ 37, 38, 40.

[136] *Balyemez / Türkiye* (Başvuru no. 32495/03) §§ 84-87, 22 Aralık 2005.

yollardan ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bir rahatsızlığın, tutuklama koşullarının tabiatından kaynaklanandan daha fazla bir acıya sebep olması veya tutukluluk koşulları sebebiyle artması ya da artma ihtimalinin bulunması halinde, bu durumun Sözleşme'nin 3.maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele sayılabileceğini belirtmiştir.^[137] Bununla beraber, AİHM tedavinin durdurulması gibi kararlarda, bu kararın iç hukuka ve Sözleşme'ye uygun olup olmadığının belirlenmesi yükümlülüğünün öncelikle taraf devletlere ait olduğunu, kendisini ulusal makamların yerine koyamayacağını, bu konuda sadece taraf devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine riayet edip etmediklerini incelemekle yetkili olduğunu belirtmiştir.^[138] Ardından Mahkeme açıkça, yetkili makamların, "Muharrem Horoz'un sağlık durumunun hayatını tehdit etmesine rağmen, ilgilinin her türlü müdahaleyi açıkça reddetmesini kabul etmekle de eleştirilemeyecekleri kanısına vardığını"^[139] ve Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir. Yine Muharrem Horoz'un tutukluluk koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında, tek başına insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele teşkil ettiğine inanılmasını sağlayacak ciddi ve kesin gerekçelerin bulunmadığını belirtmiştir.^[140] Ancak bu Karar 5'e karşı 2 oyla oyçokluğuyla alınmıştır. Karşı oy gerekçesinde, Adli Tıp Kurumu'nun 30 Temmuz 2001 tarihli raporunda, "beslenme yetersizliğine bağlı terminal yetmezlik" teşhisi koyduğunu ve Muharrem Horoz'un sağlık durumunun cezaevi koşullarıyla uyumlu olmadığı kanısına varıp serbest bırakılmasını tavsiye ettiğini, tıbbi bir kurumun düzenlediği bu türden bir rapor karşısında, cezaevinde gerekli tıbbi tedavilerin uygulanabileceğine ilişkin verilen güvencelerin dikkate alınamayacağı ifade edilmiştir. Karşı oy kullanan hâkimler, çoğunluğun kabul ettiğinin aksine, ilgilinin Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak serbest bırakılmasının, yalnızca "arzu edilir" olmadığını, aynı zamanda Sözleşme'nin 2. maddesiyle güvence altına alınan yaşamı koruma hakkının mutlak gerekliliği bakımından zorunlu olduğunu, bu nedenle 2. maddenin ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

[137] Horoz / Türkiye, § 22.

[138] Horoz / Türkiye, § 28. Bkz. ayrıca Lambert and Others v. France, § 181.

[139] Horoz / Türkiye, § 28.

[140] Horoz / Türkiye, § 31.

SONUÇ

Buraya kadar aktardığımız AİHM içtihatlarına dayalı açıklamaların da gösterdiği üzere, hekimin hayat kurtarma yükümlülüğünden kaynaklanan müdahale etme sorumluluğu, düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırları içinde değerlendirilmesi gereken açlık grevini bir hak olmaktan çıkarmaz. Dolayısıyla, açlık grevine müdahale edilmesini hukuka uygun hale getirebilecek olan ve TCK'nın 24. maddesinde "kanun hükmünü yerine getirme" şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk nedenindeki "kanun" deyişiyle, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi ve şekli şartları, açlık grevine ilişkin doğrudan ve dolaylı düzenlemeler içeren Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nden, AİHS'den, AİHM kararlarından ve Dünya Hekimler Birliği'nin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesi'nden bağımsız olarak sadece iç hukuka göre belirlenemez.

Yine tıp, hukuk ve tıp etiği alanlarında karmaşık konuları kapsayan yaşam hakkı ve açlık grevine müdahale hususu, kaçınılmaz bir şekilde hükümlü veya tutuklunun vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ile taraf devletin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan hayatı korumaya dair pozitif yükümlülüğünün (koruma yükümlülüğü) çatışmasına sebebiyet verecektir. Böyle bir çatışma durumunun nasıl çözümleneceği konusunda ise AİHS herhangi bir çözüm yöntemi sunmamaktadır.^[141]

Bu nedenle, AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yer alan yaşam hakkına ilişkin konuları tartışmakta çekimser davranmakta, açlık grevine zor kullanarak yapay beslenme yöntemiyle müdahale etme konusunu 2.madde kapsamında değil Sözleşme'nin işkence yasağına ilişkin 3. maddesi ile özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin 8. maddesi kapsamında değerlendirmeyi tercih etmektedir. Bu bağlamda, bir kimsenin hayat süresini uzatacak bir tedaviye rıza göstermemek suretiyle ölümü tercih etmesi, Sözleşme'nin 8. maddesi gereğince mümkündür.^[142]

Mahkemeye göre, bir kimsenin hangi yöntemle ve hangi aşamada hayatının sona ereceğine karar vermesi, ilgilinin bu tür bir kararı alma konusunda irade serbestinin olması ve kararın sonuçlarını öngörerek karar vermesi halinde, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

[141] Nevmerzhitky v. Ukraine, § 93. Ayrıca bkz. X v. Germany; Ciorap v. Moldova, § 76.

[142] Pretty v. the United Kingdom, § 63; Lambert and Others v. France, § 180.

AİHM, bir kimsenin bilinci yerinde iken yaşam süresini uzatacak tıbbi tedaviyi reddetmesi durumunda, ilgilinin bilinçli rızası veya aydınlatılmış onamı olmaksızın tedaviye tabi tutulmasını, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrası anlamında hayat tarzına müdahale ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığının ihlali sayılabileceğini belirtmektedir.

Yine açlık grevine devletin pozitif koruma yükümlülüğünden kaynaklanan sorumlulukları nedeniyle müdahalesi, müdahalenin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele boyutuna ulaşmaması şartıyla mümkündür. Bir hükümlü ya da tutuklunun sağlık durumu hayatını tehdit eder dereceye ulaşmasına rağmen ilgilinin her türlü müdahaleyi açıkça reddetmesi ve açlık grevine devam etmesi halinde, bu durumu kabul edip müdahalede bulunmayan devletlerin de AİHM'e göre eleştirilmesi mümkün değildir. Yapay besleme yoluyla müdahale yönteminin tercih edilmesi halinde ise tıbbi müdahalenin gerekli ve zorunlu olduğu ikna edici bir şekilde (convincingly) ortaya konmalı, iç hukukta kararın alınması sürecinde uyulması gereken usul kurallarına ilişkin garantilere uyulmalı, ilgiliye gerekli bilgilendirmeler yapılmalı, zorla besleme kararı ve bu karara itiraz yargısal denetime tabi tutulabilmeli, nihayetinde, zor kullanarak besleme kararının uygulanma tarzı ve bunun için kullanılan araçlar, Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen asgari şiddet eşiğini geçmemeli, işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele boyutuna ulaşmamalıdır.^[143] Ancak özgür iradesiyle, yapay beslenmeyi reddeden ve bu kararının bilincinin kapanması sırasında da geçerli olacağını önceden belirten bir eylemcinin, önceden açıklamış olduğu iradesi kendisiyle ilgilenen hekim tarafından sonraki aşamalarda da dikkate alınmak zorundadır.

Bu itibarla, iç hukukta yapılan açlık grevinin belli aşamadan sonra hukuka aykırı olduğu dolayısıyla bu aşamadan itibaren müdahale edilmesinin meşru olduğu ya da hiç kimsenin ölme hakkının olmadığı, bu nedenle açlık grevine müdahale edilmesi gerektiği tartışmaları sığ ve yüzeyseldir. Anayasa'nın 26., Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri göz önüne alındığında bir kimseyi gıda ve sıvı almaya mecbur bırakan bir norm olmadığı gibi bir kimsenin kendisine eziyet etmesini engelleyen norm da yoktur. Dolayısıyla, aç kalmak suretiyle besin almaya ve yapay beslenmeye direnme, arzu edilmeyen, kişisel olarak hiçbir şekilde desteklemeyeceğimiz, ancak yukarıda açıkladığımız ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında baştan itibaren hukuka uygun bir ifade biçimidir. Nitekim ifade

[143] Nevmerzhtitsky v. Ukraine, § 94; Ciorap v. Moldova, § 77.

özgürlüğü kapsamında AİHS'in 10. maddesi, ifade edilen fikir ve bilgilerin yalnızca içeriğini değil aynı zamanda aktarım şeklini de korumaktadır. Bu bağlamda, insanların düşüncelerini, fikirlerini ve eleştirilerini genel yöntemlere kıyasla daha az aşikâr olan açlık grevi gibi yöntem ve araçlarla aktarmaları ve ifade etmeleri durumu da Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında garanti altına alınmıştır.^[144] Bu nedenle, bir hakkın yine hukuk düzenince izin verilen yöntemler ile talep edilmesi gerektiği, bu nedenle hak arama hürriyetinin sadece idareye ve yasama organına dilekçe verme ve yargı mercilerine başvurmak yöntemlerini kapsadığı, dolayısıyla amacı her ne olursa olsun açlık grevlerinde kullanılan yöntemin meşru olmadığı ve hak arama hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği düşüncesine^[145] katılmak mümkün gözükmemektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi ceza ve infaz kurumlarında hükümlü ve tutuklular tarafından yapılabilecek açlık grevlerini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmemekte, bir disiplin sorunu olarak görmekte, cezanın yerine getirilmesine katlanma yükümlülüğünün ihlâli saymakta, disiplin cezasıyla cezalandırılmasını hukuka uygun bulmaktadır.

Fakat açlık grevleri ifade özgürlüğünün sınırları kapsamında ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Bu nedenle, hayati risk aşamasına gelmiş açlık grevine müdahale edilip edilmeyeceği sorunu meşruiyetten çok ceza sorumluluğunun doğup doğmadığı ya da mazeret nedeninin bulunup bulunmadığı sorundur. Bu durumda, açlık grevlerine veya ölüm oruçlarına hangi hallerde müdahale edilebileceği hangi hallerde sınırın aşılmış sayılması gerektiği, hukuka uygunluk sebepleri açısından ele alınıp incelenirken, hukuk düzeni bir bütün olarak ele alınmalıdır. Hukuka uygunluk nedeninin maddi ve şekli şartları, Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi, AİHS ve AİHM kararları ve Dünya Hekimler Birliği'nin Açlık Grevlerine İlişkin Bildirgesi dikkate alınarak belirlenmelidir. Sadece iç hukuka göre yorum yapılması, kendi özgür iradesiyle açlık grevi yapan, grev sırasında yapay beslenmeyi ve müdahaleyi açıkça reddeden ve bu kararının bilincinin kapanması sırasında da geçerli olacağını önceden belirten hükümlü veya tutuklulara, CVGTİHK'nın 82. maddesi gerekçe gösterilerek zor kullanılarak tıbbi müdahalede bulunulması, kanaatimizce, kanunun lafzı aksini gerektirse de hem cezai hem de hukuki açıdan sorumluluğun doğmasına sebebiyet verebilecektir.

[144] Murat Vural / Türkiye, § 44; Oberschlick v. Austria, § 57.

[145] Taşkın, s.555-556.

KAYNAKÇA

Akal, Cemal Bali, “İspanya’da Açlık Grevlerinin Doğurduğu Sorunlar” *Argumentum*, Şubat 1992, Y.2, S.19, s. 291-295.

Akıncı, Şahin “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötanazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, S.1-2, Prof. Süleyman Arslan’a Armağan, s.733-766.

Aşıkoğlu, Eda Demirsoy, “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”, *TAAD*, 2018, Y.9, S.35, s.319-343.

Beşiri, Arzu, “Ötanazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2009, S.86, s.188-203.

Boran, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2007, Y. 65, S. 3, s. 96-104.

Cengiz, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Besleme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, 2010, S.88, s.421-438.

Eren, Mustafa, “Ölüm Oruçları: Yaşamın Kutsallığı ve Direnme Hakkı İkileminde Bir Eylem Tarzı”, *MSGSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C.1, S. 15, s.126-141.

Feinberg, Joel, “Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life”, *Philosophy and Public*, 1978, Y.7, S.2, s.93-123.

Feyzioğlu, Metin, “Açlık Grevi”, *AÜHFD*, 1993, C. 43, S. 1, s.157-168.

Gürcan, Ertuğrul Cenk, “Ötanazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *AÜHFD*, 2011, Y.60 S.2, s.255-280.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağdur Kavramının Sınırları”, *AÜHFD*, 2012, Y. 61, S.2, s.657-693.

Kılıç, Seval, “Açlık Grevi ve Açlık Grevine Müdahale”, *TıpHD*, 2012, S.2, s. 83-101.

Kralova, Jana, “What is social death?”, *Contemporary Social Science*, 2015, C.10, S.3, 235-248.

Ömeroğlu, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu Ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu Ve Müdahale Sorunu”, *EÜHFD*, 2011, C. XV, S. 3-4, s.83-109.

Önok, Rifat Murat, “İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 4, S. 1-2, s. 135-191.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10.Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

Özen, Muharrem/Şahin, Meral Ekici, “Ötanazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Y.68, S. 4, s.15-36.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2019.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 17.Baskı, Seçkin, 2017.

Serdaroğlu, Erika Biton, “Ötanazi-Ölme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, C.22, S.3, s.463-491.

Sevinç, Murat, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2002, C. 57, S. 1. s.111-135.

Soyaslan, Doğan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapanlara Müdahale Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 1990, C. 16, S.3, s.269-290.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.

Soyer, Ata, “Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, TTB ve Son Tartışmalar”, *Türk Tabipleri Birliği Toplum ve Hekim Dergisi*, Kasım Aralık 2000, S.6.

Tanrikulu, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2006, S.66, s.51-94.

Taşkın, Ahmet, “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti”, *AÜEHFD*, 2003, C.VII, S.3-4, s. 513-556.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş, Ankara, 2012.

Türk Tabipleri Birliği, “Açlık Grevleri Sırasında Tıbbi Etik İlkeler ve Bununun Pratik Yansımaları” Erişim adresi: https://www.ttb.org.tr/aclik_grev/index.html. Erişim tarihi: 30.03.2021.

Wellman, Carl, “The Inalienable Right to Life and the Durable Power of Attorney”, *Law and Philosophy*, 1995, Y.14, S. 2, s.245-269.

Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Bası, Beta, İstanbul, 2019.

AİHM Kararları

Ada Rossi and Others v. Italy (dec.) (nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08 and 58424/08), 16 December 2008.

Balyemez / Türkiye (Başvuru no. 32495/03), 22 Aralık 2005.

Burke v. the United Kingdom ((dec.), (no. 19807/06), 11 July 2006.

Ceesay v. Austria (no.72126/14), 16 November 2017.

Ciorap v. Moldova (no.12066/02), 19 June 2007.

Cisse v. France (no.51346/99), 9 April 2002.

Glass v. the United Kingdom ((dec.) (no. 61827/00), 9 March 2004.

Haas v. Switzerland (no.31322/07), 20 January 2011.

Herczegfalvy v. Austria (no. 10533/83), 24 September 1992.

Horoz / Türkiye (Başvuru no. 1639/03), 31 Mart 2009.

Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia (no. 48787/99), 8 July 2004.

İbrahim Ayhan Özgül / Türkiye, Kabul edilebilirlik hakkında karar, (Başvuru no.7715/02), 6 Mart 2007.

Kılıçdaroğlu v. Turkey (no.16558/18), 27 October 2020.

Koch v. Germany (no. 497/09), 19 July 2012.

Kudla v. Poland [GC], (no. 30210/96), 26 October 2000.

Lambert and Others v. France [GC], (no. 46043/14), 5 June 2015.

Matencio v. France (no. 58749/00), 15 January 2004.

Mouisel v. France (no. 67263/01), 14 November 2002.

Murat Vural / Türkiye (Başvuru no.9540/07), 21 Ekim 2014.

Mustafa Erdoğan ve diğerleri / Türkiye (Başvuru no.346/04 ve
39779/04), 27 Mayıs 2014.

Nevmerzhitsky v. Ukraine (no. 54825/00), 5 April 2005.

Oberschlick v. Austria (no. 11662/85), 23 May 1991.

Pretty v. the United Kingdom (no. 2346/02), 29 April 2002.

Sanles Sanles v. Spain (dec.) (no. 48335/99), 26 October 2000.

X v. Germany (1984) 7 EHRR 152.

Diğer Mahkeme Kararları

The Queen on the Application of Mrs Dianne Pretty (Appellant) v. Director of Public Prosecutions (Respondent) and Secretary of State for the Home Department (Interested Party), 29 November 2001, [2001] UKHL 61.

COVID-19 Döneminde Kamu Sağlığının Korunması İçin Alınan Tedbirlerin Yaşam Hakkı ve Eşitsizlikler Üzerindeki Etkileri*

Arş. Gör. Emre **ŞİMŞEK****

Makalenin Geliş Tarihi: 20.02.2021 **Kabul Tarihi:** 02.08.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.978865](https://doi.org/10.30915/abd.978865)

* COVID-19'un ilk görüldüğü 1 Aralık 2019 tarihinden, makalenin ele alındığı 2020 Aralık ayına kadar yaklaşık bir sene geçmiştir. Avrupada ise Şubat-Mart 2020 tarihlerinde başlayarak yayılım/bulaş alanı genişlemiştir ve geçen bu süre zarfında salgın farklı pik noktaları göstererek can kayıplarına neden olmaktadır. Çalışma bu nedenle Aralık 2020 tarihine kadar olan veriler baz alınarak hazırlanmıştır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. <https://orcid.org/0000-0002-5471-2324>

COVID-19 DÖNEMİNDE KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASI İÇİN ALINAN TEDBİRLERİN YAŞAM HAKKI VE EŞİTSİZLİKLER ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

ÖZ

COVID-19 salgını, insanlık tarihinde yeni bir sayfanın açılmasına neden olmuştur. Bu yeni sayfa açılırken, insanlar arası tüm davranış normları ve devletlerin yönetsel sistemleri de tekrardan bir yeni ‘gerçek’ haline bürünmektedir. “Yeni normal” olarak isimlendirilen bu süreç içerisinde hukuk, salgın nedeniyle alınan tedbirlerle sürece dahil olmakta ve çeşitli hakların tekrar düşünülmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışma içerisinde, COVID-19 salgını çerçevesinde alınan ve alınmayan tedbirlerin yaşam hakkı ve sağlık hakkı üzerindeki etkileri tartışılmaktadır. Ayrıca başvuru bu tedbirlerin, farklı gruplar arasındaki eşitsizlikleri hangi açılardan etkilediğine ve hukuk-politika ilişkisi açısından, getirilecek kısıtlamaların bilgi temelinde olması gerekliliği üzerine tartışmalara yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

COVID-19

Yaşam Hakkı

Sağlık Hakkı

Eşitsizlikler

COVID-19 Tedbirleri.

THE EFFECTS OF THE MEASURES TAKEN TO PROTECT PUBLIC HEALTH IN THE COVID-19 PERIOD ON THE RIGHT TO LIFE AND INEQUALITIES

ABSTRACT

The COVID-19 outbreak has opened a new page in human history. As this new page is opened, all behavioral norms among people and the administrative system of the state became a new 'reality' from the beginning. In this process, which is named as the "new normal", the law is included in the process with the measures taken due to the epidemic and reveals the need to rethink various rights. In this study, the effects of the measures taken, or the measures not taken to prevent the COVID-19 epidemic on the right to life and the right to health are discussed. In addition, discussions are given on how these measures affect the inequalities between different groups and on the necessity of the restrictions to be imposed based on information in terms of the relationship between law and policy.

Keywords:

COVID-19

Right of Life

Right of Health

Inequalities

COVID-19 Measures

GİRİŞ

İnsanlık tarihi, birbirinden benzersiz birçok salgın hastalıkla mücadele içermektedir. COVID-19 salgını da insanın, ölümlerle yüzleştiği bir başka salgın olarak hayatımızın en derinine etki etmiş ve etki etmeye devam etmektedir. Salgının yayılım hızı, insan yaşamının küreselleşmesini ve insanlığın hız arayışının bir başka tasvirini gözler önüne sermektedir. Virüsün yıkıcılığının daha net görülmesiyle devletler, vatandaşlarının sağlıklarını koruma maksadıyla çeşitli tedbirler almışlardır. Bu çalışmanın en temelde ilgilendiği soru, salgın döneminde devletlerin almış olduğu tedbirlerin yeterliliği, bağlamı ve yöntemi üzerinedir. Çünkü Türkiye de dahil olmak üzere birçok ülke, ekonomik nedenlerle salgınla mücadele kapsamında başvuru kısıtlamalarının ya belirli saatlerde ve günlerde uygulanması yönünde tedbirler almışlardır ya da belirli sektörlerin zaruri olarak çalışmaya devam etmesi gerekliliğini ifade etmişlerdir. Bu tedbirler ekseninde, kamu sağlığının korunması için başvuru kısıtlamalarının yeterliliğinin ve/veya eksikliğinin, hukuki olarak en temel haklardan olan yaşam hakkıyla ilişkisi değerlendirilmelidir. Çünkü kamu sağlığının korunması nihai anlamda, yaşam hakkının korunmasıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu ilişki yaşam hakkı ve sağlık hakkının kesiştiği alanı görmeyi de beraberinde getirmektedir. Çalışma, bu ilişkiler üzerinde durarak salgın tedbirleri nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin olası başvurularında yaşam hakkının korunmasına ilişkin yeterliliği ve/veya eksikliği nasıl değerlendireceği üzerinde durmaktadır. Devletlerin politik bir tercihle, önce ekonomik kaygılarla hareket ederek salgını yönetmeye çalışmaları ve bilgi dayanağı olmadan keyfi tedbirlere başvurmaları veya tedbirleri almamaları bu tip kararlarda etkili olacaktır. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde, salgın ortaya çıktıktan sonra farklı devletlerce başvuru kısıtlamaları ele alınarak ülkeler arasında salgın yönetiminin hangi değerlendirmelere göre yapıldığı üzerinde durulmuştur. Bu yönüyle ilgili tedbirlerin karşılaştırılmasının ülkelerin tedbirlere yaklaşımını daha net göstermekle kalmayıp, aynı zamanda yönetsel tercihlerin neye göre veya nasıl şekillendiğini anlamaya da yardımcı olacağı düşünülmektedir. Farklı ülkeler arasındaki salgına ilişkin yönetsel tercih farklarını değerlendirmek de ilgili kararların tartışılmalı yönlerini hukuki olarak ortaya koymayı gerektirmektedir. Başvuru kısıtlamaları veya başvuru kısıtlamaları yaşam hakkı üzerindeki etkileride çalışmanın odağına alınarak, değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu nedenle ülkeler düzeyinde farklılıkları görmeyi, yaşam hakkının bilimsel dayanağından hareketle hangi seviyede korunduğunu/korunabileceğini görmede aracı bir rolde yer alaca-

ğı düşünölmektedir.^[1]

Çeşitli devletler salgın karşısında tedbirler alırken, salgın krizi şartlarında tüm insanların sosyo-ekonomik durumları eşitmiş gibi hareket etmekte ve toplumda farklı grupların farklı şekilde değerlendirilmesi gerekliliğini göz ardı etmektedir. Bu durum, özellikle temel gıda sektöründe veya temel ihtiyaca bağlı olmayan lüks olarak isimlendirilebilecek sektörlerde insanların üretim ve hizmet alanlarında virüse maruz kalmaları ihtimalinde kendisini göstermektedir.^[2] Devletlerce alınan tedbirler, salgından daha fazla etkilenme ihtimali olan insanların “hak koruma” temele alınarak gözetilmediklerini ortaya koymaktadır. Fiziki çalışma zorunluluğu devam eden kişilerin almış oldukları riske tedbirlerin gerektiği gibi alınmaması eklenince bu kişiler açısından yaşam hakkının kaçınılmaz biçimde tehdit altında olması sonucu doğmaktadır. Bu açıdan alınan ve alınacak olan tedbirlerin eşitsizlikleri nasıl etkilediği üzerinde durularak salgın krizinin farklı toplumsal yapılarıdaki etkileri ele alınacaktır. Esasında bu durum dolaylı olarak mevcut hukuk alanının, sosyo-ekonomik izdüşümlerini de görmeyi beraberinde getirecektir; çünkü hukuk, mevcut haliyle kamu sağlığını korumaya çalışırken, aldığı veya almadığı tedbirlerle de toplumsal gruplar içerisinde bu tip kriz dönemlerinin farklı sarsıcı etkilerle geçmesinde rol oynamaktadır. Bu rol hukukun politik olmasıyla doğrudan ilişkilidir. Bu çalışmanın ikinci yarısında, alınan tedbirlerin eşitsizlikler üzerindeki etkisine olan ilgisini “*Eleştirel Hukuk Çalışmalarının*”^[3] yaklaşımında görmek mümkündür. Eleştirel çalışmalar, politik tercihlerin hukukla etkileşimi neticesinde görölmeyen yüzleri ortaya çıkarmak ve eşitliğin yapısal bir formda değerlendirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır.

- [1] Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliğı Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Türk Felsefesi Dizisi:11, Ankara, 2016, ss. 88-91.
- [2] Richard Blundell, Monica Costa Dias, Robert Joyce, Xiaowei Xu, “COVID-19 and Inequalities”, *Fiscal Studies*, 2020, ss. 2-3.
- [3] Eleştirel Hukuk Çalışmaları, 1976 yılında bir grup akademisyenin Wisconsin Üniversitesi Hukuk Fakültesinde toplanması ve 1977 yılında gerçekleştirilen konferans ile ortaya çıkmıştır. Bu çalışmalarda temel olarak, Liberal Hukuk Teorisinin ortaya koyduğu ‘Hukuk Devleti’ anlayışının yetersiz kaldığı ve hukukun politik yönlerinin gün yüzüne çıkarılması gerektiğidir. Bu nedenle de gerek sosyo-kültürel açıdan gerekse de ekonomi boyutundan hukukun yalpalamayacağı; hukukun da bu gibi öncüllerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği eleştirilerinde bulunmaktadır. Bkz. Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, NotaBene Yayınları, Ankara, 2015, s. 21.

Salgın pozitif hukuk tartışmalarının gündemini kaçınılmaz olarak meşgul etmektedir. Bu bağlamda alınan tedbirlerin hukuka uygunluğu, formel hukuka uygunluk kriterlerinin maddi adaletin gereklerini içinde bulunulan koşullarda karşılayıp karşılamadığı gibi sorular çerçevesinde hukukçular tarafından da değerlendirilmektedir.^[4] Bu çalışma ise pozitif hukuk alanındaki belirtilen tartışmaları odağa almaktan çok ilgili tedbirlerin yaşam hakkı ve eşitsizlikler üzerindeki etkilerine yoğunlaşmaktadır.

1. Salgın Döneminde Kamu Sağlığını Koruma Tedbirleri

COVID-19'un Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından pandemi olarak ilan edilmesini izleyen tarihlerde dünyanın hemen hemen her yerinde viral etki kendisini göstermeye başlamıştır. Neo-liberal ekonomi, kapitalizm ve küreselleşme kavramları üzerine düşünüldüğünde virüsün bu kadar çabuk bir şekilde dünyanın pek çok bölgesine ve hatta Amazon kabilelerine kadar sıçraması insanın ve metanın dolaşımıyla da doğru orantılıdır.^[5] COVID-19 yayılımında etkili olan nedenlerin saptanmasıyla, ülkelerin kamu sağlığını/halk sağlığını korumak için gerekli tedbirleri alma çabaları gözlenmektedir. Bazı ülkelerde, henüz virüsün bilimsel altyapısı ve neden olduğu mortalite hızının bilinmediği bir süreçte “sürü bağışıklığı” olarak isimlendirilen bir modelin denenmeye çalışıldığı görülse de insan yaşamının/değerinin belirsizlikler üzerine konumlandırılmayacağına anlaşılmasıyla gerekli tedbirlerin alındığı görülmektedir.^[6]

Virüsün insanlar arası yakın temas, havasız ortamlar, çeşitli hijyen kurallarına uyulmaması gibi birbirinden farklı nedenlerle bulaş alanı bulmasının bilimsel olarak kanıtlanmasıyla ilgili tedbirlerin neler olabileceği de

[4] S. R. Doru, “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt.78, Sa.2, 2020, ss.769-807.; Mine Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, Cilt 11, 2020.; M. C. Şirin, “Fransa’da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler,” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt.78, Sa.2, 2020, ss.1009-1046.

[5] J.A. Oldekop and Others, “COVID-19 and The Case for Global Development”, *World Development*, 2020, ss. 67.

[6] İoanna Kuçuradi, “Covid-19 Salgını Sırasında Dünyamızın Dününe, Bugününe, Yarınına Bir Kuşbakışı”, *Salgın: Tükeniş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek*, Telet, İstanbul, 2020, s. 166. Ayrıca ilgili bölümde, sürü bağışıklığı gibi bir politikanın sağlık hakkı ihlaline neden olacağı da vurgulanmaktadır.

netleşmiştir. Politika üreten kamu organlarının bilgisel dayanaklar olmaksızın tahminlerde bulunması ve kamuyu yönlendirmesi salgın döneminde halk sağlığının ciddiye alınmamasına neden olan bir etkidir.^[7] Bilim kurulları ve onların verdikleri tavsiye kararları ilgili hukuk alanında değerlendirilerek, çeşitli söylemler üretilmekte ve önlemler de buna göre alınmaktadır. Böyle bir süreçte kamu sağlığının korunmasında devletler, dezavantajlı grupları gözetecek önlemleri ön plana almaya özellikle dikkat etmelidirler. Yoksullar, azınlıklar, engelliler ve göçmenler gibi farklı sosyo-ekonomik koşullar altında yaşamlarını sürdüren vatandaşlara ihtimam gösterilmediğinde mevcut eşitsizliklerin derinliği de kendiliğinden artacaktır.^[8] Bu keredede eşitsizliklerin artması dışında, kamu sağlığının korunmasında alınan tedbirlerin, farklı ekonomik sektörleri farklı oranlarda veya farklı sektörlerden çalışanları farklı şekillerde virüsle/ölümle yüz yüze bıraktığı gerçeğini görmeyi de arka planda bırakmamalıdır. Bir başka değerlendirmeye, salgın döneminde bilgiye bağlı olmayan politika üretimiyle küresel ölçekte eşitsizlikleri görmeden ve görmezden gelerek “cehalet ikliminin” yaygınlaşmasının önüne geçilemediği görülebilecektir. Bu eşitsizlikler, toplumdaki kırılgan grupların daha derinden etkilenmesiyle sonuçlanacak ihtimallerin doğmasına neden olmaktadır.^[9]

Bilimsel bulguları takip eden süreçte, Türkiye’de ve vakaların görüldüğü hemen hemen bütün ülkelerde benzer adımlarla kısıtlamalar uygulanmaya başlanmıştır. Bu geniş kapsamlı süreçte, alınan önlemler çerçevesinde mesafenin ve havalandırma olasılığının az olduğu ibadet alanları, tüm eğitim faaliyeti verilen kurumlar, seyircili spor müsabakaları, müzeler, kafeler, sinemalar, tiyatrolar, alışveriş merkezleri gibi faaliyet veren tüm kurum ve kuruluşları kapsayan yasaklar ve kısıtlamalar gündeme gelmiştir.^[10] Kara sınırlarının kapanması, şehirlerarası ulaşımın kısıtlanması, belirli yaş

[7] ABD Başkanı Donald Trump’ın Covid-19 değerlendirmesi için bkz. <https://www.ntv.com.tr/dunya/trumpnisanda-havalarin-isinmasiyla-corona-virus-biter.a9rgyQ3kPkukek0f74C1vw>, E.T. 23.11.2020.

[8] Keymanthri Moodley and Others, “What Could “Fair Allocation” During the Covid-19 Crisis Possibly Mean in Sub-Saharan Africa?”, *Hastings Center Report* 50/3, 2020, pp. 33-35.

[9] Gülriz Uygur, “Koronavirüs Günlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği”, <https://www.catlakzemin.com/koronavirus-gunlerinde-toplumsal-cinsiyet-esitsizligi-adaletsizlik-perspektifinden-bir-degerlendirme-ve-derinlesen-esitsizlikler/> E.T. 01.12.20.

[10] RG, 29 Mayıs 2020 ve 31139 Sayılı (Mükerrer).

gruplarına ilişkin farklı saatler ve tarihler arasında kısmi sokağa çıkma yasaklarının uygulanması da diğer önlem ve tedbirler açısından Türkiye özelinde ölüm ve vaka sayılarını azaltan nedenlerdendir.^[11] Belirli dönemlerde özellikle Türkiye’de tam kapanma yerine, “kısmi karantina” uygulamasına gidildiği ve vaka takipleri izlenerek, hafta sonları sokağa çıkma yasaklarının ilan edildiği görülmektedir.^[12] Bu ve buna benzer tedbirler, sektörler arasında farklılıklar gözetilerek farklı tarihlerde farklı şekillerde uygulanmaya devam etmektedir. Ancak ilgili tedbirler alınırken, politika belirleyen çeşitli faktörlerin etkisiyle, yaz aylarındaki vaka sayılarının baz alındığı ve kısmi karantinanın da neredeyse “eski normal” yaşam pratiğine yaklaştığı görülmektedir. Buna karşılık Türkiye’de salgının yayılmaması için getirilen kısıtlamaların çoğunun çeşitli mesai saatleri kapsam dışında olacak şekilde alındığı gözlemlenmektedir. Sokağa çıkma yasaklarının yalnızca hafta sonları uygulanması, bunun yanısıra Kasım 2020 tarihli yeni tedbirlerle hayata geçirilen ve hafta içi 21.00-05.00 saatleri arasında alınan sokağa çıkma yasakları tedbirlerinin tüm yurttaşların eşit biçimde korunmasına imkan vermediği görülmektedir. Bu şekilde uygulanan kısmi karantina neticesinde eşitsizliklerin önemsizmediği ve evden çalışma şansını^[13] haiz olmayan kişilerin virüsle yüzleşmek zorunda bırakıldığı görülmektedir. Yine aynı şekilde yetkili kurumlarca yapılan günlük vaka/hasta, vefat sayılarına ilişkin tartışmaların odağında da benzer kaygıların olduğu anlaşılmaktadır.^[14] Böylece sağlık krizi, epistemik dayanakların sarsıntılı olduğu, ekonomik kaygılarla yönetilen ve karar alınan tartışmalı bir hak ihlali odağına da yakınlaşmaktadır.

Bahsi geçen kısıtlamaların ve yaptırımların sürekliliği durumunda, farklı sektörlerden çalışanların salgından insani şekilde korunması gereği ve kısıtlamalar karşısında ekonomik tedbirlerle yaşamlarını idame edebilecekleri önlemlerin alınması ihtiyacı doğmuştur. Yani kamu sağlığının korunmasını temel alan tedbirlerle, dolaylı olarak ekonomik tedbirlerin alınması kaçınılmaz bir hale gelmiştir. Bu açıdan ülkelerin aldıkları ekono-

[11] RG, 25 Mart 2020 Tarihli ve 31079 Sayılı, RG, 30 Nisan 2020 Tarihli ve 31114 Sayılı (Mükerrer), RG, 15 Mayıs 2020 Tarihli ve 31128 Sayılı.

[12] <https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid19-rapor.pdf>, E.T.: 18.12.2020.

[13] Çeşitli iş kollarında zaruri olarak fiziken çalışma aranmaktadır.

[14] “Yaşam sadece bilimsel değil politik kararlarla da şekilleniyor. Pozitif vakaların bildirilmesi noktasındaki endişeler ülkeleri böylesi sansürlere, yan yollara sevk ediyor. Bunu bütün ülkelerin yapıyor olması da çok incitici ve kabul edilemez bir durum.” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-54391859>, E.T.: 28.11.2020.

mik tedbirler, kamu sağlığını korumak için alınan tedbirleri desteklemekte ve payanda özelliği göstermektedir. Global ekonomi sisteminin, tedarik açısından dolaşıma bağlı olan üretici-ürün-tüketici arasındaki sürecin ulusal ve uluslararası kısıtlamalar ekseninde daralması ve salgın döneminde insanların taleplerini yalnız gıda ve temel ihtiyaçlar üzerine odaklaması neticesinde COVID-19 sürecinde resesyon (duraksama) olduğu görülmektedir. Ancak ekonomistler ve akademisyenler ekonomik daralmanın, sadece mevcut krizi (hali hazırda var olan) derinleştirdiği ve krizin derinleşmemesi için yeni bir refah devleti modelinin hukuk ve sosyal yaşantıda hayata geçirilmesi gerekliliği düşüncesini COVID-19 döneminde sıkça dile getirilmektedir.^[15] Başka bir yaklaşımda tam kapanma (14 günlük sokağa çıkma yasakları) ve kısmi kapanma halinin modelleme yöntemiyle karşılaştırılarak ekonomik etkileri incelendiğinde, tam kapanma halinde vaka sayılarının azalmasıyla tüketicide güven oluşacağı ve piyasada belirgin talep artışı görülebileceği, bunun yanısıra vakaların da kontrol altında tutulacağı ifade edilmektedir. Kısmi karantinada ise nispeten azalan vaka sayısı karşısında talepte belirsizlik nedeniyle bir artış olamayacağı ve kısmi karantina uygulamalarında ekonomik izleğin tüketicide güvensizlik nedeniyle aşılamayacağı ön görülmektedir. Eski FED başkanı Ben Bernanke'nin sağlık krizinin yönetilemediği hiçbir raddede ekonomik iyiden söz edilemeyeceğini vurgulaması, insanların ekonomik güveni hissedebilmeleri açısından önemli bir ipucu vermektedir.^[16] Bu ve bunun gibi olası modellemelerle epistemik dayanakların politika üretiminde göz önünde bulundurulmaması halinde, hukuk alanındaki bu tedbirler de tartışmalı hale gelmektedir.

Salgın koşullarında ekonomik kaybı en aza indirerek süreci aşmak isteyen ülkeler, ekonomik durumları oranında piyasaya sermaye arzıyla, piyasanın hareketlenmesi ve salgın koşullarında insanların ekonomik durgunluğa düşmemeleri için çeşitli önlemler almışlardır. Bu durum, dolaylı olarak olgusal bir yaklaşımdır. Çünkü mevcut sağlık krizinin devamlılığı halinde, alınan tedbirler nedeniyle, farklı sektörlerin ekonomik kayıpları ve buna bağlı olarak da insanların temel yaşam koşullarını idame ettirmeleri mümkün kılınmaya çalışılmaktadır. Ülkemizde alınan önlemler kapsamında bir yardım kampanyası düzenlenmiş, vatandaşlardan toplama-

[15] Daron Acemoğlu, "The Post-COVID State", *Project Syndicate*, 2020, ss. 3-4. <https://www.project-syndicate.org/onpomt/four-possible-trajectories-after-covid19-daron-acemoglu-2020-06?barrier=accesspaylog>, E.T.: 24.11.2020.

[16] Selva Demiralp, "Covid-19 Salgınının Ekonomik Etkileri", *Salgın: Tüketiş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek*, Tellekt, İstanbul, 2020, ss. 184-203.

nan paranın yardıma ihtiyacı olan kişilere ulaştırılması şeklinde bir yola başvurulmuştur^[17] ve 100 milyar liralık tedbir paketi açıklanmıştır.^[18] Almanya, 750 milyar Euro kurtarma paketi hazırlayarak, Alman şirketlerin yabancılar tarafından satın alınmaması için de ek önlemler almıştır. Bunun haricinde de ilgili paketle, küçük işletmeler, sanatçılar, bakıcılar gibi serbest meslek çalışma alanlarındaki kişiler 15 bin Euro doğrudan yardım alabilme hakkına sahip olurken, ev sahiplerinin kirasını karşılayamayan kiracıyı evden çıkarmasının önüne geçilmiştir. Avrupa Birliği, üyelerine likidite akışı sağlamak için COVID-19 önlemi olarak 750 milyar Euro değerinde tahvil alım programı açıklamıştır. Fransa, toplam 345 milyar Euro değerinde mücadele paketi açıklayarak serbest çalışanlara doğrudan destek sağlamıştır. İtalya'da 25 milyar Euro değerinde destek paketi açıklanarak kredilerin ertelenmesi sağlanmıştır. ABD'de ekonomik ve sosyal yıkımın önüne geçilmesi için 2 trilyon dolar destek paketi açıklamış ve her ABD vatandaşı için 200 dolar değerinde çek temin edilmiştir. Çin'in pandemide ekonomik tedbirlere ayırdığı rakam, yaklaşık 183 milyar dolar değerindedir ve çeşitli vergi indirimlerini kapsamaktadır. Rusya'da ise ülkede sağlık çalışanlarının maaşlarına zam yapılmıştır. İngiltere'de COVID-19 tedbirleri olarak 81 milyar dolarlık bir yardım paketi hazırlanırken, serbest meslek çalışanlarının da paket kapsamında desteklenmesi amaçlanmıştır. İran ise Mart-Haziran 2020 tarihleri arasında 1,5 milyon yoksul aileye doğrudan 14-40 dolar nakdi yardım yaparak durgunluğun önüne geçmeyi hedeflemektedir.^[19] Örnekleri sayılan bu ülkeler gibi dünya genelinde, COVID-19 tedbirlerinin ekonomik basamağı da mali ölçülere göre fark-

[17] “Ekonomik İstikrar Kalkanı” adında bir önlem paketi açıklamıştı. Paket kapsamında perakende, alışveriş merkezleri, otomotiv ve lojistik gibi sektörlerin muhtasar, KDV ve SGK primleri altı ay ertelendi. Ek olarak nakit akışı bozulan firmaların bankalara olan borçları da üç ay ertelendi. Konaklama vergisi Kasım ayına kadar ötelenirken, iç havayolu taşımacılığında ise üç ay süreyle KDV oranı yüzde 18'den yüzde 1'e indirildi. Uluslararası Para Fonu'nun (IMF) resmi verilerine göre, koronavirüsle mücadele kapsamında bağış kampanyası başlatan diğer ülkeler, Irak, Lübnan, Sri Lanka, Güney Afrika ve Senegal.” <https://www.dw.com/tr/koronavir%C3%BCsekar%C5%9F%C4%B1-hangi-%C3%BCIke-hangi-ekonomik-%C3%B6nlemi-ald%C4%B1/a-52969655>, E.T.: 23.11.2020.

[18] Selva Demiralp, “Koronavirüs ekonomik tedbir paketi: Kime, hangi güvence sunuluyor?”, BBC Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51958762>, E.T.: 25.11.2020.

[19] “Koronavirüse karşı hangi ülke hangi ekonomik önlemi aldı?”, <https://www.dw.com/tr/koronavir%C3%BCsekar%C5%9F%C4%B1-hangi-%C3%BCIke-hangi-ekonomik-%C3%B6nlemi-ald%C4%B1/a-52969655>, E.T.: 27.11.2020.

ılaştırılarak insanların, karantina uygulamalarına ve “güvensizlik” hissiyle talepte bulunmama haline karşı ekonomik güvence sağlanmaya çalışılmaktadır.

Salgının başlangıcında alınan bu giriş tedbirlerine ilaveten sonradan alınan/alınmaya devam eden pek çok ek tedbire rağmen, insanların zaruri olarak ölümle yüzleşmeleri ve sürekli virüs tehdidiyle karşı karşıya kalmalarının önüne geçilememiştir. Milyonlarca insan, işleri için yollarda, kalabalık iş yerlerinde virüsle temas etme olasılıklarının olduğu her alanda olmaya devam etmişler veya bir anlamda buna zorlanmışlardır. Bu gerçeklik başka bir açıdan değerlendirilmeyi de beraberinde getirmektedir. Kapitalizm ve sermaye odaklı politik ve hukuki süreçler, tedbirler alınmasına rağmen krizin nasıl yönetilemeyeceğini de göstermektedir. Salgın krizinin ilk sarsıcı etkisinde, gelişmiş devlet başkanlarının yaşamın idame ettirilmemesinden ve halk sağlığının korunmasındansa, kârın maksimize edilmesine yönelik dillendirdikleri söylemler ve politikalar da bunu göstermektedir. Krizin insanlıktan götürdüğü şeyi, yitirilen milyonlarca insanın karşı karşıya kalmış oldukları durumdan ve virüsün yol açabileceği şimdiden bilinmeyen sağlık sorunlarından ziyade, salt kâr maksimizasyonu odaklı bir ekonomi politikası ekseninde okumak insan haklarının ve yaşam hakkının dışlandığı bir politik süreci gerekçelendirmektedir.^[20] Aşağıda, kamu sağlığının korunması için alınan bu toplumsal ve ekonomik tedbirlerin yaşam hakkı üzerindeki olası etkileri değerlendirilmeye çalışılacaktır.

2. COVID-19 Tedbirlerinin Yaşam Hakkı ile İlişkisi

COVID-19 global salgını neticesinde tüm dünyada, 60 milyondan fazla insan enfekte olmuş ve yaklaşık 1,5 milyondan fazla insan hayatını kaybetmiştir.^[21] Global ölçekte bu kişiler bazen sağlık kuruluşlarının imkânları ve ekipmanları yeterli olmadığından, bazen de halk sağlığı politikaları ve etkili politik hamleler hayata geçirilmediğinden (ya da geçirilemediğinden) hayatlarını kaybetmişlerdir.^[22] Tüm dünyada, sağlık çalışanları başkalarının yaşam hakkını korumak için ağır bedeller ödemiş, binlercesi virüsten enfekte olmuş ve birçoğu yaşamlarını kaybetmişlerdir.

[20] Titthi Bhattacharya, Sarah Jaffe, “Toplumsal Yeniden Üretim ve Salgın”, <https://terrabayt.com/kultur/toplumsal-yeniden-uretim-ve-salgini/>, E.T.: 18.11.2020.

[21] <https://www.worldometers.info/coronavirus>, E.T.: 05.12.2020. (İlgili rakamlar, erişim tarihinde elde edilen güne kadar olan kısmı karşılamaktadır).

[22] Karima Bennouna, “Lest We Should Sleep:1 Covid-19 and Human Rights”, *The American Society of International Law*, 2020, p. 2.

Bu endişe verici gerçek, devlet sistemleri ve insan haklarına yaklaşımı başka bir açıdan değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Yaşam hakkı kavramı, olgusal olarak günümüz literatüründe daha çok ölüm cezası, olağanüstü haller, ötanazi, kürtaj vb. haller ekseninde tartışılmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) sistemi çerçevesinde insan haklarının ele alınışı açısından yaşam hakkı, bir bütün olarak hem bireyler hem de toplum için hayati bir öneme sahiptir ve temel bir hakkı teşkil etmektedir. Aynı zamanda yaşam hakkı diğer tüm insan haklarından yararlanılması için etkili bir ön korunumu gerektirmektedir.^[23] BM'nin 36 no'lu Genel Yorumu'nda yaşama yönelik doğrudan tehditlere neden olabilecek toplumdaki genel koşullar değerlendirildiğinde, hayatı tehdit eden hastalıkların yayılımı ve bulaş alanı gibi çeşitli faktörlerin oluşumunda taraf devletlere yaşamı koruma görevi verilmektedir.^[24] Yaşam hakkının varlığı, insanın doğal olmayan ölüm karşısında korunmasını sağlamaktadır. İnsan hakları hiyerarşisi göz önüne alındığında, değer açısından ilk ve temel olan yaşam hakkı, yaşama yönelen tehlikeler ve risklere karşı kamu otoritesinin insanı korumasını ve eylemlerini buna göre gerçekleştirmesini gerekli kılmaktadır.^[25]

Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde, 1982 Anayasası'nın 17. maddesi kapsamında, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." şeklinde de açık bir şekilde belirtildiği üzere yaşam hakkı anayasada yer alan çekirdek haklardandır.^[26] "Sosyal ve Eko-

[23] UN Human Rights Comm., General Comment No. 36, para. 2. https://tbin-ternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf, E.T.: 20.11.2020.

[24] UN Human Rights Comm., General Comment No. 36, para. 26.

[25] Ayşe Özkan Duvan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C. 24/2, 2018, s. 661.

[26] Anayasa m. 15 gereği sert çekirdek haklar güvencesi; "yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığın bütünlük hakkı, Din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanma ve bunlardan dolayı suçlanmama hakkı, Suç ve cezaların geçmişe yürütülmesi yasasından faydalanma hakkı, Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar suçlu sayılmama hakkı" olarak kategorik bir şekilde belirtilmiştir. Yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığın bütünlük hakkı açısından Anayasa, istisnanın istisnasını düzenlemiş ve "savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler"i bu güvencenin dışında tutmuştur. İlgili Anayasa md. 17'de yer alan yaşam hakkı da bu sert çekirdek haktan faydalanmaktadır. Bkz. Tolga Şirin, "1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak", *Anayasa Hukuku Dergisi* - Cilt:5 Sayı 10, 2016, ss. 502-503.

nomik Haklar” kapsamında değerlendirildiğindeyse, 1982 Anayasası’nın 56. maddesinde “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir... Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” şeklindeki bir ve üçüncü fıkralar karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü üzere sosyal devlet ilkesi gereği devlet, kamu sağlığını korumak ve geliştirmekle yükümlü kılınmaktadır. Birinci fıkrada aynı zamanda devlete çevrenin korunması yükümlülüğü de verilmektedir.^[27] Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında da Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, devlete, vatandaşlara sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilme amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğu getirmektedir. Başka bir deyişle, devlete gereğini yerine getirme yükümlülüğü doğurmaktadır.^[28] Doğrudan bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi kararları bakımından, yaşam hakkı, anayasal sistem içerisinde en yüksek değere karşılık gelmektedir, bu hak insan onuru ve diğer temel hakların da ön koşulu olarak sağlanmalıdır. Hukuk devleti içerisinde, korunması gereken en büyük değer insanın canı ve sağlığıdır, hukuk kurallarının konulması ve yorumlanmasında da en yüksek ve en önemli değer bu temel ilkelerdir ve buna uygun olarak sürekli gözlemlenmeleri gerekmektedir.^[29]

Yaşam hakkının en temel hak oluşu ve diğer haklara dayanak oluşturduğu düşünüldüğünde sosyal ve ekonomik haklar alanında değerlendirilen “sağlık hakkı” temelini bu “yüce hak”tan almaktadır. Jellinek’in haklar sınıflandırmasındaki negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak işaret edilen hak türleri içerisinde de bu anlayış görülmektedir. Pozitif statü hakları olarak değerlendirilen hak alanı, devletin pozitif edimlerini/yükümlülüklerini işaret ederken, negatif statü hakları alanı daha çok bireyin kendi özerk alanını temsil etmektedir. Negatif statü hakları, devletin müdahil olmasını, bireyin bu alandaki varlığına müdahale etmemesini ve onun insan haklarına saygılı olmasını gerekli kılmaktadır. Aktif statü hakları ise kısaca siyasal hakları işaret etmektedir.^[30]

[27] AYM E. 2006/99, K. 2009/9, Kt. 15.01.2009.

