

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

• Hakemli Makaleler

• Söyleşiler

• Kararlar

• İnsan Hakları

• Disiplin Kurulu Kararları

• Kitaplar, Dergiler

• Adli Tıp

• Çevre

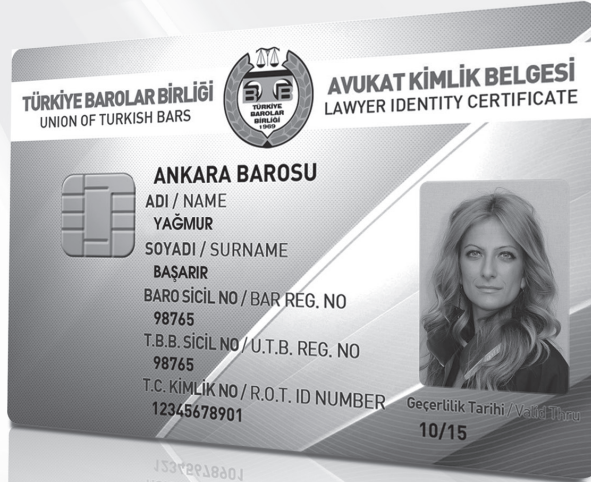
1969



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile Adliyeye gitmeden, internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- *dava açabilir,*
- *her türlü dosya giderini yatırabilir,*
- *sorgulama yapabilirsiniz.*

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. Vedat Ahsen Coşar,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Vedat Ahsen Coşar
Av. Cengiz Tuğral
Av. Sitare Sağsen
Av. Teoman Ergül
Av. Özcan Çine

Yayın Kurulu / Board of Editors

Av. Dr. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. Özgecan Yanlı
Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu,
Çankaya Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Haluk Günüşur,
Türkiye-AB Derneği Bşk.

Prof. Dr. Hamit Hancı,
AÜ Tıp Fak. Adli Tıp ABD Bşk.

Sabih Kanadoğlu,
Onursal Yargıtay C. Başsavcısı

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu
Prof. Dr. Erdal Onar,
Bilkent Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz,
Akdeniz Ü. Hukuk Fak.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez,
Galatasaray Hukuk Fak.

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM
hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar
Associations Review) is being permanently indexed
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından beri çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler; Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.

2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **Yazılar, 7. 500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.**

Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (en fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (en fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

Yazıların sonunda kaynakça bulunmalıdır.

Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak yazılmalıdır.

Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (".....") içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", Eser Adı, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", AÜHF Dergisi, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

4. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası "yayin@barobirlilik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Yazılar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayın Kuralları'na uygun olmaması durumunda reddedilir.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini göndermelidirler.

6. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.

7. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

8. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.

9. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına "olur" verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez. Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.

11. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.

12. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.

13. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Süha TANRIVER

Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı

37 Ozan ERGÜL

Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm” / A Term That Can’t Be Clarified: Judicial Activism

55 Ş. Esra BASKAN

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı / The Effect of Death to Labour Contract According to Turkish Code of Obligations and a New Compensation: The Death Compensation

73 Tahir ERDEM

Bireysel Emeklilik Sistemine Yönelik Değişikliklerin Eleştirisi / Critique of New Regulations About Individual Pension System

117 Ahmet ULUTAŞ/ Ömer Serdar ATABEY

Avrupa Ceza Hukukunda Kovuşturmaların Aktarılması / Transfer of Criminal Proceedings in European Criminal Law

137 Hacı KARA

Costa Concordia Kazasının Sonuçları / Results Of Costa Concordia Accident

149 Muhittin ASTARLI

Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü / Employer’s Obligation to Inform Employees About Transfer of The Workplace in Light of Comparative Law

177 Mehmet YAYLA

Hukuki Bir Terim Olarak “Siber Savaş” / “Cyber War” As A Legal Term

203 Şenel SARSIKOĞLU

Zimmet Suçu’nun Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu Özelinde Değerlendirilmesi / Crime of Embezzlement in The Act On Cooperatives and The Act on Charitable Donations: An Assessment

225 Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi / Principal of Legality of Crimes and Punishment

247 İ. Halil ASİLBAY

Parlamerter Sistem ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme / Parliamentary System and Evaluation from The Perspective of Turkey

MAKALELER / ARTICLES

265 Taner GEÇMEZ

Özel Yasama Yöntemi Olarak Temel Kanun / Basic Law As a Special Legislation Method

299 Y. Burak ASLANPINAR

Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Benzeri Mali Yüklümlüklere İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölütü / The Criterion of "Public Interest" As Stated in The Constitutional Court Decisions Regarding The Issue of Tax and Similar Financial Liabilities

321 Atilla PINAR

Yerelden Evrensele Mütevazı Bir Türk Katkısı
Türk Hukukunda Hâkimin Vasıfları, Ahlak ve Adabı

345 Yargıtay Kararları / Decisions of the Court of Cassation

397 Disiplin Kurulu Kararları / Decisions of the Disciplinary Committee

419 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları / Case Law of The European Court of Human Rights

433 Köln Eyalet Mahkemesi'nin Sünnet İle İlgili Kararı

başkan'dan

Sevgili Meslektaşlarım,

*These are thoughts of all men in all ages and land - they are not original with me;
If they are not yours as much as mine, they are nothing, or next to nothing;
If they are not the riddle, and the untying of the riddle, they are nothing;
If they are not just as close as they are distant, they are nothing.
This is the grass that grows wherever the land is, and the water is;
This is the common air that bathes the globe.*

İngilizce bilenler tadını alsınlar diye özellikle İngilizcesini yazdığım bu dizeler Amerikalı şair *Walt Whitman'a* ait. Türkçesi şöyle;

Bunlar bütün çağların ve ülkelerin, bütün insanların düşünceleri -yalnız benim değil;

*Benim oldukları kadar sizin de değilseler, beş para etmezler, olmasalar da olur;
Hem bulmaca, hem de bulmacanın çözüümü olmalılar, yoksa beş para etmezler;
Uzak oldukları kadar yakın da değilseler, beş para etmezler;
Toprağın ve suyun olduğu her yerde büyür bu çimen;
Bu hava bütün bir yeryüzünün soluduğu hava.*

İçeriğinden de kolayca anlaşılacağı üzere, şiirin özelliği hem kahramanının ve hem de muhatabının dünya insanları olmasıdır. Ama bu şiir *Whitman'ı* tanımak yönünden biraz aldaticıdır. Zira o, her zaman bu şiirindeki gibi alçakgönüllü, sade, sizin gibi, benim gibi değil, kimi zaman yarı Tanrısal bir kahramandır. Bazen çoğul bir kişiliktir, bazen şimdiki veya gelecekteki okurlardan herhangi birisidir, bazen de kendisini demokrasinin destanını yazmakla görevli sayan bir mesihdir.

Walt Whitman'ın bu dizeleri, yaşama ve insanlara şovenizmle bakanlara, temas korkusu ve kültürel özgüvenden uzak olduğu için korku içerisinde yaşayanlara, dünyanın başka yerlerinde yaşanan deneyimlerden, o deneyimler tarafından istila edilmeksizin istifade etmenin mümkün olduğunun ayırtında olmayanlara verilebilecek en güzel yanıtlardan birisidir.

Benzer bir yanıtı "*Bir Arkadaşa Mektuplar*" isimli kitabında Bengalli büyük şair *Tagore* şöyle veriyor: "*Anladığımız ve hoşlandığımız insan ürünü her şey, kökeni kime ve nereye ait olursa olsun bizimdir. Başka ülkelerin ozanlarını ve sanatçılarını kendim kadar bildiğimde insanlığımın gurur duyuyorum. Bırakın insanlığın bütün ihtişamını kendime ait görmenin o saf mutluluğunu hissedeyim*"

Dergimizin bu sayısında *Whitman'ın* şiirine, *Tagore'un* sözlerine yer verişimin nedeni, "*yazılarımda ve konuşmalarımda zaman zaman kimi düşünürlerden, bilim adamlarından, sanatçılardan*" alıntı yapmama ilişkin eleştirilere her ikisinin de iyi birer yanıt olmasıdır.

Bu tarzı entelektüel bir züppelik olarak değil, tarzım böyle olduğu için, böyle yetiştığım, yetiştirildiğim, böyle bir ekol ve takip kültüründen geldiğim, bütün bunları kendimin saydığım, bir de bu güzellikleri başkalarıyla paylaşmayı sevdiğim için yapıyorum.

Amerikalı şair *Walt Whitman* ile başlamıştım, Rus romantik şairlerinin ve bireysel özgürlükleri savunanların en önde geleni olan, başta *Mayakovski* olmak üzere kendisinden sonra gelen Rus şairleri etkileyen *Mihail Lermantov'un* bizim usta şairimiz *Ataol Behramoğlu* tarafından dilimize çevrilen, çevrilen değil adeta yeniden yazılan "*Bir Şiir Defteri İçin*" isimli şiiri ile devam ediyorum:

Hayır, ilgi beklemiyorum ben Hüzünlü sayıklamalarına ruhumun. Alışkınım el çekmeye isteklerimden Eski günlerinden beri çocukluğumun. Yazdıklarımın da bir şey beklemem Fakat isterim ki yıllar sonra

Kısa, fakat isyancı bir ömürden

Bir iz kalsın onlarda.

Kim bilir, belki günün birinde

Tüm sayfaları hızla geçerken

Takılıp kalacaksınız bu dizelere Mırıldanarak: “Haklıymış gerçekten” Belki o sevinçsiz şiir uzun süre Durduracak üstünde bakışlarınızı; Bir mezar taşının yol üstünde, Durdurması gibi yabancıyı.

Yani şunu demek istiyorum: Seçildim geldim, mesleğime, meslektaşlarıma, meslek örgütüme hizmet ettim, ediyorum, fırsat verilir ise daha da edeceğim, bir gün gelecek gideceğim. Yaptıklarımla, yapamadıklarımla, yazdıklarımla, yazamadıklarımla, konuşmalarımla, suskunluklarımla ilgili en iyi değerlendirmeyi elbette zaman yapacaktır. Her türlü iktidara şaşkın bir hiddetle diklenmek ve bunu vaat etmek mi doğrudur, yoksa benim yaptığım gibi farklı bir muhalif dil ve tarz geliştirmiş olmak mı doğrudur? Yaşarsak bunu da hep birlikte göreceğiz elbet. Zira gelecek uzun sürer.

Saygılarımla.

Av. V. Ahsen Coşar
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



Faruk Erem
AVUKAT EVİ



www.barobirlik.org.tr

TABIÎ HÂKİM İLKESİ VE MEDENÎ YARGI

NATURAL JUDGE PRINCIPLE AND CIVIL PROCEDURE

Süha TANRIVER*

Özet: Bu makale, iki ana kısımdan oluşmaktadır: Birinci kısımda, genel çerçevede, tabiî hâkim ilkesinin tanımı, öğeleri, kanuni hâkim ilkesiyle farklılaşan yönleri, amaçları ile hukukî dayanakları ele alınıp incelenmiştir. İkinci kısımda ise, tabiî hâkim ilkesinin, medeni yargı bağlamında geçerliliği ve kapsamı, münferit usul hukuku kurumlarıyla ilişkisi ve ihlâli halinde işlerlik kazanabilecek olan yaptırımlar irdelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Tabiî hâkim, Kanuni hâkim, Hukuk devleti, Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, Adil yargılanma hakkı, Olağanüstü mahkeme, Olağan mahkeme, Kişisel başvuru, Özel mahkeme, Yargılamanın iadesi

Abstract: this article consists of two essential parts. In the first part, the description of the principle of natural judge, its elements, its varying aspects with the principle of legal judge, its aims and its legal basis are discussed in general terms. In the second part, the validity and the scope of the principle of natural judge in the context of civil procedure, its relationship with several procedure law institutions and the sanctions in case of its breach are examined and evaluated.

Keywords: Natural judge, Legal judge, state of law, judicial independence and impartiality, right to a fair trial, extraordinary court, ordinary court, personal application, special court, restitution of trial

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

A - Genel Çerçeve de Tabiî Hâkim İlkesinin Tanımı, Öğeleri, Kanunî Hâkim İlkesi İle Olan Farklılıkları, Amaçları, Hukukî Dayanakları ve Boyutları

I - Tanımı ve Öğeleri

Mahkemelerin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesi evresinde gözetilecek olan temel ilkelere birisini de, “*tabiî hâkim ilkesi (doğal yargıç ilkesi)*” ilkesi oluşturur. Yargılanacak olan uyumsuzluğun gerçekleşmesinden önce, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görevi, yetkisi ve işleyişi (izleyeceği yargılama usulü) belirlenmiş olan mahkemenin hâkimine, tabiî hâkim; bunu öngören ilkeye de, tabiî hâkim ilkesi denir¹. Bir başka ifade ile, tabiî hâkim, kanunla, yargılanacak uyumsuzluktan önce kurulmuş, yargılanacak uyumsuzlukla kuruluş bakımından herhangi bir ilgisi bulunmayan, herkes için genel - geçer bir çerçevede ve soyut olarak görevi ve yetkileri tâyin edilmiş olan mahkemenin hâkimidir şeklinde de tanımlanabilir². Ancak, anılan ilkeye uygunluğun sağlanabilmesi için, mahkemenin kuruluşunun, yani, görev ve yetkilerinin tâyin edilmesi işleminin, genel çerçevede

¹ Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 13. B., Ankara 2012, s.133; Bilge, N.: Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabiî Hâkim ve Savcı Teminatı (Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, s.571-585), s.574; Tanör, B.: Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1994, s.222; Erdoğan, G.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2011, s.94-95 ve 94. sayfadaki dn.285; Çalışır, K. T.: Teori ve Pratikte Yargı Bağımsızlığı, Ankara 2011, s. 261; Tanör, B. / Yüzbaşıoğlu, N.: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 456; Schmidt - Bleibtreu, B. / Klein F.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Luchterland 1989, s. 790. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, tabiî ya da doğal hâkim kavramını, ceza yargısı temelli olarak “bir suçun işlenmesinden önce, yasayla kurulmuş ve o suçlara ilişkin davalara bakmakla görevli ya da yetkili kılınmış mahkemenin hâkimleri” şeklinde tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 9.1.1971 tarihli, 36/30 sayılı kararı). Yine, Anayasa Mahkemesi, daha yeni tarihli bir kararında ise, tabiî hâkimi, “suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce, davayı görececek yargı yerlerinin yasayla belirlenmesi” şeklinde ifade etmiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 20.11.1990 günlü ve 13/30 sayılı kararı).

² Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 9. Bası, İstanbul 1989, s.145, 340; Centel, N. / Zafer, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2010, s. 550-551; Kissel, O. R. / Mayer, H.: Gerichtsverfassungsgesetz, neue bearbeitete Auflage, München 2008, s. 382. Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, bir kararında, “*olaylardan önce, genel bir biçimde kurulmuş olup, belli bir olayla ilgisi bulunmayan yargı yerlerine, olağan yargı yeri; böyle yerlerin hâkimine de, olağan hâkim denir*” demek suretiyle, tabiî mahkeme ve tabiî hâkim ilkesine işaret etmek istemiştir (Anayasa Mahkemesi’nin 15.4.1975 günlü 19/87 sayılı kararı).

ve soyut bir biçimde, yargılanacak olan uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce, kanunla gerçekleştirilmiş bulunması yetmez; ayrıca, hâkim ya da hâkimlerinin de, somut uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınmasından önce belli edilmiş olması gerekir³.

Tabîi hâkim ilkesinin iki temel ögesi vardır. Bunlar, “kanunîlik” ve “öncedenlik” unsurlarıdır. Kanunîlik unsurundan maksat, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmesi; idarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşisinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararname aracılığıyla yeni mahkemeler kuramaması; kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltamaması ve işlerlik kazanmış olan yargılama usulüne ilişkin olarak değişiklik öngören herhangi bir belirlemede bulunamamasıdır. Burada sözü edilen kanundan maksat, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesinin bir tezahürü olan ve kanun adını taşıyan hukuksal metinlerdir. Kanunların temel özellikleri ise, genel, soyut ve kişilik dışı olmalarıdır. Bu özellikleri sebebiyle, anayasa koyucu, mahkemelerin, kuruluş, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usulleriyle ilgili düzenlemelerin, ancak kanunla yapılabilmesine olanak vermiştir. Öte yandan, kanunların oluşturulması süreci de, anayasal çerçevede özel birtakım ilke ve koşullara tâbi kılınmıştır. Kanunîlik ögesi, tek başına hak arayanlar açısından yargı yerlerinin oluşturulması ve işleyişlerinin belirlenmesinde, hukukî güvenliğin gerçekleştirilmesi ile temel bir hak ve özgürlük olan kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığının teminine hizmet edecek bir yeterliğe sahip değildir. Bu nedenle, tabîi hâkim ilkesinin bünyesinde, kanunîliğin yanı sıra “öncedenliğe” de yer verilmiştir. Tabîi hâkim ilkesini karakterize eden, ona asıl rengini veren öge de, “öncedenlik” ögesidir. Dolayısıyla, bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukukî yapılanmasının, tabîi hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez; ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır.

³ Tanör, s.222; Pekcanitez, H.: Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti (Anayasa Yargısı, 1995/2, s. 255-282), s. 268. Krş: Kunter, s. 146.

II - Kanunî Hâkim İlkesi İle Olan Farklılıkları ve Amaçları

Tabiî hâkim ilkesini, mahkemelerin kuruluş, görev ve işleyişlerinin tâyininde işlev gören diğer bir yargılama hukuku ilkesi olan kanunî hâkim ilkesiyle karıştırmamak gerekir. Her iki ilke arasındaki temel farklılıklar, şu şekilde sıralanabilir:

Tabiî hâkim ilkesini karakterize eden öğeleri, “öncedenlik” ve “kanunîlik” oluşturduğu halde; kanunî hâkim ilkesini karakterize eden yegâne öğe, “kanunîlik”tir.

Kanunî hâkim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi için, mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usûlünün tâyin edilmesi işleminin, “kanun” ile yapılmış bulunması yeterlidir; bu belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce veya sonra yapılmış olmasının, herhangi bir önemi yoktur. Oysa, tabiî hâkim ilkesine uygunluğun sağlanabilmesi açısından, mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usulünün belirlenmesi işleminin, kanunla yapılmış bulunması tek başına yetmez; ayrıca bu belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, somut uyuşmazlıkla herhangi bir ilişkilendirme yapılmadan gerçekleştirilmiş bulunması da şarttır. Dolayısıyla, anılan belirleme, kanunla, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra yapılmış ise, yargı yerinin yapılması, kanunî hâkim ilkesine uygun olduğu halde, tabiî hâkim ilkesine aykırılık arz eder. Her iki ilke arasındaki bu temel farklılık, kanun devleti ile hukuk devleti arasındaki farklılık kadar bârizdir.

Tabiî hâkim ilkesi, adlî yargı bütünü içinde yer alan, hem hukuk yargısı hem de ceza yargısı bakımından geçerlilik taşıyan temel bir yargılama hukuku ilkesi; tabiri caizse, gerçekleştirilmesi mutlak surette zorunlu olan genel bir usulî şart konumundadır.

Tabiî hâkim önünde yargılanmayı talep, birey için, varlığı anayasadan kaynaklanan bir temel hak⁴; Devlet için ise, mahkemelerin olu-

⁴ Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 790-791, Wolf, M.: Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, Sechste völlig neue bearbeitete Auflage, München 1987, s. 59; Schilken, v. E.: Gerichtsverfassungsrecht, 2. neue bearbeitete und ergänzte Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1994, s. 196, 200; Wassermann R. (Gesamtherausgeber): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band II, Art. 38-146, Luchterland 1989, s. 1182.

şumunu, tabiî hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirme, yerine getirilmesi gereken temel bir ödevdir. Aşağıda da vurgulanacağı üzere⁵, tabiî hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkının, kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma unsurunun bir alt ögesi konumunda bulunduğu, yani, adil yargılanma hakkıyla doğrudan doğruya ilişkili olduğuna göre, birey için, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak oluşumu sağlanmış bir yargı yeri önünde yargılanmayı talebi, sübjektif bir kamu hakkı olarak nitelendirmek, doğru ve isabetli bir yaklaşım biçimi teşkil eder (Anayasa m. 36, I; m. 37 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6).

Tabiî hâkim ilkesi, kişilerin, hangi mahkeme önünde yargılanacaklarını, kesin olarak ve önceden bilmelerini mümkün kılmak, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına almak, yargıya olan güveni sağlamak ve yürütmenin yargıya müdahalesini olabildiğince önlemek amaçlarına yönelmiştir⁶. Ayrıca, anılan ilke, kişiye ve somut duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü yargı mercilerinin (istisnâî mahkemelerin)⁷ oluşturulmasını önlemeye yönelik bir işlev üstlenmiş olması sebebiyle⁸, kişi dokunulmazlığı ve kişi güvenliği ilkelerinin (AY. m.17, m.19) gerçekleştirilmesine de hizmet eder⁹.

III - Hukukî Dayanakları ve Boyutları

Tabiî hâkim ilkesi, ideal hukuktan değil, pozitif hukuktan istihraç edilen temel bir yargılama hukuku ilkesidir. Burada sözü edilen tabiî hâkimden anlaşılacak gereken de, olağan mahkemenin hâkimidir.

Mahkemelerin örgütleniş biçimi ile ilgili düzenleme öngören ve “*kanunî hâkim güvencesi*” başlığını taşıyan Anayasa’nın 37. maddesinde yer alan ilke ile de kastedilen, tabiî hâkim ilkesidir¹⁰. Özellikle,

⁵ Bkz: aşa. s.5.

⁶ Tanör, s. 221; Kissel / Mayer, s. 381; Schmidt – Bleibtreu / Klein, s. 788.

⁷ Bkz: aşa. s.8.

⁸ Bkz: aşa. s.9.

⁹ Bilge, s.574-575; Tanör, s.222; Demircioğlu, Y.: Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s.67.

¹⁰ Tanrıver, S.: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Makalelerim I, Ankara 2005, s.211-236), s.215.

sözü edilen anayasal düzenlemenin ikinci fıkrasındaki “bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” şeklindeki kuralda, kanunî hâkim güvencesi ile murad edilenin, tabiî hâkim ilkesi olduğunu açıkça işaret etmektedir. Çünkü, tabiî hâkim ilkesinin en temel işlevi, kişiye ve olaya (somut duruma) göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani, olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasını önlemektir. Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bir hukuk devletidir (AY m. 2) ve tabiî hâkim ilkesi, hukuk devletinin vazgeçilmesi kâbil olmayan öğelerinden birisidir¹¹.

Yine, tabiî hâkim ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmazlarından birisini teşkil eden, hukukî güvenlik ilkesiyle de sıkı bir ilişki içerisindedir. Hukukî güvenlik ilkesi, kişilerin tâbi olunacak hukukî rejimi önceden bilebilmesini ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesini, bir düzene sokabilmesini ifade eden temel bir ilke konumundadır¹². Hukukî güvenlik, doğası gereği öncedenliği ve belirliliği bünyesinde barındırır. Dolayısıyla, kendisine işaret edilen bu öğelere uygunluk ise, yargı yerlerinin yapılandırılmasının, ancak, tabiî hâkim ilkesi gözetilerek gerçekleştirilmesi halinde sağlanabilir.

Tabiî hâkim ilkesi, hukuk devletinin temel yapı taşları arasında yer alan, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle de sıkı sıkıya irtibat içerisinde bulunan bir ilke konumundadır¹³. En genel çizgileriyle yargı bağımsızlığı, hâkimlerin, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde, hür ve serbest iradeleriyle vicdanî kanaatlerine göre uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmalarına olanak veren bir ortamın yaratılması şeklinde tanımlanabilir¹⁴. Bir başka ifade ile, yargı bağımsızlığı, hâkimlerin, yargıya yabancı, somut yargılamanın icrasını etkileyebilecek her türlü tehlike, tehdit ve etkene karşı, korunmasını ifade eder (AY. m.138).

¹¹ Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788; Kissel / Mayer, s. 380; Çalışır, s. 262; Demircioğlu, s.67.

¹² Edis, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983, s.9.

¹³ Schilken, s. 196; Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788; Kissel / Mayer, s. 381; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215, 216; Centel / Zafer s. 551; Çalışır, s. 261.

¹⁴ Arslan, R./ Tanrıver, S.: Yargı Örgütü Hukuku, Ders Kitabı, Genişletilmiş, Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2001, s.186; Yavuz, B.: Kuruluş ve İşleyiş Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara 2012, s. 27.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre de, yargı bağımsızlığından maksat, mahkemenin, yürütmenin ve yasamanın etkisi altında kalmaması, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması ve mahkeme üyelerinin, görevlerini yaparken herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluşun emir ve talimat almamalarıdır¹⁵. Yani, bağımsızlıkla amaçlanan, mahkemelere, herhangi bir kişi, organ, kurum ya da kuruluşun emir ve talimat vermemesi, özellikle onların yürütme erkiyle davanın taraflarının tümüyle etki alanının dışına çıkartılmasıdır¹⁶. Yargının, yürütmenin etki alanı dışına çıkarılabilmesinin en önemli araçlarından birisini de, mahkemelerin yapılandırılmasının, tabii hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi oluşturur¹⁷. Öte yandan, tabii hâkim ilkesi, yargı bağımsızlığı açısından, son derece önemli bir işlevi yerine getiren, coğrafi yer teminatı ile kürsü teminatı kurumlarına da işlerlik kazandırılmasını, zorunlu kılar.

Yargının taşınması gereken temel niteliklerden birisi de, tarafsızlıktır. Yargının tarafsızlığının en temel göstergesini, yargı erkini millet adına kullanan hâkimlerin tarafsızlığının temin edilmiş bulunması teşkil eder. Hâkimin tarafsızlığından, hâkimin, taraflar düzeyinde, onların leh ve aleyhinde, herhangi bir düşünceye, duyguya ya da önyargıya sahip olmaması ve taraflarla maddî-manevî nitelikte, çıkara dayalı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunmaması anlaşılır¹⁸. Yine, tarafsızlığın diğer bir boyutunu, kurum olarak mahkemenin, hak arayanlarda bıraktığı güven verici izlenim ile yargılama süresince, taraflara eşit mesafede bulunacağı ve eşit davranacağı yönünde uyandırdığı genel görüntü oluşturur¹⁹. Bu bağlamda bir irdeleme ve değerlendirme yapıldığında, bir mahkemenin yapılanması, tabii hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmemişse, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konu-

¹⁵ İnceoğlu, S.: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s.161-162; Centel, N.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı ve Türk Hukuku (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.45-57), s.47.

¹⁶ Gözlügül, S. V.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, 2. Bası, Ankara 2002, s.178; Tanrıver - Adil Yargılanma, s.216; Altan, İ.: Adil Yargılanma Hakkı (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2004/122, s.36-62), s.43.

¹⁷ Çalışır, s. 262.

¹⁸ Gözlügül, s. 178; İnceoğlu, s. 182; Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 218; Yavuz, s. 37.

¹⁹ Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 218; Yılmaz, H.: Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları, Ankara 2009, s. 27.

sunda ciddi, önemli ve haklılık temeli bulunan kuşkuşların daima mevcut olacağını ifade etmek gerekir.

Öteyandan, tabiî hâkim ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Anayasa'mızın 36. maddesinin birinci fıkrasıyla güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının unsurları arasında yer alan "*kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama*"nın da, alt ögesi konumundadır²⁰. Burada sözü edilen kanunî mahkeme ile kastedilen, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak yapılandırılması gerçekleştirilmiş bulunan mahkemedir. Çünkü, tabiî hâkim ilkesi, hakkaniyete uygun, tarafsız, bağımsız ve eşitlik temeline dayalı bir yargılama faaliyetinin yapıpı sonuçlandırılabilmesinin ön şartı, en önemli güvencelerinden birisidir²¹. Bir başka ifade ile, bir mahkemenin yapılanması, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde, hâkimin, taraflara, yargılama boyunca, eşit mesafede bulunması ve onlara eşitlik temeline dayalı bir biçimde, karşılıklı olarak iddia ve savunma sebeplerini ileri sürebilme ve tartışabilme olanağını vermesi mümkün hale gelir. Yani, tabiî hâkim ilkesi, adil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılanma ögesiyle de sıkı sıkıya ilişki içerisindedir²². Hakkaniyete uygun yargılanmadan söz edilebilmesi için, şu iki hususun birlikte gerçekleştirilmiş olması şarttır. Bunlar:

1-) Hukukî dinlenilme hakkının güvence altına alınmış bulunması (Anayasa m. 36, I; HMK m. 27),

2-) Eşitlik temeline dayalı olarak, bu hakkını kullanılmasına olanak veren bir ortamın yaratılmış olmasıdır.

Görüldüğü üzere, adil yargılanmanın gerçekleştirilebilmesi için, sadece hukukî dinlenilme hakkının tanınmış olması yetmez; ayrıca, bu hakkın, taraflara, eşitlik temeline dayalı olarak, yani hakkaniyete uygun bir biçimde kullandırılmasının sağlanması da şarttır. Burada sözü

²⁰ Tanrıver, 214; Pekcanitez, H: Medenî Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, 35-55), s. 46; Centel - Kunter'e Armağan, s. 47; Özekes, M.: Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 58; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 318. Pekcanitez, H: Medenî Yargıda Adil Yargılanma (İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, 35-55), s. 46; Donay, S.: İnsan Hakları Açısında Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982, s. 73.

²¹ Özekes, s. 57.

²² Özekes, s. 58.

edilen hakkaniyetten maksat, taraflar arasında tam bir eşitliğin kurulması ve bu eşitliğin, yargılama süresince bozulmadan devam ettirilmesi²³. Bunun sağlanabilmesinin aracı ise, “silahların eşitliği” ilkesidir²⁴. Silahların eşitliği ilkesi, anayasal ilkelerden olan hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinin (Anayasa m. 2, 10) yargılama hukukundaki somut görünüm biçimlerinden birisini oluşturur²⁵. Bu ilke, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından, taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesini, bu dengenin, yargılama boyunca, yargılamanın her aşamasında korunmasını, yani, mücadelenin, eşit silahlarla gerçekleştirilmesini ifade eder²⁶. Silahların eşitliğinin sağlanabilmesi için, tarafların yargılama sonunda verilecek karara, eşit şekilde etki edebilmelerine ve eşitlik temeline dayalı bir biçimde, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunabilmelerine, bunları tartışabilmelerine olanak veren bir ortamın, tüm yargılama boyunca yaratılması şarttır²⁷. Bunun gerçekleştirilebilmesi için, hâkimin, yargılama süresince, taraflara aynı mesafede bulunması ve her iki tarafa eşit iddia ve savunma hakkı ve bu çerçevede eşit olarak delillerini ileri sürebilme, diğer tarafın delillerini inceleme ve tartışma olanağı verilmesi, yani eşit şekilde davranması gerekir²⁸; yapılacak olan yargılamayla, alınacak olan kararın, objektif bir nitelik taşıması da, ancak bu suretle sağlanabilir²⁹. Tabii hâkim ilkesi, özellikle, sözü edilen hususun gerçekleştirilebilmesinin, ön şartı konumundadır. Çünkü, bir mahkemenin oluşumu, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirildi ise, hâkimin, önünde cereyan edecek yargılamada, taraflara eşit mesafede bulunması ve eşit işlem yapması pek mümkün olmaz. Sonuç olarak, bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığında, bir mahkemenin oluşumunun tabii hâkim ilkesine aykırılık arzemesinin, adil yargılanma hakkının, diğer öğelerini de temelden etkileyen, ciddi ve ağır bir ihlâl biçimi olduğu söylenebilir. Çünkü, tabii hâkim ilkesi, sağlıklı ve adil bir yargılama yapılabilmesinin ön şartı, her şeyin başı konumundadır.

²³ Pekcanitez, s. 45; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

²⁴ İnceoğlu, s. 212; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

²⁵ Pekcanitez, s. 45-46.

²⁶ İnceoğlu, s. 212; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46; Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230. Ceza yargısı bakımından bkz: Donay, s. 48.

²⁷ Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46.

²⁸ Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230; Pekcanitez – Adil Yargılanma, s. 46-47.

²⁹ Tanrıver – Adil Yargılanma, s. 230.

Tabiî hâkim ilkesine uygun davranış, aynı zamanda, Devletin hukukî korunmayı sağlama ödevinin de ayrılmaz bir parçasını oluşturur. Çünkü, bir hukuk devletinde, etkin hukukî korunmanın gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle, hak arama özgürlüğünün güvence altına alınmış bulunması (Anayasa m. 36), hak arama mekanizmalarının tüm hak arayanlar için genel-geçer bir biçimde oluşturulması ve ihtiyaçlara cevap verebilecek bir şekilde işlerliğinin gerçekleştirilmesi ile hak arama süreçlerinin, tarafsızlık, objektiflik ve eşitlik temeline dayalı bir biçimde ve makûl bir zaman kesiti içerisinde yürütülüp sonuçlandırılabilmesinin sağlanması şarttır. Tabiî hâkim ilkesi, bunu gerçekleştirmeye yönelik en önemli ve etkili hukukî güvence mekanizmalarından birisi konumundadır.

Tabiî hâkim ilkesinin, birbirini tamamlayan ve birbiri ile yakın ilişki içerisinde bulunan iki temel boyutu mevcuttur: Her şeyden önce, bu ilke, Devletin olağan mahkemeleri oluşturmasını ve sürekli bir biçimde hak arayanların ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir şekilde, işler durumda tutmasını zorunlu kılar³⁰. Çünkü, herkes, önceden konulmuş olan hukukî usuller dairesinde, yargılama yapan yargı yerlerinde yahut mahkemelerde yargılanma hakkına sahiptir. Bu durum, hukuk devletinin yanısıra, insan haklarına saygı ve insan onurunun korunmasının da bir gereğidir. Öte yandan, tabiî hâkim ilkesi, kişiye ve somut olaya ya da duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerlerinin, yani istisnâî mahkemelerin oluşturulması yasağına uygun bir biçimde davranmayı, Devlete bir ödev olarak yükler³¹.

Tabiî hâkim ilkesi, aynı zamanda, hâkime, görevi ve yetkisi dâhilinde bulunan bir dava ya da işe bakmaktan kaçınmama, onu şu veya bu şekilde karara bağlama ödevini de yükleyen bir işlevi yerine getirir. Bu durum, "*tabiî hâkimin çekinme yasağı*" olarak adlandırılır³². Nitekim, sözü edilen yasağa, Anayasa'mızın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, "*hiçbir mahkeme, görevi ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, açıkça işaret edilmiştir. Aksine hareket, yani hak dağıtmaktan kaçınmak, ceza hukuku açısından bir suçun oluşumuna vücut verir (TCK. m. 260).

³⁰ Centel, N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 33; Centel / Zafer, s. 551; Schilken, s. 196; Demircioğlu, s. 67, 70.

³¹ Centel - Hâkimin Tarafsızlığı, s. 33; Centel / Zafer, s. 551; Demircioğlu, s. 67, 70.

³² Centel - Hâkimin Tarafsızlığı, s. 44; Demircioğlu, s. 70.

B- Tabîî Hâkim İlkesinin Özel Mahkemelerin Kurulmasına Bir Engel Teşkil Edip Etmeyeceği Hususu

I - Özel Mahkeme ve Olağanüstü (İstisnaî) Mahkeme Kavramları³³

Somut herhangi bir uyuşmazlıkla ilişkilendirilmeden, soyut ve genel bir biçimde, belirli kişiler ya da meslek mensupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara yahut belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş bulunan yargı yerlerine, özel mahkemeler denir³⁴. Bu bağlamda, yargılamanın muhatabı olan kişilerin tâyininde dil, din, ırk ve cinsiyet gibi ayrımlar gözetilemez³⁵. Zaten, anayasanın eşitlik ilkesini öngören 10. maddesi, tek başına buna manîdir. Özel mahkemelere, iş, kadastro ve trafik mahkemeleri, örnek olarak gösterilebilir.

Genel mahkemelerin yanında, belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere özel mahkemeler kurulması, sosyal ve/veya ekonomik ilişkilerde karmaşıklık ve buna bağlı olarak ayrı bir uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların giderek artması ile ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak düşüncesine dayanır. Bu nedenle, özel mahkemeler, belirli kişiler yahut meslek mensupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ve belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere oluşturulmuş bulunan birer uzmanlık yargı yeri durumundadırlar. Dolayısıyla, uzmanlaşmanın doğal sonucu olarak, özel mahkemelerden verilen kararlar, genel mahkemelerden verilenlere nazaran, daha fazla isabetlilik arz edeceği için, hata yapma olasılığı büyük ölçüde azalacak ve yargısal süreç, belirli uyuşmazlık tiplerinin daha profesyonelce ele alınmasının doğal bir sonucu olarak, daha kısa sürede tamamlanabilecek; bu suretle usul ekonomisine de katkı sağlanmış olacaktır. Ancak, burada gözden kaçırılmaması gereken diğer bir nokta, özel mahkemelerin, yargılamanın hızlandırılmasının değil; güvenceli adaletin sağlanmasının bir aracı olduğu hususudur.

Özel mahkemelerle, kişiye, somut olaya yahut somut duruma göre değişkenlik gösteren yargı yerleri konumunda bulunan ve salt somut

³³ Özel mahkeme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz: Tanrıver, S.: Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler (Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 199-208).

³⁴ Wolf, s. 58-59.

³⁵ Wolf, s. 59.

olaya veya belirli kişilerin yargılanmasının gerçekleştirilmesine özgü olarak, olaydan sonra kuruluşu gerçekleştirilmiş ya da sonradan kendilerine görev verilmiş olan mahkemeleri, yani, olağanüstü (istisnaî) mahkemeleri³⁶, birbirine karıştırmamak gerekir³⁷. Çünkü, özel mahkemenin oluşum gerekçesi, olağanüstü mahkemelerden tümüyle farklıdır. Bu mahkemeler, bir ihtiyaç üzerine, uzmanlaşma olgusunun bir ürünü olarak ortaya çıkmış bulunan olağan yargı yerleri konumundadır³⁸. Özel mahkemelerin, olağanüstü mahkemelerden diğer bir farklılığı ise, bu mahkemelerin, kuruluş, işleyiş ve güvenceler bakımından genel mahkemeler için öngörülmüş bulunan temel ilkelerden herhangi bir sapma göstermemesi noktasında toplanır. Özel mahkemelerin oluşturulması evresinde de, genel mahkemelerin teşkilâtlandırılmasında olduğu gibi, mahkemelerin kuruluşu ile ilgili anayasal dayanakları da bulunan temel ilkelere uygun hareket etmek gerekir.

II - Özel Mahkemelerin Kurulmasının Tabîî Hâkim İlkesine Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği

Tabîî hâkim ilkesi, genel mahkemelerin yanında, ayrı özel mahkemeler kurulmasına herhangi bir engel teşkil etmez³⁹. Zira, söz konusu ilke, belirli türden davaları görmek üzere oluşturulmuş bulunan mahkemeler (olağan mahkemeler) varken, bu davalardan bir veya birkaç kişiye yahut bir gruba ait olanları çözüme kavuşturmak amacıyla mahkeme kurulmasını, yani, olağanüstü yargı yerlerinin oluşturulmasını engelleyici bir işlevi yerine getirir⁴⁰. Tabîî hâkim ilkesini öngören Anayasa'nın 37. maddesinin ikinci fıkrasında da, tabîî hâkim ilkesinin temel amacının, kişiye ve somut olaya göre değiş-

³⁶ Kissel / Mayer, s. 384, Wolf, s. 58; Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 788-789; Centel / Zafer, s. 551.

³⁷ Donay, s. 74.

³⁸ Donay, s. 76, dn. 6.

³⁹ Bilge, 576; Arslan / Tanrıver, s. 37; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215. Nitekim, Federal Alman Anayasası'nın 101. maddesi ile, Alman Mahkemeler Teşkilâtı Kanunu'nun 16. maddesinde, tabîî hâkim ilkesinin, olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engelleyici bir işlevi yerine getireceği; özel mahkemelerin kuruluşu bağlamında ise, herhangi bir engel oluşturmayacağı hususu, açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁴⁰ Bilge, 576; Arslan / Tanrıver, s. 37; Tanrıver - Adil Yargılanma, s. 215; Erem, F.: Ceza Davası Yönünden "Tabîî Hâkim" Kavramı, Ankara 1963, s. 10; Wassermann, s. 1188.

kenlik gösteren, somut olayın ve kişilerin belli olmasından sonra, salt somut olayla sınırlı olarak kurulan yahut görevlendirilen yargı yerlerinin, yani olağanüstü mahkemelerin kurulmasını engellemek olduğu, açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla, söz konusu anayasal kuraldan hareketle, uzmanlaşma olgusuna dayalı olarak, belirli türdeki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaları çözüme kavuşturmak amacıyla, özel mahkemeler kurulamayacağı yönünde bir genellemeye varılamaz.

C - Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı

I - Genel Olarak

Tabii hâkim ilkesi, her ne kadar adli yargı bütünü içerisinde yer alan ceza yargısı bağlamında ön plâna çıkartılmış olsa bile, aynı bütün içinde yer alan medenî yargı bakımından da geçerlilik taşıyan temel bir yargılama hukuku ilkesi konumundadır. Bu durum, anılan ilkenin, anayasal çerçevede, adeta usulî bir genel şart olarak düzenlenmiş bulunmasının da, doğal bir sonucudur⁴¹. Yukarıda hukuk devleti, kanunî hâkim güvencesi, hukukî güvenlik ilkesi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirilmek suretiyle, hukukî dayanak bulma çerçevesinde tabii hâkim ilkesiyle ilgili olarak yapmış bulunduğumuz tespitler, aynen, medenî yargı bakımından da geçerlik taşır⁴².

Öte yandan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinin birinci cümlesinde, mahkemelerin görevinin, ancak kanunla düzenlenebileceği hususu, açıkça hüküm altına alınmış ve anılan maddenin gerekçesinde de, göreve ilişkin olarak belirlemenin yapılması evresinde gözetilmesi gereken temel ilkenin, tabii hâkim ilkesi olduğu hususuna, açıkça vurgu yapılmıştır.

Her şeyden önce, tabii hâkim ilkesi, medenî yargı bütünü içerisinde, sadece Devlet mahkemeleri açısından geçerlilik taşıyan bir ilke konumundadır⁴³. Dolayısıyla, özel hukuk alanında, taraf iradesinin ve taraf serbestisinin egemen olmasının bir ürünü olarak ortaya çıkan

⁴¹ Schilken, s. 204.

⁴² Bkz: yuk. s. 3-6.

⁴³ Kissel / Mayer, s. 397.

tahkim yargılamasında işlev üstlenmiş bulunan hakem mahkemeleri bakımından işlerlik kazanamaz⁴⁴. Ancak, bu durum, tahkim yargılamasında, hakem mahkemesinin teşkili ve uygulayacakları usul hususunda, asla keyfiliğin egemen olacağı anlamına gelmez; bu bağlamda, hukukî güvenlik ile tarafların eşitliğini sağlayıcı mekanizmaların, mutlaka oluşturulması gerekir⁴⁵.

Tabiî hâkim ilkesinin, yargının görev alanına gören ve hâkim tarafından icrası gereken tüm yargısal faaliyetler; bu çerçevede, medenî yargı ile bir ilişkilendirme yapıldığında, salt çekişmeli yargı değil; bunun yanı sıra, çekişmesiz yargı alanında da işlerlik kazanan bir yargılama hukuku ilkesi niteliği taşıdığı hususu, doktrinde kaydedilmektedir⁴⁶.

Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, Türk Milleti adına, bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılması zorunlu yargı yetkisinden anlaşılması gereken, hukukî uyumsuzlukların (yani, davaların) ve hukuka aykırılık iddialarının, yargısal usuller dairesinde, objektif hukukun uygulanması suretiyle, çözüme kavuşturulması veya karara bağlanması faaliyetidir⁴⁷. Anılan faaliyetin, medenî yargıdaki kavramsal karşılığını, çekişmeli yargı oluşturur ve çekişmesiz yargı ise, bu kapsamın dışında kalır. Dolayısıyla, medenî yargıda, çekişmeli yargı alanında, tahkim yargılaması hariç, mahkemelerin yapılandırılmasında, tümüyle tabiî hâkim ilkesi egemendir ve çekişmeli yargının kapsamına giren işlerin, mahkemeler dışında kalan kurum ve kuruluşlara, bu arada idarî mercilerle noterlere, bırakılması mümkün değildir⁴⁸. Bu tespit çerçevesinde, çekişmeli yargı alanında, tahkim yargılaması işlerlik kazanmadığı sürece, mahkemelerin hukukî yapılanmasının, tabiî hâkim ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi, şarttır; yani, tabiî hâkim ilkesi, mutlak bir biçimde egemendir.

Buna karşılık, çekişmesiz yargı alanında, tabiî hâkim ilkesinin ne ölçüde uygulama alanı bulacağı için, öncelikli olarak, çekişmesiz yargı kavramına yüklenmesi gereken anlam ve içeriğin ortaya

⁴⁴ Kissel / Mayer, s. 397, 399; Wassermann, 1184; Schilken, s. 205.

⁴⁵ Schilken, s. 205.

⁴⁶ Schilken, s. 207, Schmidt - Bleibtreu / Klein, s. 791; Wolf, s. 61.

⁴⁷ Tanrıver, S.: Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik (Makalelerim-II, Ankara 2011, s. 345-358), s. 351.

⁴⁸ Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 352.

konulması gerekir. Bu bağlamda, çekişmesiz yargı, dar anlamda çekişmesiz yargı ve geniş anlamda çekişmesiz yargı olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir:

Dar anlamda çekişmesiz yargıdan maksat, çekişmeli yargı işleri dışında kalan ve şeklen (organik olarak) mahkemelerce görülen, genelde karara bağlanması istenilen bir talep yahut bir olgu veya durumun tespiti ya da bildirilmesi biçiminde somutlaşan işleri konu alan medenî yargı türüdür⁴⁹. Her şeyden önce, dar anlamda çekişmesiz yargı işleri, mahkemelerce kullanılması zorunlu olan yargı yetkisinin kapsamında yer almayıp; bu bağlamda kapsam, salt çekişmeli yargı işleri ile sınırlı bulunduğu için, mahkemeler dışındaki başka kurum ve kuruluşlara bırakılabilirler⁵⁰. Bu durum da, çekişmesiz yargıda, tabii hâkim ilkesinin çekişmeli yargıda olduğu gibi, katı bir biçimde uygulanmayacağını, açık bir biçimde ortaya koyar. Somut olayın özgün koşullarını dikkate alarak, menfaat temelli bir irdeleme ve değerlendirme yapılmasını, bir anlamda yargılama sayılabilecek bir faaliyeti gerektiren hacir altına alma, kişinin ergin kılınması, evlât edinmeye karar verilmesi, evlenmeye izin verilmesi, gaipliğe hükmedilmesi gibi, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin, bir zorunluluk olmasa bile, hukukî güvenlik bağlamında doğabilecek muhtemel endişelerin, şimdiden bertarafı için, yine mahkemeler üzerinde bırakılması, daha doğru bir yaklaşım biçimi teşkil eder. Dolayısıyla, bu durumda da, mahkemelerin örgütlenmesinin, tabii hâkim ilkesine uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir. Buna karşılık, daha ziyade bir olgunun ya da durumun tespiti, tevsiki ya da bildirilmesi biçiminde gerçekleşen, genelde menfaat bazında herhangi bir irdeleme ve değerlendirme yapılmasını, bir anlamda yargılama sayılabilecek bir faaliyeti gerektirmeyen çekişmesiz yargı işlerinin (örneğin, nüfus kayıtlarına dayalı olarak mirasçılık belgesi verme ve terk edilen eşin ortak konuta daveti için ihtarname gönderme gibi), mahkemelerin dışında kalan başka kurum ve kuruluşlara (örneğin, noterlere, Noterlik Kanunu m. 71/A, 71/B) bırakılması mümkündür. Böyle bir bırakımın söz konusu olduğu hallerde, tabii hâkim ilkesiyle doğrudan herhangi bir bağ ya da bağlantı kurulması mümkün olmaz⁵¹.

⁴⁹ Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 348.

⁵⁰ Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 351.

⁵¹ Tanrıver – Çekişmesiz Yargı, s. 354.

Buna karşılık, geniş anlamda çekişmesiz yargı, dar anlamda çekişmesiz yargı işlerinin yanı sıra, özel hukuka ilişkin işlemleri bizzat düzenlemek ve onaylamak suretiyle onlara resmiyet kazandırma, terekeye ilişkin işler (terekenin tespiti ve mühürlenmesi gibi), nüfus sicili, tapu sicili, ticaret sicili gibi resmî sicillerin tutulması ile birtakım tescil işlerini konu alır⁵². Geniş anlamda çekişmesiz yargı bütünü içinde yer alan, belgeleri düzenlemek ve onaylamak suretiyle onlara resmiyet kazandırmayla, ticaret sicili, tapu sicili gibi resmî sicillerin tutulması ve tescille ilgili işler, zaten, mahkemeler dışındaki başka kurumlara ve idarî kuruluşlara bırakılmıştır ve bu durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı konusunda, herhangi bir kuşku da mevcut değildir⁵³. Anılan işler, noterlerle diğer idarî kuruluşlara bırakıldığına göre, yargı yetkisi ve yargı yerleri ile ilgili bir anayasal ilke olan tabiî hâkim ilkesi ile ilişkilendirilemez. Öte yandan, sözü edilen faaliyetlerin, özü itibariyle yargı yahut yargı yetkisi ile doğrudan ve organik herhangi bir bağı ya da bağlantısı bulunmamaktadır; bunlar, tipik birer idarî faaliyet örneği konumundadırlar ve dolayısıyla Anayasa'nın 9. maddesindeki sınırlamanın ve 37. maddesinde öngörülen tabiî hâkim ilkesinin kapsamı dışındadırlar. Hatta, hem dar anlamda çekişmesiz yargının hem de geniş anlamda çekişmesiz yargının hukukî niteliği itibariyle, Devletin özel hukukun hizmetindeki idarî bir faaliyeti yahut yalnızca adlî sahada, bu saha ile sınırlı bir biçimde etki doğuran adlî-idarî bir faaliyet olduğu tezi benimsecek olursa⁵⁴, bu yargı türünün kapsamına giren işlerin, mahkemeler tarafından görülmesi zorunlu olmayan, onlar dışında kalan idarî kurum ve kuruluşlara bırakılabilecek bir nitelik taşıyan işler olduğu ve bu alanda tabiî hâkim ilkesinin katı bir biçimde uygulanmasının zorunluluk arzemediği yönündeki bir çözülemeye, kolaylıkla ulaşılması mümkün hale gelir.

⁵² Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 350.

⁵³ Tanrıver - Çekişmesiz Yargı, s. 350.

⁵⁴ Balta, T. B.: İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970-1972, s. 14; Günay, M.: İdare Hukuku, 9. Bası, Ankara 2004, s. 13; Onar, S. S.: İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968, s. 35; Berkin, N.: Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 94; Özyörük, M.: İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1982, s. 113.

II - Mahkemelerin Görevine İlişkin Düzenlemelerin Tabî Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tabî hâkim ilkesiyle ilişkilendirilebilecek en temel hususlardan birisini, mahkemelerin görevine ilişkin kurallar teşkil etmektedir. Görev konusu, Devletin yargı erkinin doğrudan doğruya işleyişine ilişkindir ve bu alana ilişkin kurallar, emredici bir nitelik taşır. Bu nedenle, kamu düzenine ilişkindir (HMK m.1) ve taraflar, bu alanda, anlaşmak suretiyle, tasarruf edemezler. Yine, görev kurallarına riayetsizlik halinde, mahkeme, görevli olup olmadığı hususunu, davanın her aşamasında re'sen gözetebileceği gibi; taraf da, davanın her aşamasında, görev itirazında bulunabilir (HMK m.115, I). Çünkü, görev, mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer alır (HMK m.114, I/c); bugün için, mutlak temyiz (bozma) sebeplerindedir ve usulî kazanılmış hak kurumunun istisnalarından birisini teşkil eder. İşaret edilen tüm bu hususlar, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, mahkemelerin göreviyle, tabî hâkim ilkesi arasında, organik açıdan son derece sıkı ve katı bir bağ ya da bağlantının bulunduğu söylenebilir. Hukuk yargısında, mahkemelerin görevini tâyin hususunda öngörülmüş olan düzenlemelerin, birkaç istisna dışında, geneli itibariyle tabî hâkim ilkesine uygunluk arzettiği ifade edilebilir.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 555 sayılı Coğrafî İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, bu kararnamelerde öngörülmüş olan bütün davalara, kurulacak olan ihtisas mahkemelerinde bakılacağı belirtilmiş ve bugün için, bu davalar bakımından ihtisas mahkemesi olarak da, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemeleri belirlenmiştir. Anılan düzenlemeler, yasama organının bir tasarrufu olan kanunla değil de; idarenin düzenleyici idarî işlemleri arasında yer alan kanun hükmünde kararnameler aracılığı ile bir özel mahkeme kurulmasını, bir görevlendirme yapılmasını öngördüğünden, hukuk devleti (Anayasa m.2) ve adil yargılanma hakkının (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6; Anayasa m. 36,I) bir alt ögesi teşkil eden tabî hâkim ilkesine (Anayasa m. 37) aykırılık arzetmektedirler. Çünkü, tabî hâkim ilkesinin öğelerinin

den birisini de, kanunîlik ögesi (Anayasa m. 142) oluşturmaktadır ve sözü edilen düzenlemelerde, kuruluş ve görevlendirme, kanunla değil, düzenleyici bir idari işlem olan kanun hükmünde kararname aracılığı ile gerçekleştirilmiştir. Anılan nedenle, bu bağlamda, belirtilen ilkelere uygun bir biçimde kanunkoyucu tarafından bir düzeltme yapılması zarureti ortaya çıkmıştır. Nitekim, kanunkoyucu da, 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁵⁵ 5, 8, 11 ve 17. maddeleri ile, yukarıda kendisine işaret edilen kanun hükmünde kararnamelerin, sadece göreve ilişkin olarak belirlemede bulunan hükümlerini, kanun hükmü haline getirmek suretiyle, tabiî hâkim ilkesinin kanunîlik ögesi bağlamında ortaya çıkan hukukî sakatlığın giderilmesini sağlamak istemiştir. Ancak, 2004'ten önce, yukarıda zikredilen kanun hükmünde kararnameler bağlamında, ihtisas mahkemesi olarak, fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemelelerinin vermiş olduğu kararlar bağlamında, tabiî hâkim ilkesine aykırılık, hâlen, hukuken varlığını sürdürmektedir⁵⁶.

Bunların dışında, 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde gerçekleştirilmiş olan değişiklikle, dava dairelerinin görevlerini belirleme yetkisinin, Yargıtay'ın kendisine bırakılmış olması, yeni kurulan daireler bağlamında böyle bir açılımın yapılmış bulunması, her şeyden önce, anayasal temelleri de bulunan kanunîlik ilkesi (AY m. 142) ile tabiî hâkim ilkesine (AY m.37) aykırılık oluşturur. Bir yüksek yargı yeri konumunda bulunan Yargıtay'ın, bu bağlamda kanunla yetkilendirilmiş olması, görev tayininin, bir yasama tasarrufu olan kanunla gerçekleştirildiği anlamına asla gelmez. Çünkü, yasama organına, bu bağlamda sahip olduğu yetkiyi, yargı organına devretme olanağı tanınmamıştır. Çünkü, Anayasa'nın 7. maddesinin son derece açık metni uyarınca, yasama yetkisi "*devredilemez*" bir niteliğe sahiptir. Kanunîlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisini teşkil eden tabiî hâkim ilkesinin de, alt ögesi konumundadır. Dolayısıyla, kanunla da olsa, görev konularının tayininin tümüyle yüksek yargı organlarının kendi tasarruflarına bırakılmış olması, tabiî hâkim ilkesine de aykırılık oluşturur. Öte yan-

⁵⁵ RG., 26.6.2004, Sa., 25504.

⁵⁶ Yapılmış olan bu tartışma ve tespitler, aynen, fikrî ve sınaî haklar ceza mahkemeleleri bakımından da geçerlilik taşır.

dan, yargı organlarının kendi iç düzenlemeleri aracılığıyla, görev bağlamında yapacakları belirlemeler, zaman zaman, kanunlara özgü bir nitelik olan genellik ve özellikle de objektiflikten uzaklaşabilecek, her yıl değişim göstereceği için, tabii hâkim ilkesinin, “*belirlemenin yargılanacak olan uyumsuzluğun ortaya çıkmasından önce gerçekleştirilmiş olması*” koşulunun ihlâl edilmesine sebebiyet verecek ve bu suretle de, hukuk devleti ilkesinin (AY m.2) somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturan “*hukukî güvenlik ilkesi*” açısından da ciddi sakıncaların doğumuna zemin hazırlayabilecektir. Ayrıca, anayasanın, mahkemelerin görevine ilişkin belirlemeleri yapma yetkisini münhasıran kendisine bahşetmiş olduğu yasama organının (AY m. 7), bu yetkisini, çerçevesini çizerek dahi olsa, kanunla yargı organının kendisine bırakması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve dolayısıyla bizatihi anayasanın kendisinin ihlâlî anlamına gelir⁵⁷. Bu durum gözetildiğinde, anayasal dayanağı olmayan bir yetki kullanıldığı için, Yargıtay’ın kendi tasarrufları aracılığıyla, dairelerinin görev alanının tâyinine yönelik olarak yapacağı belirlemeler, idare hukuku literatürü çerçevesinde bir niteleme yapmak gerekirse, “*fonksiyon (işlev) gasbı*” olarak da değerlendirilebilir.

III - Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Düzenlemelerin, Tabii Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tabii hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurallarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez. Yetki kuralları, esas itibarıyla, görev gibi yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliği taşımamaktadır. Bu genel tespit dikkate alındığında, ancak, olsa olsa, kesin nitelikteki özel yetki kurallarıyla tabii hâkim ilkesi arasında bir bağ kurulabilir. Kesin yetki kurallarının işlerlik kazanması hâlinde, davanın sadece yetki kuralında belirtilen yer mahkemesi dışında açılması olanağının bulunmaması, tarafların bu alanda, sözleşme yapmak suretiyle tasarruf edememeleri (HMK m.18, I), davanın her aşamasında, mahkemenin yetkili olup olmadığı

⁵⁷ 6110 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile Danıştay Kanunu’nun 27. maddesinde yapılan değişiklikle, dava dairelerinin görevlerini belirleme yetkisi, Danıştay’ın kendi tasarrufuna bırakılmıştır. Bu bağlamda, yukarıdaki metinde, Yargıtay bağlamında yapılmış olan tartışma ve tespitler, Danıştay bakımından da aynen geçerliliğini sürdürmektedir.

hususunu re'sen araştırabilmesi ve tarafın da davanın her aşamasında, yetki itirazını ileri sürebilmesi (HMK m.19, I; m.115), yani, anılan yetki kurallarının mahkemeye ilişkin dava şartları arasında yer almaları (HMK m.114, I/ç); bugün için uyulmamalarının, mutlak temyiz nedeni oluşturması, bu kuralların, diğer yetki kurallarından farklılaşmalarına, görevdeki kadar sıkı olmasa bile, yargı erkinin işleyişine ilişkin bir nitelik taşıdıklarına işaret etmektedir.

Buna karşılık, tabiî hâkim ilkesi ile genel yetki kuralı (HMK m.6) ve kesin olmayan özel yetki kuralları arasında, doğrudan doğruya bir bağ ya da bağlantı kurulamaz. Çünkü, sözü edilen yetki kurallarına uyulup uyulmadığı hususunu, mahkeme re'sen gözetemez. Davalı taraf da, davanın her aşamasında değil; ancak belirli bir usul kesitine kadar yetki itirazında bulunabilir. Davalı, süresinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında (yetki ilk itirazında), (HMK m. 116/a) bulunmazsa, davanın açıldığı yer mahkemesi, kanunen yetkisiz olsa bile, artık yetkili hale gelir (HMK m.19, IV). Öte yandan, kesin olmayan özel yetki kurallarının varlığı halinde, taraflara, yetki sözleşmesi yapmak suretiyle somut uyuşmazlık bağlamında, kanunen yetkili olmayan bir yargı yerini yetkili hale getirme olanağının tanınmış olması ve aksine bir düzenlemenin işlerlik kazanmaması kaydıyla, davanın sadece yetki sözleşmesinde kararlaştırılmış olan yer mahkemesinde açılabileceğinin, yani genel yetkili mahkeme ile varsa kanunen yetkili olan diğer özel yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kalkacağına, yasal karine olarak kabul edilmiş bulunması (HMK m.17, c.2), genel yetki kuralı ile kesin olmayan özel yetki kurallarının, yargı erkinin işleyişiyle ve dolayısıyla kamu düzeniyle herhangi bir bağ ve bağlantılarının olmadığını açıkça ortaya koyar ve sadece alelâde düzen hükümleri niteliği taşıdığı somut göstergelerini teşkil eder.

IV - Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Yargı Yeri Belirlenmesi (Merciî Tâyini) Kurumlarının Tabiî Hâkim İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Hâkimlerin tarafsızlığını sağlamada önemli bir araç işlevi gören hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması ve hâkimin reddi kurumlarına ilişkin düzenlemelerin, usul kanunlarında yer alması (HMK m.34-35; m.36-44), tabiî hâkim ilkesi ile çelişmez; aksine, bu ilkenin, etkin bir biçimde işlerlik kazanmasını sağlayıcı bir etki doğurur. Tabiî hâkim

ilkesiyle, hâkimin tarafsızlığı arasında, sıkı ve organik bir bağ vardır. Hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumları, hâkimin tarafsızlığının ve dolayısıyla vereceği kararın, objektif bir nitelik taşımasının en önemli güvencelerinden birisini oluşturur. Hâkimin tarafsızlığı bağlamında en ufak bir şüphe varsa, tabii hâkim ilkesi, kendisinden beklenenleri gerçekleştiremez. Çünkü, tabii hâkim, sadece, kanunla, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, görevi, yetkisi ve izleyeceği yargılama usulü tâyin edilmiş bulunan hâkim değil; bunun yanı sıra, taraflara, aynı zamanda, bağımsızlık, tarafsızlık ve objektiflik konusunda, güvence sunan hâkim konumundadır⁵⁸.

Usul kanununda, yargı yeri belirlenmesi (mercî tâyini) kurumuna ilişkin özel hukukî düzenlemelerin varlığının (HMK m.21-23), tabii hâkim ilkesi ile çeliştiği yönünde bir değerlendirmede bulunulması da mümkün değildir⁵⁹. Çünkü, yargılama faaliyetinin, kesintisiz bir biçimde güven içerisinde icrası ile mahkemenin, tarafsız ve objektif bir biçimde, adaleti tecelli ettireceği hususunda, taraflarda bir güven duygusunu uyandırabilmesinin temini için, yasal çerçevede, bu kuruma işlerlik kazandırılması ihtiyacı vardır.

V - Tabii Hâkim İlkesinin İhlâli Halinde İşlerlik Kazanabilecek Olan Yaptırımlar

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kararı veren mahkemenin teşekkülü, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş ise, ilk olarak, iç hukuk bağlamında tüm olağan kanun yollarının tüketilmesinden, yani, kararın şekli anlamda kesinleşmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda (anayasa şikâyetinde) bulunulması mümkündür. Çünkü, tabii hâkim ilkesinin ihlâli, aynı zamanda, yargılamaya ilişkin bir temel hak olan adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelir⁶⁰. Adil yargılanma hakkı da, anayasanın temel hak ve özgürlükler kısmında güvence altına alınmış (Anayasa m. 36,

⁵⁸ Centel N.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 34; Centel / Zafer, s. 552; Demircioğlu, s. 70.

⁵⁹ Centel / Zafer, s. 552, Kunter, s. 146.

⁶⁰ Özkes, s. 58.

I) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de kendisine açıkça vurgu yapılmış bulunan, yargılamaya ilişkin temel bir hak konumundadır. Dolayısıyla, tabii hâkim ilkesinin ihlâli halinde, verilmiş ve şeklen kesinleşmiş olan mahkeme kararına karşı, bu kararın şekli anlamda kesinleştiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde, bireysel başvuru yoluyla, Anayasa Mahkemesi'ne gidilebilir (6216 sayılı Kanun m. 47, V). Anayasa Mahkemesi, böyle bir başvuruyu, tabii hâkim ilkesinin kanun yolu denetiminde gözetilmesi gereken bir husus olduğunu gerekçe göstermek suretiyle, geri çeviremez. Yüksek mahkeme, kararı veren mahkemenin oluşumunun, tabii hâkim ilkesine aykırı olduğunu ve dolayısıyla, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş bulunduğunu tespit ederse, ihlâlin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını temin için, yeniden yargılama yapmak üzere, dosyayı ilgili mahkemeye gönderir (6216 sayılı Kanun m. 50, II). Burada, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi ile murad edilen, yargılamanın iadesi yolunun kapısının aralanmasıdır.

Kararı veren mahkemenin oluşumu, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş ise, iç hukuk yollarının tamamının tüketilmesi ve ihlâli tespit edici bir sonucun elde edilememesi kaydıyla, en son karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içerisinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması da mümkündür. Burada sözü edilen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilmesi için tüketilmesi gereken iç hukuk yollarının kapsamı içerisinde, olağan kanun yollarının yanı sıra, bu sürecin tamamlanmasından sonra işlerlik kazanan Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuruda bulunulması yolu da dahildir⁶¹. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu denenmeden, yani, bu yol tüketilmeden, doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat edilemez⁶².

Bireysel başvuru üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir kararıyla, bireysel başvuruya konu olan kararı veren yargı yerinin, tabii hâkim ilkesine aykırı bir biçimde oluşturulmuş bulunduğu hususu, sabit hale gelmişse, bu durumda da, yargılamanın

⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.948.

⁶² Özbey, Ö.: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s.406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.948.

iadesi yoluna müracaat edilmesi mümkündür. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde, verilen kararın, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş bir kararıyla tespit edilmiş olması, bir yargılamanın iadesi sebebi sayılmıştır. Adil yargılanma hakkı da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülmüş bulunan, yargılamaya ilişkin bir temel haktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bireysel başvuruya konu olan ve kararı veren ülke mahkemesinin oluşumunun, tabîi hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş bulunduğunu, kesinleşmiş bir kararıyla tespit etmiş bulunması, anılan milletlerarası sözleşme ile güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğinin tespiti anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla, bu durumda, ilgilinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendine dayanarak, yargılamanın iadesi yoluna müracaat etme imkânı mevcuttur.

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu karar üzerine, yargılamanın iadesi kurumuna işlerlik kazandırılmasında, hukukî yarar mevcuttur. Şöyle ki; tabîi hâkim ilkesinin ihlâli, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, adil yargılanma hakkının ciddî ve ağır bir biçimde ihlâli anlamını taşır⁶³. Çünkü, bu ilkenin ihlâli, adil yargılanma hakkının kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma ögesinin yanı sıra, onu karakterize eden, ona rengini veren hakkaniyete uygun yargılanma ögesinin de ihlâli anlamına gelir ve bütün ağırlığını, özellikle bu alanda hissettirir. Bireysel başvuruya konu olan kararı veren mahkemenin oluşumunda tabîi hâkim ilkesine bir aykırılığın bulunduğu hususu tespit edilmiş ise, böyle bir mahkemenin hâkiminin, bireysel başvuruya konu olan dava bağlamında, adil yargılanma hakkının bir ögesi olan hakkaniyete uygun yargılamayı gerçekleştirebilmesinin ön şartını teşkil eden "silahların eşitliği" ilkesine uygun bir davranış sergilediğinin söylenmesi pek mümkün olmaz; en azından, bu bağlamda, mutlaka giderilmesi gereken, ciddî, önemli ve haklılık temeli bulunan kuşkuvar mevcuttur.

⁶³ Bkz: yuk. s. 6-7.

Yargılamanın iadesi ile ilgili olarak, hukuk yargısı bağlamında tartışılması gereken diğer bir sorun da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 378. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Çünkü, yargılamanın iadesi istemini inceleyip karara bağlayacak olan yargı yeri, kesinleşmiş kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmuş olan mahkemedir. Halbûki, kararı vermiş olan bu mahkemenin oluşumunun, tabiî hâkim ilkesine aykırı bir biçimde gerçekleştirilmiş olduğu hususu, gerek Anayasa Mahkemesi'ne gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması üzerine, yani her iki ihtimalde de, bu mahkemelerin vermiş olduğu kararlarla sabit hale gelmiştir. Dolayısıyla, bu bağlamda, tekrar başa dönülmüş olacağı için, bir kısır döngü ortaya çıkar. Zira, sözü edilen halde, yargılama, yine, tabiî hâkim ilkesine aykırı şekilde kuruluşu gerçekleştirilmiş ya da görevlendirilmiş olan mahkemede yapılmak zorundadır ve bu durumda, ihlâlin giderilmesini engelleyici bir etki doğuracaktır⁶⁴. İhlâlden sonra, yapılacak olan bir değişiklik, yargı yerinin oluşumunda, kuruluşu ve görevi itibarıyla tabiî hâkim ilkesine aykırılığın giderilmiş olması, bu kısır döngünün ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Zira, yapılacak olan değişiklik, oluşumunda tabiî hâkim ilkesine aykırılık bulunan yargı yerini, değişikliğin ortaya çıkmasından sonraki evrede işlerlik kazanacak uyumsuzluklar bakımından tabiî hâkim ilkesine uygun hale getirir.

Olması gereken hukuk açısından, kararı veren mahkemenin oluşumunun, tabiî hâkim ilkesine aykırılık arzettiğinin, bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla sabit olması halinde, yani her iki olasılıkta da, -yapılacak olan yasal düzenleme ile, bundan sonra ortaya çıkacak uyumsuzluklarla ilgili yargılamalar bakımından, tabiî hâkim ilkesi ile ilgili tartışmaların giderilmesi hususu bir yana bırakılacak olursa - yargılamanın iadesi isteminin, hâlihazırdaki üst derece yargılaması bağlamında⁶⁵, karar süresinde temyiz edilmediği için kesinleşmiş ise,

⁶⁴ Pekcanitez - Anayasa Şikâyeti, s. 531.

⁶⁵ 5235 sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesi uyarınca, bölge adliye mahkemelerinin, yurt genelinde göreve başlayacakları tarih, henüz Resmî Gazete'de ilân edilmediği için, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan istinafa ilişkin hükümler fiilen işlerlik kazanamamıştır. 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenmiş bulunan geçici 3 üncü madde uyarınca, üst derece yargı-

temyiz edilse idi Yargıtay'ın hangi dairesi temyiz incelemesini gerçekleştirecek idiyse, o hukuk dairesince; süresinde temyiz edilmiş ve Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle kesinleşmiş ise, denetimi gerçekleştirmiş olan Yargıtay dairesi veya kurulunca, ilk derece mahkemesi sıfatıyla, karara bağlanacağı hususuna, yasal çerçevede açıkça işaret edilmesi zarurîdir.

lamamız, hâlihazırda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin hükümlerinin eklenmesinden önceki düzenlemeleri çerçevesinde, bu Kanun'da yer alan temyiz ve karar düzeltme ile ilgili kurallara tâbi bir biçimde cereyan edecektir. Olması gereken hukuk açısından öneri getirilirken, bu durum gözetilmiştir.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Bilgi - Belge Merkezi



Güvenilir ve doğru bilginin adresi

BERRAKLAŞTIRILAMAYAN BİR KAVRAM: “YARGISAL AKTİVİZM”

A TERM THAT CAN'T BE CLARIFIED: JUDICIAL ACTIVISM

Ozan ERGÜL*

Özet: Yargısal aktivizm Anayasa Mahkemesi'nin tartışmaya açık kararlarına eleştiri yöneltenlerin sıklıkla başvurduğu bir kavramdır. Kavramı eleştiri ve değerlendirmelerde kullananlar yargısal aktivizmin nesnel bir kavram olduğu ve dolayısıyla eleştirilerinin de öznel değer yargılarından bağımsız olduğu izlenimi yaratmaktadır. Bu ise, eleştirinin haklı ve bilimsel açıdan doğru olduğuna inanılmasını sağlamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde yargısal aktivizm kavramıyla ilgili derin bir inceleme yapılmamıştır. Bu çalışmada, yargısal aktivizmin bir yargı kararına yönelik eleştiride kullanılmasında, o eleştiri yapanın değer yargılarını da içselleştiren bir kavram haline dönüştüğü ileri sürülmektedir. Ayrıca, yargısal aktivizmin ne anlama geldiğini daha iyi anlayabilmek için göz önünde tutulması gereken diğer bir doktrin olarak yargının sınırlılığı da incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal aktivizm, yargının sınırlılığı, Anayasa yargısı, yargısal davranış, yargısal tutum, anayasal demokrasi

Abstract: Judicial activism is a term which is used often by those who criticize the controversial judgments of the Turkish Constitutional Court. The main reason for referring to this term seems to be that it makes the impression of an objective criticism free of subjective prejudice. Therefore the critics are believed to be legitimate and accurate. However, the Turkish doctrine has not deeply surveyed the term judicial activism until recently. In this article it is claimed that the term judicial activism inherently refers to the subjective beliefs of the person using it when directing a criticism to a judicial decision. On the other hand, believing that it is impossible to conceive the term judicial activism without considering the doctrine of judicial restraint, this latter term is also studied.

Keywords: Judicial activism, judicial restraint, Constitutional review of legislation, judicial attitude, constitutional democracy

* Yrd. Doç. Dr., TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi. Bu makale Kıbrıs Yakın Doğu Üniversitesi'nde 19-20 Mayıs 2011 tarihlerinde gerçekleştirilen “Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi” konulu Kamu Hukukçuları Platformu toplantısında sunulan tebliğin genişletilmiş halidir.

I. YARGISAL AKTİVİZM NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Yargısal aktivizm Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili değerlendirmelerde sıkça kullanılan bir tabirdir. Ne zaman Anayasa Mahkemesi'nin tartışılan bir kararı olsa, Anayasa Mahkemesi hemen yargısal aktivizm sergilemekle eleştirilmiştir. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşım ve kararlarını yargısal aktivizm üstünden değerlendiren eserlere rastlamak da mümkündür.¹ Ergun Özbudun'un yakın tarihli bir çalışmasında da Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi ele alınmıştır.² Özbudun söz konusu çalışmasında, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde işlettiği ve 1982 Anayasası döneminde de sürdürdüğü anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimini, siyasi parti yasaklarına yaklaşımını, özelleştirme politikalarına set çekmeye çalışmasını, türbanı yasaklayan kararlarını ve Cumhurbaşkanı seçiminde nitelikli toplantı yetersayı gerektiğini belirten meşhur "367 kararı" aktivizm örnekleri olarak ileri sürmekte ve eleştirmektedir. Özbudun'a göre, "Anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde yargısal aktivizm oldukça sık rastlanılan bir durum olmakla beraber sorun, Türkiye'de özel bir ağırlık kazanmaktadır. Çünkü Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizmi, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir."³

Anayasa Mahkemesi ile ilgili genel bir çalışmada dahi kullanılabilen "yargısal aktivizm" ne anlama gelmektedir? Şüphesiz, yargısal aktivizmi anlamanın, tek başına bu kavramı mercek altına almakla bir yere kadar mümkün olduğunu da vurgulamak gerekmektedir. Yargısal aktivizmin ne anlama geldiğini tespit edebilmek için, onun karşısı "yargının sınırlılığını" (judicial restraint) da ele almak zorunlu görünmektedir.⁴

¹ Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, (2009).

² Özbudun, Ergun, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu'ya Armağan), Cilt: 62, Sayı: 3, (2007), ss. 258-68.

³ *Ibid.*, s. 264.

⁴ "Judicial restraint" karşılığı olarak zaman zaman "yargısal sınırlılık" teriminin tercih edildiği görülsede, burada ifade edilmek istenen yargı organına ait olan, diğer bir deyişle yargısal olan yetkinin sınırlı oluşu değil, daha çok yargının kendi kendine koyduğu sınırlar olduğu için "yargının sınırlılığı" ifadesini tercih etmekteyiz.

Öncelikle yargının sınırlılığı bir ortak hukuk (common law) kurumudur. Yargısal aktivizm ise, anayasal siyaset ekseninde Amerikan hukukunda görece yeni ortaya çıkmış, son derece tartışmalı ve hala da ne anlama geldiği konusunda net bir doktrin geliştirilememiş bir terimdir. Aslında, yargısal aktivizm, doğası gereği ne olduğu ortaya konamayacak bir terimdir. Özellikle, Amerikan Anayasa Hukuku'nda sıklıkla kullanılan bu kavramları ele alan kitaplar yanında, söz konusu terimlerin ya da daha doğrusu bu terimlerin kullanılma biçimlerinin eleştirildiği çalışmalar da dikkat çekmektedir. Bu nedenle, öncelikle bu terimlerin ne anlama geldiğine ilişkin açıklamalar yapmakta yarar bulunmaktadır.

Bu iki terim de yargısal davranışları açıklamakta başvurulan terimlerdir. Bununla birlikte, kullanılma biçimleri hakim siyasal atmosfere göre değişmektedir.⁵ Dolayısıyla, bu iki terim, belli bir mahkeme kararını yorumlayan kişinin (siyasal) görüşüne göre şekil verebildiği bir oyun hamuruna benzetilebilir. Amerikan hukukunda "*aktivist mahkeme*" (activist court) tabiri genel olarak, yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan ya da onları değiştiren, diğer bir deyişle "*kürsüden yasa yapan*" mahkeme için kullanılmaktadır. Buna karşılık, "*sınırlı mahkeme*" (restraint court) tabiri, emsal kararlara (precedent) uyan, sosyal siyasa üretimi işine girişmeyen mahkeme için kullanılmaktadır.⁶ Bu genel tanımlamanın bir sonucu olarak, çok da doğru olmayan bir biçimde, muhafazakar mahkemeler sınırlı (restraint), liberal mahkemeler ise aktivist (activist) olarak değerlendirilmişlerdir. Bugün, Amerikan anayasal siyasetinde sağda aktivist (activist on the right) mahkeme tabirinin sıklıkla kullanılması, "*muhafazakâr-sınırlı*" ve "*liberal-aktivist*" eşleşmesinin her zaman isabetli olmayabileceğini, ya da en azından böyle bir eşleşme zorunluluğunun bulunmadığını anlatmaktadır. Gerçekten de, muhafazakar eğilimli Baş Yargıç Rehnquist döneminin mah-

⁵ Banks, Christopher ve O'Brien, David, Courts and Judicial Policymaking, Pearson Prentice Hall, (2008), s. 328. Ayrıca, konuya ilişkin eserinde Kermit Roosevelt, bir yargısal aktivizm teorisi geliştirmeye çalışmadığını, çünkü uygulamada "*aktivist*"in, "*kişilerin katılmadıkları kararları ifade etmek için kullandıkları retorik yükü*" bir terim haline geldiğini ifade etmektedir. Bkz. Roosevelt, Kermit, The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions, Yale University Press, (2006), s. 3.

⁶ Banks ve O'Brien, (2008), s. 328.

kemesi, muhafazakar ama aktivist olmakla eleştirilmektedir.⁷ Çünkü söz konusu dönemde Amerikan Yüksek Mahkemesi, Cumhuriyetçi muhafazakâr eğilimli politikaları ayakta tutmak için federalizm, ceza yargılaması ve kongrenin yetkileri gibi konularda "aktivist" bir tutum takınmıştır.⁸ Dolayısıyla, değerlendirmeyi yapan kişinin görüşüne göre, "olması gerekenin" dışına çıkan mahkeme kararları ve söz konusu karara imza atan yargıçlar "aktivist" olarak etiketlenebilmektedir.⁹

Şüphesiz, aktivizm eleştirilerinin ülkemizde itibar görmesinin önemli nedenlerinden birisi, atanmış bürokratlar olarak görülen yargıçların, seçilmişlerden oluşan parlamentonun ve çok dillendirilmese de onu hakimiyeti altında tutan siyasi iktidarın siyasa tercihlerini etkisiz kılmasının, demokratik yönetim ilkesi ile bağdaşmadığı iddiasıdır. Böyle bir temellendirme karşısında, Mahkeme'yi ya da kararını savunmak bir yana, karara teknik olarak katılmadığınız durumlarda girişilebilecek "kararınun sebeplerini anlama" çabası dahi, anti-demokratik eğilimli Mahkeme'yi savunmak olarak nitelendirilme riskini taşıyabilir. Bu inşası kolay ama yıkılması zor iddia, aktivizm taraftarı olmayı olanaksız ya da güç hale getirmektedir. Bir kişi, "temel hak ve özgürlükleri korumak için aktivizm" tezinin doğruluğuna inanmasına rağmen, "Mahkeme'nin seçilmiş organlar üzerindeki tahakkümü" fikrine yakın durduğunda, kendisini temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan ya da böyle bir amaca elverişli olan mahkeme kararlarını eleştirirken bulabilir. Bu nedenle olsa gerek, "yargının sınırlılığı", ya da "sınırlı yargı" yaklaşımı "demokratik yönetim" ilkesine daha yakın görünmekte ve savunulması daha kolay olmaktadır.

Yargısal aktivizmin, belli bir an itibarıyla subjektif yargılara dayanması gerçeği bir yana, zaman içinde değişen subjektif yargıların varlığı da ayrıca durumu ilginç kılabilir. Amerikan anayasal tarihinde, "yargısal aktivizm" tartışmalarının yaşandığı en bilinen örneklerden

⁷ Başyargıç William Rehnquist, 1986 yılında Federal Yüksek Mahkeme'de göreve başlamış ve vefat ettiği 2005 yılına kadar görevini sürdürmüştür.

⁸ Bu konuda yazılmış bir eser için bkz. Schwartz, Herman (ed.), The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right, Hill and Wang, (2002).

⁹ ABD'de çok satanlar listesine giren bir kitapta da bu görüşlere rastlanmaktadır. Bkz. Mark Levin, Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America, Regnery Publishing, (2005). Bu eserin yazarına göre "yargıçlar kişisel önyargılarını ve inançlarını toplumun geri kalanına dayatmak suretiyle anayasal yetkilerini suistimal etmişlerdir". Levin, (2005), s. 10.

birisi, *Brown v. Board of Education* davasında Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu karardır. Yüksek Mahkeme bu kararıyla, "ayrı ama eşit" ilkesi çerçevesinde siyah ve beyaz ırktan çocukların farklı devlet okullarında eğitim almalarının zorunlu kılınmasını anayasaya aykırı bulmuştur.¹⁰ Bu kararın verildiği 1953 yılında, karara yönelik eleştirilerin başında kararın "katıksız bir aktivizm" örneği olduğu iddiası gelmekteydi. Çünkü bu iddia sahiplerine göre, söz konusu karar ahlaken ve siyaseten savunulabilirse de, Anayasa'ya dayandırılması olanaksızdı. Oysa bugün, Yüksek Mahkeme'nin bu kararı çok eleştirilmemektedir. Ama bu kararın geçersiz kıldığı, "eşit ama ayrı" ilkesini ortaya koyan daha önceki tarihli *Plessy v. Ferguson* davası eleştirilebilmektedir.¹¹ Bu durum, aktivizmin, kişiden kişiye olduğu kadar, zaman içinde de değişebilen yargılara eşlik ettiğini bize göstermektedir. Bu çerçevede ülkemizde "temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından" Anayasa'ya aykırı müdahaleleri en kısa yoldan engelleyebilecek "yürürlüğü durdurma" yetkisinin Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmasının, sadece ortaya çıkış biçimi nedeniyle hala eleştirilebilmesi ilginçtir. Genel olarak bugün yürürlüğü durdurma yetkisinin haklılığı üzerine eleştiri olmamasına rağmen, "aktivizm" yaklaşımı, yetkinin kullanılmaya başlanmasının üzerinden yirmi yıl geçmesine rağmen eleştiriye "haklı" gösterebilmektedir.

Sorun "yargısal aktivizmin" ister istemez sübjektif yargılara kaynaklık etmesi ile de bitmemektedir, çünkü aktivizm ithamlarının altında, somut kararların hatalı olduğunun iddia edilmesinden daha fazlası yatmaktadır. Söz konusu olan basit bir hata değil, yargıcın Anayasa'yı savunma görünümünü altında kendi görüşlerini bilerek ve isteyerek dayatmasıdır. Bu nedenle, aktivizm iddiaları, en azından anayasanın "açık" bir cevap barındırdığı iddiasını da içerir.¹² Bazı durumlarda ise, zaman zaman ülkemizde de dile getirildiği gibi Anayasa'da "açıkça tanınmamış" bir yetkinin Mahkeme tarafından kullanıldığı iddia edilebilmektedir.

Bu sorunu çözmek için başvurulabilecek yollardan birisi, Anayasa'nın açık anlamına sadık kalmaktır. Ne var ki, anayasalar

¹⁰ O'Brien, David, Storm Center - The Supreme Court in American Politics, 6th ed., Norton, (2003), s. 322-3.

¹¹ Roosevelt, (2006), s.14.

¹² *Ibid.*, s.15.

nadiren böyle açık hükümler içerirler. Anayasa hükmünün ne anlama geldiği veya ne tür bir hukuki sonuç doğurması gerektiği konusundaki belirsizlik nedeniyle sorunun çözümü güçleşebilir. Anayasa Mahkemesi'nin, kanunun ve Anayasa'nın anlamını ortaya koymak için yaptığı yorumlar da benzer eleştirilere muhatap olabilmektedir. Ancak, benzer bir biçimde, Anayasa Mahkemesi'nin "açık anlam" olmayan yerde açık anlamı bulmasını beklemek de haksızlık olarak değerlendirilebilir. Bu durumun bir sonucu olarak "aktivizmin" ne olduğunu tanımlamak daha da güç hale gelmektedir.

"Yargısal aktivizm" fikri, yargısal aktivizm teriminin ortaya çıkmasından çok önce var olan bir fikirdir. Yirminci yüzyıldan önce hukukçu akademisyenler yargıçların pozitif hukuk yaratmalarına atfen "yargısal yasama" terimini kullanmaya başlamışlardı. Blackstone'un yargının yasa koymasını ortak hukukun en güçlü özelliği olarak övmesine karşı, Bentham bunu yasama yetkisinin gasp edilmesi ve bir maskaralık ya da "zavallı bir safsata" olarak görmüştü.¹³

Yargısal aktivizm terimi ABD'de ilk kez, akademik niteliği bulunmayan bir dergide hukukçu olmayan bir yazar tarafından kaleme alınan bir makalede kullanılmıştır. Ocak 1947'de Fortune dergisinde çıkan makalesinde Arthur Schlesinger isimli bir yazar, "yargısal aktivizm" terimini ilk kez kullanan kişi olarak kabul edilmektedir. Doktor bir tanımlama çalışmasına girişmemekle birlikte, yazarın kayda değer değerlendirmeleri bugün de geçerliliğini korumaktadır.¹⁴ Schlesinger makalesinde bazı yüksek mahkeme yargıçlarını aktivist, bazılarını sınırlılık yanlısı ve bazılarını da ortada diye sınıflandırmıştır.

Schlesinger'e göre aktivistler hukuk ve siyasetin ayrılmazlığına inanıyorlardı. Onlar, yargı kararlarını "sonuç odaklı" görüyordu çünkü hiçbir sonuç önceden öngörülmemiş değildi. Bu açıdan bakıldığında, Frankfurter ya da Jackson gibi yargıçların yargısal sınırlılık ideali daha çok sorumluluktan kaçma gibi görünüyordu.¹⁵ Yargıç Frankfurter'in

¹³ Kmiec, Keenan D., "The Origin and Current Meaning of Judicial Activism", California Law Review, Vol. 92, (2004), s.1444.

¹⁴ *Ibid.*, s.1446.

¹⁵ Felix Frankfurter Yüksek Mahkeme'de 1939 ile 1962 yılları arasında görev yapmış ve yargının sınırlılığına olan inancıyla tanınan Baş Yargıçtır. Metin içinde Ergun Özbudun'un atfı nedeniyle, Frankfurter'in yargının sınırlılığı tezine değinilecektir. Robert H. Jackson ise 1941 - 1954 yılları arasında Mahkeme'de göre yapmış

yargısal sınırlılığın manifestosu niteliğindeki görüşleri bu bağlamda aktivistlerin hedeflerinden biriydi. Yargıç Frankfurter'ın yargısal sınırlılık tezini savunan ve sıkça alıntılanan görüşü şöyledir: *"Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu 'bir kanun' haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır".*¹⁶

Frankfurter ve Jackson gibi yargıçlar özünde *"yasama iradesine uyma adına, ister sağda, isterse solda olsun yargının üstünlüğüne karşı çıkmaktadırlar ve bunun yerine kuvvetler ayrılığı ve demokratik sürece dayanmaktadırlar. Yargısal sınırlılık taraftarlarına göre, yasama hata yapmış ise, onu telafi edecek olan yasamanın kendisidir. Aksi bir yaklaşım, mahkemelerin hatalarını düzelteceğini düşünen yasama organının sorumsuz davranmasına ve demokrasimizin zayıflamasına sebep olacaktır."* Yine sınırlılık yaklaşımı, hukukun siyaset olmadığı paradigmasına dayanır. Bu yargıçlar, ortak hukukun, yasaların ve anayasanın boş damarlar olduğuna inanmaktaydılar. Bunların sağladığı anlamlar ve doğru yanıtlar bulunmaktadır. Yine bu denli önemli bir diğer husus, mantıklı herkesin farklı adalet tasarımları olabileceğinden, bir kişinin diğerlerini kendi görüşünü dayatmasının doğru olmamasıdır. Bu yöndeki herhangi bir girişim, *"demokratik süreci tehlikeye sokan bir yargısal despotizm olacaktır."*¹⁷

Aktivistlere göre hukuki statükoya *"uymak"* (deference), o statükodan yararlanma amaçlı menfaatleri kayırmak anlamına geliyordu. Schlesinger'e göre, yargısal aktivistler şöyle düşünmekteydi: *"Mahkeme siyasetten kaçınamaz, bu nedenle onun sosyal amaçlar için yargısal yetkisini kullanmasına izin verin."* Yargısal sınırlılık, en iyimser görüşle

burada anılan *Brown v. Board of Education* davasındaki meşhur muhalefet şerhi ile tanınan yargıçtır.

¹⁶ Koopmans, Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, (2003), s. 51-2. (Çeviri, Özbudun (2007), s. 258' den alınmıştır).

¹⁷ Kmiec, (2004), s.1447.

bir "seraptır". Schelesinger'e göre, yargısal sınırlılık taraftarları, yargıçların adalet tasarımına şüphe ile yaklaşmaktadırlar. Onlara göre, yasaların belli anlamları vardır ve hangi grubun menfaatine olduğuna bakmaksızın bu anlamlardan sapmamak gerekir.¹⁸

Schlesinger makalesinde farklı görüşleri bir diyalogda karşı karşıya getirir. Ancak, yargısal sınırlılık tezi, "kendini inkar" olarak diyalogda yer almaktadır. Bu ilginç kurmaca diyalog şöyledir:

"Bu nedenle "kendisini inkar" şöyle dedi: Yasama organı yasayı yaptı; onu almasına da izin ver. "Yargısal aktivizmin" yanıtı şöyledir: gerçek hayatta yasama o yasayı geri almayacak – en azından savunmasız insanlara, muhtemelen telafisi olanaksız zararlar gelmeden bunu yapmayacaktır; bu nedenle Mahkemenin harekete geçmesi gerekir. "Kendisini inkar" yanıt verir: yaptığın tamamen bizim eski Mahkeme'yi¹⁹ kınamamıza sebep olanın aynısı; yargısal kötüye kullanmadır bu yaptığın. Aktivizm yanıtlar: zayıf durumdakilerin korunması veya temel insan haklarının güvence altına alınması için giderek muhafazakârlaşan seçmene güvenemeyiz; kendimiz müdahale etmediğimiz takdirde Anayasa'nın ruhuna ve amacına ihanet etmiş oluruz."²⁰

Görüldüğü gibi, bu diyalogda yargısal aktivistin dile getirdiği aslında anayasal demokrasi tasarımıdır ve bir bakıma çoğunlukçu demokrasi anlayışına karşı duruşu sergilemektedir.

Zaman içinde yargısal aktivizmin farklı tanımlamaları gelişmiştir. Bunların başında yargısal aktivizmi, bir mahkemenin "diğer organların tartışmalı anayasal işlemlerini geçersiz kılması" olarak kabul eden tanımlama gelmektedir. Gerçekten de, ABD'de bazı hukukçu akademisyenler, yasama işlemlerinin yargı tarafından geçersiz kılınmasını genellikle "yargısal aktivizm" olarak tanımlamaktadırlar. Bir yazarın belirttiği gibi, "En geniş anlamıyla yargısal aktivizm, mahkemenin usule uygun olarak yapılmış bir yasayı müdahalede bulunarak geçersiz kılmasıdır."²¹ Ancak bu tanımlama sorunludur. Söyle ki, bir mahkeme usul yönünden

¹⁸ Ibid., s.1447.

¹⁹ Burada "Eski Mahkeme" ile anlatılmak istenen, Amerikan siyasi yaşamının en sorunlu dönemlerinden birisi olan Yeni Düzenin (New Deal) hayata geçirilmesini önce engelleyen, ama sonradan Yeni Düzen'in öngördüğü sosyal politikalarla ilgili katı tutumunu terk eden Mahkeme'dir.

²⁰ Kmiec, (2004), s.1448-9.

²¹ Jones, Greg, "Proper Judicial Activism", Regent University Law Review, Vol. 14, (2002), s.141-43.

değil ama esas yönünde açıkça anayasaya aykırı bir yasayı geçersiz kılsaydı, hiç kimse o mahkemenin yargısal aktivizm sergilediğinden söz etmeyecekti. Bu nedenle “*yargısal aktivizm*” yargısal denetimle eş anlamlı olamaz. Bu nedenle Sunstein, tanımını sadece anayasaya uygunluğu tartışmalı yasaların geçersiz kılınması olarak daraltmaktadır. Sunstein’e göre Anayasa belirsizlikler barındırır ve bunların yaratacağı tartışmalar makul bir biçimde çözümlenmelidir.²²

Lino Graglia da yargısal aktivizmi şöyle tanımlamaktadır: “*yargısal aktivizm ile söylemek istediğim çok basit ve özgül bir biçimde, diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasa tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir.*”²³ Diğer bir deyişle, Mahkeme Anayasa’nın açık sınırlarının dışına çıkıp diğer devlet organlarının işlemlerini yasakladığında “*yargısal aktivizm*” sergilemiş olur.²⁴

Bu aktivizm anlayışı çerçevesinde uygun yargısal karar ile yargısal aktivizm arasındaki fark, haliyle kişinin anayasadan ne anladığına göre değişmektedir. Graglia’nın ifade ettiği “*anayasa’nın açıkça yasaklamadığı*” konular üzerinde anlaşılmadığı sürece, bu konuda anlaşmak da mümkün görünmemektedir.

Yargısal aktivizmin ikinci anlaşılma biçimi, yargı kararlarında emsal (benzer konuda verilmiş önceki tarihli içtihadı) görmezden gelmektir. Burada da, ortak hukuk kültürünün emsal hukukuna verdiği önem belirleyici rol oynamaktadır. Ancak, emsal kararların *stare decisis* kurumu çerçevesinde bağlayıcılığı, iki başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki, alt derece mahkemelerinin kontrol amaçlı emsalle bağlı olması anlamına gelen “*dikey emsaldir*”. Üst derece mahkemesinin bir emsal nitelikteki kararını alt derece mahkemesinin reddetmesi, yargısal aktivizm olarak kabul edilebilmektedir.²⁵

“*Yatay emsal*” doktrini ise, bir mahkemenin “*benzer davalardaki kendi içtihadına uymasını*” ifade etmektedir. Bazı durumlarda yatay emsalin

²² Kimiec (2004), s. 1463’den naklen; Sunstein, Cass R., Editorial, Taking Over the Courts, N.Y. Times, Kasım (2002), s. 19.

²³ Graglia, Lino A., “*It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism*”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, (1996), s. 296.

²⁴ Kimiec, (2004), s.1465.

²⁵ *Ibid.*, s.1466-67.

terk edilmesinin yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bir mahkemenin daha önceki hatalı kararına uymasını beklemenin, anayasaya aykırılıkta ısrar etmek anlamına gelebileceği durumlarda içtihat değişikliği iyi bir uymama hali olarak nitelendirilebilir. Diğer bir deyişle, hatalı içtihattan dönmek anayasaya uygun karar vermek olabilir.²⁶

Yargısal aktivizm görüşünün en baskın ortaya çıkış biçimlerinden bir diğeri, yargıçların kürsüden yasa yapmalarına işaret eden "yargısal yasama" durumundaki "yargısal aktivizmdir." Bu görüş, ana hatları itibariyle, mahkemelerin yamasa organına göre siyasa üretimine daha az ehil olduğunu savunan bir görüştür.²⁷

Bu görüşün zayıf noktası ise, yasamaya müdahale olarak görülen kararlardan bir kısmının sonradan genel kabul görmüş olmalarıdır. Amerikan hukukunda bu konudaki ilginç örneklerden birisi *Miranda v. Arizona* kararıdır. Baş yargıç Warren döneminde verilmiş olan *Miranda v. Arizona* kararı, verildiği tarihte aktivizm örneği olarak eleştirilmesine rağmen, polisin zorunlu olarak şüpheliye ihtarda bulunması gerektiğine hükmeden bu karar, sonradan hem Amerikan toplumu, hem de polisi tarafından benimsenmiştir. Hatta Yüksek Mahkeme de, bu duruma sonraki bir kararında atıfta bulunmuştur. Bu örnek de göstermektedir ki, aktivist eleştirisi neyin iyi, neyin kötü olduğunu açıklamaktan uzaktır.

Son olarak yargıçlar belli bir amaca ulaşma odaklı hareket ettiklerinde de aktivist olarak nitelendirilebilmektedirler. Burada ifade edilen aktivizm diğerlerinden farklıdır, çünkü içinde kast unsuru da barındırmaktadır. Diarmuid O'Scannlain bu anlamda aktivizmi şöyle tanımlamaktadır: "Yargısal aktivizm basitçe siyasal organlara uymama hatasında bulunma veya öngörülebilirlik ve yeknesaklık kurallarından intikam alma anlamına gelmez; sadece gayri resmi başka bir amaç için böyle bir hatada bulunma anlamına gelir."²⁸ Diğer bir deyişle bu görüşe göre bir karar şu hallerde aktivisttir: a- bir yargıç gizli bir saikle kural koyduğunda; b- karar doğruluğun bazı temellerinden ayrıldığında. Dolayısıyla kararın ne kadar aktivist olduğu, temelden ne kadar uzaklaştığına bağlıdır.

²⁶ *Ibid.*, s.1468.

²⁷ *Ibid.*, s.1471-72.

²⁸ *Ibid.*, s.1476' dan naklen, Diarmuid O'Scannlain, On Judicial Activism, Open Spaces Quarterly, Volume 3, No: 1.

Bununla birlikte, bizzat yargıç O'Scannlian'ın da ifade ettiği gibi, soyut bağlamda çok cazip görünen bu tanımlama, bütünlük içermemektedir: *"yargısal aktivizm, her zaman çok rahat bir biçimde tespit edilemez, çünkü yargısal aktivizmi eleştirirken ileri sürülenler ya sübjektiftir, ya da açık ve somut tanımlar sunmaktan uzaktır."*

Başka yazarlardan da yargısal aktivizmin boyutlarına ilişkin değerlendirmeler, ya da bu kavrama ilişkin tanımlama çabaları bulmak mümkündür. Örneğin, Bradley Canon'a göre yargısal aktivizmin altı boyutu ve anlamı şöyledir:

1. Çoğunlukçuluk: demokratik süreçler sonucunda kabul edilmiş siyasaların yargı tarafından etkisiz hale getirilmesinin derecesini;
2. Yorumlama İstikrarı: daha önceki mahkeme kararları, doktrinler veya yorumların değiştirilme ölçüsünü;
3. Yorumlamada Sadakat: anayasa hükümlerinin onları kaleme alanların açık niyetlerinin ya da kullanılan dilin açık anlamının aksine yorumlanmasının ölçüsünü;
4. İçerik/Demokratik Süreç Ayrımı: yargı kararlarının demokratik siyasal süreçlerin korunması yerine maddi siyasaları yaratmasının ölçüsünü;
5. Siyasanın Belirlenebilirliği: yargı kararının diğer kurum ve bireylere takdir hakkı bırakmak yerine siyasaı kendisinin yaratmasının ölçüsünü;
6. Alternatif Bir Siyasa Yapıcının Bulunması: aynı sorunun başka devlet kurumları tarafından ciddi biçimde ele alınmasının yargı kararı ile engellenmesinin ölçüsü.²⁹

Boyutları ile ilgili bu açıklamalara rağmen yargısal aktivizm yargı kararlarına kolaylıkla uygulanamayan bir terimdir. Bunun başlıca nedeni, yargısal yorumun ve onun algılanma biçiminin ister istemez muğlak olmasıdır: *"bir yargıcın yorumladığı kelimeler, içine hemen istediği her şeyi koyabileceği boş kanallardır."*³⁰

²⁹ Banks ve O'Brien, (2008), s. 328'den naklen; Canon, Bradley C., "Defining the Dimensions of Judicial Activism", *Judicature* (December/January) 1983, s. 236-39.

³⁰ Roosevelt, (2006), s. 5.

Kermit Roosevelt eserinde, yargısal aktivizm çerçevesinde yargıya ilişkin subjektif değerlendirmelerin nasıl genel geçer bir doğruymuş gibi dile getirildiğini kanıtlayan bir anekdot aktarmaktadır. ABD Başkanı Bush, 2005 yılında Yüksek Mahkeme üyesi Sandra O'Connor'dan boşalan koltuğa önce Beyaz Saray danışmanı Harriet Miers'ı önermiş, Miers hukuki tecrübesinin azlığı nedeniyle muhafazakarlardan bile onay görmeyince, adayı geri çekip yerine Samuel Alito'yu aday göstermiştir. Başkan Bush her iki adayını da *"insanların iradesini değil, hukukun gereğini yapacaklar"* diye savunmuştur. Başkan Bush'a göre Yüksek Mahkeme adayı Alito, *"yargıçların, kendi tercih ve önceliklerini insanlara dayatan değil, hukuku yorumlamayan kişiler olduğunu anlamaktadır."* Dahası adayı mülakata tabi tutan senatörler de *"yasa ya da anayasaya dayanmayan kararlardan"* şikayet etmektedirler. Kermit Roosevelt işte bu anekdot ile ilgili olarak şu tespiti yapmaktadır: Aktivizmin ne olduğu konusunda anlaşılmıyorsa, aktivizmin kötü olduğu konusunda anlaşmamız hiçbir şey ifade etmez.³¹

Roosevelt, yukarıda Kimiec'in makalesinde ele alınan ama değinmeyi burada uygun gördüğümüz bir başka aktivizm tanımı çerçevesinde yargıçların yerleşik yorumlara aykırı kararlar vermesini de ele almaktadır. Roosevelt'in de ifade ettiği gibi, Mahkeme aslında kelimelere hayat vermektен ziyade, doktrin yaratmakta ve incelediği işlemin Anayasaya değil doktrine uygunluğunu denetlemektedir. Nitekim, meşru mahkeme kararını *"anayasaların açık hükmünü"* uygulayanlara indirgediğimizde, modern mahkeme kararlarının hiçbirinin meşru sayılmaması gibi bir sonuçla karşı karşıya kalırız. Fakat bazı doktrinler meşru görüldüğü için hiç kimse mahkemeyi eleştirmekte bu denli ileri gitmemektedir. Önemli olan bir doktrini neyin meşru kıldığıdır. Bu çerçevede mükemmel uygulama, anayasanın açık anlamının doğrudan uygulanması gibi yanlış bir inanış olarak betimlenmektedir.

Roosevelt, aktivizm yerine meşruiyet fikrini koymaktadır. Buna göre, *"bir Yüksek Mahkeme kararının meşru olması, eylemini denetlediği devlet organına – duruma göre Başkan, Kongre ya da federal hükümet ve yahut eyalet yasama meclisleri olabilir bunlar – uymak ya da uymamak noktasında Mahkeme'nin makul bir pozisyon almış olmasını ifade eder. Kararın meşruiyeti, anayasanın o kararı zorunlu kılması anlamına gelmediği gibi,*

³¹ *Ibid.*, s. 2.

Mahkeme'nin önündeki sorunun tek çözümünün o olduğu anlamına da gelmez. Fakat tercih edilen çözümün kabul edilebilir bir yargısal davranış olduğunu ve Mahkeme'nin bundan dolayı kınanamayacağını ifade eder."³²

Bu saptama isabetli görünmektedir, çünkü çoğu kez bizler de Mahkeme'yi eleştirinin ötesinde kınamayı seven bir hukuk camiasına sahibiz. Kabul edilebilir bir yargısal davranış olup olmadığını bir kenara bırakıp, sonucu itibarıyla beğenilmeyen kararlara yapııştırılan "aktivist" etiketi, benzer bir çözüm önerisinin ülkemizde de değerlendirilmesinin yerinde olacağını düşündürmektedir. Bunun yanında, "sınırlı" yargı uygulaması olarak değerlendirilebilecek bazı kararların eleştirilmek bir yana, açık ya da örtülü bir övgüyle karşılanması işi iyice içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Bu noktada, kararların siyasi sonuçlarına katılıp katılmamanın karara yönelik eleştirileri tetiklemesi de sadece ülkemize özgü değildir. Muhafazakar bir Amerikalı politikacının Yüksek Mahkeme'den şikayeti ile bir Türk siyasetçisinin Anayasa Mahkemesi'nden şikayeti bu anlamda da şüphesiz benzerlik taşımaktadır.³³ Akademisyenler cephesinde de durum bazen bundan çok farklı görünmemektedir.

³² Roosevelt, (2006), s. 3. Bir Amerikalı Yargıç Frank Johnson da 1979 yılında verdiği bir konferansta şöyle bir saptama yapmaktadır: "Bugün, Cumhuriyetin ilk yıllarında olduğu gibi, federal yargıçların, hukukta emsal içtihadı ve öngörülebilirliği bir kenara bırakarak ve Anayasa'daki muğlak terimleri kullanarak kendi adalet mantıklarını topluma dayatmak suretiyle Kongre'nin ve eyaletlerin yetkilerini gasp ettikleri iddia edilmektedir. 1819'da, konu Amerikan Merkez Bankası ve Başyargıç da John Marshall idi. O günün sloganı "keyfi iktidar" olmuştu. Spencer Roane "Hamden" makalelerinde Yüksek Mahkeme'yi "yasama yetkisini üstlenmekle" itham etmişti. Ona göre Mahkeme, "devleti değiştirme yetkisini kendinde görmekteydi. 1861'de konu habeas corpus ve Baş Yargıç da Roger Taney idi. O günün sloganı "tiranlık" dı. The New York Tribune gazetesi, yargının iktidarını insanlığı etkileyen "en sinsî, en tahammülsüz ve tehlikeli" iktidar olarak ilan etmişti. Bundan yirmi yıl önce, konu ırk ve slogan da "Earl Warren'ı suçlandırın" idi. Bugün, Mahkeme'de yeni yüzler ve yeni konular bulunmakta. Fakat yeni slogan, eski mesajı iletmekte. Dikkat buyurun, eleştiri sahipleri bugün "Emperyal Yargı" dan söz etmekte. / Bu eleştiri korusu federal mahkemeler üstünde değerli bir denetim işlevi görebilirler. Fakat, bu denetim anayasadan kaynaklanmayan ve mantıksal bir tutarlılığı olmayan bir denetimdir. Vurgulamak istediğim nokta, yargısal aktivizmin, yargı yetkisinin kötüye kullanılması ile eş tutulamayacağıdır. Bkz. Frank M. Johnson, "In Defense of Judicial Activism", Emory Law Journal, Vol. 28, (1979), s. 901-2.

³³ Stalin'in "Ölüm her şeyin çaresidir: adam yoksa, sorun da yok" sözüne atıfta bulunup, mahkemelerden şikâyetini bu uygunsuz sözlerle ifade etmeye kalkanların ülkemizde olmamasına şükretmeliyiz! İlginçtir, 2005 yılında ABD'nin Başkentinde gerçekleştirilen bir konferansta bir araya gelen Mahkeme muhaliflerinden birisi, işi bu noktaya kadar götürmüştür. Bkz. Roosevelt, (2006), s. 11.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yargısal aktivizm ve onun karşıtı yargısal sınırlılık ortak hukuk (common law) kültürünün birer kurumudur. Nitekim, son yıllarda Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin kararlarıyla ilgili siyasal tartışmalarda bu iki kavrama sıkça gönderme yapıldığını belirten John Daley, yargısal sınırlılığı tanımlamaya yönelik bir çaba içine girmektedir. Şimdi yargısal sınırlılığa ilişkin açıklamalarımıza geçebiliriz.

II. YARGININ SINIRLILIĞI

Anayasal meselelerde yargının sınırlılığı yargıcın rolüne ilişkin belirleyici bir yaklaşımdır diyen Daley, bu kavramın iki alt iddiayı içerdiğini belirtmektedir:

1. Anayasal meselelerde yargıçlar karar verirken, bireyin davranışını belirleyebilmesi adına, daha önce ortaya konmuş kurallar çerçevesinde kararlar vermelidirler.
2. Yargıçlar kendi rolleri üzerinde kararlar vermek ve kişi davranışının belirlenmesini kolaylaştırmak üzere, kurallar koymak dışında işlevler görmekten uzak durmalıdırlar.³⁴

Yargının sınırlanması, yargıçların hiç hukuk yaratmaması iddiasını değil, daha karmaşık bir iddia olarak, geçmişte konmuş kuralların uygulanmasının gerekli olduğu hallerde, hukuk yaratmamalarını ifade eder. Bu anlamıyla yargısal sınırlılığın esas olarak, ortak hukuk kültüründe ayrı bir öneme sahip olduğuna yukarıda değindiğimiz emsal hukuku açısından değerlendirildiği görülmektedir.

Ortak hukuk çerçevesinde yargının sınırlılığı özellikle hukuki güvenlik yönünden değerlendirilmektedir. Bununla birlikte çok farklı doktrinler üzerinden yargının sınırlılığının açıklandığı durumlar da bulunmaktadır. Örneğin, metne bağlılık doktrini yargıcın metinde açıkça yer almayan hususları hukuk yaratma yoluyla metne dahil etmemesi gerektiğini savunur. Dworkin'e göre, sınırlı bir yargı, haklılaştırmaya daha az, metnin lafzına uygunluğa daha çok ağırlık verir.³⁵ Bu çerçevede, mevcut dilsel uygulamalara uygun olmak daha önemlidir.

³⁴ Daley, John, "Defining Judicial Restraint", *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Tom Campbell ve Jeffrey Goldsworthy (Editörler), Ashgate, (2000) içinde, s. 279.

³⁵ *Ibid.*, s.285'den naklen; Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, (1986), s. 338-40.

Diğer taraftan, bazı durumlarda anayasal hakların sınırlandırıcı yorumunun, “sınırlılık” doktrininin bir sonucu olduğu düşünülür. Bu bazı durumlar için doğrudur. Ancak, bu durum, sınırlandırılmış yargıcın ahlaken de olsa haklı görülen siyasete dayalı kararlar almama politikasında somut bir biçimde görülebilmektedir.

Hangi doktrinlerin yargısal sınırlılığın çerçevesinin çizilmesinde esas alınacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Canon “*yasama organına uyma*”, “*emsale saygı*”, “*metincilik*”, “*maddi içerik itibarıyla siyaset tercihi içeren kararlardan kaçınma*” ve “*yetkili kurumların ve bireylerin kararlarına uymayı*” yargısal sınırlılık doktrini içinde değerlendirmektedir.³⁶

Posner ise, sınırlama doktrininin arka planını oluşturan üç farklı yaklaşım belirlemiştir:

1. Uyma: Yargıçlar, devletin diğer organlarının kararlarıyla çatışmaktan kaçınmalıdır.
2. Çekinme (reticence): Yargıçlar ahlaki ve belki de siyasal, sosyal ve ekonomik tercihlerde bulunmaktan kaçınmalıdır.
3. Doğruluk (prudence): Yargıçlar başka kararlar alma kapasitelerini yok edecek kararlar almaktan kaçınmalıdırlar.

“Uyma”, mahkemelerin değil, ama diğer organların kararlarını korumayı amaçlar. Bu organlar, devletin diğer organları olabileceği gibi, Anayasa koyucu da ya da diğer mahkemeler de olabilmektedir. Posner, sınırlanmış olmayı federal ve eyalet yasama ve yürütme organlarının kararlarına uyma olarak tanımlamıştır.³⁷

Galligan’ın aktivizm tanımı da “*yargının sınırlılığı*” için ipucu vermektedir: “*yargının, siyasal kurumlar, süreçler ve sonuçlar üstünde denetim ve etkide bulunması*”. Bu tanım ölçüm açısından açık olmak gibi bir erdeme sahip olarak kabul edilir, çünkü bir mahkemenin yasama işlemi ya da idari işlemi geçersiz kılmak suretiyle bu ikisinin kararlarını baskıladığını belirlemek görece kolaydır.³⁸

³⁶ *Ibid.*, s.286’ dan naklen; Bradley C. Canon, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, *Supreme Court Activism and Restraint*, Stephen C. Halpern ve Charles M. Lamb (Editörler) içinde, Lexington, 1982, s.386-7.

³⁷ *Ibid.*, s.287.

³⁸ *Ibid.*, s.289.

III. SONUÇ

Anayasa yargısının işletilmesi sonucunda ortaya çıkan kararları "doğru" bulmamamız, kararı veren mahkeme ve yargıçlara yönelik eleştirileri tetikleyebilir. Hal böyle olmakla birlikte, yargısal aktivizm üzerinden eleştiri getirmek çok isabetli görünmemektedir. Bunun nedenlerini şöyle sıralayabiliriz: 1) Aktivizm yukarıda da aktarmaya çalıştığımız gibi, yorum sahibinin bakışına göre sübjektif bir değer yargısını içermektedir; 2) Aktivizm sadece bireysel anlamda değil, zamansal ve mekansal anlamda da görece bir kavramdır; 3) Aktivizm, gerçek anlamda yargının sınırlılığı doktrininden bağımsız olarak okunamaz ve değerlendirilemez; 4) Anayasa yargısından beklenen işlev, onun sınırlı değil, aktivist olmasını beklemeyi haklı kılar. Zira yine yukarıda aktarıldığı üzere, sınırlı yargı büyük ölçüde yasamaya ve ona hükmeden iktidara "uyan", yani ona "karşı çıkmayan" yargı anlamına gelir. Böyle sınırlı bir yargı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, fren ve dengeler sistemi olmaksızın uçuruma yuvarlanmasına sebep olabilir/ olur. Yargının bağımsız olması yetmez, çünkü yargıçların bağımsız olmadığı bir yerde yargı bağımsızlığının bir anlamı olmayacaktır.³⁹ Bu nedenle, son derece kaygan bir zemine oturan aktivizm üzerinden Mahkeme'nin genel bir değerlendirilmeye tabi tutulması çok yerinde sonuçlara bizi götürmeyebilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlediği için aktivist tutum takınmakla eleştirildiği kamuoyunun malumudur. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin 2010 Anayasa değişiklikleri ile kısmen çözülen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurullarının işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması sorununu 1961 Anayasası döneminde ele aldığını, sınırlayıcı Anayasa değişikliğini hukuk devleti ve temel bir hak ve özgürlük olarak hak arama hürriyetini korumak adına iptal ettiğini, yani tam da olması gereken gibi "aktivist" bir tutum sergilediğini söylemek de mümkündür. Benzer yaklaşımlar 2010 Anayasa değişikliği ile ilgili verdiği çok sınırlı ve kısmi iptal kararı için de geçerlidir. Dozu azalmış olsa da, Anayasa Mahkemesi'nin sahip olmadığı Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kullandığını iddia edenler yanında, söz konusu değişikliklerin hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı açısından

³⁹ Ferejohn, John A. ve Kramer, Larry D., "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", New York University Law Review, Vol. 77, ss. 962-1039.

meydana getireceği sakıncalara değinip daha kapsamlı bir iptal kararı verilmesi gerektiğini iddia edenler de olmuştur. Bu durumda, bazıları için “aktivist” ama bazılarına göre “yasama organına ve kısmen de iktidara uyan” sınırlı bir yargı vardır. Bu yargılar üzerinden hangisinin geçerli olduğu ancak sonuç ve amaç üzerinden değerlendirilebilir. Meşru bir denetim çerçevesinde, meşru bir amaca yönelik tutumların hepsini toptan aktivist diye eleştirmek kendi içinde sorunlu görünmektedir. Sadece temel hak ve özgürlükleri korumak için aktivizme sıcak bakmakla başlayan değerlendirme süreci, giderek “olması gerekene yönelik subjektif yargılara aykırı olanın” eleştirilmesine dönüşme riski taşımaktadır. Kaldı ki, sorun sadece metodolojik ya da mantıksal da değildir. Yargının sınırlılığını üstü örtülü biçimde öven ve sempatik gösteren bu eleştiriler, yasama ve karar alma mekanizmaları başta olmak üzere yargının yönetene “uyumasını”, diğer bir deyişle ona karşı çıkmamasını bir ödev haline getirdiği ölçüde, anayasal demokrasi ve onun temelini oluşturan hukuk devleti, sınırlı iktidar ve çoğulculuk tasarımları ile temel hak ve özgürlükler korunmasız kalabilecektir.

KAYNAKLAR

- Banks, Christopher ve O'Brien, David, Courts and Judicial Policymaking, Pearson Prentice Hall, (2008).
- Canon, Bradley C., “Defining the Dimensions of Judicial Activism”, Judicature, (December/January) (1983), ss. 236-39.
- Canon C., Bradley, “A Framework for the Analysis of Judicial Activism”, Supreme Court Activism and Restraint, Stephen C. Halpern ve Charles M. Lamb (Editörler) içinde, Lexington, (1982).
- Daley, John, “Defining Judicial Restraint”, Judicial Power, Democracy and Legal Positivism, Tom Campbell ve Jeffrey Goldsworthy (Editörler) içinde, Ashgate, (2000).
- Ferejohn, John A. ve Kramer, Larry D., “Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint”, New York University Law Review, Vol. 77, (2002), ss. 962-1039.
- Graglia, Lino A., “It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism”, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol 19, (1996), ss. 293-300.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, (2009).
- Johnson, Frank M., “In Defense of Judicial Activism”, Emory Law Journal, Vol. 28, (1979), ss. 901-12.

- Jones, Greg, "*Proper Judicial Activism*", *Regent University Law Review*, Vol. 14, (2002), ss.141-80.
- Kmiec, Keenan D., "*The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*", *California Law Review*, Vol. 92, (2004), ss.1441-78.
- Koopmans, Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge University Press, (2003).
- Levin, Mark, *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*, Regnery Publishing, (2005).
- O'Brien, David, *Storm Center - The Supreme Court in American Politics*, 6th ed., Norton, (2003).
- O'Scannlain, Diarmudi, "*On Judicial Activism*", *Open Spaces Quarterly*, Vol.3, No: 1, (2004).
- Özbudun, Ergun, "*Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr.Yavuz Sabuncu'ya Armağan), Cilt: 62, Sayı: 3, (2007), ss. 258-68.
- Roosevelt, Kermit, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, Yale University Press, (2006).
- Schwartz, Herman (ed.), *The Rehnquist Court: Judicial Activism on the Right*, Hill and Wang, (2002).

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ÖLÜMÜN HİZMET SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ VE YENİ BİR TAZMİNAT: ÖLÜM TAZMİNATI

THE EFFECT OF DEATH TO LABOUR CONTRACT ACCORDING TO TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AND A NEW COMPENSATION: THE DEATH COMPENSATION

Ş. Esra BASKAN*

Özet: Hizmet sözleşmesi, kişisel ilişki doğuran bir sözleşme olması nedeniyle, taraflardan birinin ölümü ile kural olarak sona erer. Ölümün hizmet sözleşmesinde yaratacağı hukuki sonuçlara ilişkin Türk Borçlar Kanununda yeni ve önemli bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın amacı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde ölümün hizmet sözleşmesine etkisini incelemek ve yeni düzenlemeleri değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Genel hizmet sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin sona ermesi, ölüm tazminatı.

Abstract: The death of one parties, as a rule, ends labour contract because the contract that give rise to a personal relationship. Turkish Code of Obligations included a number of important regulations that effect of the death to general labour contract. The aim of this study was examine the effect of death to labour contracts under the provisions of the Turkish Code of Obligations and to assess the new arrangements.

Keywords: General labour contract, the ending of labour contract, the death compensation.

I. Giriş

Çalışma hakkı, aynı zamanda bir ödev olarak, başta Anayasamızın 48 vd. maddelerinde olmak üzere iş mevzuatı içerisinde yer alan kanunlarla güvence altına alınmış bir haktır. Bireylerin çalışma ilişkilerinde en önemli unsur ise, hizmet sözleşmeleridir. Hizmet sözleşmesi, hukukumuzda iş

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

sözleşmesiyle aynı anlamda kullanılmaktadır. Türk Borçlar Kanununda ise genel hizmet sözleşmesi olarak düzenlenmiş bu sözleşme, genel olarak taraflardan birinin diğerine bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ise ücret ödemeyi taahhüt etmesinden oluşan özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır (4857 sayılı İK 8, 6098 sayılı TBK 393).

Hizmet sözleşmesinin en önemli özelliklerinden biri, sürekli edimli bir borç ilişkisi olmasıdır. Bunun anlamı, edimin ifasının belirli veya belirli olmayan bir süre içinde tekrarlanarak devam etmesidir.¹ Ancak ister belirli süreli, ister belirsiz süreli olsun iş ilişkisi içinde meydana gelen bazı olaylar sözleşmenin sona ermesine neden olmaktadır. Bu olaylardan en önemlilerinden biri de taraflardan birinin ölümüdür.

Hukukumuzda iş ilişkilerini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkındaki Kanun-Basın İş Kanunu- ile Borçlar Kanunu olmak üzere dört temel kanun bulunmaktadır. Buna rağmen iş ilişkisinde taraflardan birinin ölümünün genel hizmet sözleşmesinde yaratacağı hukuki sonuçlara ilişkin tek düzenleme diğer iş kanunları karşısında genel kanun niteliği taşıyan Borçlar Kanununda yer almaktadır.

Bu itibarla Borçlar Kanununda yer alan söz konusu düzenlemelerin iki açıdan önemli olduğu ifade edilebilir. Bunlardan ilki, anılan kanunda yer alan ölümün hizmet sözleşmesine etkisine ilişkin düzenlemelerin hangi kanun kapsamında olursa olsun bütün işçiler için uygulama alanına sahip olmasıdır.

Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerin ikinci önemli noktası ise, söz konusu kanunun oldukça yeni olması ve bu noktada uygulamaya yön vermek adına getirdiği düzenlemelerin ayrıntılı olarak irdelenmesi gerekliliğidir. Gerçekten 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 1926 yılından beri yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununu yürürlükten kaldırılmış ve genel hizmet sözleşmesi adı altında yer alan hükümlerle çalışma konumuz kapsamında da önemli ve yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Anılan nedenlerle çalışmamızda taraflardan birinin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi incelenecek, 6098 sayılı Türk Borçlar Ka-

¹ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 10.

nununun getirdiği düzenlemeler önceki kanunla karşılaştırmalı olarak değerlendirilecek ve uygulamada ortaya çıkabilecek muhtemel sorunlara dikkat çekmeye çalışılacaktır.

II. Ölümün İş İlişisine Etkisi

Genel hizmet sözleşmesini sona erdiren en önemli nedenlerden biri, taraflardan birinin ölümüdür. Zira hizmet sözleşmesi taraflar arasında kişisel bir ilişki kurduğundan taraflardan birinin, özellikle işçinin, ölümü halinde, sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesindeki koşullar ortadan kalkacak ve kural olarak sözleşme sona erecektir. Bu itibarla, ölümün bir fesih sebebi değil, kendiliğinden sona erme sebebi olduğu ifade edilebilir.²

Ancak belirtmek gerekir ki, ölüm halinde hizmet sözleşmesinin sona ermesi kural olmakla birlikte, özellikle işverenin ölümü durumunda bu kuralın istisnası bulunmaktadır. Bu nedenle ölümün meydana getireceği hukuki sonuçların işçinin ölümü ve işverenin ölümü olmak üzere iki ayrı ihtimale göre incelenmesi daha uygundur.

1. İşçinin ölümü

a) Hizmet sözleşmesinin sona ermesi

Hizmet sözleşmesinde, iş görme edimi bizzat işçi tarafından yerine getirildiğinden, işçinin ölümü halinde, sözleşme hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.³ 818 sayılı Borçlar Kanununun 347. maddesinde bu durum "hizmet akdi, işçinin ölümüyle kendiliğinden hitam bulur" ifadesiyle açıklanmıştır. Aynı yönde düzenlemeye 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da yer verilmiştir. Buna göre, "sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer" (m.441).

İşçinin ölümünün yanı sıra, hakkında ölüm veya gaiplik karinesine hükmedilmesi durumunda da aynı hukuki sonuçlar uygulanır. Zira Türk Medeni Kanununun 35. maddesine göre gaiplik ölüm gibi hü-

² Çalık, Şefik; İş Sözleşmesini Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005, s. 79.

³ Alpagut, Gülsevil; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi (Belirli Süreli), İstanbul 1998, s. 159. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 712. Çelik, Nuri, İş Hukuku, 25. Bası, İstanbul 2012, s. 196. Yürekli, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 129. Akyiğit, Ercan, "Ölüm ve İş İlişisindeki Yeni Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, s. 33.

küm ifade etmektedir. Bu itibarla gaiplik kararı verilmeden önce işveren mazeretsiz devamsızlık gibi bir nedenle hizmet sözleşmesini sona erdirmiş olsa dahi, gaiplik kararının alınmasıyla ölüme ilişkin hukuki sonuçlar uygulanır.⁴ Zira mahkeme tarafından verilen gaiplik kararı geçmişe etkili olup, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haber tarihinden itibaren hüküm ifade etmektedir (TMK, 35/son).

Öğretide hakkında gaiplik kararı verilen bir işçinin, daha sonradan çıkıp gelmesi halinde hangi hukuki sonuçların uygulanacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Zira bir görüşe göre, bu durumda gaiplik karanesi hükmünü yitirir, sözleşme ölüm yoluyla sona ermemiş kabul edilir ve işveren sözleşmeyi haklı nedenle derhal fesih yoluyla sona erdirmeye hakkına sahip olur.⁵ Buna karşılık öğretideki bir başka görüşe göre, ölüm veya gaiplik karanesiyle birlikte hizmet sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu nedenle sözleşmenin yeniden canlanması söz konusu olamaz. Bu durumda işveren isterse yeni bir hizmet sözleşmesi yapmak suretiyle işçiyi yeniden işe alabilir.⁶

İşçinin ölümü nedeniyle hizmet sözleşmesi sona erdiğinde, işçinin kanundan ve sözleşmeden doğan bütün talep hakları mirasçılara geçer.⁷ Buna karşılık sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işverenin herhangi bir tazminat hakkı doğmayacağı⁸ gibi, işçinin iş görme borcunun mirasçılara geçmesi de söz konusu değildir.⁹ Bunu öngören sözleşmeler hukuken geçersizdir.¹⁰ Zira hizmet sözleşmesi işçinin kişiliği göz önüne alınarak yapılan bir sözleşmedir¹¹ ve işçi işini bizzat ifa ile yükümlüdür (TBK 395). Buna karşılık belirtmek gerekir ki, işveren ölen işçinin yerine

⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 713. Yürekli, s. 132.

⁵ Akyiğit, s. 34.

⁶ Yürekli, s. 132.

⁷ Esener, Turhan; İş Hukuku, Ankara 1978, s. 215. Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku, Konya 2006, s. 92. Akı, Erol/İzveren, Adil; İş Hukuku, İzmir 1998, s. 284. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 713.

⁸ Dönmez, Kazım Yücel; İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 1998, s. 35. İşçinin ölümü sebebiyle iş sözleşmesi sona erdiğinde, bu nedenle doğan bütün zararlara işveren katlanmak durumundadır, bu konuda işçinin mirasçılardan herhangi bir talepte bulunması söz konusu değildir.: Tunçomağ, Kenan; İş Hukuku, Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1981, s. 319. Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987, s. 9.

⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 713. Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 159. Yürekli, s. 130. Akyiğit, s. 33.

¹⁰ Yürekli, s. 130. Akyiğit, s. 33.

¹¹ Senyen/Kaplan(Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan), s. 159. Akyiğit, s. 34.

mirasçılardan birini çalıştırmaya devam ediyor olsa dahi, ölen işçinin hizmet sözleşmesinin devamı anlamına gelmeyeceği, mirasçıyla kurulan yeni bir sözleşme niteliği taşıyacağı kabul edilmektedir.¹²

Hizmet sözleşmesinin işçinin ölümü ile sona ermesi durumunda İş Kanunu kapsamındaki işçinin kanuni mirasçıları ayrıca kıdem tazminatı almaya da hak kazanırlar. Zira 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükteki 14. maddesine göre ölüm kıdem tazminatına hak kazandıran sebeplerden birisidir.

b) Ölüm Tazminatı

Türk Borçlar Kanununda genel hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin getirilen önemli düzenlemelerden biri de, önceki kanunda yer almayan ve işçinin ölümü halinde işverene, işçinin yakınlarına ölüm tazminatı ödeme yükümlülüğü getiren düzenlemedir. Gerçekten, kanunun 440. maddesine göre, *“işveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür”*.

İşçinin ölümünden sonra işverenin tazminat ödeme yükümlülüğünün işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etkisi olarak kabul edilmektedir.¹³

aa) Ölüm Tazminatının Uygulama Alanı

Ölüm tazminatı ile ilgili olarak tartışılması gereken ilk önemli husus, ölüm tazminatının uygulama alanıdır. Bir başka deyişle söz konusu düzenlemenin iş mevzuatını oluşturan kanunlardan hangilerine uygulanıp hangilerine uygulanmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından ölüm tazminatının uygulanacağında şüphe yoktur. Ancak asıl önemli olan ölüm tazminatına ilişkin düzenlemenin Borçlar Kanunu ile genel kanun özel kanun ilişkisi içinde olan İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bilindiği üzere genel kanun, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanına sahiptir.

¹² Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 713. Yürekli, s. 130.

¹³ Yürekli, s. 133. Akyiğit, s. 34.

Bu noktada öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken Borçlar Kanununda düzenlenen ölüm tazminatının Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu değerlendirme ölüm tazminatının diğer iş kanunları kapsamındaki işçilere uygulama alanına sahip olup olmadığı değerlendirmesinden farklıdır. Zira diğer kanunlardan farklı olarak Basın İş Kanununun 18. maddesinde gazetecinin ölümü halinde ailesine ödenecek bir tazminat düzenlenmiştir. Buna göre, *“Gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efradına aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir”*.

Bu noktada ilk olarak akla gelen düşünce genel kanunun sadece özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanına sahip olması kuralı gereğince Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin 6098 sayılı Kanundaki ölüm tazminatına hak kazanamayacağıdır. Anılan düşünce isabetlidir, ancak bu noktada önemli olan her iki tazminatın aynı hukuki niteliğe sahip olup olmadığıdır. Gerçekten eğer Basın İş Kanunda getirilen bu tazminat 6098 sayılı Kanundaki tazminatla aynı hukuki niteliğe sahipse, gazetecinin her iki tazminata birlikte hak kazanması mümkün olmayacak, sadece Basın İş Kanununun 18. maddesindeki düzenlemeden yararlanabilecektir.

Öğretide Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecilerin Türk Borçlar Kanunundaki ölüm tazminatına hak kazanmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür.¹⁴ Zira Basın İş Kanununda öngörülen tazminat kıdem tazminatı değil, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ölüm tazminatı ile aynı nitelikte bir tazminattır. Konuya ilişkin kişisel kanaatimiz de aynı yödedir. Gerçekten Basın İş Kanundaki ölüm tazminatı kıdem tazminatı niteliği taşımamaktadır. Zira öyle olsaydı, kanun koyucu söz konusu düzenlemeye kanunun kıdem hakkının yer aldığı 6. maddesi içinde yer verirdi. Diğer taraftan söz konusu tazminat, bütün kıdem tazminatı düzenlemelerinde ortak koşul olan belli bir kıdem koşulu aramamaktadır.¹⁵

Ölüm tazminatının İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise,

¹⁴ Soyer, Polat, *“Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, s. 19. Akyiğit, s. 37.

¹⁵ Soyer, s. 19.

öğretide bizim de katılmış olduğumuz baskın görüşle olumlu cevap verilmektedir.¹⁶ Zira anılan kanunlarda bu yönde bir düzenleme yer almadığından genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık öğretideki bir başka görüşe¹⁷ göre, İş Kanununda ölümün parasal sonuçları düzenlenmiş ve ölen işçinin mirasçılarının belli bir kıdem süresinin tamamlanmış olduğu durumlarda kıdem tazminatına hak kazanabileceği öngörülmüştür. Diğer taraftan Türk Borçlar Kanununun gerekçesinde genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin iş kanunu kapsamı dışındaki işçiler için getirildiği ifade sine yer verilmiştir. Aksi düşünce kanun boşluklarının doldurulması değil, lehe hükümlerin bir araya getirilerek yeni kurallar yaratılması anlamını taşır. Bu nedenle ölüm tazminatı İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanmamalıdır.

bb) Hak Kazanma Koşulları

Türk Borçlar Kanununun 440. maddesine göre ölüm tazminatına hükmedilebilmesinin ilk koşulu işçinin ölümü veya hakkında ölüm veya gaiplik karinesine hükmedilmesidir.

Öğretide ölüm tazminatının ödenebilmesi için işçinin ölüm şeklinin de önemli olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre eğer işçi güvenlik kuvvetleriyle çatışma, işyeri veya başka bir yeri kundaklama, işverenin haklı savunma hakkını kullanması şeklinde gerçekleşmişse, işverenin böyle bir tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz.¹⁸ Buna karşılık öğretide bir başka görüşe göre, ölüm tazminatına hükmedilebilmesi için ölüm şeklinin önemli olmadığı görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, işçinin intihar etmesi veya kendi kusuruyla trafik kazasında ölmesi durumlarında dahi ölüm tazminatı ödenecektir.¹⁹

Belirtmek gerekir ki, ölenin yakınlarının söz konusu tazminata hak kazanabilmesi için işçinin belli bir kıdeme sahip olması koşulu aranmamakta, kıdem sadece ödenecek tazminatın miktarının belirlen-

¹⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 715.

¹⁷ Alpagut, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri" (Hizmet Sözleşmesinin Devri), *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Yıl: 2011, s. 942. Özdemir, Erdem, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2012, Y. 7, S. 27, s. 41.

¹⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 714.

¹⁹ Yürekli, s. 133.

mesinde önem taşımaktadır.²⁰ Bu noktada işe bir gün önce başlamış bir işçinin ölmesi durumunda dahi, işveren söz konusu tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Buna karşılık ölüm tazminatının ödenebilmesi için işçinin fiilen işe başlamış olması koşulunun aranması gerektiği, hizmet sözleşmesi imzalanmış olmasına rağmen işçinin fiilen işe başlamamış olduğu durumlarda anılan tazminatın ödenmeyeceği ileri sürülmektedir.²¹

İşverenin ölüm tazminatı ödeme yükümlülüğü altında olabilmesi için, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması veya kısmi süreli olması önem taşımaz.²² Bu itibarla deneme süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olan işçiler bakımından da söz konusu tazminatın ödenmesinin mümkün olduğu ifade edilebilir.

cc) Hak Sahipleri

Türk Borçlar Kanununa göre, ölüm tazminatına hak kazanacak olan kişiler, ölen işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları, bunlar yoksa bakma yükümlü olduğu kişilerdir. Öğretide bu tür bir tazminata hak kazanması gereken kişilerin işçinin yasal mirasçıları olması gerektiği ileri sürülmektedir.²³

aaa) Sağ Kalan Eş

Ölüm tazminatına hak kazanacak kişilerin başında ölen işçinin sağ kalan eşi gelmektedir. Sağ kalan eşten kastedilen ölen işçiye Medeni Kanunun anlamında resmi ve geçerli bir evlilik bağıyla bağlı olan eştir.²⁴ Buna karşılık ölen işçinin nişanlısı, imam nikâhlı eşi veya başka bir şekilde birlikte yaşadığı kişilerin ölüm tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Buna karşılık öğretide bir görüşe göre, ölüm tazminatının getirilmesinin nedeni, geride kalanlara yardım yapma düşüncesidir. Bu bağlamda imam nikâhı veya başka bir şekilde birlikte yaşayanlara da söz konusu ödemenin yapılması gerekir.²⁵

²⁰ Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 528. Mollamahmut oğlu/Astarlı, s. 714. Yürekli, s. 133. Soyer, s. 18. Akyiğit, s. 35.

²¹ Mollamahmut oğlu/Astarlı, s. 714.

²² Yürekli, s. 133. Mollamahmut oğlu/Astarlı, s. 714. Özdemir, s. 34. Akyiğit, s. 35.

²³ Özdemir, s. 31-32.

²⁴ Yürekli, s. 133. Akyiğit, s. 36.

²⁵ Yürekli, s. 136.

Sağ kalan eşin ölüm tazminatına hak kazanabilmesi için evliliğin ölüm anında devam ediyor olması gerekir. Bu nedenle eğer ölüm tarihinde boşanma kararı kesinleşmişse, eş ölüm tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, ayrılık kararı verilmiş olması veya ölüm anında boşanma davasının devam ediyor olması ölüm tazminatına hak kazanmayı engellemeyecektir.²⁶

bbb) Ergin Olmayan Çocuklar

Sağ kalan eş yanında varsa ölen işçinin ergin olmayan çocukları da ölüm tazminatına hak kazanır. Ergin olmaktan kastedilen Medeni Kanuna (m. 11, 12) uygun bir şekilde normal veya erken erginlik koşullarından birini sağlamış olmaktır.²⁷ Ergin çocuklara ise, bedensel ve ruhsal durumları ne olursa olsun ölüm tazminatı ödenmez.²⁸ Ancak bu düzenleme öğretide isabetli olarak eleştirilmiştir. Zira bir görüşe göre, ergin olan çocukların hiçbir ayırım yapılmaksızın kapsam dışı bırakılması isabetli değildir. Bu durum özellikle özürlü ve çalışamaz durumda olan veya ekonomik durumu kötü olan çocuklar için olumsuzluk yaratmaktadır.²⁹

Ölüm tazminatına hak kazanacak kişilere varsa, işçinin ergin olmayan evlatlığı da eklenmelidir.³⁰ Zira evlatlık Medeni Kanuna göre (m. 500) evlat edinenin evlat edinenin altsoyundan oluşan birinci zümre mirasçılığı içinde yer almaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ölüm tazminatına hak kazanmak açısından çocukların evlilik içi veya evlilik dışı dünyaya gelmiş olması önem taşımaz.³¹

ccc) Bakmakla Yükümlü Olunan Kişiler

Ölen işçinin eşi veya ergin olmayan çocuğu bulunmadığı durumlarda, ölüm tazminatı bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, eş veya ergin olmayan çocuklardan biri varsa, bakmakla yükümlü olunan kişilere ödeme yapılamaz.

²⁶ Yürekli, s. 137 vd.

²⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 715. Akyiğit, s. 36.

²⁸ Süzek, 528. Akyiğit, 36.

²⁹ Yürekli, s. 138. Akyiğit, s. 36.

³⁰ Yürekli, s. 139.

³¹ Yürekli, s. 139. Akyiğit, s. 36.

Öğretide bunun aksini öngören sözleşmelerin geçersiz olduğu ileri sürülmektedir.³²

Bu noktada bakmakla yükümlü olunan kişilerden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öğretide bakmakla yükümlü olduğu ifadesinden kastedilenin ölmeden önce baktığı kişiler değil, bakmakla yükümlü olduğu kişiler olduğu ileri sürülmüştür.³³ Bakmakla yükümlü olduğu kişiler konusunda ise Medeni Kanunun 364. maddesi hükmünün dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁴ Anılan hükme göre *“herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst soyu ve alt soyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”*.

Ölüm tazminatı ile ilgili olarak tartışılması gereken önemli hususlardan biri de, ölüm tazminatının birden fazla hak sahibi arasında nasıl paylaşılacağıdır. Öğretide isabetli olarak, bu durumda ödemenin hak sahipleri arasında eşit paylaşılması gerektiği, kanunda aksine hüküm bulunmadığından Medeni Kanundaki miras payın oranlarının uygulanmayacağı görüşü ileri sürülmüştür.³⁵ Buna karşılık bir başka görüşe göre, TBK m. 440’da bir düzenleme yer olmadığından boşluğun Medeni Kanundaki miras payları dikkate alınarak doldurulması gerekir.³⁶

dd) Miktarı

Türk Borçlar Kanununun 440. maddesinde göre ölüm tazminatının miktarı, hizmet ilişkisi beş yıldan az sürmüştü, bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun sürmüştü iki aylık ücret tutarındadır. Ancak miktarının sözleşmeyle arttırılabileceği ileri sürülmektedir.³⁷ Buna karşılık sözleşme ile daha az bir ödeme yapılacağı veya hiç ödeme yapılmayacağı kararlaştırılması mümkün değildir.³⁸

Öte yandan tazminat miktarının belirlenmesinde kusur ve zarar dikkate alınmaz. Bu itibarla ölüm tazminatının götürü bir tazminat olduğu ifade edilebilir.³⁹

³² Yürekli, s. 135. Akyiğit, s. 35.

³³ Süzek, s. 529. Yürekli, s. 139. Akyiğit, s. 36.

³⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 715. Yürekli, s. 139.

³⁵ Süzek, s. 528. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 714. Akyiğit, s. 36.

³⁶ Yürekli, s. 140.

³⁷ Süzek, s. 528. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 714. Yürekli, s. 141. Akyiğit, s. 35.

³⁸ Akyiğit, s. 35.

³⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 714. Yürekli, s. 133.

Ölüm tazminatı hesaplanırken, işçinin son aylık ücreti dikkate alınmalıdır.⁴⁰ Ölüm tazminatının işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplanacağı kabul edilmektedir.⁴¹

e) Ölüm Tazminatının Kıdem Tazminatı ile İlişkisi

Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler kıdem tazminatına hak kazanmadıklarından, sözleşmenin ölüm yoluyla sona ermesinde sadece ölüm tazminatı ödenmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, İş Kanununa tabi olan işçiler bakımından değerlendirildiğinde, ölen işçinin yakınlarının kıdem tazminatına hak kazanmaları söz konusudur. Kanımızca bu noktada asıl tartışılması gereken İş Kanununa tabi olan işçilerin kıdem tazminatına ek olarak ölüm tazminatına hak kazanmalarının mümkün olup olmadığıdır. Öğretide Türk Borçlar Kanununa tabi işçilerle İş Kanununa tabi olmakla birlikte kıdem tazminatına hak kazanamayacak olanların ölüm tazminatına hak kazanabileceği görüşü savunulmaktadır.⁴² Buna ek olarak hem kıdem tazminatı hem de ölüm tazminatına hak kazanılmasının mümkün olup olmayacağı konusunda ise öğretide bir görüş, her ikisine birden hak kazanılmasının mümkün olduğu yönündedir.⁴³ Zira bu görüşe göre kıdem tazminatı ile ölüm tazminatı hukuken aynı mahiyette değildir. Gerçekten, ölüm tazminatı ile kıdem tazminatı arasında birtakım farklar vardır. Öncelikle kıdem tazminatı kanuni mirasçılara ödenmekteyken, ölüm tazminatına eş, çocuk ve bakmakla yükümlü olanlar hak kazanmaktadır.⁴⁴ Diğer taraftan kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin belli bir kıdeme sahip olması gerekirken, ölüm tazminatında kıdem sadece tazminatın miktarının belirlenmesinde söz konusu olmaktadır.⁴⁵ Yine bu görüşe göre, yeni tarihli genel kanunun amacı, özel kanundaki hükümlerle birlikte uygulanması yönündedir. Zira bu iki tazminat farklı amaçlarla getirilmiştir. Kıdem tazminatı, murisin uzun yıllara dayalı hizmetinin iş hukuku açısından değerlendirilmesiyken, ölüm tazminatının amacı geride kalanlara destek düşüncesidir.

⁴⁰ Yürekli, s. 141. Akyiğit, s. 35.

⁴¹ Süzek, s. 758. Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 714. Yürekli, s. 141. Akyiğit, s. 35.

⁴² Süzek, s. 759. Soyer, s. 18.

⁴³ Süzek, s. 759. Çelik, s. 196. Yürekli, s. 134. Soyer, s. 18. Akyiğit, s. 38.

⁴⁴ Süzek, s. 758.

⁴⁵ Süzek, 758. Akyiğit, 37.

Belirtmek gerekir ki, kaynak İsviçre Hukukunda da kabul edilen görüş bu yöndedir. Gerçekten İsviçre öğretisine göre, söz konusu ödeme kıdem tazminatından bağımsız olarak, ona eklenmek suretiyle yapılan bir ödemedir. Bu sonucun gerekçesi, her iki kurumun farklı amaçlara hizmet etmesi, ölüm nedenine dayanan ödemenin hizmet sözleşmesinin ard etkisi olarak değerlendiriliyor olmasıdır.⁴⁶

Buna karşılık öğretide bir başka görüşe göre Borçlar Kanununda ölüm tazminatına yer verilmiş olmasının nedeni, söz konusu kanunda kıdem tazminatının yer almamasıdır. Bu nedenle iş kanununa göre kıdem tazminatına hak kazanan işçilerin ayrıca ölüm tazminatı talep etmesi söz konusu değildir. Ancak İş Kanunu kapsamında olup da, kıdem tazminatına hak kazanamayan eş ve çocuklar ölüm tazminatı talep edebilirler.⁴⁷

Kanımızca, ölüm tazminatı ve kıdem tazminatı farklı amaçlarla getirilmiş farklı hukuki niteliğe sahip tazminatlardır. Zira kıdem tazminatı işçinin işverene yıllar içinde verdiği emeği ve sadakatının bir karşılığı olarak ve çalışma süresine orantılı olarak ödenen bir tazminatken, ölüm tazminatı işçinin ölümü halinde aniden onun desteğinden yoksun olanlara yapılan bir ödemedir. Bu nedenle ölen işçinin yakınları ayrıca kıdem tazminatına hak kazanmış olsa dahi ölüm tazminatı talep edebilir.

2. İşverenin Ölümü

Türk Borçlar Kanununun 441. maddesinde işverenin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisine ilişkin sonuçlara, önceki kanundakine benzer şekilde yer verilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanununda yer alan bu düzenleme, konuya ilişkin hüküm bulunmaması nedeniyle diğer iş kanunlarında uygulama alanına sahiptir.⁴⁸

Çalışmamızda kanunun 441. maddesi kapsamında gerçek kişi işverenin ölümü incelenecektir. Zira tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi ölümü söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte bazı nedenlerle tüzel kişiliğin sona ermesi de mümkündür. Bu durumda ölüm yerine tüzel kişiliğin kendiliğinden sona ermesi geçmektedir ve Medeni Ka-

⁴⁶ Honsell/Vogt/Wiegand/Rehbinder, Art. 338 N.1: Soyer, s. 18, dpn. 46'dan naklen.

⁴⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 715.

⁴⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 717. Akyiğit, s. 45.

nunda yer alanlarla ve ortaklıklara ilişkin düzenlemeler uygulanır.⁴⁹ Gerçekten, tüzel kişi işverenin kişiliği sona erdiğinde, ölüm gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır. Buna karşılık tüzel kişilerde, kişilik tasfiye sırasında ve tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam ettiğinden (TMK 52) iş sözleşmesi tasfiye kurulu ile devam edecek, iş sözleşmesi tasfiye sonunda sona erecektir.⁵⁰ Ancak İş Kanununun 6. maddesinin son fıkrasına göre iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün devri halinde iş sözleşmelerinin devralana geçmesi söz konusu olmadığından tasfiye işleminin tamamlanmasıyla iş sözleşmesi fesih yoluyla sona erer.⁵¹

İşverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi sözleşmenin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılıp yapılmadığına göre farklılık göstermektedir.

a) İş İlişkisinin İşverenin Kişiliğine Bağlı Olmadığı Durumlarda

İşverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin sona erip ermeyeceği, sözleşmenin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılıp yapılmadığına göre farklılık göstermektedir. Buna göre, eğer iş sözleşmesi işverenin kişiliği göz önüne alınarak yapılmamışsa⁵², sözleşme sona ermez; sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar işverenin mirasçılara geçer. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Söz konusu düzenlemeler ise aynı kanunun 428 ve 429. maddelerinde yer almaktadır. Bu itibarla anılan maddelere de değinmek gerekir. Türk Borçlar Kanununun işyerinin devrini düzenleyen 428. maddesine göre, “*işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.*

İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Yukarıdaki hükümlere göre, devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren

⁴⁹ Akyiğit, s. 33.

⁵⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 717.

⁵¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 717.

⁵² Uygulamada iş sözleşmeleri çoğunlukla işverenin kişiliğinden bağımsız olarak yapılmaktadır. Özellikle, çok sayıda işçinin istihdam edildiği büyük işletmelerde durum böyledir.

müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlıdır.”

Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde hizmet sözleşmesinin devri düzenlenmiştir. Buna göre, *“hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.*

Devir işlemi ile devralan bütün hak ve borçları ile birlikte hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.”

Türk Borçlar Kanununun 441. maddesinde de işverenin ölümü halinde yerini mirasçılarının alacağı kuralının uygulanabilmesi için, mirasçı ya da mirasçılarının mirası reddetmemiş olması veya mirastan yoksun bulunmaması gerekir.⁵³

b) İş İlişkinin İşverenin Kişiliğine Bağlı Olduğu Durumlarda

Eğer iş sözleşmesi işverenin kişiliğine bağlı olarak yapılmışsa, işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Zira bu durumda iş ilişkisinin gayesi ortadan kalkmaktadır.⁵⁴ Örneğin bir hemşirenin özel olarak bir hastaya bakmak için anlaştığı durumlarda, hastanın ölmesi halinde iş sözleşmesi sona erecektir.

Türk Borçlar Kanununun 441. maddesinde de açıkça *“hizmet sözleşmesinin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer”* düzenlemesine yer verilmiştir. İş sözleşmesinin ağırlıklı olarak işverenin kişiliğine bağlı olmasından kastedilen ise, işverenin kim olduğu veya olacağı alelade bir iş ilişkisine nazaran, iş sözleşmesi yapılırken asli bir unsur olarak taraflarca dikkate alınmasıdır.⁵⁵

Bu noktada tartışılması gereken önemli husus, hizmet sözleşmesinin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapıldığı durumlarda dahi, sona ermeyip, mirasçılarla devam edeceğinin kararlaştırılmasının mümkün olup olmayacağıdır. Öğretide Türk Borçlar Kanununun 441. maddesinde yer alan düzenlemenin emredici nitelik taşımadığı, bu nedenle aksinin kararlaştırılabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁶ Ancak bir başka görü-

⁵³ Yürekli, s. 144. Akyiğit, s. 40.

⁵⁴ Senyen/Kaplan(Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan), s. 159.

⁵⁵ Yürekli, s. 146. Akyiğit, s. 41.

⁵⁶ Akyiğit, s. 41.

şe göre TBK m. 441 emredici nitelik taşımakta, işverenin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermeyeceği ana kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Bu nedenle aksi kararlaştırılamaz. Buna karşılık mirasçılar işçiyle yeni bir hizmet sözleşmesi yaparak çalışmaya devam edebilirler.⁵⁷

Hizmet sözleşmesinin işverenin kişiliğine bağlı olarak yapıldığı durumlarda sözleşme sona ermekle birlikte, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir (TBK 441/2).

Söz konusu tazminat kapsamında öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, sözleşmesinin süresinden önce sona ermesinden kastedilenin ne olduğudur. Zira madde lafzi olarak yorumlandığında bu kuralın sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanına sahip olduğu yönünde bir anlam çıkmaktadır. Kaynak İsviçre kanununda ise, tereddüte meydan vermeyecek şekilde sözleşmenin *zamanından önce sona ermesi* ifadesi kullanılmıştır (OR Art. 338a/Abs.2). Türk Hukukunda da anılan kuralın sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde değil, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de uygulanacağı kabul edilmektedir.⁵⁸ Zira öğretilerde bu ifadenin belirli süreli iş sözleşmelerinde belirli süreden önce, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçinin kıdemine göre belirlenecek olan fesih bildirim süresinden önce iş sözleşmesinin sona ermesi anlamını taşıdığı ifade edilmektedir.⁵⁹

Tazminatın talep edilebilmesi için bir zararın doğması ve ispat edilmesi şarttır.⁶⁰ Ancak hâkim zararın ne kadarının tazmin edileceğine hakkaniyet ölçüsünü dikkate alarak karar verecektir.⁶¹ Bu noktada hâkim özellikle tarafların ekonomik durumlarını, işçinin kıdemini, işçinin iş bulma durumunu vb. gözetmelidir.⁶²

İşçinin zarara uğraması özellikle sözleşmenin belirli süreli yapıldığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin, yaşlı bir hastaya bakmak için bir yıl süreyle iş sözleşmesi yapılmış iken, hastanın üç ay sonra ölümü nedeniyle sözleşme sona ererse ve işçi aynı ya da benzer koşullarda yeni bir iş bulamazsa, uğradığı zararlar karşılığında tazminat

⁵⁷ Yürekli, s. 147.

⁵⁸ Akyiğit, s. 42.

⁵⁹ Yürekli, s. 148. Akyiğit, s. 42.

⁶⁰ Yürekli, s. 148.

⁶¹ Yürekli, s. 148.

⁶² Yürekli, s. 148. Akyiğit, s. 43.

isteyebilir. Bu tazminatın miktarı, hâkim tarafından tayin olunur. Ancak, öğretideki çoğunluk görüşüne göre, bu tazminatın miktarı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresine ait ücret tutarını; belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, işçinin geriye kalan süre için alacağı ücret miktarını aşamaz⁶³.

III. Sonuç

İşçi ve işveren arasında kişisel ve sürekli edimli bir borç ilişkisi meydana getiren hizmet sözleşmesini sona erdiren en önemli nedenlerden biri ölümdür. Gerçekten iş ilişkisi çoğunlukla işçinin kişiliği dikkate alarak kurulduğundan ve işçi işini bizzat ifa ile yükümlü olduğundan, özellikle işçinin ölümü halinde, iş görme borcunun mirasçılara geçmesi mümkün değildir. Bu itibarla işçi öldüğünde, hizmet sözleşmesi hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Diğer taraftan kural olarak aynı hukuki sonuca işverenin ölümü halinde ulaşmak mümkün değildir. Zira iş ilişkisi genellikle işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulmaz. Bu nedenle işverenin ölümü halinde hizmet sözleşmesi kural olarak sona ermez, işverenin mirasçılarıyla devam eder. Buna karşılık, yaşlı bir hastanın bakımı için kurulan sözleşmeler gibi, istisnai olarak hizmet sözleşmesinin işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulması da mümkündür. Bu durumda işverenin ölümüyle, hizmet sözleşmesinin gayesi ortadan kalkacağından, işverenin ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erer.

İşçi veya işverenin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi, iş mevzuatını oluşturan kanunlar arasında genel kanun niteliği taşıyan Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Diğer iş kanunlarında ise bu yönde bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanununda yer alan bu düzenleme, hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın bütün işçilere uygulanır niteliktedir.

Ölümün hizmet sözleşmesine etkisi 818 sayılı Borçlar Kanununun 347. maddesinde düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe

⁶³ Alpagut, Belirli Süreli, s. 159. Centel, Tankut; Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 170. Tunçomağ, s. 453.; Güler, Mikdat; "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Legal İHSGHD.*, Yıl: 2005, C.2, S. 5, s. 62. Mollamahmutoğlu, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Kuruluş İçerik-Sona Erme, Ankara 1995, s. 198. Ünsal, Engin; "İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden Doğan İşçilik Alacakları", *MÜHF Dergisi*, Y. 2006, S. 2006/1, s. 228. Kaplan, s. 9. Mollamahmutoğlu/Astarlı, 717. Senyen/Kaplan(Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan), s. 160. Çelik, s. 196. Yürekli, s. 149.

giren yeni Türk Borçlar Kanununda ise söz konusu düzenlemeler 440 ve 441. maddelerde yer almaktadır. Yeni kanunla getirilen düzenlemeler genel olarak değerlendirildiğinde önceki kanuna paralel düzenlemeler yapılmış olduğu dikkati çekmektedir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanununun 440. maddesinde, ölüm tazminatı olarak adlandırılan ve önceki kanunda yer almayan önemli bir tazminat öngörülmüş ve anılan tazminatın uygulanması konusunda çeşitli tartışmalar gündeme gelmiştir.

Ölüm tazminatı, kısaca işveren tarafından ölen işçinin yakınlarına ödenecek bir tazminattır. Kanunun 440. maddesine açıkça söz konusu tazminatın hak sahipleri belirtilmiştir. Bunlar ölen işçinin sağ kalan eşi, ergin olmayan çocukları ve bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir. Tazminatın miktarı ise işçinin kıdemi beş yıldan az ise bir aylık, beş yıldan fazla ise iki aylık ücret tutarındadır.

Ölüm tazminatı ile ilgili olarak, uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlardan ilki, ölüm tazminatının Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira diğer iş kanunlarından farklı olarak, Basın İş Kanununun 18. maddesinde ölüm tazminatı düzenlenmiştir. Kanımızca Basın İş Kanununda ölüm tazminatına ilişkin özel hüküm olması nedeniyle genel kanun olan Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme uygulama alanı bulamaz. Ancak, İş Kanunu ve Deniz İş Kanununda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediğinden, Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin yanı sıra, anılan kanunların kapsamında olan işçiler de ölüm tazminatından yararlanabilir.

Ölüm tazminatına ilişkin düzenlemelerin yaratacağı sorunlardan bir diğeri, İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına hak kazananların, buna ek olarak ölüm tazminatına hak kazanmasının mümkün olup olmaması noktasında toplanmaktadır. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, konuya ilişkin kişisel kanaatimiz, ölüm tazminatının kıdem tazminatına ek olarak ödenebileceği yönündedir. Zira söz konusu tazminatların amaçları ve hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır.

Türk Borçlar Kanununun ölüm tazminatına ilişkin getirdiği düzenlemelerin eleştirilere açık noktaları da vardır. Bunlar kısaca, bedensel veya zihinsel özrü olan ergin çocukların ölüm tazminatına hak kazanamaması, bakmakla yükümlü olunan kişilerden neyin kastedildiğinin ve birden fazla hak sahibi arasında ölüm tazminatının

hangi oranda paylaşılacağına açık olmaması şeklinde sıralanabilir. Ölüm tazminatına ilişkin yeni kanunla getirilen bu eksikliklerin zamanla yerleşecek olan yargı uygulamaları ile giderileceği umut edilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akı, Erol/İzveren, Adil; İş Hukuku, İzmir 1998.
- Aktay, Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Akyiğit, Ercan, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, s. 32-45.
- Alpagut, Gülsevil; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998. (Belirli Süreli)
- Alpagut, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 31, Yıl: 2011, s. 913-959. (Hizmet Sözleşmesinin Devri)
- Centel, Tankut; Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- Çalık, Şefik; İş Sözleşmesini Feshi ve İş Güvencesi, İstanbul 2005.
- Çelik, Nuri, İş Hukuku, 25. Bası, İstanbul 2012.
- Dönmez, Kazım Yücel; İş Hukukunda Tazminatlar, Ankara 1998.
- Esener, Turhan; İş Hukuku, Ankara 1978.
- Güler, Mikdat; "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Yıl: 2005, C.2, S. 5, s. 27-82.
- Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Ankara 1987.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Hizmet Sözleşmesi, Kuruluş-İçerik-Sona Erme, Ankara 1995.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- Özdemir, Erdem, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2012, Y. 7, S. 27, s. 25-46.
- Soyer, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2011, Y. 6, S. 22, 12-21.
- Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku, Konya 2006.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- Tunçomağ, Kenan; İş Hukuku, Genel Kavramlar, Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1981.
- Yürekli, Sabahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- Ünsal, Engin; "İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden Doğan İşçilik Alacakları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2006, S. 2006/1, s. 227-236.

BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNE YÖNELİK DEĞİŞİKLİKLERİN ELEŞTİRİSİ

“Bireysel”e Devlet Katkısı Anayasanın 73’üncü Maddesinde Belirtilen Vergi Ödeviyle Karşılanabilecek Nitelikte Bir “Kamu Gideri” Midir?

CRITIQUE OF NEW REGULATIONS ABOUT INDIVIDUAL PENSION SYSTEM

Could government contribution to individual pension system be considered as a public expenditure under the provision of the Constitution article 73?

Tahir ERDEM*

Özet: Ülkemizde bireysel emeklilik sistemi kuruluşunu takip eden 10 yıllık kısa bir süreç içinde uygulanan vergi indirim modeliyle birlikte başarılı bir gelişim grafiği izlemektedir. Sistemin katılımcı sayısı ve üretilen fon tutarı açısından daha etkin şekilde desteklenmesi açısından devlet katkısına dayalı yeni bir destek modeli öngörülmektedir. Çalışmamızda, sistem açısından önemli etkiler getirmesi beklenen bu model değişikliğinin Anayasa çerçevesinde hukuki değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel emeklilik sistemi, vergi indimi, devlet katkısı.

Abstract: A solid degree of development has been achieved within the individual pension system since its inception in Turkey in line with the tax deduction program in a short time period of 10 years. A new model which is including government contribution is about to be introduced to the system for more efficient support to increase the number of contributors and amount of fund. In this paper, the constitutional base of this new regulation is going to be discussed and evaluated.

Keywords: Individual pension system, tax deduction, government contribution.

* Dr., Vergi Başmüfettişi

GİRİŞ

Ülkemizde, 2000'li yılların başında sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılması sürecinin bir parçası olarak çok basamaklı emeklilik sisteminin kurulması için kamu sosyal güvenlik sistemine tamamlayıcı nitelikte ve gönüllü katılıma dayalı şekilde işleyen “Bireysel Emeklilik Sistemi” (BES) kurulmuştur. 4632 sayılı “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu”¹ ile kurulan bu sistem 07.10.2001 tarihinden itibaren uygulamaya girmiştir.

Sistemin kuruluş gerekçesi² emeklilik döneminde kamu sosyal güvenlik sistemi tarafından sağlanan ödemelere ek (tamamlayıcı mahiyette) gelir sağlamayı amaçlayan bireylere güvenli ve sistemli bir tasarruf ve yatırım mekanizması sunmak ve aynı zamanda uzun vadeli özel tasarrufların artırılması üzerinden olumlu ekonomik kazanımlarla topluma yarar sağlamak şeklinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede, BES birey ve toplum dengesi üzerine inşa edilmiştir.

Çok basamaklı emeklilik sistemlerinde üçüncü basamağı bireylerin emekliliğe yönelik gönüllü katkılarından oluşan ve tamamıyla bireysel hesaplarda takip edilen fonlu sistem teşkil etmektedir. Ülkemizde de ihtiyaç duyulan ve eksikliği hissedilen bu sistemin kurulması amacıyla 4632 sayılı Kanunla kamu sosyal güvenlik sistemine tamamlayıcı nitelikteki BES kapsamında bireylerin emekliliğe yönelik gönüllü tasarruflarını düzenleyen bireysel emeklilik hesaplarına dayalı fonlu bir sistemin oluşturulması öngörülmüştür.

BES'in bireysel tasarruf ve yatırıma yönelik katkılarının yanı sıra topluma yönelik önemli etkileri de bulunmaktadır. Genel olarak, emeklilik fonlarının uzun vadeli yapısı, fon miktarının büyüklüğü ve kurumsal yatırımcı kimliği ile sermaye piyasalarındaki etkinliği bu ülkelerin ekonomik gelişmelerinin ana nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Bu yönüyle BES kapsamında ülkemizde emekliliğe yönelik tasarrufların malî sektör içerisinde ülke ekonomisinin hizmetine sunulması amaçlanmaktadır.

¹ 07.04.2001 tarihli ve 24366 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² Kanun gerekçesi için bkzn; <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c056/tbmm21056063ss0580.pdf>

Bireysel emeklilik sistemi ile amaçlanan kamu sosyal güvenlik sistemlerine alternatif bir özel emeklilik sistemi yaratılması değildir. Tam aksine, kamu sosyal güvenlik sistemine üye olan ve aktif prim ödeyenlere ek avantajlar sağlayarak ve gerçek gelir beyanı teşvik edilerek vergi gelirlerinin artırılmasını öngören, kayıtdışılığın azaltılmasına ve mevcut sosyal güvenlik kurumlarının malî gelirlerinin artırılmasına yönelik bir sistemdir. Bu nedenle, bireysel emeklilik sistemi, hiç bir şekilde kamu sosyal güvenlik sisteminin özelleştirilmesi değil, sosyal güvenlik sistemini tamamlayıcı nitelikte gönüllü katılıma dayalı ek emeklilik sistemidir.

Bu süreçte, ülkemiz açısından yeni olan sistemin sağlıklı bir şekilde yaygınlaştırılması ve kendisinden beklenen bireysel ve toplumsal sonuçları sağlayabilmesi için önemli vergi destekleri getirilmiştir. BES'in vergilendirme boyutuna ilişkin düzenlemeler 4697 sayılı Kanunla³ yapılmıştır. Sisteme yönelik vergi düzenlemeleri genel olarak sistemle ilgili üç aşamayı temel alarak şekillendirilmiştir. Bu aşamalar sırasıyla bireylerin sisteme katıldığı dönem, katkı paylarının değerlendirildiği dönem ve son olarak sisteminden katılımcıya ödeme yapıldığı ayrılma ya da emeklilik dönemidir. 4697 sayılı Kanunla yapılan ve sistemin vergisel boyutuna ilişkin düzenlemelerin uygulanmasına ışık tutmak açısından Gelir İdaresi tarafından 3 seri nolu Gelir Vergisi Sirküleri⁴ kapsamında açıklamalar yapılmıştır.

Ülkemizde, yakın bir zamanda uygulamaya giren BES öngörülen vergi desteklerinin de etkisiyle gerek katılımcı sayısı gerek üretilen fon tutarı itibariyle başarılı sayılabilecek bir gelişim grafiği izlemektedir. 12/03/2012 tarihi itibariyle BES kapsamında katılımcıların fon tutarı 15.971.794.360 TL'ye ulaşmış ve toplam 2.741.966 katılımcı sayısı ile 12.989.326.096 TL tutarında fon yatırıma yönlendirilmiştir.⁵

Bugün gelinen noktada, ilgili Bakanlıklar tarafından BES kapsamında öngörülen vergi indirimine dayalı teşvik sisteminden katılımcıların sadece % 35'lik kısmının yararlanabildiği dolayısıyla da kalan % 65'lik kısmın yararlanmadığı gerekçesiyle yeni bir teşvik sisteminin

³ 4697 sayılı "Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 10.07.2001 tarihli ve 24458 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴ 13.08.2003 tarihli ve 3 Seri Nolu Gelir Vergisi Sirküleri için bkz. www.gib.gov.tr

⁵ İstatistik verileri için bkz; <http://www.egm.org.tr>

kurulmasının tasarlandığı yönünde somut açıklamalar yapılmıştır.⁶ Konuya ilişkin olarak hazırlanan kanun tasarının⁷ genel gerekçesinde de mevcut sistemin yerine sistemdeki katılımcıların doğrudan devlet katkısı yöntemi ile daha etkin şekilde teşvik edilmesinin hedeflendiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, vergi indirimine dayalı olarak çalışan mevcut sistem yerine yeni sistemde tüm katılımcılara devletin katkı sağlanması öngörülerek vergi mükellefi olsun ya da olmasın BES'e giren herkesin devlet tarafından eşit oranda teşvik edilmesinin amaçlandığı duyurulmuştur. Bu doğrultuda, yeni sistem kapsamında vergi indirimi uygulamasından vazgeçilerek katılımcıların bireysel emeklilik hesabına yaptıkları katkının yıllık brüt asgari ücretin yüzde 25'i ile sınırlı olan tutarı kadar bir devlet katkısı yapılması öngörülmektedir.

Çalışmamızda, BES'e yönelik yeni teşvik sisteminin temel unsuru- nu oluşturan devlet katkısı modelinin Anayasal dayanakları üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, bir yandan vergi gelirleriyle finanse edilecek söz konusu modelin "bireysel" varlık artışına odaklı yapısının yasa- ma tasarrufunun amaç unsuru olarak zorunlu ayağını teşkil eden "kamu yararı"na uygunluğu araştırılacaktır. Diğer yandan kişisel tasarrufların artırılması için bireysel emeklilik sistemine yapılması öngörülen devlet katkısının Anayasanın 73'üncü maddesinde belirtilen nitelikte vergi gelirleriyle karşılanabilecek bir kamu gideri sayılıp sayılamayacağı ve dolayısıyla da finansman yöntemi olarak mali egemenliğe dayalı vergilendirme imkanına kaynak teşkil edip edemeyeceği Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin emsal kararları ve ülkemizin sosyal ve ekonomik yapısına ilişkin istatistiki verileri ışığında ele alınacaktır.

1. MALİ EGEMENLİK VE VERGİLENDİRME YETKİSİNİN KAMU YARARI VE KAMU GİDERİ KAVRAMLARI KAPSAMINDA SINIRLARI

1.1. MALİ EGEMENLİK VE VERGİLENDİRME YETKİSİ

Vergi ilişkisi kamu hukuku alanında yer alan ve tarafların irade ve statü itibarıyla asimetric konumda bulunduğu bir zeminde cereyan eder. Temelinde cebirlik bulunan ve toplumu oluşturan tüm bireylere

⁶ <http://www.aa.com.tr/tr/balkanlar/45972--bireysel-emeklilige-devlet-katkisi-geliyor>

⁷ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_yonlendirme

mali güçlerine orantılı olarak kamu giderlerini müştereken karşılamak üzere maddi ödevler ile bu maddi ödevlerin tahakkuka yardımcı olan şekli ödevler yükleyen bu ilişki doğası itibariyle toplum menfaati ile kişi menfaatinin çatıştığı bir nitelik arz eder. Kişi menfaati ya da bireysel çıkar olgusu, kişilerin yasal çerçeve içinde mümkün olan en az vergi yüküne muhatap olma eğiliminden kaynaklanır. Kamu yararı ise vergi idaresi tarafından verginin, kamu harcamalarının kaynağını oluşturması nedeni ile tam ve zamanında alınmasından doğan yarara dayanır.⁸

Vergilendirme ilişkisinin temelinde hukuki dayanak noktası olarak devletin mali egemenliği yer alır.⁹ Dolayısıyla, vergi ilişkisi, taraflar arasında eşitsizliğin söz konusu olduğu statü hukukunun tam olarak yansımaları niteliğindedir. Maddi vergi borcu olarak parasal bir yükümlülüğü içeren vergi ilişkinin temelinde, sözleşme ya da haksız fiil gibi unsurlar değil, toplumun kamu giderlerinden kaynaklanan müşterek sorumluluğu yer almaktadır. Bu çerçevede, vergilendirme yetkisi geçerliliğini toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan kamu giderlerinin devlet tarafından müşterek sorumluluk esasında topluma yansıtılması ve dağıtılması düşüncesinden alır. Vergilendirme iradesi ve bunun uzantısında somutlaşan vergi alacağı ortak ihtiyaçların ortaya çıkardığı kamu yararı gerekliliği nedeniyle doğrudan devlet iktidarına bağlanmaktadır. Bu iradeye tanınan üstünlük kamu yararı fikrinden beslenmekle birlikte, tamamen keyfi ve sınırsız değildir. Vergilendirme dahil olmak üzere tüm yasama faaliyetlerinin sınırı üstün hukuk kuralları ile belirlenmiş ve Anayasada şekillenmiş-

⁸ Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, İstanbul:Alfa, 1998, s. 1-3.

⁹ Egemenlik terimi karşılığında, kamu hukuku doktrininde "hakimiyet", "devlet kudreti", "devlet iktidarı", "devlet gücü", "kamu iktidarı", "kamu gücü", "kamu kudreti", "otorite", "siyasi güç" kavramları, devletler hukuku doktrininde de "bağımsızlık", "özgürlük" kavramları kullanılmaktadır. Mali egemenlik ise, egemenlik kavramının mali alandaki görünümüdür. Çeşitli yetkilerden oluşan mali egemenlik, devlet egemenliğinin varlık koşulu olmasının yanı sıra, onun sürekliliğini sağlar ve yürütür. Mali egemenliğin iç hukuk bakımından anlamı, devletin ülke sınırları içinde vergilendirme, harcama, bütçe yapma, borçlanma, kamu mallarını yönetme yetkilerine sahip olmasıdır. Vergilendirme yetkisi, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücüdür. Devletin varlık koşullarından biri olan vergilendirme, devletin ilk belirtilerinden biri olan mali talepte bulunma şeklinde ortaya çıkmaktadır. (Bknz; Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s.1-4)

tir. Anayasamızda, genel çerçevede devletin tüm organları, kurum ve kuruluşları açısından bir görev dağılımı ve yetki belirlemesi yapılırken, faaliyet ve işlemleri açısından geçerli olan temel hukuk kuralları, bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerle birlikte açıklanmıştır. Dolayısıyla, mali egemenlik ve bu kapsamdaki vergilendirme yetkisi de devlet egemenliğinin bağlı olduğu sınırlara tabidir.

Vergi ilişkisinin niteliği ve yapısı itibariyle kamu hukukunun bas-
kın unsurlarını bünyesinde barındıran görünümü ve muhataplarına zora dayalı olarak karşılıksız ödevler yüklemesi, vergilendirmeyi devlet iktidarının en somut olarak hissedildiği bir alana dönüştürmüştür. Bu ise vergilendirme sürecinin öncelikle temel hukuk kaynaklarında esaslı ilke ve unsurlara bağlanmasını ve buna paralel olarak da kişilerin devlete karşı korunması bakımından belirli haklarla donatılması gerekliliğini doğurmuştur. Nitekim bu gereklilik vergilendirme konusunda somut olarak Anayasa düzeyinde yer verilen kuralların varlık kazanmasına neden olmuştur. Bunun daha ötesinde, vergi ilişkisinin toplum yaşamındaki önemine ve etkisine binaen tarihsel perspektifte mali hukukun anayasa hukukuna ve anayasaların ortaya çıkışına öncülük ettiği yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹⁰

Vergi ilişkisinin maddi temelini oluşturan gereklilik toplum yaşamının ihtiyaçlarını adil ve kabul edilebilir bir sistem içinde müşteri-
reken finanse etmektir. Bununla birlikte toplumu yöneten ve hukuka bağlı olan devletin vergilendirme alanındaki işlem ve tasarruflarının hukuka uygunluğu da bir arada yaşayan insanlar topluluğunu topluma dönüştüren ortak paydalardan biri olan hukuk ve bunun özündeki adalet anlayışının bir parçasıdır. Bu anlayışın ifadesi ise vergilendirme ilişkisinin Anayasal düzeyde kişileri keyfilik ve adaletsizliğe karşı koruyacak ilke ve esaslarla düzenlenmesi ve uygulamalarda da bunların gözetilerek hayata geçirilmesi şeklinde karşılığını bulmak durumundadır.

Vergi ödevine ilişkin temel ilkeler Anayasamızın “Temel Haklar ve Ödevler”i düzenleyen İkinci Kısımın “Siyasî Haklar ve Ödevler”in ta-

¹⁰ Bknz; Kemal Gözler, “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009, c.I, s.365-374 (www.anayasa.gen.tr/mali-hukuk.htm, Konuluş Tarihi: 10.12.2009).

nımlandığı Dördüncü Bölümünün “Vergi Ödevi” başlıklı 73’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anayasamızın 73’üncü maddesinde “Vergi Ödevi” düzenlemesi çerçevesinde, Türk Vergi Sisteminin temel ilkeleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir.

“Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.”

Pozitif hukukumuz kapsamında, gerek Anayasamızda gerek vergi kanunlarımızda vergi kavram olarak tanımlanmamıştır. Buna karşın, uygulamada verginin tanımına doktrinde ve yargı kararlarında yer verilmiştir. “Kamusal gereksinimleri karşılamak için kişi ve kurumların mal varlıklarının bir bölümünün devlete geçirilmesi, bu yolla kamuya aktarılması”¹¹ anlamındaki vergi, “devletin egemenlik gücüne dayanarak kamu giderlerine katılımı sağlamak amacıyla kişilerden aldığı ekonomik değerler”¹² olarak tanımlanabilir.¹³

Vergi; kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzelkişilerden mali güçlerine göre istenen bir yükümlülüktür. Devlet bu yolla, kamu giderlerini karşılamak için ya da mali politika nedeniyle piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır. Vergi, belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayıp, tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payını anlatır.¹⁴

Bu yapı içinde verginin herkese adil ve eşit şekilde dağıtılması kapsamında genellik ilkesini gündeme gelir. Anayasa Mahkemesi bir

¹¹ AYMK., 07.11.1989, E. 1989/6, K.1989/42.

¹² AYMK., 24.06.1993, E.1992/29, K. 1993/23.

¹³ Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin:Ankara, 2005, s. 25.

¹⁴ AYMK, 14.2.1991, E. 1990/18, K. 1991/4, 08.05.1991 tarihli ve 20865 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

kararında, “Vergi ödevinde kişinin belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu hizmetleri giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması”nın söz konusu olduğu belirtilmiştir.¹⁵ Anayasa’nın 73’üncü maddesinde de, verginin, kamu giderlerini karşılamak amacıyla ödeneceği biçiminde genel bir ifade kullanılmıştır. Kamu giderlerini karşılamak üzere toplanması gereken vergi yükünün genellik ilkesi paralelinde toplumu teşkil eden herkese adalet ve eşitlik içinde dağıtılması öngörülürken bu yükün sadece belirli bir kesimin üzerinde bırakılması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu giderinin bir bölümünün yurttaşlar içinde yalnızca işçilere ve işverenlere yükletilmesini Anayasanın vergi ödevine ilişkin maddesine aykırı bulmuştur.¹⁶

Yapılan tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere Anayasa’nın 73/1’inci maddesinde ifade edilen “dar anlamda vergi” kavramında toplumun ortak ihtiyaçlarını teşkil eden kamu yararının ve/veya kamu hizmetlerinin gerektirdiği mali kaynağın karşılık ve yararlanma ölçütü aranmaksızın mali gücüne orantılı şekilde herkese dağıtılması ve toplum üyeleri tarafından müştereken karşılanması söz konusudur. Dolayısıyla, dar anlamda vergilendirme yoluyla finanse edilebilecek kamu gideri ortak ihtiyaçtan kaynaklanan müşterek sorumluluğa dayanmaktadır. Ortak bir yükümlülük havuzu olarak düşünülebilecek bu müşterek sorumluluğun somut olarak dağıtımında uygulanan temel ölçüt “mali güç” olmakla birlikte dağıtımı gerçekleşen tutar ise “kamu giderleri” karşılığını teşkil eden “vergi ödevi”dir. Dolayısıyla “vergi ödevi” kamu gideri noktasından başlayıp mali gücüne orantılı şekilde herkese ulaşacak bir yüküm olarak somutlaşır ve mükelleflerde sonlanır. Bir ucunda “kamu gideri” diğer ucunda ise mali gücüne orantılı şekilde mükellef sıfatı taşıyan kişilerin varlıklarından karşılanan “vergi etiketli” parasal tutarlar yer almaktadır. Bu yaklaşımın kaynağında ortak ihtiyaçtan doğan “kamu gideri”nin kaynaştırıcı ve yükümlendirici “müşterek sorumluluk” ilişkisi, dağıtım ayağında ise adalet ve eşitliği sağlamak üzere “mali güç” ilkesi bulunmaktadır. Dolayısıyla, dar anlamda vergi ancak kamu giderinin olduğu yerde toplumu oluşturan kişilerin kamu giderinin karşılığını teşkil eden vergi ödevini karşılaması konu-

¹⁵ AYMK, 18.2.1985, E. 1984/9, K. 1985/ 4.

¹⁶ AYMK, 29/6/1971, E. 1971/19, K. 1971/61, 10.2.1972 tarihli ve 14095 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

sundaki ortak sorumluluğundan doğar. Kamu gideri niteliği bulunan bir devlet harcaması açısından vergilendirme yetkisi ve mali sorumluluk yükleme imkanı doğar. Kamu gideri karşılığı olmaksızın müşterek sorumluluk yaratma ve vergi salma yetkisinden söz edilemez.

Bu durum, vergi benzeri mali yükümlülükler açısından da geçerlidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir mali yükümlülüğün Anayasanın 73'üncü maddesinde öngörülen anlamda vergi benzeri mali yükümlülük olup olmadığını tespitinde belirli kriterler aramaktadır. Bu kriterlerden biri de devlet tarafından tahsil edilen ödemenin kamu gideri karşılığı olup olmadığıdır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, çarşı ve mahalle bekçilerinin kamu hizmeti yaptıklarından ve bu nedenle onlara hizmetleri karşılığında ödenen paraların kamu gideri olduğundan söz ederek, bu gideri karşılamak için alınan paraları vergi benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirmiştir.¹⁷ Ücret, aidat, kesenek, harç, katılma payı, fon payı, katkı payı gibi adları ne olursa olsun parasal yükümlülük ya da ödemelerin Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında mali yükümlülük sayılabilmesi için ödemenin kamu gideri niteliğinde ve kamu hizmeti karşılığı olması, tek taraflı irade ile alınması, kamu gücüne dayanması, zorunlu olması, ödenmemesi halinde hukuki yolla tahsili, devlet tüzel kişiliği, kamu tüzel kişiliği ya da kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesi ve yasa ile konulması gerekir.¹⁸

Devlet ve kişi arasında, vergiden doğan ilişkide, hem şekli ödevler hem de maddi borç açısından bir zorlama (cebrilik) ve gönülsüzlük bulunmakla birlikte devletin dar anlamda vergi alma imkanının sınırları kamu gideri kavramına dayanır. Devlet ancak kamu yararını gerçekleştirmek üzere gerekli olan kamu giderlerini karşılama gereğinin meşru kıldığı sınırlar içinde vergi toplayabilir. Devletin varlığını sürdürebilmesi ve sunması gereken hizmetlerin karşılığı niteliğindeki

¹⁷ AYMK, 26.10.1965, E. 1965/25, K. 1965/57; Çarşı ve mahalle bekçilerinin görevi, zabitanın denetimi altında ve onun yardımcıları olarak genel güvenliği sağlamak ve adli zabıtaya yardımcı olmaktır. Bu görevin bir kamu hizmeti olduğu meydandadır. Şu halde bekçilere, hizmetlerine karşılık verilen ücret, bir kamu gideridir. Bu gideri karşılamak amacı ile kişilerden alınan para da kendilerine yönetilen, Anayasa deyimi ile, vergi benzeri bir mali yükümdür. Bu bakımdan bekçi paraları, Anayasa'nın 61 inci maddesinin kapsamına girmektedir.

¹⁸ AYMK, 15.12.2006, E. 2006/111, K. 2006/112, 30.12.2006 tarihli ve 26392 (5. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

kamu giderlerini finanse edebilmesi için ihtiyaç duyduğu kaynakları özel kesimden aktarabilmesi için mali egemenliğini kullanabilir. Kamu gelirlerinden harcama yapılabilmesi, ancak kamu hizmetinin görülmesi ve kamu yararının sağlanması için mümkün olabilir. Bunların olmadığı yerde kamu gideri düşünülemez. Kamu gideri niteliği taşımayan bir harcama devlet eliyle gerçekleştirilse bile bu nitelikteki harcama için vergilendirme yetkisinin kullanılması meşru kabul edilemez.

Mali egemenlik, vergilendirme yetkisinin sınırları ve kamu gideri arasındaki bu ilişki Anayasa Mahkemesi kararlarında da ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafında 1961 Anayasası döneminde verilen iki ayrı kararda, siyasî partilere Devletçe Hazineden yardım edilmesi konusundaki düzenlemeler bu ilişki perspektifinden değerlendirilerek karara bağlanmıştır. Verilen kararlardan birinde, kamu hizmeti ve kamu yararı ekseninde yer almayan bir devlet harcamasının Anayasanın vergi ödevini düzenleyen hükmündeki “*kamu gideri*” kavramı karşılığını bulamayacağından bu nitelikteki harcamanın vergilendirme yetkisi yönünden dayanaktan yoksun olduğu ifade edilmiştir.¹⁹

1.2. KAMU GİDERİ KAVRAMININ TEMEL UNSURU OLARAK KAMU YARARI

1.2.1. Kamu Yararı

Kamu yararı ya da eski deyimle amme menfaati, topluma, bir bütün olarak devlete ait ve gerçekleştirilmesi toplum yararına olan hizmetlerin sağlandığı menfaattir.²⁰ Kamu yararı, kamu yönetiminin eylem ve işlemlerinde yöneldiği ve toplumun bir kesiminin ya da tümünün yararını kollamaya dönük, temel ve genel hedef olarak da nitelendirilmektedir.²¹

Kamu yararı çok işlevli bir kavram olmanın yanı sıra soyut ve sübjektif bir nitelik taşır. Bu kavram, devletin doğrulamasını yapmak,

¹⁹ AYMK, 02/02/1971, E. 1970/12, K. 1971/13, 09.07.1971 tarihli ve 13890 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁰ Hüseyin Özcan, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, İstanbul:Alfa, 1993, s. 416.

²¹ Turgay Ergun, Ömer Bozkurt ve Seriya Sezen, Kamu Yönetimi Sözlüğü, Yayın no: 283, Ankara:TODAİE, 1998, s. 133.

kamusal işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu ölçmek için kullanılır. Temel hakların sınırlandırılmasında başvurulan başlıca nedenlerden biridir.²² İdareye uygulanan özel kuralların uygulama alanını belirleyen bir ölçüttür. Yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde temel alınan bir kavramdır. Kısaca, kamu yararı bir faaliyete “*devlet ya da kamu faaliyeti*” niteliği kazandırır. Kamu hukukuna uygunluğun bir ölçüsü olarak kabul edilir.²³ Kamu yararı, esasen yasama ve yürütmenin²⁴ tüm faaliyetlerinde kurucu bir unsur ve zorunlu bir kaynak teşkil eder.

1.2.2. Kamu Yararı Kavramının Anayasaya Uygunluk Denetiminde İşlevi

Kanunların hangi amaçlarla yapılacağı Anayasada belirtilir. Bütün kamusal işlemler gibi, kanunun amacı da kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır. Anayasada belirtilen amacı ya da kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla, kanun koyucu belli bir sonuca ulaşmak için değişik yolların seçimini siyasi tercihlerine göre yapmakta serbesttir. Burada da takdir yetkisi kanun koyuculara aittir ve bu husus Anayasa Mahkemesinin denetimine girmez. Fakat kanun koyucunun kişisel, siyasal ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, ortada teknik anlam ile bir yetki saptırması, giderek de amaç unsuru bakımından Kanunun sakatlığı söz konusu olur. Kuşkusuz kanun koyucu, kendi siyasi tercihlerine göre neyin kamuya yararlı olup olmadığını takdir etmekte serbesttir. Bu bakımdan kamu yararı kavramı, kanunun yönelmediği amacı saptamak açısından ağırlık kazanır. Anayasa Mahkemesi denetimini yaparken, kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacı ile yapıp yapılmadığını denetleyebilir.²⁵

²² İnsanın, doğuşla kazandığı değeri ve onuru nedeniyle, kamu yararına ya da başka bir haklı nedene dayanmaksızın, değişik ölçülerle insanlar arasında ayırım yapılamaz ve yasaların uygulanması yönünden hiçbir fark gözetilemez. AYMK, 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, 30.06.1993 tarihli ve 21623 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

²³ Tekin Akıllıoğlu, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, Amme İdaresi Dergisi, Haziran 1991, C. 24, S: 2, s.3.

²⁴ Kamu hizmetlerinin kuruluşunda ve yerine getirilmesindeki temel amaç kamu yararındır. Kamu yararı, idarenin tüm işlem ve eylemlerine yön veren bir kavramdır.

²⁵ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 13. Baskı. Beta, s. 199-200.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması zorunludur. Anayasa Mahkemesi tarafından yasama tasarruflarının “kamu yararı” unsuru yönünden incelenmesinde Anayasa’nın 2’nci maddesinde öngörülen “*hukuk devleti*” ilkesi ile ilişki kurularak “kamu yararı” unsuruna aykırılık taşıyan düzenlemeler bu yönden eleştirilmektedir.

Anayasa’nın 2’nci maddesinde, belirtilen “*hukuk devleti*” ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin, kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenirken “kamu yararı” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme de, yasanın kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını araştırmaktır. Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasada bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu yasa kuralı Anayasanın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir. Açıklanan ayırık hal dışında, bir yasa kuralının ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak yasa koyucunun takdirine ait olduğundan, salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak Anayasa yargısıyla bağdaşmaz.²⁶

Esasen kamu yararı kavramının sınırları belirgin olmadığı gibi, toplumdan topluma ya da dönemden döneme ekonomik, siyasi ya da sosyal koşullara göre değişkenlik gösterebilmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi kamu yararının tanımını yapmak yerine, her somut olayda kamu yararının var olup olmadığını incelemeyi tercih etmektedir.

²⁶ AYMK, 31.10.2008, E. 2008/34, K. 2008/153, 06.12.2008 tarihli ve 27076 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Bu yönde ortaya konulan önemli bir tespit “*kamu yararı*” kavramı ile benzeri diğer kavramların ilişkisidir. Günümüzde kamu yararı kavramı yanında, “*toplum yararı*”, “*ortak çıkar*”, “*genel yarar*” gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, tümünün “*bireysel çıkar*”dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır.²⁷

Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Yasama tasarrufunda da kanunun amaç ögesi bakımından Anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliriyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.²⁸

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında: “*Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek biçimde kullanılamaz*” denilmektedir.²⁹ Anayasa Mahkemesi, kamu yararı kavramını hukuk devletinin tanımına giren unsurlardan birisi olarak nitelemekte ve kanunların amaç unsurunu da kamu yararı olarak kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kamu yararını yorumladığı kararlarına göre, kamu yararı: “*kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak anlamına gelir. Anayasaya göre bu, Devletin başta gelen ödevidir.*”³⁰ Kamu yararının takdiri, yasama organının yetkisindedir. Ne var ki bu organ kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptaya-

²⁷ AYMK, 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, 30.06.1993 tarihli ve 21623 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁸ AYMK, 2.6.2011, E. 2008/88, K. 2011/85, 21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁹ AYMK, 25/2/1986, E.1985/1, K. 1986/4.

³⁰ AYMK, 5/4/1977, E.1977/1, K.1977/20. 05.12.1977 tarihli ve 16130 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

mayacağı gibi, kişi haklarının özüne de dokunamaz.”³¹ Yasa koyucu kamu yararının gerektirdiği önlemleri bulmak zorundadır.”³² Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlem almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve ödevidir. Yeter ki düzenlemeler yapılırken doğrudan doğruya amaçlanan hizmetin gerekleri göz önünde tutulmuş, istenen nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden-sonuç bağı kurulmuş olabilsin”³³

1.2.3. Kamu Yararı ve Kamu Gideri İlişkisi

Tüm kamu etkinlik ve faaliyetlerinin temel amacını teşkil eden ve onlara meşruluk kazandıran kamu yararının sağlanması düşüncesi esasen kamu harcama ve giderlerinin de yapılabilmesine imkan sağlayan ana etkidir. Kamu yararını amaçlamayan ya da kamu yararına yönelmeyen bir kamu harcaması ya da gideri tahsis yönünden sıkıntılıdır. Nitekim, 3454 sayılı “*Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun*”³⁴ göre oluşturulacak fondan 1989 Yılı Bütçe Yasasının 64’üncü maddesi ile hâkimlere konut için kredi verilebilme olanağı sağlanması, Anayasa’nın 73’üncü maddesinin birinci fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ancak “*kamu giderini karşılamak*” üzere toplanabileceği hükmü karşısında bu fondan yapılacak harcamaların bir bölümünün kamu gideri olma niteliğini tartışmalı hale getirmesi nedeniyle eleştirilmiştir.³⁵ Kamu hizmetlerinde³⁶ de esasen kamu yararı ekseninde hizmet görüş geçerlidir.