[28] AYM E. 2013/95, K. 2014/176, Kt. 13.11.2014, AYM Bireysel Başvuru: *Zümriüt Ağapınar*, B. No: 2015/3747, 26/12/2018.

[29] AYM E. 1975/198, K. 1976/18, K. 18.03.1976, AYM Bireysel Başvuru: *Hasan Kılıç*, B. No: 2018/22085, 27/1/2021.

[30] Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, ss. 152-154.

Kamu sağlığının korunması ve geliştirilmesi devletin insan haklarından kaynaklanan anayasal yükümlülüğü gereği saygı duyma, koruma ve gereğini yerine getirme şeklinde farklı edimlerini karşımıza çıkarmaktadır.^[31] Saygı duyma yükümlülüğü devletin tüm insan hakları karşısında tümüyle negatif bir tavır takınması ve kaçınmasını ifade etmektedir. Koruma yükümlülüğü, bu haklara yönelebilecek her türlü devlet dışı tehdit ve ihlalin devlet tarafından gözetilmesini ifade etmektedir. Saygı duyma yükümlülüğünde negatif bir konumda bulunan devlet, niteliği gereği olumlu bir edimi ifa etmektedir. Gereğini yerine getirme yükümlülüğü açısından devlet, haklar karşısında hemen hemen tümüyle olumlu bir edim yükümlülüğü altındadır. Bu açıdan gereğini yerine getirme iki farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlki, devletin bireyin haklardan yararlanabilmesi için gerekli koşulları sağlamasıdır. İkincisinde ise bu koşulların hazırlanması yeterli değildir. Gereğini yerine getirme ediminin ifası için, haktan yararlanılmasının direkt olarak devlet tarafından bireylere sağlanması da gerekebilecektir.^[32] Birbirinden farklı özellikler ihtiva eden bu yükümlülükler, sağlık hakkı ihlalinin önüne geçilmesi ve kamu sağlığının korunması açısından devleti ödevlendirmektedir. Bu yükümlülükler demokratik hukuk sistemlerinde makul ölçülerde aranmaktadır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 56. maddesi üçüncü fıkrasına göre, devletin sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme şeklinde zorunlu özellikler barındıran pozitif yükümlülüklerini içtihatlarında belirtmektedir.^[33]

Yaşam hakkının özü itibarıyla ortaya konulduğu perspektif doğrudan sağlık hakkıyla bağlantı içerdiğinden aşağıdaki bölümde sağlık hakkının pandemi tedbirleriyle ilişkisi ayrıca ele alınacaktır.

3. COVID-19 Tedbirlerinin Sağlık Hakkı ile İlişkisi

İnsan hakları alanında hakların tasnifini takip eden özgürlük ve hak odaklı hareketler günümüzde varlığını birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak göstermektedir.^[34] Sağlık hakkının dayanağı da yaşam hakkı

[31] Office of the High Commissioner for Human Rights, "CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)", <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>, E.T.: 20.11.2020.

[32] Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, ss. 85-90.

[33] Örneğin Bkz. AYM E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 03.10.2013.

[34] 4. kuşak haklar, bilimsel-teknolojik gelişmelerin yol açacağı olumsuz gelişmelere yönelik olarak gündeme gelmişlerdir. İnsanın genetik kopyalanmasının yasaklanması vb. biyo-etik konuları kapsamaktadır.

öncülüğünde devletin pozitif statüsünü işaret eden bir bölgede yer almaktadır. Ancak sağlık hakkı ve yaşam hakkı tam anlamıyla birbirinden ayrılabilir nitelikte görünmemektedir. Çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulsa da kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasında hakkın doğası gereği organik bir ilişki bulunmaktadır.^[35] Nitelikli sağlık hizmeti alma hakkının anayasal dayanağı, yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkına dayanmaktadır.^[36] Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için devletin sağladığı her türlü imkandan yararlanma hakkıdır."^[37]

Sağlık hakkı özelinde düşünüldüğünde, bu hak, uluslararası sözleşmelerle de korunma altına alınan ve taraf devletleri bağlayıcı özellikler ihtiva eden bir hak türüdür. Avrupa Sosyal Şartı'nda, Birleşmiş Milletler (BM) sisteminde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlgili sözleşmenin 12. maddesinde de taraf devletlerin, "ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı" olduğu ifade edilmektedir.^[38] Bu maddeye ilişkin 14 numaralı Genel Yorumda, sağlığın diğer insan haklarından faydalanabilme açısından vazgeçilmez bir hak olduğu ön plana çıkarılmaktadır. Bu yorumda sağlık hakkına bağlı, dört temel kriter belirtilmektedir. Birinci kriter, sağlık hizmetlerinin varlığını işaret ederek, kamu sağlığı ve sağlık bakım tesislerinin yeterli miktarda kullanılabilir olması gerekliliğini belirtmektedir. İkinci kriter olarak ulaşılabilirlik kriteri belirlenmiş ve bu kriter daha çok ayrımcılık yasasını da kendi içerisinde barındıran alt başlıklarla genişletilmiştir. Fiziksel açıdan ulaşılabilirlik, ekonomik veya maddi açıdan ulaşılabilirlik ve bilgi edinme açısından ulaşılabilirliği barındırmaktadır. Üçüncü kritere göre, tüm sağlık tesisleri, ürün ve verilen hizmetler "tıp etiği" alanına saygılı ve kültürel olarak uygun/kabul edilebilir olmalıdır. Son olarak, sağlık hizmeti verilen

[35] Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, ss. 65-72.

[36] Korkut Kanadoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 119, 2015, s. 12.

[37] AYM E. 2012/103, K. 2013/105, Kt. 03.10.2013.

[38] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (16 December 1966), <https://www.ohchr.org/Documents/Professionannterest/cescr.pdf>, E.T.: 20.11.2020.

tesislerin, ürün ve hizmetlerin aynı zamanda iyi kalitede ve bilimsel ve tıbbi açılardan uygun olması gerekmektedir.^[39] Yeni kuşak hakların anayasal yükümlülüklerle dahil de şüphesiz insan hakları kavramının gelişmesiyle paralellik göstermektedir. Diğer haklarla ilişkisi tekrar düşünüldüğünde BM düzeyinde insan haklarının bütüncül bir şekilde ele alınarak geliştirilmesi ve korunması da “ilkece” kabul görmektedir.^[40] Bu hak alanı ve kavramsal genişlik insanın varlığını geliştirmesinde, insan onuruna uygun bir şekilde yaşamını sürdürebilmesi bağlamında önemlidir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ekseninde düşünüldüğünde direkt olarak sağlık hakkına veya onun korunmasına ilişkin bir hak tasviri yer almazsa da sağlık hakkının yaşam hakkı boyutu ve insanın yaşamını sürdürebilirliği açısından elzem olan sağlık koşullarının sağlanması da bildirmede yerini almaktadır.^[41] Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesinde de “sağlığın korunması” hakkı şeklinde bir tanımlamada bulunulmuştur.^[42] Bu sayılan uluslararası sözleşmeler ve kararlar dışında da harici olarak Avrupa Konseyi Belgeleri, Dünya Sağlık Örgütü'nün “uluslararası sağlık tüzüğü (International Health Regulations)”^[43] gibi birçok belge ve anlaşmada, sağlığın ko-

[39] Office of the High Commissioner for Human Rights, “CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>, E.T.: 20.11.2020.

[40] Selman Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2, Güz 2016, s. 171.

[41] İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 25 “Herkesin, yiyecek/(beslenme), giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını/esenliğini temin için, yeterli bir yaşama standardına (sahip olma) hakkı ve işsizlik, hastalık, maluliyet, dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, güvenceye (sahip olma) hakkı vardır.”, Universal Declaration of Human Rights Article 25, (10 December 1948) https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

[42] “Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra;

- 1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;
- 2- Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak;
- 3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.” Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, R.G. 09/04/2007, E.T.: 21.11.2020.

[43] World Health Organization, International Health Regulations, p. 10.

runması ve geliştirilmesine ilişkin maddeler bulunmaktadır.

Sağlık, DSÖ tarafından “bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik hali” şeklinde açıklanmaktadır. Bu açıdan düşünüldüğünde birey, devletten sağlığının korunmasını, geliştirilmesini, herhangi bir hastalık halinde tedavisinin gerçekleştirilmesini talep etme ve devletin ilgili sağlık hizmeti sunan kuruluşlarından yararlanma hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere sağlık hakkının konusu ve kapsamı yalnızca sosyal haklar bakımından ele alınamayacak kadar çok yönlülük göstermektedir. DSÖ’nün kurucu anayasasında (kurucu antlaşma) da sağlık hakkının temel bir insan hakkı olduğuna işaret edilmektedir. İlgili maddede, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından faydalanmanın ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşulları yönünden hiçbir ayırım yapılmaksızın her insanın temel hakkı olduğu vurgulanmaktadır. Aynı zamanda bu anayasanın temelinde, tüm halkların sağlığının, barış ve güvenliğin sağlanmasının temelini oluşturduğunu ve bunun gerçekleşmesinin bireyler ve devletlerin tam bir iş birliğiyle mümkün olabileceği işaret edilmektedir.^[44]

İlgili sözleşmelere göre taraf devletler sağlık hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini “mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsü”nde yerine getirmektedirler.^[45] Bu görüş ekseninde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da ilgili hakkın korunması bakımından yorumun “imkânsız ve orantısız” şekilde gerçekleştirilmemesi vurgusu yapılmaktadır.^[46] Böylesi bir kriter, esasında, devletin sağlık hakkının gereğini yerine getirmesinde dikkate alınacak fiziki imkânları, erişim ve nüfusa göre sağlık hizmeti verme ve sunma arasındaki ölçülülüğü kastetmektedir. Burada sağlık hakkının yaşam hakkıyla yakın ilişki içerisinde olması nedeniyle, devletin, salgın tedbirleri, ekonomi politikaları veya politik alanda kararlar alırken yaşam hakkının ön planda olması gerekliliği unutulmamalıdır. Örneğin AİHM’nin bir başka kararında, yeterli sağlık bakımı alma hakkına işaret ettiği yargılamada, AİHS’nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkı kavramını, taraf devletlerin yalnızca kasıtlı ve hukuka aykırı şekilde bir kimsenin

[44] World Health Organization, “Constitution of the World health Organization”, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf, E.T.: 18.11.2020.

[45] Anayasa 65. maddesindeki düzenleme şu şekildedir: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

[46] D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1995, p. 18-19.

yaşamına son vermekten kaçınması şeklinde yorumlamamaktadır. Aynı zamanda, L.C.B/Birleşik Krallık davasında, taraf devletlerin yargı yetkisi altında bulunan şahısların yaşamlarını korumak için kendisinden beklenen tüm önlemleri almasını bir ödev olarak işaret etmektedir.^[47] AİHM, Calevelli&Ciglio/İtalya davasında vermiş olduğu kararda da sağlık ve sağlığa erişim hakkını yaşam hakkı ekseninde yorumlayarak taraf devletlerin vatandaşlarının yaşam haklarını korumaya yönelik tedbirler alması gerekliliğini belirtmiştir.^[48]

Bahsi geçen uluslararası antlaşmalar ve AİHM kararları ekseninde düşünüldüğünde, mevcut sağlık sistemi ve sağlık sistemine erişim açısından kriterlerin dava konusu olması devletin mali ölçekteki yeterlilikleri ekseninde değerlendirilebilir. Sağlık politikaları, sağlık hizmeti ve sağlık ürünleri ayırım yapılmaksızın her yurttışa mali kaynaklar ölçüsünde sağlandığında veya sağlanamadığında sağlık hakkı üzerinden yargılama gerçekleştirmek doğru olacaktır. Fakat kamu sağlığının korunmasında, bireyin yaşam hakkının korunması öncelenmediği veya bu hakkın sağlanması tercihen örtülü olarak arka planda bulundurulduğu zaman sağlık hakkının ihlalinden ziyade, yaşam hakkının ihlali söz konusu olabilecektir. Örneğin, Covid-19 salgınının en şiddetli yaşandığı ülkelerden birisi olan Brezilya'da Devlet Başkanı Jair Bolsonaro, karantina karşıtı olarak hareket etmekte, federal eyaletlerin almış oldukları salgın önlemlerine karşı halkla birlikte gösterilere katılmakta ve COVID-19 salgınının küçük bir grip olduğunu ifade ederek mevcut bilimsel gerçekliği politik söylemle yok saymaktadır.^[49] Politika alanındaki bu hamle neticesinde, Brezilya'da toplam altı milyondan fazla insan viral enfeksiyon geçirmiş ve yaklaşık yüz yetmiş bin insan hayatını kaybetmiştir.^[50] İzlenen salgın politikası neticesinde tüm sağlık sistemi çökmüş ve politika belirleyen yöneticilerin siyasal tercihleri nedeniyle insanlar ölüme terk edilmiştir. Aynı zamanda Bolsonaro'nun uyguladığı bu ölümcül politikalar neticesinde Brezilya'da bulunan ve bir

[47] AİHK, *Association X. v Birleşik Krallık* (7154/75), 12.07.1978; AİHM, *L.C.B v Birleşik Krallık* (14/1997/798/1001), 09.06.1998, s. 36.

[48] *Calvelli & Ciglio v. Italy* (application no. 32967/96), 17.01.2002.

[49] "Brezilya'da Bolsonaro Kovid-19'u yense de sağlık sistemi alarm veriyor", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/brezilyada-bolsonaro-kovid-19u-yense-de-saglik-sistemi-alarm-veriyor-1925823>, E.T.: 22.11.2020.

[50] "Brezilya'da vaka sayısı 1 milyonu aştı", <https://www.dw.com/tr/brezilyada-vaka-say%C4%B1s%C4%B1-1-milyonu-a%C5%9Fr%C4%B1/a-53880486>, E.T.: 12.12.2020.

milyondan fazla sağlık çalışanını ve altmıştan fazla sendikayı temsil eden “Sağlık Çalışanları Sendikası Komisyonu”, Uluslararası Ceza Mahkemesine Bolsonaro hakkında, “soykırım” suçunun işlendiği iddiasıyla yargılama talebinde bulunmuşlardır.^[51] Siyasi iktidar, salgından korunma yükümlülüğünü yerine getirmediğinde, AİHM kararları bağlamında sağlık hakkının korunmasından ziyade yaşam hakkının ihlali söz konusu olabilecektir. Örneğin, Hindistan’da sağlık hakkı açık bir şekilde anayasada düzenlenen haklar arasında sayılmamasına rağmen, mahkemeler, sağlık hakkını yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak yorumlamaktadırlar.^[52] Bu açıdan hukuk devleti ve hukukun evrensel normlarına da öncelik verilerek insan değeri, insan onuru ve insan hakları odağında değerlendirme yapılmalıdır.

COVID-19’un yaşam hakkı üzerinden nasıl değerlendirileceği önümüzdeki dönemlerde mahkemeye yapılacak başvurularla da şekillenecektir. Bu çalışmanın yapıldığı dönemde yalnızca AİHM’in COVID-19 ekseninde vermiş olduğu Le Mailloux/France kararında, başvuruçunun, Fransa hükümetinin pandemi dönemindeki politikası üzerinden yaşam hakkı (md. 2), işkence yasağı (md. 3), aile ve özel hayata saygı (md. 8) ve ifade özgürlüğü (md. 10) ihlallerinin olduğu iddiası karşısında Mahkeme, ilgili politikaların bireyin hayatının nasıl etkilendiğine dair yeterli bir gerekçelendirme göremediği için başvurunun “kabul edilemez” olduğuna hükmetmiştir.^[53] Ancak pandemiye yaklaşım açısından farklı ülkelerdeki farklı politika süreçleri bir uyuşmazlık konusu olarak önüne geldiğinde, başvuranların fiziki imkânlar yeterli olmasa da toplu alanlarda çalışmaları halinde COVID-19 nedeniyle yaşamlarını yitirmeleri, sürekli sağlık sorunuyla karşılaşmaları veya henüz bilinmeyen COVID-19’un sağlık üzerindeki etkilerinin ortaya çıkmasıyla Mahkemenin nasıl kararlar alacağı bilinmemektedir.

[51] “Brezilya’da Bolsonaro Kovid-19’u yense de sağlık sistemi alarm veriyor” <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/brezilyada-bolsonaro-kovid-19u-yense-de-saglik-sistemi-alarm-veriyor-/1925823>, E.T.: 23.11.2020.

[52] Selman Karakul, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I”, s. 203.

[53] Le Mailloux v. France (application no. 18108/20), 03.12.2020.

4. COVID-19 Salgınında Mevcut Eşitsizliklerin Derinleşmesi Sorunu

Eleştirel Hukuk Çalışmaları, hukukun politik yönünün görünürlüğünü ortaya çıkarma açısından hukuk alanında çalışmalarını yürütmektedir. İlgili hukuk alanı 20. yy.'ın ikinci yarısından itibaren çalışmalarını hukukun sosyo-ekonomik, sosyo-kültürel ve ekonomi boyutuna odaklanarak politik alanda gerçekleştirilen tercihlerin bu disiplinleri iç içe değerlendirme gerekliliğini ifade etmektedir. Eleştirellerin çalışmalarına göz atıldığında iki temel ayırım dikkat çekicidir. İlk görüş, hukuk doktrininin toplumun belirli bir kesimini dikkate alarak hazırlanmış olduğunu ve doktrinsel tartışmaların çelişik ve manipülasyona açık olduğunu vurgular.^[54] İkinci görüş ise Marx ve Weber'in sosyal teorilerinden beslenerek fonksiyonel olarak tarihsel ve sosyal okumalar yapan, buna ilişkin olarak da kapitalizmin hukuk doktrininin nasıl etkilediği veya yeniden biçimlendirdiğine yönelik söylemlerde bulunan yaklaşımı ifade etmektedir.^[55] Her iki farklı görüşün ortaklaştığı nokta değerlendirildiğinde ise, mevcut hukuk düzeninde egemen olan üsluba ve ilgili üslubun korunmasına ilişkin "Liberal Hukuk Teorisinin" sarf ettiği çabaya karşı durmaları söylemek mümkündür. Eleştireller, endüstriyel toplumun, insan doğasının veya ahlaki düzenin gereksinimleri için mevcut sosyal düzenlemelerin karşısında duran görüşleri reddetmektedirler.^[56]

Eleştirel Hukukçuların çalışmalarının nüvesinde, bağımsız ve tarafsız bir hukuk olamayacağı ve hukukun tarafgirliği açısından bir değerlendirme söz konusudur. Eleştirellere göre hukuk, mevcut toplumsal yapıyı oluşturan konumlanışa bağlı olarak şekillenmektedir. Örneğin, mevcut ekonomik yapıyı kapitalizm yönlendiriyorsa; mevcut 'güçlü' elitin ya da grubun çıkarlarını destekleyecek olan liberal hukuk sistemi ve ekonomisi bu hukuku yönlendirmektedir.^[57] Farklı düşünce sistematiklerinin hukuka bakış, hukuku ele alma biçimleri de farklılaşmaktadır. Örneğin Marksist hukuk teorisi çerçevesinde devlet ve hukuk, tarih ve toplumsal olarak iç

[54] Şefik Taylan Akman, "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", *AÜHFED* 61 (4) 2012, s. 1280.

[55] Şefik Taylan Akman, "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", s.1281.

[56] Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986, s.121.

[57] Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, ss. 103-105.

içerir. Bu açıdan hukuk sınıfsal bir grubun altında ezilenlerin, sömürülmesi için kullanılan bir araçtır. Her hukuk sistemi, mevcut iktidarın temel çıkarlarını ve ideolojisini korur ve kollar. Yine bu değerlendirmede sınıfların ortadan kalkmasıyla mevcut hukuk düzeninin de ortadan kalkacağı iddia edilir.^[58] Eleştirellerin bu argümanları ekseninde, COVID-19 salgını neticesinde hukukun politik yönü kendisini tekrar ortaya çıkarmaktadır. Bu açıdan mevcut tedbirlere eleştireller ekseninde bakıldığında, yapısal adaletsizliklerin ve eşitsizliklerin derinleşmesi olgusu daha da net bir şekilde görülebilecektir.

Salgın yönetiminde yukarıda ifade edilen kararlar alınırken, dünya genelinde politika yapıcı/hukuk belirleyici konumda bulunan insanların da yönetsel faaliyetlerini yeterince duyarlı ve bilinçli bir şekilde yönetemedikleri eleştirellerin de altını çizdiği gibi dikkat çekmektedir. Örneğin Hindistan hükümeti, salgının ülkede görülmesiyle çok kısa sürede, ülke genelinde üç hafta sürecek bir sokağa çıkma yasağı kararı almıştır. Başbakan Narendra Modi, virüsün yayılımının engellenmesi için kamu ve özel ulaşım araçlarını kısıtlamıştır. Ülkenin büyük göçmen işçi nüfusu, seyahat aracı bulamadığı için uzun mesafeleri evlerinde “güvende” olabilmek için yürüyerek aşmak durumunda kalmışlardır. Böyle bir göç hareketliliği de hiçbir sağlık kuruluşu olmayan veya sağlığa ulaşımın yetersiz olduğu köylere virüsün kolaylıkla yayılmasına neden olmuştur.^[59] Ancak Modi, yurt dışında yaşayan (üst-orta sınıf) Hintlilerin akın akın ülkeye dönmeleri için uğraşlar vererek, özel uçakların organize edilmesini sağlamış, özel vizeler çıkarılmasıyla çeşitli istisnalar yapabileceğini de göstermiştir.^[60] Benzer şekilde Şili Hükümeti, nakit desteğinde bulunarak yoksul nüfusun temel gıda ihtiyaçlarını karşılamak yerine politik gerekçelerle, yoğun kalabalıkların olduğu meydanlarda medyatik bir şekilde insanlara gıda dağıtımını gerçekleştirmiştir. Çoğu yoksul olan ve sağlık erişimi bulunmayan halk, bu kalabalık içerisinde viral etki tehlikesi altında temel gıdaya erişmek zorunluluğunda bırakılmıştır.^[61] Yukarıda da farklı gerekçelerle ifade edildiği üzere, epistemik cehaletin giderilmesi için ilgili tedbirleri alan yetkililerin

[58] David Kairys, “*Law and Politics*”, Geo. Wash. L. Rev., 1984, s. 250.

[59] Arundhati Roy, “The Pandemic Is a Portal”, *Financial Times* 3 April 2020, <https://www.ft.com/content/10d8f5e8-74eb-11ea-95fe-fcd274e920ca> E.T. 30.12.2020.

[60] Titthi Bhattacharya, Sarah Jaffe, “Toplumsal Yeniden Üretim ve Salgın” <https://terrabayt.com/kultur/toplumsal-yeniden-uretim-ve-salgini/>, E.T.: 18.11.2020.

[61] Cristian Timmermann, “Epistemic Ignorance, Poverty and the COVID-19 Pandemic”, *Asian Bioethics Review* 30, July 2020, p. 2.

bilgisel kanıta ve bir dayanağa göre hareket etmeleri salgının kontrolü için gereklidir. Aynı zamanda kamu sağlığı politikaları özelinde epistemik dayanak yalnızca sağlık bilimlerinin güncel verilerine göre değerlendirilmelidir. Sosyal bilimler alanında elde edilen bulguların da formülasyona katıldığı bir süreç izlenerek daha fazla insan hayatına, doğru temas alanlarıyla, eşitsizlikleri daha da derinleştirilmeyerek yaklaşılmalıdır. ^[62]

İsveç Hükümeti, salgının başlamasından sonra ek bir önlem almaksızın vatandaşlarına gönüllü olarak uymalarının iyi olacağı önerilerde bulunmuştur. “Sürü bağışıklığının amaçlandığı bu salgınla mücadele metodunda, İsveç’teki ölüm oranlarının komşuları Danimarka, Norveç, Finlandiya’ya göre dokuz kat fazla olduğu anlaşılmıştır.^[63] Salgın kaynaklı ölüm oranlarının bu kadar fazla olmasına neden olan politikaya çeşitli eleştiriler getirildiğinde, İsveç’in baş epidemiyoloğu Anders Tegnell, sorunun göçmenlerden kaynaklandığını ifade etmiştir.^[64] İsveç’in komşu ülkelerine göre göçmen nüfus fazlalığı dikkate alındığında esasında bu gerekçe örtülü olarak bazı gerçeklikleri de gün ışığına çıkarmaktadır. İsveç’te göçmen nüfusu, daha çok temel işlerde çalışarak, mevcut eşitsizlikler içerisinde yaşamalarını idame ettirmektedirler. Dolaylı olarak virüsle yüzleşen toplumsal alanda hayatlarını sürdürmekteledir. Tegnell’in açıklaması da farkında olmadan buna işaret etmektedir. İsveç Hükümeti’nin salgın tedbirleri almaması nedeniyle, göçmenlerin ve çeşitli kırılgan grupların eşitsizliklerinin derinleşmesinin de ötesinde bu grupların ölümle yüzleşmek zorunda bırakıldıkları anlaşılmaktadır.

COVID-19 salgını, dünya genelinde, öncelikli olarak sağlık krizi ve insanların yaşam haklarını koruma mücadelesiyle başlamışken, süreç içerisinde durgunlaşan ekonomik atmosfer bu insani krizi giderek derinleştirmekte ve ekonomik anlamda bir kriz ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Pandeminin yayılımının azaltılması için gereği gibi alınmayan önlemler,

[62] Timmermann, “Epistemic Ignorance, Poverty and the COVID-19 Pandemic”, p. 3.

[63] “Avrupa’da yeni koronavirüs dalgası: Vakalar ve ölümler artarken yeni yıl sıkı karantina tedbirleriyle karşılanacak”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55366917>, E.T.: 31.12.2020.

[64] “İsveç’in koronavirüsle mücadeleden sorumlu ismi, ölüm oranı fırlayınca göçmenleri suçladı”, <https://www.indyturk.com/node/282261/d%C3%BCnyai%CC%87sve%C3%A7in-koronavir%C3%BCsle-m%C3%B Cadeleden-sorumlu-ismi-%C3%B6l%C3%B Cm-oran%C4%B 1-f%C4%B 1 rlay%C4%B 1 nca-g%C3%B6l%C3%A7menleri>, E.T.: 01.01.2021.

sağlık sistemlerini bir noktadan sonra felce uğratmaya başlamıştır. Buna bağlı olarak fabrikaların kapalı kalması, küresel iş gücünün yarısının geçim kaynaklarını ciddi şekilde etkileyerek yaklaşık 1,6 milyar öğrencinin yüz yüze eğitim alma imkânından mahrum kalmasına neden olmuştur. Mevcut yoksulluk sınırı kendisini daha da derinleştirerek kırılğan grupların yaşam kalitelerinin daha da düşmesine yol açmaktadır. Dünyanın küresel ölçekli insani koşulları göz önünde bulundurulduğunda, COVID-19 neticesiyle doğan problemler, en yoksul ve en savunmasız insanları orantısız şekilde etkilemektedir. Kadınlar, çocuklar, mülteciler, yaşlılar, engelliler, göçmenler, evsizler, kayıt dışı istihdam edilen sektör çalışanları bu gruplara dahildirler.^[65] Ayrıca salgın nedeniyle küresel ölçekli ekonomik kalkınmanın sürdürülememesi ve sağlık kaygılarının ekonomi üzerindeki belirsizlikleri arttırması nedeniyle, doğrudan işsizliklerin artması ve/veya daha düşük gelirli çalışma modellerinin yaygınlaşması da başka bir değerlendirme alanı oluşturmaktadır.^[66] Ülkeler arasındaki güç dengelerinin de salgın krizinin başlarında ve devam eden salgın döneminde önemli sorunlar ortaya çıkardığı anlaşılmaktadır. Nispeten güçlü ülkelerin salgından korunmak için ithalatı yapılan maske ve dezenfektan yüklü gemilere el koydukları görülmektedir. Böylece, gelişmemiş ülkelerin virüsten korunma çabaları da “güçlü” devletlerin “histerik” eylemleri nedeniyle zayıflamıştır.^[67]

Kamu sağlığının korunması için verilen “kendini izole etme” talimatları, aslında insanların birbirine küresel ölçekte ne kadar bağımlı olduğu gerçeğini görmeye de vesile olmaktadır. Güçlü devletlerin aşu yarışında, “öncelikli” olarak aşidan yararlanma istekleri diğerlerini görmeyecek boyuta evrildiğinde, kapitalizmin herhangi insani bir sınırının olmadığını anlamaya yardımcı olabilir. Alınan tedbirlerin toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri derinleştirdiği yerde, virüs sanılanın aksine herkese adil bir şe-

[65] ECOSOC, “Progress towards the Sustainable Development Goals: Report of the Secretary-General”, *United Nations Economic and Social Council*, 2020, p. 2. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final_SG_SDG_Progress_Report_14052020.pdf, E.T.: 28.11.2020.

[66] United Nations Department of Economic and Social Affairs, “Everyone Included: Social Impact of COVID-19”, <https://www.un.org/development/desa/dspd/ever-yone-included-covid-19.html>, E.T.: 02.12.2020.

[67] “İtalyanlar tıbbi malzeme taşıyan gemimize el koydu” diyen Tunuslu Bakan: Tüm Avrupa ülkeleri bir histeri yaşıyor”, <https://tr.sputniknews.com/dunya/202003251041680903-italyanlar-tibbi-malzeme-tasiyan-gemimize-el-koydu-diyen-tunuslu-bakan-tum-avrupa-ulkeleri-bir/>, E.T.: 05.01.2021.

kilde yaklaşmamaktadır. Ayrımcılık virüsün “gerçekleştirdiği” bir davranış değildir. Bununla birlikte insanların insan haklarıyla örtüşmeyecek derecede bir ulusalcılık/milliyetçilik anlayışı benimsemeleri, yabancı düşmanlığı, ırkçılık ve kapitalizmin insanı kendi insanı özelliklerine yabancılaştırması gibi nedenlerle bu ayrımcılığın olabildiği/olabileceği unutulmamalıdır.^[68] Virüsün herkese bulaşabildiği bir gerçeklikte sağlığa erişimin de bu kadar adaletli olduğu düşünülmemelidir. Bu salgın özelinde ve diğer tüm hastalıklarda da sıkça görüldüğü gibi “kimin yaşayıp kimin öleceğine” büyük oranda yoksulluk ve sağlığa erişim olanağı karar vermektedir.^[69]

Dünya Bankası'nın COVID-19 özelinde hazırlamış olduğu raporlarda, mevcut salgın ekonomisi ve etkileri analiz edilmiştir. Bu analizlerde gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin finansal olarak küresel ölçekte daha fazla geride kalacağı vurgulanmıştır. Aynı zamanda, salgının sosyo-ekonomik riskleri, kırılğan ve savunmasız gruplar üzerinde kendisini daha çok belirginleştirmektedir. Salgının bulaş alanı, gecekondular, mesafenin kısıtlanamayacağı iş sahaları ve kırılğan topluluklarda daha fazla etkili olmaktadır. Bu açıdan ekonomik zorunlulukları gereği çalışmakla yükümlü olan kişiler diğer insanlara göre salgının vermiş olduğu fiziki ve ruhsal etkileri daha yoğun biçimde yaşamaktadırlar.^[70] Bu ve buna benzer belirlemeler ekseninde ve bu çalışmanın temel sorusu çerçevesinde değerlendirildiğinde, ülkelerin tedbirleri ele alış biçimleri genelleştirilmeden, kırılğan grupların da öncelikle gözetilmesi halinde, mevcut eşitsizlikler arasındaki farkın daha da fazla açılmasının önüne geçilebileceği düşünülmektedir. Eleştirel hukuk çalışmalarının altını çizdiği gibi hukuk, ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel olgulardan kopuk bir yerde değildir. Mevcut düzenlemeler, hukukun insan yönünü daha çok ön planda tutmayı gerekli kılmalıdır. Çünkü bu haliyle, salgın politikalarıyla revize edilen pozitif hukuk alanı, tedbirleri alırken eşitsizlikleri derinleştirmeme gibi bir saikle hareket etmemektedir. Haliyle “görünmez” olan kırılğan alanların daha çok hasar almasının önüne geçmek, politik alanda hukukun varlığını tercihlere göre yansıtmasının da kırıncı etkisini göstermesi bakımından önemlidir. Aynı zamanda kırılğan grupların sağlık hakkına erişimi de bu yönüyle çalışmanın ilk odak alanı

[68] Judith Butler, “Kapitalizmin Sınırları Var”, <https://terrabayt.com/dusunce/kapitalizmin-sinirlari-var/>, E.T.: 02.12.2020.

[69] Titthi Bhattacharya, Sarah Jaffe, “Toplumsal Yeniden Üretim ve Salgın”, <https://terrabayt.com/kultur/toplumsal-yeniden-uretim-ve-salgin/>, E.T.: 18.11.2020.

World Bank, Protecting People AndEconomies: IntegratedPolicy Responses to Covid-19, 2020, p. 8-10.[70]

mesinden ziyade, ekonomik önceliklere yer verir biçimde şekillendiği bir salgın dönemi yaşanmaktadır. Kısıtlamaların yöntemi, dolaylı olarak sağlık emekçileri, temel gıda işçileri ve buna benzer zorunlu alanlar dışında kalan çalışan nüfus için kişileri yaşam tehdidiyle yüzleştiren kısıtlamalarla gerçekleştirilmedi. DSÖ'nün salgın sürecinin başından itibaren ülkeler arası koordinasyon, şeffaflık, bilimsel salgın önlemleri, salgın yönetimi ve insanların bilgilendirmesi gibi görevleri açısından etkin müdahalelerde bulunamayışı da eleştirilere sebebiyet vermektedir.^[73]

Yaşam hakkının devletler tarafından en temel değer olarak ele alınması gerekliliği karşısında, ekonomik kaygılarla hareket edilerek salgın tedbirlerinin yönetilmeye çalışılması, hukukun çeşitli ölçülere göre değerlendirme yapmasını gerekli kılmaktadır. Elbette sağlık hakkı, mali kaynaklar ölçüsünde orantısız ve imkânsız bir yorumla değerlendirilmemelidir. Ancak AIHM'nin çeşitli içtihatlarında da görüldüğü üzere devletin, sağlık hakkının korunmasını yaşam hakkının korunması ile bağlantılı biçimde ele alması gerekmektedir. Ülkelerce alınacak olan tedbirlerin, farklı ülkelerin uyguladıkları tedbir politikalarına göre şekillenmesi ve yaşam hakkının COVID-19 tedbirleriyle daha sıkı bir şekilde korunması aranmalıdır. Yaşam hakkının korunması pozitif yükümlülükler de gerektirdiğinden, devletlerin yapmakla yükümlü olduğu eylemleri yapmama veya bunu görmezden gelme gibi bir seçeneği de bulunmamaktadır. Bu nedenle, kamu sağlığının korunması bakımından alınan tedbirlerin en temel haliyle yaşam hakkı odağına çekilerek, görmezden gelinen grupların da özellikle hakları açısından koruma çemberinin içinde kalacağı politikalar üretilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akbaş, Kasım: *Hukukun Büyübozumu*, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2015.

Akman, Şefik Taylan: "Hukuk Politika İlişkisi Bağlamında Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi", *AÜHFD* 61 (4), 2012, s. 1280-1282.

Algan, Bülent: *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

[73] "Dünya Sağlık Örgütü'nün Koronavirüs Yöntemi", <https://setav.org/assets/uploads/2020/07/A324.pdf>, E.T.: 20.01.2021.

Bennoune, Karima: “Lest We Should Sleep”:1 Covid-19 and Human Rights”, *The American Society of International Law*, 2020, p. 2-5.

Blundell Richard, Dias Monica Costa, Joyce Robert, Xu Xiaowei, “COVID-19 and Inequalities”, *Fiscal Studies*, 2020, ss. 2-3.

Bulut, Nihat: *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Demiralp, Selva: “Covid-19 Salgınının Ekonomik Etkileri”, *Salgın: Tükeniş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek*, Tellekt, İstanbul, 2020.

Gözler, Kemal: *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

Harris, D. J., O’Boyle, M., Warbrick C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1995.

Kairys, David: “Law and Politics”, *Geo. Wash. L. Rev.*, 1984, s. 250.

Kanadoğlu, Korkut: “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 119, 2015, s. 12.

Karakul, Selman: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3/2, Güz 2016, s.171.

Kuçuradi, İoanna: “Covid-19 Salgını Sırasında Dünyamızın Dününe, Bugününe, Yarınına Bir Kuşbakışı”, *Salgın: Tükeniş Çağında Dünyayı Yeniden Düşünmek*, Tellekt, İstanbul, 2020.

Moodley, Keymanthri ve Diğerleri : “What Could “Fair Allocation” During the Covid-19 Crisis Possibly Mean in Sub-Saharan Africa?”, *Hastings Center Report* 50/3, 2020, pp. 3338.

Oldekop, J.A. ve Diğerleri: “COVID-19 and The Case for Global Development”, *World Development*, 2020, ss. 6-9.

Özkan Duvan, Ayşe: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24/2, 2018, s. 661.

Şirin Tolga, “1982 Anayasası’na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt:5 Sayı 10, 2016, ss. 502503.

Timmermann, Cristian: “Epistemic Ignorance, Poverty and the COVID-19 Pandemic”, *Asian Bioethics Review* 30, July 2020, p. 2.

Unger, Roberto Mangabeira: *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.

Uygur Gülriz: *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Türk Felsefesi Dizisi:11, Ankara, 2016.

World Bank: *Protecting People And Economies: Integrated Policy Responses to Covid-19*, 2020.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Acemoğlu, Daron : “The Post-COVID State”, *Project Syndicate*, 2020, ss. 34. <https://www.project-syndicate.org/onpoint/four-possible-trajectories-after-covid19-daron-acemoglu-2020-06?barrier=accesspaylog>, E.T. 24.11.2020.

Bhattacharya, Titthi, Jaffe, Sarah : “Toplumsal Yeniden Üretim ve Salgın” <https://terrabayt.com/kultur/toplumsal-yeniden-uretim-ve-salgin/>, E.T. 18.11.2020.

Butler, Judith: “Kapitalizmin Sınırları Var”, <https://terrabayt.com/du-sunce/kapitalizmin-sinirlari-var/>, E.T. 02.12.2020.

Demiralp, Selva : “Koronavirüs ekonomik tedbir paketi: Kime, hangi güvence sunuluyor?”, BBC Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51958762>, E.T.: 25.11.2020.

ECOSOC: “Progress towards the Sustainable Development Goals: Report of the Secretary-General”, *United Nations Economic and Social Council*, 2020, p. 2. https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final_SG_SDG_Progress_Report_14052020.pdf, E.T.: 28.11.2020.

<https://setav.org/assets/uploads/2020/07/A324.pdf> E. T. 20.01.2021.

<https://tr.sputniknews.com/dunya/202003251041680903-italyanlar-tibbi-malzeme-tasiyan-gemimize-el-koydu-diyen-tunuslu-bakan-tum-avrupa-ulkeleri-bir/>, E.T.: 05.01.2021.

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/brezilyada-bolsonaro-kovid-19u-yense-de-saglik-sistemi- alarm-veriyor-/1925823>, E.T.: 22.11.2020.

<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/brezilyada-bolsonaro-kovid-19u-yense-de-saglik-sistemi- alarm-veriyor-/1925823>, E.T.: 23.11.2020.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55366917>, E.T.: 31.12.2020.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-54391859>, E.T.: 28.11.2020.

<https://www.dw.com/tr/brezilyada-vaka-say%C4%B1s%C4%B1-1-milyonu-a%C5%9Ft%C4%B1/a-53880486>, E.T.: 12.12.2020.

<https://www.dw.com/tr/ds%C3%B6-d%C3%BCnya-feci-bir-ahlaki-iflas%C4%B1n-e%C5%9Fi%C4%9Finde/a-56268417>, E.T.: 18.01.2021.

<https://www.dw.com/tr/koronavir%C3%BCse-kar%C5%9F%C4%B1-hangi-%C3%BClke-hangi-ekonomik-%C3%B6nlemi-ald%C4%B1/a-52969655>, E.T.: 23.11.2020.

<https://www.dw.com/tr/koronavir%C3%BCse-kar%C5%9F%C4%B1-hangi-%C3%BClke-hangi-ekonomik-%C3%B6nlemi-ald%C4%B1/a-52969655>, E.T.: 27.11.2020.

<https://www.indyturk.com/node/282261/d%C3%BCnya/icc%87sve%C3%A7in-koronavir%C3%BCsle-m%C3%BCcadeleden-sorumlu-ismi-%C3%B6l%C3%BCm-oran%C4%B1-f%C4%B1rlay%C4%B1nca-g%C3%B6%C3%A7menleri>, E.T.: 01.01.2021.

<https://www.ntv.com.tr/dunya/trumpnisanda-havalarin-isinmasiyla-corona-virus-biter,a9rgyQ3kPkukek0f74C1vw>, E.T.: 23.11.2020.

<https://www.ttb.org.tr/userfiles/files/covid19-rapor.pdf>, E.T.: 18.12.2020.

COVID-19 Döneminde Kamu Sağlığının Korunması İçin Alınan Tedbirlerin Yaşam Hakkı ve Eşitsizlikler Üzerindeki Etkileri

<https://www.unicef.org/turkey/bas%C4%B1n-b%C3%BCltenleri/covax-hakk%C4%B1nda-g%C3%BCncellenen-bilgilere-g%C3%B6re-unicef-covid-19-a%C5%9F%C4%B1lar%C4%B1n%C4%B1n-da%C4%9F%C4%B1t%C4%B1m%C4%B1n%C4%B1>, E.T.: 19.01.2021.

<https://www.worldometers.info/coronavirus>, E.T.: 05.12.2020.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : (16 December 1966), <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>, E.T.: 20.11.2020.

Office of the High Commissioner for Human Rights, “CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>, E.T.: 20.11.2020.

Roy, Arundhati : “The Pandemic Is a Portal”, Financial Times 3 April 2020, <https://www.ft.com/content/10d8f5e8-74eb-11ea-95fefcd274e920ca> E.T. 30.12.2020.

UN Human Rights Comm., General Comment No. 36, para. 2.

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf, E.T.: 20.11.2020.

United Nations Department of Economic and Social Affairs, “Everyone Included: Social Impact of COVID-19”, <https://www.un.org/development/desa/dspd/everyone-included-covid-19.html> E.T. 02.12.2020.

Universal Declaration of Human Rights Article 25, (10 December 1948) https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

Uygur, Gülriz: “Koronavirüs Günlerinde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği”, <https://www.catlakzemin.com/koronavims-grnnlerinde-toplumsal-cinsiyet-esitsizligi-adaletsizlik-perspektifinden-bir-degerlendirme-ve-derinlesen-esitsizlikler/>, E.T.: 01.12.20.

World Health Organization, “Constitution of the World Health Organization”, https://www.who.int/governance/eb/who_constitntion_en.pdf, E.T.: 18.11.2020.

Makaleler

Articles

Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme İle Siyasal Parti Özdeşleşmesine Giden Uygulamalar ve Sonuçları

Bülent Hayri **ACAR***

* Av., Dr., Ankara Barosu.

GİRİŞ

Anayasa değişikliğiyle, parlamenter hükümet sisteminden Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir.^[1] Cumhurbaşkanı, tek başına yürütme ile görevli ve yetkili kılınmıştır. Yeni sistemde, Cumhurbaşkanının partili olabilmesi kabul edilmiştir. Görevdeki Cumhurbaşkanı, Devletin temsili ve yürütme görevleri ile birlikte siyasal parti genel başkanlığı görevini yürütmektedir.^[2]

“Cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisiyle ilişkisinin kesilmesine yönelik düzenleme kaldırılmaktadır. Böylelikle doğrudan halk tarafından seçilen ve esasen **siyasi bir kişilik olan Cumhurbaşkanlarının**, partisiyle ilişkisinin kesilmesine dair hükmü yürürlükten kaldıran ilga normunun, halk oylamasında kabulü akabinde yürürlüğe girmesi anında **bir siyasi partiyle ilişkisinin olması, onun görevini yerine getirirken taraflı olacağı anlamına gelmemektedir. Esasen demokratik hukuk devletlerinde kamu adına görev yapan seçilmiş veya atanmış tüm yöneticiler görevlerini kamu hizmetinin gerektirdiği tarafsızlık ilkesine uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdürler.**”^[3]

[1] Gerçekten, 6771 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi’nde bu durum açıklanmıştır: “Öte yandan, 1961’den itibaren, anayasalarda bürokrat kökenli bir kişi olarak tasarlanan Cumhurbaşkanının konumu ve yetkileriyle ilgili bir gelişme dikkat çekicidir. Önce sembolik yetkilere sahip olan Cumhurbaşkanının 1982 Anayasası’nda yetkilerinin çok önemli derecede artırıldığı görülmektedir. 1961 ve 1982 Anayasalarının Cumhurbaşkanının görev ve yetkileriyle ilgili maddelerinin karşılaştırılması, izaha çalışılan hususu açıkça ortaya koymaktadır. 1980’lerin sonunda bürokratik kökenli Cumhurbaşkanı yerine demokratik siyasetten gelen bir Cumhurbaşkanının seçilmesi, vesayetçi tasarımı bozmuştur. 2007 yılında Cumhurbaşkanının parlamentodan seçtirilmemesi sonrasında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir. 1961’den günümüze uzanan çizgide, parlamentonun seçtiği sembolik yetkileri olan “bürokrat” Cumhurbaşkanından, milletin doğrudan seçtiği geniş yetkileri bulunan “siyasetçi” Cumhurbaşkanı profiline geçiş yaşanmıştır” (AKP Milletvekilleri tarafından verilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2/1514) Genel Gerekçesi s. 10-11 (Yasama Dönemi 26 Yıl 2 S. Sayısı 447) www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr erişim 30.04.2020).

[2] Cumhurbaşkanı R. T. Erdoğan, önce AKP’ye üye olmuş, 21.05.2017 günlü olağanüstü kongrede parti genel başkanı seçilmiştir.

[3] AKP Milletvekilleri tarafından verilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2/1514) Madde 8 Gerekçesi (Yasama Dönemi 26 Yıl 2 S. Sayısı 447) www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr erişim 30.04.2020.

Gerçekten, Cumhurbaşkanlığı görevi ile siyasal parti genel başkanlığı görevlerinin, farklı nitelikte ve farklı kurallara bağlı olduğu, birbirine karıştırılmaması gerektiği açıktır. Aksi uygulama, yürütmeye siyasal partinin organikleşme sürecine girmesi, açıkçası parti devleti görüntüsü ve algısı veya yürütme ile parti özdeşleşmesine gitme tehlikesi^[4] yaratabilir.^[5] Açıkçası, Türk tipi başkanlık sistemi de denilmekte olan^[6] yeni sistemde, Cumhurbaşkanının partisi ile Devlet özdeş değildir.

Bu incelemede, Cumhurbaşkanlığı sisteminin uygulamalarından hareketle, somut örnekler üzerinden yeni sistemin kapsam ve sınırları saptanmaya çalışılacaktır. Yaygınlaşan bu örnekler, demokratik hukuk devletinde yapılamayacak / yapılmaması gereken uygulamalardır. Bu uygulamalar,

-
- [4] Bir görüşe göre, önemli demokratik yapıların kurumsallaşmadığı ve demokratik güçlerin ve aktörlerin yeterince güçlü olmadığı toplumlarda, ülkemizde olduğu gibi Cumhurbaşkanın üyesi veya yöneticisi olduğu ve yasama organında çoğunluğa sahip bir iktidarın denetlenmesinde güçlük yaşanır. Hukuk devletinin etkili olamayışı bu durumu ağırlaştırır. Bu şekilde çifte meşruiyete sahip bir iktidarın diğer erkleri denetimine alması ve muhalefetin kendini ifade kanallarının kısıtlanması, siyasetin gerginleşmesine veya yeraltına çekilmesine neden olabilir. Belirtilen nitelikteki iktidarın ortaya çıkaracağı risklerin ve tehditlerin, bir ölçüde Gezi olaylarında yaşandığına dikkat çekilmiştir (GÜL, Hüseyin / KAMALAK, İhsan / SALLAN GÜL, Songül: **Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Yeni Cumhurbaşkanlığı Sistemi**, Strategic Public Management Journal, s.5, www.der-gipark.org.tr erişim 25.03.2021).
- [5] 2017 Anayasa teklifinin oylanmasından önce yapılan değerlendirmelerde, partili Cumhurbaşkanının parti devletine yol açacağına ilişkin eleştiriler dile getirilmiştir. Esen, Anayasa Teklifinin, cumhurbaşkanının partili olmasına olanak veren düzenlemede, devletle partiyi cumhurbaşkanının kişiliğinde bütünleştirme ve parti devletine yol açma tehlikesinin olduğunu ve buna ilişkin eleştirilerde haklılık payı olduğu düşüncesindedir. Anılan düzenleme, bu bakımdan Türkiye’de pek çok açıdan sorunlu olan 1950’lerdeki çoğunlukçu demokrasi anlayışının bile gerisine düşülmesine neden olmuştur. (ESEN, Selin: **2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi**, ABD 2016/4 s. 52-53).
- [6] Gözler, 2017 Anayasa Teklifi ile önerilen hükümet sistemine Cumhurbaşkanlığı sistemi denilmesinin, bir aldatmaca olduğunu, teklifi hazırlayanların da bu sistemin başkanlık sistemi olmadığını fark etmeleri nedeniyle bu sistemin adını kullanamadıklarını belirtmektedir. Teklifteki sisteme Türki tipi sıfatının eklenmesiyle, Türk tipi başkanlık sistemi de denilemez. Önerilen sisteme dünyada eşî duyulmamış bir sistem olması nedeniyle, Neverland hükümet sistemi ismi verilebilir (GÖZLER, Kemal: **Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi? Başkanlık Sistemi mi? Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?**, www.anayasa.gen.tr erişim 25.03.2021).

Cumhurbaşkanı ve yeni sistemin üst düzey kamu yöneticileri ile iktidar partisi yetkililerince yapılmaktadır.^[7]

“Hukuk devleti .. Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”^[8] Demokratik hukuk devleti, hukuken genel ilkelerine, Anayasaya, uluslararası sözleşmelere ve yasalara, kısaca hukuka bağlı işleyen devlettir. Hukuk devletinde yürütme ve idare, faaliyetlerini, eylem ve işlemlerini, hukuka uygun yürütecektir.