³¹ AYMK, 29/4/1980, E.1979/37, K.1980/26. 23.08.1980 tarihli ve 17084 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³² AYMK, 25/4/1974, E.1973/41, K.1974/13. 14.09.1974 tarihli ve 15006 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³³ AYMK, 31.12.1992, E.1992/40, K. 1992/55.

³⁴ 04.06.1988 tarihli ve 19832 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁵ Anayasa Mahkemesi Üyeleri Yılmaz Aliefendioğlu, Muammer Turan ve Ahmet N. Sezer tarafından yazılan karşıoy gerekçesi için bkz; AYMK, 8.9.1989, E. 1988/37, K. 1989/36, 18.01.1990 tarihli ve 20406 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶ Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Nitekim, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. AYMK, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, 24.01.1995 tarihli ve 22181 sayılı Res-

Bu konudaki önemli bir ayrıntı yerel yönetimler (mahalli idareler) açısından ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 127'nci maddesinde mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulması öngörülen mahalli idarelerin gider ve harcamaları açısından da *"kamu yararı"* kavramı *"mahalli müşterek ihtiyaçlar"* ölçüğünde daraltılmıştır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun³⁷ 24. Maddesinin (n) bendi ile büyükşehir belediyesinin giderleri arasında, *"Kamu yararı görülen konularda yurt içi ve yurt dışı kamu sektörü, özel sektör ve sivil toplum örgütleriyle birlikte yapılan ortak hizmetler ve diğer proje giderleri"* sayılırken büyükşehir belediyelerine kamu yararı olup olmadığını takdir ederek yurt içinde ve yurt dışında her türlü hizmet için harcama yapma yetkisi verilmesi, aynı zamanda büyükşehir belediyesine sınırsız ve ölçsüz bir yetki kullanımının devri anlamına geldiğinden ilgili hükmün Anayasaya aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi de yapılan iptal başvurusunu ihtilaf konusu hükümde müşterek ihtiyaç ölçütü yerine kamu yararı ölçütü esas alındığından haklı bularak kabul etmiştir. Düzenlemeye ilişkin iptal kararının gerekçesinde yurt içi ve yurt dışı kamu sektörü, özel sektör ve sivil toplum örgütleriyle birlikte yapılan ortak hizmetler ve diğer proje giderleri büyükşehir belediyesi için bir gider kalemi oluştururken, bunun ölçütünün mahalli müşterek ihtiyaç olması gerekirken iptal istemine konu düzenlemeyle mahalli müşterek ihtiyaç ölçütünün dışlanarak harcamanın kamu yararı görülmesi ölçütüne bağlanması, bu suretle sözkonusu kalemi oluşturan alanın büyükşehir belediyesi adına harcama yetkisine sahip olanların takdirine bırakılarak yönetsel ve yargısal denetiminin etkisizleştirilmesi ya da zorlaştırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralı uygulayıcı makamda bulunanlarla, kural uyarınca yapılan giderleri denetleyici konumundaki kişilere göre farklı değerlendirme ve sonuçlara yol açabilecek olan düzenlemenin, belirlilik unsuru açısından hukuk güvenliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıklanmıştır.³⁸

mi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁷ 23.07.2004 tarihli ve 25531 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁸ AYMK, 25.1.2007, E. 2004/79, K. 2007/6, 17.01.2008 tarihli ve 26759 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1.2.4. Kamu Gideri Kavramının Anayasaya Uygunluk Denetiminde İşlevi

Yasama ve yürütmenin etkinliklerinde kamu yararı teması temel gerekliliktir. Bu gerekliliğin mali yansıması ise kamu gider ve harcamalarında gündeme gelir. Kamu gelir ve giderlerine yönelik temel hükümlere Anayasada yer verilmiştir. Anayasanın 73'üncü maddesinde vergi ödevi düzenlenerek temel kamu finansman kaynağı olan vergi anayasal içerik kazanmıştır. Anayasanın 161 ila 165'inci maddeleri arasında ise bütçe ve kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda, devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarının yapılma esasları temel ilkelere bağlanmıştır. Bu konudaki yasal düzenleme ise 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu³⁹ kapsamında yapılmıştır.

Bir yasama tasarrufunun içeriğinde yer alan devlet harcamasının kamu gideri olarak değerlendirilip vergi yoluyla finansmanındaki ölçüt merkezi yönetim açısından kamu yararı ve mahalli yönetimler için de mahalli müşterek ihtiyaçtır. Bu yönüyle gider ya da harcama içeriğinden dolayı dar anlamdaki vergi yükümlülüğünü artıran yasa hükümlerinin Anayasada öngörülen kamu yararı/mahalli müşterek ihtiyaç ve kamu gideri unsurlarına uygun olması gerekir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirme de bu yöndedir. Anayasa Mahkemesi tarafında 1961 Anayasası döneminde verilen bir kararda, siyasî partilere Devletçe Hazineden yardım edilmesi konusunda kamu hizmeti ve kamu yararı ekseninde yer almayan bir devlet harcamasının Anayasanın vergi ödevini düzenleyen hükmündeki "kamu gideri" kavramı karşılığını bulamayacağından bu nitelikteki bir harcamanın vergi ödevine kaynaklık edemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde bu konudaki açıklamalar aşağıdaki gibidir;

"Siyasî partilere Devletçe yardım edilmesi gerektiği yolunda bir ilkenin kabullü bunlara Devlet Hazinesinden, yurttaşların vergi ödevini yerine getirerek Devlete verdikleri paralar Devlet gelirinin temelini ve Anayasa'nın 126.

³⁹ 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 5018 sayılı Kanunun Tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinin (h) bendinde kamu gideri, kanunlarına dayanılarak yaptırılan iş, alınan mal ve hizmet bedelleri, sosyal güvenlik katkı payları, iç ve dış borç faizleri, borçlanma genel giderleri, borçlanma araçlarının iskontolu satışından doğan farklar, ekonomik, malî ve sosyal transferler, verilen bağış ve yardımlar ile diğer giderleri olarak ifade edilmiştir.

maddesinde sözü edilen Devlet bütçesinin kaynağını oluşturduğu için dolaşısıyla bu paralardan yardım adı veya başka adlar altında karşılıksız ödemelerde bulunulması sonucunu doğurur. Anayasa'nın vergi ödevini koyan 61. maddesi, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Demek ki Anayasa'nın 61. maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş malî yükümlerden elde edilen paraların ancak kamu giderlerinin karşılanması yolunda kullanılması düşünülebilir. Böyle olduğuna göre sorunun çözülebilmesi için siyasî partilere Devletçe ödenecek yardım paralarının kamu giderleri arasında yer alıp alamayacağına araştırılması zorunludur. Bu zorunluk önce ve özellikle siyasî partilerin ve gördükleri işlerin niteliği üzerinde durulmasını gerekli kılar.⁴⁰ Çünkü siyasî partilerin kamu hizmeti gören birer kamu kurumu olduğu, hiç değilse kamu yararına çalıştıkları saptanıp kabul edilmedikçe bunlara Devletçe yardımda bulunulabilmesi düşünülemez."

"Bir siyasî partinin toplum ve Devlet düzenini, kamu faaliyetlerini belirli görüşlerin doğrultusunda yönetmesi, denetlemesi ve etkilemesi kamu hizmeti niteliğini taşır. Ancak bu hizmetin yerine getirilmesi o siyasî parti mensuplarının Türkiye Büyük Millet Meclisine, Hükümete ve mahallî idarelerin seçimine iş başına gelen kuruluşlarına girmeleriyle başlar ve bu mensupların aracılığı ile gerçekleşir. Hizmetleri görenlere ise, hizmetlerin karşılığı olarak Devletçe ve mahallî idarelerce para ödendiği de bilinmektedir. Siyasî partilerin kamu hizmeti niteliğindeki çalışmaları ancak bu dar çerçeve içinde söz konusu edilebilir. Bu çerçevenin dışında siyasî partiler bakımından kamu hizmeti sayılabilecek bir çalışma düşünülemediği gibi yukarıdan beri açıklanan nedenlerle de partilerin birer kamu kurumu olarak kabul edilmelerine olanak yoktur.

Siyasî partiler kamu hizmeti gören veya kamu yararına çalışan kuruluşlar değildir. Bunlara Devletçe yapılacak para yardımının kamu giderleri arasında yeri olamaz. Anayasa'nın 61. maddesi ise herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa'nın bu maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş malî yükümlerden elde edilen paralardan bir bölümü ile siyasî partilere yardım edilebilmesinin olanağı ve anayasal desteği yoktur. Siyasî partilere Devletçe yardım edilmesi ilke bakımından Anayasa'ya aykırıdır.⁴¹

⁴⁰ AYMK, 18 ve 19 Şubat 1969, E. 1968/26, K. 1969/14, 25.02.1970 tarihli ve 13430 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴¹ AYMK, 02/02/1971, E. 1970/12, K. 1971/13, 09.07.1971 tarihli ve 13890 sayılı Res-

2. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNE YÖNELİK VERGİ UYGULAMASI VE TEŞVİK UNSURLARI

2.1. 4697 SAYILI KANUNLA GETİRİLEN VERGİ UYGULAMASI VE TEŞVİK UNSURLARI

Bireysel emeklilik sistemine yönelik vergilendirme ve teşvik boyutu 4697 sayılı Yasayla vergi kanunlarında gerçekleştirilen düzenlemelerle kurala bağlanmıştır. Gelir Vergisi Kanunu (GVK) ve Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) hükümleri dikkate alındığında Sisteme ilişkin vergi uygulamaları ve teşvikler yönünden üç aşama bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla,

- **Katılım ve katkıların yatırılması aşamasında;** bireysel emeklilik sistemine katılan ücretliler ve diğer vergi mükelleflerinin sisteme yaptıkları katkı tutarları ile işverenlerin çalışanları adına ödedikleri katkıların belirli limitler dahilinde vergi matrahından indirilmesine imkan sağlanması,
- **Toplanan katkıların değerlendirilmesi ve yatırımı aşamasında;** katkı tutarlarının değerlendirileceği emeklilik yatırım fonlarının gelirlerinin kurumlar vergisinden istisna edilmesi,
- **Katkı payları ile katkı getirilerinin ayrılma ve emeklilik nedeniyle hak sahiplerine ödenmesi aşamasında;** bireysel emeklilik sisteminden ayrılanlara yapılan ödeme üzerinden istisna uygulanması ve istisna dışında kalan ödeme tutarı üzerinden tevkifat yolu ile vergileme yapılmasıdır.

2.1.1. Sisteme Katılım ve Katkıların Ödenmesi Aşamasında Vergi İndirimi

BES'e yönelik en önemli vergi teşvik unsuru vergi indirimidir. 4697 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler kapsamında gerek işverenlerin çalışanları adına gerek mükelleflerin kendisi tarafından BES'e ödenen katkı paylarının vergi matrahının tespitinde belirli sınırlar da-

mi Gazete'de yayımlanmıştır; Anayasa Mahkemesinin bu konuda daha önce vermiş olduğu kararı aksi yöndedir; bknz; AYMK, 18 ve 19 Şubat 1969, E. 1968/26, K. 1969/14, 25.02.1970 tarihli ve 13430 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hilinde indirim konusu yapılmasına imkân sağlanmıştır. Vergi indirimi yoluyla BES'e katılım teşvik edilmiş ve böylece bireysel emeklilik sisteminin kurulmasından beklenen faydaların gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.⁴²

2.1.1.1. İşverenler Tarafından Ödenen Katkı Paylarının İndirimi

BES'in yaygınlaştırılması açısından öngörülen önemli araçlardan biri işverenlerin sponsorluğunda çalışanlar adına sisteme yapılan katkılardır. 4697 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi ile GVK'nın 40'ıncı maddesine eklenen 9'uncu bent hükmü uyarınca, işverenler tarafından çalışanları adına ödenen katkı paylarının belirli şartlar ve sınırlamalar dahilinde ücretle ilişkilendirilmeksizin ticari kazancın tespitinde doğrudan gider olarak dikkate alınabileceği yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, çalışanlar adına işverenler tarafından ödenen şahıs sigorta primlerinin, ücret olarak tevkifata tabi tutulduktan sonra ticari kazancın tespitinde, GVK'nın 40/1'inci maddesi uyarınca giderleştirilmesi esası benimsenmiştir.

Buna karşın, GVK'nın 40/9'uncü maddesiyle işverenler tarafından çalışanları adına ödenen katkı paylarının belirli sınırlar dahilinde ücretle ilişkilendirilmeksizin doğrudan giderleştirilmesine imkan tanınmıştır. Dolayısıyla, bu ikili yaklaşım tarzı içinde, yeni kurulan BES lehine bir düzenleme ile işverenlerce çalışanlar adına ödenen katkı paylarının doğrudan giderleştirilmesine olanak tanınarak BES'e yönelik vergi avantajı yaratılmıştır.

Bu kapsamda işverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları safi kazancın tespit edilmesi için ticari kazançtan indirilir. Ancak, gerek işverenler gerekse ücretliler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahının tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin % 10'unu ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı % 20 oranına kadar artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

⁴² 4697 sayılı Kanun gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss729m.htm>

2.1.1.2. Çalışanlar Tarafından Ödenen Katkı Paylarının İndirimi

Bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları ile şahıs sigortalarına ödenen primlerin ücret matrahının tespiti sırasında indirim konusu yapılabilmesi yönündeki düzenlemeye GVK'nın 63'üncü maddesinin 4697 sayılı Kanunla değişik 3'üncü bendinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, ücretin gerçek safi değerine ulaşılrken işveren tarafından verilen para ve ayınlarla sağlanan menfaatler toplamından, sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye'de kain ve merkezi Türkiye'de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları indirilebilecektir.

İndirim konusu yapılacak prim, aidat ve katkıların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin %10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için ödenen primlerde, ödendiği ayda elde edilen ücretin %5'ini) ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı %20 oranına kadar (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta poliçeleri için %10 oranına kadar) arttırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

2.1.1.3. Beyana Tabi Mükellefler Tarafından Ödenen Katkı Paylarının İndirimi

BES'e katılımı teşvik açısından, 4697 sayılı Kanunla GVK'nın 89/1'inci bent hükmü değiştirilerek, yıllık beyanname veren mükellefler yönünden de gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden sisteme ödenen katkı payları ile sigorta şirketlerine ödenen primlerin belirli koşullar ve sınırlamalar dahilinde indirimine olanak tanınmıştır.

Bu bağlamda, gelir vergisi matrahının tespitinde, gelir vergisi beyannamesinde bildirilecek gelirlerden beyan edilen gelirin % 10'unu (bireysel emeklilik sistemi dışındaki şahıs sigorta primleri için, beyan edilen gelirin % 5'ini) ve asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza,

hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri ile bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları indirilir.

Bu indirim için sigortanın veya emeklilik sözleşmesinin Türkiye’de kâin ve merkezi Türkiye’de bulunan bir sigorta veya emeklilik şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim ve katkı tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında ayrıca indirilmemiş bulunması şarttır. Eş veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim ve katkı payları kendi gelirlerinden indirilir. Bakanlar Kurulu bu indirim kapsamında yer alan oranları bir katına kadar artırmaya ve belirtilen haddi asgarî ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

2.1.2. Katkıların Sistem Kapsamında Değerlendirilmesi Sürecine İlişkin İstisna

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun⁴³ istisnaları düzenleyen 5’inci maddesinin ilk fıkrasının (d) bendinin 5’inci alt bendi kapsamında Türkiye’de kurulu emeklilik yatırım fonlarının kazançları kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Bu hükümlerle BES kapsamında toplanan katkıların değerlendirilmesi ve yatırımı aşamasına vergi istisnası getirilerek oluşturulan fonların vergisiz büyümesine olanak sağlanmıştır.

2.1.3. Sistemden Ayrılma Aşamasında İstisna ve Tevkifat Uygulanması

Ayrılma veya emeklilik gibi farklı nedenlerle katılımcıların sistemde biriken katkı payları ile katkı getirilerinin hak sahiplerine ödenmesi aşamasında sınırlı bir istisna uygulanması ve istisna dışında kalan ödeme tutarı üzerinden ise tevkifat yolu ile nihai vergileme öngörülmüştür.

2.1.3.1. Elde Edilen Gelirin Niteliği

BES’ten ayrılma nedeniyle katılımcılara yapılan ödemeler nitelik itibarıyla GVK’nın 75/15’inci maddesinde menkul sermaye iradı olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca; tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından;

⁴³ 21/6/2006 tarihli ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

a) On yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemededen ayrılanlara yapılan ödemeler,

b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlar ile diğer sandık ve sigortalardan on yıl süreyle prim veya aidat ödeyenlere ve vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler,

c) Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler menkul sermaye iradıdır.

Düzenleme kapsamında anapara(semaye)-irat ayrımı yapılmaksızın katılımcılara ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tamamının menkul sermaye iradı olarak tanımlanmış olması uygulamada tereddüt ve uyuşmazlıklara neden olmaktadır.⁴⁴

2.1.3.2. İstisna Uygulaması

GVK'nın menkul sermaye iratlarında istisnaları düzenleyen 22'nci maddesinin ilk fıkrasında BES kapsamında katılımcılara yapılan ödemelere ilişkin bir hükmü yer verilmiştir. Buna göre,

- Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 25'i,
- Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin % 10'u,
- Tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemelerin tamamı gelir vergisinden müstesnadır. İstisna edilen tutar üzerinden GVK'nın 94 üncü maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılmaz.

⁴⁴ Detaylı bilgi için bkz; Tahir Erdem, "Bireysel Emeklilik Stopajına İlişkin Önemli Bir Yargı Kararı", Lebib Yalkın, S: 89, Mayıs 2011.

2.1.3.3. Tevkifat Uygulaması

GVK'nın gelirin toplanması kuralına istisna teşkil eden "toplama yapılmayan haller"i düzenleyen 86'ncı maddesi uyarınca tam mükellefiyette; GVK'nın 75 inci maddesinin (15) numaralı bendinde yazılı menkul sermaye iratları yani bireysel emeklilik sisteminden yapılan ödeme tutarları ile dar mükellefiyette, tamamı Türkiye'de tevkif suretiyle vergilendirilmiş olan menkul sermaye iratları için yıllık beyanname verilmez, diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu gelirler beyannameye dahil edilmez. Dolayısıyla, BES kapsamında ayrılma ya da emeklilik nedeniyle katılımcı veya haksahiplerine yapılan ödemeler nedeniyle yıllık beyanname verilmeyecek, diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu gelirler beyannameye dahil edilmeyecektir.

Bu gelirler açısından GVK'nın 94'üncü maddesi kapsamında öngörülen tevkifat (vergi kesintisi) nihai vergileme niteliğindedir. GVK'nın 94/15'inci maddesi uyarınca;

a) On yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemediği ayrılanlara yapılan ödemeler üzerinden %15,

b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlara yapılan ödemelerden %10, diğer sandık ve sigortalardan on yıl süreyle prim veya aidat ödeyenlere ve vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler üzerinden (istisna tutarı dikkate alınarak) %9,

c) Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler üzerinden⁴⁵ (istisna tutarı dikkate alınarak) %3.75,

oranında vergi tevkifatı yapılır.⁴⁶

⁴⁵ Kesinti matrahının ödemelerin tamamını değil sadece irat kısmını teşkil ettiği yönündeki görüşümüz için bkz; Tahir Erdem, "Bireysel Emeklilik Stopajına İlişkin Önemli Bir Yargı Kararı", Lebib Yalkın, S: 89, Mayıs 2011.

⁴⁶ 2009/14592 sayılı B.K.K. uyarınca belirlenen oranlardan GVK'nın 22'nci maddesindeki istisna düşülerek yapılması gereken kesinti oranlarına yer verilmiştir; 2009/14592 sayılı B.K.K. 03.02.2009 tarihli ve 27130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

2.2. ÖNGÖRÜLEN YENİ DESTEK MODELİ KAPSAMINDA VERGİ UYGULAMASI VE TEŞVİK UNSURLARI

Bireysel emeklilik sisteminin desteklenmesine yönelik temel teşvik unsuru olan vergi indirimi uygulaması katılımcıların tamamına yönelik destek sağlayamaması ve işleyişindeki teknik aksaklıklarından dolayı terk edilerek bunun yerine devlet desteğine dayalı yeni bir modele geçilmesi öngörülmektedir. Bu amaçla, işverenlerin çalışanları adına ödediği katkılara yönelik vergi indirimi uygulaması dışında vergi indirimi modeli kaldırılarak yerine katılımcılar adına devlet katkısı sağlanmasına dayalı yeni bir model getirilmektedir. Söz konusu model değişikliğinin nedeni düzenlemeye ilişkin tasarının gerekçesinde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

“Ülkemizde, bireysel emeklilik sistemindeki katılımcılara halihazırda sağlanan en temel teşvik, ödenen katkı paylarının gelir vergisi matrahından indirim konusu yapılabilmesidir. Ancak, başta sistemin önemli oranda vergi mükellefi olmayan katılımcıların bulunması ve matrahtan indirim sürecine ilişkin olarak ortaya çıkan operasyonel sorunlar olmak üzere çeşitli problemlerden dolayı söz konusu teşvik etkin bir biçimde çalışmamaktadır. Bu kapsamda, ilgili vergi kanunları ile Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda yapılan değişikliklerle, mevcut sistemin yerine sistemdeki katılımcıların doğrudan devlet katkısı yöntemi ile daha etkin şekilde teşvik edilmesi hedeflenmektedir. Buna ilave olarak, vergi kanunlarında yapılması öngörülen bazı değişiklikler ile tasarrufların gelişiminde önemli unsurlar olan hayat ve sağlık sigortacılığının da daha etkin biçimde teşviki amaçlanmaktadır.”

2.2.1. Katkı Payı Ödemesi Aşamasında Vergi İndirimi Yerine Devlet Katkısı Modeli

Yeni destek modeli kapsamında işverenlerin çalışanları adına ödediği katkılara yönelik vergi indirimi uygulaması biraz daha geliştirilerek korunması öngörülmüş bunun dışında ücretlilerin ve mükelleflerin kendileri ya da yakınları adına ödedikleri katkı payları nedeniyle vergi indiriminden yararlanma imkanı kaldırılarak yerine katılımcılar adına devlet katkısı sağlanmasına dayalı yeni bir model getirilmesi tasarlanmıştır. Bu kapsamda, vergi indirimi uygulamasına ilişkin olarak yeni modelde öngörülen hükümler aşağıda sırasıyla açıklanmıştır. İlk olarak işverenler açısından çalışanları adına ödenen katkı payı ve si-

gorta primlerinin vergi indirimine yönelik yeni hükümler çerçevesinde daha cazip hale getirilen koşullar ele alınmıştır. İzleyen bölümlerde ise ücret geliri elde edenler ve gelirini beyan etmesi gereken mükellefler açısından kaldırılan vergi indirimi kurumu ve yerine şahıs sigorta primleri açısından ise daha cazip hale getirilen yeni hükümler üzerinde durulmuştur. BES'e katılım ve katkı aşamasına ilişkin son bölüm olarak yeni sistemde öngörülen devlet katkısı modeli açıklanmıştır.

2.2.1.1. Vergi İndirimi Konusundaki Hükümler

2.2.1.1.1. İşveren Tarafından Ödenen Katkı Payının İndiriminde Yeni Esaslar

Yeni düzenleme kapsamında ücretlilerin ve mükelleflerin kendileri tarafından ödenen katkı payları nedeniyle vergi indirimi uygulamasından yararlanma imkanı kaldırılmakla birlikte işverenler tarafından ücretlileri adına bireysel emeklilik sistemine yapılan katkı payı ödemelerinin indirimi müessesesinin daha geniş imkanlarla sürdürülmesi öngörülmektedir. Bu çerçevede, yeni sistemde GVK'nın 40/9'uncu maddesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir;

"9. İşverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları (İşverenler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahın tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı, ödemenin yapıldığı ayda elde edilen ücretin %15'ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu oranı yarısına kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere belirlemeye yetkilidir. Gerek işverenler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları, gerekse bu Kanununun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı ve 89 uncu maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendi kapsamında indirim konusu yapılacak prim ödemelerinin toplam tutarı, ödemenin yapıldığı ayda elde edilen ücretin %15'ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz.)"

Yapılan değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, gönüllü katılıma dayalı özel emeklilik sistemlerinin gelişiminde işyeri bazlı emeklilik planları aracılığıyla işverenlerin çalışanları adına katkı payı ödemesi hem sistemin büyümesi hem de çalışanların katkıda bulunmalarının teşvik edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Hâlihazırda bireysel emeklilik sisteminde işveren katkılarının toplam katkı payı üreti-

mindeki payı yaklaşık % 4 düzeyindedir. Bu kapsamda, işyeri bazlı emeklilik planlarının kurulmasını teşvik etmek amacıyla işverenlerin çalışanları adına ödeyecekleri katkı paylarından ticari kazancın tespitinde indirim konusu yapabilecekleri katkı payı oranının çalışanın brüt ücretinin %10'undan %15'ine çıkarılması öngörülmektedir. Öte yandan, gerek işverenler tarafından çalışanları adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları gerekse sigortalılar tarafından ödenen şahıs sigorta primlerinden indirim konusu yapılabilecek toplam tutar çalışanın brüt ücretinin %15'i ile sınırlandırılmaktadır. Böylece, maddede indirim oranı sınırı bakımından öngörülen %10'luk limit %15'e çıkarılmaktadır.

İşverenler tarafından çalışanları adına yapılan ödemelerde indirim uygulaması devam etmekle birlikte işverenlerin vergi indiriminden yararlandığı bu kapsamdaki katkı payı ödemeleri için devlet katkısı öngörülmemektedir.

2.2.1.1.2. Ücret Geliri Elde Edenler Tarafından Ödenen Katkı Payı İndiriminin Kaldırılması

Yeni sistemle birlikte çalışanlar tarafından ödenen katkı payları açısından devlet katkısı getirildiğinden ödenen katkı payı tutarlarının ücret matrahının tespiti sırasında indirimini uygulamasına son verilmektedir. Bu çerçevede, GVK'nın 63'üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmektedir;

“3. Sigortalının Türkiye’de kain ve merkezi Türkiye’de bulunan bir emeklilik veya sigorta şirketi nezdinde akdedilmiş olması şartıyla; ücretlinin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, işsizlik, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta poliçeleri için hizmet erbabı tarafından ödenen primler (İndirim konusu yapılacak prim ve aidatların toplamı, ödendiği ayda elde edilen ücretin %15’ini ve yıllık olarak asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz. Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan oranı yarısına kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya ve belirtilen haddi asgari ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.)”

Yapılması öngörülen değişiklikle, ücretliler tarafından ödenen katkı paylarının indirimine son verilirken şahıs sigorta poliçeleri kapsamında yapılan ödemeler açısından ise indirim sınırı %5 oranından yüzde %15 oranına yükseltilerek indirim imkanı önemli ölçüde artırılmaktadır.

2.2.1.1.3. Beyana Tabi Mükellefler Tarafından Ödenen Katkı Payı İndiriminin Kaldırılması

Yeni destek modeli kapsamında getirilen devlet katkısıyla birlikte gelirlerini beyan etmek zorunda olan mükelleflere eski uygulama kapsamında öngörülen bireysel emeklilik sistemine yapılan katkı ödemelerinin vergi indiriminde dikkate alınmasına imkan sağlayan GVK'nın 89/1'inci maddesi değiştirilerek katkı payları açısından indirimden yararlanma hakkı kaldırılmaktadır. Buna karşın, şahıs sigorta primleri açısından öngörülen indirim hakkı daha cazip kılınmaktadır.

GVK'nın 89/1'inci maddesinde yapılması öngörülen değişiklik uyarınca, beyan edilen gelirin % 15'ini ve asgari ücretin yıllık tutarını aşmamak şartıyla, mükellefin şahsına, eşine ve küçük çocuklarına ait hayat, ölüm, kaza, hastalık, sakatlık, analık, doğum ve tahsil gibi şahıs sigorta primleri (Sigortanın Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan bir emeklilik veya sigorta şirketi nezdinde akdedilmiş olması, prim tutarlarının gelirin elde edildiği yılda ödenmiş olması ve ücret geliri elde edenlerin ücretlerinin safi tutarının hesaplanması sırasında ayrıca indirilmemiş bulunması şartıyla, eşlerin veya çocukların ayrı beyanname vermeleri halinde, bunlara ait prim kendi gelirlerinden indirilir.).

İşverenler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları ile 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi ve bu bent kapsamında indirim konusu yapılacak prim ödemelerinin toplam tutarı, beyan edilen gelirin %15'ini ve asgari ücretin yıllık tutarını aşamaz.

Bakanlar Kurulu bu bentte yer alan oranı yarısına kadar indirmeye, iki katına kadar artırmaya ve belirtilen haddi asgarî ücretin yıllık tutarının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlemeye yetkilidir.

2.2.1.2. Devlet Katkısına Dayalı Yeni Sistem

4632 sayılı Kanuna eklenmesi öngörülen 25/A maddesi kapsamında bireysel emeklilik sistemine yapılan katkı payı ödemeleri için Devlet katkısı uygulaması getirilmesi hedeflenmektedir. Bu kapsamda öngörülen yeni hüküm uyarınca, işveren tarafından ödenenler hariç katılımcı adına bireysel emeklilik hesabına ödenen katkı paylarının

%25'ine karşılık gelen tutar, Devlet katkısı olarak hesaplanır ve Müsteşarlık bütçesine konulan ödenekten ilgili hesaba ödenir. Şu kadar ki, bir katılımcı için bir takvim yılında ödenen ve Devlet katkısı tutarının hesaplanmasına esas teşkil eden katkı paylarının toplamı hesaplama-yaya ilişkin dönemin sona erdiği tarihte geçerli brüt asgari ücretin hesaplama dönemine isabet eden toplam tutarını aşamaz. Devlet katkısı, katkı payı ödemelerinden ayrı olarak takip edilir ve Müsteşarlıkça belirlenen yatırım araçlarında yatırıma yönlendirilir.

Katılımcılardan;

- a) En az 3 yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve getirilerinin %15'ine,
- b) En az 6 yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve getirilerinin %35'ine,
- c) En az 10 yıl sistemde kalanlar Devlet katkısı ve getirilerinin %60'ına, hak kazanır.

Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat veya maluliyet nedeniyle ayrılanlar Devlet katkısı ve getirilerinin tamamına hak kazanır. Devlet katkısı ve getirilerinden hak kazanılan tutarlar sistemden ayrılma veya emeklilik durumunda katılımcıya ödenir. Hak kazanılmayan tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilir.

Bu düzenlemeye ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, bireysel emeklilik sisteminin başladığı dönemde, katılımcıların sisteme katılımını teşvik etmek amacıyla, ödenen katkı paylarının vergi matrahından indirilebildiği, yatırım aşamasında vergilendirme yapılmadığı ve sistemden ayrılma esnasında ödenen toplam birikim tutarının stopaja tabi tutulduğu vergisel düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte, katkı payı ödemesi aşamasında sağlanan teşviklerin kullanım oranının ve kamu tarafından sağlanan teşvikin değerinin katılımcılar tarafından farkındalığının düşük olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda, öngörülen değişiklikle önceki teşvik sistemi yerine son yıllarda uygulaması ağırlık kazanan katılımcıların katkı paylarına karşılık belli oranlarda Devlet katkısı sağlamayı öngören bir düzenlemeye geçilmesi amaçlanmaktadır.

Devlet katkısı modelinin geçerlilik kazanmasıyla birlikte, 2012 yılı örnek alındığında, 2012 yıllık brüt asgari ücret toplamı dikkate alın-

rak bir katılımcının 2012 yılında (sistemin yürürlük kazanmasından itibaren) sisteme yapacağı 10.962 TL ve üzerindeki katkı payı ödemelerine istinaden bekleme süresi koşulunu da sağlaması durumunda $[(6*886,5)+(6*940,5)]*0,25 = (10.962*0,25) = 2.740,5$ TL ilave Devlet katkısı sağlayacaktır. Bekleme süresine paralel olarak bu katkının bir kısmına ya da tamamına getirileriyle birlikte hak kazanabilecektir. Sistemin yürürlük kazanmasından itibaren 2012 yılında 10.962 TL'nin altında kalan katkı payı ödemeleri için yapılan ödemenin %25'i oranında Devlet katkısı sağlayacaktır.

Bu yeni modelde, Devlet katkısının, sistemde uzun süre kalmayı özendirecek şekilde kademeli olarak geri çekilmesine imkan sağlanmaktadır. Devlet katkı payına sistemde kalma süresinin uzunluğuna göre daha yüksek oranda hak kazanılması öngörülerek sistemde kalma süresinin artırılması hedeflenmektedir. Bu çerçevede, devlet katkısının sistemde kalınan ilk 3 yılın sonunda yüzde 15'lik, altıncı yılın sonunda yüzde 35'lik, 10'uncu yılda ise yüzde 60'lık kısmına hak kazanılması tasarlanmıştır. Bu yapı içinde ancak emeklilikte ya da sistemden vefat veya maluliyet nedeniyle ayrılma aşasında devlet katkı payının tamamına erişilmesine imkan tanınmıştır.

Bu noktada, önemli bir ayrıntı olarak, kişiler kendi katkılarının ne tür fonlarda değerlendirileceğine karar verme özgürlüğüne sahip olmakla birlikte kendileri adına yapılan devlet katkısı ise kişilerin katkı payı ödemelerinden ayrı olarak takip edilir ve Devlet tarafından belirlenen yatırım araçlarında yatırıma yönlendirilir.

2.2.1.3. Devlet Katkısının Veraset ve İntikal Vergisinden İstisna Edilmesi

Yeni sisteme ilişkin düzenleme kapsamında 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanununun "*istisnaları*" düzenleyen 4'üncü maddesinin birinci fıkrasına (o) bendi eklenerek 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kapsamında bireysel emeklilik hesabına yapılan Devlet katkılarının hak kazanılan kısımlarının vergiden istisna edilmesi öngörülmektedir. Nitekim, Devlet tarafından koşullu ancak karşılıksız (ivazsız) şekilde yapılan ve intikal vergisinin konusunu oluşturan bu değer aktarımı öngörülen istisna hükmüyle vergi dışında tutulmaktadır. Böylece, katılımcıların bireysel emeklilik

hesaplarına ödenecek Devlet katkısı sebebiyle bir vergi yükümlülüğü doğmaması amaçlanmaktadır.

2.2.2. Katkıların Sistem Kapsamında Değerlendirilmesi Süreci- ne (Yatırım Aşamasına) İlişkin İstisna

Bilindiği üzere 5520 sayılı KVK uyarınca Türkiye’de kurulan emeklilik yatırım fonlarının kazançları kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Yeni sistemde bu konuda bir değişiklik öngörülmemektedir. BES kapsamında toplanan katkıların değerlendirilmesi ve yatırımı aşamasındaki vergi istisnası ile bu fonların vergisiz büyüme imkanı devam etmektedir.

2.2.3. Sistemden Ayrılma ve Emeklilik Aşamasında İstisna ve Tevkifat Uygulaması

2.2.3.1. Sistemden Elde Edilen Gelirin Tanımı ve Kapsamı

Yeni destek modeliyle getirilmesi öngörülen en önemli değişikliklerden biri hiç şüphesiz BES’ten elde edilen gelirin tanımı konusundaki açıklıktır. Nitekim, mevcut uygulamada GVK’nın 75/15’inci maddesindeki tanımlama irat ve sermaye (anapara) ayrımı yapmaksızın sistemden ayrılma sırasında yapılan ödemelerin tamamının vergilendirilmesine neden olacak şekilde tereddütlü bir hüküm içermektedir. Yapılması öngörülen bu düzenlemeyle bu tereddütlerin giderilmesi sağlanmaktadır. Bu çerçevede GVK’nın 75’inci maddesinin 2’nci fıkrasının (15) numaralı bendinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi ve aynı fıkraya aşağıdaki bendin eklenmesi öngörülmektedir.

“15. Tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile sigorta şirketleri tarafından;

a) On yıl süreyle prim veya aidat ödemediği ayrılanlara ödenen irat tutarları,

b) On yıl süreyle prim veya aidat ödeyerek ayrılanlar ile vefat, maluliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara ödenen irat tutarları.

16. Bireysel emeklilik sisteminden;

a) On yıl süreyle katkı payı ödemediği ayrılanların bireysel emeklilik hesabındaki irat tutarı (4632 sayılı Kanun kapsamında bireysel emeklilik hesa-

bına yapılan Devlet katkılarının hak kazanılan kısımlarına isabet eden irat tutarı dahil.),

b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanların bireysel emeklilik hesabındaki irat tutarı (4632 sayılı Kanun kapsamında bireysel emeklilik hesabına yapılan Devlet katkılarının hak kazanılan kısımlarına isabet eden irat tutarı dahil.),

c) Emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanların bireysel emeklilik hesabındaki irat tutarı (4632 sayılı Kanun kapsamında bireysel emeklilik hesabına yapılan Devlet katkılarının hak kazanılan kısımlarına isabet eden irat tutarı dahil.).

(15) ve (16) numaralı bentler ve 22 nci maddenin birinci fıkrasında yer alan irat tutarı; her türlü gider ve kesintiler düşülmeden önceki toplam birikim tutarından, toplam prim veya aidat tutarının düşülmesi suretiyle hesaplanır.”

Bu hükümlerle birlikte sistemdeki birikimlerin katılımcılara ya da haksahiplerine geri ödenmesi aşamasında vergilendirme gelir vergisi mantığına uygun olarak sadece gelir (irat-getiri) üzerinden yapılacak, sermayenin (anaparanın) vergilendirilmesi üzerindeki tartışmalar sona erecektir. Bu noktada önemli bir ayrıntı, devlet katkısından sağlanan iratların da hak kazanılması ölçüsünde menkul sermaye iradı olarak tanımlanmış olmasıdır. İvazsız intikal niteliğindeki hak kazanılan Devlet katkısının kendisi 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu kapsamına girmekle birlikte bu intikale yönelik istisna hükmü nedeniyle vergilendirme gündeme gelmeyecektir. Ancak, Devlet katkısının hak kazanılan getirileri ise menkul sermaye iradı olarak katılımcı ya da haksahibine ödenme aşamasında tevkifat suretiyle vergiye tabi tutulacaktır.

2.2.3.2. İstisna Uygulaması

Yeni sistem kapsamında GVK'nın bireysel emeklilik sisteminde ayrılma aşamasına yönelik 22'nci maddesindeki istisna hükmünde de değişiklik öngörülmektedir. Devlet katkısı modeliyle birlikte sistemden ayrılma aşamasında yapılacak vergilendirmenin daha basit ve anlaşılabilir olmasını teminen sistemden emeklilik, vefat ve maluliyet

gibi zorunlu nedenlerle ayrılmalar esnasında uygulanacak vergi oranının GVK'nın 94'üncü maddesi kapsamında Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüş olup, bireysel emeklilik sisteminden ayrılma aşamasına ilişkin istisna hükmünün kaldırılması gündeme gelmiştir.

Bu bağlamda, getirilen yeni hüküm uyarınca, bireysel emeklilik sisteminden ayrılan katılımcılar hariç olmak üzere, Türkiye'de kain ve merkezi Türkiye'de bulunan emeklilik veya sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyerek ayrılanlar ile vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara ödenen irat tutarının % 10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemelerin tamamı gelir vergisinden müstesnadır. İstisna edilen tutar üzerinden GVK'nın 94 üncü maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılmaz.

2.2.3.3. Tevkifat Uygulaması

Öngörülen yeni düzenleme kapsamında GVK'nın 94'üncü maddesinin birinci fıkrasının (15) numaralı bendinin (c) alt bendi yürürlükten kaldırılırken, aynı fıkraya aşağıdaki bent eklenmiştir.

“16. a) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (a) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,

b) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (b) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,

c) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (c) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,”

Yapılması öngörülen değişiklik esasen GVK'nın 75'inci maddesindeki menkul sermaye iradı tanımlamasındaki değişikliğe paralel bir uyum düzenlemesidir.

2.3. MEVCUT BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİ İSTATİSTİKLERİ

Bireysel emeklilik sisteminin güvenli ve etkin bir şekilde işletilmesini sağlamak, katılımcıların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla hem denetleyici kamu otoritelerinin (Hazine Müsteşarlığı ve SPK) karar almasına yardımcı olacak verileri, hem de kamuoyuna sağlıklı bilgi aktarımı için gerekli verileri sağlamak üzere Emeklilik Gözetim Mer-

kezi A.Ş. (EGM), Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ve ilgili mevzuat uyarınca Hazine Müsteşarlığının görev ve yetki-lendirmesi çerçevesinde merkezi İstanbul'da olmak üzere 10 Temmuz 2003 tarihinde kurulmuştur.⁴⁷ EGM tarafından BES istatistikleri güncel olarak açıklanmaktadır. Bu kapsamda sektöre ilişkin güncel veriler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

SEKTÖR TOPLAMI		13.04.2012 itibariyle
Katılımcı Sayısı		2.741.966
Katılımcıların Fon Tutarı (TL)		15.971.794.360
Katkı Payı Tutarı (TL)		13.372.358.037
Emekli Olan Katılımcı Sayısı		4.323
Sözleşme ve Sertifika Sayısı		
	Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri	2.325.662
	Gruba Bağlı Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri	606.015
	İşveren Grup Emeklilik Sertifikaları	120.486
Toplam		3.052.163
Yatırıma Yönelen Tutar (TL)		
	Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri	9.565.450.753
	Gruba Bağlı Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri	2.932.375.492
	İşveren Grup Emeklilik Sertifikaları	491.499.851
Toplam		12.989.326.096

2.4. TÜRKİYEDE ASGARİ ÜCRET İLE AÇLIK VE YOKSULLUK SINIRI RAKAMLARI

Ülkemizde, 4857 sayılı İş Kanununun⁴⁸ 39'uncu maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı belirlenen asgari ücret işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücreti ifade eder. Asgari ücret rakamları 2007 yı-

⁴⁷ <http://www.egm.org.tr/>

⁴⁸ 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

lına kadar yıllık ve 2007 yılından itibaren ise aynı yıl için altışar aylık iki dönem itibariyle belirlenerek Resmi Gazete’de ilan edilmektedir. Ayrıca, ülkemizde yaşama koşullarının tespiti bakımından dört kişilik (çekirdek) ailenin gıda ve zorunlu harcamaları esas alınarak açlık ve yoksulluk sınırları işçi sendikaları tarafından bilimsel veriler ışığında hesaplanarak kamuoyuna duyurulmaktadır. Ülkemizde, 2005 yılından bu yana uygulamada olan asgari ücret rakamları ile açlık ve yoksulluk sınırlarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

YIL/DÖNEM	ASGARİ ÜCRET (16 Yaşından Büyüklükler İçin)		DÖRT KİŞİLİK AİLENİN AÇLIK VE YOKSULLUK SINIRI ⁴⁹ (YTL/TL)	
	BRÜT (YTL/TL)	NET* (YTL/TL)	GIDA HARCAMASI/ AÇLIK SINIRI	ZORUNLU HARCAMA/ YOKSULLUK SINIRI
2005	488,70	350,15	527,20	1.717,27
2006	531,00	380,46	575,79	1.875,54
2007 (1-6)	562,50	403,02	642,10	2.091,52
2007 (7-12)	585,00	419,15		
2008 (1-6)	608,40	435,92	720,66	2.347,39
2008 (7-12)	638,70	457,63		
2009 (1-6)	666,00	477,18	749,49	2.441,33
2009 (7-12)	693,00	496,53		
2010 (1-6)	729,00	521,89	839,23	2.733,64
2010 (7-12)	760,50	544,44		
2011 (1-6)	796,50	570,21	891,44	2.903,81
2011 (7-12)	837,00	599,21		
2012 (1-6)	886,50	634,64	962,29	3.134,49
2012 (7-12)	940,50	673,31		

* Asgari Geçim İndirimi hariç

Yukarıdaki tablodan açıkça anlaşılacağı üzere, ülkemizdeki uygulanan asgari ücretin brüt tutarı açlık sınırına yakın ancak daha düşük düzeyde seyretmektedir. Bununla birlikte vergi ve sosyal güvenlik kesintileri asgari ücretin net tutarını çok daha alt düzeylere çekmektedir. Asgari ücret yoksulluk sınırının çok altında 1/3 ve 1/4 eşiğinde seyretmektedir.

2.5. TÜRKİYEDE İSTİHDAM VE SOSYAL GÜVENLİK İSTATİSTİKLERİ

TÜİK verilerine göre Ocak/2012 itibariyle Türkiye’de işgücünü temsil eden 15 ve daha yukarı yaştaki nüfus 54.283.000 kişi olmakla birlikte işgücüne katılım oranı % 48,2 olarak 26.164.406 kişidir. Buna karşın, işgücüne dahil olmayan nüfus sayısı ise 28.144.000 kişiye teka-

⁴⁹ Kaynak: TÜRK-İŞ, bknz, <http://www.turkis.org.tr/>

bül etmektedir. Türkiye’de işgücüne katılan nüfusun istihdam edilen bölümü 23.475.000 kişidir. Bunun karşısında 2.664.000 işsiz bulunmakta ve işsizlik oranı %10,2 olarak hesaplanmaktadır.⁵⁰

Ülkemizin 2010 yılı rakamları itibariyle 74 milyona yaklaşan toplam nüfus sayısının SGK verilerine göre % 83’üne tekabül eden 61,5 milyonluk kısmı doğrudan ya da dolaylı olarak sosyal güvenlik kapsamına girmektedir. Ayrıca, 9,4 milyon civarında yeşil kartlı bulunmaktadır. Bu yapı aşağıdaki tabloda⁵¹ yer almaktadır.

SOSYAL GÜVENLİK KAPSAMI			
5510 Sayılı Kanunun 4-1/a, 4-1/b, 4-1/c Maddeleri Uyarınca	2008	2009	2010
AKTİF SİGORTALI SAYISI	15,041,268	15,096,728	16,196,304
Zorunlu	12,892,501	13,088,553	14,161,165
Tarım (4/b)	1,127,744	1,014,948	1,101,131
İsteğe Bağlı	491,166	441,907	391,499
PASİF (AYLIK ALAN) SİGORTALI SAYISI	8,746,703	9,173,750	9,518,648
Yaşlılık	5,918,007	6,228,816	6,473,492
Ölen Sigortalı (Dosya)	1,916,271	2,044,775	2,127,373
Ölen Sigortalıların Haksahipleri	2,589,132	2,701,320	2,796,306
BAĞIMLI SAYISI	33,227,265	33,989,891	35,470,436
ÖZEL SANDIK KAPSAMINDAKİLER	323,218	331,205	341,103
TÜRKİYE NÜFUSU (TÜİK ADNKS 2010)	71,517,100	72,561,312	73,722,988
Sosyal Güvenlik Kapsamındaki Kişi Sayısı	57,338,454	58,591,574	61,506,194
SİGORTALI NÜFUS ORANI (%)	80%	81%	83%
KAPSAM DIŞI NÜFUS ORANI (%)	20%	19%	17%
Yeşil Kartlı Sayısı	9,337,850	9,647,131	9,395,185

2000 ila 2010 yılları arasında istihdam akdine göre bağımlı çalışan, kendi adına bağımsız çalışan ve kamu kesimi istihdamı dahil olmak üzere ülkemizde zorunlu sigorta kapsamında olan nüfusun SGK tarafından açıklanan sayısal verilerine aşağıdaki tabloda yer verilmiştir. Buna göre, istihdam akdine göre bağımlı çalışan, kendi adına bağımsız çalışan ve kamu kesimi istihdamı dahil olmak üzere ülkemizde zorunlu sigorta kapsamında olanların sayısı 2000 yılında 10.503.514 iken, bu rakam 2006 yılında 13.361.182 kişiye ve 2010 yılında ise 15.651.179 kişiye yükselmiştir.

⁵⁰ <http://www.tuik.gov.tr/Gosterge.do?id=3536&sayfa=giris&metod=IlgiliGosterge>

⁵¹ http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari

5510 SAYILI KANUNUN 4. MADDESİ KAPSAMINDA ZORUNLU SİGORTALI VE İŞYERİ SAYILARI DAĞILIMI													
Yıllar	Kamu		Özel				Toplam (4/a)				4/b	4/b	4/c
	İşyeri Sayısı	Zorunlu Sigortalı Sayısı	İşyeri Sayısı	Zorunlu Sigortalı Sayısı	İşyeri Sayısı	Kadın	Erkek	Zorunlu Sigortalı Sayısı	(ESNAF)	(TARIM)	Toplam Zorunlu Sigortalı Sayısı	Toplam Zorunlu Sigortalı Sayısı	
2000	20,493	762,684	732,782	4,491,441	753,275	1,027,332	4,226,793	5,254,125	2,424,049	888,645	3,312,694	1,936,695	
2001	20,928	751,958	702,575	4,134,923	723,503	972,744	3,914,137	4,886,881	2,436,656	899,999	3,336,655	2,001,457	
2002	21,767	702,402	705,642	4,520,881	727,409	1,046,732	4,176,551	5,223,283	2,420,641	900,691	3,321,332	2,123,839	
2003	23,848	686,157	753,329	4,929,081	777,177	1,166,739	4,448,499	5,615,238	2,450,408	933,441	3,383,849	2,155,499	
2004	25,585	661,380	825,343	5,519,871	850,928	1,254,166	4,927,085	6,181,251	2,438,614	1,009,935	3,448,549	2,151,868	
2005	31,198	680,500	913,786	6,238,105	944,984	1,432,111	5,486,494	6,918,605	2,329,901	1,024,471	3,354,372	2,150,362	
2006	28,699	659,899	1,007,629	7,158,743	1,036,328	1,627,333	6,191,309	7,818,642	2,312,256	1,063,373	3,375,629	2,166,911	
2007	31,304	722,015	1,085,334	7,783,375	1,116,638	1,901,915	6,603,475	8,505,390	2,283,059	1,093,241	3,376,300	2,188,198	
2008	30,369	731,704	1,139,879	8,071,285	1,170,248	2,028,462	6,774,527	8,802,989	2,119,252	1,141,467	3,260,719	2,205,676	
2009	36,031	852,248	1,180,277	8,177,954	1,216,308	2,159,452	6,870,750	9,030,202	2,220,180	1,016,692	3,236,872	2,241,418	
2010	37,056	868,753	1,288,693	9,162,057	1,325,749	2,431,667	7,599,143	10,030,810	2,236,727	1,101,131	3,337,858	2,282,511	

SGK tarafından açıklanan verilerin yer aldığı aşağıdaki tablo incelendiğinde 2010 yılı rakamlarına göre 5510 sayılı Kanunun 4-1/a maddesi kapsamında istihdama dayalı zorunlu sigortalı olan 10.030.810 kişiden % 43,1'ini teşkil eden 4.323.279 kişi asgari ücretle çalışmaktadır. Asgari ücret, genel tanımı uyarınca, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı olarak ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücrettir. Dolayısıyla, kişilerin ancak asgari ihtiyaçlarını karşılayabilecek düzeyde belirlenen asgari ücret tasarrufa ayrılabilir kısmı bulunmayan bir tutarı ifade etmektedir.

Bunun dışında % 30,2 orana tekabül eden toplam 3.029.304 kişi asgari ücreti ifade eden 760,5 TL ile 1.200 TL aylık ücret eşikleri arasındaki çalışmaktadır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanunun 4-1/a maddesi kapsamındaki zorunlu sigortalı sayısının % 73,3 oranındaki kısmına tekabül eden 7.352.583 kişi 2010 yılının sonu itibarıyla 1.200 TL ücret gelirin altında gelir elde etmektedir.

5510 SAYILI KANUNUN 4-1/a MADDESİ KAPSAMINDAKİ AKTİF SİGORTALILARIN 2010 YILI ARALIK AYINA İLİŞKİN AYLIK PRİM VE HİZMET BELGELERİNİN PRİME ESAS GÜNLÜK KAZANÇ ARALIKLARINDA SEKTÖRLER VE CİNSİYETE GÖRE ORANSAL DAĞILIMI (%)								
KAZANÇ ARALIĞI (TL)		ÖZEL			KAMU			SİGORTALILARIN GENEL TOPLAMINA ORANI (%)
Günlük	Aylık	KADIN	ERKEK	TOPLAM	KADIN	ERKEK	TOPLAM	
25.35	760.5	42.8	47.4	46.3	13.7	7.1	9.3	43.1
25.36-40.00	761-1200	35.1	30.5	31.5	19.0	15.4	16.6	30.2
40.01-75.00	1201-2250	12.4	13.1	12.9	38.2	28.4	31.6	14.5
75.01-110.00	2251-3300	3.7	3.6	3.7	24.4	32.9	30.1	6
110.01-164.78	3301-4943.4	6	5.5	5.6	4.7	16.3	12.5	6.1
TOPLAM		100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

2010 yılı için açıklanan ortalama aylık sınırının 839,23 TL ve yoksulluk sınırının ise 2.733,64 TL olduğu gözetildiğinde kamu kesiminde memur statüsündekiler dışında kamu ve özel sektöre emek gelinine bağlı olarak yaşayan çalışan kesimin yaklaşık % 88 oranına tekabül eden büyük bölümünün açlık ve yoksulluk sınırlarının arasında kaldığı anlaşılmaktadır. Diğer yandan, 2010 yılı rakamlarına göre 9.518.648 kişi pasif sigortalı yani SGK'dan aylık alan durumundadır. Bağımlı sayısı ise Türkiye nüfusunun hemen hemen yarısına tekabül eden 35.470.436 kişidir. 2010 yılında toplam yeşil kartlı sayısı 9.395.185 kişidir. Toplumsal yapı içindeki bu dağılım nüfusun büyük ölçüde açlık

ve yoksulluk sınırlarının arasında gelir elde ettiğini ve tasarruf eğiliminin de düşük ya da sıfır düzeyinde olduğunu göstermektedir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun Şubat/2012 verilerine göre bankalardan kullanılan Türk parası krediler 495.946 milyon TL ve yabancı parası kredilerin TL karşılığı ise 187.911 milyon TL olmak üzere Türkiye’de bankacılık sektöründen kullanılan kredi miktarı, 684 milyar liraya ulaşmıştır. Buna karşın, bankalar bünyesinde yurt içi yerleşik 52.190.254 mudi adına toplam 663.090 milyon TL mevduat bulunmaktadır. Yurt dışında yerleşik 346.752 mudi adına kayıtlı 29.114 milyon TL tutarındaki mevduat miktarı da hesaba katıldığında toplam mevduat rakamı 692.204 milyon TL’ye ulaşmaktadır. Tüketici kredileri rakamlarına bakıldığında, konut, taşıt, ihtiyaç ve diğer olmak üzere toplam 168,190 milyon TL kredi kullanılmıştır. Kullanılan tüketici kredisi dağılımı içinde konut kredisi (73,510 milyon TL ile yaklaşık % 44 orana tekabül etmektedir) ağırlıklı yer teşkil etmektedir. Ayrıca, 1,301 milyon TL dövizle endekli tüketici kredisi kullanılmıştır. Bireysel kredi kartı kapsamında kullanılan rakam ise 56,582 milyon TL’dir. Dolayısıyla dövizle endekli tüketici kredileri ile bireysel kredi kartı kapsamında kullanılan rakamlar dahil olmak üzere 2012/Şubat sonu itibariyle toplam kullanılan tüketici kredisi rakamı 226,074 milyon TL’dir.⁵² Kişi başına ortalama 3.100 TL tüketici kredisi isabet etmektedir. Bankacılık sektöründen kullanılan kredi ve mevduat rakamları BES kapsamında biriken fonla karşılaştırıldığında arada büyük bir fark bulunduğu göze çarpmaktadır. Nitekim, BES kapsamında yatırıma yönlendirilen toplam fon tutarı 12.989 milyon TL’dir.

Ülkemizin önceki bölümde yer verilen istihdam ve sosyal güvenlik yapısı ile nüfusun gelire göre dağılım durumu dikkate alındığında tasarruf eğiliminde hissedilen yetersizlik kendisine önemli bir gerekçe bulmaktadır. Özellikle tüketim eğilimini artırıcı etkilerin adeta kişilerin üzerinde baskıya dönüştüğü günümüz toplumsal yapısında, faizlerdeki düşüş de yatırımın cazibesini yitirmesine neden olarak ekonomik kalkınma ve gelişim açısından zorunlu nitelikteki tasarrufların zayıflamasına neden olmaktadır. Bu ortamda tasarrufun tekrar cazip hale getirilerek artırılması gerekliliği açıktır.

⁵² http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Istatistiki_Veriler/Istatistiki_Veriler.aspx

Bu kapsamda kişisel tasarrufların artırılması için güvenilir ve profesyonel bir yapı arz eden bireysel emeklilik sisteminin teşvik edici unsurlarla desteklenerek kullanılması olumlu bir adımdır. Özellikle, sisteme yatırılan fonların daha uzun süreli tutulmasının desteklenmesi yoluyla birikimlerin getirileriyle birlikte katlanarak fon oluşturmaları akılcı bir yaklaşımdır. Bu noktada üzerinde durulması gereken en önemli konu ise bu destek sisteminin hangi model üzerinden hayata geçirilmesinin daha uygun olacağıdır. Nitekim, bugüne kadar uygulanan vergi indirim modeli bir kısım teknik eleştirilere rağmen BES'in hızlı bir şekilde gelişmesine katkıda bulunmuştur.

Bugün gelinen noktada, bireysel emeklilik sisteminin teşvik boyutunda yer alan vergi indirimi uygulaması yerine mükellef olup olmadığına bakılmaksızın katılımcıların tümüne bunlar adına (işverenler tarafından ödenenler hariç) ödenen katkı payının % 25'i kadar devlet tarafından bir katkı sağlanması öngörülmektedir. Bu kapsamda, işverenler tarafından ödenenler hariç sisteme ödenen katkı paylarının vergiden indirimi modeli yerine devletin % 25 oranında katkı payı ödemesi modeli getirilmektedir.

Bu modelde uygulanacak devlet katkısı tutarına her bir katılımcı açısından yıllık üst sınır getirilmesi öngörülerek bir dönemde her bir katılımcı adına ödenebilecek azami devlet katkısı tutarının yıllık brüt asgari ücretin yüzde 25'ini aşamayacağı hükmü getirilmektedir. Bu sınır her bir katılımcı açısından yıllık olarak öngörülmekle birlikte aynı aileden fiil ehliyetine sahip her bir fert için yapılacak ayrı bireysel emeklilik sözleşmesi kapsamında aile bazında daha yüksek tutarlara ulaşabilir.

Devlet katkısının, sistemde uzun süre kalmayı özendirerek şekilde sistemde kalma süresine bağlı yükselen oranlarla kademeli olarak geri çekilmesi benimsenerek tasarrufların sistem kapsamında kalma süresinin uzatılması hedeflenmektedir. Bu kapsamda, katılımcılardan en az üç yıl sistemde kalanlar, devlet katkısı ve getirilerinin yüzde 15'ine, en az altı yıl kalanlar yüzde 35'ine, en az 10 yıl kalanlar yüzde 60'ına, emekliliğe hak kazananlar ya da sistemden vefat veya maluliyet nedeniyle ayrılanlar tamamına hak kazanacak; hak kazanılmayan tutarlar genel bütçeye gelir kaydedilecektir.

BES hesabına yapılan devlet katkılarının hak kazanılan kısımları, veraset ve intikal vergisinin konusuna girmekle birlikte ivazsız yapı-

lan bu ödemelerin vergiden istisna edilmesi öngörülmektedir. Buna karşın, devlet katkılarının getirilerinin katılımcıları tarafından hak kazanılan kısımlarının menkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi söz konusudur.

Getirilen devlet katkısı modeliyle kişisel tasarruflarda artış sağlanarak uzun vadede bireysel ve toplumsal yarar sağlanabileceği açıktır. Ancak, getirilen model incelendiğinde birey ve toplum arasındaki bu yarar alış verişinin birey tarafının ağır bastığı ortadadır. Yeni sistemde bireye sağlanan yarar beklenen toplumsal yarar karşısında çok daha açık, etkin ve doğrudandır. Buna karşın, beklenen toplumsal yarar ise dolaylı ve ikincil niteliktedir. Sisteme tanınan destek unsurundan beklenen toplumsal/genel yararın ülkemizin yukarıda yer verilen ekonomik, sosyal ve toplumsal durumu dikkate alındığında Anayasa'da yasama tasarruflarının amaç unsuru olarak öngörülen "*kamu yararı*" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve bireyle kamu arasında hassas bir denge sağlayıp sağlamayacağı şüphelidir. Nitekim, tasarruf eğilimi hemen hemen sıfır düzeyinde olan toplumun açlık ve yoksulluk sınırları arasındaki büyük çoğunluğu karşısında getirilen doğrudan destek uygulamasıyla ancak tasarruf eğilimi bulunan orta ve yüksek gelirli sınırlı toplum kesimine yarar sağlanması beklenebilir. Devlet katkısı adıyla BES kapsamındaki katılımcı hesaplarına yapılması öngörülen ödeme ortak ihtiyaçların karşılanması amacıyla vergi gelirleriyle tüm toplumdan toplanan değerlerin koşullu ancak tamamen karşılıksız bir şekilde BES kapsamında tasarruflarda bulunanlara aktarımıdır. BES kapsamında yapılması öngörülen devlet katkısı tasarrufların belirli süre için "*vergisiz yatırım*" imkanı sağlayan hesaplarda belirli süre tutulması nedeniyle "*koşullu*" olmakla birlikte esasen katılımcılara bir fedakarlık yüklediğinden "*karşılıksız*" bir aktarımdır. Katılımcıların devlet katkısından yararlanması için öngörülen koşul belirli bir süre için varlıklarını BES kapsamında nemalandırmak olmakla birlikte katılımcılar açısından devlet katkısını elde etmek için katlanılan bir fedakarlık ya da karşılık bulunmamaktadır. Bu niteliğinden dolayı da veraset ve intikal vergisi kapsamına giren bu ivazsız intikalin vergilendirilmemesi için yapılması öngörülen düzenlemede bu aktarımın vergiden istisna edilmesine ilişkin özel hüküm getirilmektedir. Bu çarpık durum içinde, BES kapsamında yapılan tasarruflara devlet katkısı öngören ve vergi gelirleriyle finanse edileceği açık olan düzenleme "*kamu yararı*" noktasında Anayasa'nın 2'nci maddesi bakımından eleştiriye açıktır.

Eleştirinin diğer boyutunda ise kişisel tasarrufların artırılması amacıyla BES'e devlet katkısı olarak ödenecek tutarların finansman yönü yer almaktadır. Bu noktada, BES'e devlet tarafından yapılacak katkının Anayasa'nın 73'üncü maddesi kapsamında "kamu gideri" olarak değerlendirilerek vergi gelirleriyle karşılanması kanaatimizce mümkün değildir. Mevcut sosyal yapı ve gelir dağılımı dikkate alındığında, büyük nüfus oranının açlık ve yoksulluk sınırlarının arasında yer aldığı ve vergi gelirlerinin dağılımının da ücret gelirlerini de kapsayan stopaj vergileri ile dolaylı vergilere dayandığı sağlıklı bir yapıda⁵³ kırmızı çizginin üstünde kalıp tasarruf gücü olanların "birey-

⁵³ 2012 yılı Merkezi Yönetim Bütçesinde 301 milyar TL olarak öngörülen vergi gelirlerinin kompozisyonuna bakıldığında, tahsili öngörülen bu tutarın 86,7 milyarlık kısmının gelir üzerinden, 7 milyarlık kısmının servet üzerinden ve geriye kalan 207 milyarlık kısmının ise harcama üzerinden alınması tasarlanmıştır. Bu yapı içinde öngörülen beyana dayalı gelir vergisi toplamı sadece 3,5 milyar TL olarak vergi gelirleri toplamına oranla % 1,25'e tekabül etmektedir. Vergi adaleti açısından eleştiri konusu olan bu sağlıklı durum 2006-2011 yılı vergi geliri gerçekleştirmeleri açısından da aşağıdaki tabloya benzer bir dağılımla yansımıştır. Tablo ve vergi geliri istatistikleri için bkz; http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/VI/GBG1.htm

GELİRİN ÇEŞİDİ	MERKEZİ YÖNETİM GELİRLERİ TAHSİLATI (BRÜT) (2006 - 2011) (BİN TL)					
	2006 TAHSİLAT	2007 TAHSİLAT	2008 TAHSİLAT	2009 TAHSİLAT	2010 TAHSİLAT	2011 TAHSİLAT
MERKEZİ YÖNETİM GELİRLERİ	187,514,603	208,906,388	232,067,897	239,778,222	280,183,346	327,272,254
GENEL BÜTÇE TOPLAMI	182,577,918	203,349,268	225,496,339	232,930,317	271,957,407	317,786,594
VERGİ GELİRLERİ	151,271,701	171,098,466	189,980,827	196,313,308	235,714,637	284,446,206
GELİR VE KAZANÇ ÜZERİNDEN ALINAN VERGİLER	44,174,998	53,780,017	63,088,534	66,720,165	72,240,135	89,118,102
- GELİR VERGİSİ	31,727,644	38,061,543	44,430,339	46,018,360	49,385,289	59,884,487
-Beyana Dayanan Gelir Vergisi	1,656,774	1,767,732	2,065,284	2,297,745	2,437,328	3,175,104
-Gelir Vergisi Tevkifatı	28,900,776	35,006,484	40,957,192	42,329,043	45,453,538	54,965,919
-Gelir Geçici Vergisi	1,002,405	1,089,098	1,197,993	1,143,290	1,222,956	1,440,385
- KURUMLAR VERGİSİ	12,447,354	15,718,474	18,658,195	20,701,805	22,854,846	29,233,615
-Beyana Dayanan Kur. Vergisi	916,770	942,471	1,122,525	1,235,521	1,153,637	4,341,204
-Kurumlar Vergisi Tevkifatı	225,152	210,280	199,697	224,047	236,588	353,281
-Kurumlar Geçici Vergisi	11,305,432	14,565,723	17,335,973	19,242,237	21,464,621	24,539,130
MOTORLU TAŞITLAR VERGİSİ	3,037,610	3,556,797	4,001,749	4,585,854	5,128,667	6,060,246
DAHİLDE ALINAN MAL VE HİZMET VERGİLERİ	68,986,181	76,040,734	80,710,059	86,456,398	105,616,475	120,381,377
DAHİLDE ALINAN KDV	25,291,023	28,965,495	30,085,656	34,034,036	39,438,999	46,859,326
ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ	37,102,948	39,350,665	41,962,183	43,708,500	58,038,327	64,263,538
BSMV	2,630,207	3,176,013	3,720,367	4,043,296	3,577,367	4,309,826
ÖZEL İLETİŞİM VERGİSİ	3,593,234	4,222,061	4,565,689	4,274,732	4,127,672	4,420,621
ULUSLARARASI TİC. VE MUAM. AL. VERGİLER	27,579,814	29,001,074	32,809,172	28,674,228	39,562,865	53,498,173
GÜMRÜK VERGİLERİ	2,090,186	2,454,875	2,788,589	2,486,462	3,269,666	4,692,418
İTHALDE ALINAN KDV	25,432,537	26,495,628	29,980,574	26,135,212	36,210,987	48,690,007
DAMGA VERGİSİ	3,167,251	3,677,079	3,987,640	4,205,581	5,141,850	6,534,298
HARÇLAR	4,042,603	4,857,694	5,180,554	4,873,344	7,175,593	8,479,827

sel" tasarruflarına devletin doğrudan vergi gelirlerinden karşılanacak bir tutarla katkı yapması, sistemde dengesizliğe ve adaletsizliğe kapı açacaktır. Bu dengesizliğin öngörülen destek üzerinden BES'in uzun vadede ekonomiye sağlayacağı olumlu katkılarla meşrulaştırılması kanaatimizce kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Vergi gelir kompozisyonu itibariyle "adalet" unsuru bakımından eleştiriye açık olan mevcut sağlıksız yapı içinde bir de tasarruf gücü olanlara doğrudan "maddi" katkı yapılarak vergi kaynaklarından aktarım yapılması sosyal hukuk devleti ilkesi ile birlikte eşitlik ve adalet anlayışını zaafa uğratar. Anayasal açıdan dayanak sorunu bulunan bu yeni modele sosyal ve siyasi tercih yönünden getirilebilecek eleştirilerin ötesinde asıl hukuki olarak önemli engeller bulunmaktadır.

Mali egemenlikten doğan vergilendirme yetkisi ancak "kamu giderlerini" karşılamak üzere müşterek sorumluluk anlayışına dayalı olarak kullanılabilir. Bu bağlamda, kamu tarafından yapılan her türlü harcamanın kamu gideri olarak esas alınarak karşılığının vergi gelirleriyle finansmanı mümkün değildir. Her ne kadar bir kısım toplumsal etkileri ve yararları beraberinde getirse de adından anlaşılacağı üzere BES "bireysel" yani kişinin şahsına ve kişiliğine bağlı bir programdır. "Bireysel emeklilik sisteminin" devletin doğrudan katkı sağladığı ve bir anlamda katkısının gerekli olduğu sosyal içerikli "kamu sosyal güvenlik sisteminden" önemli farklılıkları vardır. Kamu sosyal güvenlik sistemine devlet katkısı Anayasal ilke ve esaslara dayanmakla birlikte bireysel emeklilik sistemine devlet katkısı açısından böylesi bir dayanak söz konusu değildir.

Bu bağlamda, ülkemizin mevcut sosyal yapısı içinde tasarruf edebilecek durumda gelir elde eden ya da varlığa sahip olan sınırlı bir kesimin doğrudan vergi gelirleriyle karşılanan devlet desteğiyle koşullu ancak karşılıksız şekilde "bireysel" bir sistem içinde kişi ekseninde desteklenmesi Anayasal dayanaktan yoksun olduğu gibi kanaatimizce sosyal adalete ve hukuk devleti anlayışına zarar verir. Bu durum Anayasanın 2'nci ve 73'üncü maddeleriyle çelişmektedir.

Devlet katkısı modeli karşısında vergi indirimine dayalı modelde katılımcı kendi vergi mükellefiyeti ya da sponsoru kapsamında yüklenmesi gereken bir kısım vergilerden indirim yoluyla avantaj sağlamaktadır. Bu sayede yeni kurulan sistemin ilk etapta öngörülen amaçları sağlaması için vergisel yönden desteklenmesi öngörülmüştür. Bu

yapı doğrudan toplam vergi yükümlülüğünü artıracak yeni bir kamu gideri oluşturma etkisi yerine kişinin kendi vergi yükümlülüğünde bir indirim sağlanarak vergi gelirlerinde sınırlı bir azalma etkisi yaratmaktadır. Bununla birlikte, öngörülen devlet katkısı modeli kişinin kendi yükümlülüğüyle sınırlı vergi indirimi yerine katılımcıların katkı payına orantılı bir devlet katkısı sağlanması esasına dayanarak vergi yükümlülüğünü toplam olarak artıracak ve bu katılımı ilgili olmayanlara da yansıyacak yeni bir yükümlülük ihdası gündeme gelecektir. Bu durumda, sisteme katılan kişinin şahsi/bireysel tasarrufunun artırılması için kendi kişisel vergi yükümlülüğüyle bağ kurulmaksızın devlet tarafından katkı sağlanacaktır. Sisteme katılımcıların vergi mükellefi ya da yükümlülüğü ilişkisi araştırılmaksızın daha genel bir destek modeli getirilerek kamu giderleri yapılacak destek ödemeleri oranında artırılacak ve yeni vergi yükümlülükleri ihdas edilecektir. Bu durumda, sisteme katılımcılar adına devlet tarafından sağlanacak katkının vergi yükümlülüklerini artırıcı etkisi hukuki sıkıntı taşımaktadır. Nitekim vergi gelirleri Anayasanın 73'üncü maddesinde belirtildiği üzere ancak kamu giderlerini karşılamak üzere toplanabilir. Buna mukabil kişilerin bireysel tasarrufunu desteklemeye yönelik bir destek unsuru nedeniyle kamu bütçesinde gerçekleşecek bir artışın ortak/müşterek gereksinim olarak kabul edilerek vergi yükümlülüğüyle finansmanı kanaatimizce mümkün değildir. Bu noktada, bireysel emeklilik sistemi için öngörülen devlet katkısının Anayasanın 73'üncü maddesi kapsamındaki bir "kamu gideri" olarak kabul edilememesi durumunda vergi yükünde meydana getireceği artış meşruiyetini yitireceğinden finansmanı konusunda özel bir kaynak hükmü getirmeyen düzenleme Anayasal dayanaktan yoksun kalır.

Sonuç olarak bugün itibariyle mevcut rakamlara bakıldığında BES kapsamındaki katılımcı sayısı ve biriken tasarruf tutarı vergi indirim modeliyle önemli boyutlara ulaşmıştır. Geline nokta, vergi indirim sistemiyle BES başarılı bir gelişim grafiği izlemektedir. 2001 yılından bu yana önemli mesafe katedilmiş olan bu yapı artık temellenmiştir. BES'e vergi yükümlülüklerinde genel bir artışa neden olacak devlet desteği verilmesine yönelik bir model birey ve toplum arasında "kamu yararı" dengesini sağlayamayacağı gibi Anayasanın 73'üncü maddesindeki anlamıyla "kamu gideri" ilişkisini gerçekleştirmediği sürece mali egemenliğin sınırları kapsamında da olamayacağından isabetsiz bir adım olarak kalacaktır. Bu yönüyle öngörülen sistem değişikliği ka-

naatimizce sosyal adalet ve hukuk duygusunu zedeleyecek bir teşebbüs olmanın ötesinden hukuken eleştiriye açıktır. Bu model değişikliği yerine, kanaatimizce mevcut yapının daha işlevsel hale getirilmesi seçeneği üzerinde durulabilir. Bu amaçla sistemin daha alt düzeydeki gelir gruplarını da kapsayacak şekilde güçlendirilmesi ile memurları da kapsamak üzere kamu kesimi çalışanlarına devlet sponsorluğu uygulamasıyla yaygınlaştırılması ilk adımlar olabilir. Bu çerçevede, memurların ve çalışanların daha önce 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunla öngörülen “zorunlu tasarruf” sisteminde yaşadığı hayal kırıklığı daha profesyonel bir yapı içinde geleceğe yönelik umuda dönüştürülebilir.

KAYNAKLAR

- Akılhoğlu, Tekin. “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Haziran 1991, C. 24, S: 2, ss. 3-15.
- Çağan, Nami. Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Erdem, Tahir. “Bireysel Emeklilik Stopajına İlişkin Önemli Bir Yargı Kararı”, Lebib Yalkın, S: 89, Mayıs 2011.
- Ergun, Turgay, Ömer Bozkurt ve Seriyeye Sezen. Kamu Yönetimi Sözlüğü. Yayın no: 283, Ankara:TODAİE, 1998.
- Gerek, Şahnaz ve Ali Rıza Aydın, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin:Ankara, 2005.
- Gözler, Kemal. “İngiltere’de Parlamento Neden ve Nasıl Ortaya Çıktı: Malî Hukukun Anayasa Hukukundan Eskiliği Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2009, c.I, s.365-374 (www.anayasa.gen.tr/mali-hukuk.htm, Konuluş Tarihi: 10.12.2009).
- Güneş, Gülsen. Verginin Yasallığı İlkesi. İstanbul:Alfa, 1998.
- Özcan, Hüseyin. Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü. 7. Baskı, İstanbul:Alfa, 1993.
- Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku. 13. Baskı. Beta.
- <http://www.aa.com.tr/>
- <http://www.bddk.org.tr/>
- <http://www.egm.org.tr>
- <http://www.gib.gov.tr/>
- <http://www.sgk.gov.tr/>
- <http://www.tbmm.gov.tr>
- <http://www.tuik.gov.tr/>
- <http://www.turkis.org.tr/>

AVRUPA CEZA HUKUKUNDA KOVUŞTURMALARIN AKTARILMASI

TRANSFER OF CRIMINAL PROCEEDINGS IN EUROPEAN CRIMINAL LAW

Ahmet ULUTAŞ*
Ömer Serdar ATABEY**

Özet: Bu çalışmada esas itibarıyla Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin getirdiği hükümler incelenecek, ayrıca bu alanda hüküm ihtiva eden diğer sözleşmelere değinilecektir. Diğer taraftan, Avrupa ceza hukukunun bir parçası olan Avrupa Birliği müktesebatında bu alanda meydana gelen gelişmeler de ele alınıp değeriendirilecektir. Bu bağlamda çalışma ile Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu sözleşmenin Avrupa çapındaki önemi vurgulanarak güncel gelişmeler çeçevesinde tanıtılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kovuşturmaların Aktarılması, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Ne Bis In Idem İlkesi,

Abstract: In this study, the provisions set out by the European Convention on Transfer of Criminal Proceedings will essentially be examined and also other relevant conventions which contain provisions regarding this field will be touched upon. On the other hand, the developments taken place in the EU Acquis which constitutes a part of the European Criminal Law will also be dealt with. In this context, with this study it is intended to represent the Convention concerned to which Turkey is a party in the light of recent developments.

Keywords: Transfer of criminal proceedings, Council of Europe, European Union, Principle of Ne Bis In Idem.

* Dr., Hukuk Müşaviri, Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı
** LLM, Hukuk Müşaviri, Başbakanlık Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı

GİRİŞ

Suç ve suçluluk olgusu, sanayi ve teknolojiye dünyada meydana gelen baş döndürücü gelişmelerden sonra, tüm dünyayı etkileyen bir olgu haline gelmiş ve yasa uygulayıcıları ciddi sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır. Bu durum, adli alanda uluslararası işbirliğine duyulan ihtiyacın daha güçlü bir şekilde hissedilmesine neden olmuştur. Bu bağlamda uluslararası toplum, işbirliğine zemin oluşturacak uluslararası araçlar oluşturma yoluna gitmiştir.

Türkiye'nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi, bünyesinde üretilen hukuki metinler yoluyla üye ülke hukuklarının birbirlerine yaklaştırılmasında önemli katkılarda bulunmuştur. Avrupa Konseyi bünyesinde, ceza alanında önemli çalışmalar yapılmış ve kaydedeğer aşamalar katedilmiştir. İşte çalışmamızda inceleme konusu yapılan "*Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi*" de bu çalışmaların bir meyvesidir. Söz konusu Sözleşmeyle, Açıklayıcı Raporunda da belirtildiği üzere, Avrupa'da ceza adaletini daha iyi gerçekleştirecek bir devlette kovuşturmanın tamamlanmasını amaçlanmıştır.

Sözleşmeyi hazırlayanlarca Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuk düzenlerinin insan haklarına dayalı "*Avrupa Kamu Düzeni*"ne uygun olduğu ve bunun ise devletlerin birbirlerine karşılıklı güveninin tesisinde en önemli dayanak teşkil ettiği düşünce ve kabulünden hareket edildiği anlaşılmaktadır.

Esasen Avrupa Konseyi bünyesinde yabancı ülkelerde alınan kararların tanınması ve infazına ilişkin karmaşık sorunlar incelenirken, bu sorunlara yönelik tatmin edici bir çözümde, nihai kararın alınması ve infazını önceleyen ceza kovuşturması aşamasının gözardı edilemeyeceği bilinmekteydi. Buradan hareketle, nihai karar alınmadan önce, birden fazla devlet arasında kovuşturma yetkisinin belirlenmesi ve kovuşturmanın bir devletten diğerine aktarılmasının düzenlenmesi gibi karmaşık sorunların halli yönündeki çabaların birleştirilmesi gereği duyulmuştur.

Bu problemlerin karmaşıklığı, devletin ülkesel egemenliği ilkesine güçlü bir şekilde bağlı olan geleneksel ceza hukukunun niteliği ile açıklanmaktadır. Ceza mahkemeleri neredeyse daima kendi ceza kanunlarını uygularlar. Ayrıca, ceza hukuku dışındaki mevzuat ve yargı

yetkisi ihtilafları yabancı kanunun ulusal mahkeme tarafından uygulanması veya söz konusu hukuki düzenlemelerin uyumlaştırılması yoluyla çözülebiliyorken, ceza hukuku problemlerini çözmek hukukun diğer alanlarındaki problemleri çözmekten daha zordur.

Öte yandan, belirtildiği üzere son yıllarda suç, özellikle iletişim olanaklarındaki büyük gelişimin bir sonucu olarak, uluslararası bir karakter kazanmıştır. Bu ise, devletler arasında onları yasal engelleri azaltmaları konusunda teşvik edecek daha yakın işbirliğini ve ulusal egemenliklerinin geleneksel sonuçlarını gözden geçirmelerini gerektirmektedir. Devletlerin iç hukuklarında ceza hukukunun uygulanabilirliği ile ilgili hükümlerin iki fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar ulusal yargı yetkisine giren bir suçun görüldüğü davada hangi ceza kanununun uygulanacağına karar vermek ve ulusal yargı yetkisinin sınırlanması için kriterleri ortaya koymaktır.

Bu problemlerin çözümü ise öncelikle pozitif ve negatif yargı yetkisi anlaşmazlıklarının hallini gerektirmektedir. İlk durumla ilgilenmek için yargı yetkisinin uygulanmasına sınır konulması ve ikinci durumda ortaya çıkan boşlukları doldurmak için yetkinin genişletilmesi ihtimallerini incelemek gerekmektedir.

Bir suçu kovuşturmaya yetkili bir devletin, kanunlarına göre suçu kovuşturmaya yetkili olmayan başka bir devlet tarafından failin kovuşturmasının daha etkin bir şekilde yerine getirileceği değerlendirilmesinde bulunabileceği gözlemlenmiştir. Ceza hukuku alanında bu tür uluslararası işbirliği, birinci devlet tarafından talep edilmesi üzerine ikinci devlete kovuşturmayı devralma yetkisi veren uluslararası bir belge gerektirmektedir. Örneğin, bir suçlu mutad ikametgahının bulunduğu ikinci devlete kaçarsa bu durumda suçlunun gıyabındaki kovuşturma faydasız hale geleceği ve geri verme de çoğu zaman imkansızlaşacağından; birinci devlet kovuşturmanın aktarılmasına karar verir; suçlunun rehabilitasyonu gibi kovuşturmanın aktarılmasını haklı kılacak başka nedenler de mevcuttur.

Öte yandan, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nun genel gözleminde, uluslararası ceza hukukunun mevcut gelişimi genel hatlarıyla açıklanmıştır. Neredeyse bir yüzyıl boyunca görece olarak aynı kalmış hukukun bu alanının modernleştirilmesi için Avrupa Konseyi geniş çaplı bir prog-

ram başlatmıştır. Söz konusu çalışmanın altında yatan ilke, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde ceza ve cezaevi meselelerinde varolan kaynakların, yalnızca suç işlenmesinin azaltılmasında değil ayrıca bireyin haklarının korunması ve failin müteakip rehabilitasyonunun sürdürülmesinde azami etkinliğini sağlayacak biçimde kullanılması gereğidir.

Bu tür bir teşebbüs, çeşitli türleri olan uluslararası aktif işbirliğini gerektirir:

- Suçluların geri verilmesi;
- “küçük” karşılıklı adli yardımlaşma (örneğin, bilgi ve delillerin iletilmesi);
- başka bir devlette verilen bir ceza yargısının bir devlette gözönüne alınması ve infazı;
- kovuşturmaların aktarılması;
- yargı yetkilerinin çokluğunun düzenlenmesi.

Açıkçası, bu işbirliği biçimlerinden hangisinin en iyisi olduğuna karar vermek için genel soyut bir kural yoktur. Bu, fiilen değerlendirilen dosyanın kendine özgü özelliklerine bağlıdır. Bununla beraber, yetkili makamların, uluslararası boyutu olan bir suçun kovuşturulması veya bir hüküm ya da tedbirin uygulanması için karar vermeleri istenir istenmez, cezai konularda uluslararası işbirliğinin farklı türlerinden haberdar olmalarının temini için geçerli nedenler mevcuttur.

Bu türlerden birinin seçilmesi geniş ölçüde suçun türüne, cezai sürecin gerekliliklerine, özellikle de söz konusu delilin sunulmasına ve failin şahsiyetine dayanmaktadır; seçimin temel etkisi hükmün veya tedbirin yapısı ve infazı üzerinde olur.

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1957) (SİDAS), Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi (1959) (CİKA-YAS) ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin (1970) imzaya açılmasıyla, Konsey işbirliğinin ilk üç yöntemi için ortak bir adli sistem kurmuştur.

Çalışmamızda inceleme konusu yapılan Sözleşmenin amacı ise dördüncü ve beşinci işbirliği yöntemlerinde benzer bir sistem oluşturmaktır: ceza kovuşturmalarının aktarılması ve yargılamanın çokluğunun düzenlenmesi.

İlke olarak bir devletin kovuşturma makamı -nedeni ne olursa olsun- kovuşturmanın devam ettirilmesinin arzu edilmediği sonucuna varırsa, tatmin edici ceza kovuşturmasının mümkün olacağı diğer bir devletin kovuşturmayı devralmasını isteyebilir. Talep edilen devlet bu talebi kabul ederse "*ceza kovuşturmasının aktarılması*" gerçekleşir. Her zaman olmamakla birlikte genellikle talep eden devlet suçun işlendiği devlet, talep edilen devlet ise sanığın ikametinin bulunduğu devlettir.

Konuyla ilgili herhangi bir uluslararası sözleşme bulunmasa dahi kovuşturma aktarılabilir. Bu husustaki yegane şart talep edilen devletin ceza kanununun suçun faili için uygulanabilir olmasıdır; bu hükmün adli yardımlaşma amacıyla konulup konulmadığı çok önem taşımaz. Uluslararası bir sözleşmenin varlığı kovuşturmanın aktarılması için vazgeçilmez bir şart olmamasına rağmen yine de böyle bir sözleşmenin bulunması arzu edilir bir durumdur. Çünkü ancak bilgi vs.nin iletilmesi için uygun bir usul ve hukuki zemin oluşturulduktan sonra karşılıklı yardım geliştirilebilir ve güçlendirilebilir.

Öte yandan, uluslararası boyutu olan suçların kovuşturulması; adli yardımlaşmayı yöneten çeşitli araçların etkin uygulanmasını ve bilhassa "*ne bis in idem*" hususunda yeknesak kuralların belirlenmesi amacıyla devletlerin politikalarını koordine etmesini gerektirir. Dolayısıyla, adli yardımlaşmanın iyi organize edilebilmesi için uluslararası bir anlaşma yoluyla bu enstrümanların uyumlulaştırılması büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada öncelikle Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde hazırlanan Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesinin (1972 Sözleşmesi) getirdiği hükümler incelenecek, ayrıca bu alanda hüküm ihtiva eden diğer sözleşmelere de yeri geldikçe değinilecektir. Ayrıca incelenen Sözleşme bağlamında önem taşıyan Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve sözleşmeye Ek Protokol'ün de getirdiği hükümlerin sözleşme kapsamındaki yeri ve değeri vurgulanacaktır. Diğer taraftan, bu alanda Avrupa Birliği'nde meydana gelen gelişmeler de ele alınıp değerlendirilecek, bu sayede mukayeseli çalışmalar bakımından konunun bu veçhesinin de ortaya konulmasına çalışılacaktır.

I. 1972 SÖZLEŞMESİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

15.5.1972 tarihinde Starsburg'ta imzaya açılan ve Sözleşmede yer alan üç onay koşulunun yerine getirilmesini müteakip 30.3.1978 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi (1972 Sözleşmesi), ceza alanında kovuşturmaların aktarılmasına dair araçların yanı sıra ceza kovuşturmalarının çokluğu durumuna (Kesim IV) ve ilgili kişilerin müteaddit defalar sovruşturulma veya mahkum olma riskine karşı korunmasına (Kesim V, Non bis in idem) ilişkin hükümler içermektedir.

Sözleşmeye bakıldığında genel olarak Sözleşmeyle üç temel ihtiyacın giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır:

- a) Suçluyu cezalandırma görevinin ceza adaletini en iyi gerçekleştirecek devlette yerine getirilmesi,
- b) Birden fazla devletin ceza vermek bakımından kendisini yetkili sayması halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların halli,
- c) Bir kişinin birden fazla devlette aynı eylemden dolayı yargılanması halinde „non bis in idem“ prensibinin uygulanmasının sağlanması.¹

Esas itibarıyla devletler suçluları cezalandırma yetkilerini kendi kanunlarından alırlar. Örneğin, 5237 sayılı TCK, yabancı bir ülkede işlenen suçların hangi şartlar altında Türk mahkemelerince cezalandırılacağını düzenlemiştir. İşte inceleme konusu yapılan Sözleşme asli

¹ Nurullah KUNTER, „Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi“, Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Yıl:8, Sayı:1974, (ss.217-236), s.219; Ceza kovuşturmalarının aktarılmasına ilişkin olarak daha önce bu alanda hüküm ihtiva eden düzenlemelere ÇIKAYAS madde 21 ve Karayolları Trafik Suçlarının Cezalandırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin madde 1 hükümlerini örnek olarak gösterebiliriz. Ancak Sözleşme başlı başına bu konuyu ele alarak konuyu sistematize etmiştir. Bkz. KUNTER, s.224; İlave açıklama için bkz. Açıklayıcı Rapor, para:25; Ceza kovuşturmalarının aktarılması konusunda ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009, s.291vd; CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, An Introduction to International Criminal Law, Cambridge, 2010, s.104; Feridun YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, 1988, s.65; İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011, s.799; Karşılaştırmak bakımından İsveç hukukunda ceza kovuşturmalarının aktarılması düzenlemeleri için bkz. Transfer of Proceedings in Criminal Matters, <http://www.sweden.gov.se/sb/d/2710/a/15450>; Erişim: 11.3.2012.

dediği bu yetkiye dokunmamakta, ancak kendi kanununa göre yargı yetkisine sahip olmayan bir devlete Sözleşmenin uygulanması bakımından bir ek bir yargı yetkisi vermektedir. Gerçekten de, kovuşturmanın aktarılan devlette yapılabilmesi için öncelikle bu devletin yargı yetkisine sahip olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla bu devlet yetkili değilse, Sözleşmeyle yetkili kılmak zorunludur. İşte kaynağını Sözleşmeden alan bu ek yetkinin kullanılması, bir diğer devletin kovuşturma istemesi şartına bağlanmıştır (m.2). Tabiiyle talep edilen devlet, aktarmayı kabul ettiği takdirde kovuşturmayı asıl yetkide olduğu gibi kendi muhakeme kanunlarının öngördüğü düzenlemelere göre yapacaktır.²

A. Kovuşturmaların Aktarılması Koşulları (m.8)

Cezai konularda kovuşturmaların aktarılması, bu aktarma olmasaydı, büyük olasılıkla cezasız kalacak olan suçların cezalandırılmasını kolaylaştırmaktadır. Bunun yanı sıra Sözleşmeyle, aktarılacak kovuşturmanın konusunu oluşturan kişinin durumunu gözeten hükümler de getirilmektedir.

Aktarma istenilebilmesi için herşeyden önce talep eden devlette en azından bir soruşturma bulunmalıdır. Ancak dava açıldıktan sonra da aktarma istenilmesi mümkündür.³

Talep eden devletin kovuşturmayı aktarabilmesine dair koşullar, cezalandırma amacını ve kişinin menfaatini gözeten iki temel hedefi yansıtmaktadır: Cezanın kolaylaştırılması bakımından şu koşullar aranacaktır:

- Şüpheli kişinin talep edilen devlette mukim veya bu devletin vatanı olması,
- İlgili kişinin talep edilen devlette hürriyetten mahrum edici cezasını çekiyor olması veya çekecek olması,

² Uygulanacak ceza kanunu da talep edilen devletin ceza kanunudur. Ancak, bir devlet Sözleşmeden doğan ikincil yetkiyi kullanmakta ise o takdirde kendi kanununa göre vereceği ceza asıl yetkili olan ve kovuşturmanın aktarılmasını talep eden devletin ceza kanununa göre verilecek cezadan daha ağır olamayacaktır (m.25). Bu konuya ileride yeniden değinilecektir. Bkz. KUNTER, s.222.

³ KUNTER, s.225.

- Talep edilen devlette şüpheliye karşı aynı veya diğer suçlardan dolayı soruşturma açılıyor olması,
- Kovuşturmanın aktarılmasına hakikatin ortaya çıkması bakımından rıza gösterilmesi (özellikle delillerin önemli bölümünün talep edilen devlette bulunması),
- Kişinin talep edilen devletteki duruşmalarda hazır bulunması,
- Talep edilen devletin hükmolunmuş olan bir cezayı daha iyi bir şekilde infaz edebilecek bir durumda olması.

Cezalandırmanın amacı bakımından, Sözleşmeye taraf bir devlet 6 ncı madde çerçevesinde diğer bir devletten kovuşturma yapmasını isteyebilir. Bu durumda, ilgili devletin yetkili makamları bu imkanı dikkate alacaklardır.

İlgili kişinin menfaatleri doğrultusunda kovuşturmanın aktarılmasında ise, şu koşuldan bahsedilebilecektir:

- Talep edilen devlette cezasının infaz edilmesi durumunda, hükümlünün sosyal rehabilitasyon imkanının daha yüksek olması gerekmektedir. Kişinin talep edilen devletin vatandaşı olması veya mutad meskeninin bu devlette olması hallerinde genellikle bu koşulun sağlandığı kabul edilebilecektir.

B. Aktarmanın Etkileri

1) Talep Edilen Devlete Etkileri

Talep edilen devletin iletilmiş olan talebi inceleme ve bu hususta bir karar verme yükümlülüğü doğmaktadır. Sonrasında da bu kararı hakkında talep eden devleti bilgilendirmesi gerekmektedir (m.9).

Sözleşmenin 10 ve 11 inci maddeleri talep edilen devletin bu taleple ilgili olarak bir işlem yapamayacağı sınırlı sayıdaki durumları düzenlemektedir.

Öte yandan, özellikle 11 inci maddede düzenlenen bazı durumlarda, talep edilen devletin görece daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görülebilecektir.

Örneğin, talep edilen devlet, talebin dayandığı koşulların (m.8) mevcut olmadığı gerekçesiyle talebi reddedebilecektir.

Buna ek olarak, talebe konu suç siyasi veya mali nitelikte görülürse veya soruşturmanın ırk, din, milliyet veya siyasi görüşlere dayandığı değerlendirilirse ve soruşturma talep edilen devletin temel hukuk ilkelerine aykırılık teşkil ederse talebi reddetme imkanı yine olacaktır.

Son olarak, talep edilen devlet ulusal mevzuatına göre, ceza kovuşturması için dava zamanaşımı sürelerini gözetebilecek ve talebe ilişkin değerlendirmesinde dikkate alacaktır.

Madde 10 hükmüne göre, talep edilen devlet, eğer kovuşturulması istenilen suç kendi ülkesinde suç olarak öngörülmemişse ve ulusal mevzuatı uyarınca kişi hakkında soruşturma açılmıyorsa, talep hakkında bir işlem yapamaz. Benzer şekilde, zamanaşımı da talep edilen devlet bakımından bir zorunlu ret nedenidir.

İletilmiş olan talebin incelenmesi yükümlülüğü yanında, bu aktarmanın 23 ila 26 ncı maddeler arasında ele alındığı üzere diğer bazı etkileri de olacaktır.

Kovuşturma bakımından etkilerinden biri, talep eden devlette gerçekleştirilmiş olan işlemin talep edilen devlette de aynı etkilere sahip olması ve aynı sonuçları doğurmasıdır. Ayrıca, talep eden devlette zamanaşımını kesen herhangi bir işlem talep edilen devlette de aynı etkiyi yaratacaktır (m.26/2).

Son olarak, talep eden devlet böyle bir talepte bulunacağını açıklarsa ve talep edilen devletin de yetkisi münhasıran Sözleşme hükümlerinden kaynaklanıyor olursa, talep edilen devlet, talep eden devletin talebi üzerine, şüpheliyi geçici olarak tutuklayabilir (m.27). Talebin alınması üzerine, talep edilen devlet iç hukukuna göre tüm geçici tedbirleri almak durumundadır (m.28).

2) Talep Eden Devlete Etkileri

Kovuşturmanın aktarılmasının talep eden devlet üzerindeki etkileri 21 inci maddede düzenlenmiştir.