Kamu görevlilerinin görevi, sorumluluk ve yetkileriyle ilgili hukuk kurallarına uygun şekilde görevlerini yerine getirmektir. Bu kamu görevlileri için bir zorunluluktur. Görevin gereklerini yerine getirmek, görev kurallarına uygun davranmaktır. Demokratik hukuk devletinde, egemenlik ulusundur ve Anayasaya uygun kullanılır. Anayasa, egemenliğin kullanımına ilişkin yasakları göstermiştir. Bu yasaklardan birisi konumuzla ilgilidir. Türk Milletine ait olan egemenliğin kullanılmasının belli bir kişiye veya zümreye bırakılamayacağıdır (AY 6/III-1).

Cumhurbaşkanlığı resmi internet sitesinde, Cumhurbaşkanlığı üst düzey kamu görevlilerinin doğrudan muhalefet partileri ile organlarını hedef alan açıklamaları ile Cumhurbaşkanının siyasal parti genel başkanı olarak parti faaliyet ve eylemlerine yer verildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar da, aynı şekilde davranışlar sergilemektedirler. Bu uygulamalarla, bilerek veya bilmeyerek, Cumhurbaşkanlığı sistemi ile yapılamayacak davranışlarla bu yeni sistemin dışına çıkılarak, fiili bir durum yaratılmakta ve yürütme ve idarenin iktidar partisiyle özdeşlemeye giden bir süreç yaratılmaktadır.

Belirtilen uygulamalara konu olaylar sınırlı ve örnek olarak alınmıştır. Bu olayların, sistematik ve yaygın değil, kişilerini bağlayan olaylar olduğu düşünülebilir ve ileri sürülebilir. İster kişilere özgü olsun, isterse sistematik ve yaygın olsun, bu uygulamaların hukuka, Anayasaya ve demokrasiye aykırılığı açıktır. Yeni bir sistem olan Cumhurbaşkanlığı sisteminin kısa

[7] İşin ilginç yanı, siyasal partilerin, Türkiye Barolar Birliği ile barolar ve hukukçuların, belirtilen uygulamanın farkında olmamaları veya tartışmaktan kaçınmalarındır.

[8] AYM 27.03.1986, 1985/31 - 1986/11 kararı, AMKD S.22, Ankara 1987, s.115.

sürelî uygulaması sırasında, bu sistemde nelerin yapılamayacağını / yapılamaması gerektiğini, yani sınırlarını göstermesi yönünden, mevcut uygulamalar önem taşımaktadır. Bu nedenle, hukuken bu durumun incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Bu yazıda, bu uygulama ve sonuçları ele alınacaktır.

1. CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUK, YETKİ VE GÖREVLERİ KAPSAMINDA KONUMU

A) Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçişle Yürütmenin Cumhurbaşkanının Tekeline Bırakılması

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'yla, Yürütmenin temel organı Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, Cumhurbaşkanlığı yeniden düzenlenmiştir. Yürütme, tek başına Cumhurbaşkanına bırakılmıştır.^[9] Bu değişiklikte, parlamenter hükümet sistemi terk edilmiş, Türkiye'ye özgü bir başkanlık sistemi denilen Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Buna karşılık, Gözler, çok açık bir şekilde yeni sistemin bir başkanlık tipi olamayacağını, bu sistemin, 'kuvvetlerin Cumhurbaşkanında birleştiği kuvvetler birliği sistemi' olduğunu açıklamıştır.^[10] Ancak, yeni sistemle yürütmedeki değişiklik dışında, Devletin şekli ve niteliği, Anayasal düzen ve işleyişinde ve temel ilkelerde bir değişim söz konusu değildir.^[11]

[9] "Zira Cumhurbaşkanı, merkezde yürütme yetkisini tek başına kullanan; bakanlıkları kuran kaldıran, bakanları serbestçe atayan veya görevden alan, onlara talimat verebilen; Cumhurbaşkanı kararnameleriyle birlikte kanunda ayrı bir düzenleme yetkisine sahip olan kişi konumuna gelmiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının, idarenin merkezde yer alan, üstün ve asli organ olduğunu; başka bir idari makama bırakılmayan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanınca kullanılacağını söylemek yanlış olmayacaktır" (ÇAKIR, Hüseyin Melih: **Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı - Bakan İlişkisi**, www.academia.edu/3863403., s. 44).

[10] "Teklif olunan sistem ise özünde "kuvvetlerin Cumhurbaşkanında birleşmesi esasına dayalı bir kuvvetler birliği sistemi"nden başka bir şey değildir". "Kuvvetler ayrılığı teorisi, anayasalcılığın en temel ve en eski teorisidir. Kuvvetler ayrılığının olmadığı bir devleti "anayasal devlet" değildir. Bu husus, en güzel, en çarpıcı bir şekilde 16 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16'ncı maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa yoktur" (GÖZLER, Kemal, **Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa**, ABD 2016/4 s. 29, 33).

[11] Turan'a göre, Anayasa'nın ilk dört maddesinde bir değişikliğe gidilmediğinden, siyasal rejim tartışmalarının gerekli olmadığını belirtmiştir. Yazar, yeni hükümet

Cumhurbaşkanı, yeni sistemde, yetkisiyle orantılı olarak, görevin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Cumhurbaşkanının görevleri içinde, Anayasanın uygulanması da vardır (AY 104/II). Anayasa kuralları, Cumhurbaşkanını da bağlar (AY 11/I). Cumhurbaşkanı andı, bir Anayasa hükmüdür. Bu hükme ve içeriğine uyma ve bu hükme göre uygulamada bulunma, Cumhurbaşkanı için görevin gereğidir. Cumhurbaşkanı, bu andında, “Anayasa’ya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye bağlı kalacağına” and içmiştir (AY 103).

Cumhurbaşkanlığı sisteminde, “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir” (AY 104/I-1). Yeni sistemde, Cumhurbaşkanı seçilirken (AY 101/I), (a) Cumhurbaşkanı yardımcısı, (b) Cumhurbaşkanının atayıp görevine son vereceği bakanlar (AY 104/VIII), yürütmede yer almıştır (AY 106). “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur” (AY 106/V-1). Cumhurbaşkanı, Devletin temsili ve yürütme görevlerini, Anayasanın çizdiği sınırlar içinde yerine getirecektir.

Yeni sistemde, Cumhurbaşkanı, yürütmenin tek yetkilisi olurken, ona paralel ceza sorumluluğu genişlemiştir. Cumhurbaşkanı, bir suç işlediğinde hakkında, belirlenen koşullarla meclis soruşturması açılabilir (AY 105/I) ve sonucuna göre Yüce Divan’da yargılanabilir.^[12]

Cumhurbaşkanı, “Üst kademe kamu yöneticilerini atar ve görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler” (AY 104/IX). “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir” (AY 106/son). Bu konuda kanun koyucunun kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.^[13]

sistemini, halk tarafından seçilen bir devlet başkanına dayalı olan, siyasal sorumluluğu olan bir hükümetin bulunmadığı, üniter devlet yapısı esasına dayalı bir hükümet sistemi olarak nitelendirmiştir (TURAN, A. Menaf: **Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi**, Social Sciences Research Journal Volume y, 42-91 (Semptember 2018), 79, www.dergipark.org.tr erişim 19.03.2021).

[12] Açıkçası yeni sistem, Cumhurbaşkanının, her istediğini, istediği zaman, istediği gibi yapabileceği ve sorumsuz olacağı bir sistem değildir.

[13] “Görüldüğü gibi Cumhurbaşkanı, bir kişiyi üst kademe yöneticisi olarak atarken yasama organı ile veya bir başka organla uzlaşmak zorunda değildir. Dahası halkoylamasına sunulan Anayasa Değişikliği Kanunu, üst kademe yöneticilerinin “atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” düzenleneceğini öngörmektedir. Yani yasa koyucunun bu alanda düzenleme yapmasını yasaklamak-

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıkların oluşturulmasıyla ilgili olarak, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesini çıkarmıştır.^[14] Yeni sistemde yürütmenin kendini var etmesi ve sınırlarını belirleyebilmesi özelliğine dikkat çekilmiştir.^[15]

Cumhurbaşkanlığındaki üst düzey görevliler, doğrudan Cumhurbaşkanına bağlıdır. Cumhurbaşkanı, üst düzey görevlilerin hiyerarşik amiridir. Cumhurbaşkanı, bu üst düzey görevlilerin, kamuya zarar veren ve suç oluşturan eylemlerini önlemek, takip etmek, gereğini yapıp yapmamaktan sorumludur.

B) Partili Cumhurbaşkanının Siyasal Partisiyle İlgili Eylem Ve Faaliyetlerinin Anayasa ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa Bağlı Olması

Yeni sistemle, Cumhurbaşkanı partili olabilmektedir.^[16] Görevdeki

tadır. Bu şu anlama gelir ki, Cumhurbaşkanı mevcut kanunlarımızda üst kademe yöneticilerinin atanması için öngörölmüş şartlarla bağlı değildir; isterse bu şartları değiştirebilir” (GÖZLER, Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi? Başkanlık Sistemi mi? Yoksa Neverand Sistemi mi?).

[14] RG 10.07.2018 - 30474. 1 Nolu Kararname, Yedi Kısım'dan oluşmaktadır. Birinci Kısım'da Cumhurbaşkanlığı Makamı, İkinci Kısım'da Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Üçüncü Kısım'da Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Cumhurbaşkanına Vekalet, Dördüncü Kısım'da Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Beşinci Kısım'da Cumhurbaşkanına Bağlı Kurum ve Kuruluşlar, Altıncı Kısım'da Bakanlıklar, Yedinci Kısım'da Cumhurbaşkanlığı Ofisleri düzenlenmiştir.

[15] “2017 Anayasa değişikliklerinin yürütme erkinin yapısı bakımından getirdiği en belirgin değişimlerden biri yürütmenin artık kendini var etmesi ve sınırlarını kendisinin belirleyebilmesi, yani başka bir iradeye / güce ihtiyaç duymaksızın kendinden üreme kabiliyetine (Parthenogenesis) sahip olmaya başlamasıdır. Mitolojide parthenogenesis prensibi kaosu sona ererek evrenin yaratılışına referansla kullanılır. Buna karşılık, devlet ve hukuk tarihi bakımından yürütme erkinin “parthenogenesis” olması bir hukuk devletinin yaratılışı ve gelişimi anlamına gelmemektedir” (SEVER, Dilşad Çiğdem: Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Karşısındaki Yetkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak, s. 15 www.kamuhukukculari.org, erişim 21.03.2021).

[16] Bir görüşe göre, yeni sistemle yürütmede istikrarın sağlanması ve çok başlılığın neden olacağı sorunların önlenmesi amaçlanırken, Cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisinin kesilmesinin istenmesi, ortadan kaldırılmak istenilen durumun Cumhurbaşkanının partisinde yaşanmasının istenmesi nedeniyle çelişkilidir. Bu görüşte, Cumhurbaşkanının partili veya parti genel başkanı olmasında, yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasal ve yönetsel anlamda daha etkin bir işlev üstleneceği savu-

Cumhurbaşkanı, iktidar partisinin genel başkanıdır. Siyasal parti genel başkanlığı görevi, Anayasa ve 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'na ve parti tüzüğüne bağlı yürütülecektir.

Cumhurbaşkanının, partili olması nedeniyle siyasal partisiyle ilişkilerinin kapsam ve sınırlarının saptanması gerekir. Anayasa, siyasal partilerin, demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsurları olduğunu belirtirken, faaliyetlerinin Anayasa ve kanun hükümlerine uygun yapılacağını açıklamıştır (AY 68/II, III). Buna göre, her siyasal parti ve bu partilerin organ ve üyeleri, bu kurallara uygun davranmakla yükümlüdür. Bu, Cumhurbaşkanı için de geçerlidir. Bu demektir ki, **partili Cumhurbaşkanı, bir partinin üyesi veya genel başkanı ise, siyasal partisiyle olan ilişkilerini, Anayasa ve 2820 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütecektir. Bu hükümler, Cumhurbaşkanının anayasal görevi ile partisiyle ilişkilerinin kapsam ve sınırlarını belirlemektedir.**

Anayasa, siyasal partilerin faaliyetlerinin kapsam ve sınırlarını göstermiştir (AY 68/IV). Cumhurbaşkanı, siyasal parti genel başkanı olarak, partisini temsil etme, parti adına dava açma ve davada husumet yetkisine sahiptir; parti tüzüğü ve kararlarına göre partiyi yönetecektir (2820 s. K. 15/III). Cumhurbaşkanı, siyasal parti genel başkanı olarak, Anayasa ve Siyasal Partiler Kanunu'na bağlı olarak görev yapmakla yükümlüdür.

Cumhurbaşkanı, parti genel başkanlığı görevinde, Anayasa'nın gösterdiği sınırlar dışına çıkamayacaktır. Cumhurbaşkanının, yürütmenin tek yetkilisi olması, ona, parti genel başkanı olarak, bu sınırlar dışında siyasal faaliyette bulunma yetkisi vermemektedir. **Bu kanundaki siyasal partilerle ilgili yasaklar, partili Cumhurbaşkanı için de geçerlidir.**^[17]

nulmuştur. Haziran 2018 seçimlerinde kendi partilerinin genel başkanı olmayan Cumhurbaşkanı adayları ile partileri arasında yaşanan tartışmalar da, bu durumu doğrulamaktadır (TURAN, s. 81).

[17] Bu yasaklardan birisi, “**Türk Milletine ait olan egemenliğin kullanılmasının belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmayacağı** veya hiçbir kimse veya organın, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı hükmünü .. değiştirmek; .. amacını gütmek veya bu amaca aykırı faaliyette bulunmak, başkalarını bu yolda tahrik ve teşvik etmektir” (2820 s. K. 78/I-son).

C) Cumhurbaşkanının Yürütme ve Parti Genel Başkanlığı Görevlerinin Birbirine Karıştırılmamasının Anayasal Zorunluk Olması

Cumhurbaşkanı, anayasal görevleri ile siyasal parti genel başkanlığı görevlerini ayırmalı, her görevi ilgili kurallarına uygun yerine getirmelidir. Bu farklı görevlerin, isteyerek veya istemeyerek karıştırılması, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokratik hukuk devleti ilkesine, yani Cumhurbaşkanlığı görevinin gereklerine aykırıdır. Anayasa hükümleri, Cumhurbaşkanının yürütme ve siyasal parti başkanlığı görevlerinin birbirine karıştırılmaması için önlemler getirmiştir. Bu hükümlere kısaca değinilecektir.

“Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır” (AY 6/I-II). **“Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”** (AY 8). Bu Anayasa hükümleri gereğince, Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi ve görevini, Türk Milleti adına kullanan bir organdır. Dolayısıyla, partili Cumhurbaşkanı, bu görevini Anayasa ve hukuka uygun şekilde yerine getirecektir. Cumhurbaşkanı, -partili olsun veya olmasın- **bu görevinde özellikle eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri ile bağlıdır.** “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” (AY 10/son).

Anayasa 68-69. maddelerinde siyasal partilerle ilgili hükümler yer almıştır. Bu hükümler, partili Cumhurbaşkanının siyasal partisiyle ilişkilerinin sınırını göstermektedir. Partili Cumhurbaşkanı, siyasal parti genel başkanı sıfatıyla partisel faaliyette bulunmaktadır. Parti genel başkanlığı, parti tüzel kişiliğinin organıdır. Genel Başkan, siyasal partiyi Anayasa'nın 68-69. maddeleri ve ilgili diğer hükümleri ile 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu'na göre, temsil eder ve yönetir. **Siyasal partinin yapabileceği ve yapamayacağı faaliyetler, işlemler ve eylemleri, genel başkan da yapabilir veya yapamaz.**

“Siyasal partiler, önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler” (AY 68/III). Cumhurbaşkanı, parti genel başkanı (organ) olarak, parti tüzel kişiliği için yasak olan faaliyetlerde bulunamayacaktır. Özellikle hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesi, genel başkan ve siyasal parti için uyulması gereken ilkelerdir. **“Siyasal partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, ..**

eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine **aykırı olamaz**; .. herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işenmesini teşvik edemez” (AY 68/IV).

Partili Cumhurbaşkanı, yürütmenin başı ve siyasal parti genel başkanı olarak, bu farklı görevlerini hukuki kapsam ve sınırları içinde yerine getirecek, özellikle Anayasadaki eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı davranmayacak ve partilerle ilgili yasaklara uyacaktır. Bu demektir ki, **partili Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi ve görevini, Anayasa hükümlerine aykırı şekilde, partisi yararına ve diğer siyasal partiler zararına kullanamayacaktır. Aksi takdirde, partili Cumhurbaşkanının bu şekildeki işlem ve eylemleri, yürütme görevinin gereklerine aykırılık oluşturmaktadır.**

Yukarıda verilen 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanun Teklifindeki açıklama, belirtilen görevin gereğine aykırılığa açık ve net bir yanıttır. Bu yanıtta göre, “doğrudan halk tarafından seçilen ve esasen **siyasi bir kişilik olan Cumhurbaşkanlarının, .. bir siyasi partiyle ilişkisinin olması, onun görevini yerine getirirken taraflı olacağı anlamına gelmemektedir.** Esasen **demokratik hukuk devletlerinde kamu adına görev yapan seçilmiş veya atanmış tüm yöneticiler görevlerini kamu hizmetinin gerektirdiği tarafsızlık ilkesine uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdürler.**”^[18]

Diğer yandan, Anayasa'nın eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine uyulması, partili Cumhurbaşkanı kadar Cumhurbaşkanının partisi ve genel başkanlık görevi için de zorunlu ilkelerdir. **Cumhurbaşkanı ve partisi ile örgütü, Cumhurbaşkanının bu niteliği ile yürütme yetkisi ve görevini kullanarak, partileri lehine veya diğer partiler aleyhine faaliyet, işlem ve eylemde bulunamazlar. Aksi davranış, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin çiğnenmesidir.** Cumhurbaşkanı ve partisi ile örgütünün, belirtilen aksi davranışlarla, Anayasa'daki yasaklara aykırı eylemleri Anayasadaki ifadesiyle “kararlılık içinde işlemelerinde”, siyasal partinin bu “fiillerin odağı haline gelme” durumu ortaya çıkabilir (AY 68/VI).

[18] AKP Milletvekilleri tarafından verilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2/1514) Madde 8 Gerekçesi (Yasama Dönemi 26 Yıl 2 S. Sayısı 447) www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr erişim 30.04.2020.

Sonuç olarak, partili Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisi ve görevinde, siyasal partisi yararına veya diğer partiler zararına eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı davranışlar içine giremez, bu tür davranışlardan yürütme görevinin gereği olarak kaçınmakla yükümlüdür. Buna karşılık aşağıda incelenecek uygulamalar, soru işaretleri doğurmaktadır.

Öte yandan, **partili Cumhurbaşkanı, parti genel başkanı sıfatıyla faaliyet, işlem ve eylemlerinde, Cumhurbaşkanı sıfatı ile Cumhurbaşkanlığı makamını ve sembolleri ile yürütmeye ilişkin yetkilerini kullanamaz. Çünkü, tüm bunlar partili Cumhurbaşkanına, Anayasal organ olmasından dolayı ve bu organla ilgili ve sınırlı faaliyet, işlem ve eylemlerle olarak verilmiştir (AY 6/III-son)**. Dolayısıyla, Anayasanın eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri, partili Cumhurbaşkanı ve bu Cumhurbaşkanının partisi ve genel başkanlık görevinde uyulması zorunlu hükümlerdir. **Cumhurbaşkanının parti faaliyetlerinde, Cumhurbaşkanı yetkileri ile makamını kullanmaya ilişkin eylemleri, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturur.**

2. CUMHURBAŞKANININ DEVLETİ TEMSİL VE YÜRÜTME FAALİYETLERİNE SİYASAL PARTİSİ YETKİLİLERİNİN KATILAMAMALARI

A) Devletin Milli Güvenlik Toplantısına Cumhurbaşkanının Partisinden Yetkililerin Katılması ve Sonucu

Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığının 03.01.2020 tarihli açıklamasına göre, Cumhurbaşkanının başkanlığında, Dolmabahçe Çalışma Ofisi'nde yapılan güvenlik toplantısına, Cumhurbaşkanı yardımcısı, Dışişleri Bakanı, Milli Savunma Bakanı, AKP Genel Başkan Yardımcısı, AKP grup başkanvekili, AKP sözcüsü, MİT başkanı, İletişim Başkanı ve Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü katılmıştır.

Açıklamaya göre, “İletişim Başkanı ..., güvenlik toplantısında Irak'ta yaşanan son gelişmeler, ABD - İran gerginliği, Libya ve Suriye'deki son durumların bütün boyutlarıyla ele alındığını bildirdi.

Toplantıda bölgede yaşanan son gelişmelerin görüşüldüğünü belirten ..., “Cumhurbaşkanımız Türkiye'nin bölgesel gelişmeler karşısındaki yıpratıcı tutumunu sürdürmesi gerektiğini, barış ve istikrarın teminine yönelik etkin adımların atılmaya devam edilmesini ve diplomasinin tüm imkanlarını sonuna kadar kullanılması gerektiğini özellikle vurguladı” ifa-

desini kullandı.”^[19]

Yukarıdaki konuyla ilgili açıklamalar, bu güvenlik toplantısı için de geçerlidir. Güvenlik toplantısı, milli güvenlikle ilgili olup, yürütmenin olağan olarak gizlilik dereceli^[20] olması gereken bir faaliyetidir. Danıştay, “milli güvenliği “yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” biçiminde tanımlamıştır”.^[21] **Milli güvenlik politikaları, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan veya yetkili ve görevlilerin katılımıyla oluşturulur; Cumhurbaşkanının partisinin yetkilileriyle birlikte oluşturulamaz.** Bu resmi yürütme faaliyetine, Cumhurbaşkanının partisinin yetkilileri veya bir başka parti yetkilileri kesinlikle katılamazlar. Yürütmenin faaliyeti, Anayasa’yla düzenlenmiştir ve Anayasa hükümleri herkesi bağlar (AY 11/I).

Anayasa hükümleri, Cumhurbaşkanının partisinin yetkililerine, milli güvenliğe ve yürütmenin herhangi bir eylem, işlem ve faaliyetine katılma yetkisi vermemektedir. Bunun içindir ki, **bu uygulama, Anayasa ve hukuk dışı, fiili, yani keyfi bir uygulamadır.** Bu tür uygulamalar, parti devleti veya yürütmenin Cumhurbaşkanının partisile özdeşleşmesi / organikleşmesi görüntüsünü aşar niteliğe dönüşmeden derhal önlenmelidir. Yetkililerin bu konuda Cumhurbaşkanını uyarma görevlerini yerine

[19] 03.01.2020, www.iletisim.gov.tr, erişim 30.04.2020).

[20] Devletin milli güvenliği ile ilgili bilgilerin dışarıya ve yetkili olmayanlara verilmesi veya bildirilmesi eylemleri suçun ve cezanın konusudur. Bkz. TCK 327, 329, 330, 336.

[21] Karara göre, “milli güvenlik kavramını kesin sınırları ile belirleyecek bir hükme Anayasa ve kanunlarımızda yer verilmemiş bulunmaktadır. Sadece Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin (a) bendinde bu kavramın “Dışardan ve içerden yapılabilecek çeşitli taarruzlara, bozguncu teşebbüslere, tabii afetlere ve büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek, Devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için bütün milli kudret, gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmasıdır” diye tarif olunmaktadır. Yönetmelikteki bu tarif ile yargı organlarının uygulaması ve doktrinindeki görüşler de nazara alınarak, Milli Güvenliği genel bir deyimle “yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması” şeklinde tanımlamanın mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz iç ve dış tehlikelerden hangilerinin milli güvenliğe ilişkin bulunduğunu tehlikenin kapsamı ve niteliğine ve memleketin içinde bulunduğu şartlara göre tayin ve takdir etmek gerekecektir” (Dn.12.D 05.03.1979, 1969/4097-1970/426 (Amme İdaresi Der. C. 3 Sayı 2 Haziran 1970, s. 249 vd, **AYBAY, Rona: Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu**, s.69, www.dergipark.org.tr)

getirmedikleri anlaşılmaktadır. Bu tür hatalı uygulamalar, hukuk devletinde yapılabilecek hatalar değildir.

İşin ilginç ve önemli yönü, devletin yürütme organının görevinin gereği yapmış olduğu kamusal faaliyetine Anayasa dışı, yani fiili, yani keyfi olarak katılanlardan parti sözcüsü ile genel başkan yardımcısının yukarıdaki Kanun Teklifinde imzalarının bulunması,^[22] imzacı olmalarıdır, yani teklif yapanlardan olmalarıdır. Aynı şekilde, parti yetkililerinin Devletin kamusal faaliyetine Anayasa dışı, yani fiili, yani keyfi olarak katılmalarına ses çıkarmayan, onaylayan Bakanlardan ikisinin de^[23] Kanun Teklifinde imzaları bulunmaktadır.

B) Devletin Diğer Bir Devletle İlişki ve Temsilinde Resmî Kurulda Cumhurbaşkanının Partisinden Yetkililerin Yer Alması ve Sonucu

Devletin diğer devletlerle ikili ilişkileri ve uluslararası ilişkileri, 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun hükümlerine bağlı olarak yürütülecektir. 1173 sayılı Kanun'un 1/I. maddesine^[24] göre, Cumhurbaşkanının uluslararası hukuk ve Anayasa gereğince yetkileri saklı kalmak koşuluyla, Türkiye Cumhuriyeti'nin diğer devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla her türlü ilişkisi, Dışişleri Bakanlığı

[22] Ömer Çelik (Adana), Mahir Ünal (Kahramanmaraş) milletvekilleri olarak, Kanun Teklifini imzalamışlardır. Bkz. AKP Milletvekilleri tarafından verilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1514) (Yasama Dönemi 26 Yıl 2 S. Sayısı 447) www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr erişim 30.04.2020.

[23] Mevlüt Çavuşoğlu (Antalya), Berat Albayrak (İstanbul) milletvekilleri olarak, Kanun Teklifini imzalamışlardır. Bkz. AKP Milletvekilleri tarafından verilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2/1514) (Yasama Dönemi 26 Yıl 2 S. Sayısı 447) www.anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr erişim 30.04.2020.

[24] 1173 sayılı Kanun'un "Milletlerarası temas, müzakere, akit yetkisi" başlıklı 1/I. maddesi: "Milletlerarası Hukuk ve Anayasa gereğince Cumhurbaşkanının yetkileri saklı kalmak kaydıyla, Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı devletlerle, bunların temsilcilikleri ve temsilcileri ile, milletlerarası kuruluşlarla, bunların temsilcilikleri ve temsilcileri ile, müteakip bentler ve maddeler hükümleri saklı kalmak kaydıyla, temas ve müzakereleri Dışişleri Bakanlığı eliyle, ilgili bakanlıklarla işbirliği yapmak suretiyle yürütülür ve yabancı devletler ve milletlerarası kurullarla Anayasanın 65 inci maddesi anlamındaki milletlerarası andlaşmaları da, yine diğer bakanlıklarla işbirliği dahilinde aynı Bakanlık eliyle yapılır."

eli ile yürütülür. Dışişleri Bakanlığının, Devletin her türlü dış ilişkilerini yürütme yetki ve görevi, 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 128/1 (b) ve (c) maddeleriyle düzenlenmiştir.^[25]

“Cumhurbaşkanı, Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder” (AY 104/II).

Cumhurbaşkanı, Rusya Federasyonu Başkanı ve yetkilileriyle, İdlib konusunu görüşmek üzere resmi bir heyetle Moskova'ya gitmiştir. Cumhurbaşkanının başkanlığındaki resmi heyette, ilgili bakanlar ve yetkililerle birlikte, Cumhurbaşkanının genel başkanı olduğu siyasal partinin sözcüsü ve bir genel başkan yardımcısı da yer almıştır.^[26] **Resmi heyetin, Rusya Federasyonu Başkanı görüşmesi öncesinde ve karşılanması sırasında, resmi heyetle birlikte bu iki parti yetkilisinin de bulunduğu, medya görüntülerinde yer almıştır.**^[27] **Aynı resmi heyet katılanları ile birlikte özel resmi uçakla yurda dönmüştür.**^[28]

[25] 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 128/1 (b) ve (c) maddeleri: “Dışişleri Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır. (b) Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Cumhurbaşkanını yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlar nezdinde temsil etmek, yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlarla temas ve müzakereleri ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak suretiyle yürütmek, Türkiye Cumhuriyeti'nin dış ilişkilerini tüm boyutlarıyla ve ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak suretiyle tesis etmek, yürütmek, yönlendirmek, geliştirmek ve ülkenin çıkarlarını korumak, (c) Devlet organlarının uluslararası temaslarının yürütülmesinde bu organlara yardımcı olmak”.

[26] Bir haber yazısına göre, “Bugün Cumhurbaşkanı Erdoğan, Türkiye'nin siyasi gerilim yaşadığı İdlib konusunu ele almak üzere saat 10.35 te Esenboğa Havalimanı'ndan Moskova'ya hareket etti. Erdoğan'ın beraberindeki heyette, Dışişleri Bakanı ..., Milli Savunma Bakanı .., Hazine ve Maliye Bakanı .., MİT Başkanı .., Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü ..., AKP Sözcüsü ..., ve AKP Genel Başkan Yardımcısı ... yer alıyor” (05.03.2020, www.amerikaninsesi.com, erişim 30.04.2020).

[27] Bir haber yazısına göre, “Bu arada Ak Parti Sözcüsü ..., Türk heyetinin Rusya'daki temaslarına ilişkin “Rejim güçlerinin mutabakata uygun sınırlara çekilmezse gerekli askeri hazırlıkları yaptığımız açık ve net bir şekilde karşı tarafa iletildi” dedi” (05.03.2020, www.turkrus.com, erişim 30.04.2020).

[28] Bir haber yazısına göre, “Cumhurbaşkanı Erdoğan ile beraberindeki heyeti taşıyan özel uçak “TC-TUR” saat 23.55 te Atatürk Havalimanına indi. Cumhurbaşkanı Erdoğan ile Dışişleri Bakanı ..., Hazine ve Maliye Bakanı .., Milli Savunma Bakanı .., MİT Başkanı .., Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü ..., AKP Sözcüsü ..., ve AKP Genel Başkan Yardımcısı ... da yurda döndü” (05.03.2020, www.aa.com.tr, erişim 30.04.2020).

Sözü edilen resmi heyetin, diğer devletin resmi heyetiyle görüşmelerine, iki parti yetkilisinin katılıp katılmadıkları hakkında bir bilgi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı internet sitesinde 08.03.2020 tarihli haberde parti yetkililerinin katılımından söz edilmemiştir.^[29] Bu doğru ve hukuka uygun bir yaklaşımdır. Ancak, **Devletin resmi heyetinin diğer devletin başkanını ziyareti ve karşılanması, iki devlet arasındaki ikili temasın bir parçasıdır. Bu ziyaret ve karşılama, özel, kişisel ve resmi olmayan, yani Devletin temsiliyle ilgisi bulunmayan bir ziyaret değildir.** Diğer devlet başkanı, Devletin resmi heyetini, ikili devlet teması ve ilişkisi gereğince karşılamış ve kabul etmiştir ve özel bir davetinin gereğini yerine getirmemiştir.

Bu iki siyasal parti yetkilisi, Devletin yabancı bir devletle ikili temas ve görüşmesine ilişkin resmi bir heyette herhangi bir şekilde bulunamazlar ve diğer devlet başkanını ziyarette ve karşılama töreninde yer alamazlar. Buna Anayasa, 1173 sayılı Yasa ve 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümleri engeldir. **Parti yetkilileri, milletvekili olsun veya olmasınlar, Devletin yabancı devletle temas ve görüşmesinde yer alabilecek bakan veya diğer kamu görevlileri veya Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilecek Cumhurbaşkanlığı üst düzey görevlisi değildirler. Ayrıca, bu resmi ziyaret, bir Devlet faaliyetidir ve partisel faaliyet değildir.**

Bu iki parti yetkilisi, Anayasa'dan kaynaklanmayan bir şekilde, hukuk dışı, yani fiili olarak resmi heyete katılmış ve resmi heyetin yabancı devletle teması kapsamında, diğer devletin başkanını resmi ziyaret ve karşılama töreninde yetkisiz ve keyfi şekilde katılmışlardır. Bu filli ve keyfi katılma, medya görüntülerinde de yer almıştır. Bu uygulama, ister istensin ister istenmesin, sonuçta, yürütmenin iktidar partisi ile organik ilişki içinde olması sonucunu doğurmaktadır. Bir kez daha yinelersek, demokratik devlette, iktidar partisi ile yürütme ayrıdır, organik ilişki içinde değildir. Bu tür yanlış ve hukuk dışı uygulamalara dikkat edilmeli ve tekrarlanmaması sağlanmalıdır. Bunlar kanun devletinde bile yapılmaması gereken hatalı uygulamalardır.

[29] 08.03.2020 tarihli açıklamaya göre, “Cumhurbaşkanı Erdoğan’a ziyaretinde; Dışişleri Bakanı Mevlüt Çavuşoğlu, Milli Savunma Bakanı Hulusi Akar, Hazine ve Maliye Bakanı Berat Albayrak eşlik ediyor” (www.cumhurbaşkanlığı internet sitesi).

C) Devletin Temsili ve Yürütmenin Faaliyetlerine Siyasal Parti Yetkililerinin Katılmasının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

Anayasa, Türkiye Cumhuriyetini, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamıştır (AY 2). Başlangıçta, egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kişi ve kuruluşların, Anayasada gösterilen özgürlükçü demokrasi ve bunun gerekleriyle belirlenmiş hukuk düzeni ile bağlı oldukları, bu düzen içinde faaliyette bulunacakları, hukuk düzeni dışına çıkamayacakları belirtilmiştir. Anayasa, 6. maddesinde, Türk Milleti adına kullanılacak egemenliğin kullanılması ve yasaklarını göstererek, yetkili kişi ve kuruluşların, hukuk düzeni içinde faaliyetlerini saptarken, bu düzenin dışına çıkılmamasının sınırlarını göstermiştir.

Cumhurbaşkanlığı sistemiyle, yürütmenin Cumhurbaşkanının görev ve yetkisine bırakılması dışında, demokrasi ve hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu yeni sistemde Cumhurbaşkanı, yürütme görev ve yetkisini Anayasaya uygun yerine getirecektir; Anayasal düzenin dışına çıkamayacaktır. Cumhurbaşkanı, iki farklı kimliğiyle de hukuk düzeniyle bağlıdır ve özgürlükçü demokrasi ile hukuk düzeninin emredici normlarına uygun eylem ve işlemde bulunacaktır.

Cumhurbaşkanının yürütme göreviyle ilgili hükümler, Anayasada ile 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer almıştır. Bu hükümlerle, Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütmenin işleyişi düzenlenmiştir. Bu kurallar içinde, yetkisiz / fiili kişilerin veya Cumhurbaşkanının siyasal partisinin yetkililerinin, yürütmede yer alabileceklerine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. **Cumhurbaşkanının partisinin yetkilileri ve üyeleri, yürütmenin her türlü faaliyet, işlem ve eylemlerine katılamayacaklardır.**

Anayasa'nın 6/III. maddesine göre, "Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz". Bu Anayasa hükmü gereğince, Cumhurbaşkanının partisinin yetkililerinin, yürütmenin ve genel idarenin faaliyet, eylem ve işlemlerine katılmalarına ilişkin Anayasa'dan kaynaklanan bir Devlet yetkileri bulunmamaktadır. İktidar partisi yetkililerinin, Devletin güvenliğiyle ilgili bir toplantıya katılmaları ve belirtilen resmi heyet içinde bulunmaları, Anayasadan kaynaklanan bir Devlet yetkisine dayanmayan, yani yetkisiz / fiili işlerdir. **Cumhurbaşkanı için, partisinin yetkilileri gibi yetkisiz / fiili kişilerin**

-kurallarına uygun yetkilendirilmedikçe- **Devletin ve yürütmenin işlem ve eylemlerine katılmalarını engellemek, Anayasa ile kendisine tek başına verilen görevinin zorunlu gereğidir.**

Diğer yandan, yürütme görev ve yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağı Anayasa hükmü gereğince, Cumhurbaşkanı, bu görev ve yetkisini, Anayasa'ya ve kanunlara aykırı, fiili / yetkisiz şekilde herhangi bir kimseye (partisinin yetkililerine) bırakarak veya onların yetkisiz / fiili şekilde göreviyle ilgili işlere katılmalarını sağlayarak kullanamaz. Bunun içindir ki, **iktidar partisinin yetkililerinin, yukarıda belirtilen Devlet ve yürütme işlemlerine katılmaları, Anayasa'nın 8. maddesine aykırıdır.**

Son olarak, Cumhurbaşkanı, Türk Milleti adına egemenliğin yürütme erkini tek başına kendi yetki ve sorumluluğunda kullanacaktır. Cumhurbaşkanı bu erkten doğan yetkisini, herhangi bir şekilde bir kişiye veya zümreye bırakamaz. **Cumhurbaşkanı, bu emredici hüküm gereğince, Devletin milli güvenlik politikalarını belirleme veya Devleti temsil etme görevini yerine getirmede, hukuken emrindeki bakanlar ve üst düzey kamu görevlileri dışındaki yetkisiz / fiili kişilerin bu işlemlere katılmalarını sağlayamaz.** Aksi davranış, Anayasaya dayalı bir Devlet yetkisine sahip olmayan fiili / yetkisiz kişilere, Anayasaya aykırı şekilde belirtilen Devlet işlerinin bırakılmasına yol açar. **Bu durum, Anayasa'nın 6/ III-1 hükmündeki egemenliğin yürütme erki olarak kullanılmasının, bir zümreye (parti yetkililerine) bırakılması tehlikesine veya bu tehlikenin gerçekleşmesine neden oluşturur.**

D) Cumhurbaşkanının Siyasal Parti Genel Başkanı Olarak Faaliyet ve Eylemlerine Cumhurbaşkanlığı Resmi İnternet Sitesinde Yer Verilmesi

Yeni sistemde yukarıda değinilen hukuka aykırı uygulamanın diğer bir biçimi, Cumhurbaşkanlığı resmi internet sitesinde Konuşmalar kısmında, iktidar partisinin genel başkanının (organın), yani siyasal partinin faaliyetlerine yer verilmesidir.

Bu uygulama örnekleri şunlardır:

- 02.04.2020 tarihli AKP belediye başkanları toplantısı,
- 01.04.2020 tarihli AKP il başkanları toplantısı,
- 11.03.2020 tarihli AKP genel merkezinde düzenlenen partinin geniş-

letilmiş başkanlar toplantısı,

- 11.03.2020, 04.03.2020, 26.02.2020, 19.02.2020, 05.02.2020 tarihli AKP TBMM grup toplantıları,
- 02.03.2020 tarihli AKP Ankara il danışma meclisi toplantısı,
- 27.02.2020 tarihli AKP siyaset akademisi açılış toplantısı
- 16.02.2021 tarihli AKP Trabzon 7. Olağan İl Kongresi toplantısı ve diğer il kongreleri toplantıları ve konuşmaları,
- 08.02.2021 tarihinde HAK İş Federasyonu başkanının AKP genel merkezinde kabul etmesidir.

“Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” (AY 8). Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, herhangi bir yayın organı değil, resmi bir yayın organıdır. Bu internet sitesindeki yayınlar, Cumhurbaşkanının, (a) Devlet başkanı temsil görevi, (b) Yürütme görevi ile ilgili ve sınırlı olacaktır.

Cumhurbaşkanlığı, Cumhurbaşkanının yukarıdaki (a) ve (b)'deki faaliyetleriyle ilgili anayasal organ olup, siyasal parti genel başkanlığı görevini kapsamaz, parti görevi bu görevin dışında kendi kurallarına bağlıdır. Dolayısıyla, **Cumhurbaşkanının, (a) ve (b)'deki faaliyetleri dışındaki siyasal faaliyetleri ve eylemleri, Cumhurbaşkanlığı resmi internet sitesinde yer alamaz.** Yeni sistemin partili Cumhurbaşkanına yer vermesi, Devleti temsil ve yürütme görevleri ile siyasal parti görevinin yürütülmesine olanak sağlamasıdır. Bu, iki farklı nitelik ve kurallara bağlı görevlerin, aynı, benzeş sayılması veya birbirine karıştırılır şekilde uygulanması demek değildir.

Diğer yandan, açıklanan uygulama Anayasa'ya aykırıdır. Siyasal partilerin eylemleri, hukuk devleti ile demokratik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz (AY 68/IV). **Partili Cumhurbaşkanının genel başkan olarak partisel faaliyetinin, Devletin Cumhurbaşkanlığı resmi yayın organında yayınlanması, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırıdır.** Siyasal parti genel başkanının konuşması, parti eylemidir ve partiyi bağlar.

Partili Cumhurbaşkanının, siyasal parti faaliyeti, Anayasa ve Siyasal Partiler Kanunu'na bağlıdır, anayasal görevleriyle bir ilgisi yoktur. Cumhurbaşkanının parti faaliyeti ve eyleminin, resmi internet sitesinde yayınlanması, sonuçta bu faaliyet ve eylemin, Cumhurbaşkanı Anayasa ile verilen bir görev olarak nitelenmesi ve gösterilmesidir. Bu

uygulama, demokratik Cumhuriyet ilkesine de aykırıdır. Demokratik devlette, iktidar partisi ile yürütme ayırır, organik ilişki içinde değildir.

Ayrıca, partili Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı sıfatıyla konuşmalarında, yürütmenin faaliyetleri dışında partisinin faaliyetlerinden ve partisinin siyasal ittifaklarından söz etmesi, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırıdır. Bu tür konuşmalar, Devletin Anayasal organı olmanın, Anayasal yetki ve görevlerin partisi lehine ve diğer partiler aleyhine araç olarak kullanılmasıdır. Anayasa, Cumhurbaşkanına Anayasa'daki yetkilerini partisinin çıkarları için kullanmak için vermemiştir; bu yetkiler Türk Milleti adına kullanılmak üzere verilmiştir. Partili Cumhurbaşkanının, Türk Milleti adına kullanılmak üzere verilen yetkileri, partisi adına kullanma şeklinde Anayasadan kaynaklanan bir yetkisi olmadığı gibi, böyle bir davranış görevinin gereklerine de açıktan aykırıdır. Türk Milletini ve Devleti temsil eden Cumhurbaşkanı, demokrasinin gelenek ve görevleri konusunda herkese örnek davranışlar sergilemelidir. Demokratik kültürün yerleşmesi, bu geleneklere uygun davranışlara bağlıdır. Demokratik gelenekleri çiğnemek bir beceri değildir.

3. ÜST DÜZEY KAMU YÖNETİCİLERİNİN GÖREVLERİNİN GEREĞİNE AYKIRI OLARAK İKTİDAR PARTİSİ LEHİNE EYLEMLERİ VE SONUÇLARI

A) Cumhurbaşkanlığı Üst Düzey Yöneticilerinin Yetki ve Görevlerinin Kapsam ve Sınırlarının Belirlenmesi

Cumhurbaşkanı, “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenler” (AY 104/IX). Anayasaya göre, “Devletin, .. kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” (AY 128/I).

Anayasa'da belirtilen “diğer kamu görevlileri” tanımlanmamıştır. Genelde üst düzey kamu yöneticileri, ilgili kurallarda sınırlı olarak sayılarak açıklanmaktadır. Bir tanıma göre, Cumhurbaşkanına en yakın çalışan yetkililer, üst düzey kamu yöneticisi kabul edilebilirler.^[30] Cumhurbaşkanı ta-

[30] “Belirtilen bütün tanım denemelerinde ayrıca kamu yönetiminde üst düzey yöneticileri tanımlamanın zor bir iş olduğu sonucuna varılmakta ve tanımlama yerine dolaylı olarak belirleme yoluna gidilmektedir. Üst düzey kamu yöneticilerini en iyi anlatan siyasetçilere yakın olarak çalışan memurlar tarifidir. .. Bu durumda onları

rafından atanacak üst düzey yöneticilerin, Anayasadaki diğer kamu görevlileri arasında yeni bir kategori oluşturduğu belirtilmektedir. Bu üst düzey yöneticilerin statüler konumdaki^[31] görevliler sayılması da mümkündür.^[32]

Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104/IX. maddesinin doğrudan verdiği yetkiyle, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı teşkilatını oluşturmuştur. Bu Kararname ile, Cumhurbaşkanlığında üst düzey kamu yöneticilerinin görev ve yetkileri belirlenmiştir.^[33] Bu yazıda açıklamaları incelenecek olan Cumhurbaşkanı başkanışmanı ve iletişim başkanı, Cumhurbaşkanınca atanan üst düzey kamu yöneticileridir. Bu görevliler, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenen statü içinde yetkili ve görevlidirler.^[34]

tanımlamaktan vazgeçip, sadece belli kadro ve pozisyonları sayarak üst kademe yöneticilerini belirlemenin da doğru bir yaklaşım olduğu söylenebilir” (ÖZTÜRK, Namık Kemal: Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması, s. 282, Atatürk Üniversitesi İktisadi İlimler Dergisi Ekim 2019 Cilt 33 Sayı 4, www.dergipark.org.tr).

[31] “Statü ayırımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statü bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken hususların bazıları olarak görülmektedir” (AYM 04.04.1991, 1990/12 - 1991/7, RG 31.08.1991 - 20959, s. 43).

[32] Bir görüşe göre Anayasa 128/İ'deki diğer kamu görevlileri, dört grupta toplanabilmektedir. “1) Statü konumdaki görevliler (Silahlı kuvvetler personeli, hakimler ve savcılar, üniversite akademik personeli), 2) Siyasal nitelikli görevliler (Cumhurbaşkanı .. mahalli idarelerin seçime gelen görevlileri), 3) Kadro karşılığı sözleşmeli çalışanlar, 4) İdari sözleşme ile istihdam edilen sözleşmeli ve geçici personel. .. Bunun dışında siyasal nitelikli görevlilerin de diğer kamu görevlileri olamayacağını düşünüyoruz. Tüm bunlar atama ile göreve gelmedikleri gibi yaptıkları görev için kadro da tahsis edilmemiştir. Öte taraftan aralarında statü ilişki de yoktur” (DEMİR, Oğuzhan: Araştırma Görevlileri, Anayasanın 128. ve 129. Maddelerine Göre “Diğer Kamu Görevlileri” Kapsamında Mıdır?, www.idare.genl.tr/demir-arastirma-gorevlileri.htm).

[33] “Yani Cumhurbaşkanının yetkisinin kaynağı doğrudan Anayasadır. Anayasada bu yetki Cumhurbaşkanına çok açık bir şekilde verildiğine göre daha önceki yasalardaki düzenlemelerin anayasaya aykırı hale geldikleri ve uyumlu olmadıkları söylenebilir” (ÖZTÜRK, s. 290).

[34] 703/KHK 178. maddeyle 375/KHK Ek Madde 35: (I) “Üst kademe yöneticisi ve görevlerine atanabilmek için Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde belirtilen şartları taşımak gerekir.
(III-1) Üst kademe yöneticisi kadro, pozisyon ve görevleri ile yurtdışı teşkilatındaki

“Cumhurbaşkanı, kendisine danışmanlık ve verdiği diğer görevleri yapmak üzere Cumhurbaşkanı Başdanışmanı ve Cumhurbaşkanı Danışmanı atayabilir” (1 Nolu CBK 3). Cumhurbaşkanı başdanışmanına “3 sayılı CBK’un ekli cetvellerinde yer verilmemiş olmasına rağmen, 1 sayılı CBK’da anılan kadrolara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanınca yapılacağı belirtilerek, bu kadroların da üst kademe yöneticisi kadroları olduğu ortaya koyulmaktadır.”^[35]

14 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile, Cumhurbaşkanlığına bağlı İletişim Başkanlığı kurulmuştur (14 Nolu CBK 1). İletişim Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından atanan üst düzey bir kamu yöneticisidir. Başkanlığın görevleri, Kararnamenin 3. maddesinde gösterilmiştir. “Başkanlık, görevini yerine getirirken faaliyetin ilgisine göre Cumhurbaşkanlığı bünyesinde bulunan Politika Kurullarının görüşünü alır” (14 Nolu CBK 3/2). “Başkan, başkanlığın en üst amiri olup; a) Başkanlığı Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejisine uygun olarak yönetir” (14 Nolu CBK 4/1-a).

İletişim Başkanlığı ile iletişim başkanının yetki ve görevleri arasında, partili Cumhurbaşkanının partisile ilgili açıklama, eleştirileri yanıtlama ve savunma gibi konular bulunmamaktadır. Bunların kamu göreviyle bir ilgisi yoktur.

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve iletişim başkanının, hiyerarşik amiridir. Cumhurbaşkanı, yukarıda belirtildiği üzere yürütmenin başıdır ve yürütme yetkisi ve görevini, Anayasaya ve yasalara bağlı ve uygun şekilde yerine getirecektir. Partili Cumhurbaşkanının, yürütme ve parti genel başkanlığı görevlerinin farklı nitelikte ve farklı hükümlere dayalı olduğu yukarıda açıklanmıştır. Cumhurbaşkanının yürütme yetkisi kapsamında, siyasal parti genel başkanlığı ve partisel faaliyetler yer almamaktadır.

Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve iletişim başkanı, yürütme içinde birim olarak, hukuk kurallarıyla kendilerine verilen yetki ve görevleri yerine getirirler. Bu iki görevli, hiyerarşik amirleri Cumhurbaşkanının

sürekli görevlere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartları taşımak kaydıyla 657 sayılı Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın atama yapılabilir.

(son) Bu madde hükümleri, atanma şartlarını kaybetme, ceza kovuşturması veya disiplin soruşturması sonucunda görevden alınanlar hakkında uygulanmaz”.

[35] SÖYLER, Yasin: 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Düzey Kamu Yöneticisi Kimdir?, s. 63, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 2020/1.

yürütmenin başı olarak sahip olmadığı bir yetkiyi kullanmaları mümkün değildir. **Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve iletişim başkanı, (a) görevlerini düzenleyen kurallarla bağlıdırlar, bu kuralların dışına çıkmazlar, (b) Cumhurbaşkanının yürütmeye ilgili verdiği görevleri, bu görevin gereklerine ilişkin kurallara uygun yerine getirirler ve aykırı davranışta bulunamazlar, (c) Hiyerarşik amirleri Cumhurbaşkanının izniyle görevleriyle sınırlı olarak yapılan eleştirilere eleştiri sınırları içinde yanıt verebilirler.**

Bu iki kamu görevlisi, yukarıda (a), (b) ve (c)'de belirtilenler dışında herhangi bir eylem ve işlemde bulunamazlar. **Çünkü, bu görevlilerin belirtilen yetkileri dışında işlem ve eylemde bulunmaya ilişkin Anayasa'dan kaynaklanan bir devlet yetkileri yoktur.** “Hiçbir kişi veya organ, kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanmaz” (AY 6/III-son). Anayasa kuralları, bu iki kamu görevlisini bağlar (AY 11/I).