Talep eden devlet kovuşturmanın aktarılmasını talep ettiği andan itibaren artık şüpheliyi talebe konu suçtan dolayı soruşturamaz veya bu suçtan dolayı hakkında hükmolünmüş olan bir cezayı infaz edemez. Ancak Sözleşmede bu ilkeye bir sınır getirildiği görülmektedir. Buna göre, talep edilen devletin talebe ilişkin kararı kendisine bildiri-

linceye kadar, talep eden devlet, dava açmak dışında, soruşturma ile ilgili diğer tüm tedbirleri alma yetkisine sahiptir (m. 21/1).

Madde 21/2 hükmü, soruşturma yetkisinin talep eden devlete geri döneceği durumları düzenlemektedir. Böyle bir durum, öncelikle talep edilen devletin talep eden devletten gelen talebi reddetmesi durumunda ortaya çıkacaktır. Diğer haller ise Sözleşmenin söz konusu madde 21/2 hükmünde sayılmıştır.

3) Hem Talep Eden Hem de Talep Edilen Devlette Etkisi Olan Durumlar

Bu hususta ilginç bir durum söz konusudur. Talep eden devlet için 22 nci maddede, talep edilen devlet için ise 23 üncü maddede düzenlenen zamanaşımı hükümleri bazı özellikler taşımaktadır.

Buna göre, kovuşturmanın aktarılması talebi, talep eden devletteki dava zamanaşımı süresini altı ay daha uzatacaktır. Talep edilen devlet bakımından ise, bu devletin yargı yetkisinin münhasıran Sözleşme hükümlerine dayanması durumunda, dava zamanaşımında altı aylık bir uzama söz konusu olabilecektir.

C. Sözleşmenin Diğer Hükümleri

Yukarıda vurguladığımız üzere, Sözleşme sadece kovuşturmanın aktarılmasına dair düzenlemeler getirmemektedir. Sözleşme ayrıca şu hususları da düzenlemektedir:

- 1) Ceza kovuşturmalarının çokluğuna ilişkin durumlar (Kesim IV),
- 2) İlgili kişilerin müteaddit defalar soruşturulması veya mahkum olmaları riskine karşı korunmaları (Kesim V, Non bis in idem).

Ceza kovuşturmalarının çokluğuna ilişkin ilk durum, bir taraf devletin, kovuşturma açılmadan veya kovuşturma esnasında, aynı kişi hakkında aynı suçtan dolayı diğer bir taraf devlette bir kovuşturma yürütüldüğü bilgisine sahip olduğu durumdur. Sözleşme bu devleti, bu kovuşturmadan vazgeçme veya askıya alma veya diğer devlete aktarıp aktaramayacağını araştırma yükümlülüğü altına sokmaktadır (m.30/1).

Sözleşme, ceza kovuşturmalarının çokluğu olarak adlandırdığı bu sorunu, ilgili devletlerin birbirine danışmaları/müzakere etmeleri şeklinde çözen bir mekanizma öngörmektedir.

Bir taraf devlet, kovuşturmadan vazgeçmek veya kovuşturmayı askıya almak istemediği durumlarda, diğer devlete durumu bildirecektir ve iki devlet görüş alışverişinde bulunarak, bu kovuşturmalardan hangisinin devam edeceğini belirlemek hususunda çaba sarfedeceklerdir (m.31).

Hakikatin ortaya çıkarılması ve uygun yaptırımların uygulanabilmesi bakımından, 32 nci maddede öngörülen durumlarda taraf devletler için, tek bir kovuşturma yürütülmesinin tavsiye edilebilirliğini inceleme yükümlülüğü doğmaktadır.

Sözleşmede öngörülen ilgili kişilerin müteaddit defalar soruşturulması veya mahkum olmaları riskine karşı korunmalarına ilişkin ikinci durum ise, bir ülkede hakkında kesin hüküm verilmiş olan kişilerin aynı eylemlerden dolayı diğer bir ülkede soruşturulmaları veya mahkum edilmelerine karşı korunmaları durumunu ifade eder. Bu durumda, kişi güvenliği bakımından önemli bir ilke olan aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesi yani “*non bis in idem*” uygulanacaktır.

Bu kapsamda, 35 inci maddede düzenlenmiş olan koşullar, hükümlenmiş olan bir müeyyidenin⁴ ilgili kişiyi diğer kovuşturmalara karşı etkili bir şekilde koruması için (özellikle beraat, infaz edilmiş müeyyide, v.b.) öngörülmüştür.

D. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokol

1. Genel Olarak Sözleşme

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve Türkiye tarafından 7.6.1968 tarihinde imzalanan “*Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*”nin onaylanması 20.5.1975 tarihli ve 1899 sayılı Kanunla uygun bulunarak 26.8.1975 tarih ve 15338 sayılı Resmi

⁴ Sözleşmede “*müeyyide*” terimi cezaları ve emniyet tedbirlerini de içine alacak şekilde kullanılmıştır.Bkz. KUNTER, s. 221.

Gazete’de yayımlanmıştır. Esas itibarıyla Sözleşme, âkit tarafların, hukuki ve ticari konularda mevzuat ve yargılama usulleri ile yargı kuruluşları hakkında birbirlerine bilgi sağlanmasına ilişkin düzenlemeler getirmektedir.

Türkiye tarafından Sözleşmeye yapılan 30.8.1976 tarihli beyana göre; Adalet Bakanlığı âkit devletlerden gelen bilgi taleplerini kabul etmek ve kendi adli makamlarına ait bilgi taleplerini de yabancı devlet yetkili makamlarına iletmek üzere; “Alıcı Makam” ve “Gönderici Makam” olarak belirlenmiştir.

Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, âkit tarafların, hukuki ve ticari konularda mevzuat ve yargılama usulleri ile yargı kuruluşları hakkında birbirlerine bilgi sağlanmasıyla sınırlı olup, cezaî konular Sözleşme haricinde tutulmuştur. Bununla birlikte, bu konudaki ihtiyacı karşılamak üzere yine AK bünyesinde hazırlanan bir Ek Protokolle Sözleşmenin kapsamı ceza alanını da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Türkiye tarafından bu Ek Protokol 1.9.1980 tarihinde imzalanmış ve 7.4.2004 tarihli ve 5130 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunarak, 2.10.2004 tarihli ve 25601 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Öte yandan, sözkonusu Ek Protokolün 4 üncü maddesi uyarınca; Sözleşme madde 2/2 hükmünde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü “İletici Makam” olarak belirlenmiştir.

2. Sözleşmeye Ek Protokolün Kapsamı ve Kovuşturmaların Aktarılması Bakımından Önemi

Ek Protokol ceza alanındaki bilgi taleplerinin karşılanması amacıyla hazırlanmış olup Protokolün 1 inci maddesiyle; âkit devletlerin birbirlerine, ceza kanunları ve ceza usul kanunları, iddia makamları dahil ceza hukuku alanında adli teşkilatlanma ile cezaî tedbirlerin uygulanması konularında bilgi sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Ek Protokol kapsamındaki bilgi taleplerinin, yalnızca başlayan soruşturma ve kovuşturmalar için değil ayrıca başlatılması öngörülen soruşturma ve kovuşturmalar için de yapılması mümkün kılınmıştır. Bilgi sağlama yükümlülüğü talep eden âkit devletin adli makamlarının yetki alanına giren suçların yargılanması için öngörülen bütün işlemlere uygulanır.

Bu Protokol uyarınca yapılacak olan yabancı hukuk hakkındaki bilgi taleplerinin, Adalet Bakanlığı Genelgesinde yer alan (*İngilizce/ Fransızca olarak hazırlanmış*) forma göre yapılması gerekmektedir.

Ek Protokolün 3 üncü maddesinde yapılan değişiklikle, Sözleşmenin 1 inci maddesinin 1 inci fıkrası çerçevesinde, bilgi taleplerinin adli makamlar yanında resmi adli yardım sistemi içinde ekonomik yönden zayıf durumda bulunan kişiler adına hareket eden veya kanunî danışmanlık yapan kişi veya makamlarca da yapılabileceği öngörülmüştür.

Ek Protokol uyarınca, yapılacak bilgi taleplerinin düzenlenmesi ve iletilmesi usulüne Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Buna göre; Sözleşmenin 4 üncü maddesinde yazılı hususları ihtiva eden talep yazısı ve ekli evrakın talepte bulunulan devletin dilinde düzenlenmesi veya bu dilde yapılmış tercümelerinin eklenmesi ve talep yazısı ile ekli evrakın, iki takım halinde hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilmesi gerekmektedir.

Ek Protokole göre yapılacak bilgi talebinde, talep eden adli makam, davanın niteliği, talepte bulunulan devletin hangi mevzuatıyla ilgili bilgi istendiği ve eğer talepte bulunulan devletin birden fazla hukuk sistemi mevcutsa hangi hukuk sistemi hakkında bilgi istendiği, bilgi talebine doğru ve açık cevap verilebilmesi için gerekli bütün bilgiler belirtilecektir. Gerektiğinde, talebin konusunu açıklayıcı nitelikte bulunan belgelerin örnekleri eklenebilecektir. Talep bir adli makam tarafından düzenlenmemiş ise, buna yetki veren makam kararı eklenecektir. Ek Protokol uyarınca yapılacak bilgi taleplerinde de, Sözleşmenin 6 ncı maddesinde yazılı masraflar dışında, sağlanan bilgilere karşılık herhangi bir harç veya masraf ödenmeyecektir.

Yukarıda öngördüğü düzenlemeleri ve işleyişi kısaca açıklanan söz konusu Sözleşme ve eki Protokolün ceza kovuşturmalarının aktarılması ve çalışmamız bakımından taşıdığı önem 1972 Sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Bu konu dolaylı da olsa Ek Protokolün Açıklayıcı Raporunda; "*Aslında, cezai alanda yapılan Avrupa Sözleşmelerinin hiçbiri (Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Hakkında Sözleşme, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Sözleşme) âkit taraflar arasında ceza hukuku konularında bilgi değişimi için herhangi bir genel mekanizma*

öngörmemektedir. Ancak böyle bir mekanizma, özellikle, vatandaşları tarafından yurt dışında işlenen bazı suçları, fiillerin işlendiği yabancı ülke kanununda da cezalandırılabilir olması şartıyla, suç haline getiren üye ülkeler bakımından yararlı olacaktır. Böyle bir durumda, yabancı ceza hukuku hakkında tam bilgi sahibi olunması, başlatılabilecek kovuşturmalar için zorunlu bir önkoşuldur ve ulusal makamların o hukuk hakkında otomatik olarak bilgi edinmeleri imkânı, işlerini bir hayli kolaylaştıracaktır.”⁵ şeklinde dile getirilmiştir.

1972 Sözleşmesi madde 25 hükmü uyarınca yaptırım, şayet yargı yetkisi kendi milli hukukuna dayanmakta ise, Sözleşme ile getirilmiş herhangi bir sınırlama olmaksızın, talep edilen devlet hukuku tarafından belirlenecektir. Diğer bir devlet hukuku, yalnızca talep edilen devletin hukukunun açıkça bu şekilde öngörmesi halinde gözönüne alınır. Örneğin, yurtdışında işlenen bazı suçlarda daha az cezayı gerektiren yabancı hukukun uygulanmasını mümkün kılan İsviçre Ceza Kanununda bu böyledir. Bununla beraber, şayet talep edilen devletin yargı yetkisi sadece Sözleşmeye dayanmakta ise, talep edilen devlet tam bir serbesti içinde hareket edemez. Dolayısıyla Sözleşme uyarınca talep eden devletin daha az cezayı gerektiren düzenlemesi (*lex mitior*) gözönüne alınacaktır. Bu halde talep edilen devlet orjinal yargı yetkisi değil, fakat sadece ikincil bir yargı yetkisi kullanmaktadır. Bu koşullar altında, talep edilen devletin talep eden devlet hukukunda öngörülenden daha ağır bir yaptırım yükletmeye yetkilendirilmesi haklı görülmez.⁶ Bu çerçevede 1972 Sözleşmesinin söz konusu düzenlemesinin sağlıklı bir şekilde tatbiki için yabancı hukuk hakkında talep edilen ve müeyyide uygulayacak olan devletin tam ve yeterli bir bilgiye sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu bilgi talepleri de söz konusu Ek Protokole dayanılarak ve burada öngörülen usule yapılacaktır.

⁵ Harun MERT, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokolün Açıklayıcı Raporu, Adalet Dergisi, Sayı: 41, 2011, (ss.28-36), s.31.

⁶ Bkz. Açıklayıcı Rapor, m.25; Aynı yönde bir değerlendirme ve ilave bilgi için bkz. Durmuş TEZCAN, Yurtdışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu, AÜSBF Dergisi, C:39, 1984, (ss.111-156), s.145 vd.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE BU ALANDA YAŞANAN GELİŞMELER

A. Genel Değerlendirme

AB'de adalet, özgürlük ve güvenliğin güçlendirilmesi için geliştirilerek uygulamaya sokulan yol haritalarından biri olan Lahey Programında (2005-2010),⁷ adaletin uygun yönetiminin garanti altına alınması ve soruşturmanın etkinliğinin artırılması amacıyla üye devletlerin sınıraşan çoklu davalardaki soruşturmanın tek bir üye devlette devam ettirilmesi istenilmiştir.

Lahey Programı ardından çıkarılan Stokholm Programına⁸ bakıldığında (2010-2014) ise, adli işbirliği alanında Eurojust'ın güçlendirilmesine ilişkin 2009/426 sayılı Çerçeve Kararı'na atıf yapılarak, Eurojust'ın soruşturmalardaki ulusal yetki ihtilaflarının çözümünde daha etkin rol almasına bir öncelik olarak yer verildiği görülmektedir.

Yargı yetkisi ihtilafları alanındaki AB mevzuatı bakımından, aynı kişi hakkında aynı suçlamalarla değişik üye devletlerde yürütülmekte olan paralel ceza kovuşturmalarının olumsuz sonuçlarını ele alan Ceza Kovuşturmalarında Yargı Yetkisi İhtilaflarının Önlenmesi ve Çözümü Hakkındaki Konsey Çerçeve Kararı⁹ önemli bir yer tutmaktadır. Bu Çerçeve Kararda, non bis in idem ilkesinin ihlalinin önlenmesi için bilgi değişimine ve doğrudan müzakere/danışma usullerine ilişkin kurallar konulmuştur.

Söz konusu Çerçeve Kararın Başlangıç bölümünde de vurgulandığı üzere, bu Çerçeve Karar ile paralel soruşturmalar ile zaman ve kaynak israfının önlenmesi için üye devletlerin bir çözüm geliştirebilmeleri amacıyla üye devletler arasında doğrudan görüşme ve müzakerelerin yürütülmesi istenilmektedir. Bu çözüm yollarının arasında, ceza kovuşturmalarının aktarılması yoluyla aynı kişi ve olaylar hakkındaki çoklu kovuşturmaların tek bir ülkede devamının sağlanması da sayılmaktadır.¹⁰

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>; Erişim:7.3.2012.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>; Erişim:7.3.2012.

⁹ 30 Kasım 2009 tarih ve 2009/948/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı;<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:EN:PDF>; Erişim:7.3.2012.

¹⁰ Başlangıç, para: 4.

AB'nin güçlendirmek istediği adalet, özgürlük ve güvenlik alanında üye devletler arasındaki adli işbirliğinin daha ileriye götürülebilmesi bağlamında üye devletlerin yargı yetkisi ihtilaflarının çözümü 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşmasında da bir öncelik olarak açıkça ifade edilmiştir.¹¹

Yukarıda açıklanan ilgili AB düzenlemelerinden, ceza kovuşturmalarının aktarılması meselesinin özellikle sınıraşan suçlulukla mücadelenin bir parçası olarak ele alındığı anlaşılmaktadır. Ceza kovuşturmalarının aktarılması alanında benimsenecek olan ortak bağlayıcı bir hukuki çerçevenin, AB düzeyinde sınıraşan suçlarla mücadeleyi güçlendirmesi bakımından bir ihtiyaç olduğu ortaya konulmuştur.¹²

Öte yandan, bu alanda AB düzeyinde hükümetlerarası bir girişim olarak gündeme gelen 1990 tarihli Üye Devletler Arasında Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Antlaşma (1990 Antlaşması) tüm üye devletlerce onaylanmadığından yürürlüğe girememiştir. Hâlihazırda AB üyesi devletler bu alandaki boşluğu temel olarak AB müktesabatının bir parçası olan Avrupa Konseyi 1972 Sözleşmesi ile 29 Mayıs 2000 tarihli AB Üyesi Devletler Arasında Cezai Konularda Karşılıklı Adli Yardımlaşma Sözleşmesi ve aralarındaki ikili anlaşmalar ile doldurmuşlardır.

AB müktesabatının bir parçasını oluşturmakla birlikte, yukarıda anılan 1972 Sözleşmesinin AB düzeyindeki etkinliği ve uygulanırlığı ile ilgili önemli bir sorun bulunmaktadır. Bu sorun, bu AK Sözleşmesinin önemli AB üyesi ülkelerden Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya tarafından halen onaylanmamış olmasıdır.¹³ Bu durum Sözleşmenin yürürlük alanını ve etkinliğini önemli oranda sınırlamaktadır.

AB'nin çoklu kovuşturmalar hususunda kullanabileceği diğer bir araç ise, Eurojust'tır.¹⁴ Eurojust'ın görevlerinden biri de, üye devletle-

¹¹ Bkz. 69 A/b maddesi, http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306;Erişim:7.3.2012.

¹² AB Konseyi Notu, 16437/09-Cezai Konularda Kovuşturmaların Aktarılması Hakkında, 24 Kasım 2009, Brüksel. <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1158.pdf;Erişim:7.3.2012>.

¹³ Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=8&DF=01/03/2012&CL=ENG;Erişim:7.3.2012>

¹⁴ Eurojust, 14 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Konseyi kararı ile Birliğin geçici adli işbirliği ünitesi olarak kurulmuş, Konseyin 28 Şubat 2002 tarihli kararı ile de daimi

rin ulusal yargı makamlarının yargı yetkileri ihtilaflarını çözmek ve ceza kovuşturmalarının eşgüdümünün sağlamaktır. Bu noktada, Eurojust, bir üye devletin yetkili makamından bir soruşturmayı devralmasını isteyebileceği gibi, bir yargı yetkisi ihtilaflarının nasıl çözülebileceği hususunda bağlayıcı olmayan yazılı bir görüş verebilecektir.¹⁵

B. Kovuşturmaların Aktarılması Hakkındaki Çerçeve Karar Taslağı

AB düzeyinde yukarıda açıklanmış olan gelişmeler çerçevesinde, cezai konularda kovuşturmaların aktarılması alanında bir Konsey Çerçeve Karar Taslağının hazırlanması için 16 üye devlet tarafından (Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Yunanistan, İspanya, Fransa, Litvanya, Letonya, Macaristan, Hollanda, Romanya, Slovenya, Slovakya ve İsveç) AB Konseyi Genel Sekreterliği nezdinde Temmuz 2009 tarihinde girişimde bulunulmuştur.

Taslak metin Konsey’de yaklaşık beş aylık bir çalışma sonucunda hazırlanmıştır. Lizbon Antlaşması bünyesinde ele alınabileceği değerlendirilmesiyle ve Konseyin siyasi desteğinin beklendiği gerekçeleriyle fazlaca üzerinde yoğunlaşamadığı ve zamana bırakıldığı anlaşılan taslak hakkında halen Parlamentonun görüşü beklenmektedir.

Taslak, Konsey Açıklayıcı Raporunda,¹⁶ “*üye devletler arasında kovuşturmaların aktarılmasına ve eşgüdümüne dair çok sayıda hukuki belge bulunmasına rağmen kovuşturmaların aktarılmasına dair ortak bir hukuki çerçeve bulunmamasından kaynaklanan sorunlara bir yanıt*” olarak görülmektedir.

Açıklayıcı Rapor devamla, “*AB üyesi devletler giderek artan bir şekilde iki veya daha fazla üye devletin aynı veya benzer nitelikteki suçları soruşturmak ve yargılamak için yargı yetkisine sahip olduğu durumlarla*

işbirliği kurumu statüsünü kazanmıştır. Eurojust’ın amacı, özellikle bir veya daha fazla üye devletin karıştığı sınıraşan ciddi suçlarla ve organize suçlarla daha etkili mücadele edebilmektir. Bu amaçla bu tür suçların araştırılması ve soruşturulmasında yetkili ulusal makamlar arasında işbirliğini geliştirmek, araştırma ve soruşturmaları teşvik etmek, koordine etmek, üye devlet ve Konsey’e gerekli uzmanlık bilgisini temin etmek gibi hususlarda görevlendirilmiştir.

¹⁵ AB Konseyi Açıklayıcı Raporu, 11119/09 COPEN 115 ADD 1, s.2. <http://www.statewatch.org/news/2009/jul/eu-council-trans-proceedings-em-11119-add1.09.pdf>; Erişim:7.3.2012.

¹⁶ AB Konseyi Açıklayıcı Raporu, s.1.

*karşılaşmaktadır*¹⁷ diyerek, bu hususta bir AB mevzuatı ihtiyacının altını çizmektedir. İnsan kaçakçılığı gibi birden fazla üye devlette işlenmiş olan sınıraşan suçlar veya bir üye devletin vatandaşının başka bir üye ülkede işlediği suçlar bakımından, aynı kişi ve aynı olay için iki değişik AB üyesi ülkede kovuşturma açılması durumunda, AB'nin adalet, özgürlük ve güvenlik alanı yaratma amacına uygun olarak kovuşturmaların tek bir üye devlette yürütülmesinin sağlanması hedeflenmektedir.

30 Haziran 2009 tarihli Konsey Çerçeve Karar Taslağına bakıldığında, 1972 Sözleşmesi ve yürürlüğe girmemiş olan 1990 Antlaşmasında öngörülen sistemlerle uyumlu ve bağlantılı bir sistem öngördüğü anlaşılmaktadır. Taslağa göre, kovuşturmanın sürdüğü bir üye devlet, diğer üye devletten kovuşturmanın devralınmasını isteyebilecektir. Bu durumda ise, ilk devlet, soruşturma yapma mecburiyetine rağmen soruşturmasını sona erdirecektir (m.6 ve 16).

Kovuşturmayı devralması istenilen devletin yargı yetkisi bulunmadığı durumda ise, taslağa göre, bu devlet ikincil yargı yetkisi (subsidiary jurisdiction) kullanabilecektir (m.5). Kovuşturmayı aktaran devletin hukukunun uygulanabilir olması ve bu devletin talepte bulunması koşuluyla, talep edilen devletin suçu soruşturma yetkisi (lex fori) doğacaktır.

Taslak, AB'de cezai konularda adli işbirliğinde hakim olan karşılıklı tanıma ilkesine¹⁸ dayanan bir sistemi tercih etmemiştir. Bu nedenle, bir üye devlet, diğer bir üye devletten soruşturmayı almasını emredemeyecektir. Burada talep edilen devlet, diğer devletten kovuşturmayı yürütme sorumluluğunu üstlenerek, asli bir yardımda (primary assistance) bulunmaktadır. Burada söz konusu olan ikincil bir yardım (secondary assistance) olmadığından, "*aktaran*" (transferring) ve "*alan*" (receiving) taraflar söz konusudur. Kovuşturmayı devralacak olan taraf, taslak kapsamında, aktaran devletten soruşturmayı devralıp almayacağına kendisi karar verecektir.

¹⁷ Bkz. Açıklayıcı Rapor, s.1.

¹⁸ Lizbon Antlaşmasınının 69/A maddesinde, cezai konularda adli yardımlaşmanın karşılıklı tanıma ilkesine dayandığı açıkça ifade edilmektedir. Bkz. <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1158.pdf>; Erişim: 7.3.2012; Mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Ulutaş/Atabey, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.4.

23 maddelik taslağın maddelerine bakıldığında ise, 1972 Sözleşmesi ve 1990 Antlaşması çerçevesinde kaleme alındığı görülmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda inceleme konusu yapılan 1972 Sözleşmesi, temas ettiği kurumlar ve diğer sözleşme ve protokollerle birlikte değerlendirilmiştir. Esas itibarıyla söz konusu Sözleşme, Açıklayıcı Raporunda da belirtildiği üzere, Avrupa'da ceza adaletini daha iyi gerçekleştirecek bir devlette kovuşturmanın tamamlanmasını amaçlamıştır.

Sözleşmeyi hazırlayanlarca Avrupa Konseyi üyesi devletlerin hukuk düzenlerinin insan haklarına dayalı "*Avrupa Kamu Düzeni*"ne uygun olduğu ve bunun ise devletlerin birbirlerine karşılıklı güveninin tesisinde en önemli dayanak teşkil ettiği düşünce ve kabulünden hareket edildiği anlaşılmaktadır.

1972 Sözleşmesi, 28.5.1970 tarihinde imzaya açılan "*Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi*" yoluyla Avrupa çapında ceza yargılarının karşılıklı tanınması gibi büyük ve önemli bir adımın ardından, ceza alanında daha kovuşturma aşamasında karşılaşılabilecek ihtilafların ortadan kaldırılması konusunda yapılan çalışmaların bir meyvesi olmuştur. Söz konusu Sözleşmeye bugüne değin Türkiye dahil toplam 25 AK üyesi ülke taraf olmuştur. Bu ise Sözleşmeye belli ölçüde teveccühü göstermektedir.

Avrupa çapında insan mobilitesinin giderek hızlandığı günümüzde, Sözleşmenin Avrupa çapında etkin bir şekilde uygulanması, her şeyden önce kişilerin aynı suçtan dolayı birden fazla kovuşturma ve ceza ile karşılaşmalarının önüne geçilmesini sağlayacak, kişi güvenliği ve seyahat hürriyetinin de en önemli teminatlarından birisi olacaktır. Ayrıca Sözleşmeyle adaleti en iyi gerçekleştirecek devlette kovuşturma yapılacağından; zaman, emek ve para kayıplarının ve olası çakışmaların da ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesi sağlanacaktır.

Öte yandan, Sözleşmenin Avrupa ceza hukukunda kovuşturmaların aktarılması konusunu düzenleyen en temel metinlerden birisi olmasına karşın, Avrupa çapında daha ileri bir entegrasyon aşamasını temsil eden Avrupa Birliği müktesebatında bu alandaki çalışmalar ve geline aşamaya da çalışmada değinilmiş, bu sayede karşılaştırmalı değerlendirmelere imkan sağlanması amaçlanmıştır.

KAYNAKLAR

- CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, An Introduction to International Criminal Law, Cambridge, 2010.
- KUNTER, Nurullah; "Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi", Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Yıl:8, Sayı:1974, (s.217-236).
- MERT, Harun; Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokolün Açıklayıcı Raporu, Adalet Dergisi, Sayı:41, 2011, (s.28-36).
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2011.
- TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009.
- TEZCAN, Durmuş; Yurtdışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu, AÜSBF Dergisi, C:39, 1984, (s.111-156).
- ULUTAŞ, Ahmet/ATABEY, Ömer Serdar; Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- YENİSEY, Feridun; Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, 1988.

İnternet Kaynakları

- Transfer of Proceedings in Criminal Matters; <http://www.sweden.gov.se/sb/d/2710/a/15450>; Erişim: 11/3/2012.
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:EN:PDF>; Erişim: 7/3/2012.
- http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=FXAC07306; Erişim: 7/3/2012.
- <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1158.pdf>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=8&DF=01/03/2012&CL=ENG>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://www.statewatch.org/news/2009/jul/eu-council-trans-proceedings-em-11119-add1.09.pdf>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://eurocrim.jura.uni-tuebingen.de/cms/en/doc/1158.pdf>; Erişim: 7/3/2012.
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=8&DF=27/02/2012&CL=ENG>; Erişim: 27/2/2012.
- <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>; Erişim: 27/2/2012.
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/print/ChercheSig.asp?NT=097&CM=8&DF=27/02/2012&CL=ENG>; Erişim: 27/2/2012.
- <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r118.htm>; Erişim: 11/3/2012.

COSTA CONCORDIA KAZASININ SONUÇLARI

RESULTS OF COSTA CONCORDIA ACCIDENT

Hacı KARA*

Özet: Bu çalışmada Costa Concordia kazasının sonuçları incelenmektedir. Denize indirildiğinde tarihinin en büyük İtalyan yolcu gemisi olan Costa Concordia 13 Ocak 2012 tarihinde Toskana bölgesinde Isola del Giglio adası yakınlarındaki kayalıklara çarpmış ve kısa sürede yan yatarak kısmen batmıştır. Bu büyük kazanın çok farklı sonuçları bulunmaktadır. Bunlar: kazanın finansal piyasalara ve sigorta sektörüne etkileri, çevre zararı ve kurtarma ve batık çıkarma faaliyeti, kaza sonrası gemiadamları ve yolcular açılan tazminat davalarının getirdiği mali ve hukuki sorunlardır.

Abstract: This paper analyses the results of Costa Concordia accident. Costa Concordia, which at the time of her launch was the largest Italian cruise ship in history on January 13, 2012 hit the rocks near Isola del Giglio Island in Tuscany, and soon partly sank lying on her side. This major accident had arisen very different results. These include: the effects of the accident on the financial markets and the insurance industry, environmental damages, and salvage and wreck removal operations, financial and legal problems arising from compensation cases, brought by seafarers and passengers, following the accident.

I) COSTA CONCORDIA KAZASI

Denize indirildiğinde tarihinin en büyük İtalyan yolcu gemisi olan Costa Concordia 13 Ocak 2012 tarihinde Toskana bölgesinde Isola del Giglio kayalarına 15.5 knot süratle çarpmış ve kısa sürede yan yatarak kısmen batmıştır¹.

* Yrd. Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi İ.İ.B.F. İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

¹ Kara Hacı, Costa Concordia Kazasının Sebepleri, Aktüeldeniz S. 32, Kasım 2012, s. 21-22

İnsanlık ve denizcilik tarihinde her zaman büyük bir felaket olarak hatırlanacak kazanın sonuçlarına geniş bir açıdan bakıldığında, çok çeşitli etkilerinin olduğu görülmektedir. Kazanın sebep olduğu sorunları özetleyecek olursak bunlar: kazanın gemi sahibi şirket hisselerinin değer kaybı ve diğer kruvaziyer şirketlerle ve yolcu taşımacılığı sektörüne olan etkileri gibi mali sonuçları, geminin tekne sigortası, koruma ve tazmin sigortası (P&I Insurance) ve mali mesuliyet sigortası bakımından sigorta sektörüne olan etkileri, kazanın çevresel etkileri ile kurtarma ve batık çıkarma faaliyetlerinin akıbeti ve kaza sonrası yaralanan ve ölenlerin kendileri ve yakınlarının açtıkları ya da açması muhtemel tazminat davaları önem arz etmektedir. Bu yazıda bu sonuçlar çok genel olarak incelenecektir.

II) KAZANIN SONUÇLARI

1) Kazanın Finansal Piyasalara Etkileri

32 yolcunun hayatını kaybettiği, 64 kişinin de yaralandığı bu kaza bir insanlık trajedisi olmasının ve denizcilik sektörüne uzun vadeli etkilerinin bulunmasının ötesinde bu felaketin, çok önemli mali sonuçları olmuştur. Batık sonrasında Pazartesi günü İngiliz borsaları açıldığında, Costa Cruises sahibi Carnival Corporation & Plc, hisselerinin piyasa değeri bir milyar İngiliz Sterlini kayıpla % 20 oranında düşmüş, günü % 17.04 kayıpla kapatmıştır. ABD piyasaları Martin Luther King tatilini izleyen Salı günü açıldığında ise hisse senetleri % 14,2 değer kaybetmiştir. Carnival'ın kendi mali analistleri kazanın 2012 kazancını 85 ile 95 milyon ABD Doları civarında etkileyeceğini, 30 Kasım'da bitecek mali yıl için 100 milyon dolardan fazla kar kaybına sebep olacağını varsaymaktadırlar. Uzmanlar kayıpların bir milyar ABD Doları'na ulaşacağını söylemektedir². En az iki büyük finans grubu Carnival'ın kredi derecelendirmesini indirmiştir. Analistler felaketin, satışların en üst seviyeye ulaştığı Ocak ile Mart ayları arasındaki rezervasyonlara zarar verebileceği, şirketin kapasitesinin azalacağı ve davaların bir çığ gibi geleceği uyarısında bulunmuştur³.

² Marine insurers assess Costa Concordia loss. Reactions, 09535640, Jan2012

³ Shawn J. Dake, A Short History Of The Costa Concordia, <http://maritimematters.com/2012/01/a-short-history-of-the-costa-concordia/>

Voyages of Discovery, Swan Hellenic and Hebridean Island Cruises şirketlerinin sahipleri felaketin satışlarda ani düşüşü ve yüksek indirimini tetiklediğini ifade etmişlerdir. Niche Cruise operatörü, All Leisure Group ise ortaya çıkan ek maliyetleri tam olarak inceleyeceklerini belirtmiştir. Ancak ortak görüş bu kazanın kruvaziyer turizmde satışları önemli ölçüde yavaşlattığı ve bunu canlandırmak için ciddi indirimlerin yapılması gerektiği yönündedir⁴.

Silversea Cruises'e göre, kazanın küçük gemili işletmeler üzerinde herhangi bir etkisi olmamıştır. İngiltere, İrlanda ve Ortadoğu için düzenlenen lüks hatların genel müdürü Mike Bonner, geminin karaya oturmasından sonra Silversea'nin gün içinde hemen bir düşüş beklendiğini, ancak bazı müşterilerin güvenlikle ilgili birtakım sorgulamalarından sonra hiçbir iptal veya iş hacminde herhangi bir kriz yaşanmadığını ifade etmiştir⁵.

Yatırım bankacısı Jefferies International Ltd. göre, Hamilton, Bermuda merkezli Lancashire Holdings Ltd.'in büyük olasılıkla bu kaza dolayısıyla 20 milyon ile 30 milyon dolar kayıp açıklaması beklenmektedir⁶.

2) Sigorta Sektörüne Etkileri:

Bugüne kadar en büyük sigortalı zararı, kapsamlı kirlenme maliyetleri dahil olmak üzere yaklaşık 500 milyon ABD Doları'na mal olan 1989 tarihinde meydana gelen "*Exxon Valdez*" felaketidir. Costa Concordia şimdiden bu tutarı aşacak gibi görünmektedir. Zira, kazanın ardından sigortacılar toplamda 512 milyon ABD Doları bir maliyet beklendiğini ifade etmişlerdir. Analistler ise sigortalı zararlarının 500 milyon ile 1 milyar dolar arasında olacağını tahmin etmektedirler⁷.

⁴ Allard reports sales slowdown in wake of Costa Concordia disaster. Travel Weekly (UK), 4/19/2012, Sayı 2113

⁵ Silversea says smaller cruise lines unaffected by Costa disaster, Travel Weekly (UK), 2/16/2012, Sayı 2104

⁶ VEYSEY Sarah, Cruise ship disaster hits marine insurers. Business Insurance, 00076864, 1/30/2012, Cilt 46, Sayı 5

⁷ Shawn J. Dake, A Short History Of The Costa Concordia, <http://maritimematters.com/2012/01/a-short-history-of-the-costa-concordia/>

Costa Concordia'nın sigorta poliçesinde gemi zararları için 30 milyon dolar, buna ilaveten, üçüncü şahıs mali mesuliyet sorumluluğu kapsamında da 10 milyon dolar muafiyet bulunmaktadır. Geminin tekne sigortacıları arasında; Trieste, İtalya merkezli Assicurazioni Genel S.p.A. ve Hamilton, Bermuda merkezli XL Group PLC vardır. Londra merkezli RSA Insurance Group P.L.C. 405 Euro (523.7 milyon Dolar) tutarında gemi tekne sigorta güvencesi sağlamaktadır.

Hannover Re Grup ve Münih Reasürans Co.'da kaza dolayısıyla zarara uğradığını doğrulamıştır⁸. Munich Re orta-çift haneli milyon Euro aralığında bir zarar beklediğini, Hannover Re ise gemi teknesinden yaklaşık 30 milyon Euro (38.8 milyon ABD Doları) kayıp beklediğini ve bununla ilgili sorumluluk kayıplarının ise henüz belirlenemediğini ifade etmiştir.

Standard P&I Kulübü açıklamasında; muafiyet kapsamı dışındaki ilk 8 milyon Dolar tutarındaki zararın, International Group of P&I Clubs'ın Londra ve uluslararası reasürans piyasalarında toplanmış reasürans programı aracılığıyla reasüre edildiğinden, bunun yukarıdaki kaybın Standart Kulübü ve International Group. arasında paylaşılacağını açıklamıştır⁹.

3) Çevre Zararı İle Kurtarma ve Batık Çıkarma Faaliyeti

Costa Concordia kazası sonrası yaşanan başka bir endişe gemide bulunan yaklaşık 2.400 metrik ton (705.900 galon veya 16.800 varil dolaylarında) fuel oil ve 200 metrik ton (58.800 galon veya 1.400 varil) mazotun akıbeti hususunda yaşanmıştır. Bu konuda kaza sonrasında gelen iyi haber, yakıtın denize dökülmemiş olmasıdır. Buna karşın, Costa Concordia'nın çok uluslu Santuario dei Cetacei (Akdeniz Deniz Memelileri Sığınağı), Toskana Takımadaları Ulusal Parkı ve İtalya anakara sahilleri boyunca yeralan birçok önemli bölgesel parklara yakın mesafedeki sınırlar içinde yatıyor olması önemli bir tehlike olarak görülmüştür. Zira, bu bölgeler çok ciddi potansiyel bir dökülme neticesinde kirlenme zararı tehdidi altında kalmıştır. Bu nedenle, her-

⁸ IMO Current Awareness Bulletin, Volume XXIV - No. 5, May 2012, s. 5

⁹ VEYSEY Sarah, Cruise ship disaster hits marine insurers. Business Insurance, 00076864, 1/30/2012, Cilt 46, Sayı 5

hangi bir fırtınada ağır deniz dalgalarından etkilenip hareket ederek yakıtın dökülmesini engellemek için geminin etrafına bariyerler yerleştirilmiştir.

Royal Boskalis Westminster NV'nin bir birimi olan Smit Salvage ve İtalyan NERI SpA Costa ile Concordia'nın yakıtını tahliye operasyonu için sözleşme imzalanmış ve yakıtın boşaltılması başarılı bir şekilde Mart ayında tamamlanmıştır¹⁰.

Batık geminin çıkarılması için yapılan ihale, İtalyan Micoperi ile bir ABD firması olan Titan Salvage ortaklığına verilmiştir. Micoperi ve Titan Salvage ortaklığına göre dört aşamadan oluşan kurtarma ve batık çıkarma bir yıl gibi uzun bir zaman alacak ve tahmini maliyeti yaklaşık 300 milyon Euro (397 milyon ABD Doları) olacaktır. 54,000 ton ağırlığındaki geminin çıkarılması ile 45.000 ton civarında hurda çelik elde edilmesi beklenmektedir¹¹.

4) Hukuki Sonuçları

A) Açılan Davalar

Cezai sonuçları açısından kaptan Schettino kaza sonrasında geminin batmasına ve adam öldürmeye sebep olmak ve gemisini terk gibi ciddi suçlarla itham edilerek tutuklanmıştır. Kaptanın yanı sıra birinci zabıt Ciro Ambrosio da tutuklanmıştır.

Hukuk davaları bakımından da Costa Concordia kazasından hemen sonra iki tazminat davası açılmıştır. Bu iki davadan biri 26 Ocak tarihinde Illinois'in kuzey bölgesi, ABD Bölge Mahkemesinde Peru'lu bir gemiadamı tarafından açılmıştır. Diğeri ise 27 Ocak tarihinde hayatta kalan altı yolcu tarafından birlikte Miami'de açılmıştır. Bu yolculardan ikisi Folarida, ikisi New York diğeri ikisi de Roma'da ikamet etmektedir. Davacı yolcular kayıp eşyalarının tazminini (bu eşyaların arasında listesi verilen mücevherler, kontakt lensler ve ipodlar da bu-

¹⁰ Costa Concordia Environmental Scare, Oil Spill Intelligence Report, 19 Jan. 2012, Vol. 35, No: 5

¹¹ Keith Nuthall/Josephine McKenna, Costa Concordia hulk offers major scrap haul, metalbulletin.com, Titan Şirketi batık çıkarmada B planlarının olmadığını, önemli riskler bulunmasına karşın hazırlanan planın uygulanmasında iddialı olduklarını ifade etmiştir. IMO Current Awareness Bulletin, Volume XXIV - No. 5, May 2012, s. 3, <http://www.imo.org/knowledgecentre/currentawarenessbulletin/documents/cab%20187%20may%202012.pdf>

lunmaktadır), fiziksel yaralanmalar sonucunda oluşan zararların yanı sıra “*ciddi ruhsal rahatsızlık, zihinsel acı, yaşama zevki kaybı, önceden var olan rahatsızlıkların şiddetlenmesi, ücret kaybı ve kazanma gücünün kaybı*” gibi manevi zararlar için de tazminat talep etmişlerdir¹².

Bu davalar daha birçok davanın yolda olduğunu da göstermiştir. Kredi kuruluşu Willis and Moody’s kaza dolayısıyla uğranılan hasarlara dair talep edilebilecek tazminat tutarının 1 milyar ABD Doları’na ulaşabileceğini öngörmektedir. Bu davalar ölüm ve fiziksel yaralanma, kayıp eşyanın tazmini ve kar kaybı gibi maddi tazminat ile manevi tazminatı içerebilecektir.

Gemi sahibi ve işleteni, Miami merkezli Carnival Corporation içinde yeralan Costa Crociere SPA, yara almadan kurtulan yolcuların kayıp bagajlarının ve yaşadıkları psikolojik travmanın telafisi için yolcu başına 11 bin Euro (14.460 ABD Doları) ödemeyi teklif etmiştir. Şirket ayrıca yolcuların seyir, seyahat ve sağlık giderlerini karşılayacağını da beyan etmiştir. Bu, atılan adımla Şirket açılması muhtemel davaların önüne geçmeyi, böylece altından kalkamayacak, tazminat taleplerini engellemeyi hedeflemektedir¹³. Gemide bulunan 450 Fransız yolcudan 180’i davadan vazgeçme karşılığında 11 bin Euro’luk tazminat teklifini kabul etmişler, 20’si ise ABD’de açılan davaya iştirak etmişlerdir¹⁴.

Nitekim, yukarıdaki davaların dışında California’da isimleri belirtmeyen iki yolcu adına Carnival Corporation’a karşı açılan davada; “*Kruvaziyer gemisindeki tasarım hatası ve yolcuların tahliyesinde geç kalındığı*” gerekçesi ile uğranılan zarar için 10 milyon ABD Doları tazminat talep edilmiştir¹⁵. Bu davalar, henüz ne yapacakları belirsiz olan diğer yolcular, mürettebat ve ailelerine izleyecekleri yol için de fikir verecektir.

¹² Jacobs, Deborah L., Swift Action Could Stem Tide Of Lawsuits From Costa Concordia Shipwreck, Forbes.com, 30/01/2012

¹³ Jacobs, Deborah L., Swift Action Could Stem Tide Of Lawsuits From Costa Concordia Shipwreck, Forbes.com, 30/01/2012

¹⁴ IMO Current Awareness Bulletin, Volume XXIV – No. 5, May 2012, s. 4, <http://www.imo.org/knowledgecentre/currentawarenessbulletin/documents/cab%20187%20may%202012.pdf>

¹⁵ Costa Hit By \$10m Us Lawsuit Over Concordia. Travel Weekly (UK), 7/5/2012, Sayı 2124

Dava konusunda deniz hukuku uzmanları artılarını ve eksilerini düşünerek daha ihtiyatlı davranırken, bu dar alanda uzmanlığı olmayan bazı kişisel yaralanma avukatları ise mahkemeye gitmede aceleci görünmektedirler. Halbuki, ABD mahkemelerinde dava açmak çetin bir mücadeleyi gerektirmektedir. Çünkü Costa.sözleşmesine göre eğer seyir ABD limanlarına yapılmıyorsa, mağdur taraflar yalnızca İtalya Cenova’da dava açabilirler. Bu bakımdan bu iddiaların ABD’de dava konusu yapılması mümkünse de itiraz halinde mahkeme davaya İtalyan mahkemelerinin yetkili olduğuna karar verebilecektir. ABD’de açılan davalar bakımından bir kolaylık ise, taşıyanın asli sorumluluğu varsayıldığından, kruvaziyer yolcularının iddialarını kanıtlamak için karşı tarafın sorumluluğunu ispat etmek zorunda olmamalarıdır¹⁶.

B) Konunun Atina Sözleşmesi Bakımından Değerlendirilmesi

Deniz taşımacılığında, eşya taşımının daima ön plana çıkması, yolcu taşıma konusunda milletlerarası birliğe ulaşılmasını geciktirmiştir. Geçen yüzyılın ilk yıllarında başlayan deniz yolu ile yolcu taşımacılığında birliğin sağlanmasına ilişkin çalışmalar aradan uzunca bir süre geçtikten sonra ancak 13/12/1974 tarihinde Atina’da kabul edilen “Yolcuların ve Bagajının Deniz Yolu İle Taşınmasına ilişkin Sözleşme” (Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea)’nin 28/04/1987 tarihinde yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir.

Atina Sözleşmesi yolcuların ölüm ve yaralanmaları ile bagajlarının ziyaından veya hasarından doğan zararlardan, taşıyanın sorumluluğunu düzenleyen bir rejim getirmektedir. Yolcunun uğradığı hasar veya zarardan taşıyanın sorumluluğu için bunun taşıma sırasında ve taşıyanın kusurundan kaynaklanması gerekmektedir. Sözleşmenin en önemli özelliği ise bir çok halde sorumluluğun her bir zarar türü için belirli bir miktar ile sınırlandırılmış olmasıdır. Yani, bu sözleşme hükümlerine göre ödenecek olan tazminatın miktarı, taşıyanın kazanın meydana gelmesinde kastı veya pervasızca tutumu ya da za-

¹⁶ Jacobs, Deborah L., Swift Action Could Stem Tide Of Lawsuits From Costa Concordia Shipwreck, Forbes.com, 30/01/2012

rar doğması ihtimalini bildiği haller gibi istisnai bazı haller hariç yine Sözleşmede her bir zarar türü için maktu olarak tayin edilmiş belli bir bedelden ibarettir¹⁷.

Atina Sözleşmesinin hesaplama birimini Özel Çekme Hakkı ile değiştiren 13/11/1976 tarihli Protokol, 30/04/1989'da yürürlüğe girmiştir. Yolcunun ölümü ve yaralanması halinde her bir sefer başına taşıyanın sorumluluğu 46,666 Özel Çekme Hakkı Special Drawing Rights (SDR)¹⁸ ile sınırlandırılmıştır¹⁹.

Bu miktarlar, Milletlerarası Denizcilik Teşkilatı (International Maritime Organization) tarafından 26 - 30/03/1990 tarihleri arasında düzenlenen Konferans sonrasında imzalanan ve Sözleşmenin bazı maddelerin tadilini de kapsayan daha ayrıntılı bir düzenlemeyi içeren yeni bir Protokol (Protocol of 1990 to amend the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea) ile arttırılmıştır. Ancak 1990 tarihli Protokol daha yürürlüğe girmeden 21/10/2002 - 01.11.2002 tarihleri arasında yine Milletlerarası Denizcilik Teşkilatı'nın girişimi ile toplanan bir diplomatik konferansta bu kuruluşun hazırladığı bir değişiklik protokolü tasarısı müzakere edilmiş

¹⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf>, Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (PAL), [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Athens-Convention-relating-to-the-Carriage-of-Passengers-and-their-Luggage-by-Sea-\(PAL\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Athens-Convention-relating-to-the-Carriage-of-Passengers-and-their-Luggage-by-Sea-(PAL).aspx)

¹⁸ Atina Sözleşmesinin 13/12/1974 tarihinde kabul edilen ilk metninde, bu Sözleşme hükümlerine göre ödenecek tazminat bedellerinin tayininde kullanılacak olan hesaplama birimi olarak, 900 milyem ayarında ve 65.5 miligram ağırlığında altınının değerine tekabül eden "frank" tercih edilmiştir (7 ilâ 9 uncu maddeler). Ancak, 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarının Sınırlandırılmasına ilişkin Londra Sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılan Londra Konferansı'nı müteakiben 17-19/11/1976 tarihleri arasında yine Londra'da yapılan üç ayrı konferanstan biri, Atina Sözleşmesinin hesaplama birimi olan frank'ın değiştirilmesi amacıyla toplanmış ve bu Konferans sonrasında imzalanan 19/11/1976 tarihli Protokol (Protocol to the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea) ile Atina Sözleşmesinin hesaplama birimi olan "frankın" yerine, 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarından Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılmasına İlişkin Londra Sözleşmesinde de hesaplama birimi olarak kullanılan Özel Çekme Hakkı ikame edilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf>

¹⁹ Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (PAL), [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Athens-Convention-relating-to-the-Carriage-of-Passengers-and-their-Luggage-by-Sea-\(PAL\).aspx](http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Athens-Convention-relating-to-the-Carriage-of-Passengers-and-their-Luggage-by-Sea-(PAL).aspx)

ve sonuçta Konferansa katılan 71 devletin temsilcisi tarafından oybirliği ile 01/11/2002 tarihli bir Protokol (Protocol of 2002 to the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea) kabul edilmiştir.

2002 tarihli Atina Sözleşmesi, Sözleşme taraflarına sorumluluk sınırlarını; her bir olay bakımından yolcu başına 250.000 ÖÇH (SDR) veya her bir olay bakımından gemi başına 340.000 milyon ÖÇH (SDR) ile sınırlandırma konusunda rezerv koyma hakkı tanımakta ve taşıyanlara yolcuların ölümü ve yaralanmasından doğan sorumluluklarını sigorta ettirmeleri zorunluluğu öngörmektedir²⁰.

Sözleşmenin kapsamını düzenleyen 2/1. maddeye göre: Bu Sözleşme herhangi bir uluslararası taşımaya:

- a) gemi, Sözleşme tarafı bir devletin bayrağını taşıyorsa veya bu Sözleşmeye taraf bir devlette kayıtlı ise veya
- b) taşıma sözleşmesi bu Sözleşmeye taraf bir devlette yapılmışsa veya
- c) taşıma sözleşmesine göre geminin hareket veya varış yeri, bu sözleşmeye taraf devlette bulunuyorsa uygulanacaktır.

ABD ve İtalya'da bu sözleşmeye taraf değildir²¹. Ayrıca, gemi Costa Crociere SPA adına İtalyan gemi siciline kayıtlıdır. Geminin tur programı ise Costa Concordia için; Civitavecchia, Savona, Marsilya, Barselona, Palma de Mallorca, Caligari, ve Palermo limanlarını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²². Bu itibarla, Sözleşmedeki düzenlemenin M. 2/1(a) ve (c) bakımından bu hukuk sistemlerine bir etkisi yoktur. Taşıma sözleşmesinin Sözleşmeye taraf bir devlette yapılmış

²⁰ Taşıyanın sorumluluğu:
 - Kabin bagajının ziyayı ve hasarı nedeniyle sorumluluğu her bir yolcu ve taşıma başına 2.250 SDR,
 - Araç içerisinde ya da üzerinde taşınan tüm bagajlar dahil araçların ziyayı ve hasarı için her bir araç ve taşıma başına 12.700 SDR,
 - Diğer bagajların ziyayı ve hasarı için her bir yolcu ve taşıma başına 3.375 SDR ile sınırlıdır.

²¹ <http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>

²² Kara Hacı, s. 21

olması halinde ise davanın açıldığı ülkenin milli yetki kurallarına göre Sözleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilebilecektir.

Atina Sözleşmesinin uygulanması halinde ise Sözleşmenin 16. maddesi gereğince, yolcunun ölümü veya yaralanması veya bagajının ziyaa veya hasara uğraması hallerinde açılacak bütün tazminat davaları iki yılda zaman aşımına uğrayacağından, bu süre içerisinde dava açılması zorunludur.

5) Kazanın Gemi Güvenliği İle İlgili Düzenlemelere Etkisi

Allianz Global'in nakliye güvenliği ile ilgili kurumsal son bir raporuna göre, teknoloji seviyesinde meydana gelen artış yeni milenyumun endüstrisi için eğitimin yeniden konumlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Denizcilerin eğitimi için oluşturulmuş uluslararası standartlar (STCW) bulunmasına karşın, eğitim sistemlerinin bazen tutarlı olmadığı ve mürettebatın yetkinliğine göre farklılıklar olması gerekmektedir. Nitekim, görevlerin ve gemilerde artan teknoloji düzeyinin karmaşıklığı, bazı nakliye şirketleri personelinin özel güvenlik prosedürleri için eğitilmesini ve özel köprüüstü ekipmanları bulundurulmasını gerektirmektedir²³.

Nitekim, AB tarafından IMO Deniz Güvenliği Komitesi (IMO Maritime Safety Committee (MSC)'ne ISM Kodu'nun boşluklarını kapatmayı hedefleyen "İnsan Unsurunun Rolü" başlığı altında altı başlık halinde resmi başvuru yapılmıştır. AB, Titanik'e benzeyen Costa Concordia trajedisinin, güvenlikle ilgili ihtiyaç duyulan iyileştirmelerin yapılması için bir fırsat olarak görülmesi gerektiğini belirterek bu hususta öncülük yapmaktadır²⁴.

6) Sonuç ve Değerlendirme

Costa Concordia kazası şimdiden büyük deniz felaketleri tarihinde ilk sıralara yerleşmiştir. Bu kadar büyük çaptaki bir gemi kazası

²³ Di Lieto Antonio, Costa Concordia Anatomy of an organisational accident, s. 17, <http://www.enav-international.com/wosmedia/273/costaconcordiaaatomyofanorganisationalaccident.pdf>

²⁴ IMO Current Awareness Bulletin, Volume XXIV - No. 5, May 2012, s. 10

sonrasında çok sayıda ihtilafın ortaya çıkması veya çıkmasının muhtemel olması kaçınılmaz bir sonuçtur.

Costa Concordia kazası sonrasında; kazaya sebep olanlarla ilgili açılan ceza davaları, yaralanan ve ölen gemiadamları ve yolcular ile gemide bulunan diğer kişilerce ya da bunların yakınları tarafından açılan veya açılacak olan maddi ve manevi tazminat davaları, kurtarma ve batık çıkarma, kazanın çevresel etkileri, zararların tekne ve makine sigortaları, üçüncü kişi mesuliyet sigortası ve koruma ve tazmin sigortası (P&I Insurance) kapsamında tazmini, kazanın mali etkileri gibi çok farklı türevlerde karşılaşılan sorunlardır. Bugüne kadar gerek Costa grubunun gerekse sigorta şirketlerinin olayı sulhen çözme yönünde olumlu yaklaşımı sayesinde kamuoyuna yansıdığı kadarıyla çok girift hukuki sorunlarla karşılaşılardan, krizin idare edildiği anlaşılmaktadır. Bunda kruvaziyer şirketinin güçlü bir mali yapısının olması ve güvence sağlayan sigorta şirketlerinin itibar edilir şirketler olması etken olmuştur. Ancak, süreç henüz tamamlanmış da değildir. Önümüzdeki günlerde gemi sahibi ve işleteni ile sigorta şirketlerinin uzunca bir süre daha hukuki sorunlarla uğraşacağı görülmektedir.

KAYNAKLAR

- Allard reports sales slowdown in wake of Costa Concordia disaster. Travel Weekly (UK), 4/19/2012, Sayı 2113
- Di Lieto Antonio, Costa Concordia Anatomy of an organisational accident, s. 17, <http://www.enav-international.com/wosmedia/273/costaconcordiaanatomyofanorganisationalaccident.pdf>
- Costa Hit By \$10m Us Lawsuit Over Concordia. Travel Weekly (UK), 7/5/2012, Sayı 2124
- Costa Concordia Environmental Scare, Oil Spill Intelligence Report, 19 Jan. 2012, Vol. 35, No: 5
- Jacobs, Deborah L., Swift Action Could Stem Tide Of Lawsuits From Costa Concordia Shipwreck, Forbes.com, 30/01/2012

Kara Hacı, Costa Concordia Kazasının Sebepleri, Aktüeldeniz S. 32, Kasım 2012, s. 21-22

Keith Nuthall / Josephine McKenna, Costa Concordia hulk offers major scrap haul, metalbulletin.com

Marine insurers assess Costa Concordia loss. Reactions, 09535640, Jan2012

Silversea says smaller cruise lines unaffected by Costa disaster, Travel Weekly (UK), 2/16/2012, Sayı 2104

Shawn J. Dake, A Short History Of The Costa Concordia, <http://maritimematters.com/2012/01/a-short-history-of-the-costa-concordia/>

VEYSEY Sarah, Cruise ship disaster hits marine insurers. Business Insurance, 00076864, 1/30/2012, Cilt 46, Sayı 5

http://en.wikipedia.org/wiki/Costa_Concordia_disaster

IMO Current Awareness Bulletin, Volume XXIV – No. 5, May 2012, <http://www.imo.org/knowledgecentre/currentawarenessbulletin/documents/cab%20187%20may%202012.pdf>

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İŞİĞİNDA İŞYERİ DEVRİNDE İŞVERENİN İŞÇİYİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

EMPLOYER'S OBLIGATION TO INFORM EMPLOYEES ABOUT
TRANSFER OF THE WORKPLACE IN LIGHT OF COMPARATIVE LAW

Muhittin ASTARLI*

Özet: İş Kanununun 6. maddesi, işyerinin veya bir bölümünün bir hukuki işleme dayalı olarak devrinde, işçiyeye iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanımamıştır. Bu nedenle olsa gerek Kanunda işverenler bakımından devirden önce işçilerin bilgilendirilmesine ilişkin bir yükümlülük de getirilmemiştir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 178. maddesi, ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesinin işyeri devri niteliğinde olduğu halde, devirden etkilenecek işçilere, iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanımış ancak bununla bağlantılı olan, itiraz hakkının amacına uygun olarak kullanılmasına imkan sağlayacak bilgilendirme yükümlülüğüne ise yer vermemiştir.

Anahtar Kelimeler: İşyeri devri, itiraz hakkı, devre itiraz, bilgilendirme yükümlülüğü, birleşme, bölünme, tür değiştirme.

Abstract: Article 6 of Labor Code doesn't provide an objection right to the employee about the transfer of the employment relationship to the transferee employer in case of partial or whole transfer of the workplace with a legal transaction. Therefore, an obligation for employers to inform the employees before the transfer is also not imposed by the statute. However, article 178 of Turkish Commercial Code no. 6102 provides a right to the affected employees to object to the transfer of their employment relationship to the transferee employer in case of merger, split or transformation of commercial companies that constitute a workplace transfer, while it doesn't stipulate the corresponding informing obligation which will secure the effective use of this objection right.

Keywords: Transfer of workplace, Right to object, Objection to transfer, Obligation to Inform, Merger, Split, Transformation.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

1. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İŞYERİ DEVRİNDE İŞVERENİN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak gibi bir amacı da bulunan 4857 sayılı İş Kanunu bu kapsamda işyerinin devri hususunu düzenlemektedir. Kanunun 6. maddesi işçilere bu konuda ayrı bir koruma getirmekle birlikte, işyeri devri halinde işçilerin bilgilendirilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Oysa gerek Avrupa Birliği'nin İşletme, İşyeri veya İşletme yahut İşyeri Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 Sayılı Yönergesi gerek bu yönergeyle uyumlulaştırılan Alman ve İsviçre hukuklarında işverene, işyeri devri halinde işçilere bilgi verme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülük işçinin kendi geleceği bakımından beklemediği gelişmelerle karşılaşmaması konusunda başlı başına bir anlama sahip olmakla birlikte, asıl önemi işyeri devrinde işçinin iş ilişkisinin devrine itiraz hakkı bakımındandır. Zira işçinin devralan işverenle çalışmaya devam edip etmemek yönündeki kararı, ancak işçinin devir işlemi hakkında bilgi sahibi olması halinde tesadüf olmaktan çıkacaktır. Devreden veya devralan işverence yapılacak bilgilendirmeyle devir işleminden, devralan işverenin kimliğinden, devrin nedeninden ve devrin kendisi ile devirden etkilenecek diğer işçiler bakımından yaratacağı hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçlardan haberdar olan işçi, bu sayede, işlemin kendi iktisadi ve mesleki geleceği bakımından doğuracağı sonuçları değerlendirebilecek ve buradan edineceği öngörüler dahilinde devralan yeni işverenle çalışmaya devam edip etmeyeceğine karar verebilecektir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA İŞYERİNİN DEVRİ HALİNDE İŞVERENİN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Genel anlamda işyerinin devri halinde, işyerinde çalışan işçilerin bilgilendirilmesi, Avrupa Birliği'nin temel belgelerinde yerini almıştır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 153. maddesinde Birliğin, sosyal politikaya ilişkin 151. maddede yer alan temel amaçlarının gerçekleştirilmesi için üye ülkelerin desteklenecek faaliyetleri arasında, işçilerin bilgilendirilmesi ve işçilere danışılmasına ilişkin faaliyetler de yer almaktadır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartının 21.

maddesinde de işçilerin bilgilendirilme ve danışılma hakkı ele alınmakta ve üye ülkelerin bu kapsamındaki yükümlülükleri sıralanmaktadır. Avrupa Birliğinde İşçilerin Bilgilendirilme ve Danışılma Haklarının Genel Çerçevesinin Tespitine İlişkin 2002/14 sayılı Yönergede de üye ülkelerde faaliyet gösteren belirli büyüklükteki işyerlerinde, işyeri yönetimi ve çalışanlar arasında sürekli bir diyalog ve bilgilendirmenin sağlanmasına ilişkin prosedürler öngörülmektedir. Ancak Avrupa Birliği'nde işçilerin işyeri devrinde bilgilendirilme ve danışılma hakları daha önceden ve ayrıca bir yönerge ile düzenlenmiştir. Bu Yönerge işyeri devrine ilişkin 77/187 sayılı Yönerge ile bu yönergede değişiklikler yapan 98/50 sayılı Yönergeyi birleştiren İşletme, İşyeri veya İşletme yahut İşyeri Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 Sayılı Yönergedir.

2. 2001/23 sayılı Yönerge Bakımından Bilgilendirme Yükümlülüğü

Önemi itibariyle işyeri devrinden önce işçi temsilcilerinin veya bunların bulunmaması halinde işçilerin doğrudan bilgilendirilmesi, tek bir madde halinde de olsa, 2001/23 sayılı Yönergede ayrı bir bölüm olarak 4. Bölüm'de düzenlenmiştir.

Bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen 7. madde öncelikle, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerinin bilgilendirilmesini öngörmüştür. Hükmün birinci fıkrasına göre devreden ve devralan işverenler, devirden etkilenen işçilerin temsilcilerini devrin gerçekleştirileceği veya gerçekleştirilmesi planlanan tarih; devrin sebebi; devrin işçiler bakımından yol açacağı yasal, ekonomik ve sosyal sonuçlar; işçiler bakımından alınması düşünülen tedbirler konularında bilgilendirmekle yükümlüdürler. Görüldüğü üzere bilgilendirme yükümlülüğü hem devralan hem devreden işveren bakımından öngörülmüştür. Ancak Yönerge bakımından bu işverenlerden biri tarafından yapılan bilgilendirmenin diğer işverenin yükümlülüğünü kaldırdığı kanaatindeyiz.

Belirttiğimiz üzere Yönerge, öncelikli olarak işyerinde işçi temsilcilerinin bulunması halinde onların işyeri devri konusunda bilgilendirmesini öngörmüştür. Ancak işyerinde işçi temsilcilerinin bulunmaması halinde, Yönergenin ifadesiyle, bir işletme veya işyerinde işçilerin iradesinden bağımsız olarak işçi temsilcileri bulunmuyorsa, devirden

etkilenen işçilerin önceden bilgilendirilmesi gerekir. Yönergenin 7. maddesinin 6. fıkrasına göre, işçi temsilcileri bulunmayan işyeri veya işletmelerde de devirden etkilenecek işçilerin, devrin gerçekleştirileceği veya gerçekleştirilmesi planlanan tarih, devrin sebebi, devrin işçiler bakımından yol açacağı yasal, ekonomik ve sosyal sonuçlar, işçiler bakımından alınması düşünülen tedbirler konularında bilgilendirilmeleri gerekir.

Yönergede bilgilendirmenin yapılacağı zaman açık olarak belirlenmemiş olsa bile, bu konuda genel bir düzenlemeye yer verilmiştir ki, bu düzenlemeden bilgilendirme zamanına ilişkin somut sonuçlar çıkarılabilir. Üstelik bilgilendirmenin yapılacağı zaman konusunda Yönerge, devreden ve devralan işveren için bu hususu ayrı ayrı düzenlemiştir. Yönergenin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, devreden devrin gerçekleşmesinden önce birinci fıkroda öngörülen bilgileri, temsilcilere zamanında vermelidir. Devralan da söz konusu bilgileri, zamanında işçi temsilcilerine vermekle yükümlü olmakla birlikte, işyeri devri istihdam ve çalışma koşulları bakımından çalışanları doğrudan etkilemeden önce, bilgilerin işçilere verilmiş olması gereklidir (f.3). Buna göre devre ilişkin bilgilendirme, devirden önce ve her halükarda devre ilişkin sonuçlar ortaya çıkmadan ve de bu sonuçlar işçilerin çalışma koşullarını doğrudan etkilemeye başlamadan önce yapılmalıdır.

Yönergenin 7. maddesi devreden ve devralan işverene bilgilendirme yükümlülüğü yanında danışma yükümlülüğü de getirmektedir. 7. maddeye göre devreden veya devralan çalışanları ilgilendiren önlemler almayı düşünüyorlarsa, bir mutabakata varmak amacıyla işçi temsilcilerine zamanında danışmak zorundadırlar.

Yönergede öngörülen bilgilendirme ve danışma yükümlülüğü devir kararının işyeri tarafından veya işyerinin bağlı olduğu işletme tarafından alınmış olmasından bağımsızdır (f.4.1). Zira Yönerge'de belirtilen bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde, bu durumun işvereni kontrol eden işletme tarafından gerekli bilgilerin sağlanmamış olmasından kaynaklandığı mazeret olarak kabul edilemez ve dikkate alınmaz (f.4.2).

Yönergenin 7. maddesi üye ülkelere, bilgilendirme yükümlülüğünü sınırlayıcı hükümler getirebilme imkanı tanımıştır. Buna göre yasa, tüzük ve idari hükümleri ile işçi temsilcilerine çalışanlarla ilgili

tedbirler hakkında karar almak üzere hakem kuruluna başvuru hakkı tanıyan üye devletler, 1. ve 2. fıkralarda belirtilen bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerini önemli sayıda çalışana ciddi dezavantajlar getirebilecek önemli iş değişikliğine yol açan devirlerle sınırlı tutabilir (f.3). Ancak bu halde dahi bilgilendirme ve danışma, en azından işçiler bakımından alınması gerekli tedbirleri kapsamalı ve 1. fıkrada belirtilen işyeri değişikliğinin gerçekleşmesinden önce yapılmalıdır. Bunun yanında üye Devletler 1, 2 ve 3. fıkralarda belirtilen yükümlülükleri, çalıştırılan işçi sayıları bakımından, işçi temsilciliği için bir kurulun oluşum veya seçimi için gerekli koşulları karşılayan işletme veya işlerle sınırlandırabilirler (f.5).

Yönerge işyeri devri halinde işverenlerin bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerini düzenlese de, bu yükümlülükler aykırılığın yaptırımını doğrudan belirlememiş, bu konuda yönetmelikte yer alan tüm yükümlülüklerin ihlali bakımından genel bir düzenlemeye yer vermiştir. Yönergenin 9. maddesine göre, üye Devletler, Yönergede öngörülen yükümlülükler uyulmaması nedeniyle haklarının ihlal edildiğini düşünen tüm işçilere ve onların temsilcilerine, gerektiği takdirde diğer yetkili makamlara başvurduktan sonra, taleplerini dava yoluyla ileri sürme imkanını sağlamak için iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yaparlar.

B. İŞVİÇRE HUKUKUNDA İŞYERİ DEVRİ HALİNDE İŞVERENLERİN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. İsviçre Borçlar Kanunu md.333a'da Öngörülen İşyerinin Devri Halinde Bilgilendirme ve Danışma Yükümlülüğü

a. Bilgilendirme Yükümlülüğü

İsviçre Borçlar Kanununun (Obligationenrecht - OR) işyeri devrinin iş sözleşmesi üzerine etkisini düzenleyen 333. maddesinden sonra gelen ve 1993 yılındaki bir değişiklikle eklenen 333a maddesi ile İsviçre'de işyerini devreden işverenler bakımından işçileri bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Aslında bu düzenlemenin 1 Mayıs 1994'te yürürlüğe giren İşçilerin İşyerinde Bilgilendirilme ve Yönetime Katılma Haklarına Dair Federal Kanun (Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben - Mit-

wirkungsgesetz) ile sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır ve bu yasanın uygulanma hallerinden biri olarak kabul edilmektedir¹. İsviçre Borçlar Kanununun md.333a hükmüne göre işyerini veya işyerinin bir bölümünü üçüncü bir kişiye devreden işveren, işçi temsilcilerini veya bunların yokluğunda işçileri, devrin gerçekleşmesinden önce zamanında şu konularda bilgilendirmekle yükümlüdür: a) devrin nedeni, b) devrin işçiler bakımından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları.

2001/23 sayılı Avrupa Birliği Yönerge'sinde olduğu gibi İBK. md.333a'da da işverene bilgilendirme yükümlülüğü yanında danışma yükümlülüğü de getirilmiştir. Gerçekten de 333a maddesinin ikinci fıkrasına göre, devir nedeniyle işçileri ilgilendiren tedbirler alınması öngörülüyorsa, bu tedbirlere ilişkin kararın alınmasından önce süresinde işçi temsilcilerine, temsilci bulunmaması durumunda ise işçilere danışılması gereklidir. Buna göre işverenin bilgilendirme yükümlülüğü işyeri devri halinde her durumda söz konusu iken, danışma yükümlülüğü sadece bahsi geçen maddenin 2. fıkrasında görülen koşulların varlığı halinde söz konusu olacaktır.

İBK. 333a maddesinin varlığı, işyeri devrini düzenleyen 333. maddenin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Zira işçinin 333. maddenin 3. fıkrasında öngörülen işyeri devrine itiraz hakkını kullanabilmesi, işçinin devir konusunda usulüne uygun olarak bilgilendirilmesini gerektirir². Dolayısıyla işverenin md.333a'daki yükümlülüğünün öncelikli şartı bir işyeri devrinin bulunmasıdır.

2001/23 sayılı Yönergeden farklı olarak, İBK. md.333a sadece işyerini devreden işveren bakımından bir bilgilendirme ve danışma yükümlülüğü öngörmüştür. Devralan işverenin bu konudaki bilgilen-

¹ Brunner Christiane/Bühler Jean Michel/Waerber Jean Bernard, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Deutsche Fassung der 2. Nachgeführten Auflage, Basel 1997, sh.160.

² Portmann Wolfgang, Kommentar zum Zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Verlag Helbing Lichtenhahn, Basel 2007, sh.1952; Brühwiler Jürg, Kommentar zum Eizelarbeitsvertrag, 2. Auflage, 1996, sh.287; Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Neu arbeitete Auflage, Bern, 1999, sh.131; Zimmerli Christoph, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetz", Aktuelle Juristische Praxis, 7/2005, sh.778.

dirme yükümlülüğünün ise İşçilerin İşyerinde Bilgilendirilme ve Yönetime Katılma Haklarına Dair Federal Kanununun 9. maddesi 1. fıkrası dolayısıyla bulunduğu kabul edilmektedir³. Söz konusu hüküm işçi temsilcilerine, görevlerini usulüne uygun ifa edebilmeleri için gerekli tüm hususlar hakkında zamanında ve kapsamlı bir bilgilendirilme hakkı vermektedir.

İşverenin işyeri devrinde bilgilendirme yükümlülüğü öncelikli olarak işçi temsilciliğine karşıdır. İşyerinde İşçilerin İşyerinde Bilgilendirilme ve Yönetime Katılma Haklarına Dair Federal Kanununa göre oluşturulmuş bir işçi temsilciliği mevcutsa, doğrudan işçilerin devir konusunda bilgilendirilme hakları bulunmamaktadır. Dolayısıyla işverenin işçi temsilciliği yerine işçilere veya işçi sendikasına bilgi vermiş olması, md.333a'daki yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmez⁴.

İşyerinde işçi temsilciliği bulunmuyorsa, işverenin bilgilendirme yükümlülüğü her bir işçiye karşıdır⁵. İşverenin bu yükümlülüğü kural olarak her bir işçiye karşı olmakla birlikte işveren bu bilgilendirmeyi işçilerin bir araya geldiği bir toplantıda da yapabilir. Eğer bu toplantıya katılması mümkün olmayan veya katılması kendisinden beklene-meyen işçiler mevcutsa, işveren bu işçileri ayrıca işyeri devri konusunda bilgilendirmek zorundadır⁶. İşyerinin tamamı değil de bir bölümü devrediliyorsa bu durumda, yalnız devredilen bölüme dahil olan işçilerin bilgilendirilmesi yeterlidir. Ancak işyerinin bir bölümünün devri, devredilen bölümde çalışmayan diğer işçileri de hukuki, ekonomik veya sosyal olarak etkiliyorsa işverenin bu işçileri de devir konusunda bilgilendirmesi gereklidir⁷.

İBK. md.333a'dan farklı olarak Şirket Birleşmeleri Kanunu (Fusionsgesetz) birleşme ve bölünme gibi değişimlerde sadece devredilen şirketin değil, devralan şirketin işçi temsilcilerine veya bunların yokluğunda işçilere bilgi verilmesini ve danışılmasını öngörmüştür⁸.

³ Portmann, sh.1952.

⁴ Portmann, sh.1952.

⁵ Staehelin Adrian, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art.319-362, 3. Auflage, Zürich, 1996, sh.A465.

⁶ Portmann, sh.1952.

⁷ Portmann, sh.1953.

⁸ bkz. Şirket Birleşmeleri Kanunu md.28 ve bölünme halinde bu maddeye gönderme yapan md.50.

İşveren bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında, kendiliğinden işçilere devir ile ilgili bilgileri vermekle yükümlü olmak yanında, kendisine devir ile ilgili yöneltilen soruları da, bilgilendirme yükümlülüğünün konusu sınırları içinde kalmak kaydıyla cevaplamak zorundadır. İşverenin bu bilgilendirme yükümlülüğünün şekli Kanunda düzenlenmiş olmadığından, sözlü veya yazılı şekilde yapılabilir⁹.

İBK. 333a maddesine göre, bilgilendirmenin devrin gerçekleşmesinden önce zamanında yapılması gerekir. Portmann'a göre bilgilendirme, bilgilendirmenin amacının gerçekleşmesini sağlayacak kadar bir süre önce yapılmalıdır¹⁰. Bir görüşe göre ise bilgilendirmenin devir sözleşmesinin imzalanmasından önce yapılması gereklidir¹¹. İşveren devir kararından veya devre ilişkin hukuki işlemde önce bilgilendirme yükümlülüğü altında olmadığı, işyeri devrine ilişkin pazarlıkların açıklanmasının işverenden beklenemeyeceği de doktrinde ileri sürülmektedir¹².

İşyeri devri halinde İBK. md. 333a'da öngörülen bilgilendirmenin konusu öncelikli olarak, ekonomik, finansal veya kişisel olarak devrin nedenidir. İkinci olarak bilgilendirmenin konusu, devrin işçiler bakımından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçlarıdır. Kanunda bu sonuçlara nelerin dahil olduğu açıklanmamıştır. Ancak hukuki sonuçlardan kasıt İBK. md.333'de öngörülen sonuçlardır ki, iş ilişkisinin kanuni olarak devralan işverene geçişi, devralan işverenin kimliği, işçinin devre itiraz hakkı, toplu iş sözleşmesinin akıbeti ve devreden ve devralan işverenlerin birlikte sorumlulukları bunlara dahildir¹³. İşyeri devrinin ekonomik sonuçlarından ise, devralan işverenin mevcut piyasadaki durumu, muhtemel yeniden yapılanma tedbirleri, gelecekteki kazanç durumları anlaşılmalıdır¹⁴. Sosyal sonuçlar ise, çalışma sürelerinin artırılması, ücretlerin düşürülmesi, sosyal yardımların kaldırılması gibi iş koşullarındaki kötüleşmeler, planlanan işyeri değişiklikleri veya fesihleri ifade etmektedir¹⁵.

⁹ Brühwiler, sh.287; Portmann, sh.1953.

¹⁰ Portmann, sh.1953.

¹¹ Brunner/Bühler/Waeber, sh.161.

¹² Brühwiler, sh.287; Staehelin, sh.A465.

¹³ Portmann, sh.1953; Brühwiler, sh.288; Zimmerli, sh.779.

¹⁴ Portmann, sh.1953.

¹⁵ Portmann, sh.1953.

b. Danışma Yükümlülüğü

İBK. md.333a yukarıda da zikrettiğimiz üzere işyeri devri halinde işverenler açısından işçileri bilgilendirme yükümlülüğü yanında işçilere danışma yükümlülüğü de getirmektedir. Ancak bu yükümlülük işyeri devirlerinde işçileri ilgilendiren tedbirlerin planlanması halinde söz konusu olur. Danışma yükümlülüğü devir nedeniyle işçileri de ilgilendiren bir tedbir almayı planlayan işverene aittir ki, bu devreden işveren olabileceği gibi, devralan işveren de olabilir¹⁶.

Kanunda öngörülen danışma yükümlülüğü sadece işçi temsilciliğinin veya işçilerin alınacak tedbirler konusunda görüşlerinin alınması ile sınırlıdır; yoksa bu yükümlülük, bir tür yönetime katılma hakkı şeklinde anlaşılabilir. İşveren bu danışmanın neticesinde zikredilen görüşlerle bağlı değildir¹⁷. Ancak işçi temsilciliğine veya işçilere, alınacak tedbirlerle ilgili görüş bildirmeksizin tedbir alınmasının neticesi, işçiler bakımından tedbirlerin geçersizliği olacaktır¹⁸.

İBK. md.333a/f.2 gereği danışma yükümlülüğü ilk fıkradaki bilgilendirme yükümlülüğünde olduğu üzere öncelikli olarak işçi temsilciliğine karşı, bunun işyerinde bulunmaması durumunda ise işçilere karşıdır.

Danışma yükümlülüğünün konusu, devir nedeniyle alınacak olup da, işçileri de ilgilendiren tedbirlerdir. Bu kapsamda ücretlerin düşürülmesi, çalışma sürelerinin artırılması, işyeri değişiklikleri, kısa çalışma uygulamaları, işten çıkarmalar, yeniden yapılanmalar sayılabilir¹⁹. Buna göre, eğer işyeri devrine bağlı olarak işyerinde işçileri de ilgilendiren tedbirlerin alınması söz konusu değilse, iş ilişkisi önceki içeriği ile bir değişikliğe uğramaksızın devralan işverenle devam edeceğinden işçilerin bilgilendirilmesi yeterli olup, ayrıca işçiler danışılması gerekli değildir²⁰.

Danışma yükümlülüğü, öngörülen tedbirlere karar verilip uygulanmadan makul bir süre önce yerine getirilmelidir. Bu makul süre her somut olayın özeliğine ve alınacak tedbirlerin niteliğine bağlıdır. Sü-

¹⁶ Brühwiler, sh.288; Portmann, sh.1953.

¹⁷ Zimmerli, sh.779; Brühwiler, sh.289.

¹⁸ Portmann, sh.1954.

¹⁹ Portmann, sh. 1954; Brühwiler, sh.288.

²⁰ Brühwiler, sh.288.

renin, işveren tarafından verilen bilgilerin değerlendirilmesi, alınacak tedbirlerle ilgili önerilerin düşünülmesi ve bunların işverene iletilmesine yetecek uzunlukta bir süre olması ve dürüstlük kurallarına göre belirlenmesi gereklidir²¹. Bir görüşe göre burada kanun koyucu işçinin danışılmaya ilişkin menfaatlerini, işverenin sırlarının korunmasına ilişkin menfaatlerinden üstün tutmuştur; zira işveren devir görüşmeleri sırasında daha devir sözleşmesi yapmadan bir tedbir kararı olsa da bunu işçilere danışmak zorundadır²².

c. İşyeri Devrinde Bilgilendirme ve Danışma Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

İBK'nın işyerinin devri halinde işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen 333a maddesi, bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını ayrıca düzenlememiştir. Doktrinde bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren bakımından İsviçre Ceza Kanununun 292. maddesi uyarınca para cezası söz konusu olacağı ve işçinin İBK. md.97 uyarınca tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir²³. Dolayısıyla işçiler bilgilendirilmeden veya danışılmadan işçi çıkartmaya gidilmiş olsa da, toplu işçi çıkarma halinde işçi temsilciliğine danışılmamasının yaptırımını düzenleyen İBK. md.336/f.2(c) bendinin aksine, fesihler geçersiz olmaz; ayrıca işyeri devrinin veya bu nedenle alınan tedbirlerin de geçersiz olduğu söylenemez²⁴. Bir görüşe göre ise, İBK. md.333, 333a ile Katılım Kanunu (MitwG) ve İBK'nın toplu işçi çıkarma hükümleri, özellikle toplu işçi çıkarma sırasında işverenin işçi temsilciliğini veya bunun bulunmaması halinde işçileri bilgilendirmesi ve onlara danışması yükümlülüğünün birlikte ele alınması gerekir; İBK. md.335f'de öngörülen bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin yaptırımı, fesihlerin İBK. md.336/f.2(c) bendi uyarınca kötü niyetli olarak kabul edilmesidir; Katılım Kanununun 10. maddesinde de işyeri devri ve toplu işçi çıkarmadaki katılım hakkı, aynı düzeyde ele alınmıştır; bu itibarla bu iki halde bilgilendirme ve danışma yükümlülüğünün ihlalinin farklı bir şekilde değerlendirilmesinin haklı bir temeli bulunmamaktadır; dolayısıyla işyeri devri nedeniyle işçi çıkarılması halinde, devir ne-

²¹ Portmann, sh.1954; Zimmerli, sh. 780; Brühwiler, sh.289.

²² Brühwiler, sh.288.

²³ Portmann, sh.1954; Zimmerli, sh.780.

²⁴ Portmann, sh.954; Brühwiler, sh.289.

deniyle 333a'da öngörülen bilgilendirme ve danışma yükümlülükleri yerine getirilmemişse, bu fesihler de kötü niyetli olarak değerlendirilmeli ve md.339a/f.3'te öngörülen tazminat söz konusu olmalıdır²⁵. Rehbinden'e göre de, işverenin 333a'daki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, işyeri devrine dayanan fesihler kötü niyetli olur ve tazminatla karşılık bulur²⁶. Brühwiler'e göre ise, Kanun bu yükümlülüklerin ihlaline karşı bir yaptırım öngörmemiştir; ancak bu ihlal aynı zamanda iş sözleşmesinin de ihlalini neticesini doğuruyorsa işverenin tazminat sorumluluğu doğar; bununla birlikte danışma yükümlülüğünün ihlalini içeren bir işyeri devrinde tedbir olarak toplu işçi çıkarma söz konusu olmuşsa, yapılan fesihler kötü niyetli fesih olacak ve işçi bunun karşılığı olan tazminata hak kazanacaktır²⁷.

2. İsviçre Şirket Birleşmeleri Kanununda Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Halinde İşverenlerin Bilgilendirme ve Danışma Yükümlülüğü

İsviçre Borçlar Kanununun işyeri devrinde işverenin bilgilendirme ve danışma yükümlülüğünü düzenleyen 333a hükmü yanında Şirket Birleşmeleri Kanunu da hem devreden hem devralan işveren bakımından danışma yükümlülüğü öngörmektedir. Zira Şirket Birleşmeleri Kanunu'na göre birleşme ve bölünme halinde iş ilişkilerinin devralan işverenlere geçişinde İBK. md.333 uygulama alanı bulacaktır (Birleşme bakımından md.27; Bölünme bakımından md.49). Şirketlerdeki bu değişiklikler hakkında işyeri devrine ilişkin hükümlerin uygulanmasının bir sonucu olarak Şirket Birleşmeleri Kanunu işçi temsilciliğine danışılması konusunda da İBK. md. 333a'ya gönderme yapmıştır (Birleşme için md.28;Bölünme için md.50)

Kanunun söz konusu hükümlerinde işverenin danışma yükümlülüğünden bahsedildiği için, kural olarak gönderme yapılan İBK. md. 333a gereğince işverenlerin işçi temsilciliğine danışma yükümlülükleri sadece işçileri de ilgilendiren tedbirler alınması hali ile sınırlıdır. Ancak doktrinde de ifade edildiği üzere, danışmanın bir anlamı olması için, işçi temsilciliğinin aynı zamanda bilgilendirilmiş olması da gerekir; bu

²⁵ Brunner/Bühler/Waerber, sh.161-162; aynı sonuç için bkz. Staehelin, sh.A466.

²⁶ Rehbinden, sh.131.

²⁷ Brühwiler, sh.289.

nedenle hükümlerdeki göndermelerin danışma yükümlülüğü yanında bilgilendirme yükümlülüğünü de kapsadığı kabul edilmelidir²⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Şirket Birleşmeleri Kanunu, İBK. md.333a'dan farklı olarak danışma yükümlülüğünü her iki işveren için öngörmüştür. Bu aynı zamanda danışma yükümlülüğünün içerdiği bilgilendirme yükümlülüğü bakımından da söz konusudur.

Şirket Birleşmeleri Kanununun 28. maddesi birleşme ve bu hükme 50. maddenin yaptığı gönderme dolayısıyla bölünme halinde de, danışma yükümlülüğü sadece işçi temsilciliğine karşı söz konusu olup, kanun koyucu birleşme ve bölünme suretiyle işyeri devirlerinde işçi temsilciliğinin bulunmaması halinde işçilere danışılmasına ilişkin bir düzenlemeye 333a maddesinden farklı olarak yer vermemiştir. Oysa 28. maddenin danışma yükümlülüğü hakkında yollama yaptığı 333a maddesi öncelikle işçi temsilciliğine danışılmasını, bunun işyerinde yokluğu halinde işçilere danışılmasını öngörmektedir. Ancak doktrinde kanun koyucunun amacının işyeri temsilciliğinin bulunmadığı hallerde bu yükümlülüğün ortadan kalkması olmadığı, dolayısıyla hükümlerdeki yollamanın işçilere danışılmasını da içerdiği kabul edilmektedir²⁹.

Şirket Birleşmeleri Kanunu md.28/f.2'ye göre, birleşme ve bölünme halinde danışma yükümlülüğünün 18. maddede düzenlenen birleşme kararından önce yerine getirilmesi gerekir.

Şirket Birleşmeleri Kanununun 28. maddesi danışma yükümlülüğünün ihlalini de düzenlemiştir. Buna göre eğer maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki düzenlemeler ihlal edilirse işçi temsilciliği değişikliğinin ticaret siciline kaydedilmesinin yasaklanmasını talep etme hakkına sahiptir³⁰. Bir görüşe göre Kanunun 333a maddesindeki yollama nedeniyle bölünme ve birleşme halinde işverenin bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerinin ihlali halinde ve işçi temsilciliğinin bulunmadığı işyerlerinde işçiler de bu hakkı kullanabilirler; işçilerin bu hakkı, ancak kendi işverenleri tarafından bilgilendirme ve danışma yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde söz konusudur³¹.

²⁸ Portmann, sh.1957.

²⁹ Portmann, sh.1957.

³⁰ Zimmerli, sh.780.

³¹ Zimmerli, sh.780.

C. ALMAN HUKUKUNDA İŞYERİ DEVRİNDE İŞVERENLERİN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Alman Medeni Kanunu (BGB) md.613a/f.5'e Göre İşyerinin Devrinde İşverenlerin Bilgilendirme Yükümlülüğü

Alman Hukukunda işyeri devri halinde işçinin hakları ve devreden ve devralan işverenlerin yükümlülüklerini düzenleyen Alman Medeni Kanunu 613a maddesi, beşinci fıkrasında da işverenlerin bilgilendirme yükümlülüğüne yer vermiştir. Alman Medeni Kanunu md.613a/f.5 hükmüne göre, önceki işveren veya devralan yeni işveren, devirden etkilenen işçileri devirden önce yazılı olarak şu hususlarda bilgilendirmekle yükümlüdürler: Devrin gerçekleşeceği veya gerçekleşmesi planlanan zaman; devrin nedeni; devrin işçiler bakımından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları ve işçiler bakımından alınması düşünülen tedbirler.

a. Normun Amacı

Alman Hukukunda işverenin işyeri devri sırasında işçileri bilgilendirme yükümlülüğü ve işçinin işyeri devrine itirazı, 2002 yılında yapılan bir değişiklik ile Avrupa Birliğinin 2001/23 sayılı Yönergesi ile uyum kapsamında getirilmiştir. Aslında madde, işçinin bilgilendirilmesi bakımından 2001/23 sayılı Yönergeden daha ileri hükümler ihtiva etmektedir³². Örneğin 2001/23 sayılı Yönergenin md.7/f.6 hükmü, işçilerin bizzat bilgilendirilme yükümlülüğünü, işyerinde bir işçi temsilciliğinin bulunmaması haline bağlamışken, md.613a/f.5 hükmü, doğrudan işçileri bilgilendirme yükümlülüğü öngörmüştür. Üstelik 2001/23 sayılı Yönergede açıkça öngörülmemiş, ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarıyla Yönergenin yorumundan çıkarılan, işçinin işyeri devrine itiraz hakkı da 2002 yılındaki bu değişiklikten çok önce Federal İş Mahkemesi kararları ile kabul edilmişti. Zira devirden etkilenen ve doğrudan devir ve devrin sonuçları konusunda bilgilendiri-

³² Steffan Ralf, in Kündigungsgesetz, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen von Ascheid/Preis/Schmidt, 4. neu bearbeitete Auflage, 2012, sh.1410; Preis Ulrich, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage, 2012, sh.1584; Dreher Daniel, in Betriebsübergang, Kommentar zu §613a unter Einschluss von betriebsverfassungsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Vorschriften von Georg Bernsau, Daniel Dreher, Frederick Hauck, 3. Auflage, Luchterhand, 2010, sh.68; Sieg Rainer/Maschmann Frank, Unternehmenstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. neuarbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, 2010, sh.61.

len bir işçi, 613a maddesinin 6. fıkrasındaki işveren değişikliğine itiraz hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verebilecektir³³. Kanunun md.613a 6. fıkrasında ifade edildiği üzere, işçi, kendisine 5. fıkra uyarınca yapılacak bilgilendirmeden itibaren bir ay içinde yazılı olarak iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz edebilecektir; işçi bu itirazı devreden veya devralan işverene karşı yapabilir.

Alman kanun koyucusu, işyeri devrinde işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü, büyüklüğü ve işçi sayısı ne olursa olsun tüm işyerleri için ve bir işçi temsilciliğinin bulunup bulunmadığından bağımsız olarak öngörmüştür³⁴. İşçinin bilgilendirilmesi bir borç değil, hukuki bir yükümlülüktür; dolayısıyla talebi dava edilebilir ve ihlali, hukuki sonuçları olan yaptırımlara yol açar³⁵.

b. Bilgilendirme Yükümlülüğünün ve Bilgilendirilme Hakkının Sahibi

Alman Medeni Kanunu md.613a 5. fıkra hükmünde de ifade edildiği üzere, hem önceki, yani devreden işveren hem yeni, yani devralan işveren, devirden etkilenen işçileri bilgilendirmekle yükümlüdür. İşçi, yapacağı bir seçimle ister devreden, ister devralan işverene karşı bilgilendirilme hakkını kullanabilir. Dolayısıyla bu işverenler işçiye karşı bilgilendirme yükümlülüğünden Alman Medeni Kanunu md.421 anlamında birlikte sorumludurlar³⁶. Dolayısıyla bilgilendirme yükümlülüğünün işverenlerden biri tarafından yerine getirilmesi, diğeri lehine de sonuç doğuracaktır³⁷. Bilgilendirmenin tümünün tek bir işveren tarafından yapılması gerekmez; işverenlerin kısmi bilgilendirmeleri ile kanundaki şartlar dahilinde bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi mümkündür³⁸.

³³ BAG. 14.12.2006, NZA 2007, sh.682; Preis, sh.1584; Steffan, sh.1410; Trittin Wolfgang, in *Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang* von Michael Bachner/Roland Köstler/Volker Matthießen/Wolfgang Trittin, 4. Auflage 2012, sh.351; Sieg/Maschmann, sh.61.

³⁴ Steffan, sh.1410; Dreher, sh.68; Sieg/Maschmann, sh.63.

³⁵ Trittin, sh.351; Sieg/Maschmann, sh.62-63.

³⁶ Dreher, sh.78; Steffan, sh.1410; Sieg/Maschmann, sh.64; Trittin, sh.355; Hauck, NZA 2004, Sonderheft 1/2004, sh.45.

³⁷ Preis, sh.1587; Steffan, sh.1411; Willemsen Heinz Josef/Lembke Mark, "Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft16, 2002, sh.1162; Trittin, sh.355; Sieg/Maschmann, sh.64.

³⁸ Sieg/Maschmann, sh.64.

Alman Medeni Kanunu md.613a/f.5'e göre bilgilendirilme hakkının sahibi, devredilen işyeri veya işyeri bölümünde çalışıp da, iş ilişkisi md.613a/f.1 hükmü dolayısıyla devralan işveren geçen her bir işçidir³⁹. İşyeri devrinden dolayı olarak etkilenen işçiler, örneğin devredilen işyeri bölümü dışındaki bölümlerde çalışan işçilere de bilgilendirme yapılması gerekir gerekmediği tartışmalıdır. Hükmün amacının, işyeri devrinde iş ilişkileri devralan işverene geçecek işçilere, devre itiraz haklarını kullanabilmeleri bakımından gerekli bilgileri sağlamak olduğu göz önüne alındığında, iş ilişkileri devredilmeyecek işçilerin bilgilendirilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁰.

c. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Şekli ve Zamanı

ca. Şekli

Maddenin lafzında da açıkça ifade edildiği üzere, işyeri devrindeki bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması gereklidir.

cb. Zamanı

Alman Medeni Kanunu md.613a/f.5 hükmüne göre bilgilendirme devirden önce yapılmalıdır. Bu hem işçinin hem işverenin yararındadır; şöyle ki, bu sayede işçi devre itiraz hakkını kullanıp kullanmayacağına karar vermek için yeterli bir düşünme süresine sahip olurken, işveren de hangi işçilerin iş ilişkisinin devralan işveren geçişine itiraz edeceğini görebilecektir⁴¹.

Kanun hükmü devirden önce bilgilendirmenin yapılmasını öngörmekle birlikte, Alman Hukukunda işyeri devrinin gerçekleşmesi ile işverenlerin bilgilendirme yükümlülüklerinin ortadan kalkmadığı, aksine devirden sonra da varlığını devam ettirdiği kabul edilmektedir. Bunun neticesinde bilgilendirme, devirden sonra yapılmış olsa da, işçinin md.613a/f.6 gereğince kullanabileceği itiraz hakkının süresi bilgilendirmenin yapılması ile başlayacaktır⁴². Diğer bir ifade ile devir

³⁹ Steffan, sh.1411; Preis, 1586; Worzolla Michael, "Neue Spielregeln bei Betriebsübergang - Die Änderungen des § 613a BGB", Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002, sh.353; Dreher, sh.77; Sieg/Maschmann, sh.67.

⁴⁰ Sieg/Maschmann, sh.67.

⁴¹ Steffan, sh.1412.

⁴² Willemsen/Lembke, sh.1163; Dreher, sh.80; Preis, sh.1587.

işlemi dolayısıyla yapılacak bilgilendirme gerçekleşmediği sürece işçinin iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı varlığını koruyacaktır.

d. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Kapsamı

Alman hukukunda işverenlerin işyeri devrinde bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı 613a maddesi 5. fıkrasında, Avrupa Birliğinin 2001/23 sayılı Yönergesine paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre işverenler, devir ile iş ilişkileri devralan işverene geçecek işçileri devirden önce yazılı olarak, devrin gerçekleşeceği veya gerçekleşmesi planlanan zaman; devrin nedeni; devrin işçiler bakımından hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları ve işçiler bakımından alınması düşünülen tedbirler konularında bilgilendirmekle yükümlüdürler. Bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı devreden veya devralan işverenin devir tarihindeki bilgi durumlarına göre belirlenir⁴³.

İşyeri devri nedeniyle işçinin bilgilendirilmesi ile onun devralan işverenin kimliği ve md.613a 5. fıkradaki durumlar hakkında genel bir bilgi edinmesi amaçlanır; bu bilgilendirme ile işçiye bu konularda kendisi veya bir uzmana danışmak suretiyle ileri bilgiler edinmesi ve böylece iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz edip etmeyeceğine karar verebilmesi imkanı sağlanmış olur⁴⁴.

da. Devrin Gerçekleşeceği veya Gerçekleşmesi Planlanan Zaman

Kanunda öngörülen bilgilendirme, öncelikli olarak devrin gerçekleşeceği tarihi içermelidir. Devrin gerçekleştiği tarih, işyeri üzerindeki organizasyon ve yönetim yetkisinin devredildiği tarihtir⁴⁵. Ancak bu tarihin kimi durumlarda - örneğin, birleşmenin ve bölünmenin ticaret siciline kayıt edilmesi gerekli idari işlemin yapılması için geçecek sürede olduğu gibi- kesin olarak bilinmesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda ise devrin gerçekleşmesinde idari işlemin tamamlanması için geçecek muhtemel sürenin işçiye bildirilmesi gerekir⁴⁶.

⁴³ BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 398/04, NJW 2005, sh.3661; BAG. 31.01.2008 - 8 AZR 1116/06, Betriebs Berater, 2008, sh.1342.

⁴⁴ BAG. 31.01.2008 - 8 AZR 1116/06, Betriebs Berater, 2008, sh.1342.

⁴⁵ Trittin, sh.352; Preis, sh.1585; Dreher, sh.70.

⁴⁶ Dreher, sh.70-71;

İşçiye bildirilen devir tarihi konusunda sonradan değişiklikler olabilir. Bu konudaki bir görüşe göre, bu değişiklik önceki bildirim geçerliliğini etkilemez⁴⁷. Bununla birlikte işçi bakımından açıklık sağlanması bakımından bu yeni tarihin de bildirilmesi yerinde olur; ancak bunun her iki işveren bakımından olumsuz bir hukuki sonucu olmaz; zira ne önceki bildirim geçmişe etkili olarak geçersiz olur ne işçinin itiraz hakkını kullanma süresi yeniden başlar⁴⁸. Bu konudaki bir diğer görüşe göre⁴⁹ ise, eğer işyerinin devir tarihi konusunda bir değişiklik olur ve bu değişiklik md613a/f.5'teki bildirilmesi gerekli diğer hususlar (devir, nedeni, sonuçları veya alınacak tedbirler) üzerinde bir etkiye sahipse, bu yeni tarihin de mutlaka bildirilmesi gerekir. Eğer böyle bir etki söz konusu değilse, değişen tarihin bildirilmesi, iki tarih aralığının çok uzun olması halinde söz konusu olur. Bu konudaki üçüncü bir görüş ise, işyerinin devir tarihindeki değişikliğin, bunun işçiler üzerinde başka etkilerinin olup olmadığına bakılmaksızın işçiye bildirilmesi gerekir; bu durumda işçinin iş ilişkisinin geçişine itiraz süresi yeniden başlar⁵⁰.

db. Devrin Nedeni

Bu kapsamda işçiye verilmesi gereken ilk bilgi devrin temelinde yatan hukuki işlemdir (kira, satım, bölünme, birleşme vb.). Bunun dışında, işvereni işyerini devretmeye iten işletmesel nedenlerin de işçiye bildirilmesine gerek olup olmadığı Alman İş hukuku doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu kapsamdaki detaylı bilgiler işverenin yönetim yetkisini kullanmasına hizmet eden bilgiler olup, işverenin bunu işçilerle paylaşması gerekmez; dolayısıyla devrin nedenleri konusunda detaylı ve işletme iktisadına ilişkin verileri de içeren bir bilgilendirmeye gerek bulunmamaktadır⁵¹. Buna karşılık bir görüş ise, işçiyi devir sırasında bilgilendirmenin anlam ve amacı, işçinin devir nedeniyle iş ilişkisinin geçişine itiraz edip etmeyeceğine ilişkin kararı verebilmesine yardımcı olmaktır; bilgilendirme kapsamlı olmalıdır ki, işçi devrin kendisi bakımından avantaj ve dezavantajlarını görebilsin; bu itibarla işve-

⁴⁷ LAG Düsseldorf 01.04.2005, 18 Sa 1950/04, DB 2005, sh.1741; Gaul Björn/Otto Björn, "Rechtsfolgen einer fehlenden oder fehlerhaften Unterrichtung bei Betriebsübergang und Umwandlung", Der Betrieb, Heft 45, 2005, sh.2465.

⁴⁸ Gaul/Otto, sh.2465; Dreher, sh.71.

⁴⁹ Worzalla, sh.354; Steffan, sh.1412.

⁵⁰ Trittin, sh.352.

⁵¹ Gaul/Otto, sh.2465; Worzalla, sh.354; Preis, sh.1585.

reni işyeri devrine iten ve devralanı da devralmaya iten saik ve düşüncelerin işçiyeye bildirilmesi gerekir⁵². Federal İş Mahkemesine göre ise, bilgilendirme yükümlülüğünün amacı dikkate alındığında sadece devrin temelinde yatan hukuki işlemin bildirilmiş olması yeterli değildir; devir nedenine ilişkin bilgilendirmenin usulüne uygun olabilmesi için, eğer işletmesel nedenler işçinin devre itirazı neticesinde kalacağı işyerini etkileyecek türden iseler, devre yol açan işletmesel değerlendirmelerin de en azından ana hatları itibariyle işçiyeye bildirilmesi gerekir ki, işçi devre itiraz hakkını sağlıklı bir şekilde kullanabilsin⁵³. Buna göre eğer işyerinin devri işverenin işyerini kesin olarak kapatma iradesinin bir neticesi ise, bu işletmesel gerekçenin işçiyeye bildirilmesi gerekir; zira bu durumda devre rağmen iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz edecek işçi, itiraz ettiği takdirde çalıştırılabileceği bir işyerinin kalma-
yacağını görmüş ve buna göre itiraz kararını vermiş olur. Aynı şekilde, işyeri, yeniden yapılandırılarak işletilmek üzere devralınmışsa, bunun da işçiyeye bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁴.

dc. Devrin İşçi Bakımından Sonuçları

dca. Hukuki Sonuçları

Hukuki sonuçlar, doğrudan işyeri devrinin hukuki sonuçları olup, md.613a 1. ila 4. fıkralarda ve nevi değiştirmenin söz konusu olduğu hallerde Şirket Nev'inin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanunun (Umwandlungsgesetz) 133 ve 322. madde hükümlerinde belirtilenlerdir. Bu kapsama genel anlamda devralanın hak ve sorumlulukları, devreden ve devralanın birlikte sorumlulukları ve fesih hukukuna ilişkin sonuçlar dahildir. Hukuki sonuçlara, devrin hukuki şeklinin de dahil olduğu, zira devrin hukuki niteliğine göre (satım, kira, birleşme, bölünme), işçi bakımından doğacak hukuki sonuçlar ve işçinin talep

⁵² Steffan, sh.1410; Willemsen/Lembke, sh.1162; Nehls Albrecht, "Die Neufassung des § 613a BGB - Bewertung und Gestaltungsmöglichkeiten", Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Heft 15, 2003, sh.824; Grau Timon, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB, 2005, sh.134 vd.

⁵³ BAG, 13.07.2006 8 AZR 305/05, NZA 2006, sh.1268; BAG, 14.12.2006 - 8 AZR 763/05, NZA 2007, sh.682; BAG, 23.07.2009 - 8 AZR 538/08, NZA 2010, sh.89.

⁵⁴ Beseler Lothar, in Arbeitsrechtliche Probleme bei Betriebsübergang, Betriebsänderung, Unternehmensumwandlung, von Lothar Beseler/Franz Josef Düwell/Wulfhard Göttling, 4. Überarbeitete Auflage, 2011, sh.63.

hakları farklılaşabilecektir⁵⁵. İşyeri devrinin toplu iş hukukuna ilişkin sonuçları da bu kapsama dahildir. Mevcut toplu iş sözleşmesinin işyeri devrinden sonra devam edip etmeyeceği, devralan işverende uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, işçiye bildirilmelidir⁵⁶. İşçinin devir nedeniyle iş güvencesinden yoksun kalıp kalmayacağı da, fesih hukuku bağlamında bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamındadır⁵⁷.

Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamında sadece Kanunun 613a maddesi 1 ila 4. fıkralarındaki hukuki sonuçların soyut bir şekilde aynen bildirilmesi yeterli değildir; işverenler işyeri devrinin somut hukuki sonuçlarını bildirmelidirler⁵⁸.

İşçinin işyeri devri halinde iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı bulunduğu, bu hakkı kullanmanın şekli ve hak düşürücü sürenin de, devrin hukuki sonuçları kapsamında işçiye bildirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹. Doktrinde kimi yazarlarca⁶⁰, işçinin devre itiraz hakkının devrin bir sonucu olmadığı dolayısıyla işçiye bildirilmesine gerek bulunmadığı kabul edilmişse de Federal İş Mahkemesi bu tartışmayı neticelendirmiş ve işçinin itiraz hakkı ve sonuçlarının da işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına dahil olduğunu kabul etmiştir; zira işyeri devrinin dolaylı sonuçları da devriden etkilenecek işçiler bakımından büyük bir öneme sahiptir⁶¹.

İşverenin devrin hukuki sonuçlarına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğü, her bir işçinin ayrı ayrı karşılaşacağı veya karşılaşması muhtemel hukuki sonuçlar konusunda bilgilendirmeyi içermez; işverenin hukuki sonuçlara ilişkin genel bilgilendirmesi, işçinin kendisinin daha etraflı bir soruşturma yapabilmesine ve karşılaşabileceği sonuçları öğrenebilmesine hizmet eder⁶².

⁵⁵ Trittin, sh.353.

⁵⁶ Dreher, sh.73; Trittin, sh.353; Steffan, sh.1414.

⁵⁷ Worzolla, sh.355; Steffan, sh.1415.

⁵⁸ BAG. 13.07.2006 8 AZR 305/05, NZA 2006, sh.1268; Dreher, sh.72; Steffan, sh.1414.

⁵⁹ Trittin, sh.353, Yazara göre, işveren devre itiraz hakkına ilişkin bilgilendirmeyi, fesih bildiri ile ilişkilendiremez; yani itiraz hakkının kullanan ve iş ilişkilerinin devralan işverene geçişine engel olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceği bildirilemez; çünkü bu, kimse haklarını kullanmaktan dolayı zor duruma düşürülmeyeceğine ilişkin genel kurala aykırılık taşır.

⁶⁰ Gaul/Otto, sh.2465.

⁶¹ BAG. 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06, NZA 2008, sh.1354.

⁶² Dreher, sh.74.

dc. Ekonomik ve Sosyal Sonuçları

Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında işçiye hukuki sonuçlar yanında devrin ekonomik ve sosyal sonuçları da bildirilmelidir. Ancak ekonomik sonuçlar, devralan işverenin ekonomik ve finansal durumu olarak anlaşılmalıdır. Kural olarak ne devreden ne devralan işverenin işçilere, devralan işverenin ekonomik ve finansal durumu hakkında kapsamlı bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır; zira bu konudaki değerlendirmeler objektif durumlara değil, subjektif ekonomik tahminlere, hukuki duruma veya gelecekteki ekonomik gelişmelere bağlıdır⁶³. Buna karşılık, eğer devralan işverenin ekonomik durumu, daha şimdiden devir nedeniyle doğacak finansal yükümlülüklerini tehlikeye sokacak nitelikteyse, bu durumun bildirilmesi gerekir⁶⁴. Federal İş Mahkemesine göre, devralan işverenin, iflas prosedüründe olduğu gibi, açıkça görülebilen sıkıntılı ekonomik durumu, işyeri devrine itiraz edip etmemeyi değerlendiren işçi bakımından özellikle önemlidir; dolayısıyla devralan işveren hakkında bir iflas prosedürü yürütülüyorsa bu durum hakkında işçinin bilgi sahibi olması gerekir⁶⁵.

dcc. Alınması Planlanan Tedbirler

İşçiye işyeri devri nedeniyle yapılacak bilgilendirmede, işçi bakımından alınacak tedbirler de yer almalıdır. Bu kapsama öncelikli olarak planlanan ürün veya sistem değişiklikleri kapsamında verilmesi düşünülen ve işçinin mesleki gelişimini de etkileyen meslek içi eğitim tedbirleri girer⁶⁶. Bunun yanında, devralan işveren tarafından planlanan yeniden yapılanma tedbirleri, planlanan işletmesel nedenlerle fesihler bu kapsama dahildir⁶⁷. Bir görüşe göre kavramın geniş yorumlanması gerekir; örneğin üretim değişiklikleri, mesleki eğitimler, organizasyon değişiklikleri, personel yapılandırmaları, işçi nakilleri, yeniden gruplandırmalar bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına girecek türdendir⁶⁸.

⁶³ BAG, 31.01.2008 – 8 AZR 1116/06, BB 2008, sh.1342; Dreher, sh.75.

⁶⁴ Steffan, sh.1416.

⁶⁵ BAG, 31.01.2008 – 8 AZR 1116/06, BB 2008, sh.1342; Worzalla, sh.353; Steffan, sh.1416; Dreher, sh.75; Grau, sh.180.

⁶⁶ Preis, sh.1586; Dreher, sh.76; Steffan, sh.1416.

⁶⁷ Gaul/Otto, sh.2465; Dreher, sh.76.

⁶⁸ Trittin, sh.354.

İşçiler hakkında devir nedeniyle alınması planlanan tedbirler, devralan işveren tarafından planlananlar ile sınırlı değildir; devreden önceki işveren tarafından devre yönelik olarak alınması planlanan tedbirler -örneğin sosyal plan- de bilgilendirme yükümlülüğüne dahildir⁶⁹.

Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki tedbirlerin uygulanmasına başlanmış olması gerekmez, planlanmış olması yeterlidir; ancak bunun da somut bir planlama aşamasına gelmiş olması gerekir⁷⁰.

dcd. Devralan İşverenin Kimliği

Her ne kadar Alman Medeni Kanunu md.613a/f.5'te bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı içerisnde açıkça yer almasa da, işçiye, işyerini devralan işverenin kimliği konusunda açık bir bilgi verilmelidir⁷¹. Bu kapsamda devralan işverenin açık kimliği, şirket adı, şirket merkezi ve adresi gibi devralan işverenin kimliğini açıklayıcı bilgiler yer alır. İşçi bu sayede, devralan işvereni ticaret sicilinden sorgulama, ekonomik durumu ve piyasadaki konumu ve itibarı konusunda bir araştırma yapma imkanına sahip olur⁷². İşçiye devralan işverenin kimliği ile ilgili somut bilgilerin verilmesi gereklidir; yeni veya yeni kurulacak bir şirkete devredileceği şeklindeki soyut bir bilgilendirme yeterli değildir⁷³.

Devralan bir şirketler topluluğuna veya bir holdinge bağlı ise, devralanın bu şirketler topluluğu içindeki pozisyonu, diğer şirketlerle ilişkisi de bilgilendirme yükümlülüğüne dahil olup, salt devralan işverenin dünya piyasalarındaki geçmiş veya gelecekteki marka adının bildirilmiş olması işçi bakımından yanıltıcı olabilir⁷⁴.

e. Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Alman hukukunda işyerinin devri sırasında işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, işçinin devir nedeniyle iş ilişkisinin devralan

⁶⁹ Gaul/Otto, sh.2467; Dreher, sh.76.

⁷⁰ BAG. 13.07.2006 8 AZR 305/05, NZA 2006, sh.1268; Willemsen/Lembke, sh.1163; Dreher, sh.77; Preis, sh.1586;Steffan, sh.1416.

⁷¹ Preis, sh.1584; Trittin, sh.354; Sieg/Maschmann, sh.66.

⁷² Trittin, sh.354; Sieg/Maschmann, sh.66.

⁷³ Preis, sh.1585.

⁷⁴ Bu konuda bkz. Siemens/BenQ davası (BAG, 23.07.2009 - 8 AZR 538/08, NZA 2010, sh.89).

işverene geçişine itiraz hakkıyla sıkı bir ilişki içerisinde düzenlenmiştir. Zira işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin Alman Medeni Kanunu md.613a 5. fıkradaki normun amacı, işçiye aynı maddenin 6. fıkrası ile verilen iş ilişkisinin devrine itiraz hakkını kullanabilmesini sağlamak, daha doğrusu bu hakkı kullanıp kullanmayacağına sağlıklı bir şekilde karar verebilmek için gerekli bilgiye sahip olmasına imkan tanımaktır. Bu nedenle işçinin devre itiraz hakkı, ancak kanundaki koşullara ve kanunun amacına uygun olarak yapılmış bir bilgilendirmeden sonra başlayacaktır. Gerçekten de md.613a 6. fıkraya göre, işçi iş ilişkisinin devredilmesine, 5. fıkraya göre yapılacak bilgilendirmenin varmasından itibaren başlayacak bir aylık süre içerisinde yazılı olarak itiraz edebilir. Kanun, devre itiraz için öngörülen bir aylık hak düşürücü sürenin başlangıcını, 5. fıkraya göre yapılacak bildirim varmasına bağladığı için, devralan veya devreden işverence, iş ilişkisi devredilecek işçiye usulüne uygun, yani kanundaki tüm unsurları kapsayan ve doğru bir bilgilendirme, kanundaki şekilde yapılmadığı sürece, iş ilişkisinin devrine itiraz süresi başlamayacaktır⁷⁵. İtiraz süresi ancak bu yükümlülüğün usulüne uygun olarak yapılması ile birlikte başlar. İşverenler bilgilendirmeyi, işyeri devredilmeden değil, devredildikten sonra yaparsalar da, işçinin itiraz hakkı ancak bu bilgilendirmeden sonra başlayacak ve kullanılması ile birlikte iş ilişkisi tekrar eski işverene geçecektir⁷⁶.

İşyeri devrine ilişkin olarak yapılan yanlış veya eksik bilgilendirme sonradan düzeltilip tamamlanabilir; bu durumda işçinin itiraz süresi usulüne uygun olarak yapılmış bilgilendirme ile başlayacaktır⁷⁷.

Kanunda öngörülen bilgilendirme yükümlülüğü, sadece bir borç değil, aksine gerçek bir hukuki yükümlülük olduğu için, iş ilişkisi devredilecek işçi, devre itiraz hakkının devamı yanında, bilgilendirme yükümlülüğünün ifasını veya tazminat talep hakkına da sahiptir⁷⁸. İşçiye karşı yükümlü olunan bilgilendirmenin, hiç veya süresinde yapılmamış olması, tam veya doğru olmaması halinde, işçi bundan dolayı bir zarara uğradığını ispatlamak ve bilgilendirmenin yanlışlığı ve eksikli-

⁷⁵ BAG, 13.07.2006 - 8 AZR 305/05, NZA 2006, sh.1268; Steffan, sh.1416; Dreher, sh.81; Sieg/Maschmann, sh.77.

⁷⁶ Trittin, sh.356.

⁷⁷ Sieg/Maschmann, sh.77.

⁷⁸ BAG, 13.07.2006 - 8 AZR 305/05, NZA 2006, sh.1268; Steffan, sh.1416; Preis, sh.1587; Sieg/Maschmann, sh.77; Trittin, sh.356.

ği ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunmak kaydıyla işverenlerden Alman Medeni Kanunu md.280 hükmüne göre tazminat isteyebilecektir⁷⁹. Bilgilendirmenin doğruluğu veya tam olup olmaması konusundaki bir değerlendirilmede, bilgilendirme yükümlülüğünde olanların, bilgilendirme tarihindeki bilgi durumları esas alınır⁸⁰.

Eğer işçiye yapılan bilgilendirmenin yanlışlığı, Alman Medeni Kanunu md.123/f.1'deki hile unsurlarını taşıyorsa işçi, iş ilişkisinin devrine itiraz açıklamasının iptalini de talep edebilir⁸¹. Devreden ve devralan işveren, bilgilendirme yükümlüğünün birlikte borçluları olduğundan, bunlardan birinin hilesi md.123/f.2 anlamında "üçüncü kişinin hilesi" olarak değerlendirilemez⁸².

Alman hukukunda kanun koyucu, işverenin pek çok yükümlülüğünün aksine, bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık hali bakımından para cezası veya benzeri bir yaptırım öngörmemiştir.

Federal İş Mahkemesininin 2005 tarihli bir kararında belirttiği üzere, bilgilendirme usulüne uygun olarak md.613a/f.5'e göre yapılmamışsa, 6. fıkrada öngörülen itiraz süresi işlemez; ancak bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılık, dürüstlük kuralları dikkate alındığında, (Alman Medeni Kanunu md.242) devir nedeniyle yapılacak fesihlerin geçerliliğini de etkilemez⁸³.

2. Alman Şirket Nev'inin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanuna (Umwandlungsgestz) Göre İşverenin Bilgilendirme Yükümlülüğü

Şirket Nev'inin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanununun 324. maddesine göre, Alman Medeni Kanunu md.613a 1., 4 ila 6. fıkra hükümleri, birleşme, bölünme veya malvarlığının devrinin tescilinin sonuçları bakımından saklı hükümlerdir. Buna göre 613a maddesinin işyerinin devrinde işçinin iş ilişkisinin devrine itiraz hakkı ile ilgili 6. fıkrası ve bu hakkın kullanılması için gerekli bilgilerin işverenlerce sağlanmasına ilişkin 5. fıkra hükmü, şirketlerin hukuki biçim değiştirme halle-

⁷⁹ Preis, sh.1587; Dreher, sh.81; Steffan, sh.1416-1417; Sieg/Maschmann, sh.77.

⁸⁰ Dreher, sh.81.

⁸¹ Dreher, sh.81.

⁸² Dreher, sh.81.

⁸³ BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 398/04, NZA 2005, sh.1302; aksi yönde Trittin, sh.357.

rinde de uygulama alanı bulacaktır. Bunun için, Kanun kapsamındaki hukuki biçim değiştirmelerin, işyeri devri sonucunu da doğurması gereklidir⁸⁴. Dolayısıyla Dönüşüm Kanununun 1. maddesindeki hallerde, ki bunlar, birleşme (Verschmelzung), bölünme (Spaltung), mamelek devri (Vermögensübertragung) ve tür değiştirmedir (Formwechsel), işyerinin veya işyerinin bir bölümünün bir başka işverene devredilip devredilmediği araştırılacak, eğer bir işyeri devri mevcutsa, md.613a 5. fıkradaki bilgilendirme yükümlülüğü ve 6. fıkradaki işçinin iş ilişkisinin devralana geçişine itiraz hakkına ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Buna karşılık önceki işverenin tümüyle ortadan kalktığı ve devralan yeni işverenin şirketler hukukuna göre külli halefiyet ilkesi gereğince iş ilişkisine taraf olduğu hallerde, md.613a/f.6' dan doğan bir itiraz hakkı mevcut değildir ve buna rağmen yapılan itiraz kural olarak iş ilişkisinin devrini engellemez⁸⁵. Şirket Nev'inin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanunun 324. maddesi, sadece Alman Medeni Kanunu md.613a'nın saklı hükümlerini belirtmekle yetindiğinden, yukarıda bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olarak anlatılan tüm hususlar, şirketlerin işyeri devri niteliindeki birleşme, bölünme ve mamelek devri hallerinde de aynen uygulama alanı bulacaktır.

II. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKSAL DURUM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAN ÇIKARILABİLECEK SONUÇLAR

Türk iş hukukunda işyeri devri esas itibarıyla İş K. md.6'da düzenlenmiştir. İş K. md.6, işyerinin veya bir bölümünün devri halinde, devir tarihinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceğini; devreden veya devralan işverenin iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyeceğini ve işyeri devrinin işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmayacağını öngörmüştür. Bu düzenleme ile birlikte kanun koyucu işyeri devrinde devir nedeniyle iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi bakımından bir mutlak fesih yasağı öngörmüş ve kural olarak devir ile birlikte iş ilişkilerinin devralan işverene geçmesini esas almıştır. Bununla kanunun koyucunun devirden etkilenecek işçilere

⁸⁴ Grau, sh.20.

⁸⁵ BAG 21.02.2008, 8 AZR 157/07, NZA 2008, sh.815.

bir iş güvencesi getirdiği söylenebilir. Ancak kanun koyucu işyeri devrinde iş ilişkilerinin işverene geçişini mutlak bir şekilde düzenlemiş, devre konu işçilere de iş ilişkilerinin devralana geçişine itiraz hakkı tanımamıştır. Yani İş K. md.6 gereğince işyeri devrinde, devre konu işyerinde veya bir bölümünde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri kanun gereği kendiliğinden devralan işverene geçecek, işçi iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz yoluyla engel olamayacaktır. Böylece işyeri devrinde iş ilişkisi iradesi dışında devralan işverene geçecek işçi, kendi mesleki ve ekonomik geleceği bakımından öngörmediği bir işveren ile iş ilişkisine devam zorunluluğunda bırakılmış olmaktadır. Kanun hükmü gereği, iş sözleşmesini devir nedeniyle haklı nedenle feshedemeyen ancak devralan işverenle de çalışmayı düşünmeyen işçi bakımından işçi bakımından tek çıkar yol, istifa etmek, yani iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak sona erdirmektir.

İş K. md.6'da işyeri devrinde iş ilişkilerinin devralan işverene geçişi konusunda işçilere bir itiraz hakkı tanınmamış olmasından dolayı olsa gerek, işyeri devri konusunda işçilerin bilgilendirilmesi de düzenlenmemiştir. İşyeri devrinde iş ilişkisinin devrine itirazı içeren bir sistem öngörmeyen Türk hukuku bakımından, bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlenmemiş olması yadırganmamalıdır. Zira bilgilendirme, esas itibariyle, işçinin iş ilişkisinin devralana geçişine itiraz edip etmeyeceğine karar vermesi bakımından anlamlıdır. Ancak bilgilendirme sadece ve sadece itiraz hakkına ilişkin değildir. İş sözleşmesinin karşı tarafı olarak işçinin, bu ilişkinin akıbeti, devralan işverenin kimliği, devrin tarihi ve şekli, devrin kendisi bakımından doğuracağı hukuki ve ekonomik sonuçlar konularında bilgilendirilmesi aynı zamanda dürüstlük kurallarının da bir gereğidir. Bu anlamda işçinin kendi geleceğini öngörebilmesi adına, Kanunda işyeri devrine itiraz hakkı düzenlenmemiş olsa da, devir konusunda bilgilendirilmesine ilişkin kanuni bir düzenlemenin yapılmış olması yerinde olurdu. Zira bu tür bir düzenleme, 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile uyum anlamında da önem taşımaktadır.

Her ne kadar İş hukukumuzda işyeri devrinin genel esaslarını düzenleyen İş K. md.6, işyeri devrinde iş ilişkisinin devralan işverene geçişi konusunda bir itiraz hakkı öngörmemiş olsa da, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun 178. maddesi ve bu maddeye yapılan

atıflar yoluyla, ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirilmesinin işyeri devri oluşturduğu hallerde, devirden etkilenen işçilere iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmıştır. TTK. md.178/f.1'e göre, tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. Hükmün ikinci fıkrasına göre ise işçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

İtiraz hakkının kullanılmasyla işçi, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişine engel olacak, ancak iş sözleşmesi Alman hukukunda olduğu üzere devreden işverenle devam etmeyecek, İsviçre hukukunda olduğu şekliyle kanuni bildirim süresi sonunda kendiliğinden, yani kanun gereği olarak otomatikman sona erecektir. Bu sona erme ne bir işçi ne bir işveren feshidir; işçiye iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin, başta kıdem tazminatı olmak üzere işçilik haklarını sağlayan kanundan doğan bir sona erme halidir.

Kanun koyucu, TTK. md. 178 ile ticaret şirketlerinin dönüşümünün bir işyeri devri oluşturduğu hallerde işçilere bir itiraz hakkı tanımış olsa da, mehz İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Şirket Birleşmeleri Kanununun yukarıda bahsettiğimiz hükümlerinin aksine, devirden etkilenecek işçiler lehine işverenler bakımından bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörmemiştir. Devir konusundaki bilgilendirme ile esas itibarıyla işçinin iş ilişkisinin devrine itiraz hakkını sağlıklı bir şekilde kullanabilmesi amaçlandığından, devre itiraz yanında devir konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün öngörülmemiş olması önemli bir eksikliktir. Zira iş ilişkisinin karşı tarafını seçmekte özgür olan işçiyi, benimsemediği bir işverenle çalışmaya zorlamamak anlamında tanıyan itiraz hakkının, devre ilişkin bir bilgilendirme yapılmadan amacına uygun bir şekilde kullanılması mümkün görünmemektedir. İşyeri devrinde, devrin tarihi ve şekli, devralan işverenin kimliği, devrin hukuki, sosyal ve ekonomik sonuçları konusunda bilgi sahibi olmayan bir işçinin, itiraz hakkını hangi saiklerle kullanacağı ve iş ilişkisinin devralan işverene geçişine engel olacağı belirsizdir. İşyeri devrinde işçiye tanınan itiraz hakkının tamamlayıcısı, bir diğer ifadeyle amaca uygun bir şekilde kullanımının ön koşulu, işçinin devir konusunda

bilgilendirilmiş olmasıdır. Ancak devir konusunda tam ve doğru bir şekilde bilgilendirilmiş olan bir işçinin, bu hakkını sağlıklı bir şekilde kullanması ve tercihini tesadüf olmaktan çıkarması mümkün olabilir.

Türk Ticaret Kanununun mevcut hali karşısında, ortada gerçek bir kanun boşluğunun bulunduğu söylenebilir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununun ve İsviçre Şirket Birleşmeleri Kanununun, 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin ve karşılaştırmalı Alman Hukukunun işyeri devrinde işçilerin bilgilendirilmesi yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeleri ışığında, itiraz hakkının ancak devir konusunda bilgi sahibi olan, devralacak işverenin kimliği ve durumu, devrin kendisi bakımından doğuracağı hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçlar konusunda bilgilendirilmiş bir işçi tarafından kullanımının, kanun koyucunun itiraz hakkı öngörmekteki amacının gerçekleşmesini sağlayabileceği hususu bizi bu sonuca götürmektedir. Dolayısıyla işçiye iş ilişkisinin devralana geçişine itiraz hakkı tanıyan kanun hükmündeki, bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin boşluğun hakim tarafından doldurulması gereklidir. Hakim bu boşluğu doldururken yukarıda belirttiğimiz 2001/23 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi, Kaynak İsviçre Hukuku ve karşılaştırmalı hukukun verilerini esas alarak bir düzenleme yoluna gitmelidir. Neticede olması gereken, 6102 sayılı Kanunun 178. maddede öngörülen itiraz hakkını kullanmadan önce devrin tarihi, şekli, devralan işverenin kimliği ve devrin hukuki, ekonomik ve sosyal sonuçları konusunda işçinin, devreden veya devralan işverence bilgilendirilmiş olmasının aranmasıdır. Bu konuda, yasal bir düzenlemenin yapılması ihtiyacı açıktır.

KAYNAKLAR

- Beseler Lothar, in *Arbeitsrechtliche Probleme bei Betriebsübergang, Betriebsänderung, Unternehmensumwandlung*, Lothar Beseler/Franz Josef Düwell/Wulfhard Göttling, 4. Überarbeitete Auflage, 2011.
- Brunner Christiane/Bühler Jean Michel/Waeber Jean Bernard, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Deutsche Fassung der 2. Nachgeführten Auflage*, Basel 1997.
- Brühwiler Jürg, *Kommentar zum Eizelarbeitsvertrag*, 2. Auflage, 1996.
- Dreher Daniel, in *Betriebsübergang, Kommentar zu §613a unter Einschluss von betriebsverfassungsrechtlichen und insolvenzrechtlichen Vorschriften von Georg Bernsau, Daniel Dreher, Frederick Hauck*, 3. Auflage, Luchterhand, 2010.

- Gaul Björn/Otto Björn, *“Rechtsfolgen einer fehlenden oder fehlerhaften Unterrichtung bei Betriebsübergang und Umwandlung”*, Der Betrieb, Heft 45, 2005.
- Grau Timon, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB, 2005.
- Nehls Albrecht, *“Die Neufassung des § 613a BGB - Bewertung und Gestaltungsmöglichkeiten”*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Heft 15, 2003.
- Portmann Wolfgang, Kommentar zum Zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 362 OR, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Verlag Helbing Lichtenhahn, Basel 2007.
- Preis Ulrich, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12.Auflage, 2012.
- Rehbinder Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Neu arbeitete Auflage, Bern, 1999
- Sieg Rainer/Maschmann Frank, Unternehmenstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2. neuarbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, 2010.
- Staehelin Adrian, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art.319-362, 3. Auflage, Zürich, 1996.
- Steffan Ralf, in Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Ascheid/Preis/Schmidt, 4. neu bearbeitete Auflage, 2012,
- Trittin Wolfgang, in Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang von Michael Bachner/Roland Köstler/Volker Matthießen/Wolfgang Trittin, 4. Auflage 2012.
- Willemsen Heinz Josef/Lembke Mark, *“Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang”*, Neue Juristische Wochenschrift, Heft16, 2002.
- Worzolla Michael, *“Neue Spielregeln bei Betriebsübergang - Die Änderungendes § 613a BGB”*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2002.
- Zimmerli Christoph, *“Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigungdes Fusionsgesetz”*, Aktuelle Juristische Praxis, 7/2005.

HUKUKİ BİR TERİM OLARAK “SİBER SAVAŞ”

“CYBER WAR” AS A LEGAL TERM

Mehmet YAYLA**

Özet: Siber güvenlik, 21. yüzyılda ulusal güvenliğin en yeni sorunudur. “Siber savaş”, uluslararası ilişkilerde bilgisayar ve iletişim teknolojilerini saldırı ve savunma amaçlı olarak kullanılmaktadır. Şu ana kadar, siber savaş teriminin anlamı ve bu savaşı düzen altına alan kurallar konusunda fikir birliğine varılamamıştır.

Uluslararası hukuk sisteminin, bu yeni savaş alanı ile ilgili düzenlemeler yapması gerekmektedir. Fakat, siber savaş konusunda ulusal ve uluslararası kural ve stratejinin ne olacağını tartışmadan önce, siber savaş teriminin bir hukuk terimi olarak açıklanması önem arz etmektedir. Çünkü, kelimeler hukuk biliminin vazgeçilmez malzemesidir. Bundan dolayı, hukuki ve etimolojik bakış açılarıyla üzerine düşünülmesi en az bilimin içeriği kadar hak etmektedir. Bu çalışmada, siber savaş bir hukuk terimi olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Siber savaş, uluslararası hukuk, siber güvenlik, siber suç, siber terörizm, siber casusluk.

Abstract: Cybersecurity is the newest national security issue in the twenty-first century. Cyber war uses computer and telecommunications technologies as defensive and offensive weapons in international relations. Until now, neither its meaning nor the international laws that govern the concept of cyber war have been discussed.

The international legal system must adapt to this battleground. But, before discussing what national and international rules and strategy should be developed, it is important to explain “cyber war” as a legal term. Because words are inevitable instruments of jurisprudence. So, they merit to be thought with legal, etymological perspectives at least as contents of sciences. In this study, cyber war as a legal term has been examined.

Keywords: Cyber war, international law, cyber security, cyber crime, cyber terrorism, cyber espionage.

* Bu makale, TÜBİTAK tarafından sağlanan destek kapsamında 2012-2013 döneminde ABD The City University of New York John Jay College’da yürütülen çalışmalar kapsamında hazırlanmıştır.

** Dr., Askeri Yargıtay Başsavcı Yardımcısı

I. Giriş

Sosyal bilimlerin her dalında olduğu gibi, hukukta da bazı temel kavramların etimolojik, tarihi ve sosyal kökeninin araştırılması, daha sağlıklı tespitler yapmak bakımından büyük bir ihtiyaçtır.

İnsanlar, yeryüzünde kullanılan kelime ve terimleri, yaşanan olayların günlük hayatta yarattığı ihtiyaç ve değişikliklerden ötürü oluşturmuştur. Bu değişimi toplumsal yapılarda adlandırma çabaları, Sanayi Toplumu'ndan Bilgi Toplumu'na geçiş biçiminde yoğunlaşmaktadır.¹ Teknoloji ile ilintili olan kelime ve terimler, en çok değişim geçirmeye elverişli olanlardandır.

İnsanoğlu teknolojik alanında son çeyrek asırda yaşanan devrim niteliğindeki gelişmelerle birlikte, hayal bile edemeyeceği bir yaşam standardına ve tarzına ulaşmıştır. Bilgisayarlar küçülmüş, cep telefonları neredeyse bilgisayar halini almış ve bu iki cihazın götürülemediği veya kullanılmadığı yaşam alanı yok denecek kadar azalmıştır. Bu gelişmeler, hukuk alanında da önemli birtakım sorunlara neden olmuş, yeni kavramlar ortaya çıkmış, bu kavramların tanımları tartışılmaya ve hukuki açıdan sonuçlar doğurmaya başlamıştır.

Konuya uluslararası hukuk ve ceza hukuku bakımından bakılacak olursa, bilişim alanındaki saldırılar ve suçlar en güncel ve en hızlı değişim gösteren konulardandır. Nitekim teknolojik alanda yaşanan gelişmelere bağlı olarak, daha önceden siber ortamda hiç öngörülemeyen bir takım yeni fiiller ortaya çıkabildiği gibi, bazı fiillerin yeni yöntemlerle işlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, uluslararası ortamda düzenlemeler yapılmakta, bunlara bağlı olarak da devletlerin mevcut düzenlemelerini değiştirmesi ya da yeni düzenlemeler yapması gerekmektedir. Aksi takdirde ortaya çıkabilecek hukuki boşluklar, sosyal hayatta önemli sorunların yaşanmasına neden olmaktadır.

Düzenleme yapılmadan önce, bilişim alanındaki değişimlerin yakından takip edilerek, bunlara yönelik terimlerin doğru bir şekilde tanımlanması zorunluluğu da ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu alanda gelişmeleri takip etmek ve uygun tanımları ortaya koymak, uluslararası alanda uzlaşma ve ulusal alanda düzenleme yapmak hukukçuların

¹ Güney Nair, "Bilgi'nin Değişen Anlamı ve Kavram Tartışmaları" C.Ü. İBF Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan'ın Anısına, s.329.

karşılaştığı zorluklardandır. Ayrıca, bu alanda çalışan bir hukukçunun, sadece iyi bir hukukçu kimliğine sahip olması, bu alanda uzmanlaşabilmesi bakımından yeterli olmamakta; bunun yanında bilişim sistemlerine, bu sistemlere bağlı olarak kullanılan teknolojik ürünlere ve internete ilişkin oldukça kapsamlı bilgilere de sahip olması gerekmektedir. Bunun yanında, yeni gelişen teknolojinin bilişim ortamındaki imkânları genişletmesi, terimleri tanımlamada en büyük sorun olarak hukukçuların karşısına çıkmaktadır.

Hukukta terimlerin ne anlama önem taşımaktadır. Eskilerin deyişiyle, hukukta her kavram "*efradını câmi, ağıyarını mâni*" olmalı, yani içermesi gereken tüm unsurlarını içermeli ve içermemesi gereken hiçbirini bünyesinde barındırmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, hukuk dünyasında doğacak kavram karmaşası hukukun nesnellliğini yok ederek anarşinin yolunu açacaktır. Bu bağlamda, hukukun 'endemik' nitelikteki zorlayıcılık özelliği göz önünde tutulduğunda; hukukta meydana gelebilecek bir keşmekeşin, diğer alanlarda olabilecek sorunlardan çok daha fazla tehlikeye yol açabileceği söylenebilecektir.²

Günümüzde bilim ve teknolojiye baş döndürücü tarzda hızlı gelişmeler görüldüğünden hukuk ve bilim birlikte çalışmalı ve birbirleriyle ilişki kurmalıdır. Siber savaş terimi ve önemi üzerine yapılacak olan bir analiz kavramın somutlaştırılmasına hukuk dünyasında daha anlaşılır hale gelmesine faydalı olacaktır.

II. Siber Savaş Terimi

1. Dilbilgisi Bakımından

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü'ne bakıldığında siber savaş tanımlanmış değildir. Siber savaş, iki isimden oluşan bir isim tamlamasıdır. Dilbilimsel açıdan incelendiğinde görülecektir ki; isim tamlamalarında asıl ifade edilmek istenen, temel, geniş kavram ikinci sözcükte yer alır. Birinci sözcük ise ikinci sözcüğün bir türünü, dalını veya yönünü oluşturur. İlk sözcük ikinci sözcüğün anlamsal olarak sınırlar ve ayrıntılandırır.³

² Faruk Y. Turinay, "*Bir Kelime Olarak Anayasa'nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 95, 2011, s.271.

³ Turinay, s.278.

Siber savaş terimi, İngilizce "*cyber war*" (siber savaş) teriminden dilimize çevrilerek kullanılmaya başlamıştır. İngilizce'de "*cyber*" kelimesi "*siber*", "*war*" kelimesi ise savaş anlamına gelmektedir.⁴ Bu kapsamda "*siber savaş*" kavramını tanımlamaya, "*siber*" ve "*savaş*" kelimelerini tanımlayarak başlamak gerekmektedir.

a. "Siber"

Yalın olarak Türkçe sözlüklerde yer almayan "*siber*" kelimesi, sibernetik⁵ kavramından türetilmiş olup günümüzde bilişim ve iletişim ağlarının şekillendirdiği uzayı ifade etmektedir. Sibernetik, ilk olarak Norbert Wiener'in "*Sibernetik*" isimli kitabında, "*hayvanlarda ve makinelerde kontrol ve iletişim*" olarak tanımlanmıştır.⁶ "*Siber uzay*" terimi ise ilk olarak 1984 yılında "*Neuromancer*" adlı bilim kurgu romanında William Gibson tarafından kullanılmış olup, etimolojik açıdan siber ve uzay kelimelerinin bir araya gelmesinden oluşmaktadır.⁷ Sonrasında, siber uzay terimi akademik ortamda da kullanılmaya başlanmış ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte tanımı da değişmiştir.

Bilgisayar kullanımındaki artış benzeri görülmemiş toplumsal değişimlere yol açmış ve insan hayatını inanılmaz derecede kolaylaştırmıştır. İnternetin yaygın olarak kullanılmaya başlanması ile coğrafi kısıtlamalar ortadan kalkmış, insanların her türlü elektronik bilgi hizmetine erişimini mümkün kılan yeni bir dünya oluşmuştur. Bu dünya zamanla siber uzay olarak tanımlanmıştır.⁸

⁴ Cambridge Dictionaries Online, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/turkish/cyber?q=cyber>, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/turkish/war?q=war>, erişim tarihi:12.11.2012; Resuhi Akdikmen, Langenscheidt Standart Sözlüğü, İnkilap Kitapevi, İstanbul, 1992, s.599.

⁵ Sibernetik; Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "*güdübilimi*" olarak tanımlanmaktadır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi:30.10.2012. Sibernetik sistemleri, "*algılayıcılarından aldığı bilgilerle geri besleme sağlayan ve kendi kendine işleyen otomatik sistemler*" şeklinde tanımlamak mümkündür.

⁶ Norbert Wiener, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Paris, (Hermann & Cie) & Camb. Mass., 1948.

⁷ Jason Whittekar, *The Cyberspace Handbook*, Oxon, Routledge, 2004, s.4; "*Siber uzay*" terimi ilk defa, 1982 yılında William Gibson tarafından "*Burning Chrome*" isimli kısa hikâyede kullanılmıştır. Ancak Gibson'ın bu terimi "*Neuromancer*" isimli romanında kullanmasıyla popüler hale gelmiştir. Vassily Fourkas, *What is cyberspace?*, <http://www.waccglobal.org/en/20043-communication-rights-unfinished-agenda/495-What-is-cyberspace.html>, erişim tarihi:13.11.2012.

⁸ Rich Gibson, Schuyler Erle, *Google Maps Hack*, U.S.A., O'Reily Media Inc., 2006, s.97.

Birleşmiş Milletler Terimler Sözlüğü siber uzayı, net olarak bilinen internete, iletişim altyapısına, online konferans kuruluşlarına, bilgi depolama ve işleme aygıtlarına bağlı global sistem olarak tanımlarken⁹, Amerikan Savunma Bakanlığı'nın Askeri Terimler Sözlüğü ise; internet, telekomünikasyon ağları, bilgisayar sistemleri, gömülü işlemci ve kontrol sistemleri gibi birbirine bağlı bilgi teknolojileri altyapılarını kapsayan bilgi ortamı olarak tanımlamaktadır.¹⁰

Siber uzay, günümüzde tek bir homojen uzaydan oluşmamaktadır. Çok sayıda, hızla genişleyen, her biri farklı bir sayısal etkileşim ve iletişim yöntemi sağlayan uzayların bir birleşimidir.

Siber uzayın gayri merkezi, sınırları olmayan, ağ biçimindeki yapısı onun herhangi bir devletin, dolayısıyla herhangi bir hukuk düzeninin yek egemenliği altına sokulmasına engel olmakta ve aynı zamanda hangi fiillerin siber suç olduğu tanımını da zorlaştırmaktadır. Vatandaşlık, ulusal sınır gibi kavramların çok da anlam taşımadığı siber uzayda, ülkelerin egemenlik yetkilerini meşrulaştırmasına, başka bir deyişle hukuk kuralı koyma ve uygulama haklarını sağlam temeller üzerine oturtulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Siber uzayın yeni bir hukuk alanı olduğu genel kabul görmekle birlikte asıl üzerinde uzlaşmaya varılamayan konu, hukukun kim tarafından konulacağı ve nasıl uygulanacağı sorunudur. Her ne kadar siber uzay, ulusal devletlerin fiziki sınırları içinde bir kısım dijital alanı kapsıyorsa da aynı zamanda farklı ülkelerin de ulusal alanını işgal etmektedir.

Gerçek dünya, insanlar tarafından binlerce yılın sonunda ulusal ve uluslararası hukuk kuralları ile yönetilirken siber uzay yapısı gereği yeterince bu hukuk kurallarından nasibini alamamaktadır.

b. "Savaş"

Savaşın tarihi, insanlık tarihi kadar eskidir. Devletler, çıkarlarını korumak ve hayat alanlarını genişletmek amacıyla düzenli ordular

⁹ United Nations, UN Terms, <http://unterm.un.org/dgaacs/unterm.nsf/WebView/99B98BDB CBAB096185256E620052EFD3?OpenDocument>, erişim tarihi:31.10.2012.

¹⁰ Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms (Joint Publications 1-02), http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf, erişim tarihi:30.10.2012.

kurmuşlar, iktidarı elinde tutan kimseler ise iktidarlarını pekiştirmek ve güçlendirmek amacıyla silahlı güç kullanılması yöntemlerine sıkça başvurmaktan çekinmemişlerdir. Uluslararası düzenin en başta gelen süjeleri olan devletler bakımından, savaşa başvurulmasında amaç ulusal çıkarların korunmasıdır.¹¹

Savaşın tanımlanması hukuksal, ideolojik, felsefi, siyasal, ekonomik, sosyolojik ve psikolojik boyutlarıyla yakından ilgilidir. Uluslararası hukukta savaşın herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı yapılamamıştır. Bunun sebebi, bir silahlı çatışmanın veya eylemin savaş sayılıp sayılmayacağı hususunda uluslararası hukukta objektif bir ölçütün benimsenememiş olmasıdır. Herhangi bir silahlı çatışma eyleminin savaş sayılıp sayılmayacağı hususundaki temel ölçüt ilgili devletlerin amacı olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple, savaşan taraflardan herhangi birisinin savaş amacıyla hareket etmesi durumunda, söz konusu silahlı çatışmaların savaş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹² Dolayısıyla, taraflardan en az birisi tarafından savaş değerlendirilmesi yapılmadıkça, bütün silahlı çatışma türlerinin savaş niteliğini taşımayan silahlı "zararla karşılık" veya silahlı "karışma" şeklinde değerlendirilmesi uygun görülmektedir.¹³

Savaş; "bir toplumun, bir ulusun veya devletler topluluğunun isteklerini diğer bir ulus ve devletler topluluğuna zorla kabul ettirmek amacıyla giriştikleri bir mücadele" şeklinde tanımlanmasının yanında¹⁴, "uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde devletlerarasında yürütülen silahlı bir çatışma, bir çekişmedir"¹⁵ şeklinde de tanımlanmaktadır.¹⁶

¹¹ Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara, Öteki Matbaası, 1998, s.15.

¹² Yasin Aslan, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 79, 2008, s.249.

¹³ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1962, s.407-456.

¹⁴ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence, Second Edition*, Grotius Publications, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s.15.

¹⁵ Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, s.469.

¹⁶ Türk hukukunda, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 3. maddesinin 5. fıkrasında savaş, "devletin bekasını temin etmek, milli menfaatleri sağlamak ve milli hedefleri elde etmek amacıyla, başta askeri güç olmak üzere, Devletin maddi ve manevi tüm güç kaynaklarının, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan kullanılmasını gerektiren silahlı mücadele" olarak tanımlanmaktadır. Bakınız 8 Kasım 1983 tarih ve 18215 sayılı Resmi Gazete.

Tarih boyunca, bir devletin silahlı kuvvet kullanmaya başvururken haklı bir sebebe dayanması büyük önem taşımıştır. Savaşa başvurmanın ve saldırının uluslararası hukukta yasaklanmasıyla birlikte, devletler yine de silahlı kuvvet kullanma hakkından vazgeçmiş değillerdir. Artık bunu savaş değil de, başka isim ve yöntemler kullanarak yapmaya başlamışlardır Günümüzde uluslararası silahlı çatışma, uluslararası uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözülememesi durumunda, devletlerin isteklerini zorla kabul ettirmek amacıyla, silahlı kuvvetlerin kullanılması da dâhil olmak üzere, ulusal güçlerinin tamamını veya bir kısmını kullanarak yaptıkları mücadele anlamına gelmektedir.¹⁷

2. Siber Savaş Teriminin Anlamı ve Genel Kullanımı

İnsanoğlu ilk başlarda bir birinden çok farklı özellikler gösteren iki alanda savaşmıştır; “kara” ve “deniz”. Yüzyıl öncesinde ise hava teknolojisinin gelişmesi ile birlikte üçüncü savaş ortamı “gökyüzü” olmuştur. 1957 tarihine gelindiğinde ise dördüncü savaş ortamı “uzay” olarak kabul edilmiştir. Bu dört savaş ortamının da kendine has özellikleri ve gereklilikleri bulunmaktadır. 21. yüzyıla gelindiğinde bu dördüncü beşinci savaş ortamı eklenmiştir; “siber ortam”.¹⁸

Askeri doktrinde, siber ortamın beşinci savaş ortamı olduğu kabul edilmektedir. Ordular da kendilerini bu yeni ortamda savaşacak imkân ve kabiliyetleri kazandırmak amacıyla hazırlıklar yapmaktadırlar. Ülkeler arası ilişkilerde olduğu kadar, savaşta ve düşük yoğunluklu çatışmada da siber ortam, saldırı ve savunma amaçlı olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Neredeyse tüm bilginin siber ortamda depolandığı ve işlendiği, cihazların siber ortamda yönetildiği, orduların operasyonel üstünlüğünün, elektronik haberleşme, görüntü alma, uzaktan algılama gibi taktiklere dayandığı günümüzde, beşinci savaş alanı olan siber ortama göre saldırı ve savunma strateji ve taktikleri geliştirilmektedir. Uluslararası ilişkilerde, ülkeler arası anlaşmazlıkların çözülmesi için

¹⁷ Aslan, s.250.

¹⁸ Beyaz Saray tarafından 2003 yılındaki “Siber Ortamın Güvenliği için Ulusal Strateji” belgesinde “siber ortam, ülkenin kontrol sistemidir... kritik altyapıların çalışmasını sağlayan birbirine bağlı bilgisayarlar, servis sağlayıcılar, fiber kablolar, elektronik anahtar ve yönlendiriciler oluşur.” şeklinde tanımlanmıştır.

orduların caydırıcı bir güç olarak kullanılmasına, siber orduların ve saldırıların da dahil edildiği bir zamana gelinmiştir.

11 Eylül 2001 günü İkiz Kuleler ile birlikte tehdit konusundaki geleneksel anlayış da yıkılmış, elli yıldan fazladır dünyaya hâkim olmuş olan Soğuk Savaş senaryosu tam anlamıyla ve geri dönülemez biçimde değişmiştir. Tehdidin açık bir "gönderici adresi" olmadığı, devletlerin toprak sınırlarının yanı sıra askeri mekân ve zaman kurallarının da anlamsız hale geldiği anlaşılmıştır. Sivil uçakların bir terör saldırısı aracı olarak kullanılması hemen hemen her şeyin her an silaha dönüşebileceğini göstermiş ve hiçbir şeyin imkânsız olmadığı ortaya çıkmıştır. Siber tehdit için de durum aynı gözükmektedir.¹⁹ Yeni teknolojik gelişmeler siber uzaydaki imkânları arttırarak bireyleri, organizasyonları ve devletleri tehdit etmektedir. Bu tehditlerin en önemlisi siber savaş olarak değerlendirilmektedir.

Kamuoyu, siber saldırı ve siber suç terimleri ile çokça aşına olmasına rağmen, son on yıllık zaman zarfında siber savaş terimi gündemi daha fazla meşgul etmeye başlamış ve devletler siber savaşı, taktikleri ve doktrinlerine almaya başlamışlardır.²⁰ Siber savaş için yapılmış uluslararası anlaşma olmadığı için bu terimin tanımlanması ve neyin siber savaş oluşturduğu tartışma konusudur. Diğer bir tartışma konusu ise siber savaşın gerçek bir savaş olup olmadığı ve silah kullanımına ilişkin uluslararası kuralların ve teamüllerin siber savaşa uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bu belirsizlik siber savaş teriminin tanımlanmasını zorlaştırmaktadır.

Birleşmiş Milletler Terimler sözlüğünde, siber savaş (cyber war) bilgi savaşı (information warfare) ile birlikte aynı anlamda "bilgisayar sistemlerinin düşman sistemlerine zarar vermek veya yok etmek amacıyla kullanıldığı savaş tipidir" şeklinde tanımlanmaktadır.²¹

¹⁹ Olaf Theiler, "Yeni Tehditler:Siber Boyut", NATO Dergisi On Yıl Sonra Alınan Dersler, <http://www.nato.int/docu/review/2011/11-september/Cyber-Threads/TR/index.htm>, erişim Tarihi: 3.11.2012.

²⁰ Aslında "siber savaş" terimine medyatik olarak 1983 yapımı "Savaş Oyunları (War Games)" isimli Amerikan yapımı film ile aşına olunmuştur. Bu filmde bir çocuğun askeri network ağına girerek kaza ile üçüncü dünya savaşını başlatması konu edilmiştir. Siber savaşa ilişkin olarak yapılan ve popüler olan diğer filmler ise, 1992 yapımı "Sneakers (Şifreciler)" ve 2007 yapımı "Zor Ölüm 4 (Die Hard 4)" dür. Bunlar dışında, siber uzayın kötü amaçlar için kullanıldığı birçok film yapılmış ve kitap yazılmıştır.

²¹ United Nations, UN Terms, <http://unterm.un.org/dgaacs/unterm.nsf/Web>

“Cyberwar”, İngilizce bazı sözlüklerde de “*information war*” (bilgi savaşı) teriminin eş anlamlısı olarak kullanılmakta ve “*elektronik iletişim ve internetin bir ülkenin iletişim sistemi, güç kaynakları, ulaşım sistemi ve benzeri sitemlerini bozması veya çökertmesi*” olarak tanımlanmaktadır.²²

Konunun yeni yeni ortaya çıkmaya başladığı 1990’lı yıllarda bazıları tarafından siber savaş olgusu “*bilgi savaşı*” ile birlikte değerlendirilmiş ve askeri doktrinde siber savaş bilgi savaşı içinde icra edilen hareketlerden sayılmıştır.²³ Bilgi savaşı, siber savaş da kapsayacak bir üst terim olmasına rağmen günümüzde siber savaş ve bilgi savaşı terimleri birbirinin eş anlamlısı terimler olarak kabul edilememektedir.²⁴

Bilgi savaşı, bilginin yer aldığı ortamların ve bilginin kendisinin, düşman harp gücünü azaltmak ve yok etmek maksadıyla hedef alınması veya kendi lehte kullanılması faaliyetlerini içeren bir harekât türüdür. Bu harekâtın harp zamanında uygulanmasına ise bilgi savaşı denmektedir.²⁵

Siber savaş ise, “*devletler veya devlet benzeri aktörler tarafından gerçekleştirilen, kritik ulusal altyapıları, askeri sistemleri veya ülke için önemli*

View/E996B25EA7D3B36 E85256B090056D806?OpenDocument, Erişim tarihi: 31.10.2012.

²² Collins Dictionaries, <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/cyberwar>, Free Dictionary, <http://www.thefreedictionary.com/cyberwar>, Oxford Dictionaries, http://oxforddictionaries.com/definition/american_english/cyberwar?region=us&q=cyber+war, Macnillan Dictionary, <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/american/cyberwar>, erişim tarihi:11.11.2012.

²³ Thomas C.Wingfield, *The Law of Information Conflict: National Security Law in Cyberspace*, Aegis Research Corp., 2000, s.29; Bilgi savaşı; elektronik savaş, siber savaş, bilgisayar ağları harekâtı gibi alt kavramları içermektedir. Nafi Kaşıkçıoğlu, “*Elektronik Harp*”, *Siber Savunma Sempozyumu*, Askeri Müze ve Kültür Sitesi Komutanlığı, Harbiye, İstanbul, 24-25 Mayıs 2011; Martin C. Libicki, *What is Information Warfare?*, National Defence University, Washington, 1995, s.7, 75 vd; Siber savaşın açık tanımı verilmese de, Bilgi Savaşı, NATO Bilgi Harekatı Konseptine göre; “*politik ve askeri hedefleri desteklemek maksadıyla, kendi bilgi ve bilgi sistemlerini etkili bir şekilde kullanarak ve korurken, hasmın bilgiye dayalı işlemlerini, komuta kontrol, muhabere ve bilgi sistemlerini etkileyerek karar vericilerin başarılı olmalarını sağlamak maksadıyla icra edilen faaliyetlerdir*” şeklinde tanımlanmaktadır.*Türk Silahlı Kuvvetleri Bilgi Harbine Nasıl Hazırlanmalıdır?*, Harp Akademileri Yayınları (Tasnif Dışı), İstanbul, 1999, s.1-14.

²⁴ *Cyber Space Operations* (US Air Force Doctrine Document 3-12, 15.6.2010), s.2, <http://www.e-publishing.af.mil/shared/media/epubs/AFDD3-12.pdf>, Erişim tarihi: 15.11.2012.

²⁵ *Joint Doctrine for Information Operations (Joint Pub 3-13)*, 9.10.1998, s.I-1, http://www.c4i.org/jp3_13.pdf, Erişim Tarihi:2.11.2012.

endüstriyel yapıyı tehdit eden, simetrik veya asimetrik, saldırı veya savunma maksatlı dijital ağ faaliyetleri" dir. ²⁶ Diğer bir siber savaş tanımı ise savaş tanımından yola çıkılarak, "ülkelerin ulusal güçlerinin tamamını veya bir kısmını kullanarak siber ortamda gerçekleştirdikleri mücadele" olarak yapılabilir. Burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, mücadele siber ortamda gerçekleştirilse de sonuçlarının siber ortamda olduğu kadar fiziksel ortamda da görülebilecek olmasıdır. İşte bu nokta siber savaşı, klasik anlamda bir savaş ile kıyaslar hale getirmekte ve uluslararası hukuk ve silahlı çatışma hukuku açısından önemli kılmaktadır.

Siber savaşın tarihçesi, ABD tarafından Irak'ın sistemlerinin havadan etkisiz hale getirilmesinin planlandığı Körfez Savaşı zamanlarına kadar geri götürülmektedir.²⁷ Bu savaşın hemen ardından ABD Hava Kuvvetlerinde, Bilgi Savaşı Merkezi (Info War Center) kurulmuştur. 1995 yılında ise ABD Ulusal Savunma Üniversitesi siber savaşa komuta edecek olan ilk subaylarını mezun etmeye başlamıştır.

ABD'de George Bush'un ikinci döneminde bu yeni savaş alanının önemi çok açık hale gelmiş ve yeni ortaya çıkan bu alanı kimin kontrol etmesi gerektiği tartışılmaya başlanmıştır. Bu gelişmelerin sonucunda Uzay Komutanlığı (Space Command), Stratejik Komutanlığa (Strategic Command-STRATCOM) dönüştürülmüş ve bu komutanlığa siber savaşa komuta etme yetkisi verilmiştir. 2008 yılına ABD, siber savaşın önemi konusunda ikna olmakla kalmamış aynı zamanda ayrı bir siber komutanlık kurulmasının gerekliliğine inanmaya başlamıştır.²⁸ Bu gelişmelerin devamında 23 Haziran 2009 tarihinde Stratejik Komutanlığa, Siber Komutanlık kurulması emri verilmiş, 21 Mayıs 2010 tarihinde itibaren de Siber Komutanlık (CYBERCOM) kurulmuştur.²⁹

²⁶ Shane M. Coughlan, *Is There a Common Understanding of What Constitutes Cyber Warfare?*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), The University of Birmingham 2003, s.2, <http://citeseeerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.102.1876&rep=rep1&type=pdf>, erişim tarihi: 15.05.2012

²⁷ Shitanshu Mishra, "Network Centric Warfare in the Context of Operation Iraqi Freedom" *Strategic Analysis*, V.27, I.4, s.546-547. http://www.idsa.in/strategicanalysis/NetworkCentricWarfareintheContextofOperationIraqiFreedom_smishra_1003, erişim tarihi:5.11.2012.

²⁸ Clarke, a.g.e., s.6,3-21.

²⁹ *US Department of Defence, US Cyber Command Fact Sheet*, 25.5.2010, http://www.defense.gov/home/features/2010/0410_cybersec/docs/cyberfactsheet%20updated%20replaces%20may%2021%20fact%20sheet.pdf, erişim tarihi:8.11.2012.

ABD Siber Komutanlığının görevi; Savunma Bakanlığının bilgi ağını korumak üzere operasyonlar düzenlemek, görev verildiğinde tüm alanlarda kapsamlı askeri siber alan operasyonları gerçekleştirmek, siber alanda ABD/müttefik özgürlüğünü sağlarken düşman faaliyetlerini kısıtlamak amacıyla faaliyetler planlamak, koordine etmek, bütünleştirmek, senkronize etmek olarak tanımlanmıştır.³⁰

Teknoloji lideri ülke olarak bilişim ortamını en etkin kullanan Amerika'nın, siber tehdit ve siber savaşa karşı yaklaşım tarzını görmek için aşağıdaki açıklama önem arz etmektedir.³¹ Amerika Savunma Bakanı Leon Panetta'nın 11 Ekim 2012 tarihinde New York'ta işadamları ile yaptığı toplantıda, Amerika'nın "*Siber-Pearl Harbor*"³² ihtimali ile karşı karşıya olduğunu, düşman devletlerin ya da radikal grupların siber aletleri Amerika'nın kritik altyapılarının kontrolünü ele geçirmek için kullanabileceğini, bunların enerji kaynaklarını ele geçirebileceklerini, su kanallarını kirletebileceklerini, bir treni kimyasal madde ile doldurup saldırı amaçlı yönlendirebileceklerini belirtmiş, ayrıca en kötü ihtimalin kritik altyapı sistemlerine karşı yapılacak koordineli bir saldırı olduğunu, bu saldırıda insanların hayatlarını kaybedebilecekleri gibi, halkı şok edecek fiziksel zararlar meydana gelebileceğini belirtmiştir. Leon Panetta konuşmasında, böyle ciddi sonuçlar doğuracak bir saldırı tehdidi aldıklarında ulusun güvenliği için bu saldırılara karşılık verebileceklerini vurgulamıştır.³³ Hemen

³⁰ *US Cyber Command Fact Sheet.*

³¹ Kara, deniz, hava ve uzaydan sonra siber uzayı yani tüm sanal ortamı beşinci askeri kuvvet olarak belirleyen ABD, "*Aktif Milli Strateji*"yle siber kuvvetlerinin altyapısını kurmuş, Pentagon'u da devreye sokarak Ulusal Güvenlik Bürosu'nun (NSA) başkanı General Keith Alexander'ın komutasında ordular arası siber savaş projesi olan "*Siber Kuvvet Stratejisi (Cyber-Command Strategy)*"ni başlatmıştır. ABD'nin bu yeni siber savaş kuvvetlerinin görevi, askeri şebekeleri korumak ve gerektiğinde diğer ülkelerin her türlü sistemlerine saldırılar düzenlemektir.

³² Japon İmparatorluk Deniz Kuvvetleri'nin 7 Aralık 1941 Hawaii adalarının Oahu adasında bulunan Pasifik Filosu ve Pearl Harbor askeri üslerine karşı düzenlediği beklenmedik saldırıdır. Saldırı sonucu, 12 Amerikan savaş gemisi ciddi şekilde hasara uğramış veya batmış, 188 savaş uçağı imha olmuş ve 2.403 Amerikan askeri ile 68 sivil ölmüştür. Leon Panetta'nın yapmış olduğu "*Pearl Harbor*" benzetmesi, siber saldırıların her an gerçekleşebileceğini ve ne kadar büyük zararlar verebileceğini anlamak için önemlidir.

³³ Elisabeth Bumiller, Thom Shanker, "*Panetta Warns of Dire Threat of Cyberattack on U.S.*", *The New York Times*, 11 Ekim 2012, http://www.nytimes.com/2012/10/12/world/panetta-warns-of-dire-threat-of-cyberattack.html?pagewanted=all&_r=0, Erişim Tarihi:3.11.2012; ABD Ulusal Güvenlik Bürosu'nun (NSA) başkanı General

belirtmek gerekir ki, Savunma Bakanı'nın vurguladığı husus, saldırı olduğunda değil, saldırı tehdidi doğduğunda Amerikan hükümetinin buna karşılık verme hakkını kendinde görmesi ve bu saldırının siber ortamda yapılacak bir saldırıyı kapsadığı gibi, klasik anlamda silahlı bir saldırıyı da kapsamasıdır. Bu açıklama, Amerika Birleşik Devletlerine siber saldırı tehdidinde bulunan devlete klasik anlamda savaş açma hakkını kendinde görmesi açısından dikkat çekici olduğu kadar, siber saldırıya klasik anlamda silahlı karşılık verme hakkının uluslararası hukuk ve silahlı çatışma hukuku açısından ne sonuçlar doğuracağını akla getirmektedir.

Konuya hukuki açıdan bakıldığında bazı yazarlar; siber savaşa gerektiğinden fazla önem verildiğini, gerçekleşecek bir siber saldırının, savaş nedeni olamayacağını, devlet kaynaklı politik bir siber saldırının, savaş kadar eski olan sabotaj, casusluk ya da tahrip amaçlı olabileceğini savunmaktadırlar.³⁴ Buna karşın, bugüne kadar yaşanan Estonya, Gürcistan ve İran'a karşı yapılan saldırılar siber savaşın ciddiyetini ortaya koymakta, uluslararası hukuk ve silahlı çatışma hukuku açısından konu değerlendirilmekte, düşman devlet veya devlet güdümlü alt gruplar tarafından gerçekleştirilecek bir siber saldırı durumunda, saldırıya uğrayan devlet tarafından Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesindeki "meşru müdafaa hakkı"nın kullanılabilmesi savunulmaktadır. Tabii olarak siber savaşın tanımı ve içeriği konusunda uluslararası ortamda fikir birliğine varılmadığı gibi bu konuda da tartışma devam etmektedir.

General Keith Alexander ise Başkan Obama'nın konuya verdiği önemi şu şekilde dile getirmektedir: "Milli ve askeri güç bakımından siber uzay kritik öneme kavuşmuştur. Başkan Obama'nın ulusal güvenlik stratejisine göre, dijital altyapımız, ulusal varlığımızdır, kişi hak ve özgürlüklerini ihlal etmeden onu korumak milli güvenlikte önceliğimizdir." Donna MILES, "New Cyber Chief: People Key in Meeting Cyberspace Challenge", *The Official Website of U.S. Air Force*, <http://www.af.mil/news/story.asp?id=123207676>, erişim Tarihi:6.12.2011; Brian Krebs, "Obama: Cyber Security is a National Security Priority", *Washington Post*, 29.5.2009, http://voices.washingtonpost.com/securityfix/2009/05/obama_cybersecurity_is_a_natio.html, erişim tarihi: 7.11.2012

³⁴ Thomas Rid, "Cyber War Will Not Take Place In", *Strategic Studies*, Volume 35, Issue 1, 2012, s.5-32; Ryan Singel, "White House Cyber Czar: There is no Cyber War", *Wired*, 3.4.2010, <http://www.wired.com/threatlevel/2010/03/schmidt-cyberwar/>, erişim tarihi:10.11.2012; Ronald Deibert, "Tracking the emerging arms race in cyberspace", *Bulletin of the Atomic Scientists*, January/February 2011, 67 s.1-8.

Siber savaş, savunan açısından dijital ağlar ve altyapılar arasında yüksek seviyede birbirine bağımlılık ve saldırgan açısından da teknolojik yeterlilik gerektirdiğinden NATO, siber savaşa göre doktrinini değiştirmiş ve konunun teknik ve hukuki boyutunu tartışmak üzere çalışmalara başlamıştır.

11 Eylül’den bir yıl sonra NATO, Kasım 2002’de kabul edilen “*Prag Yetenek Taahhütleri*”nin bir parçası olarak yeteneklerin siber saldırılara karşı koruyabilecek şekilde geliştirilmesi konusunda önemli bir çağrıda bulunmuş, 2002’den sonraki yıllarda İttifak öncelikli olarak askeri kanadın talep ettiği pasif koruma önlemlerinin uygulanması üzerinde odaklanmıştır.³⁵

2007 ilkbaharında Estonya’nın maruz kaldığı siber saldırı ise hazırlık boyutunu farklı bir seviyeye taşımıştır.³⁶ Tarihinde ilk defa İttifak, siber uzay politikasının üç temel ayağını belirleyen resmi bir “*NATO Siber Savunma Politikası*” hazırlamış ve Ocak 2008’de kabul etmiştir.³⁷

2010 yılındaki Lizbon zirvesinde ise siber savunmanın sürekli olarak NATO gündeminde bulunması yönünde temel bir karar alınmıştır.³⁸ Haziran 2011 tarihinde NATO Savunma Bakanları gözden

³⁵ Theiler, a.g.m.

³⁶ Rusya, İkinci Dünya Savaşında Estonya’da Estonya’nın Nazi istilasından korunması için verilen mücadeleyi simgeleyen bir heykel dikmiştir. Bu heykel 26 Nisan 2007 tarihinde Estonya tarafından yerinden kaldırılmıştır. Daha sonraki günlerde daha organize bir şekilde gerçekleştirilen ve Rus Hackerlar tarafından yapıldığından şüphelenilen saldırılar sonucu ülkenin ulusal bilgi sistemleri, internet hizmet sağlayıcıları ve bankaları çok büyük zarar görmüştür. Ülkenin internet sistemi çökme tehlikesiyle karşı karşıya gelmiştir. Estonya’nın 1,3 milyon olan nüfusunun 1 milyondan fazlası sayısal kimliğe sahiptir. Nüfusunun %66’sının internet kullanıcısıdır. Evlerin %55’inde internet bağlantısı vardır ve vergi beyanlarının %80’i internet üzerinden yapılmaktadır. Bankacılık işlemlerinin %97’sinin çevrim içi olarak gerçekleştirildiği, sağlık kayıtlarının tamamının sayısal ortamda tutulduğu da göz önünde bulundurulduğunda Estonya’ya verilen zararın boyutları tahmin edilebilecektir. Emre Bakır, “*İnternet Güvenliğinin Tarihçesi*”, *TUBİTAK Bilgem Dergisi*, 2011, Cilt 3, Sayı 5, s.16.

³⁷ Estonya’nın maruz kaldığı saldırı örneğinden sonra NATO’nun 2008 Bükreş Zirvesi’nde siber saldırılar ve kritik altyapıların güvenliği gibi bazı sorunlara çözüm arayışları konusu gündeme gelmiş, siber savunmada işbirliği için birimlerin kurulması kararı alınmıştır. Bu karar neticesinde Savunma Yönetim Otoritesi ile Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi kurulmuştur. NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Tallinn, Estonia, <http://www.ccdcoe.org/>, erişim tarihi: 12.11.2012

³⁸ http://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_publications/20120207_strategic-concept-2010-tur.pdf, erişim tarihi:3.11.2012.

geçirilmiş NATO Siber Savunma Politikasını kabul etmişlerdir. Bu politika, siber savunma konusunda gerçekleştirilecek olan topluluk bazındaki çabaları içermektedir. Ekim 2011'de Bakanlar tarafından, Siber Savunma Eylem Planı'nın detayları üzerinde görüş birliğine varılmıştır. Siber Savunma Politikası'nda siber tehditler, yeni Stratejik Kavram doğrultusunda 5. maddede ifade edilen toplu savunma görevini yerine getirmesi için potansiyel kaynak olarak tanımlanmaktadır. Şubat 2012'de NATO Bilgisayar Olayları Karşılama Kapasitesi'nin (NATO Cyber Incident Response Capability - NCIRC) 2012 yılı sonunda tamamen operasyonel hale gelebilmesi için 58 milyon Avro'luk bir kontrat imzalanmıştır. Ayrıca, bunun yanında istihbarat paylaşımı ve durumsal farkındalık için bir Siber Tehdit Farkındalık Birimi vücuda getirilmiştir.³⁹

2012 Chicago Zirvesi Sonuç Bildirisi'nde de sürekli gelişen ve karmaşıklaşan siber tehditlerle etkin biçimde ve işbirliği içinde mücadele edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁰

NATO siber güvenlik konusunda önemli mesafe almış olmakla birlikte, konuyla ilgili temel sorun ortak savunma koşulunu kapsayan 5. maddenin siber saldırıyı kapsayıp kapsamayacağıdır. Yani üye ülkelerden birinin silahlı saldırı yerine siber saldırıya uğraması halinde, anlaşmanın bu maddesinin geçerli olup olmayacağı, saldıran ülkenin en kısa sürede nasıl ortaya çıkarılacağı ve bu ülkeye nasıl karşılık verileceği halen belirsizliğini korumaktadır.⁴¹

³⁹ http://www.nato.int/cps/en/natolive/events_78665.htm?selectedLocale=en, erişim tarihi:3.11.2012

⁴⁰ http://www.nato.int/cps/en/SID-D71112AD-6BB73526/natolive/events_84074.htm, erişim Tarihi: 3.11.2012.

⁴¹ Washington'da 4 Nisan 1949 tarihinde imzalanan NATO Anlaşması'nın 5. Maddesi; *"Taraflar, Avrupa veya Kuzey Amerika'daki üyelerinden biri ya da daha fazlasına karşı silahlı bir saldırıyı, anlaşma taraflarının tümüne yapılmış sayacakları konusunda mutabık kalmışlar ve sonuç olarak ta böyle bir silahlı saldırı gerçekleştiği takdirde, taraf devletlerin her biri, BM Şartının 51. maddesinde belirtilen toplu veya bireysel savunma hakkının kullanılmasında saldıranın muhatabı olan taraf ya da taraflara derhal karşı saldırı konumuna geçerek yardım edecek, ve diğer taraflarla iş birliği içerisinde silahlı güç kullanımı, Kuzey Atlantik Bölgesinin güvenliğinin devamının sağlanması da dahil olmak üzere gerekli görülen eylemleri düzenleyeceklerdir..."* şeklindedir. <http://translate.google.com/translate?hl=tr&langpair=en%7Ctr&u=http://www.nato.int/docu/basic.htm&ei=I86dULifEtK80AHP-oHYAw>, erişim tarihi:11.11.2012.

Diğer uluslararası örgütler ve devletler de buna ilişkin hazırlıklar yapmakta ve ordularını siber savaşa karşı teşkilatlandırmaktadırlar. Uluslararası ortamda da silahlı çatışma hukuku kuralları ve savaş hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarının siber savaşta uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.

Siber alanda meydana gelen ve bazıları siber savaş olarak tanımlanan saldırı ve savunma olaylarından aşağıdaki şekilde sonuçlar çıkarılmıştır:⁴²

- Siber alanda şimdiye kadar gerçekleşen vakalar göstermiştir ki; siber savaş gerçektir ve şimdiye kadar ilkel siber silahlar kullanılmış olup taraflar gerçek yeteneklerini ve silahlarını devreye sokmamışlardır. Bunun nedeni, tarafların ellerinde bulundurdukları yetenekleri henüz göstermek istememeleridir. ABD ve diğer tarafların sahip oldukları gerçek yetenekler kullanıldığında bu saldırıların bir ulusun sonunu getirebileceği konusunda yorumlar yapılmaktadır.
- Siber savaşta, saldırı zamanı ile bu saldırının karşı tarafta yaratacağı etki neredeyse aynı anda gerçekleşmektedir. Bu durum aynı zamanda kriz yöneticilerinin karar alma süreçlerini ve ellerinde bulundurdukları zamanı önemli ölçüde zora sokmaktadır.
- Siber ortamın yapısı ve kullanılan tekniklerin karmaşıklığı, herhangi bir siber anlaşmazlık durumunun kolaylıkla küresel hale gelebileceğini ve birçok devleti bu savaşın içersine çekeceğini göstermektedir.
- Bankalardan savunma radarlarına kadar insanların ihtiyaç duyduğu ve güvendiği sistemler siber ortamdan erişilebilir durumdadır ve bu sistemler hiç kullanılmaya fırsat verilmeden devre dışı bırakılabilmekte ya da kullanılamaz hale getirilebilmektedir.

Siber savaşın tanımlanması konusunda problem oluşturan konulardan en başta geleni savaş konusu sayılabilecek saldırıların neler olduğu ve saldırı kaynağının tespiti.⁴³ Siber ortamda, iz sürmenin zor

⁴² Richard A. Clarke, Robert K. Knake. *Cyber War : The Next Threat to National Security and What to do About It* (1. Baskı), New York, 2010, s.5,83,93.

⁴³ Alexander Klimburg. "Building Confidence in Cyberspace", *Cyber Security, New Europe* (Special Edition), Sayı: Mayıs-Haziran 2011, <http://www.scribd.com/>

olması nedeniyle, gerçekten saldırı kaynağı olan devlet, bunu kolaylıkla reddedebilirken aynı zamanda devlet dışı aktörleri de bu saldırılarda aracı olarak kullanabilmektedir.

Başka bir zorluk ise, "kazara savaş" tır. Gerçek saldırı kaynağı, saldırıyı bir devlet üzerinden sistemli yapılan bir saldırı gibi gösterip gerçek problemlere sebep olabilmektedir.

Siber alandaki her saldırı veya kötü niyetli faaliyet siber savaşın kapsamına girmemektedir. Siber savaşı tanımlarken, siber ortamda en çok kullanılan ve bazen karıştırılan terimleri de açıklamak konunun daha iyi kavranması için faydalıdır. Bu nedenle, siber uzayda gerçekleştirilen kötü niyetli siber hareketlerden olan siber suç, siber casusluk ve siber terörizm terimlerinin ne anlama geldiğini açıklamanın siber savaş teriminin farkını kavramak açısından önemli olduğu değerlendirilmektedir.

3. "Siber Suç", "Siber Casusluk" ve "Siber Terörizm" Kavramları

a. Siber Suç

Siber suç teriminin kullanımı, siber saldırı ve siber savaş teriminden daha eskiye dayanmaktadır. Siber suç terimi uluslararası belgelerde yer almasına rağmen hangi eylemlerin siber suç olarak kabul edileceği açıkça belirtilmemiştir.⁴⁴ Çoğunlukla, siber suç denildiğinde bilgisayar ve iletişim sistemleri kullanılarak işlenen yasadışı fiiller anlaşılmaktadır. Siber suçun tipik tanımını, bilgisayar veya bilgisayar ağları ve donanımları kullanılarak işlenen suç şeklinde yapmak mümkündür.⁴⁵ Fakat, literatürde net bir tanım üzerinde fikir birliğine varılamamış ve hangi fiillerin suç siber suç kapsamına girdiği açıkça sayılmamıştır.

Literatürdeki birçok tanıma karşın; herhangi bir suçun siber uzay içinde işlenebilme imkânı bulunuyor ve bu ortam içersinde gerçekleş-

doc/56702531/Cyber-Security-2011, erişim tarihi:10.11.2012.

⁴⁴ Sarah Gordon, Richard Ford, "On the Definition and Classification of Cybercrime", *J. Computer Virology*, no:1, 2006, s.13; Sylvia Mercado Kierkegaard, "International Cybercrime Convention", <http://www.igi-global.com/viewtitlesample.aspx?id=7486> Erişim Tarihi:2.11.2011; Debra Littlejohn Shinder, *Scene of the Cybercrime: Computer Forensic Handbook*, Ed Tittel, Syngress Publishing Inc., 2002, s.16..

⁴⁵ Gordon, Ford, a.g.e., s.14.

tirilen fiil hukuka aykırı veya suç olarak tanımlanabiliyorsa, bu suç “siber suç” olarak tanımlanabilmektedir.

“Bilgisayar suçu” terimi bazı zamanlar “siber suç” teriminin yerine kullanılsa da, “siber suç” denildiğinde bilgisayarı da kapsayan ancak sadece bilgisayarlarla kısıtlı olmayıp siber alandaki bütün cihaz, araç ve sistemlere karşı veya bunlar marifetiyle işlenen suçlar kastedilmektedir. Türkiye’de “siber suç” terimi yerine daha çok “bilgi işlem suçu” terimi kullanılmaktadır.

Avrupa Konseyi Sibirsuç Sözleşmesinde de siber suç tanımı yapılmış değildir. Sözleşmede siber suçlar; yetkisiz erişim, sisteme ve veriye müdahale, bilişim sistemi aracılığıyla sahtekârlık ya da dolandırıcılık suçları ile sınırlı tutulmamaktadır. Söz konusu suçlar, bilişim sistemlerinin ceza hukukuna etkisi bakımından belirli dönemlerde ortaya çıkan niceliksel ve niteliksel etkilere bir tepki olarak gündeme gelmiştir. Siber suçların, sadece bilgisayar ve veriye yönelik fiilleri esas almadığı bilişim sistemlerinin kullanılmasıyla ve özellikle internetin yaygınlaşması ile birlikte niceliksel olarak ortaya çıkan sorunları da kapsadığı görülmektedir.⁴⁶ Bu açıdan çocuk pornografisi, telif haklarına ilişkin ihlaller ve son olarak Sözleşmeye yapılan ek protokolle kapsama alınan, yabancı düşmanlığının ve ırkçılığın önlenmesine ilişkin hükümler de siber suç kapsamındadır.⁴⁷ Sözleşmede bu suçların minimum bir uzlaşmayı temsil ettiği ve taraf devletlerin kendi mevzuatlarında başka suçları da düzenleyebilecekleri belirtilmiştir.

Siber suç fiilleri bir asayiş olayı olup, kişi, grup veya organizasyonlar tarafından farklı saiklerle işlenebilir. Ancak, siber savaş nedeni olabilecek fiiller, aleyhine işlenen devletin hukukunda suç olsun veya olmasın, devletin güvenliğine ve siyasi yararlarına, siber ortamda veya fiziksel ortamda ciddi zararlar veren eylemlerdir.

⁴⁶ Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2006, s.61.

⁴⁷ Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, Strasbourg, 28.1.2003, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>, erişim tarihi:16.11.2012.

b. Siber Casusluk

Casusluk, çok eski çağlardan beri varlığını koruyan, tarihi gelişimi içinde giderek kurumsallaşmış uzmanlaşmış son derece teknik ve kendine özgü şartları olan bir meslektir. Devlet güvenliğine karşı işlenen suçların en önemli, en tehlikeli ve en eskilerinden biri casusluk suçudur. Devletlerin müstakil siyasi yapısının oluşumu harp sanatı kadar eskidir. Casusluk, tarihe bakıldığında savaşta başarı vasıtalarından biri olarak anlaşılmış ve bu gayeye hizmet için her zaman kullanılmıştır.

Casusluk, düşman menfaatine gözetlemek, gizli şeyleri bulmak ve sağlamak için araştırmalar yapmak ve gerektiğinde istenilen yere ulaştırmaktır.⁴⁸ Nitekim batı dillerinde⁴⁹ casusluk, gözetlemek anlamına gelen "*spigare*", "*epier*" fiilinden alınmış bir kelimedir.⁵⁰

1889 Lahey Antlaşması'nın 29. maddesinde casus; "*gizlice veya sahte kimlikle, muharip bir devletin harekât sahasında bilgi elde eden veya etmeye çalışan kimse*" olarak tanımlanırken,⁵¹ 1907 Lahey Konferansı'nda casus; "*gizli bir surette veya sahte bahanelerle hareket ederek hasım tarafa bildirmek üzere muhariplerden birinin hareket mıntıkası hakkında malumat alan veya almaya çalışan kimsedir*" şeklinde tanımlanmıştır.⁵² Bu tarifler, daha çok savaş zamanında yapılan askerî casusluğa ait olup, konunun muhtelif şekillerini kapsayacak bir kapsam taşımamakta, mesela barış

⁴⁸ Askerî Yargıtay 3. Dairesinin 25.1.1972 gün ve 1972/5-21 E.K. sayılı kararı. (Askerî Yargıtay Kütüphanesi 3. Daire 1972 yılı kararlar klasörü); Askerî Yargıtay 3. Dairesinin 21.3.1972 gün ve 1972/93-102 E.K. sayılı kararı. (Askerî Yargıtay Kütüphanesi 3. Daire 1972 yılı kararlar klasörü); Casus ve casusluğun Arapça bir kökene sahip olduğu görülür. "*Câsûs*", Arapça bir isim olarak anlamı, "*çaşıt*" (*Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, 10. Baskı, 4. Akşam Sanat Okulu Matbaası, Ankara, 2005, s.399); "*hafiy*"; "*gizli haberler öğrenerek veya sırları çözürek haber veren*"; "*düşmanın askerliğe dair haberlerini öğrenip bildiren kimse*" dir. (Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 24. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007, s.20).

⁴⁹ Casusluk: Fransızca Espionage; İngilizce Espionage; Almanca Spionage; İtalyanca Spionaggio; İspanya Espionaje; Rusça Şpionstvo; bunların kökü İtalyanca spia (casus) kelimesinin abartılı seklı olan "*spione*" kelimesinden gelmektedir. "*spiare*" (Eski Fransızca "*üpier*", Modern Fransızca "*üpier*") gizli bakmak; Hind-Avrupa kökü "*spek*", tetkik etmek; Latince "*specere*", görmek; Yunanca "*skeptesthein*", gizli bakmak. *Türk Ansiklopedisi*, Cilt 9, Maarif Basımevi, Ankara, 1958, s. 490.

⁵⁰ Abdullah P. Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, Cilt 1, 3. Baskı, Kazancı Yayınevi, Ankara, s. 509.

⁵¹ *Türk Ansiklopedisi*, s. 490.

⁵² Atif Akgüç, "*Casusluk Suçu*", *Siyasi İlimler Mecmuası*, Yıl 10, Sayı 118, 1941, s. 478.

zamanında yapılan askerî (plan, v.b.), siyasi (belge, haber, gizli anlaşma, v.b.), iktisadi (mali, ticari, iktisadi durum, v.b.), ilmi (atom sırrı, gizli silâh, keşif, v.b.) casusluk bu tariflere girmemektedir.

5237 sayılı TCK'nın "*Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk*" başlığı altındaki suçlara bakıldığında çıkarılan casus tanımı; "*devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri veya yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin etmek veya açıklamak*" şeklindedir.⁵³

Teknolojinin büyük bir hızla geliştiği günümüzde yeni buluşlar yapılmakta ve bu buluşlar öncelikle ülkelerin güvenliği ya da menfaatleri için kullanılmaktadır. Yeni gelişen teknolojinin, egemenlik ve bağımsızlığı doğrudan etkilediği, dünyada gücü belirleyen en önemli unsur haline geldiği çağımızda, teknolojik ve ekonomik istihbarat çok daha önemli duruma gelmiştir. Casusluk faaliyetlerinin geçmişte sadece askerî ve siyasi alanlara yöneldiği, bugünün dünyasında ise telekomünikasyondan bilgisayar teknolojisine, genetikten havacılık endüstrisine, lazer teknolojisinden optik alanındaki araştırmalara kadar her alanda etkisini hissettirdiği ortadadır.⁵⁴

Teknolojik gelişmeler bilgiyi depolamayı ve korumayı kolaylaştırırken aynı zamanda casusluk faaliyetlerini de kolaylaştırmaktadır. Günlük yaşamın internet ile iç içe geçtiği günümüzde, internet üzerinden şahısların ve küçük ölçekli şirketlerin kimlik bilgilerinin, kul-

⁵³ Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 02.10.1997 gün ve 1997/98-114 E.K. sayılı kararında casusluk şöyle tarif edilmektedir: "*Casusluk, sözlük anlamıyla; gözetlemek amacıyla düşman içine sızmak, yabancı bir devletle ilgili sırları öğrenmeye çalışmaktır. Hukuki kavram olarak casusluk; bir devlet menfaatine bir başka devletin askerî, siyasi ve iktisadi durumuna ilişkin gizli bilgilerin veya belgelerin araştırılması, sağlanması ve yabancı devlete ulaştırılmasıdır. Dolayısıyla casusluk, casus ile casusluğu talep eden arasında, talep edilen kimsenin devleti için "sır" niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin karşı tarafta aktarılmasına yönelik bir anlaşmanın bulunmasını gerekli kılar.*" Askerî Yargıtay Kütüphanesi Daireler Kurulu 1997 yılı kararlar klasörü.

⁵⁴ "*Titan Rain*", 2002 yılında başlayan ve ABD Savunma Bakanlığı'nı hedef alan ve Çin tarafından gerçekleştirildiği belirtilen siber casusluk vakalarına verilen gayri resmi isimdir. Bu saldırılarda Çinliler tarafından NIPRNet sunucularından 10-20 terabayt veri indirildiği düşünülmektedir. Bu faaliyetlerin sonrasında gerçekleşmiş olan vakalar da bu isimle anılmaya devam edilmiştir. Jeffrey Carr, Lewis Shepherd, *Inside Cyber Warfare* 1. Baskı, Sebastopol, Calif., O'Reilly Media, Inc., 2010, s.4.

lanıcı hesaplarının ele geçirilmesi artık çok sık yaşanan vakalar haline gelmiştir. Özellikle, kendilerini zararsız, faydalı programcılar olarak gösterip gerçekten de bu şekilde işlev gören ancak içlerine kullanıcı faaliyetlerini kaydeden programcılara gizlenen yazılımlar bu maksat için kullanılan en yaygın yöntemdir.

Bu kapsamda siber casusluk, bir ülkenin, kurumun, organizasyonun ya da kişinin hassas bilgilerini, siber ortamı araç olarak kullanıp gizlice ele geçirmektir. Bu eylem, bireysel veya kolektif olarak parasal kazanç elde etmek veya çıkar sağlamak saiki ile yapılıyor olabilir. Bir devlet tarafından organize olarak başka bir devlete zarar vermek saikiyle icra edilen siber casusluk faaliyetleri siber savaşın nedeni olabileceği değerlendirilmektedir.

Teknoloji lideri ülkeler, özellikle teknolojik alandaki yeni buluş ve gelişmeleri askeri teknolojilerine uyarlamaktadır. Siber casusluk faaliyetlerinin hedefi de günümüzde devlete ilişkin sırların yanında endüstriyel sırlar da olmaktadır. Büyük emek, mesai ve kaynak harcanarak yapılan buluşların gizlenmesi ve yanlış kişilerin eline geçmesi veya kullanılmaması devlet güvenliği için büyük önem arz ettiği kadar şirketlerin başarısı ve bekası içinde önem arz etmektedir.

Değişik casusluk türleri, bin yıllardır görülüyor olsa da artan küresel rekabet, bilgi teknolojilerinde yaşanan gelişmeler ve küçük fakat çok yüksek kapasitelere sahip depolama cihazlarının ortaya çıkması siber casusluk faaliyetlerinin yaratmış olduğu tehlikeyi ciddi anlamda artırmıştır.⁵⁵

c. Siber Terörizm

Sözlük anlamı olarak terör, "*korkutma, yıldırma*", terörizm ise "*yıldırıcılık*" anlamına gelmektedir.⁵⁶ Terörizm, uluslararası ve ulusal güvenlik ortamını ciddi derecede tehdit eden bir olgu olarak yoğun incelemelere konu olmaktadır. Terörizm konusunda uluslararası alanda halen ortak bir anlayışa bağlı olarak tek bir tanım geliştirilememiş

⁵⁵ 2006 yılında İnternet sitesi ismini kaydettiren ve 2007 yılı Ocak ayında, elinde yayınlanmak üzere 1,2 milyon doküman olduğunu bildiren Wikileaks dünya üzerinde çok ses getirmiş bir sitedir. Birçok ülkeye ait gizli belgeleri bu tarihten itibaren yayınlamaya başlamıştır ve büyük yankı uyandırmıştır. Bu siber casusluğa ilişkin en çarpıcı örneklerden birisidir.

⁵⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi:30.10.2012

olması önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinsel tartışmada, terörizm ile “*yabancı işgaline karşı*” ve “*kendi kaderini tayin amaçlı meşru mücadele*” arasında bir ayrıma gidilmesi hususunda mutabakat yoktur. Ülkelerin yaklaşımındaki farklılıklar tanımı zorlaştıran en önemli etkenlerin başında gelmektedir.⁵⁷

Her devlet, terörizmin tanımını, kendi siyasi bakış açısına göre değerlendirmektedir.⁵⁸ Buna göre her devlet, uluslararası terör eylemlerini tanımlarken, kendisini hedef alan eylemleri içine alacak şekilde ve halen gelen veya gelebilecek iç ve dış düşmanlarının olası eylemlerini, uluslararası hukuka göre hukuk dışı saymak istemektedirler. Bunun yanında her devlet, herhangi bir biçimde egemenliklerini olumsuz yönde etkileyebilecek tanımlardan uzak durmaya çalışmaktadır. Netice olarak, bir devlet tarafından terörist olarak nitelendirilen kişi veya kişiler, diğer bir devlet tarafında da “*özgürlük savaşçısı*” olarak nitelendirilmektedir.⁵⁹ Bu nedenle siber terörizmin tek bir tanımının kabul edilmesi de beklenmemelidir.

Siber terörizm, terörist faaliyetlerin siber alan kullanılarak gerçekleştirilmesi olarak ya da terör örgütlerinin siber alanı araç olarak kullanmaları olarak tanımlanabilir.⁶⁰

Başka bir tanıma göre de siber terörizm, siber alan ve terörizmin bir araya gelmesidir. Politik veya sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesi için bir devleti veya vatandaşlarını aşağılamak veya korkutmak üzere bilgisayarlara, ağlara veya bilgilerin depolandığı yerlere gerçekleştirilen kanunsuz saldırı veya saldırı tehditlerine siber terörizm denir.⁶¹

⁵⁷ Dışişleri Bakanlığı Resmi İnternet sitesi, “*Terörizmle Mücadelede Uluslararası İşbirliği ve Tanım Sorunu*”, http://www.mfa.gov.tr/terorizmle-mucadelede-uluslararası-isbirligi_-ve-tanim-sorunu_-tr.mfa, erişim tarihi: 12.11.2012.

⁵⁸ Türk Hukukunda Terör, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde, “*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ Çitlioğlu, Ercan. *Gri Tehdit Terörizm*, (1. Baskı), Ankara, Destek Yayınları, 2008, s.17.

⁶⁰ Serge Krasavin, “*What is Cyber Terrorism?*”, <http://www.crime-research.org/library/Cyber-terrorism.htm>, Erişim Tarihi:4.11.2012.