Dolayısıyla, **Cumhurbaşkanı başdanışmanı ve iletişim başkanının yürütme ve yetki ve görevleriyle bir ilgisi bulunmayan Cumhurbaşkanının partisi ile ilgili eylemlerde bulunmaları görevlerinin gereğine aykırılık oluşturur.** Bu aykırı davranma, iktidar partisinin kamu görevlileri ile özdeşleşme iddialarının ve görüntüsünün doğmasının nedeni olur.

Diğer yandan, Cumhurbaşkanı, hiyerarşik amir olarak, Cumhurbaşkanlığı üst düzey kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara uygun görev yapmalarını denetlemek ve sağlamak, görevlerinin gereklerine aykırı davranışlarında yasal gereğini yapmakla yükümlüdür. Yukarıda belirtilen kamu görevlilerinin göreve aykırı eylemleri önlenmelidir. Bu bağlamda, Cumhurbaşkanlığı üst düzey kamu yöneticilerinin, partili Cumhurbaşkanının partisinin faaliyetlerine katılmaları, Cumhurbaşkanlığı sistemi dışında ve hukukla bağdaşmayacak bir uygulamadır ve sona erdirilmelidir.

B) Cumhurbaşkanlığı Üst Düzey Yöneticilerinin Cumhurbaşkanına Yapılan Eleştirileri Yanıtlama ve Açıklamada Bulunma Yetkilerinin Bulunmaması

Cumhurbaşkanı ile Cumhurbaşkanlığı ve bağlı kuruluşlardaki üst düzey kamu yöneticileri arasındaki ilişki açıklanmıştır. Bu kamu görevlileri, görev ve yetkileri dışında Cumhurbaşkanına yapılan eleştiriler ile Cumhurbaşkanının genel başkan sıfatıyla faaliyetleri ile partisine yönelik eleştirilere karşı açıklamalarda bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı sisteminde Başbakan ve Bakanlar Kurulunun kaldırılması

larak, Cumhurbaşkanının yürütmenin tek başına yetkili ve sorumlusu yapılmasıdır. Buna karşılık, Cumhurbaşkanı, siyasal, idari ve cezasal sorumluluk sahibidir.

Cumhurbaşkanı, yürütmenin başı olarak **yürüttüğü ve uyguladığı politikalarından siyasal olarak sorumludur**. Bu siyasal sorumluluk, yürütmeyle ve idare ile ilgili ve sınırlıdır. Cumhurbaşkanının partisel siyasal faaliyetlerinden ayrıdır. Cumhurbaşkanı, siyasal partinin görüş ve politikalarını, yürütmenin faaliyetlerinin konusu yaparak gerçekleşmesini sağlayabilir. Cumhurbaşkanının yürütmeye bağlı siyasal sorumluluğu, muhalefet ve diğer kişi ve kuruluşlarca değerlendirilebilir ve eleştirilebilir. **Cumhurbaşkanının bu politikaları nedeniyle eleştirilmesi, Cumhurbaşkanı ile ilgilidir**; Cumhurbaşkanlığı teşkilatıyla ilgili değildir.

Cumhurbaşkanlığı ve bağlı kuruluşların yöneticileri, kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre görevlerini yerine getirebilirler. **Bu yöneticilerin görevleri içinde, politikalarından dolayı siyasal sorumluluğu nedeniyle eleştirilen Cumhurbaşkanını savunmak, ona ilişkin eleştirileri yanıtlamak, eleştirilere doğrudan veya Cumhurbaşkanını ileri sürerek veya onun adına taraf olmak yoktur**. Çünkü, Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğu, yürütme görevinden dolayı kişiseldir. Cumhurbaşkanına siyasal sorumluluğundan dolayı yapılan siyasal eleştiriler, bizzat Cumhurbaşkanı ve partisi yetkilileri tarafından karşılanabilir. Bu eleştirilerin muhatapları, doğrudan Cumhurbaşkanı, dolaylı olarak siyasal partisidir. Dolayısıyla, eleştirileri karşılamak, yanıtlamak veya karşı eleştirilerde bulunmak da cumhurbaşkanı ile siyasal partisi yetkililerine aittir.

Cumhurbaşkanlığı ve bağlı kuruluşlardaki **üst düzey kamu yöneticileri**, hukuk kurallarıyla belirlenmiş görevlerini yerine getirirler; **bu görevlerin yürütme ve idare ile ilgisi olup, Cumhurbaşkanının kişisel siyasal sorumluluğu ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır**. Bu üst düzey yöneticiler, belirtilen siyasal sorumluluğun sorumlusu da değildirler. Buna göre, bu görevlilerin, Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğu ile ilgili eleştirileri yanıtlamak yetki ve görevleri bulunmamaktadır. Özellikle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde üst düzey kamu yöneticilerine bu konu da verilmiş bir yetki bulunmamaktadır. Dolayısıyla, **bu üst düzey yöneticiler, belirtilen eleştirileri karşılamak, yanıtlamak veya karşı eleştirilerde veya suçlamalarda bulunmayla ilgili olarak, Anayasadan kaynaklanan bir Devlet yetkisine sahip değildirler**.

Belirtilen üst düzey yöneticiler, ifadelerine bakılırsa, kendilerini bu konuda yetkili görmektedirler. Bir kamu görevlisi, doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerine bağlı olarak görev yapar; yetki ve görevlerinin normatif dayanakları bellidir. **Bu görevliler, iddia ettikleri yetkilerinin dayandığı hukuk kurallarını açıklamakla yükümlüdürler.** Hukuk devletinde yetki varsa kamusal işlem vardır, yetki yoksa kamusal işlem de yoktur. **Hukuk devletinde hiç kimse fiili / kerameti kendinden menkul yetkileri bulunduğu iddiasıyla, yasal görev ve yetkileri dışında davranışlarda bulunamazlar.** Hukuk devletinde kamu görev ve yetkileri, hukuk kurallarıyla verilir, kişisel sözlerin kıymeti harbiyesi yoktur.

Diğer yandan, Cumhurbaşkanı ile bu üst düzey kamu yöneticileri arasında hiyerarşik ilişki dışında bir başka ilişki bulunmamaktadır. Üst düzey görevliler, Cumhurbaşkanının emri altında, kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleleriyle verilen görevleri yapacaklardır. Kamuda varlık nedenleri, bu görevlerinden ibarettir. Bu görevlilerin, Cumhurbaşkanını temsil etme, vekili olma veya vekaletsiz iş görme gibi, Cumhurbaşkanı adına ona yöneltilen eleştirilere karşı ifadelerde bulunmaları söz konusu değildir.

C) Cumhurbaşkanlığı Üst Düzey Yöneticilerinin Kamu Görevi İle Siyasal Parti İlişkilerinde Özdeşleşme Niteliğine Giden Uygulamaları

Yeni sistemin uygulamasında, yürütme ile siyasal parti ilişkilerinin, bilerek veya bilmeyerek organikleştirilmeye gittiği görüntü ve algısı oluşuracak eylemlerde bulunmaktadır. Bu uygulamaya sıkça ve örnek olarak, Cumhurbaşkanlığının iki üst düzey kamu görevlisinin eylemlerinde rastlanmaktadır. **Bu kamu görevlilerinin görevi, milletin hizmetinde, Cumhurbaşkanına görevinde yardımcı olmak, kanunla verilen görevlerini eksiksiz, tam ve gereği gibi yerine getirmektir.** Bu bağlamda, kamu görevlisinin, görevini gereğine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine neden olması, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceklerdir (TCK 257/1).

Her iki üst düzey kamu görevlisinin incelenen konuşma ve beyanlarının, ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığının ele alınması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı sözcüsü, söz konusu sözlerini göreviyle ilgili konuşması sırasında söylerken, iletişim başkanı açıklamalarını 'Türkiye devlet görevlisi' nitelemesi altında sosyal medya üzerinden yapmaktadır. Öncelikle, bu iki kamu görevlisinin ifade özgürlüklerinin, devlet memurlarına

göre daha dar alınması gereklidir. Çünkü, bu görevliler, genel idare dışında doğrudan yürütme organı içinde yer almakta ve kamu görevlisi niteliğini görevleri süreleriyle sınırlı taşımaktadırlar.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin devlet memurlarının ifade özgürlüklerine ilişkin kullandığı ölçütler, bu iki üst düzey kamu görevlisi için de geçerlidir. Bu ölçütlerin başında, (a) Siyasal yönünü görevine yansıtma, görüşlerin dengeli ve yansız olması, (b) Şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi niteliğinde bulunmaması, (c) Sövme ve hakaret niteliğinde olmaması gelmektedir.^[36] Danıştay, kamu görevlisinin siyasal açıklamalarını ifade özgürlüğü bakımından dar yorumlamakta, bir parti lehine ve aleyhine açıklamaları bu özgürlük kapsamında değerlendirmektedir.^[37]

Cumhurbaşkanlığı danışmanı ve sözcüsü ile iletişim başkanının, görevleri sırasında ve memurluk görevleriyle ilgisi olmayan ve kanunlarla yasak olan iktidar partisinin yararına ve kişilerin zararına faaliyetleri olmuştur. Bu iki görevlinin açıklamalarında, iktidar partisi savunulmuş, muhalefet partileri ve genel başkanlarına yanıtlar verilmiş, bu genel başkanlara karşı eleştirilerde ve suçlamalarda bulunulmuştur. Burada bu kişilerin ifade özgürlükleri ile statü hukukuna bağlı olmalarından kaynaklanan çatışma söz konusudur.^[38]

Cumhurbaşkanlığı danışmanı ve sözcüsü, örneğin göreviyle ilgili bir konuşmasında, iktidar partisi sözcüsü gibi davranılmış, **“bu konuda parti sözcümüz”**, **“Ak Parti bugüne kadar yolsuzluklar konusunda tavizsiz bir siyasi çizgi izlemiştir”**, “Ak Parti’yi HDP ile aynı cümle içerisinde

[36] AYM 24.02.2016, Baş. No: 2013/6152 Hasan Güngör kararı p. 46, 48-51, RG 01.04.2016 - 29671.

[37] “Gözden geçirdiğimiz Danıştay kararları arasında, siyasi partiye üyelik sebebiyle verilen bir disiplin cezasından kaynaklanan bir uyumsuzluğa rastlanmamıştır. Ancak, kamu görevlisinin siyasal açıklamaları ya da siyasi parti lehine ya da aleyhine olan ifadeleri sebebiyle disiplin cezası verilen çok miktarda uyumsuzluk görülmüştür. Danıştay bu tür uyumsuzluklarda kamu görevlisinin siyasal faaliyetlerini ve ifadelerini sıradan vatandaşa göre daha dar çerçevede yorumlamaktadır. Aktif katılımları ya da siyasi partileri açıkça destekler ya da eleştirir tarzdaki ifadeleri korumamakta, ancak pasif katılımları ya da belirli bir siyasi partiye özgülmemeyen genel siyasi ifadeleri koruma kapsamında görmemektedir” (ÇINAR ÖZKAN, Sezal: AİHM İçtihatları Işığında Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2) 2019, s. 576, www.dergipark.org.tr erişim 19.03.2021).

[38] ÇINAR ÖZKAN, s. 573.

kullanmak bile siyasi bir safsatadır” **diyebilmiştir.**^[39]

[39] Cumhurbaşkanlığı sözcüsü, Cumhurbaşkanı başdanışmanı olarak görev yapmaktadır (1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 3) ve Cumhurbaşkanlığının üst düzey kamu görevlilerindedir. Cumhurbaşkanı başdanışmanı, Sözcü olarak basın açıklamalarında, birden çok kez, Cumhurbaşkanının genel başkanı olduğu siyasal parti yararına ve muhalefet partileri ile genel başkanları zararına siyasal söylemlerde bulunmuştur.

Cumhurbaşkanlığı sözcüsü, CHP Genel Başkanının Cumhurbaşkanına karşı dava açmasıyla ilgili bir soruya verilen yanıtta şunları söylemiştir: “Bakın, 17-25 yargı darbe girişimi ve sonrasında yaşananları bir hatırlayın. O süreçte FETÖ’cülerin yanında kimler durdu, kimler onlara sahip çıktı? 15 Temmuz darbe girişimi olana kadar acaba kimler kimlerle, bu çevreler, şimdi Cumhurbaşkanını eleştiren, **Ak Parti’yi eleştiren çevreler** ya da devleti bu konuda zaaf gösterdiğini söyleyenler acaba ne türlü gizli, kapalı görüşmeler yaptılar, kimlerle ne tür temaslar kurdular? Bunların hepsini tekrar tekrar konuşabiliriz” (18.02.2020 tarihli Basın Açıklaması, www.Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, erişim 24.03.2020).

“Soru. Efendim, son bir senedir Sayıştay’ın özellikle belediyelerle ilgili bazı raporları medyada yer alıyor, sizler de takip ediyorsunuz, usulsüzlük olduğu iddia edilen raporlar. Bunlarla ilgili hükümet bir adım atacak mı, yorumunuz nedir?

Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Kalın: Yani **bu konuda parti sözcümüne belki yönlendirmeniz daha isabetli olur parti ve belediyelerle ilgili olduğu için.** Ama şunu ifade edeyim, bu Sayıştay raporlarında sadece Ak Parti’li değil CHP’li, MHP’li ve diğer partilerin belediyeleri de var. **Ak Parti bugüne kadar yolsuzluklar konusunda tavizsiz bir siyasi çizgi izlemiştir, bu tavır değişmemiştir, bundan sonra da asla değişmeyecektir.** Cumhurbaşkanımız bu konuda son derece net olmuştur, kendi teşkilatıyla ilgili, kendi belediyeleriyle ilgili, **teşkilat mensuplarıyla ilgili bu konudaki net tavrı aynen devam etmektedir”**

Soru: “Efendim, benim de sorum iç siyasetle ilgili müsaade edersiniz. Sayın Cumhurbaşkanı için “Türküm, ama Türkçü değilim” sözleri üzerinden, hem MHP’den, hem İYİ Parti’den eleştiriler geldi. Sayın Akşener’in şöyle bir cümlesi var, “Ak Parti’yle HDP birlikte yol yürümeye başladı” bile ifadesini kullandı Sayın Akşener ne dersiniz?

Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Kalın: **“Ak Parti’yi HDP ile aynı cümle içerisinde kullanmak bile siyasi bir safsatadır.** Eğer Sayın Akşener bu konuda bir mugalata yapmak, bir safsata başlatmak istiyorsa, bu kendi bileceği bir şeydir. Ama **Ak Parti’nin, Ak Parti kadrolarının** Genel Başkanı Sayın Cumhurbaşkanımız Recep Tayyip Erdoğan’ın bir terör örgütünün siyasi kolu gibi hareket eden bu yapı hakkındaki duruşu son derece nettir. Tersine, bu siyasi yapıyla bugüne kadar hangi partilerin ne tür ilişkiler içerisinde olduğunu kamuoyu da gayet iyi bilmektedir.

Cumhurbaşkanımız, “Türküm, ama Türkçü değilim” derken son derece ilkesel bir pozisyon ortaya koymuştur. Yani “ben Türküm, Türklüğümle övünürüm, ama diğer etnik yapılara mensup olan insanlar da kendi etnik kimlikleriyle gurur duyabilirler. Bu bizi millet olma vasfından uzaklaştırılmaz. .. **Ak Parti kurulduğu ilk yıllardan beri icraatlarında bu çizgiyi hep muhafaza etmiştir.**

Yukarıdaki sözler, yorum gerektirmeyecek şekilde bu kamu görevlisinin, Cumhurbaşkanının partisiyle özdeşleşmesi ve derecesinin ikrarı ve tam ispatı olan sözlerdir. Bu kamu görevlisinin iktidar partisi mensubu olması veya kendisini öyle görmesinin, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kendisine verilen görevin gereğiyle herhangi bir ilgisi olmadığını not etmekteyiz. Bu görevlinin yukarıdaki sözleri, yazının yazılması ve sorunun tartışılmasının hukuksal önemini ortaya koymaktadır. Çünkü, bu görevlinin sözleri, yürütme ile Cumhurbaşkanının partisinin organik ilişki içinde olduğunun veya bu şekilde açık bir görüntü verdiğinin, ilk ağızdan açıklanması niteliğindedir. Bugüne kadar bu sözlere, Cumhurbaşkanlığından veya Cumhurbaşkanının partisinden bir açıklama veya düzeltmenin gelmemesi de bunu doğrulamaktadır.

Ana muhalefet partisi genel başkanı (2820 s. K. 35), TBMM kararıyla ülke dışında güvenlik amacıyla bulundurulmuş, hava savunmasından yoksun olan Türk Silahlı Kuvvetleri birliğindeki otuz üç askerimizin şehit edilmesiyle ilgili olarak eleştirilerde bulunmuştur. Bu siyasal eleştirinin konusu, Cumhurbaşkanının milleti bilgilendirmeyip, bu bildirim bir il valisine yaptırılması ve Genelkurmay Başkanının iki gün sonra sosyal medya aracılığıyla başsağlığı açıklamasında bulunmasıdır.^[40] Cumhurbaşkanı, bu eleştiriye karşı olay günü görevinin başında olduğunu belirtmiş, ana

Buradan hareketle, **işte ‘Ak Parti’nin Türklükle bir sorunu var’ gibi çıkarımlar dediğim gibi siyasi mugalata ve safсата kategorisine giriyor. Hele hele Ak Parti’yi HDP’yle ilişkilendirmek,** işte beraber yürüyorlar vesaire gibi, herhalde bu ülkede hem PKK terör örgütüne, hem onun siyasi yapılanmalarına karşı en güçlü ve kararlı mücadeleyi vermiş bir siyasi parti ve onun Genel Başkan ve Cumhurbaşkanı sıfatıyla Cumhurbaşkanımızın bu konudaki tavrı çok açık, net bir şekilde ortadadır, bunun ötesinde kurulacak bir cümlelerin gerçekten hakikatle uzaktan - yakından bir ilgisi yoktur” (07.11.2018 tarihli Basın Açıklaması, www.Cumhurbaşkanligi internet sitesi, erişim 24.03.2021).

[40] Ana Muhalefet Partisi Genel Başkanı, 27.02.2020 tarihinde Suriye’de otuz üç şehit verilmesinden sonra, TBMM Grup toplantısında Cumhurbaşkanını millete bilgi vermediği, bu önemli olayla ilgili açıklamanın bir ilin valisine yaptırılmasını eleştirmiştir. Haber yazısına göre, “O gece Türkiye uyumadı. Hava desteği olmayan T.C. askerine yapılan saldırının acı sonuçlarını Hatay Valisinden yüreğimiz ağzımızda öğrendik. Bu görev Hatay Valisinin değil. / - Milletlin önüne çıkıp bir açıklama yapmadılar? Akli balığ olan herkese sormak isterim. Ordumuza büyük kumpas kurulmuş, onlarca şehidimiz var, beyler Saray’da oturuyorlar, bir Allah’ın kulu çıkıp millete bilgi vermiyor. / - O gece çıkmadılar, iki gün sonra da Genelkurmay Başkanı başsağlığı dileği için tweet attı. Çok önemli bir şey, yeni öğrenmiş herhalde” (www.sozcu.com 03.03.2020, erişim 03.03.2021).

muhalefet partisi liderinin kişiliğine karşı eleştiriyle ilgisi olmayan sözler söylemiştir.^[41] Ana muhalefet partisinin yetkili bir milletvekili ise, Cumhurbaşkanının önceden şehitlerle ilgili söylediği ileri sürülen bir sözcükle birlikte, Cumhurbaşkanının partisi genel başkanına söylediği sözleriyle karşı açıklamada bulunmuştur.^[42] Cumhurbaşkanlığı sözcüsü, göreviyle ilgili konuşmasında bu konuda sorulan soruya, doğrudan bu yetkili milletvekili ile partisini hedef tutan siyasal söylemlerde bulunmuştur.^[43]

[41] Haber yazısına göre, “AK Parti grup toplantısında gündeme ilişkin açıklamalarda bulunan Cumhurbaşkanı Erdoğan, Kılıçdaroğlu’nun “33 şehit verdiğimiz gece neredeydiniz?” sorusuna, “Madem merak ediyorsanız söyleyeyim. Bu ülkenin Cumhurbaşkanı o gece sabaha kadar görevinin başındaydı” şeklinde cevap verdi” (www.haberler.com 04.03.2020 erişim 03.03.2021). Cumhurbaşkanının belirtilen sözleri yazıya alınmamıştır.

[42] Haber yazısına göre, “AKP’li Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu’na yönelik sözlerine CHP Grup Başkanvekili Engin Özkoç yaptığı konuşma ile yanıt vermişti. Özkoç’un bu konuşmanın benzerini Meclis kürsüsünde yapması sonrası ise AKP’li ve CHP’li Milletvekilleri arasında arbede yaşandı. Arbede sonucu Özkoç hakkında “Cumhurbaşkanına hakaret” iddiasıyla soruşturma başlatıldı” (Cumhuriyet, 04.03.2020). Yetkili milletvekilinin Cumhurbaşkanına karşı sözleri yazıya alınmamıştır.

[43] “Soru: CHP’li Engin Özkoç, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a yönelik hakaret dolu sözlerde bulundu. Bu sözleri nasıl değerlendiriyorsunuz? Cumhurbaşkanı Erdoğan kabinede Engin Özkoç’un sözlerini dinledi mi? Ve Mecliste yaşanan bazı olaylar da vardı, bu konuda Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın yorumları nedir efendim? / Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Kalın: “Öncelikle şunu söyleyeyim; Söz insana mahsus bir haslettir. **Bugün edilen o sözler söz değildir, bir insana ait olabilecek sözler değildir.** Yapılan suçlamaları cevap vermeye dahi değer bulmuyoruz, ama hakkın teslimiyeti açısından, hakkaniyet açısından şu birkaç hususu ifade etmek zarureti hasıl olmuştur. / Türkiye Cumhuriyeti, devleti ve milletle ne zaman bir düşmanlıkla mücadele başlasa, bu PKK olabilir, bu onun Suriye’deki PYD, YPG gibi uzantıları olabilir, FETÖ terör örgütü olabilir, bu DEAŞ olabilir, bu eli kanlı Esed rejimi olabilir, **CHP zihniyetinin maalesef bir şekilde ortaya çıktığını ve bu düşmanlarla aynı safta yer aldığını görüyoruz.** Milletimiz, biz eli kanlı PKK terör örgütüyle ve onların uzantılarıyla (mücadele) ederken, onların yanında saf tutan, onların siyasi uzantılarıyla ittifak yapanlara ne isim verileceğini gayet iyi bilir. Biz bu ülkeyi ele geçirmek ve emperyalist güçlere peşkeş çekmek isteyen FETÖ terör örgütüne karşı mücadele ederken, onlara kol kanat germeye çalışanlar ne isim verileceğini gayet iyi bilir. / Biz DEAŞ terör örgütüyle her cephede sonuna kadar göğüs göğüse mücadele ederken, şu gerekçeyle Türkiye’nin bu mücadelesini gölgelemeye, lekelemeye çalışanlara ne isim verileceğini halkımız, milletimiz gayet iyi bilir. Çocuk çocuk demeden yüzbinlerce insanın kanına giren Esed rejimiyle biz mücadele ederken, orada Şabbih’ların, varil bombalarının, intikam tugaylarının sahibi olan,

Olayda, ana muhalefet lideri, siyasal eleştiride bulunmuştur. Eleştirinin içeriğine göre doğru olgulara dayalı olduğu görülmektedir. Eleştiri konusu iki olgu da gerçekleşmiş olgulardır. Buna göre, ana muhalefet partisi lideri, eleştirisini değer yargısı olarak değil, olgulara dayalı yapmıştır. Bu eleştiri yanıtlanmamış, eleştiri dışındaki soru yanıtlanmıştır. Bu arada eleştiriyle ilgisi olmayacak şekilde, eleştiride bulunana yönelik sözler söylenmiştir. Anılan yetkili milletvekilinin sözleri de, aynı nitelikte sözlerdir.

Tüm bunlar ana muhalefet partisi ile eleştiri konusu olgulardan siyasal sorumlu olan Cumhurbaşkanı arasındadır. Cumhurbaşkanı sözcüsü, göreviyle ilgili konuşmasında, görevliyle ilgili açıklamalar yapabilir. Bu kamu görevlisinin, siyasal partileri eleştirme veya Cumhurbaşkanı'nın siyasal sorumluluğu kapsamında onu korumak / savunmak gibi bir görevi yoktur.^[44]

Cumhurbaşkanlığına bağlı İletişim Başkanlığı'nın başkanı, muhalefet partilerini doğrudan hedef alan veya muhalefetin Cumhurbaşkanı'na ve partisine yönelik eleştirilerine karşı, ağırlıklı olarak 'Türkiye devlet görevlisi'^[45] nitelemesi altında sosyal medyada siyasal nitelikli açıklamalarda bulunmakta, yanıtlar vermekte ve muhalefete suçlamalar yöneltmektedir. Ancak, bu işler, İletişim Başkanlığı'nın yetki ve görevleri ile vizyon ve misyonu ile belirtilenler arasında bulunmamaktadır.^[46]

talimatını veren kişilerle yan yana duranların, gidip fotoğraf verenlerin isminin ne olduğunu bizim milletimiz gayet iyi bilir" (04.03.2020 tarihli Basın Açıklaması, www.Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, erişim 24.03.2021).

[44] Diğer yandan, belirtilen açıklamanın il valisine yaptırılması ve sosyal medyada başsağlığı dileğinde bulunulması olgularına dayalı eleştiriye yanıt yerine, yetkili milletvekilinin kişiliğine yönelik sözler ve ana muhalefet partisinin bir siyasi gibi eleştirilmesi, fiili / yetkisiz işin de yeterince yapılamadığını göstermektedir.

[45] İletişim başkanı, muhalefete karşı sözlerini twitter hesabında Türkiye devlet görevlisi nitelemesi adı altında yapmaktadır. İletişim başkanının bu nitelemesi uydurmadır. Hukukta böyle bir görevli yoktur. Bu görevlinin bu şekilde bir nitelemeyle kendisine etkili bir görevli gösterme isteğinde olduğu söylenebilir.

[46] İletişim Başkanlığı internet sitesinde Vizyon ve Misyon başlığı altında, vizyonun Türkiye markasını güçlendirmek olduğu belirtilmiş ve misyon olarak hedeflenenler saptanmıştır. Misyon olarak "Medya ve düşünce dünyasını yakından izlemek, değerlendirmek ve ilgili makamları ve kamuoyunu bu çerçevede bilgilendirmek" ile amaçların, yukarıdaki eylemleri kapsamadığı açıktır. Buna karşılık, iletişim başkanınının 17.03.2021 tarihli Türk Dünyasının Dünü, Bugünü ve Geleceği konulu sempozyuma gönderdiği video mesajı, görevi ve Başkanlığın misyonuna uygundur.

İletişim Başkanı, ana muhalefet partisinin yetkili bir milletvekilinin kendisine karşı sosyal medyada “yalan senin için, Gobbels’in taktiklerini unutma” şeklindeki eleştirisine, sosyal medya üzerinden Cumhurbaşkanının partisiyle organik ilişki içinde olduğu izlenimi veren yanıt vermiştir. İletişim başkanı bu yanıtında, “Bu ülkede 5 yıl alınının akıyla **bakanlık yapmış bir dava arkadaşımızı sonuna kadar savunuruz**. Ucuz taktiklerinizle bizden adam eksiltemezsiniz” demektedir.^[47] Bu yanıt, tipik bir iktidar partisi ve bakanlık yapmış bir üyesi yararına, göreviyle ilgisi bulunmayan siyasal nitelik açıklamalardır.

Konuyla ilgili çarpıcı bir örnek iletişim başkanının, bir muhalefet partisine karşı açılan kapatma davasıyla ilgili açıklamasıdır. Bu açıklamada, (a) bu siyasal partinin bölücü silahlı terör örgütüyle organik ilişkiler içinde bulunduğu, (b) partinin üst düzey yöneticilerinin söz ve eylemleriyle bu terör örgütünün siyasi kanadı olduğu sürülmüş, (c) herkesin yargıya güvenmesi gereğinden söz edilmiştir.^[48] Bu açıklamanın, (a) (b)’den sonra (c)’den dolayı ironik olmaktan öte trajikomik olduğu açıktır.

[47] CHP Milletvekili ve Genel Başkan Yardımcısı Veli Ağbaba, 22.02.2021 tarihli tweetinde, “Lafi eğip bükme, yanıt ver: - Damadı bakan yaptı mı? Yaptı. - Damat ekonomiyi batırdı mı? Batırdı. - İnstegramdan istifa etti mi? Etti. - İstifayı başarı diye sundunuz mu? Evet. - 4-5 maaş aldığın yalan mıydı? Değil. Yalan senin için Fahrettin, Gobbels’in taktiklerini unutma” sözleri yer almaktadır. İletişim başkanının aynı tarihli tweetinde ise, “Veli, iyi dinle 1) Bu ülkede 5 yıl alınının akıyla bakanlık yapmış bir dava arkadaşımızı sonuna kadar savunuruz. Ucuz taktiklerinizle bizden adam eksiltemezsiniz. 2) Benimle ilgili söylediğin yalan için sana 3 üç kuruşluk tazminat davası açacağım” denilmektedir.

[48] Haber yazısına göre, “İletişim Başkanı Fahrettin Altun, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na HDP kapatılması talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuru hakkında, Twitter hesabından değerlendirmede bulundu. Açıklamasını İngilizce yapan Altun, “Bir savcı, bugün erken saatlerde Anayasa Mahkemesi’ne dava açtı ve Halkların Demokratik Partisi’nin kapatılmasını talep etti. **HDP’nin, Türkiye, ABD ve Avrupa Birliği’nin terör örgütü olarak gördüğü PKK ile organik bağının olduğu tartışılmaz bir gerçektir. HDP’nin üst düzey liderleri ve sözcüleri, söz ve eylemleriyle defalarca ve tutarlı bir şekilde PKK’nin siyasi kanadı olduklarını kanıtladılar**” ifadelerini kullandı. Tarafları, bağımsız yargı sistemine saygı göstermeye davet eden Altun, “Bu ilişkinin HDP’nin kapatılmasını mı yoksa başka bir cezalandırıcı tedbire mi tabi tutulmasını gerektirdiği, Anayasa Mahkemesi’nin tek başına cevaplayabileceği bir sorudur. Tüm tarafları Türkiye’nin bağımsız bir yargı sistemine saygı göstermeye ve adaleti sağlamak için hukuk sistemimize güvenmeye çağırıyoruz dedi” (www.hurriyet.com.tr 17.03.2021, erişim 19.03.2021).

İletişim Başkanı, ana muhalefet partili bir milletvekilinin kendisinin inceleme konusu yapılan nitelikteki açıklamalarını örnek vererek, devlet memurlarının siyasal partiler aleyhine konuşmalarıyla ilgili kanun teklifi vermesini “yasakçı zihniyet iş başında” diye nitelemiştir. Bundan sonra ki yanıt dikkate değerdir. İletişim başkanı, “Yasalar çerçevesinde görevimizi yaptığımızı onlar da çok iyi biliyorlar” diyerek, söz konusu açıklamalarının görevinin gereği olduğunu ileri sürmüştür.^[49] İletişim başkanı konuyla tweetinde ise, “Sayın vekilim, hakikate gönül vermiş milyonlarca insanımızla birlikte siz de biz de bunların tüm yalanlarını, iftiralalarını ve 5. kol faaliyetlerini her fırsatta yüzlerine vuracağız, sesimizi kısmak için beyhude yoruluyorlar. Susmayacağız” demektedir.^[50]

Diğer bir açıklamada ise, ana muhalefet partisinin laiklik ilkesini istismar ettiği ve 28 Şubat sürecinden dolayı özür dilemesi gerektiği ileri sürülmüştür.^[51] Bir gazetede “CHP’li yetkililer yalanda zirveyi bırakmıyor! İşte haftanın öne çıkan 5 yalanı” açıklamasına dayalı olarak, “Maalesef yalan bunların ahlakına dönmüş” açıklamasında bulunulmuştur.^[52] Bu bağlamda, **ana muhalefet partisinden iletişim başkanına ilginç bir eleştiri gelmiş ve Cumhurbaşkanının partilerine karşı olan hakaretlerini**

[49] Haber yazısına göre, “CHP İstanbul Milletvekili Mehmet Bekaroğlu, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde (TBMM) düzenlediği basın toplantısında “Fahrettin Altun, **sabah akşam siyasetçilere laf yetiştiriyor, dalga geçiyor, hakaret ediyor.** Fahrettin Altun sen devlet memurusun. Evet, seçilmiş bir atamış ama bütün devlet memurlarını seçilmiş biri atıyor. Devlet memurusun ve DMK’ya uymak zorundasın” dedi. İletişim başkanı Altun, CHP’nin İletişim Başkanlığı ile ilgili TBMM’ye verdiği kanun teklifi hakkında Twitter hesabından açıklama yaptı. Altun, yaptığı açıklamada, “Yasakçı zihniyet iş başında. CHP, bizim konuşmamızı engellemek için kanun teklifi vermiş. Yazık. Yasalar çerçevesinde görevimizi yaptığımız onlar da çok iyi biliyorlar. Devam edeceğiz, Cumhurbaşkanımızın emrinde milletimize ve bütün dünyaya hakkı, hakikati haykıracağız” (Cumhuriyet, 13.03.2021, erişim 19.03.2021).

[50] Fahrettin Altun’un 13.03.2021 tarihli twitter hesabından açıklaması.

[51] Haber yazısına göre, “Fahrettin Altun, 28 Şubat’ın yıl dönümünde, hazırlanan bir video ile Twitter hesabından açıklamada bulundu. Videoda CHP’li siyasetçilerin, Anayasada yer alan laiklik ilkesine bağlılık üzerine yaptığı konuşmalar yer aldı. Altun, Twitter’den yaptığı paylaşımda, “Hepiniz oradaydınız. Şimdi inkar ediyor, hatı üstte çıkmaya çalışıyorsunuz. Yıllarca laiklik kavramını istismar edip vatandaşımızın inanç özgürlüğünü kısıtladınız. Hamdolsun millet iradesi bu zulme ‘dur’ dedi. Fakat siz bir özür bile dilemediniz. Milletimizden özür dileyin” ifadesini kullandı” (Cumhuriyet, 28.02.2021, erişim 19.03.2021).

[52] Fahrettin Altun’un 15.03.2021 tarihli twitter hesabından açıklaması.

sansürlediği ileri sürülmüştür.^[53] Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı internet sitesinde yayınlanan 17.02.2021 tarihli Kabine Toplantısı sonrasındaki konuşmasında,^[54] ana muhalefet partisi Grup Başkanvekilinin aynı tarihli Cumhurbaşkanına yanıt niteliğindeki konuşmasında belirtilen hakaret nitelikli sözleri yer almamaktadır.^[55]

İletişim başkanının, bir siyasiyle kişiliğine yönelik ifadeleri üzerinden tartışmaya girmesi hakkıdır. Buna karşılık, yukarıda verilen kamu görevlisinin ifade özgürlüğüyle ilgili “siyasal yönünü görevine yansıtma, görüşlerin dengeli ve tarafsız olması” ölçütü gereğince iletişim başkanının sözleri, kamu görevlisinin ifade özgürlüğü kapsamında ve koruma altında sözler değildir. **İletişim başkanı** da diğer kamu görevlisi gibi, **istifa eden bakanı dava arkadaşı olarak niteleyerek ve kendilerinden adam eksiltmenin mümkün olmadığını söyleyerek, Cumhurbaşkanının partisiyle özdeşlik içinde olduğunu belirtmiştir.** Bu tür sözlerin, bu görevlinin göreviyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.

İletişim başkanının, ilgili muhalefet partisine karşı açılan kapatma davasıyla ilgili olarak, bu partinin bölücü silahlı terör örgütüyle organik ilişki içinde bulunduğunun ve parti yöneticilerinin bu terör örgütünün siyasi kanadı olduğunun tartışmasız gerçek olduğu yolundaki sözlerini, Anayasa Mahkemesine dava açılmasından sonra söylediği anlaşılmaktadır. Bu sözler, TCK 277'deki suçun konusunu oluşturacak nitelikte sözlerdir.^[56]

[53] Haber yazısına göre, “Dün Recep Tayyip Erdoğan, il kongresini yaptı. Hakaret ve iftiraları, 22 saniyelik bir basın toplantısıyla iade ettik. ‘Bu operasyonun sorumlusu, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’dir dedi. Niye kızdın, köpürdün? Beş soru sorduk. Dünyanın lafını ediyor. Sabah ayrı metin, akşam ayrı metin. Sabah kızdığına akşam cevap veren prompter okuyucusu ile karşı karşıyayız. Fahrettin Altun makas, beni sansürlüyor. Bakanları sansürlüyor, muhalefeti sansürlüyor, döndü en son cumhurbaşkanını sansürlüyor” dedi” (birgun.net 18.02.2021, erişim 19.03.2021).

[54] Haber yazısına göre, “Özel, TBMM’de gerçekleştirdiği kısa basın toplantısında AKP’li Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu’na yönelik, “Terbiyesiz herif” şeklindeki sözlerine yanıt verdi” (birgun.net 17.02.2021, erişim 19.03.2021).

[55] Cumhurbaşkanının 17.02.2020 tarihli konuşması, www.Cumhurbaşkanlığı internet sitesi, erişim 19.03.2021.

[56] TCK Madde 277/1-I: “Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birisinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapını, bilirkişi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki

Diğer yandan, iletişim başkanının, kendisi örnek verilerek yapılan kanun teklifine karşı, iktidar partisi milletvekilinin sözlerine katılarak, diğer partiye karşı yalan, iftira, beşinci kol faaliyeti gibi sözlerle açıklamada bulunması, siyasal yönünü görevine iktidar partisiyle aktif şekilde hareket etme suretiyle yansıtmadadır. Aynı zamanda bu sözler, görevde dengeli ve tarafsız olmanın aksine iktidar partisi lehine açık taraf değildir. Bu sözlerin disiplin suçunun olması gerekir. İletişim başkanı, aynı şekilde siyasi taraflı ve göreviyle bağdaşmayan sözlerini, ana muhalefet partisine karşı yalanın bu partinin ahlakına dönmesi sözleriyle sürdürmüştür.

Cumhurbaşkanının, ana muhalefet partisi genel başkanına karşı sözlerinin, Cumhurbaşkanlığı internet sitesine konulmaması, iletişim başkanıyla bağlantılı ise bu da siyasal yönünü Cumhurbaşkanını siyaseten korumaya çalışma şeklinde görevine yansıtmaya oluşturacaktır.

Ayrıca, bir diğer Cumhurbaşkanlığı üst düzey yetkilisi, iletişim başkanının incelenen sözlerinden dolayı eleştirilmesini, Devletten hesap sorma olarak nitelemiştir.^[57] İletişim başkanı, yasal görevinden dolayı değil göreviyle bağdaşmayacak şekilde, iktidar partisi lehine diğer muhalefet partileri aleyhine sözlerinden dolayı eleştirilmiştir. Bu durumun göz ardı edilerek başkanın görev dışı eylemlerinden eleştirilmesini, devletin eleştirilmesi olarak gösterilmesi demek, bu görevlinin eleştirilmesinin mümkün olmayacağına ileri sürülmesi demektir. Dolayısıyla bu görüş, hukuk devletinde kıymeti harbiyesi olmayan ucuz siyasal bir söylemdir.

yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

[57] Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Başkanışmanı, bir tv programında gazetecilerin sorularını yanıtlamıştır. Haber yazısına göre, “İletişim Başkanlığı bu devletin bir kurumudur. Yeni sistemin getirdiği bir kurumdur. Cumhuriyet tarihimiz boyunca ilk kez devlet iletişimini son derece güçlü bir kurumsal yapıya oturtmuş ve bunu demokratik iradeye bağlamıştır. Tabii ki bu kurum bir takım faaliyetler yürütür. Esası bu kurum devletin iletişimini yürütüyor. Bugün Fahrettin Bey olur yarın Ahmet Bey olur, başkası olur. Sonuçta devletin ihtiyaçları üzerinden ortaya koyduğu yaklaşıma ‘hesap vereceksiniz’ demek devletten hesap sormaktır. Yaptığı faaliyetleri eleştirebilirsin. Ama ben bu devlete hesap soracağım demek.. Eleştirileri oradaki sorumluluk üstlenmiş aktörler üzerinden yapabilirsiniz, gerekli duyuruları yapabilirsiniz. Ama kurumsal olarak bu yapıları karşınıza alırsanız siz devleti karşınıza almış olursunuz. ‘Ben sizden hesap soracağım’ demesi ne demek? Demokrasilerde hesap hukuk mecrasında sorulur, seçimlerle sorulur. Sen nereden hesap soruyorsun?” (Cumhuriyet.com.tr, 20.02.2021 erişim 20.03.2021).

D) Cumhurbaşkanının Siyasal Parti Genel Başkanı Olarak Faaliyetine, Cumhurbaşkanlığı Kamu Görevlilerinin Katılması

Cumhurbaşkanı, Koronavirüs Covid 19 salgını döneminde, Cumhurbaşkanlığı ofisinden video konferans sistemiyle, AKP Merkez Yürütme Kurulu toplantılarına (12.05.2020, 05.05.2020, 28.04.2020, 21.04.2020) katılmış ve konuşmuştur. Özel nedenle bu toplantılara makam ofisinden katılma olağandır. Bu toplantıların tamamı, görüntüleriyle birlikte Cumhurbaşkanlığı internet sitesinde haber olarak yayınlanmıştır.

12.05.2020 tarihli haberde, Cumhurbaşkanının video kaydı ile fotoğraflara yer verilmiştir. Bu görsellerden, toplantı odasında parti genel başkanının arkasında “makam forsunun” yer aldığı, Cumhurbaşkanlığı kamu görevlilerinin konuşma sırasında hazır buldukları anlaşılmıştır. Bu uygulamalar, yukarıdaki hatalı uygulamaların devamıdır.

Cumhurbaşkanı, parti organının toplantısına genel başkan sıfatıyla katılmıştır. Bir parti toplantısına, (a) Cumhurbaşkanlığı forsu ile katılmak hukuka (Anayasa, 2820 s. Kanun) uygun değildir, (b) Cumhurbaşkanlığı kamu görevlileri parti toplantısına katılamazlar. Video konferans sistemiyle parti toplantısı, dijital ortamda aynı mekanda bulunmaktır. Bu kamu görevlilerinin bu toplantıya katılmaları, parti toplantısına katılmaktır. Bu, -ister istensin, ister istenmesin veya nasıl nitelenmeye çalışılırsa çalışılınsın tam da budur.

Bu parti toplantısı için, parti genel başkanının çeşitli nedenlerle yardıma ihtiyacı olabilir. Bu olasılıkta, bu yardımların, kamu görevlilerince değil, doğrudan doğruya parti yetkililerince sağlanması mümkün ve zorunludur. Görüldüğü üzere, hatalı uygulama yapmamak mümkün ve basit bir uygulamadır.

4. CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI VE BAKANLARIN KAMU GÖREVLERİNE AYKIRI OLARAK İKTİDAR PARTİSİ LEHİNE EYLEMLERİ VE SONUÇLARI

A) Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Üst Düzey Kamu Yöneticileri Olmaları, Siyasal Niteliklerinin Bulunmaması

Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütmenin tek yetkilisinin Cumhurbaşkanı olmasından dolayı yönetimde önemli değişiklikler meydana gelmiştir.^[58] Bu değişikliklerden birisi Cumhurbaşkanı yardımcılığının getirilmesidir. “Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde and içerler” (AY 106/IV-1,2).

“Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar” (AY 106/V-1). Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların hiyerarşik amiridir ve bunları denetleme yetkisine sahiptir. “Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanı tarafından verilen görevleri yaparlar. Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına karşı sorumludurlar” (1 Nolu CBK 2).

Cumhurbaşkanlığı sistemiyle en köklü değişiklik bakan ve bakanlıklarda meydana gelmiştir. Bakanlar Kurulunun kaldırılmasıyla bakanların siyasal sorumlulukları sona ermiştir. Cumhurbaşkanı, bakanları atar ve neden göstermeden görevden alabilir.^[59] Yeni sistemde bakanlıklar, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle teşkilatlandırılmışlardır.^[60] Bakanların

[58] “Yürütme organı içerisinde Devlet tüzel kişiliğinin temsilcisi, Cumhurbaşkanı olarak karşımıza çıkmaktadır” (ÇAKIR, s. 46).

[59] “Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları he zaman, sebep göstermek veya sebep göstermeksizin görevden alabilir. Bu bir idari işlem değil, bir hükümet tasarrufu olduğu için bu işleme karşı idari yargıda dava açılabilmesi mümkün değildir” (AKKAŞ, Ahmet Hulusi: Cumhurbaşkanı Yardımcılarının ve Bakanların Cezai Sorumluluğu, Ceza Hukuku Dergisi Cilt 15 Sayı 12 Nisan 2020, s. 11).

[60] “Bu bağlamda, merkezi idarenin teşkilatlanması bakımından en önemli hüküm olan 106/son hükmü Anayasadaki diğer ilgili kuralları uygulanmaz hale getirecek bir özel hüküm olarak yorumlanamayacaktır. Anayasa sistematik yoruma bağlı tutularak bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını içeren ve kamu görevlilerine

siyasal sorumluluklarını kaybetmesi, onları sadece idari yetkiliye dönüştürmüştür. Çünkü, bakanların seçilme yoluyla değil atanma ile gelmeleri, siyasal nitelikli görevli grubuna girmesini ortadan kaldırmıştır. “Dolayısıyla Bakanlar, Devlet tüzelkişiliğini artık temsil eden bir organ değil, “idare içinde yer alan bir yönetim kademesi, birim niteliğini taşıyan makamlar” haline gelmiştir.”^[61]

Bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı teşkilatında İdari İşler Başkanlığı ve Politika Kurullarından sonra gelen bir idari birim haline getirilmiştir. Bu nedenle, bakanların Cumhurbaşkanının sekreterleri durumuna geldikleri ifade edilmektedir.^[62] “Bakanlar, 3 sayılı CK’da belirtilmemiş olmalarına karşın artık atanmış üst düzey kamu görevlileri kategorisinin yeni bir türüdür”.^[63] Bu durum, Cumhurbaşkanı yardımcıları için de geçerlidir.^[64]

yetki veren kuralların, Anayasa’nın 13. maddesi ve 128. maddenin ikinci fıkrası ile ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin diğer özgül maddeler dikkate alınarak mutlakla yasayla öngörülmesi gerekecektir. Kararname ile düzenlenebileceği belirtilen alan salt idari teşkilatlanmaya ilişkin; yani hangi birimin ne tür konularda görevli kılındığı, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması sonucunu doğurmayacak nitelikte yetkiler ile kurumlar arasındaki bağlantılardan ibaret bir alarak yorumlanmalıdır. Bunun dışında kalan görev ve yetkiler söz konusu olduğunda bunlar yürütme yetkisini aşar biçimde yasama alanına girecektir” (SEVER, s.8).

[61] **EROL, Ömer Faruk: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları**, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 26 Sayı 1 Haziran 2020, s. 117. Aynı görüşte ÇAKIR, s. 46.

[62] “Bakan ile bakanlıklar ancak Cumhurbaşkanı dolayısıyla devlet tüzel kişiliği içinde yer almaktadırlar. Bakanlıklar, diğer alt birimleri gibi Cumhurbaşkanlığının alt birimi haline gelmişlerdir. Bakanlıkların özgüledikleri kamu hizmeti alanlarına göre tek tek görevlerinin sayılarak kuruldukları 1 sayılı CK’nun “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında” şeklindeki başlığı da bu yeni konumlandırmanın bir göstergesidir” (ZENGİN, Ozan: **Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya Etkisi**, Emek Araştırma Dergisi (GEAD) Cilt 10 sayı 15 Haziran 2020, s. 12-13.

[63] ZENGİN, s. 12.

[64] “Bunlardan Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların atanma ve görevden alınma usulü 3 sayılı CBK’ya tabi kılınmak istenmediğinden, bu konuda söz konusu CBK bünyesinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu durum Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların üst kademe yöneticisi olma konumlarını etkilememektedir. Elbette Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlara, TBMM önünde and içme ve görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla yargılanmalarında meclis soruşturma usulüne tabi olma gibi hususlar açısından diğer üst kademe yöneticilerinden farklıdırlar. .. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların sorumluluğu Cumhurbaşkanına karşıdır. Bu açılardan bakıldığında Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar, üst kademe yöneticisi kabul edilmelidir. Bu açıdan tek fark bunların

Atama ile göreve gelen Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların siyasi sorumlulukları ve siyasal görevli olma nitelikleri bulunmamaktadır.

Diğer yandan, Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar, Cumhurbaşkanlığı teşkilatında görevli olup, 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle belirlenen görevleri yerine getirmekle yükümlüdürler. “Dolayısıyla hiyerarşik üst olarak Cumhurbaşkanı, bakanlık faaliyetlerinin Cumhurbaşkanı programına uygunluğunu, yardımcı kuruluş olarak politika kurulları aracılığıyla denetleyebilmektedir.”^[65] Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların, bu Kararname ile saptanan görevleri dışında bir başka görevleri söz konusu değildir. Cumhurbaşkanı, kamu politikalarının^[66] oluşturulması, uygulanması ve denetlenmesinde tek yetkili, görevli ve sorumludur. Kamu politikalarının, siyasal parti politikalarıyla ilgisi olmadığı açıktır. Buna göre, Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar, yetkili ve görevleri gereğince kamu politikalarını uygularlar.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar, kamusal / idari görevlerinden dolayı, siyasetle uğraşamazlar. Siyaset, görevlerine yabancısıdır ve görevleri dışındadır. Özellikle partili Cumhurbaşkanının partisi lehine veya diğer siyasal partiler aleyhine faaliyette bulunamazlar. Bu tür eylemler, görevlerinin gereğine aykırıdır.

B) Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların Görevleri Dışında Kalan Siyasal Nitelikli Açıklamaları

Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Cumhurbaşkanının partisinin il gençlik kolları kongresine katılmış ve bir konuşma yapmıştır. Bu konuşması, mevcut uygulamayı somut şekilde gözler önüne sermiştir.

Haber yazısına göre, “Cumhurbaşkanı Yardımcısı Fuat Oktay, önceki gün AKP Ankara İl Gençlik Kolları Kongresi’ne katıldı. Altındağ Kapalı Spor Salonu’nda yapılan kongrede konuşan Oktay, Türkiye’yi güçlü yarınlara taşımak için Cumhurbaşkanı ile çalıştıklarını belirterek şunları söyledi: “Burada gemileri karadan yürütecek Fatih’in evlatlarını görüyorum.

atanma ve görevden alınmalarının, 3 sayılı CBK hükümlerine tabi kılınmamış olmasıdır” (SÖYLER, s. 64-65).

[65] EROL, s. 119-.

[66] “Kamu politikası kavramı, “hükümetlerin önceden belirlenen kurallara, uzun vadede hazırladığı cevaplarını temsil eden eylem ve eylemsizlikler bütünü” olarak tanımlanmaktadır” (EROL, s. 110).

Cumhuriyet'in 100. yılına giden yolda AK Parti bayrağını devralacak, çalmadık kapı, sıkmadık el, kazanmadık gönül bırakmayacaksınız. AK davaya gönül veren partimizin tüm emektarlarına teşekkür ediyor, başarılar diliyorum". Oktay, muhalefeti de eleştirdi. Oktay, "Biz Cumhurbaşkanımız liderliğinde Türkiye'yi gençlerimizle güçlü yarınlara taşımak için gayret sarf ederken; umudunu kaosa, kavgaya, ekonomik krize ya da terörün yeniden alevlenmesine bağlamış olanlar var. Başka ülkelerden medet umanlar, ülkemizin yargı süreçlerine müdahaleye kadar varan hükümsüz açıklamalara zil takıp oynayan basiretsizler var" dedi.^[67]

Cumhurbaşkanı Yardımcısı, TBMM Genel Kurulu'nda bütçe ile ilgili konuşması sırasında ana muhalefet partisini diktatörlükle suçlarken, Cumhuriyet İttifakı olarak ilerleme vizyonunu ortaya koyduklarını ileri sürmüştür. Buna karşılık, Cumhurbaşkanı yardımcısının, yürütmenin işlemleriyle ilgili beyanları görevi kapsamındadır.^[68]

Bütçe konuşmasına göre, "Bütçe ve kesin hesabımızı, bütçemizin dayanak ve hedeflerine ilişkin detayları, **yürütme organını temsilen** hem Komisyonunda hem de Genel Kurulda en şeffaf şekilde paylaştık". "Herkes kendine yakışanı yapar ama şunu söylemeden geçemeyeceğim. **Diktatör Franco'nun Türkiye'deki temsilcileri, Cumhurbaşkanımıza laf atmaya, çamur atmaya çalıştılar, buna cüret ettiler. .. Önce şunu netleştirelim Franco'nun ruhu bugün CHP'de yaşıyor, sizde yaşıyor bizde değil** (AK PARTİ sıralarından alkışlar, CHP sıralarından gürültüler)".

"Ana hatlarıyla, 2021 bütçesinin hedeflerine ulaşmasına katkı sağlayacak yeni reformlarımızı ve **Cumhuriyet İttifakı olarak** milli mutabakat zemi-

[67] Sözcü, 14.02.2021.

[68] "CHP Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu'nun milleti yanlış bilgilendirdiğini ifade eden Oktay, "Biz zaten Sayın Kılıçdaroğlu'nun yanlış hesapların uzmanı olduğunu SSK'dan biliyoruz. Sayın Kılıçdaroğlu aynen şunu söyledi, "Borsa İstanbul'un karlılık oranı yüzde 52, bu kar oranı ile satın alan fon, parayı 15-20 ay sonra çıkaracak". Ayrıca "Hiç mi vicdanınız yok" gibi devam ettiğini hatırlıyorum. Bu nasıl bir matematik, nasıl bir hesap uzmanlığı?" diye konuştu. .. Borsa'nın yüzde 10 hissesine karşılık bu sene dağıtılan temettünün 10 milyon dolar olduğunu belirten Oktay, "2 milyar dolar şirket değerlemesi üzerinden yapılan Katar Yatırım Otoritesi iş birliği, Sayın Kılıçdaroğlu'nun iddia ettiği gibi 15 ayda değil 20 senede kazanılacak kara karşılık gelmektedir bugünkü şartlarda 15 ay nerde, 20 sene nerde? Bu nasıl bir hesap? Uzun süre muhalefete mahkum olunca artık ayları yıllarla karıştırıyorsunuz. Ben bu anlıyorum" ifadelerini kullandı" (www.sozcu.com.tr 15.12.2020, erişim 19.03.2021).

ninde yansıtmaya devam edeceğimiz ilerleme vizyonumuzu ortaya koyduk”. **“19’uncu kez bütçe yapma yetkisinin milletimiz tarafından bize verilmiş olması da bunun bir göstergesidir.** Bu güveni geçmişte boşa çıkarmadık, bundan sonra da boşa çıkarmayacağız”.

“Umudumuz yok çünkü daha kendi teşkilatlarında yaşanan kadın istismarı ve taciz vakalarının hesabını sormaktan bile aciz olanlar var. Yaşananların üzerini kapatıp bir de meşrulaştırmaya çalışanlar var.” **“Önceden de söylemiştim bakın, CHP için yanlış hesap yapmak gibi bir sorunu var, muhalefetin yanlış hesap yapmak gibi bir sorunu var”.** **“Sayın bakanlarımıza, yine, aynı Cumhur ittifakı çatısı altında destek veren milletvekillerimize ve Sayın Genel başkan Bahçeli’ye teşekkürlerimi sunuyorum”.**^[69]

Cumhurbaşkanı, ana muhalefet partisinin bir kadın milletvekiline karşı “vitrin mankeni” diye söz etmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcısı, bu konudaki eleştirilere taraf olmuş, Cumhurbaşkanının sözünü görmezden gelmiş, kadın haklarıyla ilgili yapılanları anlatırken, ana muhalefet partisine karşı siyasi söylemlerde bulunmuştur. Bu açıklamada, ana muhalefet partisine karşı, “iftira ile gündem değiştirmek” “aldığı talimatlarla yapay gündemlerle toplumu kutuplaştırmaya çalışmak” suçlamalarına bulunmuştur.^[70]

Cumhurbaşkanı yardımcısı, iktidar partisinin bir belediye başkan adayının düzenlediği bir siyasi bir toplantıya katılmış ve burada da aynı nitekte konuşma yapmıştır.

“Sizlerin AK Parti’ye kesintisiz desteği, kesintisiz destek neticesinde oluşan Türkiye’nin 26 yıllık kazanımları bizim için değerli” **“Cumhurbaşkanımızın önderliğinde AK Parti mayasında şeffaflık ve ahlak olduğunu göstermiştir.** **Gücünü millettten almayan siyasiler yenilmeye mahkumdur. Zillet ittifakında olduğu gibi. Zillet ittifakı nereden alıyor. Zillet ittifakı gücünü FETÖ ve Kandil’den alıyor. Biz gücümüzü millettten alıyoruz.”** **“2002’den bugüne kesintisiz AK Parti’ye ve Genel Başkanımız Recep Tayyip Erdoğan’a destek veren kardeşlerimiz geleneği bozmayacaklardır. Bu yolda birlikte el ele omuz omuza yürümeye devam edeceğiz”** ifadelerini kullandı”.^[71]

[69] TBMM Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 35. Birleşim 18.12.2020, s. 72, 73, 83.

[70] www.evrensel.net 02.01.2021, erişim 19.03.2021).

[71] www.duzcesonhaber.com 23.02.2019, erişim 19.03.2021).

Cumhurbaşkanı tarafından atanan ve siyasi niteliklerini kaybeden bakanların da, Cumhurbaşkanı yardımcısı gibi muhalefete karşı siyasal söylemlerde buldukları ve Cumhurbaşkanının partisinin örgütsel toplantılarına katılıp konuşmalar yaptıkları görülmektedir. Örneğin bütçe görüşmeleri sırasında bir bakan, “Tek adam, bu sistem, tek adam rejimi” eleştirilerine karşı, ana muhalefet partisi başkanını kast ederek, “Tek adam kimdir biliyor musunuz? Tek adam Sayın Cumhurbaşkanımız değil. Sayın Cumhurbaşkanımız girdiği 14 seçimi de kazandı. Tek adam. 9 kez seçim kaybedip, koltuğu bırakmayandır” söylemiyle yanıt vermiştir.^[72]

Aynı bakan, yine bir bütçe görüşmesinde ana muhalefet partisi genel başkanına “faşist bir genel başkan” ve partisine karşı “sermaye faşistliği” sözü ile niteleme ve suçlamasında bulunmuştur.^[73] Bakan, iktidar partisinin bir il kongresinde de aynı genel başkan için “sözde değil özde faşist bir genel başkandır” derken, ana muhalefet partisini de ayrımcılık ve ötekileştirmede bulunmakla eleştirmiştir.^[74] Diğer bir bakan ise, Cumhurbaşka-

[72] “Varank’ın sözlerine yanıt veren **CHP Grup Başkanvekili** Engin Altay, eski Başbakan Ahmet Davutoğlu ile eski Bakan Ali Babacan’ın kuracakları partileri hatırlatarak, “Sizden gidenler neden parti kuruyorlar. Ne oldu da sizden ayrıldılar? Yeni partiler CHP’den çıkmıyor. AK Parti’den çıkıyor, neden acaba? Sayın Varank **sistemi öğrenin. Sizin haddiniz değil bizi eleştirmek.** Son seçimi biz kazandık. Biz size, “9 seçimi niye kazandınız” diye sorduk mu? **Sizin göreviniz bütçenizi sunmak iddialara yanıt vermek bütçeyi savunmak dedi”** (www.sozcu.com.tr 14.12.2019, erişim 19.03.2021).

[73] “**Sanayi ve Teknoloji Bakanı** Mustafa Varank, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) **Genel Başkanı** Kemal Kılıçdaroğlu’nu “**faşist bir genel başkan**” diyerek hedef aldı. TBMM Genel Kurulu’nda bütçe görüşmeleri sırasında Sanayi ve Teknoloji Bakanı Mustafa Varank, bakanlığının bütçesi üzerinde eleştiri ve soruları yanıtlarken “ideolojik nedenlerle sermaye düşmanlığı yapan siyasi grupların dünyanın her yerinde olduğunu ancak ırk, dil, din, kimliğine göre “**sermaye faşistliği**” yapan **siyasi anlayışın sadece Türkiye’de bulunduğunu**” öne sürdü. CHP Genel Başkanı Kılıçdaroğlu’na “faşist” suçlamasında bulunan Varank, “**Ama bu normal, eğer ortada “Bize oy veriyorsanız öğretmensiniz ama Cumhur İttifakı’na oy veriyorsanız öğretmen değilsiniz” diyen faşist bir genel başkan varsa bu tavır normal” ifadelerini kullandı**” (www.birgun.net 11.12.2020, erişim 19.03.2021).

[74] “Sanayi ve Teknoloji Bakanı Mustafa Varank, AK Parti İl Kongresi’nde yaptığı konuşmada CHP lideri Kılıçdaroğlu hakkında ağır ifadeler kullandı. CHP ve Kılıçdaroğlu’na ağır tepki gösteren Mustafa Varank, “**Kemal Kılıçdaroğlu sözde değil özde faşist bir genel başkandır**” dedi. **Bakan** Mustafa Varank, **AK Parti Kilis 7. Olağan Kongresi’nde yaptığı konuşmada CHP’yi eleştirerek, “CHP demek ayrımcılık demektir, ötekileştirme demektir, ikna odaları demektir. Fır-**

nının partisinin il kongresine katılmış, Cumhurbaşkanının genel başkanlığında ki siyasi hareketle kendisini özdeşleştirerek, bu hareketin başarılı şekilde devam edeceğini söylemiştir.^[75]

UYGULAMANIN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Yeni sistemdeki bu uygulama önlenmemektedir. Yukarıda açıklanan bir bütün olarak anayasal otorite ve anayasanın üstünlüğüne hizmet eden kurallar, yeni sistemdeki eleştirilen uygulamayı önlemeye yeterli gelmemektedir. Çünkü, normlar uyulmak için vardır. Bu uygulama, bir görüşteki anayasal üstünlüğe hizmet eden kuralların siyasal organları kısıtlılık altına aldığı görüşünü de ters yüz etmiştir.^[76] Bu durum, iktidar partisi ile parti-

satını bulduklarında, en ufak bir güç elde ettiklerinde, zulmettikleri o eski günlere anında dönerler. Nitekim dönüyorlar da. Çıkıyor “Bana oy veriyorsan öğretmensin, vermiyorsan öğretmen değilsin” diyor. Öteki gün çıkıyor, 27 milyon vatandaşın oyunu hiçe sayarak, ilk kez halkın doğrudan oyuyla seçilen **Sayın Cumhurbaşkanımıza “Sözde Cumhurbaşkanı” diyor. Bu tavrın adı tüm dillerde faşistliktir. Bakınız çok net söyleyeceğim, Kemal Kılıçdaroğlu, sözde değil özde faşist bir genel başkandır.** Kılıçdaroğlu’nun özlemini duyduğu Türkiye, ikna odalarının kurulduğu, inancından, siyasi görüşünden dolayı dışlananların, zulmedenlerin olduğu, sermayenin ayrımcılığa tabi tutulduğu bir Türkiye’dir” diye konuştu” (www.milligazete.com 18.01.2021, erişim 19.03.2021).

[75] **Gençlik ve Spor Bakanı Mehmet Muharrem Kasapoğlu, AKP Bilecik 7. Olağan İl Kongresine katılmıştır.** Bakanın konuşmasına göre, “İnşallah bugünden sonra da daha güçlü bir şekilde bu güzel kadrolarla yürümeye olan inancımız ve bu güçlü yürüyüşün ilelebet payidar olacağına inancımız tamdır. Bu kadrolar dünyada hiçbir şekilde benzeri olmayan bir başarıya dahil olmuşlardır. Bugüne kadar nice hilelerle, nice tuzaklarla, topla tüfekte geldiler. Hiçbir şekilde bu hareketin önüne geçemediler. İnanıyorum ki bundan sonra da ne yaparlarsa yapsınlar bugüne kadar hiçbir şekilde başarılı olamadıkları gibi Recep Tayyip Erdoğan liderliğindeki bu hareketin önüne geçemeyecekler ve başaramayacaklardır” (www.milliyet.com.tr 03.02.2021, erişim 19.03.2021).

[76] “Denge ve denetim mekanizmalarının oluşumu bakımından anayasa düzenlemesi egemen otorite tespitinde devlet etkilerinin yukarıda özetlenen hukuki gerçekliğinin ötesine geçerek bizatihi anayasanın kendisini egemen otorite haline getirmiştir. Kanunların anayasaya aykırı olamayacağı, egemenliğin anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanılacağı, hiç kimse veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanmayacağı yönündeki kurallar, bir bütün halinde anayasal otorite ve anayasanın üstünlüğüne hizmet eder niteliktedir. Bu düzenlemeler devlet iktidarının denetlenmesi, güç temerküzünün dağıtılması ve denetime açılması gibi gerekçelerle savunulmuşsa da sonuçta siyasal organların anayasal kısıtlılık altına alındığı, .. çatışmalı bir anayasal perspektif cari olmaya başlamıştır” (**BULUT, Metin: Türk Anayasal Gelişme Tarihinde Egemenlik Kavra-**

li Cumhurbaşkanı düzenlemesinden yana olanların ve mevcut demokrasi karşıtı uygulamaya karşı gelmeyenlerin, siyaseten sahip çıktıkları Demokrat Parti anlayışının çok gerisinde kaldıklarını ortaya koymaktadır.^[77]

Bir görüşte partili Cumhurbaşkanı olumlu değişim olarak görülürken, Cumhurbaşkanının kendisini sorumlu hissetmesi ve denetim altında tutulması gerekçelerine dayanılmıştır. Bu kapsamda, yeni sistemin bütün işlerin demokrasiden uzaklaşarak değil, demokratik katılımı ve istikrarı artırarak yapılacağı ileri sürülmüştür.^[78] Yeni sistemdeki mevcut uygulama, bu şekildeki görüşlerdeki öngörülerin gerçekleşmediğini ortaya koymaktadır. Gerçekten, sonuçta yeni sistemle birlikte demokratik katılım ve istikrarın artması, parti yetkililerinin yürütmenin faaliyetlerine katılması ve Cumhurbaşkanına doğrudan bağlı kamu üst düzey yöneticilerinin ise partinin örgütsel faaliyetlerine katılmaları ve katılmanın artması şeklinde algılanmış, anlaşılmış ve uygulanmıştır.

Anayasanın 6/III-1 hükmü, egemenliğin bölünmezliğini düzenlemiştir. Bu hükme göre, “Egemenlik belli bir kişiye sınıfa ve zümreye değil, bütün halinde topluma aittir”. **Yürütmenin faaliyetlerine iktidar partisi yetkililerinin katılması, Türk Milleti adına kullanılacak yürütme yetkisine siyasal parti yetkisiz / fiili ortak edilmesidir.** Bu yaklaşım ise, egemenliğin bir zümreye bırakılması ve egemenliğin bölünmezliğinin ortadan kaldırılmasına yol açma tehlikesine ve gerçekleşmesine neden olur.^[79] Bu

mının Geçirdiği Dönüşümün Ana Hatları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl 7 Sayı 19 Aralık 2019, s. 116-117, www.dergipark.org.tr).

[77] “Bu durumda, cumhurbaşkanının bir siyasi partinin üyeliğini, hatta genel başkanlığını sürdürmesi olanaklı hale gelmektedir. Oysa ki, Türkiye’deki demokrasi tarihi bu ayrımının mücadelesinin örneklerini verir. Demokrat Parti, 1947’de yayımladığı Hürriyet Misaki’nda “Devlet reisliği ile fiili parti reisliğinin bir zat uhdesinde birleşmemesi esasının kabulü”nü talep etmiş, 1949 tarihli Tüzüğü’nün 18/2. maddesine “Parti başkanı Cumhurbaşkanlığına seçilirse, Parti başkanlığından çekilmiş sayılır” hükmünü koymuştu. Uygulamada da Demokrat Parti milletvekillerinin seçtiği cumhurbaşkanıyla parti genel başkanı ayrı kişiler olmuştur” (ESEN, s. 52).

[78] **BALCI, Aykut: Parlamenter Sistem İle Başkanlık Sisteminin Karşılaştırılması Ve Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İmkanları**, Ardahan 2018, s. 107, 114, www.openaccess.ardahan.edu.tr erişim 26.03.2021).

[79] “Cumhuriyetin, toplumun herhangi bir kesimi için değil, milletin tamamına ait bir yönetim biçimi olarak kabul edildiğini ifade eden Erdoğan, şunları söyledi: “Altını çizerek ifade ediyorum; Cumhuriyet cumhurundur, halkındır, herkesindir. **Cumhuriyeti herkesin olmaktan çıkarıp sadece kendilerine ait bir sembol haline getirmeye çalışanlar, aslında Cumhuriyeti değil, kendilerine ait bir imtiyaz**

durum, çoğulcu demokrasiye aykırıdır.

Genel bir tanımla çoğulcu demokrasiyi, çoğunluğun egemen olmadığı, azınlık haklarının geniş şekilde sağlanıp güvenceye alındığı, iktidarın Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle geniş şekilde sınırlandırıldığı, farklı ve karşıt grupların siyasal çatışmalarına ve uzlaşmalarına dayalı demokrasiler olarak tanımlayabiliriz. Söz konusu uygulama, bir zümrenin fiili / yetkisiz yürütmenin faaliyetlerine katılmasıyla, millette olan egemenliğin bölünmezliğine yönelik el atma nedeniyle, çoğulcu veya çoğunlukçu demokrasileri bir yana bırakın, kanun devletine aykırıdır.

Bir görüşe göre, bürokratların seçilmişlere bağlı olmaması, onlarla mücadeleye girmesi demokratik yönetim sisteminin anlamını yitirmesine neden olması ve bürokrat - siyaset ilişkisinde sorunlar yaşanmaması için, yeni sistemde Cumhurbaşkanına üst düzey kamu yöneticilerini atama ve görevden alma yetkisi verilmiştir. Bununla bürokratik vesayet önlenmek ve seçilmiş - atanmış uyumu sağlanmak istenmiştir. Bunun sağlanmasında Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin de yüksek etkisi olmuştur.^[80] Gerçekten, Cumhurbaşkanına verilen önemli yetkilerin, mevcut uygulama ile üst düzey kamu yöneticilerinin, doğrudan Cumhurbaşkanının partisinin örgütsel toplantılarına katılarak, partileri olarak niteledikleri iktidar partisinin lehine ve diğer partilerin aleyhine ifadelerde bulunmasını sağladığı görülmektedir.

İktidar partisi genel başkanı ve diğer yetkililer, tek parti dönemi ni parti devleti, otoriter rejim^[81] ve ana muhalefet partisini de faşist

yönetimini arzulayanlardır. Cumhurun, yani halkın değil, belli bir zümrenin iktidarını Cumhuriyet zannedenler, bu kesimler, vesayet ve diktatörlük özlemi içinde olanlardır. Türkiye geçmişte bu diktatörlük özelemlerine çok şahit oldu” (Recep Tayyip Erdoğan’ın Grup konuşması, 30.12.2012 www.tbmm.gov.tr erişim 21.03.2021).

[80] **KIRIŞIK, Fatih / ÖZTÜRK, Kübra: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle Kamu Yönetiminin Geliştirilmesi,** Adalet Dergisi 2020/2 Sayı 65, s. 178, 179, 194.

[81] Totaliter ve otoriter düzenler, demokrasi karşıtı düzenlerdir. Totaliter ve otoriter düzenler arasında da farklar vardır. “Totalitarizm, toplumu bir bütün olarak dönüştürmek isteyen ve total kontrol sistemi ile toplumu sürekli düzenleyen devlet, ideoloji, siyasal parti ve liderlik olgularının bütünlüğü için kullanılır. Totalitarizm, plüralizme karşı zorunluluğa, özgürlüğe karşı otoriterizmin var olduğu siyasal düzendir”. “Totalitarizmde parti kurumları bürokrasi iç içe geçiyor ve “devlet-parti”

parti^[82] olarak nitelemiştir. Yürütme ile Cumhurbaşkanının partisi arasındaki uygulamaya, (a) İktidar partisi üye ve yetkililerinin önemli sayılarda yargıçlığa geçmeleri, (b) Vali ve kaymakamların iktidar partisi yerel yöneticileriyle -muhalefeti özellikle ve bilinçli dışlayan- yaygın ve yoğun ilişkileri,^[83] (c) Rektörler ve diğer akademik personelin iktidar partisiyle olan ve varlık nedenlerine aykırı yaklaşımlarını eklemek gerekir. Dolayısıyla, **yürütme ve Cumhurbaşkanının partisi arasındaki belirtilen uygulama, Anayasaya ve çoğulcu demokrasiye açıktan aykırı, otoriter bir rejim ve parti devletine evrilen bir uygulama niteliğini almaktadır.**^[84]

Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların açıklanan eylem ve söylemlerinin, Anayasadaki yürütme ile ilgili hükümleri ve Cumhurbaşkanlığı kararlarıyla belirlenen görevleriyle herhangi bir ilgisi yoktur. Yetkisiz / fiili bu eylem ve söylemlerin, hukuka ve Anayasaya aykırılığı açıktır (AY

fenomeni oluşur. Parti toplum adına hareket eder; sivil toplum ise devlet içinde eriyor, tüm yasal sivil toplum örgütleri (gençlik, kadın örgütleri, sendikalar) parti mekanizmasının aksamı gibi faaliyet gösterir ve parti politikalarının gerçekleşmesi yönünde çalışır”. “Totalitarizmde siyasi sistemin içeriği devlet yönetimini tekelinde bulduran partiden oluşur. Otoriter rejimde ise siyasi sistemin içeriği yönetimin kendisi, bu durumlarda yönetici elitin oluşturduğu ‘iktidar partisi’dir” (ALEKSE-ROV, **Alekser. Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasi Rejim Değişmeleri**, Ankara 2007, s. 49, 51-51, 73, www.dspace.ankara.edu.tr erişim 22.03.2021).

[82] “Faşist devletin en temel konularından birisi, “tek partili” bir yapının oluşturulmasıdır. .. İkinci olarak “parti ile devlet bütünleştirilir”. **Tüm devlet görevlerine faşist parti üyeleri atanarak, devletin tüm işleri partiye aktarılırak, parti ideolojisi ile devlet ideolojisi aynılaştırılarak adeta parti, devlet içinde ayrı bir devlet haline getirilip yasama ve yürütmenin dışında yargıda partinin tekeline alınır**”. “Faşist parti iktidara gelince, kendilerine ikili bir amaç çizmişti. Birdenbire değil, giderek biçimlenen ilk amaç, İtalyan burjuvazisinin öteki bütün partilerini ve genel olarak bütün siyasi partileri yıkmaktı. Bu amaç başlangıçta ortaya konmadı ama faşist diktatörlüğün gelişmesinin gidişatı içinde, siyasal ve ekonomik zorlukların üstesinden gelme savının seyri içinde biçimlendi” (CON, **Emre: Alman Ve İtalyan Modelleri Bağlamında Faşist Devlet Sistemi (1921-1945)**, Edirne Aralık 2008, s. 70, 72, www.yumpu.com.tr erişim 21.03.2021).

[83] Örnek bir uygulama için bkz. Sözcü, 29.03.2021 s. 5.

[84] Aksi uygulama, parti devleti gibi algılamalara ve bilinçsizce parti ile yürütmenin organikleşmesine neden olma tehlikesini taşır. Dolayısıyla, bu yanlış uygulamanın, Cumhurbaşkanına ve partisine bir yararı değil, açıktan zararı vardır. Ayrıca, bu basit bir maddi hata değildir. Bu düzeyde kamu görevlisi böyle sistematik hatalar yapamaz. Bu düzeyde kamu görevlisi, bu şekilde sistematik hatalar yapıyorsa, o görevde kalmaz. Anayasal organda da böyle hata olamaz. Dolayısıyla, sonuçları tehlikeli ve anlamsız bu uygulamaya derhal son verilmelidir.

6/III-son). Burada **önemli olan**, öğretide de belirtildiği üzere **siyasal nitelikleri bulunmayan ve** Cumhurbaşkanının emrinde **teknik birer çalışan olan bu üst düzey kamu görevlilerinin**,^[85] açık ve pervasız bir şekilde **Cumhurbaşkanının partisi ile bu şekilde organik ilişki içine girmele-ridir.**

Ancak, muhalefet, barolar ve hukukçular ile demokratik güç ve sivil toplum kuruluşları, hukuk ve Anayasa dışı bu siyasal eylemlerin farkında değildirler veya görmezden gelmektedirler. Bu yetkisiz / fiili siyasal hareketlere kayıtsız / seyirci kalmak, demokratik refleksten yoksunluk, Türk demokrasisi yönünden en az bu yetkisiz / fiili siyaset hareket kadar zarar vermekte ve tehlike yaratmaktadır.

Bu bağlamda, bir görüşe göre, Cumhurbaşkanının partisinin iktidara gelmesiyle birlikte, marjinalize edilmiş, gericilik ve bölücülükle yaftalanarak siyaset alanının dışına çıkarılmış toplumsal kesimlerin siyasetin merkezine taşınması ile vesayetçi parlamentarizm ve bürokratik elit iktidarı gücünü kaybetme noktasına gelmiştir. Cumhurbaşkanlığı sistemi ile de vesayetçi parlamentarizm geride bırakılacak, bürokratik elit iktidarı yerini demokratik yönetimlere bırakacaktır. Bu suretle, devlet - millet etkileşimi en üst düzeye çıkacak ve bir buçuk yüzyıl sonra yerli yerine oturacaktır.^[86]

Cumhurbaşkanlığı sistemi, mevcut uygulamasıyla, anılan görüşteki deyişle ‘işin ehli uzmanlardan seçilen, yani ehliyetin sadakatin önüne geçtiği’ Başbakan yardımcısı, bakanlar ile Cumhurbaşkanlığı üst düzey kamu görevlileri ve diğer partililerin kamu görevlerine atanmalarıyla, Cumhurbaşkanının iktidar partisi ile yürütmeyi organik ilişki içine sokarak, parti devletine gidişi sağlamıştır. Bu ilişkinin sistematik ve ısrarlı yapılması, bilinçli bir seçim ve siyasal hareket olduğunu ortaya koymaktadır.

Mevcut uygulama ile kamu yönetimi ve kamu bürokrasisini tek yetkili ve sorumlu Cumhurbaşkanının belirleyecek olduğu mekanizmaların gereği gibi oluşturulamadığı anlaşılmaktadır. **Yürütmeye bağlı görev yapması**

[85] “Buna ek olarak, başkanlık sisteminde bakanların siyasilerden değil de işin ehli uzmanlardan seçilmesi, yani ehliyetin sadakatin önüne geçmesi daha etkin bir yönetim öngörür. Bunda bakanların meclis dışından çok daha geniş bir uzmanlar havuzundan seçilmesinin etkisi büyüktür” (ASLAN, Ali: **Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Demokratikleşme, İstikrar, Kurumsallaşma**, Analiz Nisan 2015 Sayı: 122, s.17, www.file.setav.org, erişim 22.03.2021).

[86] ASLAN, s. 27-28.

gereken bürokrasi, iktidar partisiyle organik ilişkiye girerek, siyaset - bürokrasi ayrılığı yerine siyaset - bürokrasinin iç içe geçmesini tercih etmiştir.^[87]

Böylece, **parlamentar hükümet sisteminde demokrasiyle önce yerel iktidara ve merkezi iktidara ortak ve sonra tek başına iktidar olan toplumsal kesimler, Cumhurbaşkanlığı sisteminde fiili / yetkisiz, Anayasa dışı uygulamayla demokrasiyi dışlamakta, yerine parti devletine yönelen bir siyasal hareketi getirme uğraşısı içine girmiş olmaktadır.** Türk demokrasisi ve anayasal düzeni ve toplumu, demokrasi ve hukuk devletine aykırı hareketlerin yaşamaya geçirilebileceği bir toplum / devlet / hukuk düzeni değildir.

Diğer yandan, genel bir anlayışta, Devletin kuruluşundan itibaren devlet - toplum ilişkisinde devletin üstünlüğü ve önceliğine yer verildiği, güvenliğin özgürlüğe tercih edildiği belirtilmektedir. Son dönemde Cumhurbaşkanının partisinin iktidarı döneminde, devletin üstünlüğü ve önceliğinin toplumun ve özgürlüklerin lehine değişmekte olduğu söylene-gelmektedir. Buna benzer söylemler, tek partiden çok partiye geçiş dönemleri için de dile getirilmektedir. Bu söylemlerin odak noktalarından birisi, Devletin kuruluş felsefesi ve değerlerinin yaygın ve yoğun şekilde eleştirilmesi ve bu iktidarların dönemlerinde toplumun demokrasiyi en geniş şekilde yaşadığının ileri sürülmesidir.

Yukarıda belirtilen devletin üstünlüğüne ve önceliğine ve güvenliğin özgürlüğe tercih edildiğine ilişkin görüşler kısmen geçerlidir. Buna karşılık, sözü edilen iktidarlar döneminde toplumun demokrasiyi en geniş şekilde yaşadığı görüşü, siyasal yaşamın gerçeklerine uygun değildir. Her iki iktidarın ortak noktası, yürütme ve idare ile iktidar partisinin organik ilişkiler içine girmelerine ilişkin uygulamalardır. Bu iktidarlardan yana olanların iktidar partilerinin yürütme ile organik ilişki içine giren uygulamalarını görmezden gelmeleri, özeleştirisi konusu yapmaması veya desteklemeleridir. Dolayısıyla, bu iktidarların ve bu anlayışta olanların gerçek amaç ve irade-

[87] “Bu bakımdan kamu yönetiminin en yoğun ve doğrudan ilişki içerisinde olduğu aktör olan siyasal iktidar yani yürütme organının yapısındaki değişimlerin kamu yönetimini etkilemesi kaçınılmazdır. Nitekim kamu yönetiminin yapısı, işleyişi ve etkinliği siyasal sistemle ilişkileri bağlamında şekillenmektedir. Bu ilişkinin niteliği hukuk devletinde anayasa ve yasalarca çizilmesine rağmen Türk yönetim tarihi bir bakıma yürütme ve kamu yönetimini temsil eden bürokrasi (diğer bir ifade ile siyaset - bürokrasi) arasındaki güç mücadelesinin bir tarihidir” (GÜLER, s. 313).

leri, “demokrasi amaç değil araçtır” sözünde somutlaşmaktadır.

Son olarak, yine Devletin kuruluş felsefesi ve Cumhuriyetin temel değerleri üzerinden demokrasiyi savunanlara karşı, belirtilen iktidarlardan yana olanlar tarafından getirilen diğer bir eleştiri, savunulan demokrasinin “militan demokrasi” olduğu ve bu tür bir demokrasinin günümüzde yeri olamayacağı şeklindedir. Kuşkusuz, militan demokrasi ve günümüzdeki yeri her zaman tartışılabilir. Militan demokrasi, anayasal demokrasi veya sürdürülebilir demokrasi^[88] gibi kavramsal demokrasi tartışmalarına girmeden, Cumhurbaşkanı ve partisinin tek partili iktidarı döneminde, Anayasa’nın 68/IV hükmündeki militan demokrasi anlamında demokrasiyi koruma altına alan yasaklanmış eylemlerin, siyasal parti kapatma nedeni olmaktan çıkarılmadığını, yani devam ettirildiğini not etmek yeterlidir.

Bu bağlamda, egemenliğin bir kişiye veya zümreye bırakılamayacağı ve Anayasa’dan kaynaklanmayan Devlet yetkisi kullanılamayacağı hükmünün değiştirmeye yönelik eylemler, Anayasa’daki demokratik devlet ilkesine aykırı eylemlerdir. Bir siyasal partinin Anayasadaki kapatma davasına konu olabilecek eylemlerin fiili odağı haline gelmesinin, demokrasiyle bir ilgisi olamaz.^[89] Dolayısıyla, toplumun her kesiminin ve bu tür eylemlerin fiili

[88] Farklı demokrasi kavramları ile ilgili görüşler için bkz. **TÖGEL, Akif: Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine**, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Yıl 2017 Sayı 1; **KARADAĞ, Ahmet: Sürdürülebilir Demokrasi**, C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi Cilt 7 Sayı 1 2016.

[89] “Bu noktada Mahkeme, bir siyasi partinin, bir yasada ya da Devletin yasal ve anayasal yapılarında değişiklik yapmayı iki koşulla önerilebileceğini düşünmektedir. Birincisi bu amaçla kullanılan araçlar yasal ve demokratik olmalıdır; ikincisi önerilen değişikliğin kendisi temel demokratik ilkelerle uyumludur. Mahkeme, liderleri, şiddeti teşvik eden ya da demokrasiye saygı duymayan ve demokrasiyi ve bir demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partinin, bu gerekçelerle kendisine karşı uygulanan cezalara karşı Sözleşmenin korunmasını ileri süremeyeceği düşünülmektedir. / Bir siyasi partinin Sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerinde öngörülen hakları ileri sürerken, uygulamada Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri yok etme dolayısıyla da demokrasiyi ortadan kaldırma amacı taşıyan etkinliklere tekabül eden davranışlarda bulunma hakkını elde etmeye yeltenebileceği olasılığı dışlanamaz. Sözleşme ve demokrasi arasındaki gayet açık ilişki karşısında, hiç kimse demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, bir bütün olarak ülkede daha kapsamlı bir istikrar ortamının güvence altına alınması için bazen özgürlüklerine kimi sınırlamalar getirilmesini kabul etmek zorunda olan bireylerle birey grupları tarafından verilen çeşitli tavizleri gerektiren

odağı haline gelebilecek siyasal partiden yana olanların da, bu tür eylemlere karşı demokrasiyi savunmaları zorunludur.

Bir siyasal partinin belirtilen nitelikteki eylemlerin odağı haline gelmesini eleştirmek ve bu eylemlere karşı demokratik mücadelede bulunmak demokratik bir görevidir. Bu anlayışın adı militan demokrasi ise, militan demokrasi bir demokratik tutum ve davranıştır. Anayasa'da belirtilen fiili odak haline gelmeye ilişkin eylemlere ses çıkarmayan, açık veya örtülü savunanların, bu nitelikteki eylemlere karşı demokratik mücadeleyi militan demokrasi olarak nitelemeleri, etikten yoksun olmadan öte tam bir siyasal / hukuksal ikiyüzlülüktür.

SONUÇ

2017 Anayasa değişikliği ile Başbakan ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, yürütmedeki çift başlılığa son verilmiş, Cumhurbaşkanı yürütmenin tek yetkili ve sorumlusu olmuştur. Yürütmenin tek yetkilisinin seçimle gelmesi ve doğrudan norm koyma yetkisine sahip olmasıyla yasama ve yürütme tamamen ayrılmıştır. Cumhurbaşkanı, Devleti temsil ve yürütme görevinde, Anayasayla bağlıdır. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Cumhurbaşkanı'nın partili olabilmesi, ona anayasal görevleriyle birlikte, siyasal parti üye ve yöneticisi olma olanağı vermektedir. Buna göre, Cumhurbaşkanı, yeni sistemde, belirtilen farklı nitelikteki ve farklı kurallara bağlı görevleri, birbirine karıştırmadan, Anayasa ve yasal sınırları içinde yürütebilecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı yeni baştan yeni sisteme göre oluşturulmuştur. Anayasa'daki değişiklikle Cumhurbaşkanı yardımcılığı getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı teşkilatında yeni ofisler oluşturulmuş, bakanlar siyasal niteliklerini kaybetmişlerdir. Bakanlar için Cumhurbaşkanının sekreterleri nitelemesi yapılmıştır. Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Cumhurbaşkanlığındaki üst düzey kamu yöneticileri, Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadırlar. Cumhurbaşkanı yardımcısı ve üst düzey kamu yöneticilerinin görevleri, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle saptanmıştır. Bunların görevleri, salt Cumhurbaşkanına yürütme görevinde yardımcı olmaktır ve siyasal nitelik-

bir uzlaşıya dayalıdır. Bu bağlamda Mahkeme, modern Avrupa tarihinde de görüldüğü üzere, siyasal partiler şeklinde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim içinde güçlendikten sonra demokrasiden kurtulmak isteyebileceğinin olasılık dahilinde olduğunu düşünmektedir" (AIHM Refah Partisi ve Diğerleri - Türkiye kararı, P. 98, 99, www.karara.com erişim 25.03.2021).

leri söz konusu değildir.

Cumhurbaşkanı, yeni sistemde siyasal partili olabilmekle birlikte, birbirinden ayrı nitelikteki Anayasa ve yasalar gereğince Devletin temsili, yürütme ve siyasal parti genel başkanlığı görevlerini kurallarına uygun yerine getirecek ve birbirine karıştırmayacaktır. Yeni sistemin kısa süreli uygulamasında iyi bir sınav verilmemiş, yürütme partisel görev ve faaliyetleri karıştırılmaktan öte, deyim yerindeyse tek ve birleşik görevler gibi görülmüş ve uygulanmıştır. Anayasaya ve demokrasiye aykırı uygulamaların örnekleri yukarıda verilmiştir. Özellikle bunlardan milli güvenlik konulu toplantının bakanlar, güvenlik bürokratları ve partisinin yöneticileriyle birlikte yapılması, hukuken bağışlanmaz derecede yanlış bir uygulamadır.

Yeni sistemde yaygın ve yoğun bir şekilde yürütme ve idare ile iktidar partisi arasında “parti devleti” yönetim biçimini andıran ve bu siyasal sisteme uygun organik ilişkiler kurulmuştur. Bu organik ilişkiler, Cumhurbaşkanı Yardımcısı, bakanlar ile Cumhurbaşkanlığı üst düzey yöneticileri tarafından, iktidar partisinin örgütsel faaliyetlerine katılmak, bu partinin partileri olduğu söyleyerek, bu partinin yararına ve diğer siyasal partilerin ve genel başkanlarının ve siyasal ittifaklarının aleyhine söylemlerde bulunmuşlardır. Bu kamu görevlileri bilinçli, kasıtlı ve ısrarlı eylemleriyle, siyasal tarafsızlıklarını iktidar partisinden yana bozmuşlardır. Bunun içindir ki, yeni sistemde, Cumhurbaşkanlığı ve üst düzey kamu yöneticileri, Cumhurbaşkanının anayasal görevleri ile siyasal parti görevlerini karıştıran uygulamalarda bulunamazlar. Cumhurbaşkanı, görevinin gereği olarak, yürütmenin tek yetkilisi olarak bu tür uygulamalara meydan vermemek ve önlem almak zorundadır.

Diğer yandan, belirtilen farklı görevleri karıştıran uygulama, Anayasaya, demokratik hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkelerine ve demokrasiye aykırıdır. Dolayısıyla, hukuk ve Anayasa dışı ve demokrasi karşıtı bu uygulamalara son verilmelidir. Gerçekten, Cumhurbaşkanı ve diğer üst düzey kamu yöneticileri, görevlerini görevlerinin gereklerine uygun yürütmeli ve demokrasiye uygun davranışlarda bulunmalıdırlar.

Sonuç olarak, eleştirilen uygulama, yeni sisteme ve Cumhurbaşkanına yarar değil zarar vermekte ve tartışmaya açmaktadır. Aklın ve hukukun gereği, bu tür uygulamaları önlemek ve meydan vermemektir. Aynı şekilde, muhalefetin ve demokratik güçlerin, yeni sisteme karşı olmaları başkadır,

yürütmenin ve idarenin uygulamalarının yeni Anayasa hükümlerine, yani hukuka ve Anayasaya uygun olmasının sağlanması için gerekli mücadeleyi vermeleri başkadır. Muhalefet ve demokratik güçlerin de bu konuda, Cumhurbaşkanı ve atadığı üst düzey kamu görevlileri gibi iyi bir sınav vermediklerini söylemek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKKAŞ, Ahmet Hulusi: Cumhurbaşkanı Yardımcılarının ve Bakanların Cezai Sorumluluğu, *Ceza Hukuku Dergisi* Cilt 15 Sayı 12 Nisan 2020.

ALEKSEROV, Alekser. *Eski Sosyalist Ülkelerde Siyasal Rejim Değişmeleri*, Ankara 2007, www.dspace.ankara.edu.tr.

ASLAN, Ali: Türkiye İçin Başkanlık Sistemi Demokratikleşme, İstikrar, Kurumsallaşma, *Analiz* Nisan 2015 Sayı: 122, s.17, www.file.setav.org.

AYBAY, Rona: *Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, www.dergipark.org.tr.

BALCI, Aykut: *Parlamentar Sistem İle Başkanlık Sisteminin Karşılaştırılması Ve Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin İmkanları*, Ardahan 2018, www.openaccess.ardahan.edu.tr.

BULUT, Metin: Türk Anayasal Gelişme Tarihinde Egemenlik Kavramının Geçirdiği Dönüşümün Ana Hatları, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* Yıl 7 Sayı 19 Aralık 2019, s. 116-117, www.dergipark.org.tr.

CON, Emre: *Alman Ve İtalyan Modelleri Bağlamında Faşist Devlet Sistemi (1921-1945)*, Edirne Aralık 2008, www.yumpu.com.tr.

ÇAKIR, Hüseyin Melih: *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı - Bakan İlişkisi*, www.academia.edu.

ÇINAR ÖZKAN, Sezal: AİHM İçtihatları Işığında Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2) 2019, www.dergipark.org.tr.

DEMİR, Oğuzhan: *Araştırma Görevlileri, Anayasanın 128. ve 129. Maddelerine Göre "Diğer Kamu Görevlileri" Kapsamında Mıdır?*, www.idare.genl.tr/demir-arastirma-gorevlileri.htm.

EROL, Ömer Faruk: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 26 Sayı 1 Haziran 2020.

ESEN, Selin: 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi, ABD 2016/4.

GÖZLER, Kemal, *Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa*, ABD 2016/4.

GÖZLER, Kemal: *Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi? Başkanlık Sistemi Mi? Yoksa Neverand Sistemi Mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız*”, www.anayasa.gen.tr.

GÜL, Hüseyin / KAMALAK, İhsan / SALLAN GÜL, Songül: Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Yeni Cumhurbaşkanlığı Sistemi, *Strategic Public Management Journal*, www.dergipark.org.tr.

KARADAĞ, Ahmet: Sürdürülebilir Demokrasi, *C. Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* Cilt 7 Sayı 1 2016.

KIRIŞIK, Fatih / ÖZTÜRK, Kübra: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle Kamu Yönetiminin Geliştirilmesi, *Adalet Dergisi* 2020/2 Sayı 65.

ÖZTÜRK, Namık Kemal: Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması, *Atatürk Üniversitesi İktisadi İlimler Dergisi* Ekim 2019 Cilt 33 Sayı 4, www.dergipark.org.tr.

SEVER, Dilşad Çiğdem: *Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Karşısındaki Yetkileri ya da “Parthenogenesis” Olmak*, www.kamuhukukculari.org.

SÖYLER, Yasin: 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Düzey Kamu Yöneticisi Kimdir?, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020/1.

TÖGEL, Akif: Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* Yıl 2017 Sayı 1.

TURAN, A. Menaf: Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, *Social Sciences Research Journal* Volume y, 42-91 (September 2018), www.dergipark.org.tr.

Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme İle Siyasal Parti Özdeşleşmesine Giden
Uygulamalar ve Sonuçları

ZENGİN, Ozan: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve İdari Yapıya
Etkisi, *Emek Araştırma Dergisi (GEAD)* Cilt 10 sayı 15 Haziran 2020.

Yayım Sözleşmesi

Tansu Ceren **ÖZÇELİK***

* Av., Ankara Barosu.

GİRİŞ

Yayım sözleşmesi 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda neşir mukavelesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise yayım sözleşmesi adı ile düzenlenmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile öncelikle yayım sözleşmesinin tarafları, tanımı ve şekli; devam eden hükümlerde sözleşmenin taraflarının hak ve borçlarında değişiklikler yapılmıştır.

Yayım sözleşmesini genel hatları ile açıklamaya çalıştığımız çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde yayım kavramı ile yayım sözleşmesinin tanımı, sözleşmenin konu ve şekli ile hukuki niteliği izah edilmiştir. İkinci bölümde sözleşmenin tarafları ve tarafların hak ve yükümlülükleri açıklanmış; nihayet son bölümde ise sözleşmenin sona ermesi izah edilmeye çalışılmıştır.

1. YAYIM KAVRAMI, YAYIM SÖZLEŞMESİ VE KONUSU

1.1. Yayım Kavramı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ifade edilen hali ile “neşir” yaymak, dağıtmak anlamına gelen eski bir kelimedir ve yayım kelimesi neşir kelimesinin anlamını karşılamaktadır.

eBK döneminde doktrinde, neşir kelimesinin yanı sıra “yayın” kelimesi de kullanılmıştır. Yayın kelimesinin; yayımlanmış eser; basılı yapıt ve radyo, televizyon ve internet gibi herhangi bir aracı kullanarak bir veri ya da programı belli bir gruba ulaştırmak anlamına gelen iki anlamı bulunmaktadır. Bu sebeple yayın kelimesi tam anlamıyla yayım sözleşmesini karşılamamaktadır.

“Yayım” kelimesi; basılmış eserlerin herhangi bir şekilde kamuya sunulması anlamını taşımaktadır. Bu nedenle; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda basmak, çoğaltmak ve yaymak tabirlerini kapsayan “yayım” kelimesi tercih edilmiştir.

1.2. Yayım Sözleşmesinin Tanımı

Yayım sözleşmesi, yayımlatanın bir fikir ve sanat eserini yayımlanması için yayımcıya bırakma, yayımcının ise eseri çoğaltma ve yayımlama borcu

altına girdiği bir sözleşmedir.^[1]

Yayım sözleşmesi, TBK m.487 ve devamında “Yayım Sözleşmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. eBK’da ise “Neşir Mukavelesi” başlığı altında düzenlenmekte idi.^[2]

TBK m. 487 hükmüne göre yayım sözleşmesinde yayımlatanın eserini yayımlanması amacı ile yayımcıya bırakması söz konusudur ancak eseri teslim borcuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükümde yer alan “yayımlanmak amacı ile bırakma” ifadesi^[3] ile bir kısım tartışmaların önü açılmıştır. Bu nokta da eser sahibinin eserini yayımlanmak amacı olmadan yayımcıya bıraktığı durumda arada kurulan ilişkinin hukuki mahiyetini belirlemek gerekecektir.^[4] Bu durumda yayım sözleşmesi hükümleri değil borç ilişkisi gereğince doğan asli edim yükümlülükleri gereğince ilgili sözleşme hükümleri uygulanacaktır.^[5]

1.3. Yayım Sözleşmesinin Konusu

Yayımlatanın eser üzerinde mali ve manevi hakları mevcut olmakla birlikte sözleşme ile yalnızca mali haklar üzerinde tasarrufta bulunulabilir. Yayım sözleşmesine ise yalnızca mali haklar konu olabilir. Yayım sözleşmesine konu olabilecek mali haklar, çoğaltma ve yaymadan ibarettir.^[6] Yayma

[1] Arzu Genç Arıdemir, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Yayım Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, İstanbul, 2011, ss.163-185, s.164; www.mevzuat.gov.tr erişim tarihi: 27.03.2021

[2] Yayım sözleşmesinin TBK kapsamında düzenlenmesi mehaz İsviçre Kanunu’nun bu şekilde olmasından kaynaklanmaktadır ancak İsviçre Hukukunda fikir ve sanat eserleri bakımından özel bir kanun da bulunmaktadır. Buna kıyasla Alman Hukuku’nda yayım sözleşmesi ayrı bir kanun olarak düzenlenmiştir. **Azra Arkan Serim, “Yayım Sözleşmesine İlişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yenilik ve Değişiklikler” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan’a Armağan, İstanbul, 2016, ss.193-203, s.195.** Yayım sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. **Akın Beşiroğlu, Fikir Hukuku Dersleri, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.339.**

[3] Mehaz İsviçre Kanunu’nda bu ifade yer almamaktadır.

[4] Bu hususta tartışmalar için bkz. **Nisim Franko, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri, Doçentlik Tezi, Ankara, 1981, s.1 vd.**

[5] Arıdemir, Makale, s. 167.