⁶¹ Dorothy E. Denning, “*Cyberterrorism*”, <http://www.cs.georgetown.edu/~den>

Bu iki tanım bir araya getirildiğinde siber terörizm, bilgisayar ve iletişim teknolojisi kabiliyetlerinin politik olarak motive olmuş ulus-altı gruplar veya gizli ajanlar tarafından şiddet, bir toplumu etkilemek veya bir hükümetin politikalarını değiştirmek maksatlı olarak silah veya hedef olarak kullanılması şeklinde tanımlanabilir.⁶² Siber terörizmi irca eden ulus-altı gruplar iken siber savaşı icra eden kişi grup veya organizasyonların bir devlet tarafından yönlendirilmesidir. Sorun, siber savaş nedeni sayılabilecek saldırının gerisindeki saldırgan devleti tespit edebilmektir.

III. Sonuç

Hukukun vazgeçilmez aracı dil olduğundan, siber savaş gibi teknolojik gelişmelere bağlı olarak anlamı değişen ve gün geçtikçe hukukçular için daha çok önem teşkil edecek bir terimi açıklama ihtiyacı vardır. Tabii, pek çok ülkenin hukukunda olduğu gibi Türk Hukuku'na yeni giren terimlerin gelişmelerden ilham alınarak yaratıldığı göz ardı edilmeyerek, yabancı diller bilimsel incelemelere dâhil edilmelidir. Hukuk alanındaki çalışmalara derinlik kazandıran, resmin tamamını görmeyi sağlayan bu yaklaşım hukukun dilbilgisiyle bağını sağlamlaştırmaktadır.

Siber savaş, bilimsel eserlerde artık yaygın şekilde kullanılmaya başladığından bu çalışmada, siber savaş bir hukuk terimi olarak incelenmiştir. Silahlı çatışma hukuku kuralları ve savaş hukukuna ilişkin uluslararası hukuk kurallarının siber savaşta uygulanıp uygulanamayacağı başka bir çalışmanın konusu olacaktır.

Yakın bir gelecekte siber silahlarla gerçekleştirilebilecek saldırıların, sonuçları açısından klasik savaşları aratmayacağı ve elektrik santrallerinin devre dışı bırakılması, nükleer santrallerin kontrollerinin ele geçirilerek potansiyel birer atom bombasına dönüştürülmesi, basıncın artırılarak doğal gaz borularının havaya uçurulması, baraj kapakları açtırılarak şehirlerin sular altında bırakılması, iletişim ağlarının devre dışı bırakılmasıyla haberleşmenin sekteye uğratılması ve hava, kara ve deniz trafiğinin aksatılması gibi sonuçlar doğuracağı beklenmektedir.

⁶² ning/infosec/ cyberterror-GD.doc, Erişim Tarihi:07.11.2012.
Jason Andress, Steve Winterfeld, *Cyber Warfare*, Elsevier, 2011, s. 198.

Uluslararası hukuku önümüzdeki günlerde daha fazla meşgul edecek olan siber savaş konusunda, hukukçuların da konuya eğilmesi ve gelişmeleri takip ederek Türkiye özelinde yapılması gereken düzenlemeleri tartışmaya açmaları faydalı olacaktır.

KAYNAKLAR

- Abdullah P. Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, Cilt 1, 3. Baskı, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1960.
- Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, Strasbourg, 28.1.2003, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>, erişim tarihi:16.11.2012.
- Alexander Klimburg, *"Building Confidence in Cyberspace"*, Cyber Security, New Europe (Special Edition), Sayı: Mayıs-Haziran 2011, <http://www.scribd.com/doc/56702531/Cyber-Security-2011>, erişim tarihi:10.11.2012.
- Atıf Akgüç, *"Casusluk Suçu"*, *Siyasi İlimler Mecmuası*, Yıl 10, Sayı 118, 1941, s. 477-484.
- Brian Krebs, *"Obama: Cyber Security is a National Security Priority"*, *Washington Post*, 29.5.2009, <http://voices.washingtonpost.com/securityfix/2009/05/obama-cybersecurity-is-a-natio.html>, erişim tarihi: 7.11.2012.
- Cambridge Dictionaries Online, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/turkish/cyber?q=cyber>, <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/turkish/war?q=war>, erişim tarihi: 12.11.2012.
- Ceyda Karaaslan, *"Siber Ordunun İlk Timleri Hazır"*, *Sabah Gazetesi*, 9.5.2011, <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2011/05/09/siber-ordunun-ilk-timleri-hazir>, erişim Tarihi:9.11.2012
- Collins Dictionaries*, <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/cyber-war>, erişim tarihi:11.11.2012.
- Cyber Space Operations* (US Air Force Doctrine Document 3-12, 15.6.2010), s.2, <http://www.e-publishing.af.mil/shared/media/epubs/AFDD3-12.pdf>, Erişim tarihi: 15.11.2012.
- Çitlioğlu, Ercan. *Gri Tehdit Terörizm*, (1. Baskı), Ankara, Destek Yayınları, 2008.
- Debra Littlejohn Shinder, *Scene of the Cybercrime: Computer Forensic Handbook*, Ed Tittel, Syngress Publishing Inc., 2002.
- Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms (Joint Publications 1-02)*, http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf, erişim tarihi: 30.10.2012.

- Dışişleri Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, "Terörizmle Mücadelede Uluslararası İşbirliği ve Tanım Sorunu", <http://www.mfa.gov.tr/terorizmle-mucadelede-uluslararası-isbirliği-ve-tanım-sorunu-tr.mfa>, Erişim tarihi: 12.11.2012.
- Donna MILES, "New Cyber Chief: People Key in Meeting Cyberspace Challenge", *The Official Website of U.S. Air Force*, <http://www.af.mil/news/story.asp?id=123207676>, erişim tarihi:6.12.2011.
- Dorothy E. Denning, "Cyberterrorism", <http://www.cs.georgetown.edu/~denning/infosec/cyberterror-GD.doc>, erişim tarihi:07.11.2012.
- Emre Bakır, "İnternet Güvenliğinin Tarihçesi", *TUBİTAK Bilgem Dergisi*, Yıl 2011, Cilt 3, Sayı 5, s.6-17.
- Elisabeth Bumiller, Thom Shanker, "Panetta Warns of Dire Threat of Cyberattack on U.S.", *The New York Times*, 11 Ekim 2012, <http://www.nytimes.com/2012/10/12/world/panetta-warns-of-dire-threat-of-cyberattack.html?pagewanted=all&r=0>, Erişim Tarihi:3.11.2012.
- Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 24. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007.
- Free Dictionary*, <http://www.thefreedictionary.com/cyberwar>, erişim tarihi: 11.11.2012.
- Faruk Y. Turinay, "Bir Kelime Olarak Anayasa'nın Tarihsel Yolculuğu Üzerine Düşünceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 95, 2011, s.269-312.
- Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Ankara, Öteki Matbaası, 1998.
- Güney Nair, "Bilgi'nin Değişen Anlamı ve Kavram Tartışmaları", *C.Ü. İBF Dergisi Doç. Dr. Feramuz Aydoğan'ın Anısına*, s.329-337.
- http://www.nato.int/nato_static/assets/pdf/pdf_publications/20120207_strategic-concept-2010-tur.pdf, erişim tarihi:3.11.2012.
- http://www.nato.int/cps/en/natolive/events_78665.htm?selectedLocale=en, erişim tarihi:3.11.2012.
- http://www.nato.int/cps/en/SID-D71112AD-6BB73526/natolive/events_84074.htm, erişim tarihi: 3.11.2012.
- <http://translate.google.com/translate?hl=tr&langpair=en%7Ctr&u=http://www.nato.int/docu/basics.htm&ei=I86dULifEtK80AHP-oHYAw>, erişim tarihi:11.11.2012.
- Jason Andress, Steve Winterfeld, *Cyber Warfare*, Elsevier, 2011.
- Jason Whittekar, *The Cyberspace Handbook*, Oxon, Routledge, 2004.
- Jeffrey Carr, Lewis Shepherd, *Inside Cyber Warfare* 1. Baskı, Sebastopol, Calif., O'Reilly Media, Inc., 2010.
- Joint Doctrine for Information Operations (Joint Pub 3-13)*, 9.10.1998. http://www.c4i.org/jp3_13.pdf, erişim tarihi:2.11.2012.
- Macmillan Dictionary*, <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/american/cyberwar>, erişim tarihi:11.11.2012.
- Martin C. Libicki, *What is Information Warfare?*, National Defence University, Washington, 1995.

- Muammer Ketizmen, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2006
- Nafi Kaşıkçıoğlu, "Elektronik Harp", *Siber Savunma Sempozyumu*, Askeri Müze ve Kültür Sitesi Komutanlığı, Harbiye, İstanbul, 24-25 Mayıs 2011.
- Norbert Wiener, *Cybernetics: Or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Paris, (Hermann & Cie) & Camb. Mass., 1948.
- Olaf Theiler, "Yeni Tehditler:Siber Boyut", *NATO Dergisi On Yıl Sonra Alınan Dersler*, <http://www.nato.int/docu/review/2011/11-september/Cyber-Threads/TR/index.htm>, erişim tarihi: 3.11.2012.
- Oxford Dictionaries, http://oxforddictionaries.com/definition/american_english/cyberwar?region=us&q=cyber+war, erişim tarihi:11.11.2012.
- Resuhi Akdikmen, Langenscheidt Standart Sözlüğü, İnkılap Kitapevi, İstanbul, 1992.
- Rich Gibson, Schuyler Erle, *Google Maps Hack*, U.S.A., O'Reily Media Inc., 2006.
- Richard A. Clarke, Robert K. Knake. *Cyber War : The Next Threat to National Security and What to do About It* (1. Baskı), New York, 2010.
- Ronald Deibert, "Tracking the Emerging Arms Race in Cyberspace", *Bulletin of the Atomic Scientists*, January/February 2011, 67 s.1-8.
- Ryan Singel, "White House Cyber Czar:'There is no Cyber War", *Wired*, 3.4.2010, <http://www.wired.com/threatlevel/2010/03/schmidt-cyberwar/>, erişim tarihi: 10.11.2012.
- Sarah Gordon, Richard Ford, "On the Definition and Classification of Cybercrime", *J. Computer Virology*, no:1, 2006, s.13-20.
- Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1962.
- Serge Krasavin, "What is Cyber Terrorism?", <http://www.crime-research.org/library/Cyber-terrorism.htm>, erişim tarihi:4.11.2012.
- Shane M. Coughlan, *Is There a Common Understanding of What Constitutes Cyber Warfare?*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), The University of Birmingham 2003. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.102.1876&rep=rep1&type=pdf>, erişim tarihi: 15.05.2012.
- Shitanshu Mishra, "Network Centric Warfare in the Context of Operation Iraqi Freedom" *Strategic Analysis*, V.27, I.4, s.546-547. http://www.idsa.in/strategicanalysis/NetworkCentricWarfareintheContextofOperationIraqiFreedom_smishra_1003, erişim tarihi:5.11.2012.
- Sylvia Mercado Kierkegaard, "International Cybercrime Convention", <http://www.igi-global.com/viewtitlesample.aspx?id=7486>, erişim tarihi:2.11.2011.
- Thomas C.Wingfield, *The Law of Information Conflict: National Security Law in Cyberspace*, Aegis Research Corp., 2000.
- Thomas Rid, "Cyber War Will Not Take Place In", *Strategic Studies*, Volume 35, Issue 1, 2012, s.5-32.

Türk Ansiklopedisi, Cilt 9, Maarif Basımevi, Ankara, 1958.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 30.10.2012

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, 10. Baskı, 4. Akşam Sanat Okulu Matbaası, Ankara, 2005.

Türk Silahlı Kuvvetleri Bilgi Harbine Nasıl Hazırlanmalıdır?, Harp Akademileri Yayınları (Tasnif Dışı), İstanbul, 1999, s.1-14.

United Nations, UN Terms, <http://unterm.un.org/dgaacs/unterm.nsf/WebView/E996B25EA7D3B36E85256B090056D806?OpenDocument>, erişim tarihi: 31.10.2012.

US Department of Defence, US Cyber Command Fact Sheet, 25.5.2010, http://www.defense.gov/home/features/2010/0410_cybersec/docs/cyberfactsheet%20updated%20replaces%20may%202021%20fact%20sheet.pdf, erişim tarihi: 8.11.2012.

Yasin Aslan, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 79, 2008, s.235-274.

Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence, Second Edition*, Grotius Publications, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

Vassily Fourkas, What is cyberspace?, <http://www.waccglobal.org/en/20043-communication-rights-an-unfinished-agenda/495-What-is-cyberspace.html>, erişim tarihi:13.11.2012.

ZİMMET SUÇU'NUN KOOPERATİFLER KANUNU VE YARDIM TOPLAMA KANUNU ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

CRIME OF EMBEZZLEMENT IN THE ACT ON COOPERATIVES AND THE ACT ON CHARITABLE DONATIONS: AN ASSESSMENT

Şenel SARSIKOĞLU*

Özet: Bu çalışmanın konusunu kişinin, kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın belli malvarlığı değerlerini zimmetine geçirmesi halinde cezalandırılacağını düzenleyen Yardım Toplama Kanunu ve Kooperatifler Kanunu özelinde "Zimmet" suçunun değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Amaç, 5728 sayılı Kanun değişikliği sonrası oluşan yeni durumun ortaya konulmasıdır. Böylece Türk Ceza Adaleti Sisteminde zimmet suçu açısından bir değerlendirme yapılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zimmet Suçu, Yardım Toplama Kanunu, Kooperatifler Kanunu, Türk Ceza Adaleti Sistemi, Kamu Görevlisi.

Abstract: In Turkish Law, the Crime of Embezzlement is regulated by the Act on Cooperatives and the Act on Charitable Donations, in addition to the Criminal Code. Unlike the Latter, however, these two Acts do not depend on the condition that an embezzler should be public official. In order to be punished. The paper aims to assess the crime of embezzlement in view of the new situation arising from Act of amendment 5728, which is in all intents and purposes, an attempt to realign, it is argued, the Acts with the Criminal Justice System.

Keywords: Crime of Embezzlement, Act on Charitable Donations, Act on Cooperatives, Criminal Justice System, Public Official.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

A. GİRİŞ

Zimmet fiili, Tanzimat'tan sonra yürürlüğe giren ve kendisini özel olarak suç sayan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu ile ilk defa Türk Ceza Adalet Sistemi'ne girmiştir.¹ Şu an yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler başlıklı Dördüncü Kısım, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı Birinci Bölüm, 247-249 maddelerinde de zimmet suçu düzenlenmiştir.

Bununla birlikte; 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; 23 Ocak 2008 tarihinde Meclis Genel Kurulunda kabul edilmiş ve 08 Şubat 2008 tarihli, 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 580 maddeden oluşan bu Kanun ile birlikte, birçok kanunun çeşitli maddelerinde değişiklikler yapılmıştır.

Çalışma konumuzu da Türk Ceza Adalet Sistemi'nin benimsemiş olduğu farklı felsefe ve sistem ile beraber, 5728 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle gelinen noktada, kişinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın belli malvarlığı değerlerini zimmetine geçirmesi halinde cezalandırılacağını düzenleyen Yardım Toplama Kanunu ve Kooperatifler Kanunu özelinde zimmet suçuna ilişkin genel açıklamalar ışığında 'Zimmet' suçunun değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

B. KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Zimmet suçunun düzenlenmesi ile korunması hedeflenen hukuki menfaatin ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, kanun koyucunun bu hususa işaret ettiği söylenebilir.

Buna göre; bir görüş, devletin mali menfaatlerini ön plana çıkarmakta ve devlete ait malvarlığının dürüstlüğe aykırı biçimde kullanılmasının ve böylece devletin mali bir zarara uğramamasının amaçlandığını kabul etmektedir.² Eski Fransız hukukunda geçerlilik arz eden

¹ Hüseyin Avsallı, "Zimmet Suçu", *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s.2.

² Muhammet Nedim Bekri, "Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 11. Ayrıca bkz. Sahir Erman - Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1992, s.7; İsmail Malkoç - Mahmut Güler, *Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, İstanbul, 2006, s. 11.

bu görüş kabul edildiği takdirde, suçun faili kamu görevlisinden bir başkası da olabilecektir. Öte yandan zimmet suçunun, kalpazanlık, milletin kredisine zarar verme ve devlete ait araçları tahrip suçlarıyla beraber düzenlenmesi de gerekecektir.³

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ve bu kanunun tercüme edilmesiyle oluşturulan 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un ve devamında da 765 sayılı mülga TCK'nın benimsediği ikinci görüş zimmeti, bir fonksiyon ve görev suçu olarak değerlendirmekte olup burada bir tür kudretin, yetkinin kötüye kullanılmasının söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Zimmet, her kamu görevlisinin taşıması şart olan sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmekte; böylece de, kişilerin, icra ettikleri fonksiyon nedeniyle devletin temsilcilerine karşı korumaları zorunlu güveni ihlal etmektedir. Buna göre zimmet, kamu görevlilerinin devlet idaresine karşı işledikleri diğer suçların arasında yer almalıdır.⁴

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da zimmet suçunu, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiş ve yukarıda zikredilen ikinci görüşe benzer şekilde ve bu doğrultuda kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin korunması hedeflemiştir.⁵ Bu husus, TCK 247. madde gerekçesinde de, 'Kamu görevlisi, bu görevi dolayısıyla zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunabilir. Burada kamu görevlisinin bu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır.' demektedir ve devamında da '...Bu malın zilyedliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunma-

kümümler C:2, 6.Baskı, Ankara, 1996, s.1451.

³ Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul, 1984, s.76.

⁴ Muhammet Nedim Bekri, "*Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu*", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 12. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul:İ.Ü.H.F. Yayınları, 1984, s.76,77.

⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükmümler*, Ankara, 2006. s. 581.

maktadır.⁶ denilerek korunması amaçlanan hukuki yararın devletin mali çıkarı olmadığı ifade edilmektedir.

Bir kamu görevini ifa etmeyi üstlenen kişi, bunun beraberinde bir takım kamu hukuku yükümlülüklerini de üstlenmiş demektir. Buna göre kamu görevlileri üstlenmiş oldukları kamu faaliyetinin ifası sırasında bu faaliyetin gerekli kıldığı yükümlülüklerle de uygun olarak hareket etmek mecburiyetindedir. Çünkü; kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik ve gerekse liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez, oldukları hususunda toplumda hakim olan güvenin sarsılmaması gerekmektedir. Kaldı ki; kamu görevlileri üstlendikleri kamu görevi dolayısıyla kendilerine bırakılmış mal varlığı değerlerini muhafaza etmek ve bunlar üzerinde sadece tevdi amacı doğrultusunda tasarrufta bulunmakla yükümlüdürler. Kamu görevlilerinin bu hususa riayet ederek görevlerinin ifa ettikleri, buna aykırı davranışlarda bulunmadıkları konusunda toplumda hakim olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu noktada; zimmet bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmekte ve TCK'da suçun tanımına yer verilmesi suretiyle kamu görevlilerine duyulan bu güvenin korunması hedeflenmektedir.⁷

Çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu bağlamında korunan hukuki menfaat ise yaşadığımız çağda dünyadaki yönelimin, ekonomik ve sosyal yaşamdan devletlerin rollerinin azaldığı, idari, politik ve ekonomik yapıları serbestleştirdiği, planlı ekonomiden piyasa ekonomisine geçildiği bir süreç olduğu ifade edilebilir. Bu gelişmeler karşısında, kamusal otoritenin boşalttığı alanlarda etkin bir rol üstlenerek, toplumun karşılanamayan ekonomik ve sosyal gereksinimlerini en iyi biçimde giderebilecek oluşumlara olan ihtiyaç sürekli artmıştır. Gelişmiş ülkelerde, kooperatifler gibi kendi kendine yardım eden ve kendi sorumluluklarını yüklenen ekonomik örgütlerin yanı sıra yardım kuruluşları da ortaya çıkan bu boşluğu büyük ölçüde doldurmuştur.

Gelenen bu noktada, bir ülkenin ekonomik ve sosyal hayatında güven kurumları olarak nitelendirilebilecek kooperatifler ve yardım

⁶ Cumhur Şahin, İzzet Özgenc, Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Ankara, 2011, s. 383.

⁷ İzzet Özgenc, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.12,13.

toplamaya yetkili kuruluşların para ve mallarına ilişkin kasıtlı fiillerin Türk Ceza Kanunu bağlamında cezalandırılabilmesi kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Dolayısıyla yerine getirdikleri önemli ekonomik ve sosyal işlevler nedeniyle güven kurumları olarak adlandırılacak bu kurumların hukuka uygun bir şekilde faaliyette bulduklarına dair toplumdaki güvenin ilgili oldukları kanunlara hüküm konularak koruma altına alındığını görüyoruz. Bu itibarla, bu kurumların ekonomik ve sosyal hayattaki güvenilirliğinin hukuki himayesinin hedeflendiğini söyleyebiliriz.

C. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Zimmet suçunun konusu, TCK 247. maddede “mal” olarak belirtilmiştir. Madde metninde düzenlendiği üzere ‘... görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal’ ibaresi kullanılarak bu husus açıkça belirtilmiştir. Böylece Türk Ceza Adaleti Sisteminde zimmet suçu açısından mal kavramı geniş yorumlanmakta olup ekonomik değeri haiz ve ‘şey’ kavramına giren tüm nesnelere zimmet suçunun konusunu oluşturabilecektir.⁸ Madde gerekçesinde de ‘Zimmet suçunun konusu, taşınır veya taşınmaz maldır.’ denilerek suç konusunun taşınır ya da taşınmaz mal olması arasında bir ayırım yapılmadığını görüyoruz.

Kanun suç konusunun; kamu görevlisine görevi nedeniyle devredilmiş olması ya da kamu görevlisinin koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal olması şartını aramaktadır. Madde gerekçesinde de ‘Bu malın zilyetliğinin kamu görevlisine devredilmiş olması veya kamu görevlisinin bu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekir.’ denilerek bu husus vurgulanmaktadır.⁹ Burada önem teşkil eden durum zilyetlik devri ya da koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması durumunun kamu görevlisinin ‘görevi

⁸ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.12,13. Aynı yönde görüş için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 592.

⁹ Bu düzenleme karşısında PTT dağıtıcısının zarf içindeki parayı alması, zimmet suçuna vücut verecektir. İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.14. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara, 2001, s. 426 vd.

nedeniyle' gerçekleşmiş olması gerekliliğidir. Ancak; belirtmek gerekir ki kamu görevlisinin tevdi kabule yetkili olup olmaması önem taşımamaktadır.¹⁰ Kanun koyucu burada hangi hallerde zimmet suçunun oluşacağını gösterirken öte yandan hırsızlıkla zimmeti birbirinden ayıran bir ölçütü ifade etmiştir. Zimmette fail, malın zilyedi olmasına rağmen hırsızlıkta fiilin işlenmesi ile beraber zilyetlik elde edilmektedir.¹¹ Zimmet konusu, kamu görevlisinin koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu bir mal olması halinde bu yükümlülüğünün ifa edilmesi üstlenilen kamu görevinden kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca madde gerekçesinde 'Bu malın mülkiyetinin devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olması arasında fark bulunmamaktadır.' denilerek suç konusu malın mülkiyetinin bir kişiye, kuruma ya da devlete ait olması arasında bir ayırım yapılmadığını görüyoruz.

Çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu bağlamında suçun konusu ise; 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 406. maddesiyle değişik 28. maddesinde 'Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paralar' şeklinde 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 339. maddesiyle değişik 62. maddesinin 3. fıkrasında 'kooperatifin para ve malları' şeklinde düzenlenmektedir. TCK'da ekonomi değeri haiz her türlü mal varlığını ifade eden 'mal' kavramının yerine ilgili kanunlarda 'Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paralar' ve 'kooperatifin para ve malları' şeklindeki ifade farklılıkları muhteva açısından bir fark arz etmemektedir. Dolayısıyla yukarıda TCK'da zimmet suçunun konusuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar bu suçlar açısından da geçerlilik arz etmektedir.

2. Fiil

5237 sayılı TCK'nın 247. maddesinde zimmet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevi nedeni ile zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimi ile yükümlü olduğu malı, 'kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi' gerektiği ifade edilmiştir. Zimmete geçirme, madde gerekçesinde de' ... suç konusu mal

¹⁰ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.16.

¹¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 596.

üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunma ... ' şeklinde ifade edildiği gibi bir mal üzerinde ancak malikinin bulunabileceği tasarruflarda bulunmaktır. Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi başkasına satılması ya da verilmesi şeklinde olabilecektir.¹²

Yukarıda da ifade edildiği gibi çalışmamızda cevabını aranan sorulardan biri de bu suçun ihmali davranışla işlenilip işlenemeyeceği sorusu oluşturmaktadır. Öncelikle ifade edelim ki bu suç, ihmali davranışla işlenebilmektedir. Zimmete geçirme olgusu, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilmektedir. Mesela, kooperatif adına tahsil ettiği parayı usulsüz şekilde önce kendi açtığı hesabında nemalandırdıktan sonra kooperatif hesabına aktaran kişinin fiili, parayı yatırma süresinin dolması ile ihmali davranış şeklinde kendisini göstermektedir. Nitekim Yargıtay 4. CD'nin 01.12.1997 tarihli 9669/ 10536 sayılı kararı da bu görüş doğrultusunda "Noter olan sanığın damga vergisi, noterlik harcı, değerli kağıt bedeli ve katma değer vergisi olarak tahsil ettiği paraları yetkili makama yatırmama biçimindeki eylemleri TCK'nun 202. ve 80. maddelerinin uygulanmasını gerektirir zincirleme zimmet suçunu oluşturur." şeklindedir.¹³

Zimmet suçunda fail genellikle kendisi için bir yarar sağlamak amacıyla hareket etmektedir. Bununla birlikte, bu failin mal varlığına dahil olmayan, failin bir hareketiyle doğrudan doğruya üçüncü kişi açısından bir yarar sağlayan fiilin zimmet suçunu oluşturacağı Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Suç konusu malın failin veya başkasının zimmetine geçirilmesi arasında bir fark yoktur. Bu maddede açıkça ' ... kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren ... ' şeklinde ifade edilmiştir. Bu husus madde gerekçesinde de 'Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın kamu görevlisinin şahsının veya bir başkasının zimmetine geçirilmiş olması arasında fark bulunmamaktadır.'¹⁴ şeklinde ifadesini bulmuştur.

Zimmet suçunun konusunu karşılayacak miktarda teminatın bu-

¹² İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.21.

¹³ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.22. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 582. Ayrıca bkz. Osman Yaşar, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2001, s.452.

¹⁴ Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Ankara, 2011, s. 383.

lunması halinde dahi suçun oluşmasının önüne geçilemez. Kamu kurumlarında para ve sair değerler üzerinde tasarrufta bulunan kamu görevlilerinden muhtemel suistimallere karşılık bir teminat alınmış olabilir. Bu alınmış olan teminat muhtemel ve ileride meydana gelebilecek idari zararları teminat altına alır. Teminatın amacı, ödeneği sağlamaktan ibaret olup ileride meydana gelen suçu meşrulaştırma özelliği olamaz. Onun için teminatın varlığı suçu ortadan kaldırmaktadır. Teminat miktarı zimmete geçirilen değerden fazla olsa bile suç oluşacaktır. Teminatın varlığı halinde diğer şartların da gerçekleşmesi ancak cezadan indirim yapılabilir.¹⁵

Suç konusunun değerinin az olması durumunda zimmet suçunun oluşup oluşmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş zimmet suçunun oluşmadığı bunun sebebinin de mefruz rıza olduğunu ileri sürmektedir. Bu hukuka uygunluk sebebinin varlığı dolayısıyla zimmet suçu oluşmadığı sonucuna varmaktadırlar. Mefruz rızadan bahseden bu görüş taraftarları rızanın kaynağı konusunda bir açıklama yapmamaktadırlar kaldı ki bunun hukuki dayanağını teşkil eden emareler de mevcut değildir. Diğer bir görüş ise buradaki hukuka aykırılığa son veren durumun örf ve adet olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş ise bir tutarsızlık içermektedir. Çünkü; örf ve adet hukuka aykırılığı ortadan kaldırma etkisine sahip değildir. Bu görüşe göre failin hukuka aykırılık şuurunun bulunmaması nedeniyle kastının da varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda da gerçekleştirdiği davranış açısından failde hukuka aykırılık bilincinin varlığı tartışılabilir. Bir an için failin bu bilince sahip olmadığını düşündüğümüzde dahi bu bilincin yokluğu faildeki kastı ortadan kaldırıcı bir mahiyette değildir. 20. yüzyıl başlarındaki suç teorisinin bir görünümünü oluşturan bu görüşün günümüzde geçerliliği kalmamıştır. Sonuç itibarıyla; zimmet konusu eşyanın kurşun kalem, silgi gibi çok değerli bir şey olması durumunda zimmet suçunun oluşmayacağı kabul edilmekte olup buna doktrinde müsamaha edilen zimmet denilmektedir. Burada zimmet konusu eşyanın değeri çok az olmasına karşın, zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmaya devam etmektedir. Ancak; fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta

¹⁵ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.23. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 584. Ayrıca bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2005, s.525.

değildir. Bu husus TCK 249. madde gerekçesinde “ Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda, bu tasarruf, hoşgörülle karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörülle karşılanabilir.” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu bağlamında fiil ise; 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu’nun 5728 sayılı Kanun’un 406. maddesiyle değişik 28. maddesinde ‘zimmetine geçiren’ şeklinde, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 5728 sayılı Kanun’un 339. maddesiyle değişik 62. maddesinin 3. fıkrasında ‘suç teşkil eden fiil ve hareketleri’ şeklinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla yukarıda TCK’daki zimmete geçirme fiiline ilişkin olarak yapılan açıklamalar bu suçlar açısından da geçerlilik arz etmektedir.

3. Kullanma Zimmeti

Kamu görevlisi, görevi sebebiyle zilyedliği kendisine bırakılmış veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu zimmet suçuna konu olabilen malları belli bir süre kullandıktan sonra iade etmeyi düşünmesiyle hareket edebilir ve üstelik kullanma sonrasında iade etmesi söz konusu olabilir. Peki, kullanma zimmeti olarak adlandırılan bu halde fail cezalandırılacak mıdır? 765 sayılı mülga TCK’da bu hususta açık bir düzenleme yer almamasına ve doktrinde bu hususun tartışmalı olmasına¹⁶ rağmen 5237 sayılı TCK’nın 247.maddesinin 3. fıkrasında bu konuda hüküm tesis edilmiştir. Burada, ‘Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.’ denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de konuya ilişkin olarak ‘Maddenin son fıkrasında, kullanma zimmetine ilişkin hükme yer verilmiştir. Bu hükümde, zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek cezada indirim yapılması

¹⁶ İlhan Üzülmüş, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu”, HPD, S.:5, Aralık, 2005, s.221.

öngörülmüştür. Suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet olgusu ortaya çıktığına göre; kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle, her bir kullanmanın, ilgili somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirmeye, zimmeti oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan, kullanmanın salt belli bir süreyle sınırlı olması, zimmetin oluşumuna engel değildir." denilmektedir.

Failin zimmetine geçirdiği para yahut diğer malları iade etmek imkan ve iktidarına sahip olması suçun gerçekleşmesi üzerinde bir etkiye sahip değildir. Failin suç konusu teşkil eden malları daha sonrasında geri vermesi de suçun gerçekleştiği gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu noktada cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını sağlayan bir şahsi neden olarak etkin pişmanlıktan söz edilebilir.

Kullanma zimmeti ile ilgili olarak burada yapılan açıklamalar, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçu açısından da geçerlilik arz etmektedir.

4. Zimmet Suçu Nedeniyle Meydana Gelen Zarar

Suç teorisinde hareketin suç konusu üzerindeki etkisine göre suçlar tehlike ve zarar suçu olarak iki kısma ayrılırlar.¹⁷ Bu ayırım açısından zimmet suçunu değerlendirecek olursak; zimmet suçu kamu görevlisinin görevi nedeniyle kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malvarlığı değerlerini zimmete geçirdiği an itibariyle tamamlanmış olmaktadır. Bu itibarla, zimmet suçu bir zarar suçu niteliğindedir.

Suçun tamamlanması ile suçtan zarar görenin malvarlığında bir azalma meydana gelmiştir. Bunun bir devamlılık arz etmesi gerekmemektedir. Mesela fail etkin pişmanlık göstermiş ve suç nedeniyle oluşan zararı tamamen tazmin etmiş olabilir. Bu durumda örneğin yardım kuruluşunun ya da kooperatifin bir zararı söz konusu değildir denilebilir. Ancak; burada korunan hukuki menfaat; kamu görevlilerinin üstlendikleri kamu görevi dolayısıyla kendilerine bırakılmış mal

¹⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s. 201. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s.155.

varlığı değerlerini muhafaza etmek ve bunlar üzerinde sadece tevdi amacı doğrultusunda tasarrufta bulunma yükümlülüğüne riayet ederek görevlerinin ifa ettikleri, buna aykırı davranışlarda bulunmadıkları konusunda toplumda hakim olan güvendir. Uygulamacıların her somut olayda bu hususa dikkat etmeleri gerekmektedir. Bu konuda Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 21.10:1998 tarih ve 2862/3834 sayılı kararı doktrinde eleştirilene neden olmuştur.¹⁸ Bununla birlikte zimmet suçunun bir zarar suçu olduğu hususu tartışmasızdır. Dolayısıyla söz konusu suçun işlenmesi ile suçun mağdurun malvarlığında eksilmeye neden olunmaktadır. Ve kanun koyucunun malvarlığı değerlerini korumaya yönelik de bir amaçla hareket ettiğini söyleyebiliriz. Zimmet suçu nedeniyle meydana gelen zarar ile ilgili olarak burada yapılan açıklamalar, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçu açısından da geçerlilik arz etmektedir.

5. Zimmet Suçunun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali

Zimmet suçunun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli zimmet suçundan söz edilecektir. Madde gerekçesinde bu husus, 'Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür. Zimmet suçunda, suç konusu mal kamu görevlisinin zilyetliğinde veya koruma ve gözetim sorumluluğunda olduğu için, bunun zimmete geçirilmesi için herhangi bir kişinin aldatılmış olması gerekmez. Burada hile, sadece zimmet olgusunun sonradan anlaşılmasının önüne geçilmek amacıyla gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, zimmet suçundaki hile, suçun delillerini gizlemeye yönelik bir davranıştır.' şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Buradaki hileli davranışlar zimmete geçirme amacıyla değil, bir zimmet suçunu gizleme amacına dönük yapılmakta olup belli bazı nitelikleri taşımaktadır. Dolayısıyla zimmet suçunda kullanılan hile bir başka ifadeyle suçun delillerini karartmaya yönelik bir davranışı teşkil etmektedir.¹⁹

¹⁸ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.31.32. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 585, 586.

¹⁹ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.34.

Nitelikli zimmet suçunun oluşabilmesi için; zimmetin, hile ile gerçekleştirilmesi ve yapılan hilenin aldatma amacına yönelik olması gerekmektedir. Hile, yapılan faaliyetlerle karşı tarafın yanıltılması, aldatılması anlamına gelmektedir. Failin, işlediği zimmet suçunun ortaya çıkarılmasını engellemek amacıyla yaptığı her türlü aldatıcı faaliyet hileyi meydana getirmektedir. Zimmet suçunun tamamlanmasından sonra gerçekleştirilen hileli fiiler zimmet suçunu gizlemeye yönelik olsa bile nitelikli zimmet suçu değil başka bir suç vücut verecektir. Çünkü, buradaki hile başka bir suçun unsurunu oluşturabilecektir. Bu hile, örneğin evrakta sahtekarlık veya suç uydurma şeklinde ortaya çıkabilir.²⁰

Kamu görevlisi görevi nedeniyle zilyetliği kendisine bırakılmış olan ya da koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu suç konusu malvarlığı değerini zimmetine geçirmesi öncesinde bu fiilin açığa çıkmasını engellemeye matuf hileli davranışlarda bulunmuş ise nitelikli zimmet suçundan sorumlu olacaktır. Çünkü; suç, söz konusu malvarlığı değerlerinin zimmete geçirilmesi ile tamamlanmış olacaktır. Malvarlığı değeri zimmete geçirildikten sonra yapılacak olan hileli davranışlar, başka bağımsız suçlara vücut verecektir. Bu suç mesela belgede sahtecilik olabilir. Bu durum, TCK'nun 212. madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi ' Sahte belge düzenlemek suretiyle zimmetin gizlenmeye çalışılması hâlinde, hem zimmet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır.' şeklinde yorumlanacaktır.

Zimmet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali ile ilgili olarak burada yapılan açıklamalar, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçu açısından da geçerlilik arz etmektedir.

²⁰ Yargıtay 5.CD'nin 17.09.1996 tarihli 2268/2868 sayılı kararı; "PTT'de gişe memuru olarak görev yapan N.Ç.'nin diğer sanık A.D. ile anlaşıp plan yaparak muhafazasında bulunan paralardan 176.976.000 lirayı mal edinmek kastıyla alıp sanık A'ya teslim ettiği, olaya soygun süsü vermek için A'nın N'i ipe bağlayıp kapıyı da dıştan kilitleyerek anahtarları asansör boşluğuna attığı, paranın eve götürüldüğü ve bir kısmının dövize çevrildiği, bu suretle fiilin açığa çıkmamasını sağlamak için sanıkların hile ve hud'a kullandıkları, sanık N.Ç.'nin polise soyulduğundan bahisle ifade vererek davacı olduğunu söylediği ve yapılan soruşturma sonunda olayın açığa çıkarıldığı, bu itibarla N'nin eyleminin tamamlanan nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu" şeklindedir. Bkz.Hüseyin Avsallı, "Zimmet Suçu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 109.

6. Zimmet Suçunun Fail ve Mağduru

a. Fail

Zimmet suçunun faili, Türk Ceza Kanunu'ndaki ifadeyle 'kamu görevlisi'dir. TCK'nın 6. Maddesinde ' Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, anlaşılır.' denmekte ve madde gerekçesinde bu husus ' 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki 'memur' tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan 'kamu görevlisi' tanımına yer verilmiştir. Yapılan tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.' şeklinde TCK 247. madde gerekçesinde de ' Zimmet suçunun faili, kamu görevlisidir. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığını belirlerken, ifa ettiği görevin niteliği göz önünde bulundurulmak gerekir. ' şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla kişiler bir hizmet sözleşmesine göre çalışıyor olsalar da yerine getirdikleri görev niteliği gereği bir kamu görevi ise zimmet suçunun faili olabileceklerdir.

Tam da bu noktada, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçunun failinin kimler olabileceğine gelecek olursak; 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 406. maddesiyle de-

ğişik 28. maddesinde ' Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paraları zimmetine geçiren kişi, kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın ... cezalandırılır. ' şeklinde, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 339. maddesiyle değişik 62. maddesinin 3. fıkrasında ' Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, ... kamu görevlisi gibi cezalandırılır. ' şeklinde düzenlenmektedir. Bu itibarla, yukarıda da ifade edildiği gibi belli bir takım görevleri yerine getiren kişilerin, istihdam şekilleri önem arz etmeksizin görevlerinin niteliği gereği kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacağı söz konusu kanunlarda açıkça ifade edilmiştir.

Kanun koyucu, zimmet suçuna iştirake ilişkin özel bir hüküm tesis etmemiştir. Dolayısıyla, zimmet suçunda iştirake ilişkin olarak genel hükümler²¹ uygulanacaktır. Zimmet suçu, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebildiğinden özgü (mahsus) bir suçtur. TCK'nın 'Bağlılık kuralı' başlıklı 40. maddesinin 2.fıkrasında 'Özgü suçlarda, özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir.' ifadesinden sonra 'bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.' ifadesine yer verilmektedir. Bu itibarla, bir kamu görevlisinin ya da kamu görevlisi gibi sorumlu olan kişinin işlediği zimmet suçuna, kamu görevlisi olmayan bir kişi iştirak edebilecektir. Ve fakat bu kişi, ancak azmettiren ya da yardım eden olabilecektir.

b. Mağdur

Zimmet suçunun mağdurunun tespit edilmesinde zimmet suçunu kanun koyucunun ihdas ederken dikkate aldığı ve korunmasını hedeflediği hukuki menfaat yol gösterici olacaktır. Zimmet suçunun fail tarafından işlenmesi ile toplumdaki güven sarsılmaktadır. Dolayısıyla burada suçun mağduru kavramının içine toplumu oluşturan herkes girmektedir.

Mağdur, suçtan zarar gören kişi olmasına rağmen mağdur ile suçtan zarar gören bazı durumlarda birbirinden ayrışabilmektedir. Mağdur ancak gerçek kişi olabilirken tüzel kişiler mağdur değil suçtan

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s. 441 vd. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s.413 vd.

zarar gören olabilir.²² Örneğin; inceleme konumuz olan kooperatifler ve yardım toplamaya yetkili kurumlar, suçun mağduru değil bu suç dolayısıyla zarar gören tüzel kişilerdir.

D. ZİMMET SUÇUNUN MANEVİ UNSURU

İşlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağa suçun manevi unsuru denilmektedir. Fiil ile fail arasında bu manevi bağ gerçekleşmeden ortaya çıkan davranışlar fiil niteliği taşımayacak ve bir suçun varlığından söz edilemeyecektir.²³ Suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilir. Bu kural TCK'nın kastı düzenleyen 21. maddesinin 1. fıkrasında; 'Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır' şeklinde düzenlenmiştir. Taksirden dolayı sorumluluk ise istisnai bir durum olup, TCK'nın taksiri düzenleyen 22. maddesinin 1. fıkrasında; 'Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır' denilerek açıklanmıştır. Bu bilgiler ışığında zimmet suçunun kasten işlenebilen bir suç olduğunu, taksirli şeklinin ise kanunda bu hususta bir düzenleme olmaması nedeniyle cezalandırılmayacağını söyleyebiliriz. Dolayısıyla zimmet suçunun kanuni tanımındaki unsurları bilerek ve isteyerek işleyen kişiler zimmet suçundan cezalandırılacaklardır. Zimmet suçu kasten işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.

Kamu görevlisi mesleki yetersizliği veya bilgisizliği nedeniyle gerekli dikkat ve özeni gösteremediği durumlarda kendisine zilyetliği bırakılan veya gözetimiyle yükümlü olduğu mallarda bir eksilme meydana gelmiş olabilir. Bu durumda kişinin, zimmet suçu açısından cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ve fakat kamu görevlisi bu durumu gizlemeye matuf olarak sonradan defter ve kayıtları tahrif etmiş, sahte belge düzenlemiş olabilir. Bu durumda kişinin belgede sahtecilik suçu nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir.²⁴ Zimmet suçunun manevi unsuruna ilişkin olarak burada yapılan açıklamalar, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçu açısından da geçerlilik arz etmektedir.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s. 205.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, s. 220.

²⁴ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.51.

E. SUÇUN TAMAMLANMASI ve ETKİN PİŞMANLIK

Zimmet suçu, söz konusu para ve sair eşyanın zimmete geçirilmesi anında tamamlanmıştır. Bu husus, madde gerekçesinde de suçun oluşabilmesi için suç konusu malın zimmete geçirilmesi gerektiği vurgulanarak ifade edilmiştir. Suç tamamlandıktan sonra kişi pişmanlık duyabilir ve gerçekleştirdiği haksızlığın sonuçlarını ortadan kaldırılabılır. Bu durumla ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nın 248. maddesinde etkin pişmanlık kurumu düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık; zimmet suçlarında cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zimmet suçunda etkin pişmanlıkla ilgili 248'inci maddedeki düzenleme şöyledir: 'Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Kovuşturma başlamadan önce gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi haline verilecek cezanın üçte biri indirilir .' Madde gerekçesinde de ' Maddede zimmet suçunda etkin pişmanlık hâline ilişkin hükme yer verilmiştir. Zimmet suçunda etkin pişmanlık hâli, sadece cezada indirim yapılmasını gerektiren neden olarak kabul edilmiştir. Ancak, cezada yapılacak olan indirim oranları, etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre belirlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, zimmet suçundan dolayı soruşturmaya başlanmadan önce, durumu soruşturmaya yetkili makamlara haber vererek, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Etkin pişmanlığın soruşturma başlatıldıktan sonra ve fakat henüz kamu davası açılmadan önce gösterilmesi de mümkündür. Bu durumda, zimmetine geçirdiği malı aynen iade eden veya uğranılan zararı tamamen tazmin eden kişiye verilecek cezanın yarısı indirilir. Ancak, bunun için, aynen iade veya tazminin gönüllü olması gerekir. Etkin pişmanlığın ilk hükmün verilmesinden önce gerçekleşmesi hâlinde ise, verilecek cezanın üçte biri indirilmesi gerekmektedir. ' şeklinde bu konuda geniş açıklamalara yer verilmiştir.

Etkin pişmanlığa ilişkin düzenleme üç basamaklı bir şekilde ihdas edilmiştir. İlk basamakta, yetkili merciler tarafından suç şüphesinin öğrenilmeden önceki basamağı düzenlemektedir. Bu basamakta aynen iade ya da tazmin hususunda gönüllülük önem taşımamaktadır. İkinci basamak ise suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayıp iddianamenin kabulüne kadar devam eden soruşturma basamağını düzenlemektedir. Burada ise kanunun ilk fıkrasında zikredilmeyen gönüllülük şartı aranmaktadır. Gönüllülük, tazmin veya iade olgusunun failin rızası ve isteği doğrultusunda gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Üçüncü basamak ise, iddianamenin kabulü ile başlayıp ilk hükmün verildiği ana kadarki zaman dilimini ifade etmektedir. Bu basamakta da gönüllülük şartı aranmaktadır. Üçüncü basamakta hükmün verilmesinden sonra ve fakat karar kesinleşmeden önce yapılan ödemenin bir etkisi bulunmamaktadır. Sadece takdiri hafifletici neden hususunda değerlendirmeye tabi tutulabilir. Örneğin; Yargıtay tarafından verilen bozma kararı sonrasında ilk derece mahkemesinin vereceği karar öncesinde iade ve tazmin etkin pişmanlık uygulanmasını gerektirmeyecektir.²⁵ Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, aynen iade ya da zararın tamamıyla tazmininin fiilen gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁶ Zimmet suçunun tamamlanması ve etkin pişmanlığa ilişkin olarak burada yapılan açıklamalar, çalışma konumuzu oluşturan Kooperatifler Kanunu ve Yardım Toplama Kanunu kapsamında işlenen zimmet suçu açısından da geçerlilik arz etmektedir.

F. YAPTIRIM VE MAHKUMİYETİN KANUNİ SONUÇLARI

Basit zimmet suçunun gerçekleşmesi halinde yaptırım olarak beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Nitelikli zimmet suçu halinde de verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır Buna göre, yedi yıl altı aydan on sekiz yıla kadar hapis cezası gündeme gelebilecektir. Hapis cezası, kullanma zimmetinde yarı oranına kadar indirilebilecektir. Ayrıca, yukarıda anlatılan, 248. maddedeki etkin pişmanlık ve 249. maddedeki suç konusu malın değerinin azlığı nedenleriyle cezadan belli oranlarda indirim söz konusu olabilecektir. Söz konu-

²⁵ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006. s. 617.

²⁶ İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, s.59.

su yaptırım, kanunda düzenlenen aşağı ve yukarı sınırlar arasında TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen temel ilkelere göre belirlenecektir. Ayrıca, TCK'nın 'Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma' başlıklı 53. maddesinde hapis cezasına mahkum olan suçlunun hak mahrumiyetleri ifade edilmiştir. Maddede, zimmet gibi kasten işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezası verilen mahkumun mahrumiyetlerinin neler olduğu birinci fıkrada belirtilmiştir. Bu mahrumiyetlerden biri de kamu görevlerinden mahrumiyettir. Diğer önemli bir husus da maddenin ikinci fıkrasında, 'Kişi işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz' şeklinde ifade edildiği üzere hak mahrumiyetinin hapis süresiyle sınırlı olması durumudur. Bu husus madde gerekçesinde de 'Ancak bu hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkum olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkum olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir. Bu sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir.' şeklinde açıklanmıştır.

Zimmet suçu açısından, TCK'nın Kazanç müsaderesine ilişkin 55. maddesi uygulama kabiliyetine sahiptir. TCK'da bu kurumun ihdas edilme sebebi maddenin gerekçesinde; 'Bu düzenleme ile güdülen amaç suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle hükümde kazanç müsaderesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi olanaklı hale getirilmiştir. Böylece kazanç müsaderesi 'kara para aklama', uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin bir biçimde

caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsadereğine tabi tutulmayacaktır. Düzenleme ile getirilen diğer bir yenilik, kaim değerın müsadereşidir. Buna göre, müsadere konusu ekonomik değerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsadereşinin imkansız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsadereşine karar verilecektir.’ şeklinde ifade edilmiştir.

Kazanç müsadereşine karar verilebilmesi için iki şart bulunması gerekmektedir. Bunlar; suç işlenmesi ile ekonomik çıkar elde edilmesi ve bu maddi menfaatin mağdura iade edilememesi şartlarıdır. Eğer elde edilen ekonomik değerlerin meşru malik veya zilyedi belli ise bu durumda müsadereye hükmedilmeyip bu kişilere iade edilmesi gerekecektir. Fakat ekonomik çıkar sağlayan suçlarda bunların meşru malik veya zilyedinin belirlenememesi durumunda müsadereye hükmedilecektir. Zimmet suçunun işlendiği her olayda kazanç müsadereşine hükmedilemez. Öncelikle failin suç konusu malı aynen iade veya zararı tamamen tazmin ettiği hallerde kazanç müsadereşine kararı verilmez. Ayrıca zimmete konu mal herhangi bir mal olmayıp faile görevi nedeniyle zilyedliği devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu için suç konusu malın maliki belirlidir. Örneğin çalışma konumuz olan kooperatifler ve yardım toplamaya yetkili kişi ya da kurumlar suçtan zarar gören olarak suç konusu malın malikidirler. Dolayısıyla suç konusu malın “suçun mağduruna iade edilememe” şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun tespiti önem arz etmektedir. Çünkü; bu şart gerçekleşmişse mahkeme tarafından kazanç müsadereşine karar verilecektir.²⁷

G. SONUÇ

Kamu idaresine karşı toplumda duyulan güven duygusunun korunması amacıyla suç olarak düzenlenen zimmet, isabetli olarak yer aldığı, “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” içerisinde önemli bir yer teşkil etmektedir. Nitekim, zimmet suçunun ge-

²⁷ Hüseyin Avsallı, “Zimmet Suçu”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul, 2006, s.142,143.

rek hukuk tarihimizde müstakil bir suç olarak yer alıp, zimmete geçirme fiilinin cezalandırıldığını görmekteyiz. Bu itibarla, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da 247-249 maddeleri arasında kendisine yer bulmuştur. Bu noktada beklentimiz zimmet suçu kanunumuzda ne şekilde düzenlenirse uygulamada en az sorunla karşılaşılacak, suçun tescisi ile amaçlanan hedefe en fazla yaklaşmış olacaktır. Bu bağlamda 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun; 23 Ocak 2008 tarihinde Meclis Genel Kurulunda kabul edilmiş ve 08 Şubat 2008 tarihli, 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile birlikte, birçok kanunun çeşitli maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda, Türk Ceza Adalet Sistemi'nin benimsemiş olduğu farklı felsefe ve sistem ile beraber, 5728 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle gelenen noktada, kişinin kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın belli malvarlığı değerlerini zimmetine geçirmesi halinde cezalandırılacağını düzenleyen Yardım Toplama Kanunu ve Kooperatifler Kanunu özelinde, "Zimmet" suçu mevcut düzenlemenin, günümüze kadar elde edilen tecrübelerin ve hukuk kültürü kazanımlarının edindirdiği bakış açısıyla değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Buna göre; zimmet suçunun hukuki konusu, kamu idaresine karşı duyulan güvenin korunmasıdır. Kanun metninde, hukuki bir kavram olarak, suç konusu olabilecek her şeyi kapsayan "mal" ifadesinin kullanılmasıyla yetinilmesi isabetli bir tercihi ifade etmektedir. Zimmet suçunun faili, Türk Ceza Kanunu'ndaki ifadeyle "kamu görevlisi"dir. Böylece memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Eski ceza kanunu döneminde kanun metninde suçun konusu eşyanın taşınır ya da taşınmaz olması konusunda herhangi bir ayırım söz konusu değildi. Buna rağmen doktrinde yaygın olarak, zimmet suçunun konusunun taşınır eşyalar olduğu ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın madde metninde de bu durum söz konusu iken, madde gerekçesinde açıkça taşınmazların da zimmet suçuna konu olabileceği ifade edilmiştir. Bir taşınmazın zimmete geçirilmesi fiilen zor görünüyorsa da, bir şekilde gerçekleşen taşınmaz zimmetlerine de zimmet suçuna

ilişkin hükümlerin uygulama kabiliyetinin kazandırılması korunması hedeflenen hukuki menfaat açısından yerinde olmuştur.

Yaşadığımız çağda dünyadaki yönelimin, ekonomik ve sosyal yaşamdan devletlerin rollerinin azaldığı, idari, politik ve ekonomik yapıları serbestleştirdiği, planlı ekonomiden piyasa ekonomisine geçildiği bir süreç olduğu ifade edilebilir. Bu gelişmeler karşısında, kamusal otoritenin boşalttığı alanlarda etkin bir rol üstlenerek, toplumun karşılanamayan ekonomik ve sosyal gereksinimlerini en iyi biçimde gidebilecek oluşumlara olan ihtiyaç sürekli artmıştır. Gelişmiş ülkelerde, kooperatifler gibi kendi kendine yardım eden ve kendi sorumluluklarını yüklenen ekonomik örgütlerin yanı sıra yardım kuruluşları da ortaya çıkan bu boşluğu büyük ölçüde doldurmuştur. Bu yönde, BM Genel Kurul'unun 64. dönem çalışmaları çerçevesinde alınan 18 Aralık 2009 tarih ve 64/136 sayılı Kararı ile 2012 yılı "*Uluslar arası Kooperatifler Yılı*" olarak ilan edilmiştir. 2012 UKY sloganı "*Kooperatif işletmeler daha iyi bir dünya kurar.*" olarak belirlenmiştir. Geline bu noktada, bir ülkenin ekonomik ve sosyal hayatında güven kurumları olarak nitelendirilebilecek kooperatifler ve yardım toplamaya yetkili kuruluşların para ve mallarına ilişkin kasıtlı fiillerin Türk Ceza Kanunu bağlamında cezalandırılabilmesi kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk Ceza Adalet Sistemine uygun bir şekilde ve yerine getirdikleri önemli ekonomik ve sosyal işlevler nedeniyle güven kurumları olarak adlandırılacak bu kurumların hukuka uygun bir şekilde faaliyette bulduklarına dair toplumdaki güvenin ilgili oldukları kanunlara hüküm konularak koruma altına alınmıştır. İnsanların daha mutlu, daha huzurlu, daha refah içerisinde yaşamalarına hizmet etmekte olan, dolayısıyla kişilerin sosyal ve ekonomik alanlardaki ihtiyaçlarına önemli derecede cevap veren kooperatifler ve yardım toplamaya yetkili kişi/kuruluşlara zarar vermeye yönelik zimmet fiillerinin ceza kanunu hükümleri ile cezai himayesinin sağlanması için 5728 sayılı kanunla Ceza Adalet Sistemine uygun düzenlemeler yapılmıştır. Çalışma konumuz olan kooperatifler ve yardım toplama kanunu özelinde ülkemizdeki hukuk uygulaması, insanların ekonomik, sosyal ve adalet alanında kendilerini daha güven içerisinde hissedecekleri bir sistematiğe oturmuş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4.Bası, İstanbul 1994.
- Cumhur Şahin, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Ankara, 2011.
- Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R.Murat Önok, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 3.Bası, Ankara 2006.
- Erman Topal, *Zimmet Suçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2008.
- Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler*, C.III, 3.Bası, Ankara 1985.
- Hüseyin Avsallı, *Zimmet Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006.
- İlhan Üzülmöz, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu", *HPD*, S.:5, Aralık, 2005.
- İsmail Malkoç - Mahmut Güler, *Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler C:2*, 6.Baskı, Ankara, 1996.
- İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002.
- İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara, Ocak 2006.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara, 2007.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara, 2011.
- İzzet Özgenç, "Tüzel kişinin Sorumluluk Ehliyeti - Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995.
- İzzet Özgenç, *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009.
- Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara, 2011.
- Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A.Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2006.
- Muhammet Nedim Bekri, "Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006.
- Osman Yaşar, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2001.
- Sahir Erman - Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 1992.
- Sulhi Dönmezer, *Özel Ceza Hukuku Dersleri*, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul, 1984.
- Taner Gülşen, "Zimmet Suçu", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2011.

SUÇLARIN VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ

PRINCIPAL OF LEGALITY OF CRİMES AND PUNISHMENT

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet: Kanunilik ilkesi, kanunların açık, belirli olmasını ve geriye yürümemesini gerektiren yasal bir terimdir. İlke Latince “nullum crimen nulla poena sine lege” (kanunsuz suç ve ceza olmaz) cümlesiyle ifade edilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38. maddesine göre; “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

Çalışma, kanunilik ilkesini tanımlamakta ve sorunlu alanları tahlil etmektedir.

Anahtar kelimeler: Kanunilik ilkesi, belirlilik, açıklık, kıyas, geriye yürümezlik, ülkesellik ilkesi.

Abstract: The principle of legality is the legal term that requires all law to be clear, ascertainable and non-retrospective. The principle can be expressed in Latin phrases as “nullum crimen, nulla poena sine lege (no crime can be committed, nor punishment imposed without a law).

According to article 38 of the Constitution of the Republic of Turkey; “no one shall be punished for any act which does not constitute a criminal offence under the law in force at the time committed; no one shall be given a heavier penalty for an offence other than the penalty applicable at the time when the offence was committed”.

The study will define the principle of legality and will attempt on analysis of problemed areas.

Keywords: Principal of legality, certainty, clarity, analogy, retrospectivity, principle of territoriality.

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku

I. GİRİŞ

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, birey hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencesini teşkil etmektedir. Bu ilke sayesinde suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak yaptırımlar önceden belirlenerek kişi hürriyetlerinin sınırları çizilmekte, söz konusu sınırların içinde kalan davranışlarsa serbest kalmaktadır.

Bu şekilde kişi, kendi fiillerine egemen olabilmek iktidarına sahip olduğundan hareketlerini düzenlemek imkânı bulmakta ve yine bu sayede kişiyi işlemiş olduğu fiilden dolayı kusurlu saymak mümkün olmaktadır¹.

Ancak kanunilik ilkesinin ceza hukukunda kabulü kolay olmamış, ilke egemen gücün keyfi uygulamalarına tepki olarak uzun yıllar içinde şekillenmiştir.

II. TARİHSEL GELİŞİM

1. Ortaçağ

Kanunilik ilkesini açıklamak ve doğru bir şekilde yorumlayabilmek, ancak hangi ihtiyaçlardan doğduğunu anlamakla mümkün olabilir.

Doktrininde pek çok yazar, Kanunilik ilkesinin köklerini 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)' da arar². Ferman, dönemin İngiliz kralının mutlak olan yetkilerini sınırlandırması açısından önemlidir.

Ancak yaşanan bu gelişme karanlık çağ olarak da adlandırılan ortaçağa aydınlık getirmeye yetmemiştir. Gerçekten de Ortaçağ Avrupa'sında bireyin hiçbir kıymeti yoktur. Kilise yozlaşmış, insani değerler kaybolmuştur.

Diğer taraftan, matbaanın yaygınlaşmasıyla okuma-yazma bilenler artmış, bilgilenen toplum Katolik Mezhebinin yozlaşmış yorumunu sorgulamaya başlamıştır. Zamanla, insanın değerini kabul eden,

¹ Dönmezer, S./Erman, S.: .Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, İstanbul 1997, s. 17.
² Antolisei, F.: Manuale di diritto penale, PG., Milano 1980, s. 51 vd.; Bettiol, G.: Diritto penale, Padova 1978, s. 111; Mantovani, F.: Diritto penale, Padova 1979, s. 38.

onu her şeyin ölçütü olarak gören Ümanizma akımı³ tüm Avrupa'yı sarmış, doğaya dinin değil bilimin penceresinden bakılmaya başlanmış, bu da bilimsel gelişmelerin önünü açmıştır. İnsanı hayatın merkezine koyan Ümanizmanın da etkisiyle bilim, sanat ve edebiyat alanında Rönesans süreci yaşanmıştır. Böylece skolâstik düşünce yerini bilimsel düşünceye bırakmış, gözlem ve deney önem kazanarak akılcılık egemen olmaya başlamıştır. Evreni ve evrende insanı nakli algılayan kilisesinin aşırı zenginleşmesi ve yozlaşması, siyasetle ve dünyevi menfaatlerle daha fazla ilgilenmeye başlaması birçok aydın din adamının ve halkın tepkisini çekmiş, reform hareketlerine yol açmıştır. Reform hareketleri önce Martin Luther öncülüğünde Almanya'da sonrasında ise Fransa, İngiltere ve Kuzey Avrupa ülkelerinde etkili olmuştur. Bu reform hareketleri Hıristiyanlığın yeni ve büyük üç mezhebinden Protestanlığın oluşmasını sağlamıştır. Neredeyse tüm Avrupa 17. yüzyılda yaşanan ve oldukça kanlı geçen din savaşlarıyla çalkalanmıştır⁴.

2. Aydınlanma Çağı ve Laiklik

Ümanizma, Rönesans ve Reform hareketlerinden doğan düşünsel gelişim, 18. yy. aydınlanma felsefesini meydana getirmiştir. Bir diğer kıtada, Amerika'da, "*Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (4 Temmuz 1776)*" yayınlanmış, yıllarca süren savaş neticesinde 1783 yılında "*Paris Anlaşması*"nın imzalanmasıyla koloniler bağımsızlıklarını kazanmış, 1787 yılında ise "*Amerika Birleşik Devletleri (ABD)*" kurulmuştur. ABD, ülkeyi Anayasayla yöneten bir başkanın seçimle iş başına geldiği ilk modern demokratik Cumhuriyettir. Aydınlanma felsefesinin ve ABD'nde cereyan eden bağımsızlık hareketi ile değişen yönetim biçiminin tesiri, kötü yaşam koşullarıyla birleşince 1789 Fransız ihtilaline kaynaklık etmiş, ülkede cumhuriyet ilan edilirken, batı medeniyetlerinden başlamak üzere siyasi rejimlerin mutlakıyetçi eğilimleri bir bir ortadan kalkmaya başlamıştır. Cumhuriyetçilik, milliyetçilik, eşitlik, özgürlük gibi kavramlar yaygınlaşmış, imparatorluklar zayıflayarak yıkılmıştır.

³ Abbagnano, N.: (Trans. Nino Langiulli), Humanizm, The encyclopedia of philosophy, The free press, 1976 USA, (Çev. Nesrin Kale), Hümanizm, <http://dergiler.ankara.edu.tr>, yararlanma tarihi: 10.05.2012.

⁴ <http://tr.wikipedia.org>, yararlanma tarihi: 05.05.2012.

Fransız devrimi, sonuçları ve ideolojisiyle, Yakın Çağ dünya savaşlarına yön vermiş, bugünün dünyasının oluşmasında son derece etkili olmuştur⁵.

Kant aydınlanmayı; *“Aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür; bunun nedenini de aklın kendisinde değil, fakat aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır. Aklını kendin kullanmak cesaretini göster!”* şeklindeki sözleriyle açıklamaktadır.

“Aydınlanma, bir başka deyişle ‘akıl’⁶ çağına uzanan bu süreçte, evrenin dinsel algılaması yanında bir de bilimsel algılamasının olabileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Tabii, bunun bir sonucu olarak, ‘toplum’, ilahî iradenin var kıldığı bir oluşum olarak değil, insanların ortak ve eşit iradelerinin bir araya gelerek varlık kazandırdıkları bir kurallar sistemi bütünü olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu algı, doğa düzeni yanında ilkeleri tamamen farklı bir de toplum düzeninin bulunduğu, dolayısıyla doğadan farklı bir normatif dünyanın varlığı gerçeğini ortaya koymuş ve aydınlanmanın esaslı olan laiklik ilkesini doğurmuştur. Laiklik; Aydınlanma düşüncesinde akdi bir veri olarak algılanan toplumun siyasal tezahürü olan Devletin zorunlu bir unsuru olan buyurma erkinin, egemenliğinin maddi kaynağının beşeri irade olması, devletin hukuku ifadesini ister kanunda isterse toplumun yaşama biçiminde bulsun, hukukun daima o toplumun iradesini ifade etmesidir. Bu esastan; dinî veya ahlâki değerler hukuku oluşumunda etkilemiş olsalar bile, hiçbir iradenin beşerî iradeye üstün veya aykırı olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Bu soyutlamanın zorunlu sonucu, lâik bir devlet, hukuk ve toplum düzeninde dinin, hukukta bir kaynaklık değerinin bulunamayacağıdır. Çünkü din, mahiyetinin bir gereği olarak ulusun iradesiyle yarattığı bir ürün değildir. Laiklik düşüncesinin gereği olarak, hukukun şekli kaynağı ise; kutsal Kitaplar, dinlerin peygamberlerinin beyanları ve davranışları, dinin mensupla-

⁵ <http://tr.wikipedia.org>, yararlanma tarihi: 05.05.2012.

⁶ Topcuoğlu, H.: XX. Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, Ankara 1953, s. 203.

rının ortak kanaati değildir, tersine Kanundur, örf ve adettir⁷, hâkimin yarattığı hukuktur⁸ 9.

III. KANUNİLİK İLKESİ

Türk Medeni Kanunu, 1. maddesinde, Türk Hukukunun şekli kaynağının Kanun, örf ve adet, hâkimin yarattığı hukuk olduğunu açıkça ifade etmiştir. Türk Ceza Kanunu, 2. maddesinde ise, Türk Ceza Hukukunun şekli kaynağının sadece Kanun olduğuna işaret etmiştir.

Görüldüğü üzere aydınlanma düşüncesi ve bu akımın getirdiği laiklik düşüncesi Ceza Hukukundaki yansımaları "*Kanunilik İlkesi*" nde bulmuştur. Esas olarak sadece ceza hukukunda değil, bir tarafın devlet olduğu tüm kamu hukuku ilişkilerinde (vergi hukuku¹⁰, idare hukuku) bu ilkeyi görmek mümkündür. Zira kanun, toplumun birey için olduğu ilkesinden hareketle güçlü olan devlet karşısında bireyin temel hak ve hürriyetlerini özellikle suç ve cezaların belirliliği kistasından yola çıkarak güvence altına almakta, egemen gücün keyfi uygulamalarından korumaktadır¹¹. Özel hukukta kanunilik ilkesinin geçerli olmamasının sebebi ise aynı mantıktan hareketle özel hukuk ilişkisinin her iki tarafının eşit konumda olan bireylerden oluşmasıdır. Önüne bireysel talep üzerine uyuşmazlık gelen hâkim söz konusu uyuşmazlığı karara bağlamak zorundadır. Burada hâkimin "*kanunda yazmıyor*"

⁷ Din, örf ve âdet olarak da hukukun kaynağı olmaz. Din, örf ve âdet değildir, çünkü örf ve âdeti vurgulayan özellik bunun beşerî iradenin bir ürünü olmasıdır. Din kuralları bu nitelikten yoksundur. Bunların temel niteliği, ilâhî bir kaynaktan doğmuş olmaları, dolayısıyla beşerî bir tasvibe ihtiyaç duymamalarıdır. Böyle olunca, din, Türk hukuk düzeninde toplumsal bir gerçeklik olarak tanınmakta, dolayısıyla sadece ferdî/toplumsal bir kurum olmaktadır (Hafizoğulları, Z.: Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>, yararlanma tarihi: 01.05.2012)

⁸ Öte yandan, burada, hukukun maddi kaynağını beşerî irade kabul eden cumhuriyet toplum/hukuk/devlet düzenlerinde egemen laiklik düşüncesinden sekularizm (secularism) düşüncesini de ayırmak gerekmektedir. Gerçekten, Sekularizm hukukun maddi kaynağının beşerî irade olduğu "*kralcı*" hukuk/toplum/devlet düzenlerinde oluşmuş toplumsal/siyasi bir yaşama biçimidir. Bu toplum düzenlerinde kral "*erkini*" millettten değil Tanrıdan almaktadır (Hafizoğulları, Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>).

⁹ Hafizoğulları, Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>.

¹⁰ Akdoğan, A.: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2011, s.4. vd.

¹¹ Bkz. aksi yönde Hakeri, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 35, Önder, A.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1991, s. 104

demek lüksü yoktur. Nitekim özel hukuk uyuşmazlıklarında taraflar uyuşmazlığın giderilmesi için hâkime başvurduğundan, çözümsüzlük hiç kimsenin menfaatine olmayacaktır. Pek tabi bu alanda kanunilik ilkesinin olmaması, hâkime keyfilik tanımaz. Hâkim, önüne gelen olayda öncelikle kanunu tatbik edecek, tatbik edilecek doğrudan bir düzenleme bulamıyorsa kıyasa başvuracak, bu yolla da çözüme ulaşamıyorsa o hukuk düzeninde geçerli olan örf ve âdete başvuracak, eğer bu yolla da uyuşmazlığı gideremiyorsa son çare olarak kendisi kanun koyucu yerine geçerek o uyuşmazlıkla sınırlı olarak kural koyacak ve çözüme ulaşacaktır.

Kanunilik İlkesini, Avrupa'da ilk kez ortaya koyan, Fransız düşünür Charles de Montesquieu (1689-1755) olmuştur. Montesquieu, Magna Carta başta olmak üzere İngiliz hukuk sistemine karakterini veren tarihsel dokümanların da tesiriyle "*kuvvetler ayrılığı*" ilkesini ortaya atmıştır. Montesquieu'ya göre, bireysel özgürlüğün teminat altına alınabilmesi, iktidar olgusunun sınırlandırılması ile mümkündür. Bunun için de en uygun araç, beşeri iradenin eseri olan kanundur. Dolayısıyla kanunun yasaklamadığı her şey serbesttir. İlke, Avrupa'da daha sonra, Beccaria¹² ve Voltaire tarafından geliştirilmiştir. XIX. yüzyılda Alman ceza hukukçusu Anselmo Feuerbach "*kanunsuz suç ve ceza olmaz*" ilkesini ilk kez "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" şeklinde latince hukuk terimi olarak ifade etmiştir¹³.

1922 Sovyet Ceza Kanunu ve Nasyonel Sosyalist Alman Ceza Kanunu gibi bazı Kanunlarda ve bazı dönemlerde suçların kıyas yoluyla genişletilebildiği görülmüşse de¹⁴ ilkeye aykırı uygulamalar ve baskıcı rejimler neticesinde insanlığın karşılaştığı zulüm zaman içinde ilkeyi kendisinden vazgeçilemeyecek bir öneme kavuşturmuştur¹⁵.

¹² Beccaria, C.: Dei delitti e delle pene, A cura di Renato Fabietti, Milano 1973.

¹³ Antolisei, s. 48 vd.; Mantovani, s. 39.

¹⁴ Dönmezer/Erman, s. 24 vd.

¹⁵ Doktrinde bazı yazarlar öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesi-biçimsel kanunilik ilkesi ayrımı yapmakta; kanunda yazılı suç ve cezaların kıyasen genişletilemediği Türkiye gibi hukuk sistemlerinde biçimsel kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu, buna karşın suçların ve cezaların esas olarak kanuna dayandığı, ancak kıyas yoluyla başka suçların da yaratılabildiği hukuk sistemlerinde geçerli olan ilkenin öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesi olduğunu ifade etmektedirler. Öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesinde; kanun tarafından açıkça suç haline getirilmiş olmasalar bile, sosyal yönden tehlikeli olan hareketler cezalandırılabilir.

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne de giren kanunilik ilkesi, Bildirge'nin 11. maddesinde; "1. Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır. 2. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" şeklinde yer bulmuştur.

İlke, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin "cezaların yasallığı" başlıklı 7. maddesinde temel bir insan hakkı olarak yer almıştır.

İlk olarak ülkelerin ceza kanunlarında açık düzenlemeye kavuşturulmaya başlanan kanunilik ilkesi, özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek adına Anayasa Mahkemelerinin de kurulmasıyla, ülke Anayasalarında açık olarak yer bulmaya başlamıştır.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi Türk hukukunda, örtülü olarak 1924, açık olarsa 1961 ve sonrasında 1982 Anayasa'sında hukuki güvenceye kavuşturulmuştur¹⁶. 1982 Anayasası'nın 13. maddesi uya-

Buna karşın, kanun tarafından suç sayılsalar bile, sosyal yönden tehlikeli olmayan hareketler cezalandırılmaz hareketlerdir. Fiile suç olma özelliğini veren, onun sosyal tehlikeliliğidir. (Bkz., Toroslu, N.: Ceza Hukuku, GK., Ankara 2011, s. 39 vd. Ayrıca bkz. ayrıntılı bilgi için, Alacakaptan, U.: İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara 1958, s. 15 vd.) Biz, öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesi nitelendirmesinin, ilkenin konuluş amacına aykırı olduğunu düşünüyoruz. Elbette toplum vicdanının ceza gerektirdiğini kabul ettiği bir takım fiillerin kıyas yasağını kaldırmak suretiyle cezasız kalmamasını sağlamak da bir seçimdir. Ancak bu takdirde o hukuk düzeninde kanunilik ilkesinin uygulanma kabiliyeti olmadığını kabul etmek gerekecektir. Türkiye gibi faşizan eğilimlere açık ve hâkimlerin bağımsızlığı-tarafsızlığı meselesinin halen tartışıla gelmekte olduğu bir ülkede kıyas yasağının kaldırılmasını savunmanın yerinde olmadığı kanusındayız. Diğer taraftan kanun tarafından suç sayılmasına karşın sosyal yönden tehlikeli olmayan bir hareketin, değil mi ki suç ve ceza içermeyen hükümlerde kıyas mümkündür, şartlarını taşıması halinde hukuka uygunluk nedeni olarak kabulüne engel bir hal yoktur. Bkz. ayrıca, Soyaslan, D.: Ceza Hukuku Genel Hükmümler, Ankara 2005, s. 214.

¹⁶ Osmanlı İmparatorluğu'na bakıldığında; özellikle Tanzimat dönemiyle başlayan ve kanun önünde eşitlik, ceza hukukunda keyfiliğin ortadan kaldırılması gibi gerekçelerle gerçekleştirilen reform hareketlerini gözlemlemek mümkünse de esas itibariyle Devletin katı Teokratik bir devlet olarak kaldığı görülür. Kimi, aksini

rınca “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” . Mademki suç ve cezalar temel kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırmaktadır, ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Nitekim Anayasa'nın “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesi de açıkça; “kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” hükmüyle suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenlemeye kavuşturmuştur.

Kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak, ceza normunun doğrudan kaynağı da kanun olmaktadır. Söz konusu Kanun en başta TCK'dur. Öte yandan bu noktada TCK'nun 5. maddesine de değinmekte yarar vardır. Zira ilgili madde gereği TCK'nun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. 5252 sayılı Kanun'un 5349 sayılı Kanun'la değişik geçici birinci maddesi gereği; “diğer kanunların, 5237 sayılı TCK'nun birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır”. O halde 31 Aralık 2008 tarihi itibarıyla uyumlaştırılmamış olup da TCK'nun genel hükümlerine aykırılık arz eden hükümlerin, TCK'nun 5. maddesi karşısında geçerliliklerinin ne olacağı açık değildir. Her ne kadar Yargıtay bir kararında; 31 Aralık 2008 tarihinden sonra yürürlüğe giren özel kanunların, TCK'nun 2. ve 5. maddeleri birlikte de-

iddia etmekle birlikte; bunun kanıtı, gün kadar açık olan 1876 Anayasasıdır. Anayasa, Osmanlı İmparatorluğu'nun Teokratik bir Devlet olduğunu söylemektedir. Teokrasi aydınlanma düşüncesi ile bağdaşmaz. Zira teokrasi egemenliğin kaynağını ulusal değil, ilahi iradedenden alır. Bu bakımdan laiklik ve bunu yansıması olan Kanunilik ilkesi hukukta yerini ilk kez Kurtuluş Savaşının meyvesi ve Atatürk'ün en büyük eseri olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde bulmuştur (Hafızoğulları, Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>).

ğerlendirildiğinde zımnem ilga edildiğinin kabulü gerektiği sonucuna varmışsa da¹⁷, biz öyle sanıyoruz ki madem bir hüküm iptal edilene kadar geçerlidir ve Kanunların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilirse de kanunun kanuna aykırılığı ileri sürülememektedir, ilgili maddeler gereği değiştirilmemiş olan hükümlerin ve bundan sonra sevk edilecek özel düzenlemelerin TCK'nun 5. maddesine uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁸. Pek tabii bu kabul söz konusu özel hükümlerin Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülmesine engel değildir.

Ceza normunun bir diğer doğrudan kaynağı; mademki kanunlar Anayasa'ya aykırı olamazlar (Anayasa, md. 11), T.C. Anayasası olmaktadır.

Uluslararası sözleşmeler, bir Kanunla uygun bulunmaları halinde, açıkça göndermede bulunması koşuluna bağlı olarak ceza normunun doğrudan kaynağı olurlar. İHAS, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*insan haklarına saygılı*" ibaresi gereği açık göndermede bulunduğundan "*anayasal norm*" olarak ceza normunun doğrudan kaynağıdır¹⁹.

Diğer taraftan idarenin, düzenleyici işlemleriyle açık ceza normunu (beyaza ceza normu) doldurması halinde, işlem, ceza kanunu hükmünde olacağından istisnai hallerde idarenin düzenleyici işlemleri ceza normunun doğrudan kaynağı olabilmektedir. Konuya aşağıda idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında ayrıca değinilecektir.

Örf ve adet, ancak suç ve ceza içermeyen hükümlerin yorumunda, açıkça göndermede bulunulması halinde ve kanuna aykırı olmamak koşuluyla ceza normunun dolaylı bir kaynağı olabilir²⁰.

Kanunilik ilkesi, 765 sayılı mülga TCK'nun 1. maddesi ve sonrasında 5237 sayılı TCK'nun 2. maddesinde açık olarak yer almıştır.

Hâkimin bu ilkeye uymaması, adil yargılanma hakkının ihlali (Anayasa md. 36; İHAS md. 6) ve mutlak bozma nedenidir. (CMK, md. 288).

¹⁷ Yargıtay 7. CD.; 2009/5416 E., 2011/4498 K., 18.4.2011 T.

¹⁸ Bkz. ayrıca, Zafer, H.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 54 vd.

¹⁹ Bkz. ayrıntılı bilgi için; Hafizoğulları, Z.: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 08.05.2009 (yayımlanmış bildiri).

²⁰ Bkz. ayrıca, Bıçak, V./Arslan, Z.: International Encyclopedia of Laws: Constitutional Law: Turkey, April 2004, s. 59.

IV. SUÇLARIN VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN UNSURLARI

O hukuk düzeninde kanunilik ilkesinin geçerli kabul edilmesi için aranan kıstasları temel olarak; “belirlilik ilkesi”, “kıyas yasağı ilkesi”, “lehte kanun ilkesi”, “ülkesellik (mülkîlik) ilkesi” ve “şahsîlik ilkesi” olarak sıralamak mümkündür. Bu kıstaslardan bir kısmı kanun koyucuya, bir kısmı hâkime, bir kısmı ise hem kanun koyucuya hem de hâkime yöneliktir. Belirlilik ilkesi doğrudan kanun koyucuya, kıyas yasağı ilkesi hakime, lehte kanun ilkesi, ülkesellik ilkesi ve şahsîlik ilkesi ise hem hakime hem de kanun koyucuya yönelik sonuçlar doğurmaktadır²¹.

1. Belirlilik

Suçların ve cezaların belirli olması demek; suçu ve cezayı isimlendirerek unsurlarını açıklığa kavuşturmak, meşru olanla gayrimeşru olanı birbirinden ayırmak demektir.

Suç ve cezaların belirliliği kıstası esas itibariyle TCK'nun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesi'nin birinci ve ikinci fıkralarında ifade olunmuştur. İlgili madde uyarınca; “kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz²². İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz”.

Madde suç ve cezaların ancak kanunun açık hükmüyle konulabileceği hükmünü amirdir. O halde öncelikle çözümlenmesi gereken, hangi fiillerin “suç” ve hangi yaptırımların “ceza” olduğu, suçu hukuka aykırı diğer fiillerden nasıl ayıracağımız sorusudur...

Bu noktada kanun koyucunun adli ceza müeyyidesi (hapis cezası, adli para cezası ve TCK'nun 50. maddesine giren hallerde hapis cezasına seçenek yaptırımlar) ile müeyyidelendirdiği fiilleri “suç”, bunlara uygulanan, sınırları TCK'nun 45 vd. maddelerinde belirlenmiş yaptırımları ise “ceza” kabul etmek gerekecektir. Buna karşın kanun koyucunu özel hukuk müeyyideleriyle (örn. tazminat, eski hale iade)

²¹ Koca, M./Üzülmez, İ.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 40.

²² Bkz. ayrıca Majno: Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 1977, s. 11 vd.

müeyyidelendirdiği fiiller haksız fiildir. Diğer taraftan idarenin idari ceza müeyyideleriyle müeyyidelendirdikleri fiiller ise idari suç kapsamında değerlendirilmelidir²³. İdari suçlar bakımından da Kanunilik ilkesi geçerlidir. Zira 1982 Anayasasının 8'inci maddesi'nin "yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmü gereği idari organlar yeni idari suç ve cezalar yaratamazlar. Bu, kanunilik ilkesinin yanı sıra bu ilkenin bir uzantısı olan kuvvetler ayrımı ilkesinin de zorunlu sonucudur. Aynı kabul Anayasa ve TCK'nun 2. maddesi gereği adli suç ve cezalar için de geçerlidir. Bunun tek istisnası, açık ceza normlarıdır. İdare düzenleyici işlemleriyle açık ceza normlarını²⁴ doldurabilir²⁵. Bu halde düzenleyici işlem kanun hükmünde kabul edilir²⁶.

Yargıtay bir kararında; KHK hükmüyle getirilen düzenlemeyi TCK'nun 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulmayarak; Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 gün ve 2005/15 E., 2008/2 K. sayılı iptal kararı gerekçesinde kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurguladığını belirtmiştir. Yargıtay, 5252 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesi ile TCK'nun 2. maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 sayılı KHK'nin suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıl-

²³ Hafizoğulları Z./Özen M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 182.

²⁴ Bazı hallerde, asıl ceza normunu meydana getiren unsurlardan müeyyide kanun hükmünde belirlenmiş olmakta, ama hüküm henüz belirlenmemiş olmaktadır. Bu hallerde müeyyide hükmü şimdiki halde mevcuttur, ama davranış hükmü gelecekte mevcut olacaktır. Burada normu koyan otoriteden, normu dolduran otorite farklıdır. (Hafizoğulları, Z.: Ceza Normu, Ankara 1996, s. 280 vd.) Ayrıca bkz., Zafer, s. 45.

²⁵ Bkz. aynı yönde, Anayasa Mahkemesi'nin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinde değişiklik yapılması hakkında red kararı; 2009/5 E., 2011/31 K., 3.2.2011 T.

²⁶ Doktrinde bazı yazarlar, bu şekildeki düzenlemelerle suçta kanunilik ilkesinin dolandırıldığını ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesi hükmünün ihlal edildiğini ifade etmektedirler. (Bkz., Özgenç, İ: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 72, Koca/Üzülmez, s. 48, Centel, N./Zafer, H./Çakmut, Ö.: Türk Ceza Hukuku'na Giriş, İstanbul 2006, s. 62 vd). Ayrıca bkz. Anayasa'yı ihlal etmediğine ilişkin; Gölcüklü, F.: "İdari Ceza Hukuku" ve anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, SBF D, C. XVIII, S. 2, Ankara 1963, s. 123 vd.

dığının) kabulü gerektiği ve bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylemin 556 Sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmadığı sonucuna varmıştır²⁷.

Karar, TCK'nun 2/2. maddesi gereği KHK ile suç ve ceza yaratılmayacağını belirtmesi açısından önemliyse de Yargıtay'ın söz konusu KHK'yi TCK'nun 5. maddesi dâhilinde değerlendirmesi anlaşılabilir değildir. Zira bu madde, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Dolayısıyla suç ve cezanın yer aldığı düzenleme mutlaka kanun olmalıdır. Oysa KHK, kanun olmayıp istisnai kullanım alanı olan ve bu alanla sınırlı olmak üzere kanun hükmünde kabul edilen idarenin bir düzenleyici işlemidir. Diğer taraftan temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan suç ve cezaların Anayasa'nın 38. ve 91. maddeleri gereği KHK ile konulamayacağı açıktır. Aksi yönde bir kabul kanunilik ilkesini korumak bir yana ona aykırılık teşkil edecektir²⁸.

TCK'nun 2. maddesi gereği güvenlik tedbirleri de ancak Kanunla konabilir.

TCK'nun 61/10. maddesi hükmünü belirlilik ilkesinin bir yansıması olarak kabul etmek gerekir. Zira ilgili madde gereği, Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne arttırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

Belirlilik ilkesi suç ve ceza içeren normların açık olmasını gerektirir. Bu sebeple birden fazla anlama gelebilecek sözcük ve deyimlerden kaçınılmalıdır. Böylece bireyler hangi davranışlarının suç olduğunu bilebilir, hâkimler somut olaya normu rahatlıkla uygulayabilir ve avukatlar da müvekkillerini savunabilirler²⁹.

Doktrinde, özellikle bazı suç tiplerinde ifade olunan kelimelerin belirlilikten uzak olması bakımından kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, örneğin görevi kötüye kullanma suçunun yeterli ölçüde belirli olmadığı ifade edilmektedir³⁰. Ancak fiilin normatif unsuruna dâhil olan bir terimin, hukuk sisteminde geçerli bir diğer kanun ya da suç

²⁷ Yargıtay 7. CD., 2007/7050 E., 2010/362 K., 21.1.2010 T.

²⁸ Bkz. aynı yönde; Yargıtay CGK, 1998/7-135 E., 1998/200 K., 2.6.1998 T.

²⁹ Hakeri, s. 36 vd.

³⁰ Hakeri, s. 37.

ve ceza yaratmamak şartıyla bu kanunun atıf yaptığı bir diğer düzenlemeyle açıklığa kavuşturulabilmesi halinde kanunilik ilkesini ihlal etmediğini kabul etmek gerekecektir.

2. Kıyas Yasağı

TCK'nun 2. maddesinin 3. fıkrası Kanunilik ilkesinin kıyas yasağı kıstasına işaret etmektedir. Adı geçen madde uyarınca; *"kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz"*.

Yorum, kanun maddesini anlamak ve somut olaya uygulamak bakımından hukukçunun başvurmasını zorunlu kılan bir yöntemdir. Hatta daha da ileriye giderek hukukçunun işinin yorum yapmak olduğunu söylemek mümkündür. Zira yorum, normda saklı iradeyi ortaya çıkararak bunun kapsam ve sınırlarını belirlemek faaliyetidir. Kanunun hükmü, kanunun iradesini aşmışsa daraltıcı, Kanunun iradesini eksik yansıtmışsa genişletici ya da ilerletici yorumlanabilir. Kıyas ise boşluk doldurmazdır. Dolayısıyla yorum genişletici olabilirse de kıyasa varan yorum olmaz. Çünkü boşluk yorum yöntemiyle dolmaz. Bu açıdan hükmü, *"suç ve ceza içeren hükümler kıyas yoluyla genişletilemez"* şeklinde değerlendirmek daha doğru olacaktır kanısındayız^{31 32}.

Yargıtay bir kararında; 5237 sayılı TCK'nun 51. maddesi uyarınca 5 ay hapis cezası ertelenen sanık hakkında, madde hükmünde yer almayan 'alkollü içecek kullanmasının ve alkollü içki kullanılan yerlere girmesinin yasaklanmasına' şeklinde karar verilmesinde isabet görmemiş, suçta ve cezada yasallık ilkesi uyarınca, yasada öngörülme-yen yükümlülükler kimseye yüklenemeyeceğinden hükmün bozulmasına oy birliğiyle karar vermiştir³³.

³¹ Bkz., aynı yönde, Artuk, M. E.: *"Türk Ceza Kanunu'nun Temel İlkeleri"*, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 15 vd.; Demirbaş, T.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 116.

³² TCK'nun 2. maddesi gerekçesinde; bu ifadenin kıyas yasağıyla getirilen güvenenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla ifade edildiği, ancak bu hükümle genişletici yorumun tümüyle yasaklanmadığı, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir. (Özgenç, İ: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 77).

³³ Yargıtay 2. CD.; 2007/6390 E., 2007/6303 K., 7.5.2007 T.

Kanun koyucu suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas yapılamayacağını söylemekle suç ve ceza içermeyen hükümlerde kıyasa izin vermektedir. Doktrinde hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran nedenler ve sınırlı hallerde kusurluluğu kaldıran nedenler bakımından kıyasın mümkün olduğu savunulmaktadır. Ancak TCK'nun 61/10. maddesi gereği cezayı azaltan, değiştiren veya kaldıran diğer nedenlerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği kanısındayız³⁴.

3. Lehte Kanun İlkesi

TCK'nun 7. maddesi, kanunların zaman bakımından uygulanmasını düzenlemesi sebebiyle, lehte kanun ilkesini karşılamaktadır. Aslında söz konusu kıstas belirlilik ilkesinin gereğidir. Çünkü hükmün konulmasındaki amaç, hiç kimsenin işlediği zaman kanunen açıkça suç kabul edilmeyen bir fiilinden dolayı kendisini ceza tehdidi altında hissetmemesi ya da sonradan bu sebeple cezaya çarptırılmamasıdır. Aksi yönde bir kabul, hukuka güveni zedeler, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmaz. Madde bu kıstası; *“işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz”* şeklinde ifade etmiştir. Öte yandan *“İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar”*. Zira kimse olmayan bir suçla cezalandırılmaz. Bu durumda kanun koyucu, eskiden suç saydığı fiilin artık toplum bakımından zararlı veya tehlikeli olmadığını düşünmektedir.

Kanunilik ilkesinin bir diğer gereği olarak aleyhte olan kanun, kişinin, hiç beklemediği bir muameleyle karşı karşıya kalmaması adına geriye yürüyemezken, lehte olan kanun, artık kanun koyucu o fiili eskiden olduğu kadar vahim görmediğinden geriye yürüyebilmektedir. TCK bu ilişkiyi 7/2. maddesinde ; *“suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur”* şeklinde ifade etmektedir.

³⁴ Hafızoğulları/Özen, s. 124.

Hangi Kanun'un daha lehe olduğuna; söz konusu kanunlardan her birinin leh ve aleyhte olan hükümlerinin karşılaştırılarak somut uyuşmazlığa uygulanması suretiyle ulaşılır.

Yargıtay bir kararında; *“gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda; hapis cezasını öngören yasanın, adli para cezası kabul eden yasaya göre, aynı nev'i ceza içeren yasalardan; yukarı sınırları aynı, aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınırı az olan yasaya göre, aşağı sınırları aynı, yukarı sınırı fazla olanın, üst sınırı az olana göre, alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde, üst sınırı fazla olanın, az olana göre aleyhe olduğu kabul edilmektedir. Yine, şikâyete tabi olan suç, kamu adına kovuşturulması gereken suç haline getiren yasanın aleyhe, kamu adına kovuşturulan suç, şikâyete tabi suç haline getiren yasanın lehe, aynı cezaya ilave olarak güvenlik önlemi kabul eden yasanın aleyhe olduğu belirtilmiş ise de, bu kuralların her somut olayda, mutlak olarak aynı sonucu doğuracağı kabulü olanaksızdır. Ancak bazı somut durumlarda yetersiz de olsa bu ölçütler, yasalarda kısmi değişikliklerin yapıldığı dönemlerde benimsenilmesi gereken temel ilkeleri göstermesi bakımından önemlidir. Lehe yasanın tespiti açısından bu ölçütlere yeni kriterler eklenmesi yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara da konu olmuş, değişen ceza mevzuatı karşısında dahi halen geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, ‘suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümlerinin farklı olması halinde, her iki yasanın birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı’ şeklinde, lehe yasanın tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir. Öğretide de anılan İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür”* ifadesiyle aynı noktaya işaret etmiştir³⁵.

5237 sayılı TCK'nun, 5377 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, *“hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır”*. O

³⁵ Yargıtay CGK; 2006/9-55 E., 2006/115 K., 11.4.2006 T.

halde sayılan istisnalar haricinde infaz rejimine ilişkin hükümler bakımından lehte kanun uygulaması geçerli değildir.

Güvenlik tedbirleriyle suç ve ceza yaratılamazsa da güvenlik tedbirleri iyileştirici, dolayısıyla kişideki tehlikeliliği giderici olması bakımından önleyici tedbirler olduklarından, infaz esnasında yürürlükte bulunan güvenlik tedbirinin o kimse için en ileri ve en iyi olduğu düşünülür. Dolayısıyla güvenlik tedbirlerinin infazı bakımından TCK'nun 7/3. maddesi gereği derhal uygulanırlık ilkesi söz konusudur.

Öte yandan ceza muhakemesinde kural olarak kanunilik ilkesi geçerli olmakla beraber, muhakeme normları bakımından derhal uygulanırlık söz konusu olduğundan, failin daha lehine olan muhakeme kuralının geçmişe yürütmesi mümkün değildir.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre “geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir”. Böylece geçicilikten ve sürelilikten istifade ederek suç işleyen failerin cezasız kalmaları engellenmiştir. Pek tabii bu kanunlar geçici veya süreli oldukları dönemde kaldırılır veya değiştirilirse, lehte kanun ilkesi bunlar için de geçerli olacaktır.

4. Ülkesellik İlkesi

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ifadesini kanunda bulan ceza normunun temel niteliklerinden biri, etkinliğinin ülke ile sınırlı olmasıdır. Küreselleşme olgusuna paralel olarak, uluslararası ceza hukuku tartışmalarının sürdüğü günümüzde dahi ceza kanununun egemen olduğu toprak yalnızca kanunu olduğu devletin ülkesidir. Öte yandan, kanunilik ilkesi gereği ülkede işlenen bütün suçlar hakkında fail ile mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın o ülke ceza kanunu uygulanmalıdır. İşte, ceza kanununun kanunu olduğu devletin ülkesinde ve bu ülkeyle sınırlı olarak uygulanmasına, ülkesellik ilkesi denir³⁶.

TCK'nun 8. maddesinde Kanunun yer bakımından uygulanmasına ilişkin kıstaslar belirlenmiştir. Buna göre;

³⁶ Hafızoğulları/Özen, s. 38; Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 257; Centel/Zafer/Çakmut, s. 123.

“Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır.

Suç;

- a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,
- b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,
- c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,
- d) Türkiye’nin kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölge-sinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır”.

Bazı suçlar vardır ki bunlar nerede, kim tarafından işlenirse işlen-sin, failleri ülkede bulunmak koşuluyla o ülke ceza kanununa göre ce-zalandırılırlar. Bu suçlar genellikle ya uluslararası hukukun bir öznesi olan devlete karşı suçlardır ya da etkileri itibariyle ulusal sınırları aşan suçlar olmaları sebebiyle uluslararası anlaşmalar gereği kovuşturul-ması gereken suçlardır. TCK’nun 13. maddesinde³⁷ söz konusu suçlar ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Madde, ülkesellik ilkesi-nin istisnasını teşkil etmektedir. Ancak istisnanın kaide haline gelme-

³⁷ MADDE 13. - (1) Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde, Türk kanunları uygulanır:

- a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar.
 - b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar.
 - c) İşkence (madde 94, 95).
 - d) Çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181).
 - e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190).
 - f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araç-ların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202).
 - g) Fuhuş (madde 227).
 - h) Rüşvet (madde 252).
 - i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonul-ması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları.
- (2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ül-kede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır.

mesine özen gösterilmelidir. Bu bakımdan örneğin bir başka kıtada, bir yabancı tarafından, yabancı bir devletin idaresine karşı işlenmiş olan rüşvet suçuna, suçluların geri verilmesinin de mümkün olduğu hesaba katılırsa, TCK'nun uygulanmasındaki evrensel faydayı anlamak güçtür³⁸.

TCK gereği ülkesellik ilkesinin bir diğer istisnası da yurt dışında Türkiye namına kamu görevi üstlenen Türk veya yabancı kimselerin görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardır³⁹. Bu kimseler suçlarından ötürü yabancı ülkede yargılanıp mahkûmiyet hükmü almış olsalar dahi Türkiye'de yeniden yargılanırlar (TCK, md. 10).

5. Şahsilik İlkesi

Vatandaş, uyruğu olduğu ülkede bulunsun ya da bulunmasın, daima vatandaşı olduğu ülkenin ceza kanununa uymakla yükümlüdür. Diğer yandan, uyruğu olduğu ülke ceza kanunu vatandaşını ülkenin dışında da hukuki himayeden faydalandırmalıdır ki söz konusu unsur, vatandaşa karşı yabancı ülkede suç işlendiğinde kendini göstermektedir. Bu iki farklı yansımasıyla ceza kanununun vatandaşı izlemesine şahsilik ilkesi denir⁴⁰.

TCK, bu ilkeyi 11. ve 12. maddelerinde açıklığa kavuşturmuştur.

TCK'nun 11. maddesi gereği; bir Türk vatandaşı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az

³⁸ Doktrinde bazı yazarlar, rüşvet suçunun soruşturulmasının milletlerarası bir yükümlülük olduğu (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 293 vd.), nitekim 01.02.2000 tarih ve 4518 sayılı Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi'nin Ülkemize böyle bir yükümlülük getirdiği görüşündedirler (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 294, dpn. 112). Ancak bu noktada bir ayrıma gitmek gerektiği kanısındayız. Zira Sözleşme'nin yetkiyi düzenleyen 4. maddesi gereği söz konusu yükümlülüğün doğması için ya suçun tamamı veya bir bölümü akit taraf ülkesinde gerçekleşmeli ya da vatandaş yurt dışında suç işlemelidir. O halde yapılması gereken, yürürlükteki uluslararası sözleşmelerle uyumlu hale getirmek suretiyle kanun metninin sınırlarını çizmektir. Bkz. aynı yönde; Hafizoğulları/Özen, s. 41 vd.

³⁹ Bkz. "kamu görevlisi" tanımı için; Hafizoğulları, Z./Aygün Eşitli, E.: Bazı Özel Ceza Kanunlarında ve Ceza İçeren Kanunlarda Yer Alan "Kamu Görevlisi Olarak Cezalandırılır" hükmünün Anlamı, Kapsamı ve Sınırları Meselesi, Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 629 vd.

⁴⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 283; Centel/Zafer/Çakmut, s. 130; Hafizoğulları/Özen, s. 44.

olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.

Bu madde gereği vatandaşın yabancı ülkede işlediği fiilin Türk kanunlarına göre suç oluşturan bir fiil olması yeterlidir. Madde gerekçesinde her ne kadar “...mağdur olan kimse yabancı ise; fail hakkında Türkiye’de Türk kanunlarına göre yargılama yapılabilmesi için suçun o ülke kanununa göre de suç teşkil etmesi gerekir” denmekteyse de Kanunda olmayan bir şeyi gerekçeden yorum yoluyla çıkarmak mümkün değildir. Bu yönde bir çaba şüphesiz kanunilik ilkesinin ihlali olacaktır⁴¹.

Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrası gereği suç şikâyete bağlı olduğunda, suçtan zarar gören şikâyetçi olmasa dahi yabancı hükümet şikâyet hakkını kullanabilir. Ancak şikâyet şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan hak sahibi olan suçtan zarar görenin bu hakkı kullanmaması halinde yabancı hükümetin hangi esasa dayanarak şikâyetçi olacağını anlamak güçtür⁴².

TCK’nun 12. maddesi gereği; bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.

Yukarıda belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması hâlinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

⁴¹ Demirbaş, s. 160; Hafizoğulları/Özen, s. 45; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 288 vd.; Hakeri, s. 64.

⁴² Hafizoğulları/Özen, s. 46.

Mağdur yabancı ise, aşağıdaki koşulların varlığı hâlinde fail, Adalet Bakanının istemi ile yargılanır:

a) Suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi.

b) Suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmemiş olması.

13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren ve yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği suçtan dolayı yabancı mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır.

Maddede yer alan "*Türkiye'nin zararına*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Her suçun genel mağdurunun devlet olduğu gerçeği karşısında bizce hükmü dar yorumlamak ve yalnızca suçun mahsus mağduru olarak devletin tüzel kişiliğinin zararına işlenen suçları Türkiye'nin zararına işlenmiş suç saymak yerinde olacaktır⁴³.

V. SONUÇ

Kanunilik ilkesi, yüzyıllarca acı çeken insanlığın en büyük eserlerinden biri ve aydınlığın karanlığa karşı zaferi olarak ortaya çıkmaktadır.

Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de teminat altına alınmış olan bu ilkeye, onu somut uyuşmazlıklarda tatbik ederek hayata geçiren yargı organları ve idarenin kanuniliği gereği yürütme organları uymak zorundadır. Aksi yönde çabalar, demokratik, laik hukuk devletinde hukuka aykırı olmakla kalmayacak, aynı zamanda da zulüm olacaktır.

⁴³ Hafızoğulları/Özen, s. 46 vd.

KAYNAKLAR

- Abbagnano, Nicola: (Trans. Nino Langiulli), Humanizm, The encyclopedia of philosophy, The free press, 1976 USA, (Çev. Nesrin Kale), Hümanizm, <http://dergiler.ankara.edu.tr>.
- Akdoğan, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2011.
- Alacakaptan, Uğur: İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara 1958.
- Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale, PG., Milano 1980, s. 51 vd.
- Artuk, Mehmet Emin: “Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Nisan 2005.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Beccaria, Cesare: Dei delitti e delle pene, A cura di Renato Fabietti, Milano 1973.
- Bettiol, Giuseppe: Diritto penale, Padova 1978.
- Bıçak, Vahit/Arslan, Zühtü: International Encyclopedia of Laws: Constitutional Law: Turkey, April 2004.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukuku’na Giriş, İstanbul 2006.
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.
- Dönmezer Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, 13. Bası, İstanbul 1997.
- Gölcüklü, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku” ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki, SBF, C. XVIII, S. 2, Ankara 1963.
- Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu, Ankara 1996.
- Hafizoğulları, Zeki: Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>. (Hafizoğulları, Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik)
- Hafizoğulları, Zeki: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 08.05.2009 (yayımlanmış bildiri).
- Hafizoğulları, Zeki/Aygün Eşitli, Ezgi: Bazı Özel Ceza Kanunlarında ve Ceza İçeren Kanunlarda Yer Alan “Kamu Görevlisi Olarak Cezalandırılır” Hükmünün Anlamı, Kapsamı ve Sınırları Meselesi, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 629-639.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.
- Majno: Ceza Kanunu şerhi, C. 1, Ankara 1977.
- Mantovani, Ferrando: Diritto penale, Padova 1979.

- Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1991.
Özgenç, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
Özgenç, İzzet: Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.
Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
Topcuoğlu, Hamide: XX. Yüzyılda Tabi Hukuk Rönesansı, Ankara 1953.
Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku, GK., Ankara 2011.
Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

Yararlanılan İnternet Siteleri:

- <http://tr.wikipedia.org>
<http://www.baskent.edu.tr>
<http://dergiler.ankara.edu.tr>”

PARLAMENTER SİSTEM VE TÜRKİYE AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME

PARLIAMENTARY SYSTEM AND EVALUATION FROM THE PERSPECTIVE OF TURKEY

İ. Halil ASİLBAY*

Özet: Türk anayasalarının hükümet sistemi konusundaki tercihi 1876 yılından itibaren parlamenter sistemden yana olmuştur. 1961 Anayasası ile birlikte parlamenter sistemin tüm unsurlarıyla kabul edilmesinden sonra, siyasi sistemden kaynaklanan birçok sorunun nedeni olarak hükümet sistemi görülmüş ve bu sorunlara çare olarak yürütmenin güçlendirilmesi önerilmiştir. 1980 yılından itibaren ise hükümet sistemi değişikliği yapılması ve başkanlık sistemine geçilmesi tartışılmaya başlanmıştır.

Günümüzde de bu tartışmalar sürmekte ve genellikle parlamenter sistemin diğer hükümet sistemleri ile karşılaştırıldığı gözlenmektedir. Bu çalışmada böyle bir karşılaştırma yerine parlamenter sistem temel özellikleri ile incelenmiş ve Türkiye açısından parlamenter sisteme yöneltilen iki önemli eleştiriden hükümet istikrarı ve cumhurbaşkanının konumu hakkında değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Parlamenter sistem, hükümet istikrarı, cumhurbaşkanı

Abstract: Since the year 1876, the Turkish Constitutions preferred to be on the side of parliamentary system with respect to choosing government systems. However, after having accepted all the aspects of parliamentary system, together with the 1961 Constitution, the source of the problems which was political, was perceived to be associated with the government systems. As a consequence of this perception, strengthening the administration system was recommended. Since 1980, alteration to the government system and transition to the presidential system was debated.

Today, these debates are being continued and general comparisons are being made between the parliamentary and the other systems. Instead of undertaking a comparative analysis, this paper aims to investigate the basic features of the parliamentary system. In doing this, evaluation will be made on the stability of government and the status of the president, which are the two essential criticisms made on the system for Turkey.

Keywords: Parliamentary system, government stability, president

* Avukat, SGK Malatya İl Müdürlüğü

Giriş

1961 Anayasası ile birlikte parlamenter sistemin tüm unsurlarıyla kabul edilmesinden sonra Türk siyasi hayatında ortaya çıkan sorunların hükümet sistemine bağlanması yönünde genel bir eğilim oluşmuştur. Daha çok, parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin karşılaştırılmasından elde edilen “soyut” çıkarsamalara dayanan bu eleştirilerin odak noktasını ise hükümet istikrarsızlığı ile yürütmenin güçsüzlüğüne bağlanan siyasi istikrarsızlık oluşturmaktadır.¹ Oysa hükümet istikrarının, siyasi sistem içerisinde tek başına bir değer olarak ne ifade ettiği tartışmaya açık olduğu gibi² böyle bir istikrarının sağlanmasının da “sihirli bir değnek” gibi tüm sorunlara çare olması beklenemez.

Öte yandan, 1982 Anayasası’nda yürütmenin güçlendirilmesi düşüncesiyle, parlamenter sistemin sınırları da zorlanarak³ önemli yetkiler verilen cumhurbaşkanlığı makamı, siyasi istikrarın güvencesi olmak yerine son yıllarda daha çok siyasi sorunlar, çekişmeler ve hatta krizlerle öne çıkmıştır.⁴ O halde cumhurbaşkanının konumunu da parlamenter sistem açısından incelenmesi gereken önemli bir sorun boyutu olarak değerlendirmek mümkündür.⁵ Bu yüzden çeşitli siyasi veya ideolojik kaygılar (hassasiyetler) bir yana bırakılarak, bilimsel zeminlerde konunun tartışılması gerekmektedir. Aksi halde, böylesine önemli bir konu, birkaç “anayasa hukuku meraklısı” ile siyasetçilerin in-safına terk edilmiş olacaktır.

¹ Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye için Bir Değerlendirme*, 1. Baskı, İstanbul 2002, s. 186.

² Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Ankara 1999, s. 77-81.

³ Erdal Onar, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, Başkanlık Sistemi, Birinci Baskı, TBB Yayınları, No: 77, Ankara 2005, s. 103; Mustafa Erdoğan - Serap Yazıcı, “Türkiye’nin Yeni Anayasasına Doğru”, TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, İstanbul 2011, s. 19-20; Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 423.

⁴ Nitekim 10. Cumhurbaşkanı’nın, 2000 yılının Ağustos ayından Kasım ayı sonuna kadar 7 adet kanun hükmünde kararname ile 8 adet müşterek kararnameyi imzalamayarak iade etmesi ile başlayan süreç “Cumhurbaşkanı-Hükümet Çatışması” adlı bir monografiye konu olmuştur. Bkz. Kemal Gözler, *Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?)*, Birinci Baskı, Bursa 2000.

⁵ Murat Sevinç, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanlığı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 2002, Cilt 57, Sayı 2, s. 109-137.

Şu halde, Türk siyasi hayatında karşılaşılan gerek kronikleşmiş gerekse dönemsel sorunları kolaycı bir yaklaşımla doğrudan hükümet sistemine bağlamak yerine, öncelikle benimsenen hükümet sisteminin temel ilkeleriyle ortaya konulması ve bu sorunların, diğer hükümet sistemlerine göre değil, bu ilkeler açısından değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. İşte bu çalışmada da böyle bir yöntem benimsenerek birinci bölümde parlamenter sistemin teorik temelini oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesi ele alınmış; ikinci bölümde parlamenter sistem incelenmiş; üçüncü ve son bölümde ise parlamenter sistemin Türkiye uygulamasında öne çıkan hükümet istikrarsızlığı ve cumhurbaşkanının konumu tartışılmıştır.

I. Kuvvetler Ayrılığı

Kamu hukukunda devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel hukuki kuvveti (iktidarı) olduğu kabul edilmektedir.⁶ Kökleri eski çağlara kadar uzanan bu görüşü ilk kez “*Politika*” adlı eserinde Aristo dile getirmiştir. Aristo’ya göre iyi bir hükümet sistemi için yasama (meşveret), yürütme ve yargının üç ayrı öge olarak anayasalarda yer alması ve aralarındaki ilişkinin iyi biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.⁷

Kuvvetler ayrılığı teorisi ise devletin yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri arasındaki ilişkiyi ele alarak bunların tek elde toplanmayıp farklı organlar tarafından kullanılması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.⁸ Bu teoriyi özgürlüklerin bir güvencesi olarak gören İngiliz siyaset bilimcisi John Locke, “*Sivil Siyasal-Yönetim Üzerine İki İnceleme*” adlı eserinde yasama, yürütme ve federatif güç ayrımı yaparak, yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması gerektiğini belirtmiştir. Locke’a göre, yasama kuvvetine sahip olanların aynı zamanda çıkardıkları kanunları yürütme yetkisine de sahip olmaları halinde bu kanunları kendi çıkarlarına göre uygulamaları veya kendilerini kanunların üzerinde görerek hiç uygulamamaları tehlikesi vardır. Bu nedenle her iki

⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2000, s. 171; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Tıpkı Basım 7, Ankara 2005, s. 199; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 14. Baskı, Ankara 2009, s. 31.

⁷ Aristoteles, *Politika*, (Çev. Mete Tunçay), 3. Basım, İstanbul 1990, s. 132-133; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 391.

⁸ Erdoğan (Demokrasi), s. 199; Teziç, s. 390.

kuvvetin tek elde toplanması baskıcı bir yönetime yol açacağından bu kuvvetlerin ayrılması, özgürlüklerin bir güvencesi olacaktır. Ayrıca yürütmenin sürekli etkin olması gerektiği halde yasamanın varlığına her zaman ihtiyaç duyulmaması da bu ayrımın bir diğer nedeni olarak gösterilmiştir.⁹

Locke'un bu konudaki dikkate değer diğer bir görüşü ise yasamayla, halkın iradesini temsil eden tek meşru otorite olduğu için yürütmeden üstün görmesi ve yargıyı bağımsız bir kuvvet olarak kabul etmemesidir. Görüldüğü gibi, Locke'un görüşleri kuvvetler ayrılığının önemli unsurlarını içerse de özellikle yasamaya yürütme karşısında üstünlük tanınması ve yargıyı bağımsız bir kuvvet olarak görmemesi nedeniyle teorisi bir bütün olarak kapsamaktan uzaktır.¹⁰

Kuvvetler ayrılığı teorisi bugünkü anlamıyla ilk kez Fransız düşünür Montesquieu tarafından "*Kanunların Ruhunu*" adlı eserde ortaya konulmuştur. Montesquieu, yasama ve yürütmenin tek elde toplanmasının özgürlükleri güvencesiz bırakarak baskıcı bir yönetime yol açacağını; bu nedenle özgürlüklerin korunması için bu işlevlerin farklı organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiğini belirterek kuvvetlerin bu şekilde ayrılmasının birbirlerini dengeleyip sınırlayacağını (frenleyeceğini) ifade etmiştir. Ayrıca Montesquieu, Locke'un aksine yargıyı, yasama ve yürütmeden bağımsız bir kuvvet olarak görmüştür.¹¹

Montesquieu'nun özgürlüklerin korunması amacını taşıyan bu teorisi, soyut düşüncelerden çok İngiltere'deki gözlemlerine dayanmakta ve düşünür İngiltere'yi kuvvetler ayrılığının en tipik örneği olarak göstermektedir.¹² Ne var ki İngiltere ne o dönemde ne de daha sonraki

⁹ Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye*, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 13; Neşet Toku, John Locke ve Siyaset Felsefesi, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 119; Teziç, s. 391-392; Erdoğan (Demokrasi), s. 200-201.

¹⁰ Erdoğan (Demokrasi), s. 201; Hekimoğlu, s. 14; Toku, s. 122; Ayrıca, John Locke'un görüşlerinin ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Bülent Yücel, "*Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*", *Yayımlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2008*, s. 7-9.

¹¹ Montesquieu, *Kanunların Ruhunu Üzerine I*, (Çev. Fehmi Baldaş), 2. Baskı, İstanbul 1998, s. 234-235.

¹² Raymond Aron, *Sosyolojik Düşüncenin Evreleri*, (Çeviri: Korkmaz Alemdar), 2. Basım, Ankara 1989, s. 25; Teziç, s. 393; Aksi görüş için bkz. Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri*, İkinci Basım, Ankara 1993, s. 8.

bir dönemde düşünürün nitelendirdiği şekilde kuvvetler ayrılığını uygulamamıştır. Bu nedenle kuvvetlerin yumuşak (esnek) ayrılığı veya işbirliği olarak nitelendirilen parlamenter sistemin ilk olarak ortaya çıktığı ve uygulandığı İngiltere'nin, kuvvetler ayrılığının en tipik örneği olarak görülmesi, Montesquieu'nun İngiliz Anayasası'nı yanlış yorumlaması olarak değerlendirilmiş ve eleştirilmiştir.¹³

Belirtmek gerekir ki kuvvetler ayrılığı teorisinin asıl etkisi, hükümet sistemlerinin tasnifinde göze çarpmaktadır.¹⁴ Yargının diğer kuvvetlerden bağımsız olarak ele alındığı bu tasnifte, hükümet sistemleri yasama ile yürütme arasındaki ilişkiye bakılarak belirlenmekte ve söz konusu kuvvetlerin birbirlerinden sert veya yumuşak biçimde ayrılmalarına göre hükümet sistemlerinin iki temel modeli ortaya konulmaktadır. Buna göre, hükümet sistemleri yelpazesinin karşılıklı iki ucunda yer alan başkanlık sistemi, kuvvetlerin sert ve kesin; parlamenter sistem ise yumuşak ve dengeli ayrılığına dayanır.¹⁵

II. Parlamenter Sistem

A. Genel Olarak

İngiltere'de Magna Carta'nın kabulü ile başlayan tarihsel süreç içerisinde ilk olarak 1295 yılında "*Model Parlamento*" olarak adlandırılan Temsilciler Meclisi kurulmuştur. Böylece parlamenter sistemin ilk kurumları oluşmaya başlamış ve 18. yüzyılın ortalarına doğru parlamenter monarşi doğmuştur.¹⁶ Hekimoğlu'nun ifadesiyle 17. yüzyılda "*altın çağını*" yaşayan parlamenter sistem, sadece İngiltere'de değil Belçika, Norveç, Danimarka ve İsveç gibi diğer Kıta Avrupa'sı ülkelerinde de benimsenip uygulanmaya başlamıştır.¹⁷

Parlamenter sistemin ilk dönemlerinde "*Parlamento Egemenliği*" teorisinin etkisiyle sistemin en güçlü organı olarak parlamento gö-

¹³ Friedrich A. Hayek, *Hukuk Yasama ve Özgürlük*, (Çev. Atilla Yayla), Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 193; Aksi görüş için bkz. Turhan, s. 8.

¹⁴ Erdoğan, kuvvetler ayrılığı ilkesinin sadece hükümet sistemlerinin tasnifinde dikkate alınmasını teorisinin başına gelen bir talihsizlik olarak yorumlamaktadır. Bkz. Erdoğan (Demokrasi), s. 205.

¹⁵ Erdoğan (Demokrasi), s. 205; Turhan, s. 32; Özbudun, s. 329.

¹⁶ Maurice Duverger, *Siyasal Rejimler*, (Çev. Teoman Tunçdoğan), İstanbul 1986, s. 73; Sevinç, s. 112.

¹⁷ Hekimoğlu, s. 110-111.

rülmüşse de zamanla yürütme güçlenerek parlamentonun bu üstünlüğünü sona erdirmiştir. Öyle ki Campbell 1959 yılında yayımlanan bir makalesinde, İngiltere’de parlamentonun iktidar olma özelliğini yitirdiğini; bu yüzden parlamenter hükümet yerine “*kabine hükümeti*” ifadesinin sistemi daha iyi tanımlayacağını ileri sürmüştür.¹⁸

Belirtmek gerekir ki parlamenter sistem kuvvetler ayrılığı teorisinin bir uygulaması olmayıp aksine tarihsel bir süreçte ortaya çıkmıştır. Niteliği itibariyle yasama ve yürütmenin yumuşak ve dengeli ayrılığına dayanan bir hükümet sistemi olan parlamenter sistemde, yasama ve yürütme birbirinden bağımsız olmadığı için bu iki kuvvetin her zaman birbirini etkilemesi mümkündür; bu nedenle parlamenter sistem tanımlanırken zaman zaman kuvvetlerin işbirliği hatta kuvvetlerin iç içe geçmesi gibi nitelendirmeler tercih edilmiştir.¹⁹

Parlamenter sistemin İngiltere’deki uygulamasıyla diğer ülkelerde karşılaşmak mümkün olmadığı gibi, diğer ülkelerdeki uygulamaları arasında da önemli farklılıklar vardır. Bu nedenle doktrinde parlamenter sistemin ayırıcı unsurları ve temel özellikleri konusunda bir görüş birliği oluşmamıştır. Ancak, Epstein tarafından yapılan “*Yürütme iktidarının, yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi*” tanımının genel kabul gördüğünü söylemek mümkündür.²⁰ Bu tanımı esas alan Lijphart, parlamenter sistemin iki ayırıcı unsuru olduğu kabul etmektedir. Bu unsurlardan ilki, yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olması; ikincisiyse yürütmenin başı olan başbakanın yasama organı tarafından seçilmesidir. Ancak Lijphart daha yeni bir çalışmasında, yürütme organının kolektif bir yapıya sahip olmasını da üçüncü bir unsur olarak bunlara eklemiştir.²¹ Doktrinde Lijphart’ın bu değerlendirilmesini benimseyen yazarlar olduğu gibi parlamenter sistemin başka

¹⁸ Peter Cam(p)bell, “*Avrupa’da Parlâmenter Hükümetin Bazı Yönleri*”, (Çev. Ergun Özbudun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1963, Cilt 20, Sayı 1-4, s. 81.

¹⁹ Teziç, s. 402; Turhan, s. 43.

²⁰ Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (Çev. Ergun Özbudun - Ersin Onulduran), Ankara Tarihsiz, s. 44; Nur Uluşahin, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Ankara 2007, s. 26-27; Turhan, s. 43; Gözler (Cumhurbaşkanı), s. 21; Sabuncu, s. 35; Onar, s. 73.

²¹ Arend Lijphart, *Demokrasi Motifleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (Çev. Güneş Ayas - Utku Umut Bulsun), İstanbul 2006, s. 119.

temel özellikleri olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.²² Ancak genellikle benimsenen görüşe göre, *yürütmenin iki başlılığı, devlet başkanlığının siyasal açıdan sorumsuzluğu, bakanlar kurulunun sorumluluğu ve yürütmenin yasamayı feshi* parlamenter sistemin dört temel özelliği olarak kabul edilmektedir.²³

B. Parlamenter Sistemin Özellikleri

1. Yürütmenin İki Başlılığı

Parlamenter sistemde yürütme yetkisi devlet başkanı ve bakanlar kurulu arasında paylaştırıldığından yürütme organının ikili (düalist) bir yapıya sahip olduğu kabul edilir.²⁴ Ancak parlamenter sistemdeki yürütmenin bütünlüğü ilkesi gereği bu yetki paylaşımı eşit bir paylaşım ol(mayacağından devlet başkanın yetkisi sembolik olup asıl yürütme yetkisi bakanlar kurulundadır.²⁵ Devlet başkanın sembolik yetkiye sahip olmasının en önemli sonucu ise siyasi ve cezai olarak sorumsuz olmasıdır. Ancak cezai sorumsuzluk sadece monarşilerde mutlak olup cumhuriyetlerde bu sorumsuzluk göreve ilişkin suçlarla sınırlı tutulmuştur. Yürütme görevini fiilen yürüten bakanlar kurulunun ise bu yetkiye paralel olarak hem siyasi hem de cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

Devlet başkanlığı görevi, monarşilerde “*kral, monark veya hükümdar*”, cumhuriyetlerde ise “*cumhurbaşkanı*” tarafından yürütülmektedir. Bakanlar kurulu ise, başbakan ve bakanlardan oluşan kolektif bir yapıya sahiptir ve dar anlamda hükümet veya kabine olarak adlandırılmaktadır. Parlamenter sistemin ilk zamanlarında başbakan bakanlarla eşit (eşitler arasında birinci) olarak görülmekteyken zamanla

²² Bu konuda ayrıntılı bir inceleme ve doktrinden örnekler için bkz. Hekimoğlu, s. 131-140.

²³ Salih Önder, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Birinci Bası, Ankara 2007, s. 111; Özbudun, s. 306, 329, 330; Teziç, s. 403.

²⁴ Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, s. 300; Özbudun, s. 306; Uluşahin, parlamenter sistemde yürütme organının iki başlı olmasına ilişkin değerlendirmeleri hatalı bularak yetkisiz ve sembolik bir unsur olan devlet başkanının teknik olarak sistemi iki başlı kılmayacağını ifade etmekte ve yürütmenin “*iki başlı*” değil “*iki kanatlı*” olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Nur Uluşahin, “*Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler*”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, No: 1, 2011, s. 32.

²⁵ Yürütmenin iki kanadından hangisinin yetkili olacağına ilişkin ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Gözler (Cumhurbaşkanı), s. 9-15.

güçlenerek hiyerarşik bir üstünlüğe sahip olmuştur. Bunun bir sonucu olarak bakanlar kurulu başbakan tarafından belirlenmekte ve gerektiğinde devlet başkanından bir bakanının görevden alınması talep edilebilmektedir.²⁶

2. Devlet Başkanının Siyasi Sorumsuzluğu

Parlamentar sistemde devlet başkanı hangi yolla göreve gelse siyasi sorumluluğu yoktur; bu nedenle parlamento veya başka bir organ tarafından görevine son verilmesi mümkün değildir.²⁷ Siyasi sorumsuzluğun temelinde devlet başkanının sembolik bir konuma ve yetkiye sahip olması vardır. Gerçekten de kamu hukukundaki yetki ve sorumluluğun paralelliği ilkesine uygun olarak devlet başkanının sorumsuz olması onun yetkisizliği anlamına gelmektedir. Ayrıca devlet başkanına tanınmış bulunan bu siyasi sorumsuzluğun, onu siyasi tartışmaların dışında, siyasi partilere eşit mesafede, tarafsız ve uzlaştırıcı bir hakem konumuna taşıyacağı da kabul edilmektedir.²⁸

Devlet başkanının cezai sorumluluğu açısından ise monarşi ve cumhuriyetler arasında önemli bir fark vardır. Buna göre monarşilerde, kralın kişiliğinin kutsal ve dokunulmaz olduğu, hata yapmayacağı kabul edildiğinden, kral tam ve mutlak bir cezai sorumsuzluğa sahiptir. “Kral hata yapmaz, kral kötülük yapmaz.” ilkesine dayanan bu sorumsuzluk sadece görevle ilgili olmayıp kişisel suçları da içermekte ve kralın siyasi, cezai ve hukuki hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.²⁹ Nitekim parlamenter monarşi olan İngiltere’de bu mutlak sorumsuzluğu ifade edebilmek için şu ilginç örneğe başvurulmaktadır: “Kral bir bakanı öldürürse bundan başbakan sorumludur. Eğer başbakanı öldürürse bundan kimse sorumlu olmaz.”³⁰

²⁶ Tanör – Yüzbaşıoğlu, s. 343-344; Teziç, s. 404; Turhan, s. 51; Özbudun’a göre, hükümet sistemleri açısından 1961 ile 1982 Anayasası arasındaki önemli farklardan birisi, bakanların başbakana karşı sorumlu tutulması ve bunun doğal sonucu olarak başbakana, cumhurbaşkanından bakanların azlini isteme yetkisinin verilmesidir. Böylece 1982 Anayasası, başbakanı “eşitler arasında birinci” olmaktan çıkarmış ve bakanlar kurulunun gerçek lideri yapmıştır. Bkz. Özbudun, s. 335.

²⁷ Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, Bursa 2001, s. 80-81; Teziç, s. 405; Turhan, s. 51.

²⁸ Tanör – Yüzbaşıoğlu, s. 306-307; Turhan, s. 52; Önder, s. 14.

²⁹ Gözler (Devlet Başkanları), s. 108; Hasan Tunç – Faruk Bilir – Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2009, s. 158; Önder, s. 121.

³⁰ Özbudun, s. 317.

Parlamente cumhuriyetlerde ise devlet başkanının -kural olarak- cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bu sorumsuzluk, kişisel suçları kapsamadığı gibi göreve ilişkin olarak da vatana ihanet veya anayasayı ağır ihlal gibi hallerde sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Sözgelimi 1982 Anayasası'nın 105. maddesine göre cumhurbaşkanının parlamento tarafından vatan hainliği ile suçlandırılabilmesi mümkündür.

Şu halde parlamente sistemde, yukarıdaki istisna dışında, devlet başkanının göreviyle ilgili işlemlerden ötürü hukuki ve cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle sorumsuz devlet başkanı tarafından yapılan yazılı işlemlerin hukuki ve siyasi sorumluluğunun üstlenilmesi için ilgili bakan ve başbakanın imzasına ihtiyaç duyulmaktadır. "Karşı-imza" (ortak imza/destek imza) olarak adlandırılan bu kuralla yapılan işlemde doğacak sorumluluk ilgili bakan ile başbakana aktarılmış olmaktadır.³¹ Ancak devlet başkanının karşı-imzaya ihtiyaç duymadan tek başına yapacağı işlemler de bulunmakla birlikte bir belirsizliğe yol açılmaması için bunların anayasa tarafından açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim 1982 Anayasası karşı-imza kuralının istisnalarını (*cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemleri*) göstermediğinden bir tartışmaya yol açmıştır.³² Ancak doktrinde genellikle kabul gören ve Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen görüşe göre, eğer Anayasada bir açıklık yoksa işlemin niteliğine bakılarak yürütme alanındaki faaliyetlere ilişkin olanların karşı-imzaya tabi olması, buna karşın devletin başı sıfatıyla yapılan işlemlerin ise tek başına yapılabilecek işlemlerden sayılması makul bir çözüm gibi gözükmektedir.³³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda "yürütmenin başı" ve "devletin başı" kavramlarını esas alarak cumhurbaşkanının yürütmenin başı sıfatıyla yaptığı işlemlerin karşı-imza kuralına tabi olduğunu kabul etmiş; buna

³¹ Özbudun, s. 311; Tanör - Yüzbaşıoğlu, s. 306.

³² Tunç - Bilir - Yavuz, s. 159.

³³ Özbudun, s. 313; Tanör - Yüzbaşıoğlu, s. 310; Turhan, s. 115; Gözler'e göre ise karşı-imza kuralına ancak anayasa istisna getirebilir; eğer böyle bir istisna yoksa karşı-imza kuralı mutlaklıdır. Doktrin veya Anayasa Mahkemesi, anayasaya kural koymaya yetkili organlar değildir; bu nedenle anayasadaki bir kuralın istisnasını belirlemeye yetkileri yoktur. Dolayısıyla yorum yoluyla istisna yaratılmayacağına ve Anayasa'da karşı-imza kuralının istisnalarını sayan bir hüküm de olmadığına göre cumhurbaşkanının istisnasız bütün işlemlerine karşı-imza kuralı uygulanmalıdır. Bkz. Gözler (Devlet Başkanları), s. 259-260.

karşın devletin başı sıfatıyla yaptığı işlemleri ise karşı-imza kuralının istisnalarından saymıştır.³⁴ Sözgelimi Anayasa'nın 104. maddesindeki yasama ve yargı ile ilgili yetkiler, cumhurbaşkanının devlet başı sıfatıyla tek başına yapabileceği işlemlerdir.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi ile doktrin arasında bir paralellik bulunmakla birlikte özellikle cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yaptığı "idari ve icrai" nitelik taşıyan kimi yetkiler açısından tereddütler bulunmaktadır. Sözgelimi Yükseköğretim Kurulu ve üniversiteler gibi "idare" içerisinde yer alan ve idari yetkiler kullanan kimi kuruluşlara yapılacak atamaların cumhurbaşkanınca tek başına yapılacak işlemlerden sayılması ve üstelik bu işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmasının, parlamenter sistemle bağdaşmadığı ve sakıncalı olduğu yönünde çeşitli eleştiriler bulunmaktadır.³⁵

3. Bakanlar Kurulunun Sorumluluğu

Başbakanın başkanlığında kolektif bir yapıya sahip olan bakanlar kurulunun siyasi sorumluluğu, parlamenter sistemin belirleyici ve ayırıcı özelliklerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Buna göre bakanların bireysel ve kolektif olarak parlamentoya karşı sorumluluğu söz konusudur. Kolektif sorumluluk, bakanlar kurulunun genel siyasetinin belirlenmesi ve yürütülmesinden doğmakta ve bunun bir sonucu olarak parlamento güvensizlik oyu ile bakanlar kurulunun görevine son verebilmektedir. Ayrıca başbakana güvensizlik oyu verilmesi halinde de (başbakanın bakanlar kurulu içerisindeki konumundan ötürü) aynı sonuç doğmakta ve bakanlar kurulunun görevi sona ermektedir.³⁶

Bireysel sorumluluk ise bir bakanın, bakanlığının hizmetlerinden dolayı sorumlu tutularak görevine son verilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bireysel sorumluluğun söz konusu olabilmesi için sorumluluğu gerektiren işlemin bakanlar kurulunda görüşülmemiş ve bakanlar kurulunun genel siyasetine ilişkin olmaması gereklidir. Ancak başbakan tarafından, konunun bakanlar kurulunda görüşüldüğü ve

³⁴ AYM, E. 1979/22, K. 1979/45, KT. 18.12.1979; AYM, E. 1992/37, K. 1993/18, KT. 27.04.1993.

³⁵ Özbudun, s. 314; Tanör - Yüzbaşıoğlu, s. 311.

³⁶ Teziç, s. 410-412; İstisnai bir örnek olarak Hırvatistan'da hükümet, yasamayla birlikte devlet başkanına karşı da sorumludur. Bkz. Şeref İba - Rauf Bozkurt, 100 Soruda Türk Parlamento Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2006, s. 4.

genel siyasete ilişkin olduğu; bakana yöneltilecek güvensizliğin bakanlar kuruluna yöneltilmiş sayılacağı açıklanarak bu sorumluluğun kolektif sorumluluğa çevrilmesi mümkündür.³⁷

Ayrıca parlamenter sistemde başbakanın parlamento üyesi olması ve parlamento tarafından seçilmesi gerekir. Ancak İngiltere’de, kral veya kraliçe çoğunluk partisinin liderini başbakan olarak atarken Almanya, İrlanda, Japonya, Botswana ve Papua Yeni Gine gibi ülkelerde başbakan parlamento tarafından seçilmektedir.³⁸

Bakanların görevlerinden ötürü hukuki ve cezai sorumlulukları olmakla birlikte bunun parlamenter sistem açısından bir önemi ve etkisi bulunmamaktadır.

4. Yürütmenin Yasamayı Fesih Yetkisi

*Parlamenter sistemin ayırıcı unsurlarından birisi*³⁹ olarak kabul edilen fesih yetkisi, yasama organının normal görev süresi tamamlanmadan, yürütme organı tarafından görevine son verilmesi anlamına gelmektedir. Bu yetki, devlet başkanı tarafından kullanıldığı gibi, birçok parlamenter sistemde ise başbakan veya bakanlar kurulunun isteğiyle kullanılmaktadır.

Yürütmeye tanınmış olan fesih yetkisi, yasama ve yürütme arasındaki karşılıklı fren ve dengeleme araçlarından birisidir. Dolayısıyla bu yetkiyi, parlamentonun güvensizlik oyu ile bakanlar kurulunun görevine son vermesini dengeleyen bir unsur olarak değerlendirmek mümkündür. Gerçekten de yasama ile yürütme arasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde, parlamentonun ülkenin genel eğilimlerini yansıtmaması halinde veya bir soruna ilişkin olarak seçmenin düşüncesinin alınması ihtiyacı doğduğunda, fesih yetkisi etkili bir yol olabilecektir.⁴⁰ Ancak fesih hakkının günümüzde uzlaştırma aracı olmaktan çıkarak bir erken seçim aracı haline geldiği de ileri sürülmektedir.⁴¹

³⁷ Özbudun, s. 323-324; Tanör – Yüzbaşıoğlu, s. 346; Lijphart (Yirmibir), s. 44.

³⁸ Lijphart (Otuz Altı), s. 119; Turhan, s. 51.

³⁹ Bazı yazarların parlamenter sistemin tali bir özelliği olarak gördüğü fesih yetkisi, Teziç tarafından “yasama ve yürütme arasındaki dengeyi, yürütme bakımından güvence altına alan ve parlamenter rejimin onsuз olmaz bir unsuru” olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Teziç, s. 415.

⁴⁰ Tuncer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara 1982, s. 89; Teziç, s. 415.

⁴¹ Turhan, s. 49.

III. Parlamento Sistemin Türkiye Uygulamasına Genel Bir Bakış

A. Parlamento Sistemin Türkiye'deki Tarihsel Gelişimi

Parlamento sistemin ilk kez 1876 Anayasası ile Türk anayasa hukukuna girdiği kabul edilebilirse de bu Anayasa'nın, parlamento sistemin özelliklerini taşıyan hükümlerine karşın, tam bir parlamento sistem kurmayı amaçladığından söz etmek güçtür. Ancak 1909 yılında yapılan değişikliklerden sonra hiç değilse teorik olarak parlamento monarşi için gerekli anayasal çerçevenin olduğu söylenebilir.⁴²

Kısa bir dönem yürürlükte kalan 1921 Anayasası ise yasama ve yürütme yetkilerinin yasama organında toplandığı bir "*meclis hükümeti*" sistemi öngörmüştür. Özellikle, bakanları belirleme ve değiştirme yetkisinin meclise verilmesi ile devlet başkanlığı makamının bulunmaması, bu Anayasa'nın meclis hükümeti sistemini benimsediğini gösteren unsurlar olarak değerlendirilebilir. Ancak 1923 yılında yapılan değişikliklerle 1921 Anayasası meclis hükümeti sisteminden uzaklaşarak parlamento sisteme doğru kaymıştır.⁴³

1924 Anayasası ise hem meclis hükümeti hem de parlamento sistemin özelliklerini taşıyan "*karma bir sistem*" benimsemiş ve bu sistem kimi yazarlar tarafından "*kuvvetler birliği, görevler ayrılığı*" olarak nitelendirilmiştir.

1961 Anayasası önceki anayasalardan farklı olarak kuvvetler birliği anlayışını tümüyle terk ederek kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan İngiliz (Westminster) tipi bir parlamento sistemi benimsemiş ve bu tercih doğrultusunda cumhurbaşkanının yetkilerini ve sorumsuzluğunu da parlamento sisteme uygun olarak düzenlemiştir. Özellikle yürütmenin iki başlılığı ve cumhurbaşkanının konumu açısından parlamento sistemle uyumlu olan bu Anayasa, fesih yetkisi açısından aynı özeni göstermemiş; Erdoğan'ın deyimıyla "*çekimser*" davranarak⁴⁴ bu yetkinin kullanımını neredeyse gerçekleşmesi imkânsız sayılabilecek koşullara bağlamış ve böylece yetkiyi işlevsizleştirmiştir. Nitekim 1973 seçimlerinden sonra yaşanan hükümet krizlerine rağmen bu yetki işletilememiştir.⁴⁵

⁴² Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 5. Baskı, Ankara 2008, s. 36; Hekimoğlu, s. 174.

⁴³ Tunç - Bilir - Yavuz, s. 29; Yazıcı, s. 114.

⁴⁴ Erdoğan (Siyaset), s. 117.

⁴⁵ Yazıcı, s. 121; Turhan, s. 92.

12 Eylül 1980 askeri müdahalesi sonrasında yapılan ve bir tepki anayasası olan 1982 Anayasası'nın hangi hükümet sistemini benimsediği konusunda ise doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Özbudun, 1958 Fransız Anayasası ile taşıdığı benzerliklere dikkat çekerek 1982 Anayasası'nı "zayıflatılmış parlamentarizm",⁴⁶ Kuzu, yarı başkanlık ile parlamenter sistem arasında "kendine özgü bir sistem",⁴⁷ Duran, "aksak başkanlık hükümeti",⁴⁸ Çağlar ise "rasyonelleştirilmiş başkanlı parlamenter sistem"⁴⁹ olarak nitelendirmiştir. Ancak 2007 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle cumhurbaşkanını halkın seçmesi esası kabul edildiğinden yukarıdaki görüşler, büyük ölçüde güncelliklerini yitirmişlerdir. Kanımızca bu değişiklik, "biçimsel olarak" sistemi yarı-başkanlığa daha yakınlaştırmış gibi gözükse de esas olarak sistemin parlamenter niteliğinin sürdüğü düşünülmektedir.

B. Parlamenter Sistemin Türkiye Uygulamasında Öne Çıkan İki Sorun

1. Hükümet İstikrarsızlığı

Türkiye'de, parlamenter sisteme yöneltilen eleştirilerin başında hükümet istikrarsızlıklarının yol açtığı siyasal istikrarsızlık gelmektedir. Özellikle çok partili siyasi hayata geçişle birlikte karşılaşılan kısa ömürlü ve başarısız koalisyon hükümeti örnekleri bu eleştirilerin dayanak noktasını oluşturmaktadır.⁵⁰ Gerçekten de 1961 Anayasası döneminde hükümet istikrarsızlığı sürekli bir hal almış; 1960-1980 döneminde 21 hükümet kurulmuş ve böylece neredeyse her yıla bir hükümet düşmüştür. Hiç kuşkusuz, bu istikrarsızlığın 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinde önemli bir rolü olmuştur.⁵¹ Ancak istikrarın, hükümet sistemi için tek başına bir değeri olup olmadığı tartışmaya açık olduğu gibi, istikrarlı bir hükümetin aynı zamanda etkin olacağı da yanılığa açık bir kabuldür. Kaldı ki demokratik istikrar açısından, hükümetlerin değişmesi veya yenilenmesinin, halkın tercihlerini yönetime yansıtması açısından olumlu bir etkisi olduğu bile düşünülebilir.⁵²

⁴⁶ Özbudun, s. 330-338.

⁴⁷ Burhan Kuzu, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi*, İstanbul 2011, s. 75, 120.

⁴⁸ Lütfü Duran, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, İstanbul 1988, s. 18.

⁴⁹ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, İstanbul 1989, s. 286.

⁵⁰ Kuzu, s. 92-96.

⁵¹ Yazıcı, 124; Turhan, s. 58-59.

⁵² Uluşahin (Başkanlık), s. 77-78.

Öte yandan hükümet istikrarsızlığını parlamenter sisteme bağlamak isabetli bir değerlendirme olmadığı gibi hükümet istikrarından daha önemli olan ise siyasi istikrardır. Her ne kadar siyasi istikrarın varlığını hükümet istikrarına bağlayan/indirgeyen yaygın bir yanlış⁵³ söz konusu ise de bu iki kavram birbirinden farklı olup siyasi istikrar, hükümet istikrarını da içine alan ancak ondan daha geniş bir kavramdır. Hiç kuşkusuz hükümet istikrarı siyasi istikrar açısından gerekli bir unsur olmakla birlikte yeterli değildir. Nitekim ülkemizde 1950-1960 yılları arasında hükümet istikrarı olmasına karşın bu istikrar, siyasi istikrarın sağlanması için yeterli olmamıştır.⁵⁴

2. Cumhurbaşkanının Konumu

Yukarıda değinildiği gibi parlamenter sisteme yönelik eleştirilerin odak noktasını hükümet istikrarsızlığı ve yürütmenin güçsüzlüğü oluşturmaktadır. Nitekim 1982 Anayasası da bu eleştirilerden hareketle yürütmeyi güçlendirilerek siyasi istikrarsızlığının önüne geçmeyi amaçlayan düzenlemeler yapmıştır. Ancak vesayetçi⁵⁵ bir anlayışla başbakan ve bakanlar kurulu yerine, parlamenter sistemin mantığını zorlayacak şekilde cumhurbaşkanının yetkilerini artıran/genişleten⁵⁶ 1982 Anayasası, böylece hem parlamenter sistemden bir hayli sapmış hem de yürütmenin iki kanadı arasında sorunların doğmasına zemin

⁵³ Lijphart (Otuz Altı), s. 130-131; Cengiz Gül - Kasım Karagöz, "Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, Yıl 2007, s. 716; Gülgün Erdoğan Tosun - Tanju Tosun, Türkiye'nin Siyasal İstikrar Arayışı Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 3.

⁵⁴ Turhan, s. 178; Türkiye'de son on yıldır tek parti iktidarı nedeniyle bir hükümet sorunu yaşanmamışsa da ülkede siyasi istikrarın olduğundan söz etmek zordur. Gerek 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer döneminde iktidar partisi ile yaşanan sorunlar gerek Genel Kurmay Başkanlığının 27 Nisan 2007 tarihli (kamuoyunda e-muhtıra olarak adlandırılan) açıklaması gerek iktidar partisine karşı açılan kapatma davası ve gerekse muhalefet partilerinin hükümet ve cumhurbaşkanlığı makamıyla sorunlu ilişkileri toplumda siyasi bir kutuplaşmaya yol açmakta ve siyasi istikrarı zedelemektedir. Bu sorunların parlamenter sistemden kaynaklanmadığı ise açıktır.

⁵⁵ Faruk Bilir, "Yeni Anayasada Yasama Yürütme İlişkileri", Ankara Strateji Enstitüsü <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/yeni-anayasada-yasama-yurutme-iliskileri/> (23.12.2012); Sevinç, s. 121.

⁵⁶ Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt I, Ankara 2001, s. 167-168; Özbudun, s. 335.

hazırlamıştır.⁵⁷ Özellikle Anayasa'nın 119-122. maddeleriyle olağanüstü dönemlerde cumhurbaşkanına tanınan yetkiler, onu adeta sistemin temel unsuru haline getirmiştir.⁵⁸ Oysa parlamenter sistemlerde cumhurbaşkanlığı makamının güçlendirilmesi tercih edilen bir durum değildir. Bir yandan tarafsız ve sorumsuz olması istenilen diğer yandan önemli yetkiler verilen bir makamın, sistemin işleyişinde çeşitli sorunlara yol açması kaçınılmazdır.⁵⁹

Önemle belirtmek gerekir ki parlamenter sistemde devlet başkanlığı makamına etkin bir rol verilmesi, fren ve denge unsuru olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Aksi halde, bu makamın sembolik ve etkisiz kuvvet olma özelliği ortadan kalkacak; böylece parlamento ve bakanlar kurulu arasındaki dengeyi/denklemi bozacaktır. Oysa parlamenter sistemde, devlet başkanı denge ve uyumu sağlayan değil bozmayan bir konumda olmak zorundadır.⁶⁰ Özellikle cumhurbaşkanının parlamento çoğunluğu ile farklı siyasi eğilimlere sahip olması durumunda, yürütme içinde bir çatışma ve uyumsuzluğun ortaya çıkması güçlü bir ihtimal olacaktır. Hiç kuşkusuz bu çatışma ortamı ise yürütmenin güçlendirilmesinden çok zayıflatılmasına hizmet edecektir.⁶¹

Sonuç

Siyasi istikrar, hükümet istikrarını da içine alan geniş ve üst bir kavramdır. Bu nedenle siyasi istikrarı sadece hükümet istikrarına bağlayan/indirgeyen bir yaklaşım, doğru bir başlangıç noktası olmayacaktır. Dolayısıyla parlamenter sisteme sadece bu yönden yapılan eleştirilerin yüzeysel ve kolaycı bir değerlendirmenin ürünü olduğunu söylemek zor değildir. Her ne kadar, Turhan'ın ifadesiyle hükümet istikrarsızlığı, parlamenter sistemin doğasında saklı olan zayıf bir yanı⁶² ise de, bu istikrarının tek başına bir "değer" olup olmadığı sorgu-

⁵⁷ Turhan, s. 165; Kuzu, s. 119; Sevinç, s. 117.

⁵⁸ Tanör - Yüzbaşıoğlu, s. 418.

⁵⁹ Uluşahin, "iki başlılık" ve "iki kanatlılık" ayrımı yaparak saf parlamenter sistemlerde iki başlılığın söz konusu olamayacağını; dengeyi kanatların sağladığı iki kanatlı yapının normal, iki başlılığın ise normalden bir sapma olduğunu; 1982 Anayasası'nın ise iki başlı bir yürütme yapılanması kurduğunu özgün bir şekilde ortaya koymuştur. Bkz. Uluşahin (Tehdit ve Tehlikeler), s. 32.

⁶⁰ Uluşahin (Tehdit ve Tehlikeler), s. 32.

⁶¹ Erdoğan - Yazıcı, s. 19.

⁶² Turhan, s. 56.

lanmaya muhtaç olduğu gibi, hükümet istikrarsızlığı ile siyasi istikrar arasında doğrudan bir ilişki olduğunu gösteren ampirik bir çalışma da mevcut değildir. Aksine, Türkiye’de, ister koalisyon ister tek parti iktidarı yoluyla hükümet istikrarının sağlandığı dönemlerde buna paralel bir siyasi istikrar ortamı oluşmadığı gözlenmektedir.

Öte yandan 1982 Anayasası’nın yürütmeyi güçlendirme tercihini cumhurbaşkanından yana kullanması ise saf parlamenter sistemden bir sapma olmuş ve bu tercih pek çok soruna zemin hazırlamıştır. Kimi yazarlarca isabetli şekilde “*rejim muhafızlığı*”, “*sistem bekçiliği*”⁶³ olarak nitelendirilen bir konuma sahip olan cumhurbaşkanının özellikle parlamento çoğunluğu ile farklı eğilimlere sahip olması veya daha da önemlisi “*rejime*” yönelik bir tehdit algılaması halinde rejimi koruma kaygısı (refleksi) ile hareket ederek önemli sorun ve krizlere yol açması kaçınılmazdır. İlginç olansa parlamenter sistemden sapılarak yapılan düzenlemelerin ortaya çıkardığı bu sorunların sorumlusu olarak yine parlamenter sistemin görülmesi ve bunun hükümet değişikliği için bir argüman olarak ileri sürülmesidir. Kanımızca Türkiye’de hükümet sisteminden kaynaklandığı düşünülen sorunlar parlamenter sistemin “*doğasından*” değil aksine doğasına aykırı düzenlemelerin tercih edilmesinden kaynaklanmaktadır.

KAYNAKLAR

- ARISTOTELES, Politika, (Çeviren: Mete Tunçay), 3. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 1990.
- ARON, Raymond, Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, (Çeviri: Korkmaz Alemdar), 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara 1989.
- BİLİR, Faruk, “*Yeni Anayasada Yasama Yürütme İlişkileri*”, Ankara Strateji Enstitüsü, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/yeni-anayasada-yasama-yurutme-iliskileri/>, (23.12.2012)
- CAM(P)BELL, Peter, “*Avrupa’da Parlâmenter Hükümetin Bazı Yönleri*”, (Çeviri: Ergun Özbudun), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1963, Cilt 20, Sayı 1-4, s. 79-90.
- DURAN, Lütfü, Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1988.

⁶³ Sevinç, s. 121.

- DUVERGER, Maurice, Siyasal Rejimler, (Çeviri: Teoman Tunçdoğan), Sosyal Yayınlar, İstanbul 1986.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.
- ERDOĞAN, Mustafa, Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 5. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2008.
- (<http://www.tesev.org.tr/Upload/Publication/4127eda8-39ef-4d70-a100-7ee577d12434/Turkiyenin%20Yeni%20Anayasasına%20Dogru.pdf>, Erişim Tarihi: 30.08.2012)
- GÖZLER, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2001.
- GÖZLER, Kemal, Cumhurbaşkanı Hükümet Çatışması (Cumhurbaşkanı Kararnameleri İmzalamayı Reddedebilir mi?), Birinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.
- KARAGÖZ, Kasım, “Çağdaş Siyasal Rejimlerde Etkin Yürütme Olgusu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1-2, Yıl 2007, s. 711-752.
- HAYEK, Friedrich A., Hukuk Yasama ve Özgürlük, (Çeviri: Atilla Yayla), Cilt 1, 2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1996.
- HEKİMOLU, Mehmet Merdan, Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye, 1. Baskı, Detay yayıncılık, Ankara 2009.
- BOZKURT, Rauf, 100 Soruda Türk Parlamento Hukuku, 3. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 465, Ankara 1982.
- KUZU, Burhan, Türkiye İçin Başkanlık Sistemi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.
- LIJPHART, Arend, Çağdaş Demokrasiler Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydasmacı Yönetim Örüntüleri, (Çeviri: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara 1984.
- LIJPHART, Arend, Demokrasi Motifleri Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları, (Çeviri: Güneş Ayas ve Utku Umut Bulsun), Salyangoz Yayınları, İstanbul 2006.
- MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine I, (Çeviri: Fehmi Baldaş), 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 1998.
- ONAR, Erdal, “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, Başkanlık Sistemi, Birinci Baskı, TBB Yayınları, No: 77, Ankara 2005.
- ÖNDER, Salih, Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, Yenilenmiş 14. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2009.
- SEVİNÇ, Murat, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl 2002, Cilt 57, Sayı 2, s. 109-137.

- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 7. Bası, Beta, İstanbul 2001.
- TOKU, Neşet, John Locke ve Siyaset Felsefesi, 1. Baskı, Liberte Yayınları: 78, Ankara 2003.
- TOSUN ERDOĞAN, Gülgün
- TOSUN, Tanju ,Türkiye'nin Siyasal İstikrar Arayışı Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri, 1. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999.
- YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2009.
- TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri, 2. Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993.
- ULUŞAHİN, Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.
- ULUŞAHİN, Nur, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ULUŞAHİN, Nur, "Türkiye'de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, No: 1, 2011.
- (http://www.sobiad.org/eJOURNALS/dergi_HIA/arsiv/2011/04nur_ulusahin.pdf, Erişim Tarihi: 30.08.2012)
- YAZICI, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin bir Değerlendirme, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.
- YAZICI, Serap, "Türkiye'nin Yeni Anayasasına Doğru", TESEV Anayasa Komisyonu Raporu, İstanbul 2011.
- YÜCEL, Bülent, "Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2008.

ÖZEL YASAMA YÖNTEMİ OLARAK TEMEL KANUN

BASIC LAW AS A SPECIAL LEGISLATION METHOD

Taner GEÇMEZ*

Özet: Parlamentoların daha hızlı ve etkin çalışabilmesi için parlamentoların çalışma usul ve esaslarına dair genel yöntemlerden farklı yöntemler belirlenebilmektedir. Kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesi sırasında izlenen genel görüşme ve oylama yöntemlerinden farklı özel görüşme ve oylama yöntemleri ülkemizde de benimsenmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin daha hızlı ve etkin çalışabilmesi amacıyla parlamento hukukumuzda kazandırılan özel yasama yöntemlerinden birisi temel kanun uygulamasıdır.

Temel kanun uygulamasının daha iyi anlaşılabilmesi için sırasıyla temel kanunun; kavramsal çerçevesinden, 424 sayılı Karar ile başlayıp 884 sayılı Karara kadar geçirdiği safahattan, kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşme usul ve esaslarından, temel kanunlar ile diğer kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşme usul ve esasları arasındaki farklılıklarından bahsetmeyi ve akabinde de yasama dönemlerine göre uygulanma sıklığına dair istatistiksel bilgiler vermeye çalışacağız.

Anahtar kelimeler: TBMM, İçtüzük, Genel Kurul, kanun, temel kanun

Abstract: In order for parliaments to work rapidly and effectively methods that are different from the general parliamentary operating rules and procedures may be determined. In Turkey, such special methods have been adopted for debating and voting on bills in the Plenary. To this end, one of the methods espoused for the speedy and effective operation of TGNA is “temel kanun-basic law.”

In this study for the goal of understanding the practice of basic law method, I will first touch on theoretical framework, the process spanning Law No. 424 and Law No. 884, methods and procedures for debating bills at the Plenary, the methodological and procedural differences in considering “basic law” and others bills at the Plenary. Then, I will provide some statistics to show how often this special method is applied.

Keywords: TGNA, Rules of Procedure, Plenary, law, basic law.

* TBMM Yasama Uzmanı, Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Adalet Komisyonu.

1. Temel Kanun Uygulamasının Kavramsal Çerçevesi

Toplumsal ihtiyaçların hızla artması ve değişmesi, yasama faaliyetlerinin daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesi gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Yasama faaliyetlerinin daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesi gerekliliği muhtelif nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Bunun başlıca nedenlerini BEYME;

- Vatandaşların beklentilerinin ve buna bağlı olarak da parlamenterlerin sorumluluklarının artması,
- Kanun yapılması yönündeki taleplerin/gerekliliğin azalmasına rağmen Devletin faaliyet gösterdiği alanların artması,
- Politik konuların hukukileşmesine bağlı olarak parlamenter üzerinde bu konuların karşılanmasına yönelik baskı oluşması,
- Kısa süre yürürlükte kalan kanunların varlığı,
- Küreselleşen ve Avrupalılaştıran normlar, şeklinde sıralamaktadır¹.

Yasama faaliyetlerin daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesi, ülkemiz açısından da bir zarurettir. Bu ihtiyacın son yıllarda özellikle Avrupa Birliği üyeliği sürecinde hâlihazırda gerçekleştirilen ve halen gerçekleştirilmesi gereken yapısal dönüşümlerden kaynaklandığını söyleyebiliriz. Birçok tasarı ve teklifin gerekçesinde, yapılan düzenlemelerin veya değişikliklerin amacının iç hukukumuzun Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu hale getirilmesi olduğu bunun göstergesidir. Bu bağlamda söz konusu yapısal dönüşümlerin daha hızlı ve etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi amacıyla özel yasama yöntemi olarak temel kanun uygulaması parlamento hukukumuzda kazandırılmıştır. Aradan geçen on beş yıllık zaman diliminde işlerlik kazandırabilmesi amacıyla hayli değişiklik yapılmıştır.

Temel kanun hakkındaki açıklamalarımıza geçmeden önce kavram karmaşasına neden olan bazı hususların izahı konunun açıklığa kavuşturulması açısından faydalı olacaktır. Bunlardan biri temel kanun ile kod kanun kavramları arasında ortaya çıkan kavram kargaşasıdır.

¹ Klaus von BEYME, Parliamentary Democracy (Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999), Macmillan Press Ltd., Londra, 2000, s.95.

Kod kanun, başlı başına bir alanı düzenleyen ve mevcut herhangi bir kanunda değişiklik yapmayan kanunlardır². Kod kanunlarda değişiklik veya ek düzenlemeler öngören kanunlar ise çerçeve kanun olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda İctüzüğü'nün 91. maddesinde belirtilen nitelikleri taşıyan kanunları ve İctüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak nitelendirildiği göz önünde bulundurulduğunda temel kanun kavramının kod kanun kavramından daha geniş kapsamlı olduğunu söyleyebiliriz³.

Uygulamadan kaynaklanan bir diğer sorun ise torba kanun olarak nitelendirilen kanunlarda ortaya çıkmaktadır. Yasama faaliyetleri açısından zaman tasarrufu sağlanması amacıyla aralarında herhangi bir bağ olmaksızın birden fazla kanunda değişiklik öngören kanunlar, uygulamada torba kanun olarak adlandırılmaktadır⁴. Torba kanunla-

² İbrahim ARAÇ- Şeref İBA, "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama Ve Norm Koyma Tekniği Ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", AÜSBFD, C. 58, S. 3, s. 44

³ BAKIRCI, bütün temel kanunların aynı zamanda kod kanun olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Fahri BAKIRCI, "Kod Yasa-Çerçeve Yasa Üzerine", AÜSBFD, C. 54, S.3, s. 233-234. Ancak bütün temel kanunların aynı zamanda kod kanun olduğu görüşünü kabul edilebilir görmemekteyiz. Şöyle ki temel kanunlar, mevcut herhangi bir kanunda değişiklik yapmaksızın başlı başına yalnızca başka bir alanı düzenleyen kanunlar değildir. Aksine başka kanunlarda değişiklik yapabilmeleri nedeniyle kod kanunlardan daha geniş kapsamlıdır. Örneğin, Yargıtay Kanunu hem bir kod kanun hem de bir temel kanundur. Ancak Yargıtay'ın daire ve üye sayısı ile daireler ve kurullar arasındaki iş bölümüne dair kurallarda değişiklik yapan bir kanun (örneğin 6110 sayılı Kanun) kanaatimizce bir temel kanun olmasına rağmen bir kod kanun değildir. Zira bu yönde düzenlemeler getiren bir kanun, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun da başka bir adli yargı mercisine bırakmadığı kararlara karşı son inceleme merciin görev ve yetkileri ve bu yetkilerin nasıl kullanılacağı yönünde düzenleme yapmak suretiyle İctüzüğü'nün temel kanun için aradığı tüm ölçütleri sağlamaktadır. Ancak Yargıtay Kanununun bazı maddeleri değiştirilmek suretiyle bu düzenlemeler yapıldığı durumda bu kanun, temel kanun olmasına rağmen kod kanun niteliği taşımamaktadır.

⁴ Torba kanun uygulaması yasama tekniği açısından ciddi sorunları bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki: Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde, konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren hâller saklı kalmak üzere bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla istisnai durumlar saklı kalmak üzere bir tasarı ve teklif ile birden fazla kanunda değişiklik yapılmaması gerekir. Ayrıca görüşülmekte olan tasarı ve teklife konu kanunun komisyon metninde bulunmayan ancak tasarı ve teklifle çok yakın ilgisi bulunan bir maddesinin değiştirilmesini isteyen ve komisyonun salt çoğunlukla katıldığı öneriler saklı kalmak üzere görüşülmekte olan tasarı ve teklifin konusu olmayan sair kanunlarda ek ve değişiklik getiren yeni bir kanun teklifi niteliğindeki değişiklik önerilerinin işleme

rın amacı yasama tasarrufu olmasına rağmen⁵ temel kanunların aksine torba kanunlarda, bir hukuk alanında bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermeye, kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirme veya düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması gibi bir durum söz konusu değildir. Torba kanunlarda aralarında bağlantı bulunmayan çok sayıda kanunda değişiklik yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, torba kanun ile temel kanunun birbirleriyle bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır⁶.

Temel kanunla ilgili doktrinde bazı tanımlamaların yapıldığını da görmekle birlikte aradan geçen bunca zamana ve İçtüzüğün 91. maddesinde yapılan birçok değişikliğe rağmen temel kanun kavramının ne anlama geldiği tam olarak ortaya konulamamıştır⁷. İBA, Genel Kurulda görüşülmesi sırasında özel görüşme ve oylama yöntemleri

konulmayacağına dair düzenleme de bizi aynı sonuca götürmektedir. (İçtüzük m. 87/3,4) Dolayısıyla aralarında zorunlu bağlantı olmadıkça farklı kanunlarda değişiklik yapan düzenlemelerin aynı tasarı veya teklifte yer almaması gerekmektedir. Her iki düzenleme parlamento hukukumuzda girmiş olan torba kanun uygulamasının yine parlamento hukukunun temel değerleri ile tamamen çeliştiğini göstermektedir.

5 Yasama tasarrufu sağlama amacıyla parlamento hukukumuzda girmiş olan torba kanun uygulaması, yasal düzenlemelerin öngörülebilirliğini, ulaşılabildiğini, etkililiğini ve hukuki güvenilirliğini tehdit etmektedir. Bkz. Nihal Yancı ÖZALP, "Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", AÜSBFD, Y. 2006, C. 61, Ş. 1, s. 272

6 Torba kanun uygulaması ile kanun yapım tekniğine ve mevzuata tamamen aykırı bir şekilde kanun yapıldığının en tipik örneği olarak 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu gösterebiliriz. Anılan Kanun 216 maddeden müteşekkil olup muhtevasında Kabahatler Kanunundan Avukatlık Kanununa, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundan Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununa kadar aralarında bağlantılı olmayan birçok kanunda değişiklik yapılmıştır. Bu bağlamda aralarında bağlantı olmayan çok sayıda kanunda yapılması öngörülen değişikliğin kanun yapım tekniğine dair tüm ilkeler ve mevzuattaki düzenlemeler görmezden gelinerek aynı tasarıda birleştirilmesi ve bir de bu tasarinin sadece uzun, kapsamlı ve çok sayıda maddeden oluşması nedeniyle temel kanun olarak görüşülmesi ilginç bir parlamento uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır.

7 Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan KUZU da temel kanun kavramının tanımlanmasının zorluğuna dikkat çekmiş ve her kanun için belirleme yetkisinin Genel Kurula ait olması gerektiği belirtmiştir. Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasayısı. 116, s. 6. (Sırasayısı TBMMTD, T. 10.4.2002, D. 22, YY. 1, C. 2, B. 65' in sonuna ektir.)

uygulanan kanunların temel kanun olarak nitelendirilmesi gerektiğini ancak böyle bir nitelemenin de esasen yapay olarak türetilen bir kavram olması nedeniyle yürürlükteki kanunlarda ek ve değişiklikler yapmaksızın yeni bir alanı kendi başına düzenleyen kod kanunlarla karışıklığa neden olduğunu belirtmektedir⁸. BAKIRCI, öncelikle İttü-züğün 91. maddesinde temel kanun kavramının tanımlanmamasını bunun yerine sadece temel kanun olduğuna karar verilen tasarı veya tekliflerin özel görüşme yöntemiyle görüşülmesine olanak tanınmasını eleştirmektedir. Ancak Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu gibi toplumsal, siyasal ve ekonomik alanda belirleyici olan kanunların temel kanun niteliğini taşıdığını ileri sürmektedir. Akabinde de böyle bir uygulamanın parlamento hukukumuzda olması gerekiyorsa, bu uygulamanın ve buna bağlı özel görüşme yönteminin anayasa gibi bir üst hukuk normunda belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, temel kanun kavramına dair bir tanım yapılması hem yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle çok güçtür hem de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde gelecekte oluşabilecek uzlaşmaların önünün kesilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Dolayısıyla hangi konularla ilgili tasarı ve tekliflerin temel kanun olduğunun belirlenmesinden ziyade hangi tasarı ve tekliflerin özel yasama yöntemleri çerçevesinde görüşülemeyeceğinin sayma yoluyla belirtilmesi/tüketilmesi daha yerinde bir seçenektir¹⁰.

⁸ Şeref İBA, Parlamento Hukuku, Türkiye İş Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 57

⁹ BAKIRCI, s. 231 vd. Ancak temel kanun kavramının tanımına içtüzükte yer verilmesi ve böyle bir uygulamanın anayasa gibi bir üst hukuk normunda belirlenmemesi her ne kadar BAKIRCI tarafından eleştirilse de temel kanun kavramına kendisinin de bir tanım yapmadığını bunun yerine temel kanun denildiğinde bir çırpıda akla gelebilen Türk Ceza Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve benzerlerini örnek kabilinden göstermekle yettiğini görmekteyiz. Temel kanun kavramına sınırları belli bir tanım yapılması ve bunun özellikle de Anayasada düzenlenmesi gerektiği düşüncesine katılmak mümkün görünmemektedir. Zira temel kanun kavramına sınırları belli bir tanım yapılması, toplumsal, siyasal ve ekonomik alanda belirleyici olan kanunların neler olabileceğinin de günümüzde hızla değişebilecek türden kavramlar olması karşısında yasama yetkisinin genelliğine aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Anayasada tanımlamaya ve özel görüşme ve oylama yöntemlerinin belirlenmesine yönelik hükümler konulması yoluna gidilmesi ise Anayasanın değiştirilebilmesi için aranan nitelikli çoğunluk ve diğer ayrık süreç ile temel kanun uygulamasının yoneldiği amaç bir arada değerlendirildiğinde kabul edilebilir değildir. Anayasana- nın 88 ve 95. maddelerindeki hükümler de bizi bu sonuca götürmektedir.

¹⁰ Ozan ERGÜL, "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İttüzük Değişikliğini İptal Kararı Işı- ğında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", AÜHFİD, Y.2002, C. 51, S. 4, s. 126

Temel kanun kavramına dair sınırlayıcı bir tanımlama yapmanın gerek zorluğu gerekse de sakıncaları da göz önünde bulundurulduğunda İçtüzüğü'nün 91. maddesindeki "önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulma" ölçütünün tanımlamada yer almaması gerektiğini özellikle belirtmek istiyoruz. Zira maddede tahdidi bir tanım yapılmadığı/yapılamadığı göz önünde bulundurulduğunda değiştirilecek olan önceki kanunun özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutularak kanunlaşması durumunda önceki kanunda değişiklik öngören her tasarı ve teklifin temel kanun kapsamında değerlendirmesi gibi bir sonuç doğacaktır ki, bu sonucun temel kanun uygulamasının amacıyla bağdaşır bir yanı olmadığı aşikârdır. Dolayısıyla değiştirilmesi öngörülen önceki kanunun özel görüşme ve oylama usulüne bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, her tasarı ve teklifin temel kanun niteliği taşıyıp taşımadığı önceki kanundan bağımsız olarak tasarı ve teklifin öngördüğü düzenlemeler göz önünde bulundurulurken ayrıca değerlendirilmelidir.

İçtüzük teklifleri açısından *bütünüyle* veya *kapsamlı* olarak değiştirilme ölçütü getirilmiş olsa da İçtüzük teklifleri temel kanun kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira İçtüzüğü'nün; Türkiye Büyük Millet Meclisi' nin iç işleyişine ilişkin düzenlemeler getirmesi ve kanun tasarisına konu olmaması, Türkiye Büyük Millet Meclisi' nin yürütme organı başta olmak üzere diğer devlet organlarına karşı bağımsızlığının temel göstergesidir (Parlamentoların yöntemsel bağımsızlığı)¹¹. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yürütme organı başta olmak üzere diğer devlet organlarına karşı bağımsızlığının temel göstergesi olan İçtüzükte değişiklik öngören tekliflerin özel görüşme ve oylama yöntemine tabi tutulması, içtüzükleri parlamento aritmetiğine dayalı olarak iktidar partisinin veya çoğunluğun iradesine bırakmak anlamına gelecektir. Böyle bir sonuç ise kuvvetler ayrılığı prensibi ve parlamenter sistemin temel değerleriyle bağdaşmamaktadır¹².

¹¹ Ergun ÖZBUDUN, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFD, Y. 1979, C. 36, S. 1-4. s. 16.

¹² Özellikle Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması hâlinde siyasi parti gruplarının önerisi ve Genel Kurulun kararı üzerine temel kanun uygulamasına başvurulabileceğine dair düzenleme (TBMM İçtüzüğü m. 91/b), Meclisin bağımsızlığının temel göstergesi olan İçtüzük üzerinde görüşme ve oylama yöntemi itibarıyla parlamento çoğunluğunu elinde bulunduran parti veya partilere -bir diğer ifade ile iktidar partisine- tasarrufta bulunma imkânı verecektir. Uygulamada özellikle iktidar partisinin grup önerileri ile muhalefet partileri grup önerilerinin kabul edilme oranı kıyaslandığında bu durum daha net bir şekilde görülebilmektedir.

2. Temel Kanun Hakkındaki Parlamento Kararları

a. 16.5.1996 Tarihli ve 424 Sayılı Karar¹³

Türkiye Büyük Millet Meclisinin daha hızlı ve etkin bir şekilde yasama faaliyetlerini yürütebilmesi amacıyla 16.5.1996 tarihli ve 424 sayılı Kararla İktüzükte bir dizi değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerle neticesinde parlamento hukukumuzda kazandırılan müesseselerden biri de İktüzüğün 91. Maddesinde düzenlenen temel kanundur.

Bu düzenlemeyle, kanun yapma sürecinin yavaş işlediğine konusunda parlamento hukukumuzda yöneltilen eleştiriler bir nebze olsun karşılanmaya çalışılmıştır. 91. maddenin gerekçesinde de bu hususa vurgu yapıldığını görmekteyiz¹⁴. Ancak gerekçede belirtildiği üzere demokratik usul ve kurallar içinde bir yöntem tespiti amacıyla uygulanacak özel görüşme ve oylama usulünün Danışma Kurulunun *oybirliğiyle* önermesi koşuluna bağlanması, temel kanun uygulamasının uygulanabilirliğini ortadan kaldırmıştır¹⁵.

b. 7.2.2001 Tarihli ve 713 Sayılı Karar¹⁶

İktüzüğün 91. maddesi, Meclisin daha hızlı, verimli, etkin ve sağlıklı çalışabilmesi ve ihtiyaç duyulan kanunların mümkün olan en

¹³ “Madde 91- Temel Kanunları ve İktüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü tespitine, Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği önerisi üzerine Genel Kurulda karar verilebilir.”

¹⁴ “91 inci madde olarak eklenen bu hükümle; Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu gibi temel kanunları veya İktüzüğü bütünüyle değiştiren kanun tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda özel bir görüşme usulüyle ele alınabilmesi imkânı sağlanmış ve bu tür tasarıların kısa bir sürede sonuçlandırılabilmesi amaçlanmıştır. Ancak, bu imkânı sağlarken İktüzüğün diğer hükümleri ile çelişki doğurmaya- cık şekilde, demokratik usul ve kurallar içinde bir yöntem tespiti için Danışma Kurulu devreye sokulmuş ve bu tespit yapılırken de oybirliği şartı konmuştur.” Bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 13, s. 4-5. (Sırasıyla TBMMTD, T. 8.5.1996, D. 20, YY. 1, C. 5, B. 49’ un sonuna eklidir.)

¹⁵ Temel kanun uygulamasının ilk örneği olması hasebiyle ve konuya ışık tutması bağlamında özel görüşme ve oylama yöntemi hakkında alınan karar için bkz. TBMMTD, T. 20.10.1999, D. 21, YY. 2, C. 14, B. 9, s. 174 vd.

¹⁶ “Madde 91- Temel kanunları, İktüzüğü ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunlarını bütünü ile veya kapsamlı olarak değiştiren görüşme ve oylama usulü ile maddeler üzerinde önerge verilip verilemeyeceğinin tespitine; Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir.”

kısa sürede çıkarılması gerektiği gerekçesiyle¹⁷ 7.2.2001 tarihli ve 713 sayılı Kararla değiştirilmiştir.

Yapılan değişiklik doğrultusunda özel görüşme ve oylama usulü tespit edilebilecek işler kapsamına ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili olan yeniden yapılanma konularıyla ilgili tasarı ve teklifler de dâhil edilerek temel kanun uygulamasının kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca 424 sayılı Kararda yer alan “...*Danışma Kurulunun oybirliği önerisi üzerine Genel Kurulda karar verilebilir.*” hükmü “...*Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir.*” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece bir tasarı veya teklifin temel kanun olarak görüşülmesine karar verilebilmesi, Danışma Kurulunun oybirliği koşulundan çıkarılarak geniş bir uygulama alanı sağlanmaya çalışılmıştır.

Ancak 713 sayılı Kararla değiştirilen 91. maddenin Anayasa’ya aykırılığundan bahisle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; bahse konu tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usul ve esaslarının sınırlarının belirlenmemesi suretiyle tasarı ve tekliflerin tümü veya maddeleri hakkında görüşme yapıp yapılmayacağı, soru ve cevap işlemine olanak sağlanıp sağlanmayacağı, ne kadar süre ile konuşma yapılacağı, önerge verilip verilmeyeceği, tasarı ve tekliflerin tümünün oylanmasından önce maddelerinin oylanıp oylanmayacağı gibi hususların Genel Kurul tarafından karara bağlanmasının genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmaması nedeniyle hukuki güvenlik ilkesini ihlâl ettiği ve *temel kanun ve ülkenin ekonomik ve teknolojik gelişimi ile doğrudan ilgili yeniden yapılanma kanunları kavramının* muğlak olması nedeniyle pek çok kanunun bu kapsam içinde düşünülebileceği ve maddede öngörülen her tasarı ve teklife özgü biçimde uygulanacak görüşme ve oylama usulünün önceden bilinmesinin mümkün olmaması nedeniyle objektiflik sağlamadığı, dolayısıyla da belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımamasının yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı ve hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı gerekçeleriyle iptaline karar vermiştir¹⁸.

¹⁷ Gerekçe için bkz. **Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasayısı. 586, s. 1.** (Sırasayısı TBMMTD, T. 26.1.2001, D. 21, YY. 3, C. 53, B. 50’ nin sonuna eklidir.)

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 31.1.2002, 2001/129 E, 2002/24 K. İptal edilen kuralların

c. 10.4.2003 Tarihli ve 766 Sayılı Karar¹⁹

713 sayılı Kararla yeniden düzenlenen 91. madde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden 10.4.2003 tarihli ve 766 sayılı Kararla yeniden düzenlenmiştir.

Teklifin gerekçesinde temel kanunlar ile İttüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin hepsi için geçerli olacak özel bir görüşme ve oylama yönteminin tespit edildiği ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağı, bölümlerin maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşüleceği ve oylanacağı, bölümler üzerinde verilen önerelerin kabulü hâlinde o bölümün kabul edilen önergeler ile birlikte oylanacağı, bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı ve bu suretle Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin karşılanmaya çalışıldığı belirtilmektedir²⁰.

Ancak düzenlemenin metnine bakıldığında yine temel kanun kavramının kapsamının nelerden ibaret olduğu yönünde bir tanımlamaya gidilmediği ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin karşılanmadığı görülmektedir²¹.

doğuracağı hukuksal boşluk, kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

¹⁹ "Madde 91. - Temel kanunları ve içtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağına, Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebileceği gibi, Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine Genel Kurulca üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile de karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşülür ve oylanır. Bölümler üzerinde verilen önerelerin kabulü halinde o bölüm kabul edilen önergeler ile birlikte oylanır. Bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümler uygulanır."

²⁰ Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasayısı. 116, s.3

²¹ Komisyon görüşmelerinde temel kanunların belirlenmesi ve böylece kavramın açıklığa kavuşturulması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak Komisyon Başkanı temel kanun kavramının tanımlanmasının zorluğuna dikkat çekmiş ve her kanun için belirleme yetkisinin Genel Kurula ait olması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte temel kanunun genel özellikleri aşağıdaki şekilde belirtilmiş ve bu suretle kavrama açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasayısı. 116, s.6

"1. Kişisel ve toplumsal hayatın büyük ve geniş bir alanını düzenleyen ve kapsayan kuralları bir araya getirir.

2. Kuralların bir kısmı, Ceza Kanununda olduğu gibi, çıkarılmış veya çıkarılacak

Anayasaya aykırılık iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; temel kanunlara ilişkin tasarı ve tekliflerin görüşülmesinde ve oylanmasında özel bir yöntem benimsenmesinin, bu kapsamdaki tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesinin ve her bölümün hangi maddelerden oluşacağı hususunun Genel Kurulun kararına bağlı tutulmasının temel kanun kapsamındaki tasarı ve tekliflerin nitelik ve nicelik bakımından geniş kapsamlı olduğunu gösterdiğine, bu şekildeki kapsamlı düzenlemelere ilişkin tasarı ve tekliflerin madde sayılarının fazlalığı nedeniyle Genel Kurul çalışmalarını aksatmaması amacıyla özel görüşme ve oylama usullerine bağlanabileceğine ancak bu durumlar dışında özel görüşme ve oylama usulünün yaygınlaştırılmasına neden olabilecek düzenlemelerden kaçınılması gerektiğine işaret etmiştir. Zira bu şekildeki düzenlemelerin milletvekillerinin yasama etkinliklerine gereği gibi katılmalarını engelleyeceğine, demokratik hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağına ve Anayasanın 87. maddesi yönünden de sakıncalar doğuracağına, bu tür anayasal sorunlara neden olunmaması için özel görüşme ve oylama usullerine ilişkin esasların açıkça belirlenmesi gerektiğine, tasarı ve tekliflerin bölümler hâlinde oylanması durumunda maddelerin ayrı oylanması engellendiğinden milletvekillerinin bir bölüm içindeki bazı maddeler hakkında farklı oy kullanabilme imkânlarının ellerin-

diğer özel kanunların yöneten temel ilkelerini oluşturur.

3. Bir sosyal veya siyasi hukuk düzenini oluşturur ve bunu dayanır.
4. Ülkenin hukuk düzeninde, kendi alanında mevzuatın yönelmesi gereken esasları gösterir.
5. Yürürlüğünden önce uygulanan özel kanunları bazen zımnen ortadan kaldırır veya onları tamamlayıcı bir işlevi yerine getirir.
6. Kendi alanındaki diğer kanunlar arasında ve özellikle bunlarında uygulamalarında bir ahenk sağlama işlevini yerine getirir.
7. Belirli hukuk kurallarının bir araya getirilmesinden ibaret bir toplama kanun olmadığından, içerdiği kuralları sistematik ve belirli bir düzen içerisinde ortaya koyar.
8. Değişik devletlerin meydana getirdikleri temel kanunlar arasında ceza kanunları, uyguladıkları suç siyasetine göre kendilerine özgü nitelik taşırlar. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra özellikle ceza ve usul kanunları itibarıyla bu özellikler birleşme yoluna girmiştir.
9. Temel kanunları meydana getirildikten sonra, değişen sosyal şartlara göre yapılacak değişiklik ve ilaveler tamamlayıcı işlev taşıyan temel kanunun sistemini bozmak riskini de ortaya çıkarır.
10. Bir suç ve ceza teorisini tatbiki şeklinde meydana getirilir. Nitekim Medeni Kanunda aynı nitelikte bir özellik arz etmektedir.”

den alındığına ve böylece oy kullanma yetkisinin demokratik olmayan yöntemlerle sınırlandırıldığına hükmetmiş ve bu gerekçelerle maddeyi yine iptal etmiştir²².

d. 30.6.2005 Tarihli ve 855 Sayılı Karar²³

766 sayılı Kararla yeniden düzenlenen 91. madde, Anayasa Mahkemesince iptal edildiğinden 30.6.2005 tarihli ve 855 sayılı Kararla yeniden düzenlenmiştir.

Teklifin gerekçesinde; diğer ülke parlamentolarında da bu yönde özel yasama yöntemlerinin olduğu vurgulanarak kanunlarda ve İctüzükte kapsamlı düzenlemeler öngören tasarı ve tekliflerin daha kısa sürede sonuçlandırılması ve Genel Kurulun uzun süre bu tasarı ve tekliflerle meşgul edilmemesi amacıyla özel bir görüşme yönteminin gerekliliğine ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Ayrıca “temel kanun kavramı” yerine “kapsamlı kanunlar” kavramına yer verildiği ve “kapsamlı” kavramından anlaşılması gerekenin kanunların veya İctüzüğün en az kırk maddesini değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve teklifler olduğu, belirlenen özel görüşme ve oylama usulü ile ilgili olarak objektif bir çerçeve çizildiği, özel görüşme ve oylama usulünün belirlen-

²² Anayasa Mahkemesi, T. 29.4.2003 2003/30 E, 2003/38 K.

²³ “Temel kanunlar

Madde 91. — a) Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlama-sı, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İctüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır.

Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önermeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dâhil her madde için iki önerge verilebilir. Bölümler üzerindeki soru-cevap süresi, on beş dakika ile sınırlıdır. 81 inci maddenin diğer hükümleri saklıdır.

b) Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması halinde siyasi parti gruplarının önerisi üzerine de (a) bendinde belirtilen yasama yönteminin uygulanmasına Genel Kurulca karar verilebilir.”

mesinde Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması durumunda karar yetersayısı için üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun aranması usulünden Anayasanın 96. maddesindeki karar yeter sayısına ilişkin düzenlemeye aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle vazgeçildiği belirtilmiştir²⁴.

Anayasaya aykırılık iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi; ikinci fıkranın ikinci cümlesini, Anayasanın 68. maddesindeki siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğuna ve Anayasanın 95. maddesindeki İktüzük hükümlerinin siyasi parti gruplarının meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak şekilde düzenleneceğine dair hükümler gözetilmeksizin düzenlendiği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmuş ve cümlenin iptaline karar vermiştir²⁵.

e. 31.1.2007 Tarihli ve 884 Sayılı Karar²⁶

855 sayılı Kararla yeniden düzenlenen 91. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden, iptale konu cümle ile maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi 31.1.2007 tarihli ve 884 sayılı Kararla yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca maddeye üçüncü fıkra eklenmiş ve maddenin dördüncü fıkrası da değiştirilmiştir.

Söz konusu değişiklikle Anayasa Mahkemesinin iptal kararı da göz önünde bulundurularak İktüzüğün 91. maddesi kapsamındaki ta-

²⁴ Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 161, s.2-3. TBMMTD, T. 30.6.2005, D. 22, YY. 3, C. 90, B. 122.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K. Ayrıca iptal edilen kurallar, doğuracağı hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesine de karar verilmiştir.

²⁶ "MADDE 1- 5.3.1973 tarihli ve 584 Karar numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğünün 91 inci maddesinin (a) bendinin ikinci paragrafının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş, aynı bende aşağıdaki üçüncü paragraf eklenmiş ve bendin dördüncü paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır."

"Yeni bir madde olarak görüşülmesine komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler ile yeniden görüşülmesine karar verilen maddeler üzerinde görüşme açılır ve bu maddede belirtilen sayıda önerge verilebilir."

"Diğer hükümler saklıdır."

sarı ve tekliflerin Genel Kuruldaki görüşmeleri sırasında, milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dâhil her madde için iki önerge verilebilmesini ve siyasi parti gruplarına mensup milletvekillerinin birer önerge verme haklarının da saklı tutulmasını teminen yeni bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıca 91. madde kapsamında görüşülen tasarı ve tekliflerde metne ek veya yeni madde ihdasına ilişkin önergelerle madde veya maddelerin yeniden görüşülmesine karar verildiği takdirde ilgili bölümün görüşmesi yapılmaksızın ilgili madde veya maddeler üzerinde görüşme yapılacağı konusuna ve verilecek önerge sayısına açıklık getirilmiştir²⁷.

3. Tasarı ve Tekliflerin Türkiye Büyük Millet Meclisinde Görüşülme Usul ve Esasları

Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerinden biri kanun koymak, değiştirmek veya kaldırmaktır (Anayasa m.87). Tasarı ve tekliflerinin görüşülme usul ve esasları Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ile düzenlenir (Anayasa m.88)

Tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülme usul ve esasları İçtüzüğün 81. maddesi başta olmak üzere muhtelif maddelerinde düzenlenmektedir. Çalışmamızın amacı her ne kadar özel yasama yöntemi olarak temel kanun olsa da öncelikle tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülme usul ve esaslarına ilişkin genel hükümlerden bahsetmek konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve farklılığın ortaya konulabilmesi açısından isabetli olacaktır.

Genel Kurulda komisyonlar ancak başkan, başkanvekili veya o konu için seçilmiş özel sözcü/sözcüler tarafından temsil olunabilir (İçtüzük m.45) . Hükümet ise görüşmelerin başından sonuna kadar olmak kaydıyla ancak Başbakan, ilgili bakan veya zorunlu hallerde yetkilendirilmiş birinci derecede sorumlu daire amirlerinden bir kamu görevlisi tarafından temsil olunabilir. Hükümeti temsile yetkili birinin görüşmenin başında hazır bulunmadığı durumlarda görüşme bir defaya mahsus olmak üzere gelecek birleşime bırakılır. (İçtüzük m.62) Hükümet temsilcisi bulunmadığında görüşmenin akıbetinin ne olacağına dair İçtüzükte açık hüküm bulunmasına rağmen komisyon temsilcisi

²⁷ Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 1321, s.2. TBMMTD, T. 30.1.2007, D. 22, YY. 5, C. 145, B. 56.

bulunmadığında görüşmenin akıbetinin ne olacağı hakkında İçtüzükte hüküm bulunmamaktadır. Ancak İçtüzüğün 87. maddesinin dördüncü fıkrası ve 45. maddesinin ikinci fıkrası değişiklik önerleriyle ilgili olarak tesis edilecek işlem konusunda komisyon temsilcisi ve komisyonun belli sayıdaki üyesinin varlığını aradığına göre komisyon temsilcisi olmaksızın görüşmelerin başlamasına veya devam etmesine olanak bulunmamaktadır²⁸.

Komisyonun ve Hükümetin Genel Kurulda yerini alması ile görüşmelere başlanır.

Öncelikle tasarı ve teklifin tümü hakkında görüşme açılır. Aksi, Danışma Kurulunun teklifiyle Genel Kurul tarafından kararlaştırılmadığı takdirde tasarı ve tekliflerin tümü hakkında siyasi parti grupları, komisyon ve Hükümet adına yapılan konuşmaların süresi yirmi dakika ve iki üyenin kendi adlarına yaptıkları konuşmaların süresi on dakikadır²⁹.

Tasarı ve teklifin tümünün görüşülmesi tamamlandıktan sonra tüm üzerinde soru ve cevap işlemi yapılır. Tasarı ve teklifin tümü üzerindeki soru ve cevap süresi yirmi dakikadır³⁰.

²⁸ BAKIRCI, komisyonun Genel Kurulda görüşmelerde hazır bulunması gerektiğini komisyonlara sorulacak soruları (İçtüzük m.60/6) cevaplayabilmesi gerekçesine dayandırmaktadır. Bkz. Fahri BAKIRCI, TBMM'nin Çalışma Yöntemi, imge Kitabevi, Ankara, 2000, s.411. Ancak komisyonların sorulan soruları cevaplandırabilmesi amacıyla Genel Kurulda bulunması gerektiği görüşünün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira İçtüzükte gerek komisyona gerekse Hükümete soru sorulabileceği düzenlenmiştir. Hükümet temsilcisinin bulunmadığı durumlarda bir defaya mahsus erteleme mümkündür ve ikinci toplantıda Hükümet temsilcisinin olup olmadığına bakılmaksızın görüşmelere başlanacaktır. Dolayısıyla İçtüzük Koyucunun komisyona sorulacak sorular ile Hükümete sorulacak sorular arasında niteliksel bir ayrıma dayalı olarak Hükümet temsilcisinin olmadığı durumlarda bir defaya mahsus gelecek birleşime bırakılacağına dair hüküm ihdas ettiğini düşünmek mümkün görünmemektedir. Genel Kurulda komisyonun muhakkak temsil edilmesinin amacı, kanaatimizce komisyonun Genel Kurul görüşmelerine esas olacak raporu tanzim etmesi dolayısıyla da kendi uhdesinde olan bir metin üzerinde yapılabilecek muhtemel değişiklikler üzerinde görüşlerinin muhakkak alınması zorunluluğudur.

²⁹ Anayasa Mahkemesi kanun tasarı ve teklifinin tümü üzerinde görüşme açılmadan veya maddelere geçilmesi hususunda karar alınmadan doğrudan maddelere geçilmesini ve bu suretle görüşmelerin yapılmasını iptal nedeni saymaktadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 14.3.1974 T, 1973/33 E, 1974/9 K.

³⁰ Her ne kadar gerek tasarı ve teklifin tümü gerekse maddeleri üzerinde yapılan soru ve cevap işlemi, milletvekillerinin ve bu suretle de kamuoyunun görüşülen konu ile ilgili bilgi edinmesi amacına hizmet etse de uygulamada görüşülen ko-

Tasarı ve teklifin tümü üzerinde yapılan soru ve cevap işleminin sonra maddelerine geçilmesi oylanır. Maddelerine geçilmesi kabul edilmeyen tasarı ve teklifler reddedilmiş sayılır ve ret tarihinden itibaren bir tam yıl geçmedikçe aynı yasama dönemi içinde tekrar verilemez.

Maddelerine geçilmesi kabul edilen tasarı ve teklifin her maddesi üzerinde ayrı görüşme açılır ve her madde üzerinde soru ve cevap işlemi yapılır. Danışma Kurulunun teklifiyle Genel Kurul tarafından aksi kararlaştırılmadığı takdirde tasarı ve tekliflerinin maddeleri hakkında siyasi parti grupları, komisyon ve Hükümet adına yapılan konuşmaların süresi on dakika ve iki üyenin kendi adlarına yaptıkları konuşmaların süresi beş dakikadır. Tasarı ve teklifin maddeleri üzerinde soru ve cevap süresi on dakikadır.

Kanunlarda veya İçtüzükte aksine bir hüküm bulunmaması kaydıyla kanun tasarısı veya teklifinin bir maddesinin reddi, değiştirilmesi, tümünün veya bir maddesinin komisyona iadesi, tasarı ve teklife ek veya geçici madde eklenmesi amacıyla milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet tarafından değişiklik önermeleri verilebilmektedir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önermeleri dâhil her madde için yedi önerge verilebilir. Her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır. Ancak bu hakkın ilgili siyasi parti grubuna mensup milletvekilleri tarafından kullanılmaması durumunda diğer siyasi parti grubuna mensup milletvekilleri ile bağımsız sayılan milletvekilleri tarafından bu hak kullanılabilir (İçtüzük m. 87)³¹.

nudan ziyade güncel veya tartışmalı konulara ilişkin sorular sorulmasına rağmen kürsüdeki üyenin sözünün Başkan tarafından konudan ayrılmamaya davet etmek için kesilebileceğine dair hükmün (İçtüzük m.66/1) pek işletildiğine şahit olunmamaktadır. Bu bağlamda soru ve cevap işleminden beklenen sonucun gerçekleştiğini pek söyleyemeyiz.

³¹ YAPICI, her siyasi parti grubunun önerge verme hakkı saklı olsa da yediden fazla siyasi parti grubunun bulunması durumunda yediden fazla önerge verilemeyeceğine dair kural gereğince diğer grupların önerge verme hakkının kalmayacağını ve bu durumda da önergelerin verildiği anın esas alınacağını belirtmektedir. Bkz. Havvana YAPICI, Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2005, s. 158. Ancak siyasi parti grubu sayısının yediden fazla olması durumunda her madde için ancak yedi önerge verilebileceğine dair kural çerçevesinde önergelerin geliş sırasına göre yediden sonraki önergelerin işleme alınıp alınmayacağı sorusunun cevaplandırılması için gerek Anayasanın gerekse İçtüzüğün dayandığı sistematüğün tespiti önem arz etmektedir. Şöyle ki: Kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenmektedir (Anayasa m.88/2).

Tasarı ve teklifin tümünün oylanmasından önce belli bir maddenin yeniden görüşülmesini, gerekçeli bir önergeyle esas komisyon veya Hükümet bir defaya mahsus olmak üzere isteyebilir. Bu istem Danışma Kurulunun görüşü alındıktan sonra Genel Kurul tarafından görüşmesiz ve işaret oyuyla karara bağlanır (İçtüzük m. 89).

Tasarı ve teklifin maddeleri üzerindeki görüşmeler ve varsa belli bir maddesi ile ilgili olarak yeniden görüşme tamamlandıktan sonra tasarı ve teklifin tümünün oylaması yapılır. Ancak tasarı ve teklifin tümünün kesin olarak oylanmasından önce milletvekilleri, ne yönde oy kullanacaklarını kürsüden belirtmek istedikleri takdirde Başkan lehte ve aleyhte birer kişiye söz verir (İçtüzük m. 86). Talep neticesinde bu konuşmalar da yapıldıktan sonra tasarı ve teklifin tümünün oylaması yapılır ve kabul edildiği anda tasarı ve teklif kanunlaşmış olur. Tümünün oylamasında kabul edilmemiş olan tasarı ve teklifler ret tarihinden itibaren bir tam yıl geçmedikçe Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı yasama dönemi içinde verilemez (İçtüzük m. 76).