[6] Emre Gökyayla, “Yayım Sözleşmesinin Konusu” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Arma-

ve çoğaltma hakkı zorunlu olarak bir arada tasarruf edilmeyi gerektirir. Yayım sözleşmesinin konusu, çoğaltma ve yayma bağlamında çoğaltılan eser nüshalarını piyasaya sunmak olduğundan piyasaya sunmanın söz konusu olmadığı sözleşmeler, yayım sözleşmesi değil eser sözleşmesi niteliği taşıyacaklardır.^[7]

Yayımlatanın eser üzerinde mali ve manevi hakları mevcut olmakla birlikte FSEK, manevî hakların devrine imkân tanımamaktadır. Bu kuralın istisnası FSEK m. 14 hükmünde yer alan “umuma arz” (kamuya sunma) yetkisidir. Eserin çoğaltma ve yayma hakkına ilişkin tasarruf işlemi, eserin piyasaya sürülmesini zorunlu kılar ve bu umuma arz yetkisinin yayımcı tarafından kullanılması anlamına gelmektedir.^[8]

Yayım sözleşmesine konu olan mali haklardan yayma ve çoğaltma haklarının yanı sıra manevi haklardan umuma arz yetkisi de yayımcı tarafından kullanılmaktadır.

1.4. Yayım Sözleşmesinin Şekli

TBK m.488 hükmü ile geçerlilik şekil şartı getirilmiştir.^[9] Buna göre yayım sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. FSEK m.52 hükmü ise nitelikli^[10] bir şekil şartı aramaktadır. İlgili hükme göre mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve çoğaltma hakkı, yayma hakkı gibi hakların ayrıca gösterilmesi şarttır. Bu konuda yayım sözleşmelerinde yazılı şekil şartının yeterli olup FSEK m.52 hükmündeki nitelikli şartın aranmayacağı hususunda tartışmalar mevcuttur.^[11] Çoğaltma ve yayma hakkı gibi hakların zaten sözleşmenin kapsamına dahil olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Kanaatimizce de TBK m.487 hükmünde yer alan “yayımlanmak amacı ile bırakma” gereği çoğaltma ve yayma hakkı gibi haklar zaten sözleşmenin kapsamına dahildir.

ğan, MÜHFHAD, İstanbul, 2016, ss. 1133-1148. s.1139.

[7] Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.1121.

[8] Gökyayla, Makale, s.1140.

[9] Turgut Uygur, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.2252.

[10] Serim, s.196.

[11] Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2020, s. 579.

1.5. Yayım Sözleşmesinin Özellikleri

Yayım sözleşmesi rızai niteliktedir. Rızai nitelik, karşılıklı iradelerin uyuşmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olması anlamına gelmektedir.^[12] Taraf iradelerinin uyuşmasına ek olarak eserin teslimine gerek olmaksızın şekil şartına da uyulmak kaydıyla yayım sözleşmesi kurulmuş olacaktır.^[13]

Yayım sözleşmesi borçlandırıcı ve tasarrufi niteliktedir; yayımlatanın eserin teslimi borcuna karşılık, yayımcının eseri çoğaltma ve yayma borçları vardır. Yayımlatma hakkının sözleşme sınırları içerisinde yayımcıya geçmesi ile de sözleşmenin tasarrufi yönü görünmektedir.^[14]

Yayım sözleşmesi borçlandırıcı ve tasarrufi nitelikte olması sebebiyle taraflar karşılıklı borç altına girip hak elde eder.^[15] Yayımlatan eseri yayımlamak üzere yayımcıya bırakma borcu altına girerken yayımcı da eseri çoğaltma ve yayma borcunu üstlenmektedir. Ek olarak yayımlatan bir bedel isteme hakkına da sahiptir.^[16] Sözleşme taraflarının bu borç ve haklarının sonucu olarak yayım sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir.^[17]

Yayımcının eseri çoğaltma ve yayma borcu; yayımlatanın ise hakları devretme borcu olması sebebiyle yayım sözleşmesi iş görme borcu doğuran bir sözleşmedir.

Yayım sözleşmesinde yayımlatan bir süreliğine eser üzerindeki yayımlatma hakkını ve eser nüshasını yayımcıya devrederken; yayımcı da eserin yayımlanması amacıyla eseri çoğaltma ve yayma borcunu bir süreliğine yerine getirmek zorundadır. Bu şekilde bir süreliğine devamlı olarak taraflara bu borçları yüklediği için yayım sözleşmesi sürekli edimli sözleşmedir.

[12] Ali Demirbaş, “**Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Yayım Sözleşmesi**” Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011, s. 233.

[13] Hüseyin Kağan Zengin, **Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Yayım Sözleşmesi**, Atatürk Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2015, s.33.

[14] Franko, s. 7; Zengin s. 35.

[15] Uygur, s. 2253.

[16] Yayım sözleşmesinin ücretsiz akdedilmesi sonucu değiştirmez. Ücret, yayım sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. **Gökyayla, Makale, s.1134.**

[17] Franko, s.5.

2. YAYIM SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE HÜKÜMLERİ

2.1. Yayım Sözleşmesinin Tarafları

TBK m. 487 hükmünde “bir fikir ve sanat eserinin sahibi veya halefi” ile “yayımcı”^[18] kavramlarından bahsedilmektedir. Devamı maddelerde ise yayımlatan ve yayımcı kavramlarına yer verilmiştir.

2.1.1. Yayımlatan

TBK m. 487 hükmünde belirtildiği gibi bir fikir ve sanat eserinin sahibi veya halefi yayımlatan olabilir. Eser sahibi ya da halefi yayımlatan olabilir; ancak her zaman için sözleşmenin tarafı her eser sahibi olmayabilir.

FSEK m.1’e göre eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eser sahipliği konusunda kanun koyucu yaratma gerçeği ilkesini kabul etmiştir. FSEK m.8 hükmü fikir ve sanat eseri sahibini, onu meydana getiren kişi olarak tanımlamıştır.

Bir eser meydana getiren eser sahibi eserin oluşturulmasıyla birlikte kendiliğinden hukuki bir statü kazanır.^[19] Eseri oluşturmakla birlikte eser üzerinde telif haklarına sahip olan kişi eser sahibidir.^[20]

Eser sahibinin halefi, eseri meydana getiren kişiden başka, eser üzerinde hukuka uygun olarak malî ve manevi hakları elde etmiş olan kişidir. Yayım sözleşmesinin amacına uygun olarak yayımlatana düşen yükümlülükleri yerine getirecek ölçüde eseri kullanıp değerlendirme olanağını elde etmiş olmak hâlef sayılmak için yeterlidir.^[21] Eser sahibinin halefi, eser sahibinden çoğaltma ve yayma haklarını devralan kişiler ya da onun mirasçıları olabilir.

2.1.2. Yayımcı

Yayım faaliyetinin gerektirdiği sorumlulukları üzerine alan gerçek veya tüzel kişiye yayımcı denir. eBK’da kullanılan “naşir” kavramı yerine, TBK “yayımcı” kavramını kullanmıştır. Yayım sözleşmesinin tarafı olan yayım-

[18] www.mevzuat.gov.tr erişim tarihi: 27.03.2021

[19] Arzu Genç Arıdemir, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2003, s.36.

[20] Emre Gökyayla, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s.131.

[21] Zengin, s.31.

cı, sözleşmede belirtilen sürede ve çerçevede eser üzerindeki haklarını kullanır ve borçlarını yerine getirir.

Yayımcı tam ehliyetli olmalıdır çünkü telif bedeli ödeme borcu altına girebilmektedir.^[22] Bu nedenle sınırlı ehliyetliler yalnızca yasal temsilcilerinin rızasıyla yayımcı olabilir.

2.2. Yayımlaştırma Sözleşmesinin Hükümleri

Yayımlaştırma sözleşmesi hükümleri TBK m.489 ile m.497 arasında düzenlenmiştir.

2.2.1. Yayımlaştırmanın Hak ve Borçları

Yayımlaştırma sözleşmesinin hükümlerinde ilk olarak yayımlaştırmanın borçları incelenecek ve ayrı ayrı değerlendirilecektir.

2.2.1.1. Eserin Teslimi Borcu

Eser sahibi ya da halefinin eserinden faydalanmak için yaptığı sözleşmelerden biri yayımlaştırma sözleşmesidir. Yayımlaştırma sözleşmesi rızâ bir sözleşme olması sebebiyle sözleşmenin kurulması için irade beyanlarının uyumu yeterlidir. Bu nedenle eserin teslimi, yayımlaştırma sözleşmesinin kurulması için şart değil, yayımlaştırmanın borçlarından biridir.

Eserin teslimi borcu TBK m. 487'de "...o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı... üstlendiği sözleşmedir"^[23] şeklinde belirtilmiştir. Yayımcının eseri çoğaltıp yayabilmesi için yayımlaştırmanın eseri yayımcıya teslim etmesi^[24] gerekir.^[25]

Yayımcıya bırakmaktan kasıt zilyetliğin iradi olarak devredilmesi^[26] olması sebebiyle telefon, e-posta ve ya başkaca teknolojik imkânlarla dahi yayımcıya bırakılması mümkündür.^[27]

[22] Zengin, s.33.

[23] www.mevzuat.gov.tr erişim tarihi: 03.04.2021

[24] Eserin kaydedildiği nesne cd, dvd, taşınır bellek, kâğıt vs. olabilir. Aynı zamanda eser e-posta yoluyla dahi teslim edilebilir. **Zevkililer, Gökyayla, s. 610.**

[25] Zengin, s.47.

[26] Franko, s.30.

[27] Franko, s.30.

Eserin tesliminden sonra eserde gerçekleşen *yarar ve hasar*^[28] yayımcıya geçmiş kabul edilir.

TBK m.498'e göre eserin tesliminden sonra eser, beklenmedik hâl sonucu yok olsa bile yayımcı sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa bedeli ödemek zorundadır. Buna ek olarak TBK m.499'a göre basılan nüshaların yok olması hâlinde, yerine yenisini koymak aşırı masraf gerektirmiyorsa, yayımcı masrafları üstlenerek yeni basım yapmak zorundadır.

Yayımlatan teslim borcunu gereği gibi ifa etmediği takdirde borca aykırılıktan dolayı sorumlu tutulur. Hatta İİK m.24 ve m.30'a göre hazır olan eserin teslimi cebri icra yoluyla yerine getirilebilir.^[29] Ancak FSEK m. 61'de^[30] sayılan haller bu durumun istisnasıdır.

2.2.1.2. Tekeffül Borcu

TBK m.489/2 ve 489/3'te yayımlatanın tekeffül borcu düzenlenmiştir. İlgili hükme göre yayımlatan sözleşme kurulduğu sırada, yayımcıya eser üzerinde yayımlatma hakkını, telif hakkına sahip olduğunu ve daha önce eserle ilgili bir sözleşme yapmışsa bunu bildirdiğini garanti etmektedir.^[31]

TBK m.489/2'ye göre yayımlatan yayımcıya karşı eser üzerinde yayımlatma hakkının bulunmamasından dolayı sorumludur. Bu sebeple yayımlatma hakkı yayımlatana ait değilse satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlere gidilebilir.^[32]

Korunan eserler, FSEK bağlamında korunan eserler olup; bu eserlerin yayım sözleşmesinin konusu olmasına engel yoktur. Korunmayan eserler

[28] Zevkliler ve Gökyayla, s. 476.

[29] Yavuz vd., s. 1131.

[30] FSEK m. 61:" İcra ve İflas Kanununun 24 ve 30 uncu maddelerinin hükümleri mahfuz kalmak şartıyla: 1. Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları; 2. Sinema eserleri hariç olmak üzere birinci bentte zikredilen eserler üzerindeki mali haklar; 3. Eser sahibinin, mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan paradan gayri alacakları; Kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz." www.mevzuat.gov.tr erişim tarihi: 03.04.2021.

[31] Zevkliler ve Gökyayla, s. 583; Neclâ Giritlioğlu, **Yayım Sözleşmesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1253, Hukuk Fakültesi No: 269, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s.50.

[32] Yavuz vd., s. 1132; Giritlioğlu, s.48.

ise koruma süresi sona eren ve FSEK bağlamında koruma verilmeyen eserler olup herkes tarafından kullanılması meşru olan resmen yayımlanan kararlar, nutuklar, tebliğ, genelge ve mevzuat hükümleri gibi eserlerdir.^[33] Bu bağlamda TBK m. 489/2 hükmüne göre eser korunmakta ise yayımlanan telif hakkı bulunmamasından dolayı sorumludur.

TBK m. 489/3'e göre yayımlananın tekeffül borcu eserin daha önce yayımlanmış olması hâlinde bunun bildirilmesi zorunluluğunu da kapsamaktadır. İlgili hükme göre eserin bir kısmı ya da tamamı başka bir yayımcıya bırakılmış ya da yayımlananın bilgisi dâhilinde daha önce yayımlanmışsa yayım sözleşmesinin kurulmasından önce bunun yayımcıya bildirilmesi gerekir.^[34]

Yayımlanan, eserin içeriğinde intihal olmadığını yayımlatana garanti etmelidir. İntihal yapan eser sahibi, eseri üzerinde yayım sözleşmesi kurulduğu takdirde dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olacağı için yayımcıya karşı sorumludur.^[35]

2.2.1.3. Tasarruf Hakkı

TBK m.490'a göre yayımlananın, yayımcının aleyhine tasarruflarda bulunmaması gerekir. Tasarruf hakkı, kaçınma borcu olarak da karşımıza çıkar ve konusu TBK m.490 hükmü gereğince yayım sözleşmesine dayanılarak devredilen eser üzerinde yayımcı aleyhine tasarrufta bulunmamaktır.^[36] Bu yapmama edimi, hem eserin cismini ve hem de eser üzerindeki malî hakları kapsar.

Eser üzerinde yayımlananın mutlak hakları olsa da, yayımlanan yayımcının eser üzerinde belirli süreyle elde ettiği çoğaltma ve yayma haklarını

[33] “Haksız rekabet hükümlerine göre korunan eserler FSEK bağlamında korunan eserler kapsamına girmiş sayılmaz.” **Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Güray Matbaacılık, İstanbul, 1984, s.207.**

[34] Uygur, s. 2258.

[35] Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında iktibas sınırlarının aşılması hâlinde manevi tazminata da hükmedilebileceğini belirtmiştir: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda gösterilen haller dışında iktibas yapılmış olsa dahi, iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtile bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak EBK m. 49(TBK m. 58)'deki koşulların gerçekleşmesi hâlinde manevi tazminat isteyebilir.” **YİBGK, 18.02.1981, 1980/1E, 1981/2K, T. www.kazanci.com.tr** erişim tarihi: 04.04.2021

[36] Yarsuvat, s. 205.

ihlal etmemelidir. Eser üzerinde yayım sözleşmesi tesis edildikten sonra, yayım sözleşmesi sona erene kadar yayımlatan yayımlatma hakkı bakımından adeta üçüncü kişi konumundadır.^[37]

Yayımlatan yayımcıya sadece yayımlatma hakkını devrettiği için, yayımlatanın bu malî hak dışında kalan diğer haklardan faydalanmasına bir engel yoktur.

Yayım sözleşmesinde kaçınma borcunun süresi TBK m.490/1 hükmü dikkate alınarak belirlenecektir.^[38]

2.2.1.4.Düzeltilme ve İyileştirme Hakkı

TBK m.493'te düzeltme ve iyileştirme başlığı altında yayımlatanın eser üzerinde değişiklik yapma hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile yalnızca eser sahibine değil halefine de güncelleştirme yapma yetkisi verilmiştir.^[39] Bu hak kullanılarak eser üzerindeki değişiklikler, menfaat dengesi gözetilerek yapılan düzeltme ve iyileştirmeden ibarettir.

Eser üzerinde değişiklik yapma hakkı; ilk baskıda yayımcının menfaatlerini zedelemeyen ve onun sorumluluklarını artırmadan yapılacak değişiklik yapma hakkı ve yeni baskı yapılmadan kullanılacak değişiklik yapma hakkı olarak iki farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır.^[40] TBK m.493'e göre yayımcının değişikliklere itiraz hakkı, sadece yayımcının menfaatlerinin zedelenmesi ya da sorumluluğun artması hâlinde mümkündür.

2.2.1.5.Çeviri Hakkı

Çeviri hakkı eserin orijinal dilinden farklı bir dile çevrilmesinden ibarettir. Çeviri hakkı eser sahibinin malî haklarından biridir. Çeviri hakkı TBK m.495'te düzenlenmiştir. İlgili hükme göre çeviri hakkı kural olarak yayımlatanın tekelindedir ve sözleşmede yayımcıya açıkça bu yetki verilmiş-

[37] Emre Cumalıoğlu, Zeynep Erverdi, **Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler**, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.389-413, s.402.

[38] "Yayıncının yaymaya hakkı olduğu baskılar bitmedikçe eser sahibi veya halefi eserin tamamında veya bir kısmında yayıncının zararına tasarrufta bulunamayacağı..." Y11HD, 13.02.1981, 2012/13206E, 2014/2470K. www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 04.04.2021; Cumalıoğlu, Erverdi, s.403.

[39] Uygur, s.2268; Yavuz, s.2613; Cumalıoğlu, Erverdi, s.406.

[40] Giritlioğlu, s. 53.

se, çeviri hakkını yayımcı tarafından kullanılabilir.^[41]

Yayımlatan çeviri yapanla da yayım sözleşmesi yapabilir. Bu gibi durumlarda yayımlatanın çeviri hakkını kullanması mevcut bir yayım sözleşmesinin akdedilmesine engel olmayacaktır.^[42]

2.2.1.6.Bir Arada ve Ayrı Ayrı Yayımlatma Hakkı

TBK m.494'e göre eser sahibi yayımcıya birden fazla eser üzerindeki yayımlatma hakkını devretmiş olabilir. Bu durumda yayımcı bu eserleri bir arada yayımlama yetkisi kazanmış olmayacaktır. İlgili hükme göre eser sahibi tüm eserlerini veya bunlardan sadece bir kısmını yayımlatma hakkını yayımcıya devretmişse; yayımcı bunlardan her birini ayrı ayrı basma hakkını kazanmaz.^[43] TBK m.494 hükmü bir bakıma çoğaltma ve yayma hakkının sınırını belirleyen bir hükümdür. Bir yayımcıya eserlerin bir arada basılması yetkisi verilmişse eserin niteliği ve hacmi elvermediği takdirde yayımcı bu eserleri ayrı ayrı basabilmelidir.

Netice itibarıyla eser sahibi eserini bir arada yayımlatma hakkına sahip olduğu gibi bunları ayrı ayrı yayımlatma hakkına da sahiptir.

2.2.1.7.Hesap İsteme Hakkı

TBK m.497'de yayımlatanın satışa ilişkin hesap isteme hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm kanun gereği yayımcıya verilmiş bir yükümlülük olduğu gibi yayımlatan açısından da bir hesap isteme hakkı doğurur. Sözleşmenin bedeli satış miktarına bağlanmışsa yayımcı, satış hesaplarını tutmak, çıkarmak ve teamüle uygun ispat edici belgeleri hazırlamakla yükümlüdür. Bu noktada aracılar da olan nüshaların henüz satılmadıkları için hesaba katılmaması gerekir. Bunun yanı sıra bedava nüshaların da hesaba katılmaması gerekir. Hesaplaşma anında yayımcı kanunda belirtilen ispat edici belgeleri hazırlamakla yükümlüdür.

2.2.1.8.Bedel İsteme Hakkı

TBK m.496'da bedel isteme hakkı düzenlenmiştir. Bedel isteme hakkı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça her yayım sözleşmesinde mevcut olan bir haktır, bir başka ifade ile bedel ödenmesi zorunlu değildir ama asıl-

[41] Yavuz vd., 1137.

[42] Zengin, s.84.

[43] Uygur, s. 2270.

dır.^[44] Yayımlatanın bedel isteme hakkı aynı zamanda yayımcının bedel ödeme borcunu doğurur.

2.2.1.9. Bedava Nüsha Alma Hakkı

TBK m.497/3'e göre yayım sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça yayımlatanın bedava nüsha alma hakkı vardır. Buna bağlı olarak, yayımcının da yayımlatana bedava nüsha verme borcu bulunmaktadır. Bedava nüsha miktarı için taraflar aralarında anlaşabileceği gibi bedava nüshalar TBK m.496 hükmüne göre bedel karşılığı da verilebilir.^[45] Yayımlatanın aldığı bedava nüshalar baskı adedi içerisinde değerlendirilmez.

2.2.2. Yayımcının Hak ve Borçları

2.2.2.1. Eseri Çoğaltma Borcu

Yayımlatma hakkının bir kısmını oluşturan çoğaltma hakkının yerine getirilmesi yükümlülüğüne çoğaltma borcu denir. Çoğaltma borcu^[46] eserin korunmasının özü ve temelidir bu nedenle bu borç düzenli ve uygun bir şekilde yerine getirilmelidir. Sadece çoğaltma borcunu yerine getirmek yayım sözleşmesinin yayımcıya düşen borçları için yeterli olmasa da eserin yayılması için öncelikle eserin çoğaltılması gerekir.

Çoğaltma borcu TBK m.487'de yayım sözleşmesinin tanımı içeriğinde düzenlenmiştir. Yayım sözleşmesi bağlamında çoğaltma borcu fikir ve sanat eserinin cisminin tekrarlanması ve aslına gerek olmadan eserden faydalanma imkânı sağlamasını yerine getirme borcudur.^[47] Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe yayımcı eser teslim edildikten hemen sonra çoğaltmaya faaliyetine başlamalıdır.

Yayım sözleşmesinde malî hakların geçişinin bir sonucu olarak çoğaltma borcunu yayımcı bizzat yerine getirmekle yükümlüdür ancak bu du-

[44] Başak Bak, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Yayın Sözleşmesine” İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2012, ss.13-30, s.28.

[45] Uygur, s. 2275; Yarsuvat, s. 211.

[46] “Eser sahibinin, eserinden ekonomik olarak faydalanabilmesinin en temel yolu çoğaltma hakkının kullanılmasıdır.” **Veysel Başpınar ve Doğan Kocabey, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 114;** “Bir eserden tek bir nüshanın kopyalanması bile tek başına çoğaltmadır.” **Gökyayla, s. 163.**

[47] Franko, s. 131.

rumun aksi sözleşmede kararlaştırılabilir. Ancak yayımcının bünyesinde çalıştırdığı kimselere çoğaltma faaliyetini yaptırması^[48] da sözleşmenin ruhuna aykırı değildir. Bu noktada önemli olan çoğaltma borcunun yayımcı tarafından yerine getirilmesidir. Yayımcı bu hakkı başkasının^[49] kullanmasına imkân tanırsa borca aykırı hareket etmiş olur.

TBK m.492/1 hükmüne göre yayımcı satış için gerekli önlemleri almak mecburiyetindedir. İlgili hüküm emredici değildir bu sebeple taraflar kendi aralarında serbestçe satış fiyatını kararlaştırabilirler. Yayımlatan eserinden sadece maddi kazanç sağlamak değil eserini kamuya ilan ederek bundan manevi tatmin elde etmek ister. Bu sebeple TBK m.492/2'ye göre satış fiyatı eserin satılmasını güçleştirmeyecek nitelikte olmalıdır.

2.2.2.2.Yayma Borcu

TBK m.487 hükmü “...onu çoğaltarak yayımlamayı...” ifadesi ile yayma borcunu belirtmektedir. TBK m. 492/1 hükmü de “...*gerekli tanıtım ve dağıtım yapmak ve bu konuda her türlü önlemi almak zorundadır*” diyerek yayma borcunun usulünü belirtmektedir. Yayma faaliyeti yayımcının borcu olduğu kadar hakkıdır. Bu bağlamda yayma hakkı, eser ya da eser nüshalarının kamuya sunulması ya da bunların yayılması suretiyle eserden yararlanma hakkıdır.^[50]

Yayma borcundan söz edebilmek için eserin çoğaltılmış olması gerekir; yayma faaliyeti aynı zamanda eserin çoğaltılmış nüshalarının satışı, kiralanması, ödünç verilmesi ve dağıtılmasını da kapsar.

Eseri yayma borcu eserin tanıtılmasını da içermektedir, bu husus TBK m.492'de satışın artırılması için gerekli tanıtım ve dağıtımın yapılması gerektiği ifadesi ile belirtilmiştir.

Yayma borcunu yerine getirmesi gereken yayımcı, yayım sözleşmesi devam ettiği müddetçe bu faaliyeti yerine getirmek mecburiyetindedir. Sözleşmede süre belirlenmişse bu süre sonuna kadar yayımcı yayma borcunu yerine getirmek zorundadır. Sözleşmede süre yerine yalnızca baskı adedi belirlenmiş olabilir bu durumda baskı adedinin tükenmesine kadar yayma borcu yerine getirilmelidir.

[48] Yayımcı tacirse ticaret unvanını da eseri çoğaltma işlemlerinde kullanmalıdır, bu durumda çoğaltma faaliyetinden tüzel kişilik sorumludur.

[49] Bu ifadede başkasından kasıt yayımcının çalışanlar değil, bir başka yayımcıdır.

[50] Gökyayla, kitap, s. 167; “Yayma hakkı, eserin ilk defa ticaret hayatına sunulması olarak da tanımlanabilir.” **Başpınar, Kocabey, s. 110.**

2.2.2.3. Yayımıcının Kendisine Verilen Eserin İadesi Borcu

Yayımcı, yayım sözleşmesi gereği kendisine verilen eseri çoğaltma işlemini gerçekleştirdikten sonra makul süre içerisinde eseri yayımlatana iade etmelidir. Her ne kadar TBK'da buna ilişkin bir hüküm olmasa da yayımcının eser metnini geri verme borcu olduğunu kabul etmek gerekir.^[51] Eser cismen teslim edilmemiş olabilir bu durumda bir iadeden bahsetmek mümkün değildir. Ancak eser e-posta yolu ya da başkaca teknolojik imkânlarla gönderilmişse bu durumda eserin başka kopyalarının da yayımlatanda var olduğu kabul edilmelidir. Ancak yayımcının iade borcu gereği bu kopyayı saklaması dürüstlük kuralına aykırıdır. Eserin iadesinin söz konusu olmadığı durumlarda eserin başka amaçlarla kullanılmasını engellemek amacıyla yayımcının elindeki nüshayı silmesi yayımlatan tarafından talep edilebilir.

2.2.2.4. Yayımıcının Yayımlatana Bedel Ödeme Borcu

Yayım sözleşmesinde yayımlatanın en büyük beklentisi eserinin çoğaltılması ve yayılmasıdır. Eserin yayımlanması yayımcı açısından bir risk teşkil eder çünkü çoğaltılan eser piyasada karşılık bulmayabilir. Bu durumda bahsi geçen risklerin yanı sıra yayımcının bedel ödemesi de ayrı bir külfet getirecektir.

TBK m.496/1'e göre sözleşmede bedel ödenmeyeceği açıkça belirtilmemişse yayımcının bedel^[52] ödeme borcu vardır. Ancak bedel ödenmeyeceği sözleşmede açıkça belirtilmişse bedel ödenmez. Bu sebeplerle yayım sözleşmesinde yayımcının bedel ödeme borcu asıl^[53] olsa da zorunlu bir unsur değildir. Sözleşmede bedel belirtilmediği takdirde ve bedel ödenmesi gereken hallerde hâkimin bedel belirleme yetkisi vardır.^[54] Çoğaltma ve yayma haklarını eser sahibi bir yayımcıya bedel almadan bıraksa bile kural olarak ortada bir yayım sözleşmesi vardır.^[55]

2.2.2.5. Yeni Basım Yapma Borcu

TBK m.491/1 hükmüne göre sözleşmede basım sayısı belirtilmemişse yayımcının tek bir basım yapma hakkı ve borcu vardır.^[56] Sözleşmede

[51] Yavuz vd.; s. 1146.

[52] Bahsi geçen bedel telif bedelidir.

[53] Bak, s.28.

[54] Bak, s.28.

[55] Zevkliler, Gökyayla, s. 586.

[56] Cumalıoğlu, Erverdi, s.405.

yayımcıya birden fazla basım yapma hakkı da tanınabilir. Bu durumda yayımcının yeni basımı zamanında gerçekleştirmesi gerekir. Aksi takdirde yayımlatanın sözleşmeden cayma hakkı doğacaktır.^[57]

Eserin beklenmedik hâl sonucu yok olması halinde de yayımcının yeni basım yapma borcu doğar. Ancak TBK 499/1 hükmüne göre eserin kazara yok olması durumunda yeni basılan eserlerden yayımlatan yeni bir telif bedeli hakkı kazanamaz. Bu durumda yeni basımları yapan yayımcı masrafları yayımlatana yükletemez.

2.2.2.6. Yayımcının Satış Fiyatını Belirleme Hakkı

Yayımcının TBK m.492/2 hükmüne göre satış fiyatını belirleme hakkı vardır. Asıl olan satış fiyatını yayımcının belirlemesi olsa da taraflar sözleşmede bunun aksini kararlaştırabilir.

Yayım sözleşmesinde satış fiyatı açıkça belirlenmiş olduğu takdirde yayımcı sözleşmede belirlenen fiyattan eser nüshalarını satışı sunar. TBK m. 496/3 hükmünde *“Yayımcının birden fazla basım yapma hakkı varsa, ilk basım için kararlaştırılan bedel ve diğer koşulların, sonraki basımlar için de uygulanacağı kabul edilmiş sayılır.”* demek suretiyle bu husus açıklanmıştır. Ancak taraflar sözleşmede sonraki basımlar için farklı bir satış fiyatı da belirleyebilir.

Sözleşmede satış fiyatı açıkça belirlenmediği takdirde, TBK m. 492/2 hükmüne göre yayımcı eserin satışını güçleştirmemek koşuluyla satış fiyatını belirleyebilir. Bu hakkın yayımcıya verilmesinin amacı yayımcının piyasa koşullarını daha iyi bilmesinden kaynaklanmaktadır. Yayımcı satış fiyatını mevcut koşulları dikkate alarak arttırabileceği gibi indirebilir.

2.2.2.7. Baskı Adedini Belirleme Hakkı

TBK m.491 hükmünde basım sayısı^[58] düzenlenmiştir. İlgili hükme göre taraflara sözleşmede süre ya da baskı adedi kararlaştırılma zorunluluğu getirilmiştir.^[59] Bu bağlamda basım sayısı ile ilgili sözleşmede herhangi bir hüküm yoksa yayımcının sadece bir basım^[60] yapma hakkı ve borcu

[57] Cumalıoğlu, Erverdi, s.405.

[58] Basım sayısı yayımcının yaptığı çoğaltma faaliyetinin sayısıdır. Baskı adedi ise yayımcının her basımda bastığı nüsha sayısıdır.

[59] Cumalıoğlu, Erverdi, s.404.

[60] *“Sözleşme ile eserin çoğaltma ve yayma hakkının şirkete devredildiği - süresiz olarak*

vardır.^[61] Bu durumda baskı adedinin ne kadar olması gerektiği konusunda uyumsuzluk çıkabilir. Sözleşmede baskı adedi belirlenmemişse yayımcının baskı adedini belirleme hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Bu hakkı kullanan yayımcı dürüstlük kuralına da uygun hareket etmelidir. Taraflar sözleşme süresini belirlemişlerse yayımcı sürümü karşılayacak kadar baskı yapmalıdır.

3. YAYIM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Yayım sözleşmesinin sona ermesi sebepleri özel olarak TBK m.498 ile m.500 arasında düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra FSEK m.58 de yayım sözleşmesinin özel sona erme sebepleri içerisinde sayılabilir.^[62] Yayım sözleşmesinin genel sona erme sebepleri ise TBK genel hükümlerinden ve FSEK'ten anlaşılabilir.

3.1. Sözleşmenin Genel Sebeplerle Sona Ermesi

Sözleşmenin genel sona erme sebeplerinden biri temerrüt halidir. Temerrütte,^[63] muaccel olan borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcunu yerine getirmekte temerrüde düşmesi durumunda, diğer tarafın bazı şartları yerine getirdikten sonra sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı söz konusudur. Dolayısıyla, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan yayım sözleşmesinde de gerek yayımcı gerekse yayımlatan temerrüde düşerse, diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı doğar.

Sözleşmenin genel sona erme sebeplerinden bir diğeri fesih, tek taraflı bir irade beyanıyla sürekli borç ilişkisinin geleceğe etkili ola-

düzenlenen sözleşmede baskı adedi [burada baskı(basım) sayısı denmesi gerekirdi] belirlenmediğinden EBK m. 375(TBK m. 491) uyarınca devir alan şirketin çoğaltma ve yayma hakkının bir baskıyla sınırlı olduğu...” **Y11HD, 13.02.2014, 2012/13206E, 2014/2470K.** www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 04.04.2021

[61] “Önceki baskılara eser sahibinin sözlü olarak rıza göstermesi yeni baskılar için de rıza gösterdiği anlamını taşımaz. Bu rızanın yazılı olması gerekir.” **Y11HD, 04.12.1975, 1975/4967E, 1975/7001K.** www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 04.04.2021

[62] Yavuz vd., s. 1147.

[63] Burada kastedilen borçlunun temerrüdü halleridir. Alacaklının temerrüdü hallerinde de sözleşme ilişkisi sona erebilir. Ancak yayım sözleşmesinin yapısı incelendiği takdirde alacaklının temerrüdü hâlinde sözleşme ilişkisi sona ermez. Alacaklının temerrüdü hallerinde yapma edimlerinde sözleşmenin sona ermesi hali mümkündür. Yayım sözleşmesinde eserin teslimi ve telif bedelinin ödenmesi verme edimidir.

rak sona erdirilmesidir. Yayım sözleşmesi de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden olması sebebiyle fesihle sözleşmeye son verilebilir. Ancak yayım sözleşmesini düzenleyen TBK hükümlerinde fesih ile sona erme hususunda herhangi bir düzenleme yoktur.

Genel sona erme sebeplerinden bir diğeri de imkânsızlık nedeniyle sona ermedir. Borç edilemez hale geldiğinde imkânsızdır. TBK m.136/1 hükmüne göre borcun ifası borçluya yükletilemeyen sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer. Yayım sözleşmesi de bu genel hüküm nedeniyle sona erebilir. TBK'da yayım sözleşmesinde eserin ve basılanın yok olmasına ilişkin olarak imkânsızlık halleri düzenlenmiştir. Yayım sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen bu özel haller dışındaki imkânsızlık hallerine TBK m.136 vd. hükümleri uygulanır.

Yayım sözleşmesinin konusu olan eser sözleşme kurulduktan sonra yasaklanabilir. Eserin yayımlanmasının sonradan yasaklandığı hallerde yayımcının yayma borcu sonradan ve kendine yüklenemeyen bir sebeple imkânsız hale gelmiş olur.^[64] Bu durumda yayımcının yayma borcu sona erdiği gibi sözleşme ilişkisi de sona erer.^[65] Bu durumda sözleşmenin sona ermesi ile yayımcı çoğaltmak için aldığı eser kopyasını sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade etmekle yükümlü olur.

Eser korunan bir esere^[66] koruma süresi dolduğu takdirde yayım sözleşmesi sona erer. Eserin koruma süresi FSEK m. 27 hükmüne göre gerçek kişiler için eser sahibinin yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren ise 70 yıldır. Eğer ilk eser sahibi tüzel kişi ise eserin aleniyet tarihinden itibaren koruma süresi 70 yıldır. Bahsi geçen koruma süresi dolduğu takdirde yayım sözleşmesi sona erer.^[67]

FSEK m.14/3 hükmüne göre eserin yayımlanma tarzından dolayı eser sahibinin şeref ve itibarı zedelenirse eser sahibi eserin yayımlanmasını yasaklayabilir. Bu durumda yasaklama sebebiyle yayım sözleşmesi sona erer. İlgili hükme göre yayımcının tazminat hakkı saklı olacağı gibi eser sahibi

[64] Yarsuvat, s. 215.

[65] Giritlioğlu, s. 83.

[66] Mevzuat, içtihat ve nutukların yayımı serbesttir. Üzerlerinde koruma olmadığı için koruma süresi de yoktur. Dolayısıyla hiçbir hususiyet katılmadan, bu konuyla alakalı yapılan yayımlama faaliyetlerinde yayım sözleşmesinin sona ermesinin sebebi koruma süresinin dolması olamaz.

[67] Giritlioğlu, s. 84.

eserin yayımlanmasını yasaklamasına rağmen eser yayımlanırsa, eser sahibinin de tazminat hakkı doğabilir.

3.2. Sözleşmenin Özel Sebeplerle Sona Ermesi

3.2.1. Eserin Yok Olması

TBK m.498'de eserin yok olması durumu düzenlenmiştir. Eserin yok olması, yayım sözleşmesine özgü sona erme sebeplerinden biridir.^[68] Beklenmedik hâl sonucu yok olan eser, duygu ve düşüncelere hitap etmeye hazır olan cisimleştirilmiş eserdir. TBK m.498 anlamında eserin yok olması mevcut olan tek nüshanın yok olması anlamına gelir. Eğer eser çoğaltılmaz derecede bozulmuşsa da yok olmuş sayılır.^[69]

Eser yayımcıya teslim edildikten sonra beklenmedik hâl sonucu yok olsa bile, yayımcı kararlaştırılan bedeli ödemek zorundadır.^[70] Kanun koyucu burada yayımcıya telif bedelinin ödenmesi borcunu yüklemektedir. Dolayısıyla sözleşme sona erse de yayımcının telif bedeli ödeme yükümlülüğü devam etmektedir.^[71]

Eserin yayımcıya tesliminden sonra yok olması hâlinde eser yayımcının elinde yok olmuştur. Bu durumda eserin başka bir nüshası yayımlatanın elinde bulunuyorsa, yayımlatan eser nüshasını yayımcıya teslim etmelidir.^[72] O halde yayımlatanın elinde eser nüshası varsa yayım sözleşmesi sona ermeyecektir. Eserin yok olması yayımcının kusuruna dayanıyorsa yayımcı uygun bir tazminat ödeme borcu altındadır.

TBK m.498/2 hükmüne göre eserin başka bir nüshası yoksa ancak az bir çabayla yayımlatan eseri meydana getirebilirse, yayımlatan yayımcıdan uygun bir ücret talep ederek eseri yeniden meydana getirebilir ve bu durumda yayım sözleşmesi ilişkisi devam eder. Ancak eserin yeniden meydana getirilmesi büyük bir çaba gerektiriyorsa yayımlatanın eseri yeniden oluşturma borcu yoktur ve bu sebeple yayım sözleşmesi sona erer.

Yayım sözleşmesinin konusu olan eser tamamlanmış eser olabileceği

[68] Alper Erdem, “**Yayım Sözleşmesinin Sona Ermesi**”, Terazi Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınevi, Haziran 2012, ss.52-59, s.53.

[69] Uygur, s. 2277.

[70] Uygur, s. 2276; Erdem, s.53.

[71] Yarsuvat, s. 213.

[72] Erdem, s.53.

gibi tamamlanmamış eser de olabilir. Tamamlanmış eser yayımcıya tesliminden önce yok olursa TBK m.136'ya göre borç ilişkisinin sona erer. O halde yayımlananın sorumluluğu TBK m.498/2 hükmünden daha az olmayacaktır.^[73]

Tamamlanmış eserin yayımcıya tesliminden önce yok olması durumunda az bir çaba ile yayımlanan eseri yeniden oluşturabilirse eserin teslimi borcu ve sözleşme ilişkisi devam eder.^[74] Eser çok büyük bir çabayla meydana gelecekse ya da eserin yeniden oluşturulması imkânsızsa sözleşme sona erer. Ancak böyle bir durumda yayımlanan eserin tamamlanmasının imkânsız olduğunu ispatla yükümlüdür.^[75] Yayımlanan eserin yeniden oluşturulmasının imkânsız olduğunu ispatlarsa borcundan kurtulur ve sözleşme ilişkisi bu nedenle sona erer. Aksi hâlde sözleşme ilişkisi devam eder. Anlaşılacağı gibi kanun koyucu eserin yok olması halinde her durumda sözleşme ilişkisini sonlandırma yoluna gitmemiştir.^[76] Sözleşme ilişkisi mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılmıştır.

3.2.2.Basılanın Yok Olması

Basılanın yok olması, yayımcı tarafından yayıma hazır hale gelip basılan nüshaların yok olması anlamına gelir. TBK m.499 hükmü basılanın yok olması durumunu düzenlemektedir. Basılanın yok olması kendiliğinden sözleşmeyi sona erdiren sebeplerden değildir.^[77] İlgili hükme göre basılanın tamamı ya da bir kısmı satışa çıkarılmadan önce beklenmedik hâl sonucu yok olursa yayımcı, aşırı masraf gerektirmeden yok olan nüshaların yerine yenisini basabilir; yayımlanana herhangi bir bedel ödemeksizin masrafları yüklenerek yok olan nüshaların yerine yeni baskı yapmakla yükümlüdür. Bu durumda sözleşme ilişkisi devam edecektir. Ancak yok olan nüshaların yerine yenisini basmak aşırı masraf gerektiriyorsa sözleşme ilişkisi sona erer.^[78]

[73] Giritlioğlu, s. 71.

[74] Erdem, s.54.

[75] Giritlioğlu, s. 71.

[76] Erdem, s.53.

[77] Zevkliler, Gökyayla, s.270; Erdem, s.55.

[78] Giritlioğlu, s. 71.

3.2.3.Baskı Adedinin Tükenmesi Veya Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

TBK m.491/2 hükmüne göre yayım sözleşmesinde baskı adedi ya da sözleşme süresi belirtilmek zorundadırlar. Bu durumda sözleşmede belirlenen baskı adedinin tükenmesi^[79] için alışılmış süre geçince ya da baskı adedi sona erince, sözleşme süresi belirlenmişse süre sona erince yayım sözleşmesi ilişkisi sona erer.^[80]

3.2.4.Sözleşmeden Cayma Hakkının Kullanılmasıyla Sona Erme

Yayımlatan eseri üzerinde maddi ve manevi bakımdan tatmin olmak amacıyla yayım sözleşmesi kurarak yayımcıya bazı hakları devreder. Yayım sözleşmesinde devredilen haklar^[81] yayımcı tarafından kullanılmadığı takdirde yayımlatana cayma hakkı tanınmıştır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler tek taraflı irade beyanıyla kural olarak sona erdirilemese de cayma hakkı bu kuralın istisnasıdır.^[82]

Cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanılması bozucu yenilik doğuran bir işlemdir.^[83]

TBK m.491/3 hükmünde eser sahibi olmayan yayımlatanın cayma hakkını düzenlenmiştir. Ancak TBK kapsamında cayma hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. FSEK m.58 hükmünde eser sahibi yayımlatanın cayma hakkı ile birlikte bu hakkı nasıl kullanılacağı da düzenlenmiştir. Dolayısıyla yayımlatan cayma hakkını FSEK m.58'deki şartlar çerçevesinde kullanabilir. Bu durumda yayımcının kararlaştırılan ya da uygun olan süre içerisinde eseri hiç ya da gereği gibi yayımlamamış olması sebebiyle, yayımlatanın çıkarları esaslı olarak bozulması halinde; yayımlatanın yayımcıya eserin yayımlanması için noter vası-

[79] “Baskı adedine oranla çok düşük oranda basılmış eser kaldığında da baskıların tükenmiş olduğunu kabul etmek gerekir.” **Yarsuvat, s. 214.**

[80] Erdem, s.58.

[81] Yayım sözleşmesi ile devredilen bu haklar aynı zamanda yayımcının borçlarıdır. Yayımcı borçlarını yerine getirmediği takdirde temerrüde düşer.

[82] Erdem, s.57.

[83] Yayımlatma hakkının geçişi sözleşmeyle birlikte gerçekleşir. Bu tasarrufi işlemi tersine çeviren hak, cayma hakkıdır. Cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte yayımlatma hakkı yayımlatana geri döner.

tasıyla uygun bir son süre vermesi halinde; son süre verimsiz geçiyorsa ya da son süre vermek gereksizse doğrudan noter aracılığıyla cayma hakkının kullanılabilir.^[84]

Sözleşmeden cayma hakkı kullanıldığı takdirde de yayım sözleşmesi sona erer ve yayımlanan da eseri yayımlatma hakkını yeniden kazanır.^[85] Bu durumda Yargıtay'ın^[86] da yerleşik içtihatlarına göre cayma hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin sona ermemiş olması gerekir. Süresi belirli olan bir sözleşmenin süresinin uzatılmayacağını resmi yolla sözleşmenin tarafına bildirmek cayma hakkın bağlamında değerlendirilmez.

3.2.5.Kişisel Sebeplerle Sona Erme

Yayım sözleşmesi tarafların kişiliğinden doğan sebeplerle sona erebilir. Bu sebepler TBK m.500'de sayılmıştır.

TBK m.500 hükmüne göre eser sahibi yayımlanan, eseri tamamlamadan önce ölür, eseri tamamlama yeteneğini kaybeder ya da eser sahibi yayımlananın kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkânsız hale gelirse yayım sözleşmesi sona erer.

TBK m.500/1 hükmüne göre eser sahibi eserini tamamlamadan önce ölürse veya tamamlama yeteneğini kaybederse ya da eseri tamamlaması kendi kusuru olmaksızın imkânsız duruma gelirse sübjektif ifa imkânsızlığı^[87] olacağından yayım sözleşmesi kendiliğinden sona erer.^[88]

[84] Giritlioğlu, s. 79; Yavuz vd., s. 1150.

[85] Giritlioğlu, s. 81.

[86] Y11HD, 11.03.2002, 2001/10087E, 2002/2142K , www.kazanci.com.tr erişim tarihi: 04.04.2021.

[87] Erdem, s.56; Zevkiler, Gökyayla, s.480; İfa imkânsızlığını düzenleyen TBK m. 136/1 de TBK m. 500/1 ile aynı doğrultudadır: “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer.” www.mevzuat.gov.tr erişim tarihi: 04.04.2021

[88] “Taraflar arasındaki telif ücreti sözleşmesinden kaynaklanan davada, dosya kapsamındaki iddia, savunma ve bilirkişi raporuna göre, yapılan çalışmanın yayıncının kullanamayacağı ve adalet ölçülerine göre kabule zorlanamayacağı derecede eksik olduğu, düzeltme ve eksikliklerin giderilmesi çalışması sırasında yazarın vefat ettiği, bu şekilde sözleşmenin yapılmasından sonra ve fakat ifadan önce sözleşmenin yerine getirilmesinin objektif olarak imkânsız hale geldiği gerekçesiyle mahkemeye, davacının telif ücretinin ödenmeyen kısmını ve davalının sözleşmeden cayması nedeniyle maddi ve manevi tazminata karar verilmesini talep ettiği asıl davanın reddine; davalının, davacılar murisinin sözleşmeye konu işi zamanında ve tam olarak yerine getiremediğinden

TBK yayım sözleşmesini düzenleyen özel hükümlerde yayımcının kişiliğinden doğan sebeplerle yayım sözleşmesinin sona ereceğine dair, yayımcının iflası durumu dışında bir hüküm olmaması sebebiyle TBK m.486 hükmü kıyasen uygulama alanı bulabilir.^[89] Yayım sözleşmesinde yayımcının ölümü veya ehliyetini yitirmesi kural olarak sözleşmeyi sona erdirmese^[90] de eserin yayımlanmasında yayımcının kişiliği önem arz ediyorsa sayılan sebeplerle de yayım sözleşmesi sona erebilir.^[91]

Yayımcının iflası TBK m.500/2'de düzenlenmiştir. Yayımcı iflas ettiği takdirde yayımlatana karşı borçlarını gereği gibi ifa edemeyebileceği için yayımlatan eserini yayımlaması için başka bir yayımcıyla anlaşılabilir. Yayımcının iflasından önce eser yayımlanmış ve yayımlatana bedel hakkı doğmuşsa yayımlatan bu hakkını iflas masasına yazdırabilir ve haliyle yayım sözleşmesi sona ermez.

Yayımcı, iflası halinde dahi yayım sözleşmesinin devam etmesini talep edebilir. Bu durumda yayımcı, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getireceği konusunda güvenilir bir güvence göstermelidir. Bu şekilde sözleşme ilişkisi ayakta tutulabilir.

SONUÇ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda neşir mukavelesi yerine yayım sözleşmesi ifadesi kullanılmıştır. Çoğaltma ve yaymaya elverişli olan fikir ve sanat eserleri üzerinde yayım sözleşmesi kurulabilir. Yayım sözleşmesinden bahsedebilmek için çoğaltma ve yayma haklarının her ikisinin de devrini içeren bir sözleşmenin yapılması gerekir.

TBK'ya göre yayım sözleşmesinde baskı adedi ya da sözleşmenin süresi belirlenmek zorundadır.

bahisle işi yapacağı umuduyla verdiği avansa hak kazanmadığını ileri sürerek bunun faiziyle tahsilini istediği karşı davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar doğrudur.” **Y11HD, 06.07.2006, 2005/7411E, 2006/8038K, www.kazanci.com.tr** erişim tarihi:04.04.2021. Yargıtay vermiş olduğu bu kararda eserin tamamlanmasını mümkün görmemiştir. Bu durumda da sözleşme sona erer. Sözleşme bu şekilde sona erdiği takdirde yayımcının da eser sahibinin haleflerine ücret ödeme ya da tazminat borcu yoktur.

[89] Zevkliler, Gökyayla, s. 589; Giritlioğlu, s. 77; Yarsuvat; s. 215.

[90] Zevkliler, Gökyayla, s. 589.

[91] Yarsuvat, s. 215; Giritlioğlu, s. 77. Örnek olarak yayım sözleşmesinin tarafı olan yayımcının tanınmış bir yayınevi olup olmaması gösterilebilir.

Yayım sözleşmesi hem borçlandırıcı hem de tasarrufi bir sözleşmedir. Hak kayıplarını engellemek amacıyla sözleşmenin yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede bedel zorunlu bir unsur değildir. Yayımlatan eserin teslimi borcu altına girerken yayımcı da çoğaltma ve yayma borcu altına girmektedir.

Yayım sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların hak ve borçları TBK'da düzenlendiği gibi bazı durumlarda FSEK'e de başvurulabilir.

Yayım sözleşmesini genel ya da özel sebeplerle sona erebilir. Genel sona erme sebepleri temerrüt, fesih ve imkânsızlıktır. Özel sona erme sebepleri ise eserin veya basılanın yok olması, baskı adedinin tükenmesi veya sözleşme süresinin sona ermesi, cayma hakkının kullanılması ve tarafların kişiliğinden doğan sebeplerdir. Sona erme sebepleri TBK'da düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

ARIDEMİR, Arzu Genç, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2003. [kitap]

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesi'ne İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, İstanbul, 2011, ss.163-185. [makale]

BAK, Başak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Yayın Sözleşmesine" İlişkin Getirdiği Yenilikler ve Bu Düzenlemelere Yönelik Eleştiriler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2012, ss.13-30.

BAŞPINAR, Veysel, KOCABEY, Doğan, *İnternette Fikrî Hakların Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

BEŞİROĞLU, Akın, *Fikir Hukuku Dersleri*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.

CUMALIOĞLU, Emre, ERVERDİ, Zeynep, *Türk Borçlar Kanunu'nun Yayım Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ile Yapılan Değişiklikler ve Getirilen Yenilikler*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss.389-413.

DEMİRBAŞ, Ali, *Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Yayım Sözleşmesi*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, İstanbul, 2011.

ERDEM, Alper, Yayım Sözleşmesinin Sona Ermesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Haziran 2012, ss.52-59.

FRANKO, Nisim, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri*, Ankara İktisadî Ve Ticarî İlimler Akademisi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1981.

GİRİTLİOĞLU, Neclâ, *Yayın Sözleşmesi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1253, Hukuk Fakültesi No: 269, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967.

GÖKYAYLA, Emre, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000. [kitap]

Yayım Sözleşmesinin Konusu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, *MÜHFHAD*, İstanbul, 2016, ss. 1133-1148. [makale]

SERİM, Azra Arkan, Yayım Sözleşmesine İlişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yenilik ve Değişiklikler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, İstanbul, 2016, ss.193-203.

UYGUR, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi C.II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

YARSUVAT, Duygun, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, Gür-yay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

ZENGİN, Hüseyin Kağan, *Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Yayım Sözleşmesi*, Atatürk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2015.

ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2020.

VERİ TABANLARI VE İNTERNET SİTELERİ

www.kazanci.com.tr

www.mevzuat.gov.tr

Avukatın Özen Yükümlülüğü (Av. K. m. 34; TBK. m. 506/III) ve Bu Yükümlülüğün Doğan Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı*

Talih UYAR**

* Bu yazı, bir dava dosyasına “hukuki mütalâa” (uzman görüşü) ‘HMK. m.293’ olarak sunulmuştur.

** Av.,İzmir Barosu (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Gör.)

GİRİŞ

Müvekkilinin alacağını tahsil etmek için yaptığı icra takibinde, borçlunun taşınmazlarına haciz koyduktan sonra, süresi içinde (İİK.m. 59, 106/I, 110/I) satış giderini yatırmadığı için konulan hacizlerin düşmesine neden olan avukat hakkında (bu taşınmazları borçlunun hemen –yakını olan, aynı köyde yaşayan- üçüncü bir kişiye, gerçek (rayiç) değerinin çok altında bir bedelle satması üzerine), müvekkili tarafından açılan ‘tazminat davası’nda avukatın sorumluluğunun kapsamı nedir?

Müvekkilin, takip borçlusu hakkında ‘tasarrufun iptali davası’ (İİK.m. 277 vd.; TBK.m. 19) açmamasından kaynaklanan ‘birlikte (müterafik) kusuru’nun (TBK.m. 52), hükmedilecek tazminat miktarına etkisi olur mu? Nasıl?

*

I-Avukat, “hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, hukuki konu ve uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargının kurucu ögesi olan, bağımsız savunma adına kurumsal görev yapan bir kişi” dir. Bu tanımdan hareketle avukatın, “bir yandan *kamu hizmeti* nitelikli bir görev yerine getirdiğini, diğer yandan da, iş sahibinin hukuki sorunlarının çözümlenmesinde veya bir işinin görülmesinde ona yardım şeklinde görev yaptığını” kabul edebiliriz. Avukatın, iş sahibi adına yaptığı bu iş “*bir işin görülmesine veya yapılmasına yönelik*” bir faaliyet olmaktadır.^[1]

II-“Hangi işlerin avukatın *hukuki yardımı* kapsamında kalacağı” konusunda yapılacak değerlendirmede, Avukatlık Kanunu’nun 1. ve 2. maddesinden yararlanmak mümkündür.^[2] Avukatlık Kanunu’nun 1.maddesinde “*Avukatın serbest bir meslek olmasının yanında kamu hizmeti de olduğu, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği*” belirtildikten sonra, aynı kanunun 2.maddesinde “*Avukatlığın amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi kurum ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlan-*

[1] GÜNER,S. Avukatlık Hukuku, 2003, 2.Baskı, s:65;185

[2] GÜNERGÖK,Ö. Avukatlık Sözleşmesi, 2.Baskı, 2009, s:32

masına tahsis eder.” denilmiştir. Gerçekten de avukatlık, yargının kurucu unsurlarından olması nedeniyle herhangi bir meslek olmayıp, belirli sınırlamalara kural ve kaidelere, belirli amaca yönelmiş bir meslektir. Nitekim ‘işin reddi zorunluluğu’, ‘iş kabul zorunluluğu’, ‘işten ayrılma zorunluluğu’, ‘bazı görevlerden ayrılma halinde işi üstlenememe yasağı’, ‘ücretsiz iş üstlenememe kuralı’ gibi birtakım sınırlamalara tâbi kılınmasının yanında, ‘görev suçlarından dolayı özel soruşturma usulüne tâbi kılınması’ gibi birtakım ayrıcalık ve güvencelere sahip olması, avukatlık hizmetinin kamu hizmeti olması, avukatlığın, yargının kurucu unsurlarından bulunmasının doğal sonucudur.^[3]

Avukatlık hizmeti, maddi anlamda *kamu hizmeti* olup, kamuya yönelik yapılan ve kamu hizmeti olduğundan şüphe duyulmayan yargılama faaliyetine, avukat asli unsur olarak katılır. Yargılama faaliyeti, kamu hizmeti olduğuna göre, avukatın asli unsur olarak katıldığı yargılama faaliyeti de kamu hizmetidir. Avukat, yargılama unsuru olarak hizmetini yapar ve meslek kuruluşları olan barolarca denetlenir. Barolar, avukatların faaliyetleri nedeniyle disiplin cezaları vererek bu denetimi etkili biçimde yerine getirir.^[4]

Avukatlık hizmetinin *kamu hizmeti* niteliğinde olması, bu hizmete karşılık bir ücret alınmasıyla çatışır veya çelişir bir durum değildir.^[5] Devlet, birtakım kamu hizmetlerini kendi ajanları vasıtasıyla görebileceği gibi, birtakım kamu hizmetlerini görenlere ise, kendisi bir ödemede bulunmayıp, iş sahiplerini, görülen iş ve hizmet karşılığı olarak belli bir ücret ödemeye mecbur tutabilir. Noterlerin hizmetini buna misal olarak gösterebiliriz.^[6] İşte, avukatlıkta da durum bu yöndedir. Avukat, -Borçlar Kanunu anlamındaki vekilden farklı olarak- faaliyeti için mutlaka bir ücret alır.^[7]

Avukatlık hizmeti bir *kamu hizmeti* olmakla beraber, avukatın kendisi *kamu görevlisi* değildir. Bir kamu hizmetinin mutlaka bir kamu görevlisi

[3] ÖZEN,A. Avukatlık Hukuku, 2.Baskı,2017, s:59

[4] AYDIN,M. Avukatlık Ücreti, 6.Baskı 2015, s:65

[5] AYDIN,M. a.g.e. s:64

[6] UYAR,T. 1136 Sayılı Yeni Avukatlık Kanunu Karşısında Avukatlık Ücreti (İBD.1971/5-6 s:412)

[7] ÖZKAN,S.M. Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlükleri, 3. Baskı, 2012, s:220

tarafından da yapılması gerekli değildir.^[8]

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, avukat ile müvekkili arasındaki ilişki; vekalet veren müvekkilin yerine getirilmesini arzuladığı avukatlık hizmetini ortaya koyan ve avukatın da müvekkiline karşı, çerçevesi dahilinde faaliyette bulunmayı (kural olarak) bir ücret karşılığında taahhüt ettiği '*ivazlı bir sözleşme*' olarak ortaya çıkar.^[9] Avukatlık sözleşmesi, ne Türk Borçlar Kanunu'nda ve ne de Avukatlık Kanunu'nda tanımı yapılmamış olan^[10] '*iki tarafa borç yükleyen*' bir sözleşmedir. "*İki tarafa borç yükleyen sözleşme olma*" kavramı, sözleşmenin taraflarından her birinin, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı hem de borçlusu olmasını ifade eder.^[11]

Avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hak ve yetkileri kapsar. Avukat ile iş sahibi arasındaki hak ve yükümlülükler, *Avukatlık Kanunu'ndan, Meslek Kuralları'ndan*^[12] kaynaklanabilir. Bu bakımdan, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklar, vekalet sözleşmesinden çok daha geniştir. Üstelik avukatın sorumluluğu vekilin sorumluluğundan daha ağırdır.^[13] Başka bir deyişle; avukatın iş sahibi ile ilişkisi, Borçlar Kanunu'ndaki *hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi* kalıpları içinde ele alınması mümkün olmayan özellikler gösterir. *Avukatlık Kanunu ve Meslek Kuralları* gibi yazılı düzenlenmelerin yanı sıra, meslek örgütlerince konulan etik karakterli kurallar, mesleki düzen ve geleneklerle oluşan avukatla iş sahibi arasındaki '*avukatlık ilişkisi*', kendisine özgü karakterleri olan (sui generis) bir ilişkidir.^[14]

Avukat ile müvekkil arasındaki *hukuki ilişki*, özel hukuk ilişkisidir ve avukat serbest meslek ifa etmektedir. Avukatlık sözleşmesi, yukarıda açıklandığı üzere iki tarafın iradelerinin birleşmesiyle meydana gelir.

Günümüzde avukatlık mesleğinde iki farklı anlayış etkili olmaktadır: Bunlardan biri; '*Kıta Avrupası Avukatlık Anlayışı*'dır. Bizim ülkemizin de

[8] AYDIN, M. a.g.e. s:65 – ÖZKAN, S.M. a.g.e. s:19

[9] ÖZKAN, S.M. a.g.e. s:203 vd.

[10] BUDAK, C.A./ KARAASLAN, V./ APAYDIN, E./ AYDEMİR, F. Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 2021, s:92 vd.

[11] KARATEKE, S. Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 2006, s:31

[12] Bknz. TBB Bülteni (26.01.1971 Tarih ve Sayı:5)

[13] AYDIN, M. a.g.e. s:40

[14] GÜNER, S. a.g.e. s:199

dahil olduğu bu anlayış etrafında toplanan ülkelerde avukatlık, *kamu hizmeti* olarak kabul edilmekte, birbirine benzeyen kurallarla yapılmaktadır. Avukat, bir yandan kendi bürosunda, kendi nam ve hesabına serbest meslek faaliyetinde bulunmakta, kişilerden aldığı ücret karşılığında ona hukuki yardım sunmakta, ancak aynı zamanda bir kamu hizmetini yerine getirmektedir. İkinci anlayış olarak ortaya çıkan “*Amerikan Avukatlık Anlayışı*” olarak açıklanabilecek bu avukatlık anlayışında, avukatlık mesleki faaliyeti, ticari nitelikte görülmekte ve avukat bir işletme sahibi sayılmaktadır.^[15]

III- Avukatın -gerek ‘Avukatlık Kanunu’ndan ve gerekse müvekkili (iş sahibi) ile yaptığı ‘ücret sözleşmesi’nden kaynaklanan- müvekkiline karşı kullanabileceği –‘ücret isteme’, ‘avans ve masraf isteme’, ‘hapis hakkı kullanma’ gibi- bir takım hakları^[16] yanında, yükümlülükleri de vardır. Bunların başında “*özen yükümlülüğü*” gelir.^[17]

Avukatların, gerek kendilerine yüklenilen görevleri özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirme yükümlülüğü, gerekse buna bağlı olarak bir sonraki maddede ele alınan ve fakat bu madde ile bağlantılı ve hatta iç içe geçmiş olan ve Kanun’un 34. maddesinde düzenlenen “avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümlülüğü”nün uzantısı olan TBB Meslek Kuralları’nın 3. maddesinde yer alan “*kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle mesleki çalışmasını yürütmek*” ve 4. maddesinin 1. cümlesi olan “*avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır*” düzenlemelerinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Nitekim, TBB Disiplin Kurulu kararlarında; birbiriyle bağlantılı olan tüm bu dü-

[15] GÜNER,S. a.g.e. s:19 vd.

[16] Ayrıntılı bilgi için bkz: AYDIN,M. a.g.e. s:113 vd. – ÖZEN,A. a.g.e. s:75 vd. – GÜNER,S. Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, 2014, s:121 vd. – UÇAR,S. Avukatın Hak ve Ödevleri, 1998, s:36 vd. – ÖZKAN,S.M. a.g.e., s:220 vd., 259 vd., 320 vd.

[17] ALDEMİR,H. Uygulamada Avukatlık Hukuku, 2018, s:172 vd. - BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s:138 vd. – BAŞPINAR,V. Avukatın Özen Borcu (Gazi Ün. Huk. Fak. D., 2008, C:12,S:1-2, s:39-62) - ÖZEN,A. a.g.e. 108 vd. – GÜNER,S. Avukatlık Hukuku, s:348 –UÇAR,S. a.g.e. s:20 vd. – ÖZKAN,S.M. a.g.e., s:415 vd. – KAÇAK,N. Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu, 2001, s:49 vd. – GÖKCAN,H.T. Açıklamalı Avukatlık Yasası, 2. Baskı, 2009, s:507 vd., 511 vd. – ÖZKAYA,E. Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 1997, s:387

zenlemeler birlikte ele alınarak olaylara uygulanmaktadır.^[18]

Avukatın *özen borcu*'ndan (yükümlülüğünden) kaynaklanan sorumluluğu "*objektif sorumluluk*"tur.^[19]

Yüksek mahkemeye göre de;^[20] avukatın *özen borcu* –yukarıda belirttiğimiz gibi^[21] - objektif sorumluluk olup subjektif nedenler avukatın sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Basiretli bir avukatın mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması, bunun sonucunda da dosyanın müracaata bırakılması, üstelik bir süre sonra aynı olayın tekrar etmesi "*özen borcu*" konusundaki yükümlülüğün yerine getirilmediğinin açık bir göstergesidir. Bu konuda "*işlerin yoğunluğu*", "*adliyenin geniş ve mesafeli olması*", "*duruşma saatlerin çakışması*" gibi subjektif nedenlerin dikkate alınması mümkün değildir.^[22]

TBB Disiplin Kurulu;^[23] "*dava ve haklarının takibi için bir avukatla anlaşılan kişinin, hukuksal korumadan tam olarak yararlandığını bilmesi ve avukatı tarafından haklarının elde edileceğine inanması ve avukatına güvenmesi gerektiğini*" belirtmiştir.

TBK'nın 506/2. maddesinde "*vekil'in üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek özenle yürütmekle yükümlü olduğu*" vurgulanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca: "*Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakıştır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.*"

TBK 506/3. maddesi uyarınca vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, "*benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış*" esas alınır.^[24]

[18] ÖZEN,A. age. s:108 vd.

[19] ALDEMİR,H. age. s:172 – ÖZEN,A. age. s:329 – BAŞPINAR,V. agm. s:39; 62

[20] Bknz: 13. HD. 23.11.2015 T. 23279/34142; HGK. 27.03.2015 T. 13-1957/1094; 13. HD. 22.04.2014 T. 31516/12805; 13. HD. 24.01.2012 T. 6338/884; 24.01.2012 T. 5103/880 (www.e-uyar.com)

[21] Bknz: Yuk dipn. 19

[22] Bknz: 13 HD. 24.01.2012 T. 2011/6338 E. 2012/884 K. (www.e-uyar.com)

[23] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 T. ve 2006/449 E. , 2007/39 K.

[24] Bknz: 13 HD. 08.07.2014 T. ve 2013/23329 E. , 2014/23087 K. (www.e-uyar.com)

“Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları”nın 3.1.2. maddesinde; “Bir avukat, müvekkiline sunduğu temsil ve danışmanlık hizmetini zamanında, basiretli bir şekilde ve özenle yürütür.” denilmiştir.^[25]

‘Avukatın özen yükümlülüğü’, özel ihtisasın gerektiği bilinen kimi alanlarda üstlendiği işte, herhangi bir işe göre daha fazla olacaktır. Çünkü bu durumun hem müvekkil tarafından ve hem de avukat tarafından biliniyor olduğu ve buna göre avukatlık sözleşmesinin yapıldığı varsayılır.

Yargıtay kararlarına göre; Avukatlık Kanunu (m.34) ve TBB Meslek Kuralları’ndaki hükümler, avukatlık mesleğinin bir ‘kamu hizmeti’ olması nedeniyle, TBK.’nın 506. maddesinde düzenlenen vekilin özen borcuna göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir.^{[26][27]} Yani avukat için ‘ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü’ söz konusudur.

Avukat, üstlendiği işi görürken, amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca varmak için yaptığı çalışmalardan ve takip ettiği yolun özenle seçilip, görül-memesinden sorumludur.^[28]

Avukattan beklenen; üstlendiği görevi en kısa zamanda ve müvekkilinin mümkün olduğu ölçüde lehine sonuçlandırılmasıdır. Bu sonuca ulaşmak için avukat, mesleğinin gereği kendisinden beklenen tam emek ve çalışmasını ortaya koymak zorundadır.^[29]

Avukat, işin sonucunu garanti edemez.^[30] Aksi takdirde TBB Meslek Kuralları’nın 8. maddesinde öngörülen “avukatın, kendisine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekineceği” düzenlemesine aykırı davranmış olur.^[31] Ancak avukat, işin sonucuna ilişkin kanaatini söyleyebilir.^[32] TBB Meslek Kuralları’nın 34. maddesinde: “Avukat, müvekkiline davanın sonucu ile ilgili hukuki görüşünü açıklayabilir. Fakat bunun bir teminat olmadı-

[25] ÖZEN,A. a.g.e. s:324

[26] Bknz: 13. HD 13.05.2015 gün ve 2014/16879 E. 2015/15258 K. (www.e-uyar.com)

[27] BAŞPINAR,V. agm. s:50 vd. – BAŞPINAR,V. Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2004, s:129

[28] Bknz: 13. HD 21.09.2000 gün ve 2000/6269 E. 2000/7211 K.

[29] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 17.06.2011 gün ve 2011/92 E. 2011/363 K.

[30] BAŞPINAR,V. agm. s:43

[31] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 07.2006 gün ve 2006/135 e. 2006/239 K.

[32] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 24.01.2014 gün ve 2013/639 E. 2014/45 K.

ğını özellikle belirtir” hükmüne yer verilmiştir.^[33]

‘Bilinen ve kabul edilen kural ve usullerin bilinmemesi’ avukatı sorumlu kılar.^[34] Hukuksal durumun hatalı yorumlanarak ‘yanlış dava açılması’^[35], ‘hukuk mahkemelerinde görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi üzerine, davanın süresinde görevli ve yetkili mahkemelerde yenilenmemesi’^[36], ‘ihtiyati tedbir kararından sonra yasal sürede esas hakkında dava açılmamak suretiyle tedbirin kendiliğinden kalkmasına neden olunması’ özen yükümlülüğünün ihlali kabul edilmiştir.^[37] Yargıtay;^[38] ‘avukat, meslek bilgisine göre açılması gereken davaları doğru ve yerinde açmak yükümlülüğündedir’ diyerek, ‘bu kapsamda yaptığı icra takibinde dayanak belgelerin İİK 68. maddesinde sayılan belgelerden olup olmadığını bilmesi gerektiğini, borçlunun itirazı üzerine doğrudan itirazın iptali davası açması gerekirken itirazın kaldırılmasını icra hakimliğinden istemenin yanlış olduğunu’ içtihat etmiştir. Yine Yargıtay;^[39] ‘avukatın kanunun açıkça düzenlediği hususu bildiğini kabul gerekir’ diyerek, “İş Kanunu’nun 4. maddesinde ‘hava taşıma işlerinde çalışan uçuş personelinin İş Kanunu kapsamında olmadığı’ açık düzenlemesi karşısında, gerekli araştırma yapılmadan, iş mahkemesine dava açmak suretiyle görevsizlik kararı verilmesine sebebiyet vermenin, ‘özen yükümlülüğünün ihlali’ olarak görmüş, sözleşmede iş mahkemesinde dava açılacağı hususunun belirtilmiş olmasının avukat lehine hak doğurmayacağını” içtihat etmiştir.

Ayrıca;

- “Ücret ve masraf alınmasına rağmen dava açılmaması, dosyalar hakkında müvekkile hesap ve bilgi verilmemesi”^[40],
- “Müvekkil lehine verilen karardan en kısa sürede müvekkilin bilgilendirilmeyip yatırılması gereken masrafların yatırılmaması”^[41],
- “Çok uzun bir süre geçtikten sonra müvekkilden yapılması gereken işlerle ilgili talimat ve buna ilişkin masraf istemesi”^[42],

[33] ÖZEN, A. a.g.e. s:325

[34] Bknz: HGK. 11.04.2007 T. ve 2007/13 – 198 E. , 2007/199 K. (www.e-uyar.com)

[35] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 11.11.2005 gün ve 2005/284 E. , 2005/373 K.

[36] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 24.04.2009 gün ve 2009/88 E. , 2009/224 K.

[37] Bknz: 4. CD 22.02.2010 gün ve 2008/9171 E. 2010/2919 K.

[38] Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.

[39] Bknz: 13. HD 27.05.2010 gün ve 2009/15484 E. 2010/7225 K.

[40] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 13.05.2005 gün ve 2005/96 E: 2005/183 K.

[41] Bknz: 13. HD 12.02.2008 gün ve 2007/11708 E. 2008/1869 K (www.e-uyar.com)

[42] Bknz: 13. HD 26.06.2009 gün ve 2009/2287 E. 2009/8952 K.

- “Tahsil olunan paraların miktarı hakkında müvekkile makul sürede bilgi ve hesap verilmemesi”^[43],
- “Dava değerinin üzerinde teminat adı altında alınan paranın hesabının müvekkile verilmemesi, iadesi gereken kısmın iade edilmemesi, yargılamaya sebebiyet verilmesi”^[44],
- “İcra takiplerine devam edilmeyerek takipsiz bırakılması”^[45],
- “Davaya sadece cevap dilekçesi sunup üst üste iki duruşmaya katılmaması”^[46],
- “İlk duruşmaya yetkilendirdiği avukatın katılması sonrasında sonraki iki duruşmaya ne kendisinin ne de yetkilendirdiği avukatın mazeretsiz olarak katılmaması”^[47],
- “Arka arkaya geçerli bir neden göstermeden mazeret dilekçeleri gönderilmesi”^[48], (Yargıtay, gerekçelendirilmiş mazeret dilekçesi verilmesi suretiyle duruşmaya katılmama nedeni ile özen yükümlülüğünün ihlal edilmediğini içtihat etmektedir.)^[49]
- “Tazminat davasında faiz talep edilmemesi”^[50],
- “İki kez mazeretsiz duruşmalara katılmayarak davanın takipsiz bırakılması”^[51],
- “Gerçekleştiremeyeceği, yerine getiremeyeceği hususların vaat edilmesi, böyle bir işin kabul edilmesi”^[52],
- “Tahsil için verilen senedin daha önce başka bir iş için kendisinde vekaleti olan başka bir kişiye, bu kişinin haber ve onayı olmaksızın ciro ederek bu kişi adına icra takibi başlatılması”^[53],

[43] Bknz: 13. HD 28.12.2009 gün ve 2009/5688 E. 2009/15479 K.

[44] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 28.07.2006 gün ve 2006/200 E. 2006/278 K.

[45] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 30.09.2005 gün ve 2005/209 E. 2005/297 K.

[46] Bknz: 13. HD 12.03.2013 gün ve 2012/23911 E. 2013/6083 K.

[47] Bknz: 13. HD 23.11.2015 gün ve 2015/23279 E. 2015/34142 K. (www.e-uyar.com)

[48] Bknz: 13 HD. 29.01.2009 gün ve 2008/8891 E. 2009/787 K.

[49] Bknz: 13. HD 03.07.2014 gün ve 2013/22039 E. 2014/22716 K,

[50] Bknz: TBB Disiplin Kurulu 02.02.2007 gün ve 2006/449 E. 2007/39 K.

[51] Bknz: 13. HD 2011/6338 E. 2012/884 K. (www.e-uyar.com)

[52] Bknz: HGK 15.07.2009 gün ve 2009/13-290 E. 2009/350 K. (www.e-uyar.com)

[53] Bknz: TBB Disiplin Kurulu, 28.01.2011 gün ve 2010/555 E. 2011/57 K.

- “Üstlenilen takip dosyalarında işlem yapılmaması”^[54],
- “Bir çok duruşmaya mazeret bildirerek katılmaması, mazeretsiz olarak davanın ta-kip edilmeyerek işlemde kaldırılmasına neden olunması, bilirkişi raporuna itiraz etmeyerek ilk belirlenenden daha az değer üzerinden davanın kabulüne karar verilmesini talep edilmesi”^[55],
- “İcra takip borçlusuna Kooperatif aleyhinde başka bir müvekkil adına yapılan icra takibinde bankalardaki alacaklara haciz konulmak suretiyle alacağın daha çabuk ve kolay tahsilinin sağlanmasına rağmen, bu takipte aynı yöntem izlenmeyerek sadece gayrimenkul haczi yapılması”^[56],

‘özen borcuna aykırı davranışlar’dan bazılarıdır.^[57]

Avukatın özen borcu, *objektif sorumluluk*^[58] olup, sonuç itibarıyla müvekkilinin zarara uğramaması ve diğer sübjektif nedenler sonuca etkili değildir.^[59] Nitekim boşanma davasına verilen cevap dilekçesinde bariz yanlışların ve çelişkilerin olması nedeniyle müvekkil aleyhine zarar verici neticeler doğmasa da, bu durum, ‘özen borcunun ihlali’ olarak nitelendirilmiştir.^[60]

Avukat, ‘özen yükümlülüğü’ çerçevesinde dava açmadan önce gereken araştırmayı yapmak ve müvekkilinin zarara uğramasını önleyecek her türlü tedbiri almak zorundadır. Bu kapsamda *fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması*’ nedeniyle, vekil edenin zararına sebebiyet verilmesi, ‘özen yükümlülüğünün ihlali’ kabul edilmiştir.^[61]

[54] Bknz: 13. HD 15.04.2008 gün ve 2008/3367 E. 2008/5412 K.

[55] Bknz: 13. HD 20.06.2013 gün ve 2013/8337 E. 2013/16906 K.

[56] Bknz: 13. HD 14.12.2009 gün ve 2009/8351 E. 2009/14675 K.

[57] Diğer örnekler için bknz: KAÇAK,N. age. s:49-70 – BAŞPINAR,V. agm. s:45 vd., 48 vd., 52-57 – KEÇECİOĞLU,B. Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukuku’nun Uygulanması (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s:1660 vd.) – ALDEMİR,H. age. s:172-176; 178-182 – ÖZEN,A. age. s:329 – ÇELİK,L.M. Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü (TBB. Dergisi, 2007, S:72, s:339-350) – GÖKCAN,T.H. age. s: 516-535

[58] Bknz: Yuk. dipn. 19

[59] Bknz: 13. HD 24.01.2012 T. 2011/6338 E. 2012/884 K. (www.e-uyar.com)

[60] Bknz: 13. HD 12.09.2012 gün ve 2012/13627 E. 2012/19156 K.

[61] Bknz: 13. HD 12.03.2012 gün ve 2011/19209 E. 2012/10028 K.

'Avukatın özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini' ispat, müvekkile aittir.^[62]

Mahkeme kararında, kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcı ile ilgili yanıtıcı bilgi yer alsa dahi, bu konuda yeterli düzeyde hukuki bilgiye sahip olan avukat yönünden bir yanıldan bahsedilemeyeceğinden, avukatın kararı, kanuni süre içerisinde temyiz etmesi gerekir.^[63]

"Vekilin işi özenle yapma yükümlülüğü", işi yaparken, özenle yerine getirme anlamında bir yükümlülüktür. Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesinin farklarından birini oluşturan *"vekilin sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı faaliyetin özenle yapmamasından sorumlu olması"*, özen yükümlülüğünü açıklayan güzel bir farktır.^[64]

"Özen borcu", TMK.m. 2/I'de yer alan 'dürüstlük kuralı'nın vekalet sözleşmesindeki görünümü (sonucu)dur.^{[65][66]}

Avukatın buradaki sorumluluğunun, *'sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumluluk'* olduğu unutulmamalıdır. Bir Yargıtay kararında değinildiği gibi *"avukatın sadakat ve özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği araştırılırken, yaşam deneylerine ve işlerin normal akışına göre, gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekli olup, iş görülürken amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca kavuşmak için yaptığı çalışmaların özenle görülmemesinden sorumludur. İş sadakatla ve özenle görülmüşse, yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile, gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez."*^[67]

'Özen yükümlülüğü', genelde Borçlar Kanununda yer alan bir yükümlülüktür. Ancak, avukatın özen yükümlülüğü ile alêde vekilin özen yükümlülüğü çok farklıdır. Avukat, iş sahibine en iyi biçimde yardım etmek zorunda olan meslek mensubudur.^[68]

[62] ÖZEN,A. a.g.e. s:329

[63] Bknz: CGK 02.04.2013 gün ve 2012/14-1533 E. 2013/113 K.

[64] GÜNER, S. Avukatlık Hukuku s.350

[65] BAŞPINAR,V. agm. s:42 – ALDEMİR,H. age. s:179

[66] Bknz: HGK. 05.05.1993 T. E:1-79, K:195 (www.e-uyar.com)

[67] Bknz: 13.HD. 05.02.1991 T. ve E:7902, K:1070

[68] Bknz: 13.HD. 01.03.1991 T. ve E:8301, K:2325

Avukatın görevi, olayları mantıklı şekilde değerlendirerek, bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır.^[69] İşini bilen bir avukat, bilmesi gereken hukuki bilgilerle donanmış olmalıdır.^[70] Devletin diploma ve ruhsat vermek için aradığı koşullar, bu bağlamda özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşımaktadır.^[71]

Avukat, mesleğinin yerine getirilmesiyle ilgili kuralları iyi bilmek, özümsemek ve bu alanda yapılan değişiklikleri de tüm olanaklarını kullanarak izlemek zorundadır. “*Duyumama*”, “*bilmeme*” gibi özürler avukatlıkta gerekçe olarak kullanılamaz.^[72]

Avukatın bilmesi gereken hukuki bilgilere gelince; öncelikle yasaları bilmesi gerekmektedir. Yürürlükteki kuralları yakından takip etmekle yükümlüdür. Yasalardaki değişiklikleri, çıkarılan *yeni yasaları* ve *tüzük, yönetmelik* gibi diğer yazılı hukuk kurallarını yakından izlemelidir. Ancak, bunları bilmek yetmez. Avukat, *yargısal kararları* da bilmelidir.^[73] Yargıtay bir kararında, Federal Mahkeme’nin bir kararına gönderme yaparak “*mesleki içtihat dergilerinde çıkan bir kararı bilmeyen bir avukatı*” sorumlu tutmuştur.^[74] Bu konuda gelişen teknolojik olanakları da göz önünde bulundurarak, avukatın mensup olduğu Baro, Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay ve Danıştay Dergilerinde yayınlanmış yüksek mahkeme kararlarını bilmekle yükümlü olabileceğini düşünüyoruz.

“*Avukat, zamanının ve yeteneklerinin erişmediği bir işi kabul etmez*”. Meslek Kuralları’nın 38/11 maddesinde yer alan bu kural, “*avukata, yeteneklerini hatırlatan ve yeteneklerini aşan bir işi almamasını*” öğütleyen bir kuraldır. Uluslararası Barolar Birliği Oslo Kararlarınının 4. maddesi de “*avukat, zaman ve yeteneklerinin elvermediği işi kabul etmemelidir*” kuralını benimsemiştir.^[75] Uluslararası Barolar Birliği’nin belirlediği “Uluslararası Meslek Kuralları’nın^[76] 3.3.2. maddesi “*Avukat, kendisinin yetersiz olduğu*

[69] Bknz: 13.HD. 27.04.1992 T. E:3413 K:3900

[70] TANDOĞAN, H. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C:II, 1989, s:414

[71] TANDOĞAN, H. a.g.e. s:411

[72] Bknz: TBB Disiplin Kurulu, 17.01.1998 günlü, E.997/125, K.998/3

[73] BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s: 64 vd.

[74] MÜDERRİSOĞLU, F. Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi,1974,s:305

[75] EREM,F. Meslek Kuralları “Şerh”, (Ankara Barosu Yayınları 4, Ankara 1995, s: 106)

[76] Ankara Barosu Dergisi, Y. 1991, S. 4, s: 607

bir konuda müvekkiline hizmet vermemelidir”, 3.3.3. maddesi “*avukatlar, başka işlerinin yoğunluğu nedeniyle derhal yapamayacakları işleri kabul etmemelidir*” kurallarını öngörmektedir.

Avukat, “*aldığı işin uzmanlık alanına girmediğini yabut uzun bir süreden beri hastalığı nedeniyle yasal değişiklikleri takip edemediğini*” ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Avukatlık Kanunu bu bağlamda kendisine gerekli olanağı da sağlamıştır: “*İşi reddetme hakkını*” bu anlamda yorumlamak gerekmektedir.^[77]

Vekil, üslendiği işin görülmesi aşamasında, vekil edenin çıkarlarını gözeterek, sonucun elde edilebilmesi için, işlerin olağan akışına ve yaşam deneyimlerine göre gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

TBK, vekilin ‘özen yükümlülüğü’ nün belirlenmesi konusunda açık bir düzenleme yapmamıştır. TBK’nın 506. maddesinin son fıkrasında “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu-nun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” şeklindeki düzenleme ile genişletilmiş bir yükümlülük alanı yaratmıştır.^[78]

Avukatlık Kanunu’nun 34. maddesi “*işin özenle ve kendisine ve mesleğine gösterilen güvene yaraşır biçimde yerine getirilmesini*” buyurduğundan, avukatın iş yapma borcunu yerine getirmesinde “*kusurlu davranışından, bilgisizliği ve savsaması ya da deneyimi olamaması gibi durumlarda*” avukat sorumlu tutulabilecektir. Görevini özenle ve doğruluk içinde yerine getirmeyen avukat, bundan doğan zararlardan sorumlu tutulacaktır.^[79]

Avukat, kanunu bilmekle yükümlüdür. Mevzuattaki değişiklikleri, kaldırılan ve yeni çıkarılan yasaları, tüzük ve yönetmelikleri bilmeli, bunları izlemelidir. Avukatın, ‘*genelde uğraştığı hukuk alanları ile ilgili yeni kanunlardan haberdar olması*’ ile sınırlı bir kanunu bilmek yükümlülüğü bulunduğunu kabul, gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Zira nadiren karşılaştığı bir hukuk alanına ilişkin olan vekalet işini üstlendiğinde de, o alandaki kanun değişikliği vb.ni bilmemesi mazur görülemez. Uzun süreli hastalık da, avukatın bilgisizliğini ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasını hoş görmeyi gerektirmez. Avukatın “*özen yükümlülüğü*” nün söz konusu olduğu alanlardan ilki olan “*inceleme yükümlülüğü*” bakımından, sadece

[77] GÜNER,S. Avukatlık Hukuku s.354 vd.

[78] GÜNER,S. Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti s:54

[79] UÇAR,S. a.g.e. s:20

kanunu bilmemek yeterli olmayıp yargısal kararları da bilmesi gerekir.^[80]

Avukatın meslektan kişi olarak vekillik görevi yapması sebebiyle “*kendini geliştirme yükümlülüğü*” de bulunmaktadır. Bir avukattan, kendisini geliştirme yükümlülüğü çerçevesinde, önemli *karar derlemelerini, brans dergilerini, şerhleri, tanınmış monografileri* takip etmesi beklenir. Ayrıca, *yargısal kararlardaki değişiklikleri* de dikkatle izleyerek bunlardan haberdar olmalıdır.^[81]

Avukatın özen borcu/yükümlülüğü, sadece bizim hukukumuzda düzenlenmiş bir borç veya yükümlülük değildir. Bu borç/yükümlülük; avukatlık mesleği yönünden evrensel nitelikte olmakla, başka ülkelerin avukatlık mevzuatı tarafından da kabul edilmiştir. Örneğin; Alman Avukatlık Kanunu’nun 43. maddesi hükmüne göre, “*Avukat, mesleğini ‘özen ve doğrulukla’ icra etmekle yükümlüdür.*” Fransa Avukatlık Kanunu’nun 1/1.3. maddesi, Avrupa Birliği Avukatlık Mevzuatı’nın 3.1.2. maddesi, Paris Barosu İçtüzüğü’nün 1/1.13. maddesi, Amerikan Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 1/3. maddesi, benzer hükümleri içermektedir...^[82]

IV- “*Avukatın özen yükümlülüğünü*” gereği gibi yerine getirilmemesi, avukatın;

a) *Hukuki sorumluluğunu*^[83]

b) *Disiplin sorumluluğunu*^[84]

c) *Cezai sorumluluğunu*^[85]

gerektirir.

[80] ÖZKAN,S.M. a.g.e. s: 427

[81] ÖZKAN,S.M. a.g.e. s: 428

[82] COŞAR,A.V./ AKGÜL,S. Avukatlık Hukuku, 2021, s:111

[83] Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNER, S. Avukatlık Hukuku, s:549-vd., ÖZEN,A. a.g.e s: 525 vd. - BUDAK, C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s:136 vd. - ALDEMİR,H. age. s:1441 vd. - GÖKCAN,T.H. age. s:507 vd.

[84] Ayrıntılı bilgi için bkz: MISIR, M.H. Avukatlık Disiplin Hukuku, 2009, s:7 vd. - ÖZKAN,S.M. age. s:602 vd. - BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s:154 - GÖKCAN,T.H. age. s:341 vd. - ALDEMİR,H. age. s:1487 vd.

[85] Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNER, S. a.g.e. s: 575 vd.- ÖZEN,A. a.g.e s: 507-vd. - BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s:149 vd. - GÖKCAN,T.H. age. s:163 vd. - ALDEMİR,H. age. s:1677 vd.

Avukatların uygulamada en sık karıştığı (karşılaştığı) suçlar “*görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları*”dır. Avukatlar, Avukatlık Kanunu’nun 62.maddesi’nin atfı nedeniyle, gerek ‘avukat sıfatı ile gördüğü işler’den ve gerekse ‘Baro ve TBB organlarındaki görevleri’nden dolayı *görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarının* faili olabilmektedirler.^{[86][87]}

V-Buraya kadar ayrıntılı olarak açıkladığımız avukatın “*özen borcu*”ndan (“*özen yükümlülüğü*”nden) kaynaklanan ve **doktrin**^[88] ve **Yargıtay içtihatlarında**^[89] objektif sorumluluk olarak nitelendirilen bu durumda avukat “*vekalet görevini hiç veya gereği gibi ifa etmezse, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, müvekkilinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” (TBK.m. 112) Aksi taktirde, avukat için yukarıda^[90] bahsettiğimiz “*hukuki*”, “*disiplin*” ve “*ceza sorumluluğu*” gündeme gelir.

Avukat, ancak somut olayda “*müvekkilin gördüğü zarar ile kendisinin özen borcunun ihlali niteliğindeki davranışı arasında illiyet bağının kesildiğini*” iddia ve ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.^[91]

Zarar verenin (somut olayda; avukatın) verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için ‘zarar’ ile ‘borca (somut olayda; özen borcuna) aykırı davranışı’ arasında uygun illiyet bağı’nın bulunması gerekir.^{[92][93]} Başka bir deyişle; “*avukat tarafından akdi yükümlülüklerin (somut olayda; özen borcunun) ihlali, olayların normal akışına, genel yaşam deneyimlerine göre, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olmalıdır.*”^[94]

[86] ÖZEN,A. a.g.e s: 507

[87] UYAR,T. Avukatın “Özen Yükümlülüğü” (Av.K.m. 34; TBK.m. 506-III) ve “Görevi Kötüye Kullanma Suçu” (TCK.m. 257/2) (TBB. Dergisi 2017, S:131, s:373 vd.) (UYAR,T. “İcra ve İflas Hukukuna İlişkin” Hukuki Mütalâalar, 3. Baskı, 2020, s:970 vd.)

[88] Bknz: Yuk. dipn. 19

[89] Bknz: 13. HD. 23.11.2015 T. 23279/34142; HGK. 27.03.2015 T. 13-1957/1094; 13. HD. 22.04.2014 T. 31516/12805; 13. HD. 24.01.2012 T. 6338/884; 13. HD. 24.01.2012 T. 5103/880 (www.e-uyar.com)

[90] Bknz: Yuk. dipn. 83-85

[91] ALDEMİR,H. age. s:172

[92] Bknz: 13. HD. 06.11.2019 T. 26069/10856 (www.e-uyar.com); HGK. 04.03.2015 T. 13-1471/818

[93] BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age., s:146

[94] GÜNER,S. age., s:886 – BUDAK,C.A./ KARAASLAN,V./ APAYDIN,E./ AYDEMİR,F. age. s:147 vd.

Somut olayda ‘uygun illiyet bağının gerçekleştiğinin ispatı’ davacıya (müvekkile) düşer.^[95] Davalı (avukat), ancak “bu illiyet bağının kesen sebeplerin somut olayda mevcut olduğunu” ispat ederek, sorumluluktan kurtulabilir.^[96]

Uygulamada, hakkında –Av.K.m. 34 ve TBK.m. 506/III’e dayalı olarak- müvekkili tarafından ‘*tazminat davası*’ açılmış olan avukat “*olayda, müvekkilinin de ‘birlikte (müterafik) kusuru’nun (TBK.m. 52) da bulunduğu, bu durumun ‘tazminatta indirim yapılmasını gerektireceğini’ veya ‘tazminatın tamamen kaldırılmasına’ neden olabileceğini*” ileri sürebilir.

Bilindiği gibi “*mağdurun (zarar görenin) makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmasına*” birlikte (müterafik) kusur denilmektedir.^[97]

Yüksek mahkeme^[98] (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi) de ‘birlikte kusur’u;

“... Genellikle birlikte kusur olarak nitelenen bu kusur aklı başında (makul) bir kimsenin kendi çıkarları için sakınacağı ve sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya zararın meydana gelmesini isteyen kimse, bu hareket tarzının sonuçlarına katlanmalı ve bu davranışının zararın meydana gelmesinde oynadığı role etkisine ve derecesine göre zararı kısmen veya tamamen üzerine almalıdır. Çünkü, kendi kusuruyla sebebiyet verdiği ya da artmasına neden olduğu zararın ödettilmesinin istemek TMK.’nin ikinci maddesinde sözü edilen dürüstlük kuralına aykırı olacaktır...”

“Birlikte kusur” oluşturan davranış ‘*yapma*’ tarzında ya da ‘*yapmama*’ tarzında gerçekleşmiş olabilir.^[99]

‘*Mağdurun birlikte (müterafik) kusuru*’ zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise, failin sorumluluğunun kalkmasını haklı kılabilir.^[100]

[95] KEÇECİOĞLU, B. agm., s:1667

[96] BAŞPINAR, V. agm., s:39;62

[97] OĞUZMAN, M.K./ÖZ, M.T. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C:2, 15. Bası, 2020, s:123 – TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Bası, 1993, s:594 – EREN, F. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 24. Bası, 2019, Paragraf:2395

[98] Bknz: 4. HD. 26.02.1979 T. 5666/2516 (İBD. 2019/2, s:113)

[99] EREN, F. age. paragraf:2396 - TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP age., s:599 – NOMER, H. Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1996, s: 106 vd.; 110 vd.

[100] EREN, F. age., paragraf:1727

Yüksek mahkeme^[101]

“...Sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek zorundadır. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olay meydana gelmese idi, zarar gören hangi durumda bulunacak idiye o durumun yeniden kurulmasıdır. Başka bir deyişle maddi tazminat zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı ve zararın tamamını gidermelidir. Zira tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değildir. Ancak zararlı sonucun doğmasına zarar veren yanında zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylar da katkıda bulunmuşsa tazminattan belirli bir indirim yapılması hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Bu düşünce ile tazminattan indirim sebepleri 818 sayılı BK ve diğer bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir.

Tazminattan indirim sebeplerinin en önemlileri ise 818 sayılı BK'nın 43'üncü ve 44'üncü (6098 sayılı TBK'nın 51'inci ve 52'nci) maddelerinde belirtilen sebeplerdir. Tazminattan indirim sebepleri, özel hükümler mevcut olmadıkça akdi sorumlulukta da uygulanacaktır. Zira 818 sayılı BK'nın 98'inci (6098 sayılı TBK'nın 114'üncü) maddesi delaletiyle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanacaktır.

818 sayılı BK'nın 44'üncü (6098 sayılı TBK'nın 52'nci) maddesinin birinci fıkrası; “Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.” hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere bu fıkra daha çok zarar görenle ilgili olup “hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı” yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle düzenlenmiştir. Buna göre zarar görenin rızası ile zarar görenin kendi kusuru tazminattan indirim sebebi olarak öngörülmüştür.

Zarar görenin kendi kusurunda, kişinin kendisine zarar veren bir hareket tarzı söz konusudur. Zarar görenin kendi kusuru, akıllıca iş gören, mantıklı bir kişinin, kendi yararı gereği zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçması gereken bir eylemi olarak nitelendirilmelidir. Zarar görenin kusuruna ortak kusur, birlikte kusur veya müterafik kusur da denilmektedir (Tandoğan,

[101] Bknz: HGK. 19.09.2019 T. E: 2017/11-153, K:2019/96 (KÜRTÜL,M. 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları, C:1, 2020, s:1652-1659)

H.; *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, s. 318.).

Müterafik (ortak) kusur, makul bir kimsenin kendi yararına sakınmak zorunda olduğu düşüncesiz, dikkatsiz bir hareket tarzıdır. Müterafik (ortak) kusur kasdi olabileceği gibi ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir. Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır. Zarar görenin müterafik kusuru illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise zarar veren sorumluluktan kurtulacak ve tazminat ödemecektir. Buna karşılık zarar görenin müterafik (ortak) kusuru bu yoğunlukta değilse ortak sebep olarak tazminattan indirim sebebi teşkil edecektir. Zira bu hâlde zarar görenin kusuru, diğer ortak sebepler arasında kısmi bir sebep olarak zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuştur (E., s. 791). Başka bir deyişle zarar görenin davranışının illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olup olmadığı tespit edildikten sonra zarar görenin müterafik (ortak) kusuru belirlenerek sorumluluk paylaşılıp tazminattan indirim yapılacaktır.

818 sayılı BK'nın 44'üncü (6098 sayılı TBK'nın 52'nci) maddesinin birinci fıkrası zarar görenin sadece kusurundan söz etmekte ise de bazı hâllerde zarar görenin kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olabilmektedir. Örneğin çalışanını iyi seçmeyerek objektif özen borcunu ihlâl eden adam çalıştırmanın bu fiili zararın doğmasına veya artmasına ortak sebep olarak katkıda bulunursa, bu durum adam çalıştırmanın uğramış olduğu zararın tazmininde indirim sebebi olabilecektir... ”

şeklinde belirtmiştir.

Roma Hukuku'ndaki “*culpa komensation*” (yani; ‘zarar görenin kusurlu olması halinde tazminata hak kazanamayacağı’) ilkesi, günümüzde ‘*kimin kusuru ağırsa zarara onun katlanması gerektiği*’ kuralına dönüşmüştür. Buna göre; zarar gören ‘*failden daha ağır*’ ya da ‘*onunla eşit kusurlu*’ ise, tazminata hak kazanamaz.^[102]

‘Zarar görenin kusuru’ neden tazminatta indirim sebebi olur? Tazminat talebinde bulunan kişi, zarara katkıda bulunmamış olmalıdır. Kimse, engellebileceği ve engellemesi gereken zararın tazminini isteyemez. Herkes kendi ihmalkarlığının sonuçlarına katlanmalıdır. Dürüstlük kuralı ‘*çelişkili davranış yasağı*’, bunu gerektirir.

[102] KOŞAR, G. Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2019, s:221)

'Kimse kendi kusurundan faydalanamaz.'^[103]

'Hiç kimse kendi kusurundan faydalanamaz' ilkesine dayanan^[104] *'birlikte kusur'* (müterafik kusur)'a ilişkin (TBK.m. 52), "kusursuz sorumluluk" hallerinde de uygulanır.^[105]

Somut olayda, davacı-alacaklının *'birlikte (müterafik) kusuru'* (TBK.m. 52) olarak nitelendirilerek, *'lehine hükmedilecek tazminatta indirim yapılmasını'* ya da *'hiç tazminata hükmedilmemesine'* neden olabilecek davranışı nedir?

VI- Bir olayda;

- Alacaklı vekili Av. (A), ...2014 tarihinde, İcra Müdürlüğü'nün sayılı icra dosyası ile borçlu (B) hakkında 465.000,00 TL. asıl alacağın faizi ile birlikte tahsili için *'kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile'* takipte bulunduğu,
- Alacaklı vekilinin talebi üzerine, borçluya ait (6) taşınmaza 2014 tarihinde haciz konduğu,
- Takibin kesinleşmesinden sonra, takip konusu alacağın 2014 tarihinde (C) isimli kişiye temlik edildiği,
- Alacaklı vekili Av. (A)'nın yeni alacaklının da vekili olarak icra dosyasını takibe devam ettiği, borçlu (B)'nin2014 tarihinde icra müdürlüğüne gelerek takip konusu borcu taksitlendirdiği, ilk taksidi, taksit ödeme tarihi olan 2014 tarihinde ödemediği (ve 'taahhüdü ihlal suçu'ndan dolayı borçlu hakkında verilen 'üç aylık tazyik hapsi cezası'nın infaz edildiği),
- Alacaklı vekili (A) tarafından 2015 tarihinde satış talebinde bulunulduğu, ancak icra müdürlüğünün yatırılmasını istediği 3.500 TL. satış avansının İİK.m. 59 uyarınca süresi içinde yatırılmadığı,
- İcra Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2016 T. ve sayılı karar uyarınca –yasal süresi içinde satış avansı yatırılmamış olduğundan- "icra dosyasında bulunan ve üzerine haciz konulmuş olan taşınmazlardaki hacizlerin kaldırılmasına" karar verildiği,

[103] OSMANOĞLU,M. Birlikte Kusur (İBD. Mart-Nisan/2019, S:2019/2, s:111,127)

[104] OSMANOĞLU,M. agm., s:127

[105] OĞUZMAN,M.K./ÖZ,M.T. age., s:124 – EREN,F. age., paragraf:2401 – TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP age., s:596 – NOMER,H. age., s:97 – OSMANOĞLU,M. agm., s:127

- Bu karara yönelik alacaklı tarafından yapılan istinaf başvurusunun Bölge Adliye Mahkemesi'nin Hukuk Dairesi'nce 2017 tarihinde “kararın kesin olması nedeniyle” reddedildiği,
- Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nce Av. (A)'nın müvekkili (şikayetçi) (C)'nin başvurusu üzerine 2019 tarihinde Av. (A) hakkında ‘kovuşturma yapılmasına gerek olmadığına’ karar verildiği,
- İdare Mahkemesi'nin 2019 tarihinde “Adalet Bakanlığı'nın –Av. (A) hakkında vermiş olduğu- 2019 tarihli ‘kovuşturma yapılmasına gerek olmadığı’ konusundaki kararın iptaline –oyçokluğu ile- karar verdiği,
- Av. (A)'nın Noterliği vasıtasıyla –kendisini azletmiş olan müvekkili (C)'ye-31.03.2017 tarihinde bir ‘ihtarnâme’ göndererek “..... İcra Müdürlüğü'nün sayılı dosyasında, dosya borçlusu (B) tarafından üzerindeki hacizleri –..... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2016 tarihli kararı ile- kaldırılmış olan taşınmazların, 3. kişi (D) isimli kişiye devredilmiş olmasının iptale tabi olduğunu, bu konuda açılması gerekli olan ‘tasarrufun iptali davasına ait dilekçesi’ni hazırlamış olmalarına rağmen bu davayı açmaktan vazgeçmiş olmasının kötüniyetli ve kusurlu bir davranış olduğunu” bildirdiği,

saptanmıştır.

Bahsedilen bu uyuşmazlıkta;

..... İcra Müdürlüğü'nün sayılı takip dosyasında ‘alacaklı’ konumunda bulunan (C), dosya borçlusu (B) tarafından (üzerindeki hacizlerin İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2016 tarihli kararı ile süresinde satış avansı yatırılarak, satışı talep edilmemiş olduğu için ‘hacizlerin düşürülmesine’ karar verilmiş olan) (6) taşınmazı (D) isimli kişiye devredilmesi (satılması) üzerine;

A-Ö n c e –Av. (A)'nın önerisi doğrultusunda- ‘tasarrufun iptali davası’ (İİK.m. 277 vd.; TBK.m. 19) açmayı kabul ettiği halde sonra bu kararından vazgeçtiğinden –takip konusu alacağını tahsil edememiş olması nedeniyle- ‘uğradığı zarar’ bakımından –davalı Av. (A) ile beraber- “birlikte (müterafik) kusurlu” (TBK.m. 52)dur.

Gerçekten somut olayda; hem ‘tasarrufun iptali davası’nın açılma koşulları ve hem de bu davanın, davacı lehine sonuçlanması yani kazanılması koşulları gerçekleşmiştir:

aa- Tasarrufun iptali davasının esasına girilebilmesi için gerçekleşmesi gereken ‘dava koşulları’^[106]

aaa- ‘*Takip konusu alacağın, iptali istenen tasarruftan önce doğmuş olması*’,

bbb- ‘*Takip konusu alacağın gerçek bir alacak olması*’,

ccc- ‘*Borçlu hakkında yapılmış olan icra takibinin ve alacağın kesinleşmiş olması*’,

ddd- ‘*Borçlu hakkında kesin aciz belgesi ya da geçici aciz belgesinin (niteliğinde haciz tutanağının) düzenlenmiş olması*’^[107]

koşulları somut olayda gerçekleşmiştir.

bb- Davalı Av. (A), dosyaya sunduğu ve kendisi tarafından davacı müvekkilinin isteği üzerine hazırladığı ancak daha sonra davacı müvekkilinin açmaktan vazgeçtiği somut olaya özgü “*Tasarrufun İptali Davası Dilekçesi*”nde; davalı “*borçlu*” (B) tarafından diğer davalı “*üçüncü kişi*” (alıcı) (D)’ye devredilen (kaçırılan) taşınmazlara ilişkin satış işlemlerinin iptalini, şu sebeplere dayanarak talep etmiştir:

- Borçlunun, hacizli birden fazla taşınmazının tamamını,
- Rayiç (gerçek) değerlerinin çok altında bir bedelle,
- Aynı köyde yaşayan, yakın arkadaşı olan, aynı kooperatifte görevli olan diğer davalıya,
- Aynı tarihte yani 13.11.2015 tarihinde,

“devrettiğini (kaçırdığını), borçlunun bu davranışının hayatın olağan akışına aykırı (İİK.m. 280/I) olduğunu ve bu durumun yapılan satış işlemlerinin iptalini gerektirdiğini” ileri sürmüştür.

[106] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İcra ve İflas Hukuku’nda Tasarrufun İptali Davaları, 2021, 7. Baskı, s:750 vd.

[107] Bknz: 17. HD. 24.02.2020 T. 1477/1994; 19.02.2020 T. 3916/1693; 28.01.2020 T. 2939/122; 28.01.2020 T. 4991/128; 27.01.2020 T. 4270/44; 25.12.2019 T. 4895/12478; 25.12.2019 T. 5243/12479; 04.11.2019 T. 3664/10095; 24.10.2019 T. 17484/10009; 08.10.2019 T. 989/9054; 11.06.2019 T. 11566/7261 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age. s:751 vd.)

Davalı Av. (A)'nın ileri sürdüğü bu iptal sebeplerinin her biri, tek başına, yapılmış olan satış işlemlerinin (tasarruflarının) iptalini gerektirir niteliktedir. Gerçekten;

- a) *“Borçlunun, birden fazla taşınmazını aynı kişiye satmış olması”* gerek **doktrinde**^[108] ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında**^[109] ‘hayatın olağan akışına aykırı’ bir durum olarak değerlendirilmekte ve bu durumda yapılmış olan satış tasarruflarının (işlemlerinin) iptaline karar verilmektedir.
- b) *“Borçlunun, sahip olduğu taşınmazları rayiç/gerçek değerinin çok altında bir bedelle (tapuda gösterilen satış bedeli ile taşınmazın rayiç/gerçek değeri arasında bir misli veya daha fazla fark bulunacak şekilde) satmış olması”*, İİK.m. 278/III-2 uyarınca iptale tabidir.^[110] **Yüksek Mahkeme**'nin yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır.^[111]
- c) *“Borçlunun, aynı köyde yaşayan, yakın arkadaşı olan, aynı zamanda aynı kooperatifte –birinci başkan ve ikinci başkan olarak- görev yaptıkları bir hemşerisine taşınmazlarını satması”* İİK.m. 280/I uyarınca iptale tabidir.^[112] Çünkü, borçlunun taşınmazlarını –gerçek değerinin çok altında bir bedelle- satın almış olan, bu konumda bulunan borçlu ile aynı köyde yaşayan, borçlu ile aynı kooperatifte görevli olan bir kişi *“borçlunun mali durumunu ve mal kaçırma kasdı ile hareket ettiğini bilebilecek durumda”* farzedilmektedir.^[113]

[108] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age. s:492 vd.

[109] Bknz: 17. HD. 25.06.2019 T. 15223/7846; 17. HD. 23.03.2019 T. 12327/3706; HGK. 19.03.2019 T. 17-2697/3186; 17. HD. 12.02.2018 T. 10632/843; İzmir BAM. 5. HD. 01.02.2018 T. 1183/158; 17. HD. 14.02.2017 T. 23919/1454; 17. HD. 17.01.2017 T. 11030/166; 17. HD. 06.12.2016 T. 2847/11210; 17. HD. 04.10.2016 T. 14167/8533; 17. HD. 24.05.2016 T. 12160/6293; 17. HD. 25.06.2019 T. 15223/7846 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s: 492 vd.)

[110] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age., s:255 vd.

[111] Bknz: 17. HD. 03.03.2020 T. 5130/2451; 26.02.2020 T. 1529/2204; 25.02.2020 T. 28/2057; 24.02.2020 T. 3248/1997; 11.02.2020 T. 4672/1252; 23.12.2019 T. 4701/12352; 23.12.2019 T. 2085/12356; 18.12.2019 T. 5386/12138; 18.12.2019 T. 630/12171; 04.12.2019 T. 5676/11536 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:262 vd.)

[112] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:374 vd.

[113] Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 20574/11015; 26.05.2015 T. 19456/7760; 31.03.2015 T. 18489/5191; 10.03.2015 T. 16376/4094; 13.01.2015 T.

d) “*Borçlunun, aynı tarihte birden fazla taşınmazını aynı kişiye satması*” yapılan satışın iptaline neden olur (İİK.m. 280/I). Çünkü böyle bir satışın ‘hayatın olağan akışına aykırı’ bir satış olarak değerlendirilmesi gerekir.^[114] **Yüksek Mahkeme**’nin^[115] içtihatları da bu doğrultudadır.

Görüldüğü gibi; davacı-alacaklı (C) –davalı Av. (A)’nın önerisini kabul edip, onun hazırladığı “*tasarrufun iptali davasına ait dilekçe*”yi mahkemeye verip borçlusu (B) ve –ondan dava konusu taşınmazları devralmış (satın almış) olan- (D) hakkında tasarrufun iptali davasını açmış olsa idi, bu davasını kazanmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır...(Bu davanın; İİK.m. 284 uyarınca tasarruf tarihinden itibaren beş yıl içinde^{[116][117]} veya TBK.m. 19’a dayanarak ‘süresiz olarak’^{[118][119]} “her zaman” açılabileceğini hatırlatalım...)

[Önemli Not: Yukarıdaki “tasarrufun iptali davası”na ilişkin açıklamalar, davalı Av. (A) tarafından hazırlanan ‘dava dilekçesi’nde ileri sürülen ‘iptal sebepleri’nin dayandığı olayların gerçek olduğu varsayılarak yapılmıştır. Yani; tapuda gösterilen satış bedellerinin düşük olduğu, taşınmazları satın alan (D)’in, borçlu (B)’nin köylüsü, arkadaşı, aynı kooperatifte çalıştığı vs. kabul edilerek bu açıklamalar yapılmıştır. Bunların doğru olup olmadığının mahkemece ayrıca araştırılması gerekmektedir...]

B-Davacı-alacaklı (C)’nin, somut olaydaki “*birlikte (müterafik) kusur*”u (TBK.m. 52) bulunduğunu gösteren diğer bir davranışı, İcra

16866/183; 16.12.2014 T. 13143/18799 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age., 6. Baskı, s:211 vd.)

[114] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:490; 492 vd.

[115] Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 2847/11210; 29.06.2015 T. 21286/7304; 31.03.2015 T. 18489/5191; 29.04.2014 T. 6691/6499; 11.02.2014 T. 13602/1486; 26.03.2013 T. 7048/4174 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,6. Baskı, s:216 vd.)

[116] Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:654 vd.

[117] Bknz: 17. HD. 16.12.2019 T. 5102/11972; 19.11.2019 T. 4557/10794; 24.10.2019 T. 17484/10009; 08.10.2019 T. 449/9055; 02.05.2019 T. 17384/5470; 02.04.2019 T. 14064/3930; 01.04.2019 T. 6592/3886; HGK. 17.01.2019 T. 17-2051/19 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:655 vd.)

[118] UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age., s:663 vd.

[119] Bknz: 17. HD. 08.10.2019 T. 449/9055; 01.04.2019 T. 6592/3886; HGK. 17.01.2019 T. 17-2051/19; 17. HD. 17.12.2018 T. 19086/12264; 13.11.2018 T. 10996/10498; 17.04.2017 T. 3407/4165 vb. (www.e-uyar.com) (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age.,s:663)

Müdürlüğü'nün sayılı dosyasına 2015 tarihinde dilekçe vere-
rek, dosya fotokopisini aldığı tarihte "icra müdürlüğünün satışın yapılabil-
mesi için 3.500 TL. satış avansı yatırması gerektiğine dair" kararını öğrenmiş
olmasına rağmen, avukatı (A)'ya bu parayı 2015 tarihinde götü-
rüp vermesidir. (Bu husus, İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu
.....2019 T. sayılı kararının 'Azınlık Oyu'nda da aynı şekilde
dile getirilmiştir...)

Süresinde 'satış gideri' yatırılmadığı için üzerindeki hacizler düşmüş ve
borçlu tarafından üçüncü kişi (D)'ye satılmış (kaçırılmış) olan (6) taşınmaz-
nın değeri şöyledir:

<u>Parsel No</u>	<u>Taşınmazın kıymeti</u>
483	100.000 TL.
3334	63.000 TL.
2553	19.200 TL.
195	30.800 TL.
3146	51.840 TL.
372	+ 31.500 TL.
	<u>296.340 TL.</u>

Bu (6) taşınmazın hepsi üzerinde; a) Ziraat Bankası lehine -10.06.2015
tarihi itibariyle- **48.089.87 TL.** ipotek (EK-1) b) Şekerbank lehine
-15.08.2016 tarihi itibariyle- **112.500 TL.** ipotek (EK-2) bulunmaktadır.

Bu taşınmazların yapılacak ihalede bu kıymetlerle satılabileceği farze-
dilirse, elde edilecek toplam satış bedeli olan 296.340 liranın; 48.089 TL.
+ 112.500 TL. =160.589 TL. + satış tarihine kadar işleyecek faizi, bu ta-
şınmazlar üzerinde ipotekleri bulunan Ziraat Bankası ile Şekerbank'a öde-
necek ve ancak kalacak 296.340 TL. – 160.589 TL = 135.751 TL. + faizi
alacaklının takip dosyasına ödenebilecek idi...

Eğer bu taşınmazlar, kıymetinin %50'sine –İİK.m. 229/I uyarınca-
yani 148.170 TL.'na satılırsa alacaklının dosyasına ödenecek para bulun-
mayacaktır. Çünkü bu taşınmazların üzerindeki ipotek bedeli 160.589
TL. olduğu için, taşınmazların bu ipotek bedeli karşılansadan satılması
mümkün olmayacaktır...

Bu nedenle somut olayda; davacı-alacaklının İcra Müdürlüğü'nün
..... sayılı takip dosyasında borçlusu (B) hakkında takip konusu yaptığı

alacak tutarının tamamını –yani; 465.000 TL.’sını- açtığı tazminat davasında (..... Asliye Hukuk Mahkemesi, dosya no: E.) avukatı (A)’dan talep etmiş olması tasvip edilemez. Çünkü; dava konusu taşınmazlar üzerindeki haciz düşmemiş olsa ve bunlar icra dosyasından satılmış dahi olsalardı –taşınmazların kıymetinin çok düşük olması ve üzerinde (2) banka lehine 160.589 TL. + işleyecek faizler tutarında ipotek bulunması nedeniyle- davacı-alacaklının bu dosyadan alacağının tamamına kavuşması mümkün olmayacaktı...

*

“Avukatın ‘özen borcu’nu (Av.K. m.34) gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan tazminat davaları”nda, onun bu davranışından zarar görmüş olan müvekkili tarafından doğrudan doğruya avukatı hakkında tazminat davası açması Yüksek Mahkemece (Yargıtay 13. Hukuk Dairesince) uygun görülmemekte, “**davacının alacağının tahsili imkanının bulunup bulunmadığının araştırılmasını**” şu şekilde belirtilmiştir:

- “**Davalı avukatın talimat almadan haczin fekkini talep ettiği, davacının alacağının tahsil imkanı kalıp kalmadığı, başka bir deyişle, davacının, vekilin eylemi ile zarara uğrayıp uğramadığı, zararın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun eldeki davada tartışılarak incelenmesi gerektiği**”^[120] (EK-3)
- “**Davacının dava konusu alacağı, dava dışı işşiden tahsili mümkündür. Bu yol tüketilmeden avukatın sorumluluğuna gidilmesi hatalıdır. Mahkemece, İİK’nun 40. maddesine göre tahsilatin mümkün olup olmadığı değerlendirilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.**”^[121] (EK-4)
- “**Davalı avukatın davayı takip etmemesi nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, davacı, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesiyle birlikte alacağının zaman aşımına uğradığını ileri sürdüğü- Davacının alacağının tahsil imkanının kalıp kalmadığı, davacının haklarını elde edememesi ile davalı vekilin eylemleri arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının ayrıntılı ve gerekçeli şekilde araştırılıp tartışılması gerektiği**”^[122] (EK-5)

[120] Bknz: 13. HD. 22.06.2020 T. E:2017/2923, K: 4958 (www.e-uyar.com)

[121] Bknz: 13. HD. 05.02.2020 T. E: 2018/595, K: 1358 (www.e-uyar.com)

[122] Bknz: 13. HD. 06.11.2019 T. E: 2016/26069, K: 10856 (www.e-uyar.com)

- “*Davalı avukatın, davacı tarafından masrafın yatırılmadığını yasal delillerle ispat etmesi gerektiği- Davalı avukat, haczin düşmesine, takibin iptaline ve kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasına sebebiyet vererek özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinden, mahkemece davacının bu alacağının tahsil imkanının kalıp kalmadığı, bunun sonucunda da zararının oluşup oluşmadığı hususunda gerektiğinde uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiği*”^[123] (EK-6)

Yine **Yüksek Mahkemece** “*davacı-alacaklının ‘birlikte (müterafik) kusuru’nun (TBK.m. 52), zararın meydana gelmesinde ne derecede etkili olduğu*”^[124] hususunun ‘uzman bir bilirkişiden rapor alınarak araştırılması gerektiği^[125] ifade edilmiştir.

SONUÇ

Buraya kadar ayrıntılı olarak izah ettiğimiz nedenlerle “*avukatın özen borcu’nu*” (Av.K. m.34) gerektiği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan tazminat davalarında, “*davacının (müvekkilin) alacağının, takip dosyasındaki kendi borçlusundan tahsili imkanı bulunup bulunmadığının araştırılması*” gerektiğinden,^[126]

- a) Somut olayda; davacı-alacaklı tarihinde, İcra Müdürlüğü’nün sayılı icra dosyası ile takip borçlusu (B) hakkında, 465.000 lira alacağının tahsili için –Av. (A) vasıtasıyla- icra takibi yapmış ve borçlusunun (6) taşınmazını haczederek, bunların satışını istemiştir.

Yukarıda^[127] belirttiğimiz gibi; bu (6) adet taşınmazın –icra dosyasında- kesinleşen kıymet takdirlerine göre toplam değeri 296.340 TL.’dir. Bu taşınmazlar üzerinde (2) Banka’nın mevcut ipoteklerinin tutarı ise (160.589 TL. + faizleri) olduğundan, taşınmazların elde edilecek satış bedelinden bu miktarı, bu Bankalara ödenecek ve artan kısmı 135.751 TL.’sı, davacı-alacaklıya ödenebilecekti...

[123] Bknz: 13. HD. 18.09.2017 T. E: 2015/20114, K: 8258 (www.e-uyar.com)

[124] Bknz: HGK. 22.11.2018 T. E: 2017/11-22224, K: 2018/1753 (KÜRTÜL,M. age.,s:1645-1652)

[125] Bknz: 13. HD. 18.09.2017 T. E: 20114, K: 8258 (www.e-uyar.com) (EK-6)

[126] Bknz: Yuk. dipn: 120,121,122,123

[127] Bknz: s: 18, paragraf:2

Eğer, bu taşınmazların, kıymetlerinin %50'sine satılmaları halinde ise, elde edilecek satış bedeli (148.170 TL.), ipotekli alacaklıların ipoteklerini (112.500 TL. + 48.089 TL. = 160.589 TL. + faizleri) dahi karşılamadığı için, taşınmazların satılabilmeleri mümkün olmayacaktı...

Bu durumda, yukarıda^[128] belirttiğimiz gibi; zarar verenin (somut olayda Av. (A)'nın) davacıya (müvekkiline) verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi için, 'zarar' ile 'özen borcuna aykırı davranışı' -yani; olayda süresi içinde satış bedelini icra dosyasına yatırmaması şeklindeki eylemi- arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekeceğinden, somut olayda -satışa çıkarılacak (üzerinde yüksek miktarda ipotek bulunan) taşınmazların kıymetlerinin düşük olması nedeniyle- ya hiç satılamayacaklar veya satıştan elde edilecek ancak 135.751 TL. icra dosyasına yatırılabilir...

b) Davacı-alacaklı (C), vekili Av. (A)'nın takip borçlusu (B) ve onun hacizli -ve üzerinde (2) ipotek bulunan (6) taşınmazını devrettiği (D) hakkında 'tasarrufun iptali davası' açılması konusundaki önerisini kabul etmemesi nedeniyle 'müterafik kusurlu'dur (TBK.m. 52).

Ayrıca, davacı-alacaklının, İcra Müdürlüğü'nün sayılı -kendisine ait- icra dosyasının fotokopisini aldığı 2015 tarihinde, 'icra müdürlüğünün 3500 TL. satış avansı yatırılmasını' istediğini öğrenmiş olduğu halde, bu avansın -kendisi veya avukatı (A) vasıtasıyla- icra dosyasına yatırmamasını sağlamadığından, 'müterafik kusurlu'dur (TBK.m. 52)

c) 27.01.2015 tarihinde UYAP kanalıyla -süresi içinde- satış istemiş olan alacaklı vekili Av. (A)'nın bu talebini öğrenen ve talebin altına kaşe basarak "3.500 TL. daha yatırılması halinde satışın yapılmasına" karar veren icra müdür yardımcısının, bu kararını, dosyada mevcut olan 1.100 TL. satış avansından gerekli olan miktardaki kısmını 'tebliğ masrafı' olarak kullanıp alacaklı vekiline tebliğ etmesi gerekirdi.^[129]

Bu şekilde, aldığı kararı alacaklı vekiline tebliğ etmeyen icra müdür yardımcısı da satışın yapılmamasından kusurludur...

Bu nedenle, '3.500 TL. satış avansının hemen yatırılmaması'ndan sadece alacaklı vekili Av. ... kusurlu değildir.

[128] Bknz: Yuk. dipn: 92,93,94

[129] Bknz: 12 HD. 04.07.2017 T. 4431/10064

Mahkemece; konusunda ‘uzman’ olan *birlikli/birlikli*ler vasıtasıyla inceleme yaptırılarak, somut olayda ‘davacının’ ve ‘satış avansını davalıya tebliğ etmeyen icra müdür yardımcısının’ olayda ne oranda ‘müterafik kusurları’ (TBK.m. 52) bulunduğunun ve ‘süresinde satış avansı yatırılıyorsa dahi taşınmazların –üzerindeki ipotekler ve taşınmazların çok düşük olan değerleri göz önünde bulundurularak, davacı-alacaklıya (müvekkile) bir para ödemesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi’ gerekecektir...18.06.2021

KAYNAKÇA

ALDEMİR, H., Uygulamada Avukatlık Hukuku, 2018

AYDIN, M., Avukatlık Ücreti, 6. Baskı, 2015

BAŞPINAR, V., Avukatın Özen Borcu (Gazi Üniv. Huk. Fak. Der. C:XXII, 2008, S:1- 2, s:39-62

BAŞPINAR, V., Vekilin Özen Borcundan Doğan sorumluluğu, 2004

BUDAK, C. A., KARAASLAN,V., APAYDIN,E., AYDEMİR,F., Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 2021

COŞAR, A. V., GÜL, S., Avukatlık Hukuku, 2021

ÇELİK, L. M., Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü (TBB. Der. 2007, S:72, s:339-350)

EREM, F., Meslek Kuralları (Şerh), 1965

EREN, F., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 24. Bası, 2019

GÖKCAN, T. H., Açıklamalı Avukatlık Yasası, 2. Baskı, 2009

GÜNERGÖK, Ö., Avukatlık Sözleşmesi, 2. Baskı, 2009

GÜNER, S., Avukatlık Hukuku, 2. Baskı, 2003

GÜNER, S., Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, 2014

KAÇAK, N., Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu, 2001

KARATEKE, S., Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, 2006

KEÇEÇİOĞLU, B., Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukuku'nun Uygulanması (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2012,s:1650-1678)

KOŞAR, G., Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi (Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2019)

KÜRTÜL, M., 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları,C:1, 2020

MISIR, M. H., Avukatlık Disiplin Hukuku, 2009

MÜDERRİSOĞLU, F., Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, 1974

NOMER, H., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1996

OĞUZMAN, M. K., ÖZ, M. T., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler, C:2, 15. Bası,2020)

OSMANOĞLU, M., Birlikte Kusur (İBD. Mart-Nisan/2019, s:111-128)

ÖZEN, A., Avukatlık Hukuku, 2. Baskı, 2017,

ÖZKAN, S. M., Avukatlık Mesleği, 3. Baskı, 2012

ÖZKAYA, E., Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 1997, s:387

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C:II, 1989

TEKİNAY/ AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 7. Bası, 1993

UÇAR, S., Avukatın Hak ve Ödevleri, 1998

UYAR, T., Avukatın 'Özen Yükümlülüğü' "Av.K. m. 34; TBK.m. 506/ III" ve Görevi Kötüye Kullanma Suçu "TCK.m. 257/2" (TBB. Der. 2017, S:131, s:373-404) (UYAR,T. "İcra ve İflas Hukuku'na İlişkin" Hukuki Mütalâalar, 2020, s:970-998)

UYAR, T., 1136 Sayılı Yeni Avukatlık Kanunu Karşısında Avukatlık Ücreti (İBD. 1971/5-6, s:411-439)

Avukatın Özen Yükümlülüğü (Av. K. m. 34; TBK. m. 506/III) ve
Bu Yükümlülükten Doğan Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı

UYAR, T., UYAR, A., UYAR, C., İcra ve İflas Hukuku'nda Tasarrufun
İptali Davaları, 7. Baskı, 2021

Karar İncelemesi

Review of Judgment

Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sigorta Ettirenin Halefi Sıfatıyla Açacağı Davada Zamanaşımı

(T. C. Yargıtay Büyük Genel Kurul,

T. 17.01.1972, E. 1970/2, K. 1972/1 sayılı Kararı)*

İcra Müdür Yrdc. Melisa **GÜLHAN****

* www.sinerjimevzuat.com.tr. (Erişim Tarihi: 06 Nisan 2021).

** İcra Müdür Yardımcısı, Adalet Bakanlığı. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'nde Doktora Öğrencisi.

GİRİŞ

Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhinde ve sigorta ettirenin halefi sıfatıyla açacağı davanın zamanaşımı süresinin sigorta ettirenin aynı şahıs aleyhinde açabileceği davanın zamanaşımına tabi olup olmadığına dair mevzuatımızda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca hakim, Kanun'da uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı takdirde örf ve adet hukukuna göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Bu noktada hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacaktır.

Bu çalışmada incelenecek olan Yargıtay Kararı'na konu uyuşmazlık bakımından da Kanun'da açık bir düzenleme yer almamakla birlikte uyuşmazlık konusu hakkında Yargıtay tarafından verilen bir karar mevcuttur. İlgili karar, T. C. Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından verildiğinden mahkemeler bakımından bağlayıcı niteliktedir. Çalışmanın devamında ilgili Yargıtay Kararı, günümüz mevzuatı çerçevesinde detaylı olarak incelenecektir.

1. Uyuşmazlık Konusu Olayın Özeti

Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1472 uyarınca sigorta ettirenin halefi sıfatıyla ve zarara sebebiyet verene karşı açacağı rücu davasının sigortacının, sigorta ettirene yapmış olduğu ödeme tarihinden itibaren mi başlayacağı yoksa sigorta ettiren için zamanaşımı ne zaman başlarsa onun halefi sıfatıyla dava açma hakkı olan sigortacı yönünden de aynı anda mı başlayacağı noktasında Yargıtay kararları arasında içtihat uyuşmazlığı olduğu tespit edilmiştir.

2. Konuya İlişkin Yasal Düzenleme

Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı olan sigortacının, olaydan sorumlu olan üçüncü kişilere halefiyete dayanarak açacağı rücu davalarına ilişkin bir zamanaşımı düzenlemesi Sigortacılık Kanunu ve TTK.'da yer almadığı gibi Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m. 109'da da yer almamaktadır. Bu nedenle bu tür davalarda, halefiyete dayanan rücu davalarını düzenleyen TTK. m. 1472'nin uygulanması gerekecektir.^[1]

[1] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 1072.

Buna göre: “Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.

Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur” (TTK. m. 1472).

3. Karar

3.1. Özel Kanun – Genel Kanun Ayrımı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Kısmı Genel Kurulu, ilgili kararında, ilk olarak davanın konusu ile ilgili yasal düzenlemeleri Özel Kanun – Genel Kanun ayrımı temelinde değerlendirmiştir. Bu anlamda içtihat uyumsuzluğu doğuran kararların konusunu oluşturan olayların trafik olayı şeklinde meydana gelmesinden bahisle Karayolları Trafik Kanunu’nun “Araç işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu” başlıklı 85. maddesinde düzenlenmiş olan zararı meydana getiren araç sahibinin kusur sorumluluğundan bahsedilmiştir. Bunu müteakiben anılan Karar’da, ilgili düzenlemenin devamı niteliğinde olan “Genel Hükümlerin Uygulanması” başlıklı KTK. m. 87’den bahsedilmiştir. KTK.’daki düzenlemelerle birlikte TTK. m. 875, 876, 878, 880 ve 914 ve son olarak da “Adam çalıştıranın sorumluluğu” başlıklı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 66 ve “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlıklı TBK. m. 49 da değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme neticesinde sorumluluğun TTK.’na dayandırılabilmesi için sorumluluğun taşıma sözleşmesine dayanması gerektiğinden dolayı yalnızca TTK.’na dayanan sorumluluk halleri bakımından akdi sorumluluğun söz konusu olduğu, diğer haller için ise sözleşme ilişkisinin mevcudiyetinin aranmayacağı, sorumluluğun haksız fiile dayandığı tespiti yapılmıştır.

Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenlenmiş olan zamanaşımı süresine de anılan kararda yer verilmiştir. Buna göre: “Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar” (KTK. m. 109/1).

Karayolları Trafik Kanunu'nda hem motorlu aracı işletenin hem de "trafik sigortası" olarak da anılan karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmış olan sigortacının sorumluluklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak olan zamanaşımı süreleri birlikte düzenlenmiştir.^[2]

KTk. m. 109'da yer alan düzenleme TTK.'da yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemelere kıyasla daha özel nitelikte bir düzenlemedir.^[3]

Anılan kararda Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan zamanaşımına ilişkin düzenlemesini müteakiben adam çalıştıranın sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu hallerine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerine de yer verilmiştir.

"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır" (TBK. m. 72).

Sonrasında ise TTK. kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde uygulanmak üzere TTK. m. 855'de düzenlenmiş olan "Zamanaşımı" başlıklı maddeye yer verilmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir: *"Bu Kitap hükümlerine tabi taşımalarda, yolcunun bir kaza sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğü zedeleyen bir zarara uğraması hâlinde istem hakları on yılda; diğer zararlarda ise bir yılda zamanaşımına uğrar. Bu süre, eşya taşımada, eşyanın gönderilene teslimi; yolcu taşımada, yolcunun varma yerine ulaşma tarihinden başlar. Eşya tamamen zayı olmuş veya yolcu gideceği yere ulaşmamış ise, zamanaşımı süresi, eşyanın teslimi ve yolcunun ulaşması gereken tarihten itibaren işlemeye başlar. Rücu haklarına ilişkin zamanaşımı, rücu alacaklısının, zararı ve rücu borçlusunu öğrendiği tarihten itibaren, üç ay içinde zarar hakkında rücu borçlusuna bildirimde bulunmuş olması şartıyla; rücu alacaklısına karşı mahkeme kararının kesinleştiği günden, kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmayan hâllerde ise, rücu alacaklısının borcu ifa ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundaki zamanaşımı hükümleri saklıdır"* (TTK. m. 855).

[2] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 1067.

[3] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 124.

3.2. Zamanaşımı Süreleri, Başlangıçları ve Halefiyet

“Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafların onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.

Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur” (TTK. m. 1472).

İlgili düzenleme zarar sigortaları kapsamında yer almakta olup bu düzenlemenin hayat sigortalarında uygulanmayacağı TTK. m. 1491/3 ile açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre: “1472. madde hükmü hayat sigortalarında uygulanmaz. Hayat sigortası sözleşmesi gereği, sigorta şirketinden kararlaştırılan sigorta bedelini tahsil eden sigorta ettiren ve mirasçıları ile rizikoya muhatap olan kişilerin mirasçılarının, rizikonun gerçekleşmesine neden olan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağını sigorta şirketine temlik etmeleri geçersizdir” (TTK. m. 1491/3). Bu hüküm karşısında, anılan kararda Yargıtay tarafından TTK. m. 1472'nin uygulanması noktasında zarar sigortalarının çeşitleri bakımından bir ayırım bulunmadığı tespit edilmiştir.

İçtihat uyumsuzluğuna konu olan olayların trafik olayları niteliğinde olmasından dolayı “Trafik Sigortası” olarak da bilinen Karayolları Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası kavramından bahsedilmiştir. Buna göre “Trafik Sigortası” denilen ve KTK'da “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” adıyla anılan başvurularda ve açılacak davalarda zamanaşımı süreleri, KTK. m. 109'da düzenlendiği gibidir.^[4] KTK. m. 109'daki düzenlemeye Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları'nda da yer verilmiştir.^[5]

[4] Kayıhan, Şaban / Günergök, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, sh. 247.

[5] <https://www.tsb.org.tr/EditHtmlModule.aspx?pageID=1080&mid=3084>. Erişim tarihi: 04 Nisan 2021.

Motorlu bir aracın karayollarında işletilmesi esnasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına ya da bir şeyin zarar görmesine neden olması hâlinde o aracı işleten kişinin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluğunu belirli limitler dâhilinde tazmin etmeyi amaçlayan ve kanunen yapılması zorunlu olan sorumluluk sigortası türüne zorunlu mali sorumluluk sigortası adı verilmektedir.^[6] (KTK. m. 91, 101).

3.3. Zarar Gören Üçüncü Kişinin Doğrudan Dava ve Talep Hakkı

Sigorta sözleşmesinin tarafları dışındaki kişiler bu ilişkide üçüncü kişi durumundadır. Zarar gören üçüncü kişi, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sözleşme ilişkisinin dışında kaldığından bu kişiye Kanun Koyucu tarafından doğrudan doğruya sigortacı aleyhinde dava açma hakkı tanınmıştır.

“Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı” başlıklı KTK. m. 97’e göre: *“Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir”*.

TTK. m. 1420’de sigorta sözleşmeleri bakımından zamanaşımına ilişkin genel nitelikte bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve sorumluluk sigortalarında zamanaşımına ilişkin TTK. m. 1482 hükmü saklı kalmak kaydıyla, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. TTK. m. 1420’de saklı tutulan TTK. m. 1482 hükmü ile sorumluluk sigortaları bakımından sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerinin sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ve bunlara ek olarak TTK. m. 1478 çerçevesinde zarar görenin, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilmesi mümkündür.

[6] Taşyürek, Hayri, Kasko Sigortası, Ankara 2001, sh. 52; Kender, Rayegan, Sigorta Hukuku, İstanbul 2015, sh. 225; Bozer, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh. 204; Vural, Güven, Trafik Sigortası, Motorlu Taşıt Araçları Zorunlu Sorumluluk Sigortası, Ankara 1981, sh. 1 vd..

Kıscası KTK. ve TTK.'daki bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, zarar gören üçüncü kişi zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunmalıdır. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir. Zarar gören üçüncü kişinin açacağı dava ise anılan Yargıtay kararında da belirtildiği gibi olay gününden itibaren iki yıllık olağan zamanaşımına tabidir.

Türk Ticaret Kanununda da KTK.'daki düzenlemelere paralel olarak, 1420. maddede düzenlenmiş olan zamanaşımı süresinin yalnızca sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri bakımından uygulanacağı öngörülmüştür ve sigorta sözleşmesinden söz edilmemiştir. Bu anlamda sorumluluk sigortalarına ilişkin “Doğrudan Dava Hakkı” başlıklı TTK. m. 1478’de ise zarar görenlerin uğradığı zararın tazmini için sigortacı aleyhinde doğrudan dava açma hakkını kullanarak açacağı davaların sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresine tabi olacağı düzenlenmiştir. Buna göre: *“Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”*. Bu noktada TTK. m. 1478 ve TTK. m. 1482 birlikte değerlendirildiğinde, zarar görenlerin sigortacıya karşı talep ve dava haklarının da on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı sonucuna varılmaktadır.^[7]

Zarar görenin uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilmesine olanak tanıyan “Doğrudan Dava Hakkı” başlıklı TTK. m. 1478 ile sigortacıya yöneltilecek “tazminat istemlerine” uygulanacak zamanaşımı süresini düzenleyen TTK. m. 1482 birlikte değerlendirildiğinde, bu hükümlerin sadece zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya yönelik istemleriyle ilgili olduğu, sigorta ettirenin (başkası hesabına sigortalının) sigortacıya karşı ileri sürebilecekleri istemlerin ise genel hükümler arasında yer alan TTK. m. 1420 hükmüne (iki senelik zamanaşımına) tabi olacağı sonucu çıkmaktadır.^[8]

[7] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 792.

[8] Ünan, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap Sigorta Hukuku, Cilt 2 Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, İstanbul 2016, sh. 386.

Şunu da belirtmek gerekir ki: KTK.'da yer alan iki yıllık zamanaşımı süresi TTK. m. 1420'de öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinden farklı olarak alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren değil, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır.^[9] KTK. m. 109'da düzenlenmiş olan bu iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması zarar görenin, hem zararı hem de tazminat yükümlüsünü öğrenmesi koşuluna bağlanmıştır. Kanun Koyucu, bazı hallerde yalnızca zarar belli iken tazminat yükümlüsünün belirlenememesi veya yalnızca tazminat yükümlüsü belli olmakla birlikte zararın miktarı ve kapsamının hemen belirlenememesi hallerini göz önüne almış ve menfaatler dengesinin korunması amacıyla bu iki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi şartına bağlamıştır.^[10]

3.4. Halefiyet ve Şartları

3.4.1. Halefiyet Kavramı

Türk Borçlar Kanunu m. 127 ile düzenlenmiş olan halefiyet kurumu, esasen Borçlar Hukuku'nun bir kurumudur. Halefiyetin özünde, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi veya ifa etmek zorunda kalması söz konusudur. Dolayısıyla halefiyet, daima üçlü hukuki ilişkilerin var olduğu durumlarda gündeme gelir.^[11] Kural olarak, üçüncü kişinin asıl borçlu yerine borcu ifa etmesi ile borç ilişkisi sona erer ve buna bağlı olarak borca ait teminatlar da sona erer. Bununla birlikte Kanun'da açıkça öngörülen bazı hallerde üçüncü kişinin borcu ifa etmesi borcu yalnızca dış ilişkide yani yalnızca alacaklıya karşı sona erdirir. Buna karşın iç ilişkide borç varlığını sürdürür. Borcu asıl ifa yükümü altında bulunan kişiye karşı borç varlığını sürdürmeye devam eder. İşte Kanun'dan doğan bu intikaller halefiyet olarak isimlendirilir.^[12]

[9] Çeker, Mustafa, Sigorta Hukuku, Adana 2019, sh. 126-127.

[10] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 1070.

[11] Kayıhan, Şaban, Zarar Sigortalılarında Sigortacının Halefiyeti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul 2016, sh. 1599. (<http://static.dergipark.org.tr/article-download/7a96/5577/bbe3/5a1d5c8ae123a.pdf>). Erişim tarihi: 04 Nisan 2021. ; Kayıhan, Şaban / Günergök, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, sh. 213.

[12] Bozkurt, Tamer, Ticaret Hukuku C. IV, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2016, sh. 173.

3.4.2. Halefîyetin Şartları

Sigortacının sigorta ettirenin halefî sıfatıyla zarara sebebiyet veren üçüncü şahıs aleyhine sigorta ettirenin dava ve talep haklarına sahip olabilmesi için bazı şartların bir araya gelmesi gereklidir. Bu anlamda üç şartın bir arada bulunması gerekli olup bu şartlar kümülatif niteliktedir.

İlk olarak, geçerli bir sigorta sözleşmesinin var olması gereklidir.^[13]

İkinci olarak sigorta bedelinin ödenmiş olması gereklidir. Bu ödenen bedel, aynı zamanda sigortacının halef olarak rücu etmesinin sınırını belirler. Bu durumda sigortacı, ödediği bedelden fazlasını talep edemeyeceği gibi ekspertiz ücretini de zarara sebep olan üçüncü kişiden talep edemeyecektir.^[14]

Halefîyete ilişkin olarak son şart ise sigorta ettirenin, zarara sebep olan üçüncü kişilere karşı dava hakkının bulunmasıdır.^[15] Bu hak, ödediği bedel oranında sigortacıya geçer. Yani, sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse yerine geçer ve dolayısıyla sigorta ettiren kişinin sahip olduğu hak aynen sigortacıya intikal eder. Bu suretle sigortacı, sigorta ettirenin haklarına halef olur.^[16] Dolayısıyla, sigortacı sigorta ettirenin sahip olduğu bütün defileri üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir ve hatta TBK. m. 52 uyarınca tazminatın indirilmesini bile talep edebilir.

Bununla ilgili düzenleme şu şekildedir: “Sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefîyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir” (TTK. m. 1472/1). İlgili düzenleme zarar sigortaları kapsamında yer almakta olup bu düzenlemenin hayat sigortalarında uygulanmayacağı TTK. m. 1491/3 ile açıkça hükme bağlanmıştır.

[13] Kayıhan, Şaban / Günergök, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, sh. 75 vd..

[14] Bozer, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1981, sh. 213.

[15] Kayıhan, Şaban / Günergök, Özcan, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, sh. 75 vd..

[16] Kender, Rayegan, Sigorta Hukuku, İstanbul 2015, sh. 349.

3.5. Halefiyete Dayanan Rücu Davasında Zamanaşımı

Anılan Yargıtay Kararı'nda içtihat uyuşmazlığının çözümlenebilmesi maksadıyla bütün ihtimaller gözetilerek sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhine açtığı davaya ilişkin zamanaşımı süreleri ve bu sürelerin hangi tarihten itibaren başlayacağı incelenmiştir.

Sigortacının, sigorta ettirenin halefi sıfatıyla ve TTK. m. 1472 uyarınca açacağı dava sigorta sözleşmesine değil, Kanun'dan doğan hakka dayanılarak açılır. "Halefiyet" başlığını taşıyan bu hüküm uyarınca sigortacı, sigorta tazminatını ödediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer ve sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. üçüncü kişinin borcu ifa etmesi borcu yalnızca dış ilişkide yani yalnızca alacaklıya karşı sona erdirir. Bedelle sınırlı olduğu için "cüzi" bir haleftir. Dolayısıyla külli halefiyet söz konusu değildir.

Sigortacı tazmin ettiği bedel kadar sigortalının yerine geçer ve onun halefi olur. Sigortalı, kendisine halef olan sigortacıya sahip olduğu haktan fazlasını devredemez. Bununla birlikte sigortalının zararından sorumlu olan kişilerin durumu da halefiyet kuralına dayanarak ağırlaştırılamaz.

Sigortacının tazmin ettiği bedel kadar sigortalının kanuni halefi sıfatıyla dava açabileceği, bununla birlikte sigorta ettirenin de sigortacının ödediği bedelden fazla zararı için zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhinde dava açabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda da, aynı haksız fiilden doğan ve tazminat yükümlüsü bakımından bölünmesi mümkün olmayan bir borç bulunduğu kabulüyle birlikte yine bu durumda da sigortacının sigorta poliçesinden değil ancak Kanun'dan aldığı yetkiye dayanarak haksız fiil sebebiyle alacaklı yerine geçerek dava açabilmesi mümkündür.

Sigortacının, zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhine açacağı tazminat davası kanuni halefiyete dayanmaktadır. Halefiyette, bir hak nasıl iktisap edilmişse halef o hakka sahip olacaktır. Halefiyet, hakkın genişlemesine ve zarara sebep olan üçüncü kişinin sorumluluğunun ağırlaşmasına sebep olamayacağı gibi zarara sebep olan üçüncü kişinin borcunun bölünmesine de neden olamaz.

Sigortacının, sigorta bedelini tazmin etmesi TTK. m. 1472 uyarınca halefiyetin bir şartıdır. Sigortacı, sigorta bedelini tazmin ettiği tarih itiba-

rıyla sigorta ettirenin mevcut talep hakkını kanun gereği devralmaktadır. Mevcut ve muaccel bir alacağın yeniden muaccel olmasına imkan yoktur. Dolayısıyla sigortacı, sigorta ettiren bakımından başlamış olan zamanaşımı süresi ile birlikte sigorta ettirenin haklarına halef olmaktadır ve kalan zamanaşımı süresi içerisinde dava açmak zorundadır. Zira, zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhinde işlemeye başlama ve sona erme tarihleri itibarıyla farklı iki farklı zamanaşımının söz konusu olması mümkün değildir.

Sigorta ettiren ve üçüncü kişi arasında farklı bir Kanun tarafından öngörölmüş bir ilişki veya bir sözleşme ilişkisi olsa dahi zamanaşımı ve başlangıcı bakımından aynı kural uygulanmaya devam olunacaktır. Zira, sigortacının rücu davası kanuni halefiyete dayanmaktadır. Buna karşılık davada sigorta ettiren ve üçüncü kişi arasındaki ilişki göz önünde bulundurulurarak hüküm verilecektir.

TTK m. 1472/2 uyarınca sigortalı, halefiyet kuralı ile kanunen sigortacıya geçen haklarını ihlal edecek şekilde davrandığı takdirde sigortacıya karşı sorumlu olur. Bununla birlikte Kanun'da, sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiğini öğrendiğinde durumu geciktirmeksizin sigortacıya bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.^[17] *“Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir”* (TTK m. 1446/2).

SONUÇ

Sonuç olarak, sigortacının sigorta ettirenin haklarına Kanunen halef olduğuna karar verilmiştir. Bununla birlikte hak nasıl iktisap edildiyse halefin de aynı şekilde o hakka sahip olacağından bahisle, üçte ikiyi geçen bir çoğunlukla sigortacının, sigorta ettirenin halefi sıfatıyla zarara sebep olan üçüncü kişi aleyhinde açacağı davanın sigorta ettirenin aynı kişi aleyhinde açabileceği zamanaşımına tabi olduğu ve aynı tarihte başladığına karar verilmiştir.

Diğer bir deyişle, TTK m. 1472'nin uygulanmasında sigorta tazminatı ödeyen sigortacının zarara sebebiyet veren kişi aleyhinde ve sigorta ettirenin halefi sıfatıyla açacağı davanın zamanaşımı, sigorta ettirenin aynı kişi aleyhinde açabileceği davanın zamanaşımına tabidir ve bu zamanaşımı

[17] Bkz. TTK m. 1446 Gerekeçesi.

Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının Sigorta Ettirenin Halefi Sıfatıyla Açacağı
Davada Zamanaşımı

aynı tarihte başlayacaktır.^[18] Zira sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren kişi yerine geçer. Yani, sigorta ettiren kişinin sahip olduğu hak aynen sigortacıya intikal eder ve sigortacı, sigorta ettirenin haklarına halef olur. İlgili hak için başlamış olan zamanaşımı süresi de sanki hak sahibi hiç değişmemiş gibi işlemeye devam eder.^[19]

İlgili Yargıtay Kararı'nın isabetli olduğu kanaatindeyim. Zira, Sigortacılık Kanunu m. 3/1 uyarınca Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır. TTK m. 16/1 uyarınca ticaret şirketleri de tacir sayıldığından sigorta şirketleri hakkında tacir olmanın hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu sebeple de sigortacı, basiretli bir iş insanı gibi davranmak zorundadır.^[20] Dolayısıyla sigorta ettirenin alacak hakkı için başlamış olan zamanaşımının sigortacının sigorta ettirene ödeme yaptığı tarihte yeniden başlayacağını kabul edilmesi halinde zarara sebep olan üçüncü kişinin hukuki durumunu ağırlaştırılmış olacaktır. Bu halefiyetin temel ilkeleri ile örtüşmediği gibi bu durumun aksinin yani halihazırda başlamış olan zamanaşımı süresinin işlemeye devam etmesinin kabulü halinde de sigortacının tacir olması dolayısıyla basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü gözetildiğinde bir hak kaybına sebep olmayacağı açıktır. Zira, sigortacı zamanaşımı süresinin ne zaman başladığını ve ne zaman sona ereceğini basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü çerçevesinde gözetmek zorundadır.

Sonuç olarak kanımca, ilgili Yargıtay kararı sigorta ettiren, sigortacı ve üçüncü kişi arasındaki menfaatler dengesini gözetken ve isabetli bir karardır.

[18] Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, sh. 1072.

[19] Kender, Rayegan, Sigorta Hukuku, İstanbul 2015, sh. 349.

[20] Sabih, Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, sh. 142 vd.

KAYNAKÇA

Bozer, Ali. (1981). *Sigorta Hukuku*. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Bozkurt, Tamer. (2016). *Ticaret Hukuku, C. IV, Sigorta Hukuku*. Ankara : On İki Levha Yay.

Çeker, Mustafa. (2019). *6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku*. Adana Karahan Kitabevi. (Sigorta Hukuku).

Kayıhan, Şaban. (2016). Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt 22. Sayı 3. Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan. İstanbul. (1595-1624). (<http://static.dergipark.org.tr/article-download/7a96/5577/bbe3/5a1d5c8ae123a.pdf?>). Erişim tarihi: 04 Nisan 2021.

Kayıhan, Şaban ve Günergök, Özcan. (2020). *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*. İstanbul : Umuttepe Yay.

Kender, Rayegan. (2015). *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*. İstanbul : On İki Levha Yay. (Sigorta Hukuku).

Sabih, Arkan. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Taşyürek, Hayri. (2001). *Kasko Sigortası*. Ankara : Seçkin Yay.

Ulaş, Işıl. (2012). *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*. Ankara : Turhan Kitabevi.

Ünan, Samim. (2016). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Altıncı Kitap, Cilt 1, Genel Hükümler*. İstanbul : On İki Levha Yay.

Vural, Güven. (1981). *Trafik Sigortası, Motorlu Taşıtların Zorunlu Sorumluluk Sigortası*. Ankara : Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi.

Linkler

www.sinerjimevzuat.com.tr. Erişim tarihi: 06 Nisan 2021.

<https://www.tsb.org.tr/EditHtmlModule.aspx?pageID=1080&mid=3084>. Erişim tarihi: 04 Nisan 2021.