4. Temel Kanun Kapsamında Yer Alan Tasarı ve Tekliflerin Türkiye Büyük Millet Meclisinde Görüşülme Usul ve Esasları

a. Genel Olarak

İçtüzüğün 91. maddesinde hüküm bulunmayan hâllerde tasarı ve tekliflerin görüşülme usul ve esaslarına dair genel hükümler uygula-

Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarını kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceği ve İçtüzük hükümlerinin siyasi parti gruplarının Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayıları oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenleneceği de hükme bağlanmıştır (Anayasa m.95/1,2). Siyasi parti gruplarının üye sayıları oranında temsili esasına dayalı muhtelif hükümler Anayasal hükmün yansması olarak İçtüzükte de bulunmamaktadır (İçtüzük m.11, m.21). Dolayısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarında siyasi parti gruplarının Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayıları oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenmesi gerektiğine dair Anayasal hüküm, her madde için ancak yedi önerge verilebileceği yönündeki hükümden hareketle yediden fazla siyasi parti grubunun olduğu durumlarda da görmezden gelinemeyecektir. Ayrıca İçtüzüğün 87. maddesinde de milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri de dâhil olmak üzere her madde için yedi önerge verilebileceği hükme bağlandıktan sonra siyasi parti gruplarına mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkını saklı tutmak suretiyle yedi önerge verilebilme kuralına istisna getirmiştir. Yukarıda izah ettiğimiz gerekçeler çerçevesinde yediden fazla siyasi parti grubu olduğu durumlarda da her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkının olduğu kanaatindeyiz.

nır. Bu bağlamda 91. maddede belirtilen, otuz maddeden fazla olmamak kaydıyla bölümler hâlinde görüşme, soru ve cevap süresinin on beş dakika ile sınırlı olması, maddelerin okunmaması, her madde üzerinde iki önerge verilebilmesi ve bölümlerin ayrı ayrı oylanması hususları dışında kalan hususlarda genel hükümler uygulanır.

b. Bölümlerin En Fazla Otuz Maddeden Oluşması

Tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda temel kanun olarak bölümler hâlinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına karar verilebilir.

Otuz maddelik bölümler hâlinde görüşmenin yasama faaliyetlerine demokratik katılımı ve meclis iradesinin sağlıklı biçimde yansımalarını engelleyeceği ileri sürülmüştür. Ancak görüşmelerin madde temelinde yapılması ve maddeler üzerinde milletvekilleri tarafından (her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkının saklı kalması kaydıyla) Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil her madde üzerinde iki önerge verilebilmesi, ileri sürülen düşüncelerin pratikte hayat bulmadığını göstermektedir. Zira milletvekillerinin bölüm içindeki maddelere ilişkin ayrı ayrı oy kullanabilmeleri, demokratik yöntemle yasama faaliyetlerine katılımlarını sağlamaktadır³².

Temel kanun uygulamasının kapsamlı tasarı ve tekliflerin daha hızlı ve etkin bir şekilde kanunlaştırılması amacıyla kabul edilmesi nedeniyle, özel yasama yönteminin salt Genel Kurul aşamasını kapsamaması gerektiği ve bu nedenle konuşma süresi ve önerge sayısı

³² Nitekim otuz maddelik bölümler için maddelerin görüşülmesindeki yöntem uygulanacak olsa da bu yöntemin uygulanması hâlinde kısıtlı süre nedeniyle görüşmelere demokratik katılımın engelleneceğinden ve meclis iradesinin sağlıklı biçimde yansımayacağından bahisle iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi verdiği kararda, davaya konu düzenlemede bölümler hâlinde oylama yerine maddeleri esas alan bir usulün benimsenerek milletvekillerinin bölüm içindeki maddelere ilişkin ayrı ayrı oy kullanmalarının sağlanması suretiyle demokratik yöntemle yasama faaliyetlerine katılımların gerçekleştirildiğine ve maddelerin ayrı ayrı oylanmasına karşın okunmamasında demokratik ilkelerle çelişir bir yön bulunmadığına hükmetmiştir. Ayrıca bölümler üzerindeki görüşmeler sırasında milletvekillerinin maddeler üzerinde görüşlerini açıklamalarına bir engel bulunmadığı gerekçesiyle otuz maddelik bölümler hâlinde görüşme yapılmasının Anayasaya aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K.

bakımından herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı komisyon aşamasında da özel yasama yöntemlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürenler bulunmaktadır³³. Ancak İçtüzükte komisyon görüşmeleri sırasında konuşma süresi ve önerge sayısı açısından herhangi bir sınırlama olmamasının İçtüzük Koyucunun komisyon görüşmelerine attığı önemin özel bir göstergesi olduğu kanaatindeyiz. Milletvekillerinin ve Bakanlar Kurulu üyelerinin komisyonlarda söz alabileceğine, her milletvekilinin üyesi olmadığı bir komisyonun belgelerini görüp okuyabileceğine dair hüküm (İçtüzük m. 31/2) ve komisyonların fikirlerini almak üzere uzmanlar çağırabileceğine dair hüküm (İçtüzük m. 30/2), komisyon görüşmeleri sırasında tüm görüşlerin ileri sürülebilmesi suretiyle demokratik katılımın sağlanması ve meclis iradesinin sağlıklı biçimde oluşturulabilmesi amacına hizmet etmektedir³⁴.

c. Bölümler Üzerinde Soru Cevap Süresinin On Beş Dakika Olması

Temel kanunların bölümleri üzerindeki soru ve cevap süresi on beş dakikadır. Bölümler üzerindeki soru ve cevap süresinin on

³³ Volkan HAS, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni, Adalet Yayınevi, Ankara, 209, s. 278.

³⁴ İYİMAYA, yasama faaliyetlerinin değerlendirilmesi ve inşası görevinin komisyon aşamasına aktarılması gerekliliğini "Hukuk, komisyonunda; siyaset genel kurulda, yapılır" paradigması ile izah etmektedir. Dolayısıyla söz konusu paradigma komisyon görüşmelerinde özel yasama yönteminin uygulanmasına imkân vermemektedir. Bkz. Ahmet İYİMAYA, "Siyaset Kurumunun Ortak Günahı: Yasama Reformu", TBBD, 2011, Y, 23, S.93, s. 317. ARSEL' de komisyonların kuruluş amacını, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kalabalık bir heyet olması nedeniyle hem çalışmalarını etkinleştirebilmek hem de ihtisas bakımından çeşitli işleri hakkıyla başarabilmek olarak belirtmektedir. Bkz. İlhan ARSEL, Türk Anayasasının Umumî Esasları K I S I M : I Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1955, C. 12, S. 1, s. 55) Komisyon Raporunda da bu durum aşağıdaki şekilde izah edilmektedir. Bkz. Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 161, s.2

"İçtüzüğün 91 inci maddesi ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir husus, özel yasama yönteminin hiçbir şekilde komisyon aşamasını kapsamamasıdır. Kanunların detaylı olarak tartışıldığı ve incelendiği, verilen değişiklik önergelerinin değerlendirildiği ve tasarı ve teklif üzerinde tam tasarruf yetkisinin kullanıldığı komisyon aşamasında herhangi bir sınırlama olmaması, zarar göreceği düşünülen demokratik ilkeler açısından önemli bir güvence oluşturmaktadır.»

Ayrıca komisyonların yasama sürecindeki rolleri hakkında geniş bilgi için bkz. Havvana YAPICI, "Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar", Yasama Dergisi, 2007, S. 5, s. 57-81.

beş dakikayla sınırlı olması, yasama işlevinin yerine getirilmesini engellediği ve demokratik hukuk devletine uygun düşmediğinden bahisle iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu davada, İçtüzüğün 91. maddesinin amacının temel kanun kapsamında yer alan tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinin hızlandırılması olduğuna ve bu nedenle düzenlemenin makul ölçüleri aşmadığına hükmetmiştir³⁵. Bölümlerin görüşülmesi ile ilgili “Bölümlerin görüşülmesinde ve önerge sayısı ile işlemlerinde, madde hakkındaki hükümler uygulanır.” teklif metnindeki hüküm, Genel Kurulda verilen önerge ile bölümler üzerindeki soru ve cevap süresinin on beş dakika olarak uygulanacağı şeklinde değiştirilmiştir. Soru ve cevap süresi açısından 81. maddedeki soru ve cevap süresinden ayrıksı bir süre öngörülmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zira temel kanun uygulamasının amacı yasama faaliyetlerinin hızlı ve etkin bir biçimde yerine getirilmesidir. Uygulamada soru ve cevap işleminin görüşülen konudan ziyade güncel veya tartışmalı konular üzerinde yapıldığı gerçeği de göz önünde bulundurulduğunda bölümler üzerindeki soru ve cevap süresinin on dakikayla sınırlanması makul sınırları aşmayacaktır.

d. Maddelerin Okunmaması

Tasarı veya teklifler temel kanun olarak görüşülürken Genel Kurulda maddeler okunmamaktadır. Temel kanun uygulamasının yöneldiği amaç göz önünde bulundurulduğunda maddelerin okunması, ilgili tasarı ve teklifin çok sayıda veya çok kapsamlı maddelerden oluştuğu durumlarda ciddi zaman kayıplarına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesi, maddelerin ayrı ayrı oylanmasına rağmen okunmamasının zamanın ekonomik kullanımı açısından, bilgiye önceden ulaşım olanağı bulunulan durumlarda yinelemelerden kaçınılması gerekçesiyle demokratik ilkelerle çelişmediğine hükmetmiştir³⁶. Yasama faaliyetlerinin hızlı ve etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi, temel ilke olduğuna göre bu ilkenin sadece temel kanun kapsamında değerlendirilen tasarı ve tekliflerle sınırlı olmaması gerekir. Bu nedenle bilgiye önceden ulaşma olanağı bulunan durumlarda yineleme-

³⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K

³⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K

lerden kaçınılması, zamanın ekonomik kullanımına hizmet ettiğinden temel kanun niteliğinde olmayan diğer tasarı ve teklifler görüşülürken de maddelerin okunması uygulanmasından vaz geçilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira komisyon raporlarının önceden milletvekillerine dağıtılması ve İçtüzüğün 52. maddesi uyarınca -ikinci fıkrası saklı kalmak kaydıyla- Genel Kurula sevk edilen bir komisyon raporu veya herhangi bir metnin dağıtım tarihinden itibaren kırk sekiz saat geçmeden görüşülememesi kuralı, gerek komisyon raporunu gerekse kabul edilen metni incelemeleri açısından milletvekillerine yeterli zamanı vermektedir³⁷.

e. Her Madde Üzerinde İki Önerge Verilebilmesi

766 sayılı Kararla yapılan değişiklikte bölümlerin görüşülmesinde maddelerin görüşülmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmişti. Bu bağlamda 855 sayılı Kararla yapılan değişikliğe kadar temel kanun olarak görüşülen tasarı ve tekliflerin maddeleri üzerinde her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklı kalmak kaydıyla milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil her madde için yedi önerge verilebilmekteydi.

855 sayılı Kararla yapılan değişiklikte milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil her madde için iki önerge verilebileceği düzenlenmiş ve siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklı tutulmamıştı. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi Anayasanın 68. maddesindeki siyasi partilerin

³⁷ 713 sayılı Kararla İçtüzüğün 79. Maddesi, komisyon raporunun okunup okunmaması konusunun ayrıca Genel Kurulun onayına sunulması ve bu nedenle de bu oylamalarla Genel Kurulun meşgul edilerek çalışma süresinin uzamasına ve görüşülmekte olan konunun daha geç sonuçlandırılmasına neden olduğu gerekçesiyle değiştirilmiş ve komisyon raporlarının okunması yerine yalnızca bu raporların kaç numaralı sıra sayısı olarak bastırılıp dağıtıldıklarının Başkanca ifade edileceği şeklinde düzenlenmişti. Gerekçe için bkz. **Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasayısı. 586**, s. 2.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde maddelerin her birinin okunması suretiyle Genel Kurulun meşgul edilerek çalışma süresinin uzamasının ve görüşülmekte olan konunun daha geç sonuçlandırılmasının engellenmesi amacıyla maddelerin okunması usulünden vazgeçilmesi yerinde olacaktır. Maddelerin okunması konusunda temel kanun niteliğindeki tasarı ve tekliflerle diğer tasarı ve teklifleri arasında bir ayırımı gidilmesini doğru bulmuyoruz.

demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğuna ve 95. maddesindeki İÇtüzük hükümlerinin siyasi parti gruplarının meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenleneceğine ilişkin kurala aykırı olduğundan bahisle iptal etmiştir³⁸.

884 sayılı Kararla yapılan değişiklik doğrultusunda her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklı kalmak kaydıyla milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dâhil her madde için iki önerge verilebileceği kuralı getirilmiştir. Bu bağlamda yukarıda izah ettiğimiz gerekçeler³⁹ çerçevesinde ikiden fazla siyasi parti grubu olduğu durumlarda da her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı olduğundan bu durumda ikiden fazla önerge verilebilmesi mümkündür.

f. Bölümler Hâlinde Oylama

766 sayılı Kararla yapılan değişiklik doğrultusunda temel kanunların bölümler hâlinde ve maddeler okunmaksızın ayrı ayrı görüşüleceği ve oylanacağı ve bölümler üzerinde verilen önergelerin kabulü hâlinde de ilgili bölümün kabul edilen önergeler ile birlikte olanacağı düzenlenmişti. Madde üzerinde görüşme ve oylama yapılmaması ve sadece bölümler üzerinde görüşme ve oylama yönteminin benimsenmesi; milletvekillerinin yasama sürecine katılma ve bir bölümde yer alan maddeler hakkında farklı oy kullanma imkânını ortadan kaldırdığı, milletvekillerini bir bölümün bütününe kabul veya ret seçenekleri arasında sıkıştırdığı ve iradelerini aslına uygun biçimde oylarına yansıtılmalarını engellediği gerekçeleriyle iptal davasına konu edilmiştir. Anayasa Mahkemesi davaya konu düzenlemeyi, milletvekillerinin bir bölüm içinde yer alan kimi maddeler için ret veya kabul yönünde oy kullanmaları imkânını ortadan kaldırdığı ve oy kullanma yetkisini demokratik olmayan yöntemlerle sınırlandırdığı gerekçesiyle iptal etmiştir⁴⁰.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K.

³⁹ Bkz. dipnot 31.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, T. 29.4.2003 2003/30 E, 2003/38 K.

Maddelerin okunmamasının ve üzerinde ayrı ayrı görüşme açılmamasının, demokratik katılımı ve meclis iradesinin sağlıklı biçimde oluşmasını engelleyeceğine dair iptal davasında ileri sürülen görüşlere katılmıyoruz. Zira maddelerin her birinin okunması, Genel Kurulun meşgul edilerek çalışma süresinin uzamasına ve görüşülmekte olan konunun geç sonuçlandırılmasına neden olmaktadır. Ayrıca her madde üzerinde ayrı ayrı görüşme açılması, temel kanun uygulamasından beklenen yasama faaliyetlerinin hızlı ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi amacının gerçekleştirilmesi bir yana temel kanun olarak görüşülen tasarı ve tekliflerin, neredeyse temel kanun olmayan tasarı ve tekliflerin görüşülme süresiyle hemen hemen aynı zamanın harcanmasına neden olacaktır. Zira her madde üzerinde ayrı ayrı görüşme açılması ve her birinin okunması durumunda İktüzüğün 81. maddesinde belirtilen usullerin uygulanması suretiyle temel kanun kapsamında yer almayan tasarı ve tekliflerinin görüşme zamanına ek olarak ayrıca bölümler üzerinde de görüşme açılması suretiyle bu kapsamda yer almayan tasarı ve tekliflere harcanan zamanla neredeyse aynı zaman harcanmış olacaktır. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesinin ret kararını yerinde görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri dikkate alınarak İktüzüğün 91. maddesinde 855 sayılı Kararla değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikte bölümlerin maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşüleceği ve bölümdeki maddelerin ayrı ayrı oylanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme hâlihazırda mevcudiyetini devam ettirmektedir⁴¹.

⁴¹ Bölümlerdeki maddelerle ilgili görüşme yapılmaması yönteminin Anayasaya aykırı olduğundan bahisle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, maddeler üzerinde görüşme açılmaksızın sadece ayrı ayrı oya sunulmasında aşağıdaki gerekçelerle ret kararı vermiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesi, T. 26.10.2005, 2005/74 E, 2005/73 K)

"Dava konusu düzenlemede de anılan kararın gereğinin yerine getirilmesi amaçlanmış ve bölümler halinde oylama yerine maddeleri esas alan bir usul benimsenmiştir. Böylece, yasama organı üyelerinin bölüm içindeki maddelere ilişkin ayrı ayrı oy kullanmaları sağlanmış, demokratik bir yöntemle yasama görevine katılım gerçekleştirilmiştir.

Maddelerin ayrı ayrı oylanmasına karşın okunmamasında ise, demokratik ilkelerle çelişir bir yön yoktur. Çünkü özel görüşme yönteminde, zamanın ekonomik kullanımı için, bilgiye önceden ulaşım olanağı bulunan durumlarda yinelemelerden kaçınılması, başvurulabilecek çözümlerdendir."

5. Temel Kanun Uygulamasına İlişkin Yasama Dönemleri İtibariyle İstatistiksel Veriler

a. 20. Yasama Dönemi

424 sayılı Kararla kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı ve tekliflerin Genel Kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulünün tespitine Genel Kurul tarafından karar verilebilmesinin Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi ve *Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi* koşuluna bağlanması, Türkiye pratiğinde genellikle Danışma Kurulunda oybirliği sağlanamaması nedeniyle, tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak görüşülmesini engellemiştir.

b. 21. Yasama Dönemi

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
4458	Gümrük Kanunu	27.10.1999	254(248+6)
4630	Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun	21.2.2001	41
4667	Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	2.5.2001	101(98+3)
4721	Türk Medeni Kanunu	22.11.2001	1030
4722	Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun	3.12.2001	25
4734	Kamu İhale Kanunu	4.1.2002	75(70+5)
4735	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu	4.1.2002	41

c. 22. Yasama Dönemi

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
4848	Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun	16.4.2003	46(40+6)
5387	Bankacılık Kanunu	2.7.2005	194(171+23)
5393	Belediye Kanunu	3.7.2005	92(87+5)
5394	Türkiye İstatistik Kanunu	3.7.2005	70(60+10)
5395	Çocuk Koruma Kanunu	3.7.2005	50
5487	Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu	13.4.2006	51(45+6)
5488	Tarım Kanunu	18.4.2006	28(26+2)

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
5489	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu	19.4.2006	122(109+13)
5490	Nüfus Hizmetleri Kanunu	25.4.2006	80(75+5)
5491	Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	26.4.2006	32(26+6)
5510	Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu	31.5.2006	122(109+13)
5520	Kurumlar Vergisi Kanunu	13.6.2006	39(38+1)
5521	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu	16.6.2006	43(40+3)
5523	Türkiye Yatırım Destek Ve Tanıtım Ajansı Kurulması Hakkında Kanun	21.6.2006	16
5531	Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği Ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanun	29.6.2006	17(16+1)
5543	İskân Kanunu	19.9.2006	53(50+3)
5544	Meslekî Yeterlilik Kurumu Kanunu	21.9.2006	35(33+2)
5545	Özel Öğretim Kurumları Kanunu	26.9.2006	20(16+4)
5548	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu	28.9.2006	45(41+4)
5549	Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun	11.10.2006	32(30+2)
5553	Tohumculuk Kanunu	31.10.2006	46(43+3)
5555	Vakıflar Kanunu	9.11.2006	91(82+9)
5560	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun	6.12.2006	48(47+1)
5574	Türk Petrol Kanunu	17.1.2007	44(39+5)
5582	Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	21.2.2007	37
5584	Enerji Verimliliği Kanunu	22.2.2007	27(20+7)
5603	Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun	15.3.2007	23(22+1)
5607	Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu	21.3.2007	31(27+4)
5684	Sigortacılık Kanunu	3.6.2007	56(47+9)

d. 23. Yasama Dönemi

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
5517	Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön Ve Kapsamına Dair Kanun	22.11.2007	31
5718	Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun	27.11.2007	66
5726	Tanık Koruma Kanunu	27.12.2007	28(27+1)
5728	Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	23.01.2008	583(580+3)
5754	Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	17.4.2008	94
5763	İş Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	15.5.2008	39
5766	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	4.6.2008	33(28+5)
5812	Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	20.11.2008	36
5837	Askerlik Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	5.2.2009	38
5838	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	18.2.2009	40(36+4)
5902	Afet Ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun	29.5.2009	33(28+5)
5904	Gelir Vergisi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	16.6.2009	43(41+2)
5911	Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	18.6.2009	74(73+1)
5916	Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun	24.6.2009	23(20+3)
5917	Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun	25.6.2009	51(49+2)
5947	Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	21.1.2010	21
5951	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	28.1.2010	17(15+2)

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
5957	Sebze Ve Meyveler İle Yeterli Arz Ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun	11.3.2010	21(20+1)
5977	Biyogüvenlik Kanunu	18.3.2010	18
5980	Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun İle Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	8.4.2010	35(34+1)
5983	Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	3.6.2010	11
5995	Maden Kanununda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	10.6.2010	23
5996	Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu	11.6.2010	51(50+1)
5997	Bazı Kanunlarda Ve 190 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	16.6.2010	20
6000	Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	19.6.2010	47
6001	Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun	25.6.2010	50(49+1)
6002	Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	1.7.2010	23
6004	Dışişleri Bakanlığının Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun	7.7.2010	33(27+6)
6005	Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	14.7.2010	8
6008	Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	22.7.2010	14(12+2)
6009	Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	23.7.2010	72(63+9)
6083	Tapu Ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun	25.11.2010	14(12+2)
6085	Sayıştay Kanunu	3.12.2010	89(84+5)
6087	Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu	11.12.2010	51(48+3)
6093	Türkiye Yazma Eserler Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun	28.12.2010	17(16+1)
6098	Türk Borçlar Kanunu	11.1.2011	649
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu	12.1.2011	454(452+2)

Kanun No	Kanunun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
6101	Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun	12.1.2011	14(12+2)
6102	Türk Ticaret Kanunu	13.1.2011	1541(1535+6)
6103	Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun	14.1.2011	44
6107	İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun	26.1.2011	21(16+5)
6111	Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun	13.2.2011	234(216+18)
6112	Radio Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun	15.2.2011	58(50+8)
6114	Ölçme, Seçme Ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun	17.2.2011	21
6172	Sulama Birlikleri Kanunu	8.3.2011	24(23+1)
6191	Sözleşmeli Erbaş Ve Er Kanunu	10.3.2011	12
6215	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	29.3.2011	34(31+3)
6216	Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun	30.3.2011	78(77+1)
6217	Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	31.3.2011	37(33+4)
6222	Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun	31.3.2011	27
6225	Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	6.4.2011	23(22+1)

e. 24. Yasama Dönemi

Kanun No.	Kanun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
6253	Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu	1.12.2011	56 (44+12)
6262	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	23.12.2011	21
6271	Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu	19.1.2012	24
6279	Çoğaltılmış Fikir Ve Sanat Eserlerini Derleme Kanunu	22.2.2012	15
6284	Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun	8.3.2012	25

Kanun No.	Kanun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
6287	İlköğretim Ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	30.3.2012	27
6289	Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	4.4.2012	35
6292	Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi İle Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun	19.4.2012	16
6304	Seçimlerin Temel Hükümleri Ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	9.5.2012	27
6305	Afet Sigortaları Kanunu	9.5.2012	18
6306	Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun	16.5.2012	25
6318	Askerlik Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	22.5.2012	81
6322	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	31.05.2012	44(43+1)
6327	Bireysel Emeklilik Tasarruf Ve Yatırım Sistemi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	13.06.2012	71
6328	Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu	15.6.2012	37
6331	İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu	20.6.2012	39
6332	Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu	21.6.2012	24
6335	Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	26.6.2012	50
6336	Harp Akademileri Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	26.6.2012	25
6337	Türk Akreditasyon Kurumu Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	29.6.2012	17
6338	Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelere Eklenmesine Dair Kanun	29.6.2012	19
6352	Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertenmesi Hakkında Kanun	02.07.2012	107
6353	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	04.07.2012	90

Kanun No.	Kanun Adı	Kabul Tarihi	Madde Sayısı
6354	Sağlık Bakanlığı Ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	04.07.2012	27
6356	Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu	18.10.2012	89 (83+6)
6358	Expo 2016 Antalya Kanunu	31.10.2012	24 (23+1)
6360	On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi Ve Yirmi Altı İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun	12.11.2012	39 (37+2)
6361	Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu	21.11.2012	59 (54+5)
6362	Sermaye Piyasası Kanunu	6.12.2012	160 (151+9)

f. Değerlendirme

20. yasama döneminde hiçbir tasarı ve teklif temel kanun olarak görüşülmemiştir. 21. yasama döneminde kanunlaşan toplam 386 tasarı ve tekliften 7' si, 22. yasama döneminde kanunlaşan toplam 914 tasarı ve tekliften 29' u, 23. yasama döneminde kanunlaşan toplam 537 tasarı ve tekliften 51' i ve 24. yasama döneminde hâlihazırda kanunlaşan toplam 125 tasarı ve tekliften 29' u temel kanun olarak görüşülmüştür.

Dikkat çeken noktalardan biri dönemler itibarıyla temel kanun uygulamasına başvurulma sıklığında meydana gelen oransal artışlardır. Ancak temel kanun uygulamasına başvurulma sıklığı tespit edilirken dönemler itibarıyla kanunlaşan tasarı ve teklif sayısının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu bağlamda 21. yasama döneminde temel kanun olarak görüşülen kanun sayısının toplam kanun sayısına oranı takriben % 1,82, 22. yasama döneminde bu oran takriben % 3,18, 23. yasama döneminde bu oran takriben % 9,5 ve 24. yasama döneminde bu oran takriben % 23,2' civarındadır⁴². Dönemler itibarıyla bakıldığında gerek temel kanun sayısı gerekse temel kanun olarak görüşülenlerin toplam kanun sayısına oranı, her geçen dönem bu sıklığın arttığını göstermektedir. Bunun başlıca nedeninin ülkemizde son yıllarda meydana gelen toplumsal, ticaret, ekonomi, hukuk ve diğer alanlardaki yapısal dönüşümlerdir.

⁴² Dönemler itibarıyla temel kanunlar uygulaması neticesinde kanunlaşan tasarı ve tekliflerin, aynı dönemde kanunlaşan toplam tasarı ve tekliflerin sayısına oranı gösterir grafik

Temel kanun olarak Genel Kurulda görüşülen tasarı ve tekliflerin büyük bir çoğunluğunun ilgili alanı ya ilk defa düzenleyen ya da ciddi yapısal dönüşümlerin tezahürü olarak mevcut kanunları yürürlükten kaldıran ve yenilerini ikame eden kanunlar olduğu gözlemlenmektedir. Bu bağlamda temel kanun uygulamasının yasama faaliyetlerinin daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesine ciddi bir katkı sağladığı yadsınmaz⁴³.

Dikkat çeken bir diğer nokta ise sekiz⁴⁴, on bir⁴⁵, on dört⁴⁶ ve benzer sayıdaki maddelerden oluşan çerçeve kanunların dahi temel kanun olarak görüşülmüş olmasıdır. İhtüzüğün 91. maddesinde belirtilen *“bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeler içermesi, kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi, kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunu bulundurması, önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulma ölçütlerini taşıması ve ayrıca temel kanunlarla değiştirilmesi amaçlanan kanunlar arasında herhangi bir bağ bulunması”* kriterleri taşımayan tasarı ve tekliflerin temel kanun

⁴³ Bunun en somut örnekleri olarak Türk Borçlar Kanununu, Türk Ticaret Kanununu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununu gösterebiliriz. Her üç kanun gerek madde sayısı itibarıyla gerekse düzenledikleri hukuk alanı itibarıyla kapsamlı kanunlar olmalarına rağmen temel kanun uygulamasının sağladığı zaman tasarrufu neticesinde birer günde kanunlaşmışlardır. Ancak her üç kanunun da bu kadar kısa sürede kanunlaşmalarında siyasi partiler arasındaki uzlaşmanın etkileri de görmezden gelinemeyecek kadar büyüktür.

⁴⁴ 14.7.2010 tarihli ve 6005 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu ile Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile çeşitli illerde üniversiteler kurulmaktadır. Ancak kanaatimizce üniversite kurulmasına dair kanunlar İhtüzüğün 91. maddesinde temel kanunlar için aranan koşulları taşımamaktadır. Bir de madde sayısındaki azlık göz önünde bulundurulduğunda bu kadar kapsamı dar kanunlar için temel kanun uygulamasına gidilmesini doğru bulmamaktayız.

⁴⁵ 3.6.2010 tarihli ve 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

⁴⁶ 22.7.2010 tarihli ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun toplam on dört maddeden müteşekkil olup, bu on dört maddede Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu, İnfaz Hâkimliği Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda değişiklik yapılmakta ve birkaç madde haricinde maddeler arasında bağlantı da bulunmamaktadır. Ayrıca bahse konu kanun, ihtüzüğün temel kanunlar için aradığı şartları da taşımadığını düşünmekteyiz.

olarak görüşülmesi, milletvekillerinin yasama sürecine yapacakları katkıyı sınırlandırmaktadır. İBA' da bu konuda temel kanun uygulamasına ancak İchtüzükte belirlenen sıkı şartlara bağlı kalınmak üzere ancak istisnai hâllerde ve mümkünse uzlaşmanın varlığı hâlinde başvurulması gerektiğini, aksi takdirde bu şartları taşımayan veya otuz maddeyi geçen her tasarı ve teklifin temel kanun olarak görüşülmesinin demokrasi açığı anlamına gelebileceğini vurgulamaktadır⁴⁷.

SONUÇ

Türkiye Büyük Millet Meclisinin yasama faaliyetlerini daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütebilmesi amacıyla parlamento hukukuna kazandırılan temel kanun müessesesinin son zamanlardaki uygulanma sıklığı da göz önünde bulundurulduğunda ciddi bir zaman tasarrufu sağladığı aşikârdır.

Ancak hem yasama faaliyetlerinin yürütülmesinde zaman tasarrufu hem de çıkarılan kanunların niteliksel sorunları bünyesinde barındırmaması büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla tasarı ve teklifler görüşülürken, bu iki husus arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir.

Bu bağlamda çalışmamız neticesinde vardığımız tespitlerimiz birkaç noktada toplanmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi dolayısıyla temel kanun kavramına ilişkin sınırlayıcı bir tanım yapmanın zorluğu aşikârdır. Diğer taraftan bu kavramı sınırları belirli bir tanıma kavuşturma çabaları, Türkiye Büyük Millet Meclisinde gelecekte oluşabilecek uzlaşmaların önünü kesebilir. Dolayısıyla hangi konularla ilgili tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak görüşülemeyeceğinin sayma/tüketme yöntemiyle belirtilmesi yerinde olacaktır.

Her tasarı ve teklifin öngördüğü düzenlemenin niteliği önceki kanundan bağımsız olarak tespit edilmelidir. Bu bağlamda değiştirilmesi öngörülen kanunun daha önce özel görüşme ve oylama usulüne bağlı olarak görüşülüp görüşülmediği, tasarı ve teklifin temel kanun olarak görüşülüp görüşülemeyeceği noktasında belirleyici bir kriter

⁴⁷ Şeref İBA, "TBMM İchtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış", Yasama Dergisi, 2007, S.6, s. 87.

olmamalıdır. Dolayısıyla İçtüzüğü'nün 91. maddesinde tasarı ve teklifin temel kanun olup olmadığının tespitine gözetilecek kriterlerden biri olan “*önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması*” kriterinin maddeden çıkartılması gerekir.

Komisyon görüşmeleri sırasında tüm görüşlerin en geniş şekilde ileri sürülebilmesi, demokratik katılımın sağlanmasına ve meclis iradesinin sağlıklı bir biçimde oluşmasına hizmet ettiğinden ve komisyonlar ihtisas temeline dayalı olarak çalıştığından, komisyon görüşmelerinde temel kanun uygulamasına başvurulmasına imkân bulunmamaktadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin yürütme organına karşı yöntemsel (usulî) bağımsızlığının temel göstergesi olan İçtüzük tekliflerinin görüşülmesi hiçbir şekilde özel görüşme ve oylama yöntemine tabi tutulmamalıdır. Aksine uygulama, İçtüzüğü parlamento aritmetiğine dayalı olarak iktidar partisinin veya çoğunluğun iradesine bırakmak anlamına gelecektir. Bu durum, kuvvetler ayrılığı ve parlamenter sistemin temel ilkeleri zedelenmiş olacaktır.

İçtüzüğü'nün 81. maddesinde her madde üzerinde soru ve cevap için on dakikalık bir süre öngörülmüş olmasına rağmen bölümler üzerindeki soru ve cevap için on beş dakikalık bir süre öngörülmesi gerek milletvekillerinin gerekse kamuoyunun bilgilendirilmesini sağlama amacına hizmet edecek derecede esaslı bir farklılık oluşturmamaktadır. Uygulamada soru ve cevap işleminin görüşülen konudan ziyade güncel veya tartışmalı konular üzerinde yapıldığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, bölümler üzerindeki soru ve cevap süresinin de on dakika olarak öngörülmesi uygun olacaktır. Kaldı ki bölümler üzerindeki soru ve cevap işlemi süresinin on dakika olarak öngörülmesi makul sınırları da aşmayacaktır.

Otuz maddeyi geçen neredeyse her tasarı ve teklifin temel kanun olarak görüşülmesi, milletvekillerinin yasama faaliyetlerine yeterli seviyede katılabilmelerini engellemektedir. Son zamanlarda az sayıda maddeden müteşekkil tasarı ve tekliflerin (sekiz, on bir, on dört vb.) temel kanun olarak görüşüldüğü göz önünde bulundurulduğunda, otuz maddeden daha az madde ihtiva eden tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak görüşülemeyeceğine dair bir değişiklik isabetli olacaktır.

Temel kanun uygulamasına başvurulup başvurulamayacağı hususunun tespitinde madde sayısının çokluğu veya azlığı tek başına yeterli bir ölçüt olmamasına rağmen temel kanunlar için aranan koşulları taşımayan ve ayrıca çok az sayıda madde ihtiva eden tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak görüşülmesi, milletvekillerinin yasama sürecine yapacakları katkıyı şüphesiz sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda yasama çalışmalarında iktidar-muhalefet uzlaşmasına dayalı, muhalefetin çalışma olanaklarını güvence altına alan, milletvekillerinin iradelerini özgür biçimde oluşturmalarıyla işlerlik kazanan çağdaş, katılımcı ve çoğulcu demokrasi anlayışı, yasama faaliyetlerinin daha hızlı ve daha etkin bir biçimde yürütülebilmesi amacıyla feda edilmemelidir.

Ayrıca bilgiye önceden ulaşım olanağı bulunan durumlarda yinelemelerden kaçınılması amacıyla İttüdüğün 81. maddesi kapsamında görüşülen tasarı ve tekliflerin maddelerinin okunması uygulamasından temel kanunlarda olduğu gibi vazgeçilmelidir. Bu uygulama yasama faaliyetlerinin daha hızlı ve etkin bir biçimde yürütülmesine hizmet edecektir. Komisyon raporlarının önceden milletvekillerine dağıtılması ve Genel Kurula sevk edilen bir komisyon raporu veya herhangi bir metnin dağıtım tarihinden itibaren kırk sekiz saat geçmeden görüşülememesi, milletvekillerinin gerek komisyon raporu gerekse kabul edilen metni incelemeleri açısından yeterli zamanı sağlamaktadır.

KAYNAKLAR

- ARAÇ İbrahim-İBA Şeref: "Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama Ve Norm Koyma Tekniği Ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine", AÜSBFD, C. 58, S. 3, s. 35-59.
- ARSEL İlhan: "Türk Anayasasının Umumi Esasları K I S I M: I Büyük Millet Meclisinin Kuruluş ve Vazifeleri, AÜHFD", Y. 1955, C. 12, S. 1, s. 20-96.
- BAKIRCI Fahri: "Kod Yasa-Çerçeve Yasa Üzerine", AÜSBFD, C. 54, S. 3, s. 223-240.
- BAKIRCI Fahri: TBMM'nin Çalışma Yöntemi, İmge Kitabevi, Ankara, 2000
- BEYME Klaus von: Parliamentary Democracy (Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999), Macmillan Press Ltd., Londra, 2000.
- ERGÜL Ozan: "Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İttüdüğü Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış", AÜHFD, Y.2002, C. 51, S. 4, s. 99-130.
- HAS Volkan: Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

- İBA Şeref: Parlamento Hukuku, Türkiye İş Kültür Yayınları, İstanbul, 2010
- İBA Şeref: "TBMM İçtüzük Değişikliklerinin Anlamı: 1996 Sonrasına Bakış", Yasama Dergisi, 2007, S.6, s. 69-90.
- İYİMAYA Ahmet: "Siyaset Kurumunun Ortak Günahı: Yasama Reformu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, Y. 23, S. 93, s. 283-339.
- ÖZALP, Nihal Yancı: "Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", AÜSBFD, Y. 2006, C. 61, S. 1, s. 268-295.
- ÖZBUDUN Ergun: "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFD, Y. 1979, C. 36, S. 1-4. s. 3-26.
- YAPICI Havvana: "Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar", Yasama Dergisi, 2007, S. 5, s. 57-81.
- YAPICI Havvana: Özel Yasama Yöntemleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Örneği (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara, 2005.

Komisyon Raporları:

- Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 13.
- Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 116.
- Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 161
- Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 586
- Anayasa Komisyonu Raporu, Sırasıyla. 1321.

Tutanak Dergileri:

- TBMMTD, T. 10.4.2002, D. 22, YY. 1, C. 2, B. 65.
- TBMMTD, T. 8.5.1996, D. 20, YY. 1, C.5, B. 49.
- TBMMTD, T. 20.10.1999, D. 21, YY. 2, C.14, B. 9.
- TBMMTD, T. 26.1.2001, D. 21, YY.3, C.53, B. 50.
- TBMMTD, T. 30.6.2005, D.22, YY. 3, C. 90, B. 122.
- TBMMTD, T. 30.1.2007, D. 22, YY. 5, C. 145, B. 56.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN VERGİ VE BENZERİ MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN KARARLARINDA KAMU YARARI ÖLÇÜTÜ

THE CRITERION OF "PUBLIC INTEREST" AS STATED IN THE CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS REGARDING THE ISSUE OF TAX AND SIMILAR FINANCIAL LIABILITIES

Y. Burak ASLANPINAR*

Özet: Bu çalışmada, öncelikle genel olarak kamu yararı kavramına değinilmiştir. Sonrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı kavramına atıf yaptığı vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin kararlarından, farklı ve önemli olan bazıları incelenerek değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin iptal veya iptal talebinin reddi olmak üzere her iki yönlü kararlarının gerekçelendirilmesinde, kamu yararı gibi soyut, esnek ve yoruma açık bir kavramı, nasıl ölçüt olarak kullandığı irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu yararı, Anayasa Mahkemesi, vergi, vergi benzeri mali yükümlülükler, yerindelik denetimi.

Abstract: In this work, firstly discussed the concept of the public interest. Then, a number of interesting and important decisions of the Constitutional Court where such concept is used and which are also related to the issue of tax and similar financial liabilities are analyzed. In this framework, an effort is made to clarify how the Constitutional Court utilizes such an abstract and flexible concept as a criterion, in regard to its decisions of annulment as well as for the decisions where requests for annulment are rejected.

Keywords: Public interest, Constitutional Court, tax, tax and similar financial liabilities, suitability control.

I. GİRİŞ

Yasama organı kanunları, yürütme organı ise idari işlemleri oluşturmakta ve yürürlüğe koymakta kamu yararı kavramından amaç olarak yararlanmaktadır. Öte yandan, yargı organları da karar gerekçelerinde sıkça kamu yararı kavramını dayanak edinmektedirler.

* Avukat, Ankara Barosu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

Çalışmamızın konusunun, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin yer aldığı hükümlere ilişkin kararlarındaki kamu yararı ölçütü olması sebebiyle, idari işlemler ve idari yargı açısından kamu yararından ziyade, kanunlar ve anayasa yargısı açısından kamu yararı üzerinde durulacaktır.

Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle genel olarak kamu yararı kavramına değinilecek, akabinde AYM'nin kamu yararı kavramına atıf yaptığı, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin yer aldığı hükümlere ilişkin kararlardan, konumuz bakımından önem arz eden bazıları incelenerek değerlendirilecektir.

II. GENEL OLARAK KAMU YARARI KAVRAMI

Kamu yararı kavramının içeriği hukuki olmakla birlikte, bu kavram, saptanış şekli itibariyle toplumsal koşulların bir sonucu olarak belirmektedir¹.

Doktrinde üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmayan kamu yararı kavramını, "biçimi" bakımından açıklamak daha yerinde olacaktır. Zira kamu yararı; özü veya içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan ve tanımlanan bir kavramdır².

Kamu yararı, kanunlar bakımından, kanun koyucunun yetkisinin sınırını oluşturmaktadır³. Diğer taraftan, kanun koyucunun her kanun ile kamu yararını hedeflediği, bir başka deyişle kanunların kamu yararına yönelik olduğu varsayılmaktadır⁴.

1789 Fransız Devrimi sonucunda, o zamana kadar başat kavram olan "Ortak İyilik"e tepki olarak ortaya çıkan kamu yararı⁵, sonrasında Fransız Kamu Hukuku'na yerleşmiştir. Daha sonra çağdaş kamu

¹ Ahmet G. Kumrulu, "Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:36, Sayı:1, 1979, s.158-159.

² Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:24, S:2, 1991, s.3.

³ Turan Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s.440.

⁴ Akıllıoğlu, s.3.

⁵ Akıllıoğlu, s.8.

hukuku ve dolayısıyla Türk Kamu Hukuku tarafından benimsenen ilkeye göre, kısaca “kanun, kamu yararadır”⁶.

Bu itibarla, yasama organı tarafından usulüne uygun olarak yapılan her kanun hem kamu yararına uygun, hem de kamu yararının kendisi olarak kabul edilmektedir⁷.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KAMU YARARI KAVRAMINA ATIF YAPTIĞI VERGİ VE BENZERİ MALİ YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN BAZI ÖNEMLİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AYM tarafından, vergi ve benzeri yükümlülüklerin yer aldığı kanun hükümlerinin iptali istemiyle önüne gelen uyuşmazlıkların bazılarında, kamu yararı kavramına atıf yapılarak karar verilmiştir. Aşağıdaki başlıklar altında; söz konusu kararların taranması neticesinde içerik bakımından farklı olan ve önem arz eden bazılarının ilgili kısımlarına yer verilerek, AYM'nin kamu yararını ne şekilde dikkate aldığı incelenecek ve değerlendirilecektir.

A. 17 AĞUSTOS 1999 DEPREMİ SONRASINDA GETİRİLEN EK VERGİLERE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

17 Ağustos 1999 depreminden sonra çıkarılan 4481 sayılı Kanun⁸ ile çeşitli vergi kanunlarında değişiklik yapılarak deprem felaketinin tahribat ve zararlarının önlenmesi amacıyla ek vergiler alınması öngörülmüştür. Söz konusu ek vergilerin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla AYM'ye başvurulmuştur.

⁶ Akıllıoğlu, s.4.

⁷ Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, *Maliye Dergisi*, Sayı:139, Ocak- Nisan 2002, s. 17-18.

⁸ 4481 sayılı 17/08/1999 ve 12/11/1999 Tarihlerinde Marmara Bölgesi ve Civarında Meydana Gelen Depremın Yol Açtığı Ekonomik Kayıpları Gidermek Amacıyla Bazı Mükellefiyetler İhdası ve Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 26.11.1999 tarih ve 23888 mükerrer sayılı RG'de (Resmi Gazete) yayımlanmıştır.

2. Kararın İlgili Kısımları

AYM, ek gelir ve ek kurumlar vergisi hakkında şu şekilde karar vermiştir:

“Kanun’un genel gerekçesinde de belirtildiği gibi⁹, deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiği açıktır.

1998 yılına ait gelir ve kurumlar vergisi hesaplanırken mükelleflerin özel durumları ve mali güçleri gözetilmiş olduğundan, dava konusu kurulla getirilen aynı yıla ilişkin ek vergilendirmede, mali güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli dağılımı ilkelerinin esas alınmadığı ileri sürülemez.”¹⁰

AYM, ek emlak vergisi ve ek motorlu taşıtlar vergisi getirilmesine ilişkin hükümleri de kamu yararının gözetildiği gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

3. Değerlendirme

Kamu yararı kavramının, hukuki olmaktan çok, siyasi ve ideolojik bir niteliği vardır. Çünkü kamu yararı, siyasi iktidarı kullananların

⁹ AYM Kararı'nın içeriğinde de yer verilen 4481 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

“Ülkemiz 17 Ağustos 1999 günü bir deprem felaketi yaşamıştır. ... Deprem devlet gelirlerinin yüzde on beşine tekabül eden bir bölümünün tahsil edildiği bölgede meydana gelmiş olmasının gelir kaybına neden olacağı göz önüne alındığında karşılaşılan yükün boyutu daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Karşı karşıya bulunulan gelir ihtiyacının sağlıklı kaynağının vergi olduğu kuşkusuzdur. Bu amaçla hazırlanan Tasarıda depremde zarar gören yurttaşlarımızın, getirilen yükümlülüklerin kapsamı dışında bırakılması prensibi benimsenmiştir.

Bu Tasarı ile;

- 1998 yılında beyan edilen gelir veya kurumlar vergisi matrahları ile bu yılda elde edilen ve belli miktarın üzerindeki ücretler,

- Bina, arsa ve araziler,

- Motorlu taşıtlar,

- Cep telefonları üzerinden bir defalık ek vergi ödenmesi öngörülmektedir. Ayrıca bankalar tarafından verilen çekler Değerli Kağıtlar Kanunu kapsamına alınmaktadır.

Bu düzenleme ile bir yandan depremde zarar gören yurttaşlarımızın yaraları sarılmaya çalışılacak diğer yandan ekonomide yeni yapısal sorunlar yaratılmadan bir süredir uygulananmakta olan ekonomik istikrar programının devamı sağlanacaktır. Tasarı ile aynı zamanda toplumsal dayanışmanın hakiki bir örneği gerçekleştirilecektir.”

¹⁰ AYM'nin 28.03.2001 tarih ve E. 1999/51, K. 2001/63 sayılı Kararı (29.03.2002 tarih ve 24710 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

dünya görüşüne göre farklı anlamlar taşır. AYM'nin, kanunda kamu yararı olup olmadığını denetlemesinin, anayasa yargısı ile bağdaşmadığı iddia edilebilir. Zira kanun koyucunun politik tercihlerini değerlendirmek, AYM'nin görevi dışında olup AYM kamu yararı kavramına başvururken çok hassas ve dikkatli davranmalıdır. Aksi halde, yerindelik denetimi yapan bir organ durumuna düşebilir¹¹.

Bu bilgiler ışığında, ek vergilerle ilgili AYM kararında, bu vergilerin Anayasa'ya uygun olup olmadığı hukukilik çerçevesi içerisinde denetlenmek yerine kanunun gerekçesinden yola çıkılarak yerindelik denetimi yapılmıştır. Bu şekildeki denetim neticesinde de kamu yararı da gerekçe gösterilerek Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan ilkeler göz ardı edilmiştir.

B. 3239 SAYILI KANUNLA YAPILAN VERGİ AFFI DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

İptali talep edilen 3239 sayılı Kanun'un¹² geçici 4. maddesi ile; Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte adlarına vergi ve ceza tarh edilen mükelleflerden, vergi borcu aslı 300.000 lirayı aşmayanların, vergi borcu aslını % 25 fazlası ile 31.12.1985 tarihine kadar ödemeleri halinde, kesilen cezaların terkin edilmesi ve gecikme zammı ile tecil faizi hesaplanmaması öngörülmüştür. Bu hükmün, eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olduğu öne sürülmüştür.

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM şu gerekçe ile iptal talebini reddetmiştir:

"Bilindiği gibi eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusudur. Dava konusu geçici 4. maddenin yürürlük tarihi olan 11.12.1985 gününde, adlarına vergi ve ceza tarh edilen ve vergi borcu

¹¹ Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:2, 1985, s.28-32.

¹² Pek çok kanunda değişiklik yapan 3239 sayılı Kanun, 04.12.1985 tarih ve 18955 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

aslı 300.000 lirayı aşmayan bütün mükellefler aynı hukuki durum içindedir. Bunlar arasında bir ayırım yapılmış olsaydı, eşitlik ilkesi o takdirde zede lenirdi. Ancak, maddede öngörülen aftan yararlanmak için vergi borcu aslının 300.000 liradan az olması koşulunun getirilmesi, aftan yararlanacak mükellefleri, bu sınırı aşanlardan ayırarak bir eşitsizlik izlenimi veriyorsa da, böyle bir farklılaştırmada; vergi ihtilaflarını azaltmak, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak, idarenin ve yargının yükünü azaltmak gibi önemli kamu yararları gözetilmiştir. Kanun koyucunun amacı, ayırım yapmak veya imtiyaz tanımak olmayıp, sınırlı bir afa bu gibi kamu yararını sağlayıcı sonuçlar elde etmektir. Bu nedenlerle söz konusu maddenin Anayasa'nın 10. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı bir yönü yoktur.”¹³

3. Değerlendirme

AYM, bu kararında;

- Vergi ihtilaflarını azaltmak,
- Gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağlamak,
- İdarenin ve yargının yükünü azaltmak gibi gerekçelerin vergi affına ilişkin düzenlemenin kamu yararı sağlayıcı etkileri olduğunu karar altına almıştır.

Anayasa'ya aykırılık başvurusunun reddinde dayanak olarak gösterilen bu gerekçelerin hiçbirinin anayasal dayanağı bulunmamaktadır.

Bu gerekçelerin hukukilik denetimi çerçevesinde, hukuksal denetim için elverişli olduğunu ifade etmek mümkün değildir¹⁴.

Keza AYM de kararda “... aftan yararlanacak mükellefleri, bu sınırı aşanlardan ayırarak bir eşitsizlik izlenimi veriyorsa da ...” ifadelerini kullanarak bir taraftan iptali istenen normun Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul etmekte ancak diğer taraftan; net ve açık bir tanımı

¹³ AYM'nin 19.03.1987 tarih ve E. 1986/5, K. 1987/7 sayılı Kararı (12.11.1987 tarih ve 19632 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

¹⁴ Nihal Saban, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s.461.

bulunmayan, içeriği belirsiz, soyut ve esnek bir kavram olan “kamu yararı”nı, hükmü iptal etmeme konusunda yardımcı, dayanak olarak görmektedir.

Bu bağlamda, iptal edilmeyen hükmün anayasal eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır. Zira AYM, vergi kanunlarına ilişkin iptal taleplerini incelerken “mali gücü” ölçüt olarak almaktadır. Bu kapsamda, vergisini ödeyenler ile ödemeyenlerin eşit konumda olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Örneğin, A ile B’nin mali gücü 100 birim ve eşitken, A 25 birim vergi ödediğinde, mali gücü 75 birime düşmekte; B ise vergi ödemediğinde 100 birimle daha fazla olan mali gücünü çeşitli finansal enstrümanlarla daha da yükseltmektedir¹⁵.

İşbu kararda yer alan bir başka ifade de “sınırlı bir af”tır. Ticari hayatın seyrini, vergisini zamanında ödeyen aleyhine bozan, vergi konusundaki af kavramının yumuşatılarak kamu yararına ulaşmada amaç olarak gösterilmesi, anayasal vergileme ilkelerinin hiçbirleriyle uyum göstermemektedir. Hatta vergilemede adalet, eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

C. 3787 SAYILI KANUNLA YAPILAN VERGİ AFFI DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa’ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

3787 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkındaki Kanun’un¹⁶ çeşitli hükümlerinin, vergisini zamanında ödeyen mükellefle ödemeyen arasında, ödeyen aleyhine bir eşitsizlik oluşturduğu, bu durumun başta 10. madde olmak üzere Anayasa’nın bir çok hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle AYM’ye başvurulmuştur.

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM’nin Anayasa’ya aykırılık görmediği hükümlere ilişkin gerekçelerinin bazı bölümleri şu şekildedir:

¹⁵ Saban, s.462.

¹⁶ 03.04.1992 tarih ve 21191 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

“Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkeleriyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması öngörülmektedir. Kimi vatandaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmamaktadır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Başka bir anlatımla, durum ve konumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklarla, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

...

Buna göre, yapılan düzenlemelerde tahsil edilebilme olanağı büyük ölçüde kaybedilerek ekonomik ve sosyal bir sorun haline gelen ya da gelmesi muhtemel kamu alacaklarının, tahsilatının hızlandırılarak kamu giderleri için ihtiyaç duyulan finansmanın en kısa zamanda sağlanması amacı belirgindir. Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülen toplumun refah ve huzurunun sağlanması, kamu giderlerine ilişkin kaynakların zamanında ve en ekonomik yoldan hazineye aktarılmasıyla mümkündür. Bu bağlamda getirilen ödettirici ve özendirici önlemlerin kamu yararına olan etkisi tartışmasızdır. Verginin aslını kaldırmaya yetkili olan kanun koyucunun, buna bağlı gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarının bir bölümünden vazgeçmek suretiyle hazine alacaklarına tahsil edilebilir nitelik kazandırmasında kamu yararı olmadığı sonucu çıkarılamaz.

...

10. maddede kamu davalarının ortadan kaldırılması, saptanan vergi aslının, cezalarının, gecikme zammı ve faizlerinin tamamının ödenmiş olması koşuluna bağlandığından, gelirlerin arttırılması tahsilatın hızlandırılması ve uyumsuzlukların en aza indirilmesi gibi kamu yararını amaçlayan haklı nedenleri de öngörmektedir.

...

*... tahsilinden tümüyle vazgeçilen alacakların ise takibi için yapılan giderlerin aslını geçmesi nedeniyle **kamu yararı gözetilerek tahsilinden vazgeçilmektedir.***

...

Kanun koyucu, vergi dairesine karşılıksız çek verenlerin borç asıllarının tamamının ve doğmuş olan % 10 tazminatın da % 30'unun ödenmesi koşuluyla soruşturma, kovuşturma ve açılmış davadan vazgeçmekle, tahsil edilemeyen kamu alacaklarının hızla tahsil edilmesini özendiren bir düzenleme yapmakla kamu yararı amacını gözetmiştir.

...

Mükelleflerin bu yasadan yararlanabilmeleri için ihtilaf yaratmamaları veya yaratılmış ihtilaflardan vazgeçmeleri koşulu önceki maddelerde sıkça belirtilmiştir. Kuşkusuz ihtilafları en aza indirme amacı kamu yararına-dır. Bu amacı gerçekleştirmek için anayasal ilkelere uygun davranılması da tartışılmaz.”¹⁷

3. Değerlendirme

Yukarıdaki vergi affına ilişkin değerlendirmeler bu karar için de geçerli olmakla birlikte, burada AYM'nin hukukilik denetimi yaptığı biçiminde açıklanması mümkün olmayan başkaca bir gerekçe daha bulunmaktadır. Buna göre; vergi dairesine karşılıksız çek verenler, borçlarının belli bir kısmını ödemek koşuluyla ceza yargılamasından kurtulabilmektedirler.

AYM'nin böylesi bir hükmü Anayasa'ya aykırı bulmazken kullandığı çıkış yolu yine kamu yararı olmuştur.

Öncelikle, “mali af” niteliği taşıyan bir kanun ile hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir durumun affedilmesi kanun yapma tekniğine çok da uygun değildir.

Günümüzde hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyen karşılıksız çek keşide etme suçu, kararın verildiği dönemde ağır yaptırımlara tâbi idi. Burada devlete (vergi idaresine) karşılıksız çek keşide eden kişilerin affedilmesi, ancak aynı dönemde özel hukuk ilişkilerinde, bu şekilde davranışta bulunanların ağır cezai yaptırımlara tâbi olmaya devam etmesi anayasal hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

¹⁷ AYM'nin 24.06.1993 tarih ve E. 1992/29, K. 1993/23 sayılı Kararı (23.12.1999 tarih ve 23915 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

D. 4811 SAYILI KANUNLA YAPILAN VERGİ AFFI DÜZENLEMESİNE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu'nun¹⁸ yürürlüğe girdiği 27.02.2003'ten önce vergi, ceza ve gecikme faizlerini ödemiş olanların başvurmaları halinde ve davaların "vergi mahkemesinde" devam etmesi koşuluyla paralarını nakden veya mahsuben almalarına izin verilmekte, buna karşılık, bölge idare mahkemelerinde "itiraz" veya Danıştay'da "temyiz" aşamasında bulunan davalar için yapılmış ödemelerin nakden veya mahsuben iadesinin yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bu hükmün iptali talebiyle AYM'ye başvurulmuştur.

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM'nin konuyla ilgili kararı şu şekilde olmuştur:

"Henüz vergi mahkemelerinde devam eden davalarla yine bu mahkemelerde verilmiş terkin kararlarına konu olan kamu alacaklarının niteliği ile temyiz ya da itiraz aşamasındaki kamu alacaklarının niteliği farklılık göstermektedir.

Vergi mahkemesince karara bağlanmamış kamu alacağının hazine aleyhine sonuçlanma ihtimali devam ettiğinden hazine için bu belirsizliğin devam etmesi ve mükelleflerin davalarının itiraz ve temyiz yoluna gidilmeden kamu alacağının tahsil edilebilir duruma getirilmesini teşvik amacının bu farklılığın doğmasına neden olduğu anlaşılmaktadır.

Vergi tahsilatının hızlandırılması, uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması ve dolayısıyla kamu yararı ile hukuk güvenliği arasındaki dengenin sağlanması amacıyla getirildiği anlaşılan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir."¹⁹

3. Değerlendirme

Vergi affına ilişkin bu kararda, kamu yararı ile hukuki güvenlik

¹⁸ 27.02.2003 tarih ve 25033 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁹ AYM'nin 12.05.2004 tarih ve E. 2003/106, K. 2004/59 sayılı Kararı (03.11.2004 tarih ve 25632 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

arasındaki dengenin sağlanması, iptali talep edilen hükmün *Anayasa'ya uygunluk nedeni* olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa vergisini ödeyen mükellef açısından durum incelendiğinde, hukuki güvenliğin sağlanmaktan ziyade zedelendiği ortaya çıkmaktadır.

Şöyle ki; vergisini zamanında ödeyen mükellef, bu durum kendisinin mali gücünü azaltsa dahi muhtemelen hukuka uygun davranmış olmanın getirdiği huzur ve güven duygularını hissedecektir. Ancak daha sonra vergi affı niteliğindeki bir kanun ile vergisini ödemeyenlerin daha avantajlı konuma geçtiğini hissetmekle, bundan böyle hukuki güvenliğinin sağlanacağına yönelik inancı zayıflayacak, belki de sona erecektir.

Öte yandan işbu kararda da daha önce değerlendirilen vergi tahsilatına ilişkin kararlarda olduğu gibi; AYM'nin, vergi tahsilatının hızlandırılması hususunu kamu yararı kavramı vasıtasıyla kararlarına konu etmesi, hukukilik denetimi ile bağdaşmamakta, yerindelik denetimi vuku bulmaktadır.

Zira vergi tahsilatının takibatı ile ne denli hızlı gerçekleştiğinin, gereği gibi olup olmadığının denetlenmesi görevi AYM'nin değildir. Yasama ve yürütmenin bu kapsamdaki yetki ve görevine, yardımcı olmak amacıyla dahi olsa müdahil olunması, kuvvetler aykırılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

E. GECİKME FAİZİNE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 112. maddesinde düzenlenmiş bulunan "*gecikme faizi*"nin, sadece devletin vergi alacakları için söz konusu olduğu; devletin, vergileme hataları, hukuka aykırılık gibi nedenlerle haksız ya da fazla olarak tahsil ettiği vergileri yargı organı kararı gereğince ya da düzeltme yoluyla yükümlüsüne geri verirken, tahsil tarihinden iade edildiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanacak herhangi bir faiz ya da zam ile birlikte geri ödenmesinin öngörülmediği, bu durumun Anayasa'nın 2, 10 ve 11. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle AYM'ye başvurulmuştur.

Başvuruda yer verilmemiş olmakla birlikte, gerekçe ile bağlı olmayan AYM, iptali talep edilen gecikme faizi hakkındaki hükmü, "Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi" dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" hükmü yönünden de incelemeye tabi tutmuştur.

2. Kararın İlgili Kısmı

Gecikme faizine ilişkin VUK'un 112. maddesi hükmünün Anayasa'nın 38. maddesindeki hüküm nezdinde incelenmesi neticesinde verilen AYM kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

*"Vergi yaratan olay gerçekleştiği an, vergi yükümlülüğü doğmuş olmaktadır. Bu yükümlülüğün beyan yoluyla yükümlü tarafından veya ikmalen, re'sen veya idarece tarh işlemleri yoluyla vergi idaresince belirlenmesi hangi tarihte yapılmış olursa olsun; mükellefiyete esas olacak tarih, vergiyi yaratan meydana geliş tarihidir. Olaya bu şekilde bakmak, hem devlet maliyesi ve hem de kamu yararını vaktinde ödeyenle ödemeyen yükümlüyü birbirinden ayırt etmek, ödeyeni korumak ve böylece vergilerin zamanında ödenmesini sağlamak yönünden de gereklidir. Böyle bir yaklaşımın hukukun temel ilkelerinden biri olan 'Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi' ile çatışan bir yönü yoktur. Vergi, geliri yaratan olay ile doğduğundan; beyan, tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri, kaçınılmaz bir şekilde birbirini izleyen dönemlerde ortaya çıkacaktır. Bu nedenle gecikme faizi uygulamasının, bu uygulamayı getiren kanunun yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen gelir yaratıcı olaylara uygulanması durumunda; üzerinden ne kadar süre geçmiş olursa olsun, gelir yaratan olaya dönüş ve gecikme faizini bu olayın vade tarihinden başlatmak; 'Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi' ile çatışmaz."*²⁰

3. Değerlendirme

İşbu kararın kamu yararını, "vergi borcunu ödeyenle ödemeyen mükellefi birbirinden ayırt etmek, ödeyeni korumak ve böylece vergilerin zamanında ödenmesini sağlamak" şeklinde değerlendiren bölümü ile vergi affı niteliğindeki yukarıdaki düzenlemelerle ilgili AYM kararlarında-

²⁰ AYM'nin 27.09.1988 tarih ve E. 1988/9, K. 1988/28 sayılı Kararı (26.12.1988 tarih ve 20031 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

ki kamu yararı değerlendirilmesinin ciddi anlamda çelişki oluşturduğu açıktır.

Kamu yararı kavramının oldukça soyut ve esnek olması nedeniyle vergi affı ile kararlardaki ile neredeyse zıt ifadelerle yine aynı sonuca ulaşılması gibi bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır.

Bu durum, Akıllıoğlu'nun yaptığı şu nitelendirmeleri de doğrular niteliktedir: "Bilimsel içerikten yoksun bir kavram olan kamu yararı; devletin kutsanması, yüceltilmesi, dokunulmazlığı ve inanırılığı gibi amaçları gerçekleştirerek iktidarı pekiştirme aracı olarak işe yararmakta ve varlığını sürdürmektedir"²¹.

F. DEVLET SU İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ'NÜN HARÇTAN MUAF TUTULMASINA İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilatı ve Vazifeleri Hakkındaki Kanun'un²² 49. maddesinde yer alan, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün her türlü muamelesinin harçtan muaf tutulmasına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmektedir.

2. Kararın İlgili Kısımları

*"Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, katma bütçeli bir kuruluştur ve tamamıyla kamu hizmeti görmektedir. Demek oluyor ki, harcı verenle harcı alan aynı devlet örgütlerindedir. Böyle olunca da sözü geçen genel müdürlüğün görevini gereği gibi yapmasını sağlamak için işlemlerinde harçtan muaf tutularak olanaklarının tümünün amaçlarına neşredilmesinde kamu yararı olduğu söz götürmez bir gerçektir."*²³

3. Değerlendirme

Vergi kanunları ile devletin özel kişilere göre farklı düzenlemelere tabi tutulmasında, devletin egemenliği, devletin üstün iradesi, kamu hizmeti ve kamu yararı unsurları belirleyici olmuş ve farklılığın ana ge-

²¹ Akıllıoğlu, s.4.

²² 25.12.1953 tarih ve 8592 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²³ AYM'nin 17.12.1968 tarih ve E. 1968/12, K. 1968/65 sayılı Kararı (10.07.1969 tarih ve 13245 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

rekçeleri olarak ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, AYM vergi ile ilgili konularda vatandaş ile devlet arasında eşitlik karşılaştırması yapmamıştır²⁴.

Ancak devlet tüzelkişiliğini oluşturan diğer birimler (kurumlar) için aynı uygulamanın olmaması başka bir açıdan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

G. VERGİ SUÇU SONUCUNDA HÜKMEDİLECEK HAPİS CEZASININ PARAYA ÇEVİRİLMESİNDE ASGARİ ÜCRETİN ESAS ALINMASINA İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

Vergi kaçakçılığı suçları için öngörülen hapis cezasının paraya çevrilmesine hükmolunması halinde, para cezası tutarının hesabında, *"hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının yarısı esas alınacağı"* doğrultusundaki, VUK'un 359. maddesine 3505 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen hükmün, Anayasa'nın 2, 7, 8 ve 38. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM'nin konuyla ilgili kararı şu şekildedir:

"Kural, enflasyon nedeniyle paranın değer yitirmesi ve bunun sonucunda para cezalarının etkinliğinin azalmaması ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla konulmuştur. Bu amaçla belli bir sonuca ulaşmak için, değişik ölçütlerin seçimi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Böyle bir uygulamanın yerinde olup olmadığı tartışılabilirse de, yasama organının anayasal sınırlar içinde kalan bu olağan takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesine ters düşen bir yanı bulunmamaktadır. Tersine görüş Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi yerine, yerindelik denetimi yapmasına yol açar.

...

²⁴ Şehnaz Gerek-Ali Rıza Aydın, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.94.

Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır."²⁵

3. Değerlendirme

AYM'nin, kamu yararının var olup olmadığını kendi takdirine göre değerlendirmesi, diğer bir deyimle kendi kamu yararı anlayışını yasama organının kamu yararı anlayışının yerine geçirmesi mümkün değildir²⁶.

Ancak AYM, iptali istenen hükmün, enflasyon nedeniyle paranın değer yitirmesi ve bunun sonucunda para cezalarının etkinliğinin azalmaması ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla konulduğunu işaret ederek bu kurala uyarlılığı bulunmayan bir biçimde karar ittihaz etmiştir.

H. BAKANLAR KURULU'NA VUK'TAKİ CEZA MİKTARLARINI ARTIRMA YETKİSİ VERİLMESİNE İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

VUK'un 414. maddesini müteakip eklenen mükerrer 414. maddenin (b) bendi ile getirilen; *"Bu kanunda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarını on katına, nispi hadleri ise iki katına kadar ayrı ayrı artırmaya ve bunları kanuni seviyesine indirmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir"* hükmünün iptali için AYM'ye başvurulmuştur.

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM'nin kararında özetle şu ifadelere yer verilmiştir:

"Bu yetki, her şeyden önce VUK'ta belirlenen suçları işleyen mükellefle-

²⁵ AYM'nin 03.12.1992 tarih ve E. 1992/45, K. 1992/51 sayılı Kararı (17.09.1995 tarih ve 22407 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

²⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005, s.387.

re ceza mahkemeleri veya vergi daireleri tarafından verilecek cezalara dayalı bir yetkidir. Bir başka deyişle Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık yoktur. Öte yandan Bakanlar Kurulu, bu yetkisini genel bir düzenleme şeklinde kullanacak, mükellefler arasında bir ayrıma gitmeyecektir. Ayrıca, para cezalarının zaman içinde, enflasyon nedeniyle, önemini ve ceza niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Bu düzenleme ile para cezalarının caydırıcı niteliğini koruması da sağlanmış olmaktadır ki, bunda önemli bir kamu yararı olduğu açıktır.”²⁷

3. Değerlendirme

Hem vergi hem de ceza hukuku bakımından anayasal kanunilik ilkesinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir.

Bu kapsamda, kanunilik başta olmak üzere anayasal ilkeler değerlendirmeye alınmaksızın, enflasyon etkisi gibi hukuki olmaktan ziyade ekonomik ve uygulamaya dönük bir durum dikkate alınarak ulaşılan, kamu yararının var olduğu kanısıyla verilen AYM kararının, hukukilik değil yerindelik denetimi ile oluştuğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

I. VERGİ KESENLERİN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN AYM KARARI

1. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

VUK'un 11. maddesine 3239 sayılı Kanun ile eklenen “Mal alım ve satımı ve hizmet ifası dolayısıyla vergi kesintisi yapmak ve vergi dairesine yatırmak zorunda olanların, bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde verginin ödenmesinden, alım satıma taraf olanlar ile hizmetten yararlananlar, aralarında zımnen dahi olsa irtibat olduğu tespit olunanlar müteselsilen sorumludurlar” şeklindeki hükmün iptali talebiyle AYM'ye başvurulmuştur.

²⁷ AYM'nin 19.03.1987 tarih ve E. 1986/5, K. 1987/7 sayılı Kararı (12.11.1987 tarih ve 19632 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

2. Kararın İlgili Kısmı

AYM, hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamış olup kararın ilgili kısımları şu şekildedir:

“Vergisini ödemiş bulunan bir kimsenin, kendi bilgisi ve isteği dışında; ödediği verginin vergi idaresine ulaşmış olması nedeniyle, ikinci defa ödemeye mecbur bırakılması, ilk bakışta hakkaniyet ve genel hukuk ilkelerine aykırı görünmekteyse de, vergi sisteminin verimli, etkin ve adaletli bir biçimde işlemlerini sağlamak için bu tür bir otokontrol mekanizmasının getirilmesi kanun koyucu tarafından gerekli görülmüştür. Bunda kamu yararının korunması açısından zaruret vardır.”²⁸

3. Değerlendirme

AYM, vergi kesenlerinin sorumluluğuna ilişkin kararında da “ilk bakışta hakkaniyet ve genel hukuk ilkelerine aykırı görünmekteyse de” ifadeleriyle bir bakıma Anayasa'ya aykırılığı kabul etmekte ancak vergi sisteminin işleyişi kaygısı ile kamu yararının korunması zaruretine binaen, hukukilik denetiminden uzaklaşarak yerindelik denetimi yapmaktadır.

Oysa AYM'nin, kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını denetlemesi mümkündür²⁹.

J. BELEDİYE HARCAMALARINA KATILMA PAYINA İLİŞKİN AYM KARARLARI

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinde yer alan “katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir” biçimindeki hüküm, AYM tarafından 1987 yılında Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal edilmemiş ancak 2002 yılında aynı hükme ilişkin iptal başvurusu kabul edilmiştir.

²⁸ AYM'nin 19.03.1987 tarih ve E. 1986/5, K. 1987/7 sayılı Kararı (12.11.1987 tarih ve 19632 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

²⁹ Teziç, s.30.

1. İptal Talebinin Reddi Yönündeki Karar

a. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun³⁰ 3239 sayılı Kanunla değişik 89. maddesinde yer alan, "katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir" biçimindeki iptali istenilen hükümlerle getirilmiş bulunan dava şartının, katılma payı nedeniyle belediye aleyhine dava açmak isteyen ve fakat mali gücü bu şartı yerine getirmeye müsait olmayanlar yönünden hak arama özgürlüğünü Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı düşecek biçimde sınırladığı, öte yandan; getirilmiş bulunan bu dava şartının ağırlığı, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açıklığını kabul ve ilan eden Anayasa'nın 125. maddesinin işletilmesine engel teşkil edeceği ve dolayısıyla bu işlemlerin yargı denetiminden uzaklaştırılması sonucunu doğuracağı ileri sürülmüştür.

b. Kararın İlgili Kısmı

Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleyen AYM'nin kararı şu şekilde olmuştur:

"İtiraz konusu madde bendi, hak arama hürriyetini ortadan kaldırmakta, sadece bu hürriyetin kullanılabilmesi için katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesini bir ön şart olarak belirlemektedir. Hak arama hürriyetine böyle bir sınırlama getirme zarureti, kamu yararını korumak endişesinden kaynaklanmıştır. ... hızlı kentleşme, yerleşim merkezlerinin yeniden düzenlenmesini; pek çok sosyal ihtiyaç yönünden gerekli kılmuştur. Katılma paylarının hatalı hesaplanmış olması her zaman mümkün olabilir. Ancak bu gerekçeye dayalı olarak dava açma; hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan öne sürülmesi imkanının verilmesi, bakılacak dava sayısını son derece arttıracığı gibi, katılma paylarının ödenmesini dava sonuçlanıncaya kadar geciktireceği için, belediyeleri finansman güçlüğü içine sokarak, başlamış projelerin tamamlanmasını da imkansız kılar. Böyle bir durumun kamu yararı açısından yaratacağı ciddi sakıncalar, izahı gerektirmeyecek kadar açıktır. Bir kanunla getirilen ve benzer durumdaki mülk sahiplerine objektif bir şekilde

³⁰ 29.05.1981 tarih ve 17354 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

uygulanacak genel nitelikli bu sınırlama Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı değildir.

...

Aynı şekilde, itiraz konusu madde bendinin Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı bir yönü yoktur. Çünkü katılma paylarının tespiti ile ilgili olarak belediyeler aleyhine her zaman dava açmak mümkündür. Kamu yararını korumak amacıyla getirilen sınırlamanın bu hakkı ortadan kaldırdığını öne sürmek mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu bendin Anayasanın 125. maddesine aykırı olduğu iddiasının reddi gerekir.”³¹

2. İptal Talebinin Kabulü Yönündeki Karar

a. Anayasa'ya Aykırılığı İddia Edilen Hüküm

İptali talebi, 1987 yılında yapılan başvurudaki ile aynı hükme ilişkindir.

b. Kararın İlgili Kısmı

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında; dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s. 12, paragraf 37(b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanılmasını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifle-

³¹ AYM'nin 24.11.1987 tarih ve E. 1987/19, K. 1987/31 sayılı Kararı (29.03.1988 tarih ve 19769 sayılı RG'de yayımlanmıştır).

tilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

... İtiraz konusu kuralla harcamalara katılma paylarına karşı dava yolu kapatılmamakta, dava açılması belli bir koşula bağlanmaktadır. Bu durumda, dava hakkını ortadan kaldırmayan itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.”³²

c. Değerlendirme

Yukarıda yer verilen iki kararın birbirinin tam aksi doğrultuda olması dikkate değerdir.

İlk kararda “katılma paylarının hatalı hesaplanmış olması her zaman mümkün olabilir” ifadesiyle uyumsuzlukların daha ziyade idareden kaynaklandığının kabul edilmesi, ancak dava yükünün azaltılmasının katılma payının yarısının ödenmesinin zorunlu tutulmasıyla mümkün olduğunun ifade edilmesi ciddi anlamda çelişki oluşturmaktadır.

Hükmün iptaline karar verilen ikinci kararda da Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık görülmemesi dikkat çekicidir.

İkinci kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının yol gösterici olduğu görülmektedir. Bu durumda, AİHM'ye yapılan ve tazminat ödenmesi ile sonuçlanan başvuruların da etkisi olduğu düşünülebilir.

Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, kamu yararının da içinde bulunduğu temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasının, iki karar arasındaki tezadın esas sebebi olduğu

³² AYM'nin 28.03.2002 tarih ve E. 2001/5, K. 2002/42 sayılı Kararı (05.09.2002 tarih ve 24867 sayılı RG yayımlanmıştır).

da iddia edilebilir. Ancak ikinci karara esas alınan AİHM kararlarının, 2001 yılında yapılan 4709 sayılı Kanun değişikliklerinden ve hatta 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden çok daha öncesine (1975 ve 1979 yılları) ait olması karşısında, bu iddianın tek başına kabulü mümkün değildir.

Neticede, özellikle iptal talebinin reddi yönündeki AYM kararlarının gerekçelendirilmesinde, oldukça esnek ve soyut bir kavram olan kamu yararına sıkça başvurulması, hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

IV. SONUÇ

İçeriği ve unsurları somut bir biçimde belirlenemediği gibi üzerinde uzlaşmış bir tanımı dahi bulunmayan kamu yararı kavramı, soyut ve son derece yoruma açıktır.

Kamu yararı değerlendirmesinin ve nitelendirmesinin; neye, kime, hangi norm, karar veya en azından duruma göre yapılması gerektiği hakkında somut bir ölçüt bulunmamaktadır.

AYM, önüne gelen uyuşmazlıklarda, kamu yararı kavramını mesnet edinerek, farklı ve hatta birbiriyle zıt dahi kabul edilebilecek kararlar verebilmektedir. Bu halde, kamu yararı kavramı, AYM'nin, "Anayasa'ya aykırı görüldüğünü" kabul ettiği hükümlerin dahi iptaline karar vermemesi konusunda bir çıkış yolu, yardımcı bir "torba kavram" olarak ortaya çıkmaktadır.

Yapılan inceleme ve değerlendirme çerçevesinde, kamu yararı için "anayasal düzeyde hukuka uygunluk nedeni" benzetmesi yapmak yanlış olmayacaktır.

Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin çalışmada değerlendirilen örnek AYM kararları üzerinden işaret edildiği üzere, bu durum, AYM'nin hukukilik denetiminden öte, yerindelik denetimi yapmasına neden olabilmekte, hukuk devletinin güvencesi olan anayasa yargısının işleyişini hukuka uygun olmaktan çıkarabilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *Amme İdaresi Dergisi*, C:24, S:2, 1991, s.3-15.
- Gerek, Şehnaz - Aydın, Ali Rıza, *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Kumrulu, Ahmet, "Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:36, Sayı:1, 1979, s.147-162.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Saban, Nihal, "Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s.451-475.
- Saraç, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Sayı: 139, Ocak- Nisan 2002, s.16-26.
- Teziç, Erdoğan, "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:2, 1985, s.21-38.
- Yıldırım, Turan, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:18, 2001, s.438-450.

İnternet Kaynakları

www.anayasa.gov.tr

www.kazanci.com

www.resmigazete.gov.tr

YERELDEN EVRENSELE MÜTEVAZI BİR TÜRK KATKISI

TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN VASIFLARI, AHLAK VE ADABI

Atilla PINAR*

GİRİŞ;

“Ben gelmedim davi (dava) için,
Benim işim sevi (sevgi) için,
Dost’un evi gönüllerdır,
Gönüller yapmaya geldim.”

YUNUS EMRE

“İlim ilim bilmektir,
İlim kendin bilmektir,
Sen kendini bilimezsiz,
Ya nice okumaktır.

YUNUS EMRE

İstedim ki, burada orijinal, orijinal ancak yeni olmayan ve bize ait bir geleneği / kurumu / yaşam felsefesini / kadim bir evrenselimizi / evrenselleşen bir yerelimizi arz edeyim.

İstedim ki, ben de sadece kafaya / beyine değil, bilakis aynen Yunus Emre gibi hem kalbe / gönüle hem de kafaya / beyine hitap edeyim.

* Hâkim, HSYK Başmüfettişi

Zira biliyorum ki, iyi-kötü, dürüst-yalancı, masum-suçlu, haklı-haksız her türlü niyetin / kastın tetiklendiği merkez / kaynak; vicdan / kalp / gönüldür. Bu her insanda olduğu gibi hâkim için de geçerlidir.

Bundandır ki;

- a) 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenisi'nin 4. Maddesinde hâkimin takdir hakkını "hak ve nesafet" kriterlerine göre kullanacağı düzenlenmiştir. İnsaflı olmayı içeren nesafetin merkezi / kaynağı doğrudan kalp yani gönüldür. Yoksa kuru bir hukuk bilgisi bunun için asla dolduramaz.
- b) 4721 sayılı TMK'nun 184. Maddesinde de boşanma için hâkimin vicdanen kanaat getirmesi zorunludur.
- c) Bundandır ki hâkimin bir tanımı da; mevzuatı / kanunları insanlara vicdani kanaati doğrultusunda uygulayan kişidir. Aksi halde bu işi / mesleği (hâkimliği) herhangi bir makine (özellikle günümüzün süper bilgisayarları) rahatlıkla yapabilirdi.
- d) Bundandır ki Fransanın yetiştirdiği büyük deha, akıl Edebiyatçı Jean de La Fontain 17. yüzyılda yazdığı bir fıkrasında o dönemde Türk Yargısında mevcut bir cevherden, özden bahsetmektedir; SAĞDUYU.

Sağduyu da malumumuz olduğu üzere doğrudan kalp merkezlidir. Salt hukuk eğitimi bu donanımı kişiye kazandırmaz / kazandırmaz. Sadece beyin / kafa donanımıyla bunu algılamak mümkün değildir.

TARİHİ TESPİTTİR / KRİTERDİR;

"BİR ADAMA İKİ İŞ, İKİ ADAMA BİR İŞ VERİLMEZ." denilmektedir. {Nizamülmülk, Siyasetname, Türkiye İş Bankası Yayınları 3. Baskı, 42. Fasl, sayfa 229, 244, 254.} Bu metin 900 yıl önce kaleme alınmıştır.

Bu tarihi metin de; aynı anda birden çok mahkeme yetkisiyle (Sulh Ceza+Sulh Hukuk+Kadastro Mahkemelerinin üçüne birden bakan veya benzeri şekilde birden çok sıfatla) ve ağır işyükü altında fedakarane / cefakarane çalışan Metin / Mekin meslektaşlarımıza saygıyla atfolunur.

TEMEL KAVRAMDIR / OLMAZSA OLMAZIMIZDIR: SEVGİ;

Evet, insanı sevmeden insana hizmet mümkün müdür? Kaldı ki sevgi bize bahşolunan en kıymetli hazine, solmaz ışık ve aldatmaz kılavuzumuzdur.

Bu mevzuyla ve mevzunun zıddıyla ilgili olarak da şunlar ifade edilebilir / edilmelidir.

KİBİRE DAİR TEZDİR;

“Her türlü NEFRETİN kaynağı / anası KİBİRDİR.” Kibir, hep ve herdaim negatiftir / yıkıcıdır, tahrip / tahrik eder. Ki sevginin önündeki en büyük engel / mani kibirin bizzat ve bizatihi kendisidir. Kibir-dir; her türlü ayrımcılığın / tepeden bakışın / tahkirin temeli. Öyle olmasaydı Firavun ve Nemrut adı neredeyse kibirle eşanlamlı olarak ve negatif manada kullanılmazdı. Halkımız arasında kullanılan; “Nemrut gibi, Firavun gibi adam / insan.” Sözüyle neyin kastedildiği ise izahtan varestedir.

TEKLİFTİR / ÇÖZÜMDÜR;

Reddedelim / silelim bize şırına / enjekte edilmeye çalışılan mesleki / kurumsal KİBİRİ. Zira ki; insanların gönüllerinde yer edinmenin / taht kurmanın / muhatabın aklen / kalben saygınlığını kazanmanın, adaletin / nesafetin / hakkaniyetin bihakkın temsilcisi olmanın / anketlerden ve sair kamuoyu yoklamalarından memnun kalmanın / bırakmanın yolu asla ve asla ve katıyyen zor / dayatma / beklenti / intizar / sitem / sitayiş / şikâyet değildir / olmamalıdır. Tam tersine hâkimin; sesiyle, sözüyle, nezaketiyle, zerafetiyle, letafetiyle, hilmiyle, hâliyle, kaliyle, fiiliyle, kavliyle, giyimiyle, kuşamıyla, mütevazılığıyla, kalenderliğiyle, hasbiliğiyle, mertliğiyle, dobralığıyla, dürüstlüğüyle, samimiyetiyle, liyakati ve temsiliyle velhasıl İNSANLIĞIYLA bu saygınlık mazide olmuş, hâlde olmakta ve atide de olacaktır.

{Ne güzel işlenmiş ve vurgulanmıştır bu husus hem de merkezinde HUKUK olan bir filmde. (Şeytanın Avukatı, Devil’s Advocate, Keanu Reeves-Al Pacino.) İblis’in -Al Pacino- filmin son sahnelerindeki cümlesi ayan ve beyan ve sarıh ve net ve keskindir; “Kibir; en sevdiğim şey.”}

Nitekim Türk Yargısının tüm mensuplarının ortak paydaları; bizim olan, bize / bizde kalan / biz kalması gereken MÜTEVAZILIĞIMIZ VE NEZAKETİMİZDİR. Ne ki mütevazılık ve nezaketten zarar görmüş / ziyana uğramış tek insan yoktur. Aksi ise sayılamayacak kadar çoktur. (Örneğin Gandhi ve Abraham Lincoln'un hayatları.)

TEMELDEN KAVRANMALIDIR: EŞİTLİK;

Herkesi eşit görme, herkese eşit davranma ise bir erdem, bir kavram, bir ilke ve slogandan öte BİR UYGULAMADIR ve tereddütsüz ve de samimiyetle UYGULANMALIDIR.

EŞİT BAKIŞA DAİR TEZDİR ;

Eşit bakış, eşit davranma üzerinedir.

Biz doğmadan evvel bize ana-babamızı / ebeveynimizi seçme hakkı verilmemiştir. Hangi aile / klan / toplum / etnisite / mezhep / kabile / aşiret / boy / soy / renk / ırk / dil / din / kültür / sosyal statü / vb. içerisinde doğacağımız doğmazdan evvel bize bir hak / seçenek / lüks / imtiyaz / tercih olarak verilmemiştir.

Şu hâlde başkalarını / önümüze gelen İNSANI, **herhangi bir insanı**; sırf / salt / sadece / bizzatı ve de bizzat rengi / ırkı / cinsiyeti / serveti / statüsü / dili / dini / siyasi / sosyal görüşü nedeni ile kınama / ayıplama / tahkir ve her türlü ile düşük görme ve davranma hakkı da bize asla ve asla, zinhar, katıyken ve katıbeten verilmemiştir.

Zira; şu an beğenmediğimiz, yadırgadığımız, nefret ettiğimiz, hor, hakir ve zelil gördüğümüz bir başka insanın kimlik ve statüsünde de doğabilirdik.

Bu bakımdan da eğer ki kendi kaynaklarımıza kümülatif bir bakışla nazar eder isek neredeyse 800 yıl önce tam da bu konuya hem de enfes bir şekilde değinildiğini görürüz.

Bu minvalde ilgili şiirinde ne güzel, ne enfes ve isabetli buyurmuştur Yunus EMRE;

“Cümle yaradılmışa,

Bir göz ile bakmayan,

Halka müderris ise,

Hakikatte asidir."

(T.C. Kültür Bakanlığı, 1000 Temel Eser Dizisi/166, Yunus Emre, Güldeste, sayfa 155, 1996)

Şu hâlde Hâkim-Savcı olarak önümüze gelen her insana taşıdığı temel insan hakları itibari ile eşit davranmak öncelikli ve temel görevimizdir.

Bu meyanda Edebalı'nın 'İNSANI YAŞAT Kİ DEVLET YAŞASIN' öğüdü, Osman Gazi'ye vasiyetinin önemli bir parçasıdır.

ÖNERİDİR;

'İnsanlara eşit davranmanın bir gereği olarak'; herkese karşı gösterilen ve hiç kimseden esirgenmeyen bir 'tebessüm'ün bize maliyeti sıfırdır. *Servetimizden veya sıhhatimizden hiçbir şey götürmediği gibi görevin hakkıyla ifasına da mani değildir.*

Madem insana hizmet ediyoruz o halde insanî bir yaklaşımı da 'maliyeti sıfır olan mütevazı bir tebessümü de' YARGISAL HİZMETİMİZİN bir parçası olarak görebiliriz / görmeliyiz.

I-& - TEZ; "HER EVRENSEL DEĞER / KAVRAM / KURUM ÖNCE YERELDİR."

Yerel olmadan / olunmadan evrenselliğe geçilemez. Bunu sosyal / sosyolojik bir vakıa / gerçeklik olarak ele alabiliriz.

Bazı kavramlar vardır ki zamanı ve zemini aşarak evrenselliğini sürekli bizlere hatırlatır.

Evvelen bugün itibariyle şu temel argümanı rahatlıkla sunabiliriz. Her evrensel değer, ayaklarını bastığı ve yeşerdiği bir yerel / lokal mahal-zemin-ülke vardır. Nitekim yerelden yola çıkıp genel kabul sonucunda evrenselleşen o kadar değer vardır ki bunlar sayıca hem çok fazladır hem de tamamı insanlığın ortak malı hâline gelmişlerdir. Örneğin Tıptaki Sezaryen ameliyatının ilk uygulaması ve isim babası bu şekilde doğan ilk bebek bizzat Roma İmparatoru Julius Sezar'ın ta

kendisidir. Öz be öz Türk menşeli olan Yoğurt uluslar arası literatüre tam Türkçesiyle geçmiş, evrenselleşmiştir. Dünyanın neresine giderse-niz gidinizi herkes buna Yoğurd demektedir.

Hukuk alanında da bu husus arz olunduğu gibidir.

Misal kabilinden sayılacak olursa;

1) ‘**Nullum crimen sine lege**’ (suçta kanunilik; kanunda tanımlanmayan / suç olarak sayılmayan hiçbir eylem suç olarak kabul edilemez.)

2) ‘**Nulla poena sine lege**’ (Cezada yasallık; kanunda cezaya bağlanmamış / açıkça cezalandırılacağı belirtilmeyen hiçbir eylemden dolayı hiç bir kişiye ceza verilemez.)

3) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 23. Maddesi; “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” denilmektedir.

Bu maddenin yer aldığı Kanun Tasarısının Resmi GEREKÇESİNDE; “Roma hukukundan gelen ‘**in dubio contra stipulatorem**’ (Sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır.” denilmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 11/01/2011 tarihinde kabul edildiği, tabir-i diğerle 2011 model olduğu kabul edilirse Roma Hukukunun Kadim İlkelerinin elan / halen ve de Türk Yargısında canlı tutulduğu, temel parametre olarak kabul edildiğine dair,

4) İngiltere’de 1215 yılında kabul edilen Büyük Özgürlükler Layihası’nın (*Magna Carta Libertatum*) 40. Maddesi de uzun süredir ve bugün evrenseldir. ‘**To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice.**’

Türkçe karşılığı; “*Kimseye satmayacağımız, reddetmeyeceğimiz veya geciktirmeyeceğimiz şeyler; hak ve adalettir.*” şeklindeki,

İlkeleri sayılabilir.

Bugün bizler hukukta halen hafif kusuru; Culpa Lata, ağır kusuru da; Culpa Levis tanımlarıyla (Latincesiyle) bilir ve kullanırız.

Anılan ilk üç evrensel kriter Kadim Roma İmparatorluğundan ve dördüncüsü de 13. yüzyıl İngiltere’sinden kalan orijinal Hukukî

kavram / kurum / müesseselerdir. Ancak bunlar geçmişte kalmamış olup, işbu kavramlar bugün dünya üzerindeki birçok ülkenin kodifikasyonlarında temel argümanlar ve legal parametrelerdir. Birçok hukuk sistematigi (Türk Yargı Mevzuatı dâhil) bu ilkelere göre dizayn edilmiştir. Dolayısı ile Roma İmparatorluğunun veya Magna Carta Libertatum'un mezkûr yerel değerleri evrenselliklerini hâlen, hem de çağları aşarak korumaktadırlar.

Bu anlamda Mecelle'nin aşağıda arz olunacak; hâkimin vasıflarına dair 1792. maddesi ile hâkimin hüküm vermektan uzak durmasının salık verildiği / emrolunduğu hâllere dair 1812. maddesinin de aynen Roma ve İngiliz Hukuku'nun arz olunan 4 evrensel ilkesi gibi çağları, zamanları, mekânları ve kültürleri aşan, her ülkede uygulanabilir, her insana ve de sisteme hitap eden standard Global / Küresel / Evrensel Kavramlar oldukları değerlendirilmektedir.

YERELİN EVRENSELE EVRİMİ;

Yerelin evrensele evrimine dair verilecek en bariz örnek ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilen ve hâkimler hakkındaki 2003/43 sayılı Bangalore Yargı Etiği İlkeleridir.

Nitekim Bangalore Yargı Etiği İlkelerine esin kaynağı olan birçok yerel / lokal değerden bazıları bizzat Bangalore'nin kendi metninde açıklanmıştır.

Bunlardan bazıları;

Amerika Barolar Birliği Yargı Etiği Kodu.

Avusturya Yargısal Bağımsızlık Prensipleri Deklarasyonu.

Bangladeş Yüksek Mahkeme Hâkimlerine Yönelik Davranış Kodu.

Kanada Hâkimler için Etik Kurallar.

Hâkimlerin statüsüne dair Avrupa Konseyi Şartı.

Idaho Yargı Etiği Kodu.

Hindistan Yargısal Hayatla İlgili Değerlerin Yeniden İfadesi.

Iowa Yargı Etiği Kodu.

Kenya Yargı Mensuplarına Yönelik Davranış Kodu.

- Malezya Hâkimlerinin Ahlak Yasası.
Namibya Hâkimler İçin Davranış Yasası.
ABD New York Eyaleti Yargıda Etiği Düzenleyen Kurallar.
Nijerya Federal Cumhuriyeti Yargı Mensupları Davranış Kodu.
Pakistan Yüksek Mahkemesi ve Üst Dereceli Mahkeme Hâkimleri tarafından ileri sürülen Davranış Kodu.
Filipinler Yargı Etiği Kodu.
Filipinler Yargı Ahlakı Kanunları.
Solomon Adaları Yargı Bağımsızlığı Prensipleri.
Güney Afrika Hâkimlerine Yönelik Rehber.
Tanzanya Yargı Mensupları Davranış Kodu.
Teksas Yargı Etiği Kodu.
ABD Yargı Konferansı Davranış Kodu.
Virginia Cumhuriyeti Yargı Etiği Kanunları.
ABD Washington Eyaleti Yargısal Davranış Kodu
Zambiya Yargısal Davranış Yasası.
Siracusa Prensipleri.
Uluslararası Barolar Birliği Minimum Bağımsız Yargı Standartları.
Yargı Bağımsızlığına Dair BM Temel Prensipleri.
Bağımsız Adalet Üzerine Evrensel Bildiri Tasarısı (Singhvi Deklarasyonu)
Lawasia Bölgesi Yargı Bağımsızlığı Prensipleriyle İlgili Beijing Beyanatı
Latimer Cumhuriyet Rehberi.
CCJE-GT'nin yargının bağımsızlığı ile ilgili standartlar üzerine 1 nolu (2001) görüşü
CCJE-GT'nin hâkimlerin meslekî davranışlarını düzenleyen kurallar ve prensipler üzerine, özellikle, etik, uygun olmayan davranış ve tarafsızlık üzerine taslak Görüşü;
Haziran 2002 tarihli Avusturya Adalet Başkanları Konseyi tarafından yayınlanan Yargısal Davranışla İlgili Rehber,
Baltık ülkeleri hâkimlerine yönelik Davranış Kuralları Modeli,

Çin Halk Cumhuriyeti Hâkimlerine Yönelik Yargı Ahlakı Kodu
Makedonya Hâkimler Birliği Yargı Ahlakı Kodu
Ve diğer kodlardır.

NOT / TARİHE ŞERHTİR ;

Kabul ettiğimiz, şu an itibariyle mevzuatımızın bir parçası olan Bangalore ve Budapeşte Etik İlkelerinde maalesef / maateessüf ve de hazindir ki Türk Hukukuna ait herhangi bir 'esasında hiçbir' kaynağa atıf yapılmamış, bu da bizi derinden üzmüştür.

Şu halde; yerelin evrenselleşmesi zamana-zemine-ortama ve ehil muhataba bağlıdır. Bunu kurum veya kavramın vakti merhunu (rezerve edilmiş / beklenen zaman) ile buluşması olarak adlandırabiliriz.

TEZDİR;

"İnsanı sevmeden insana hizmet edilemez. İnsanı tanımadan / insan tanınmadan insan yargılamaz.

Hâkim; insanı tanınmalıdır ki hükmü adil ve isabetli olsun. Ecdadımız bu sebep ve saikle hâkimin kim olduğunu / olması gerektiğini ve vasıflarını 16 kitaptan oluşan Mecellesinde tam da bu hususa tam bir kitap (16.) ayırarak verdiği önemi göstermiştir.

TESPİTTİR (HÂKİM / HÂL / VASIF BAĞI);

Yargının temel fonksiyonu ve nihai hedefi, insana dair muhtelif HÂLLERİ tabir-i diğerle İNSANI yargılamak ve hâli tespit / hakkı tes-cil ve adaleti tevzi etmektir.

Hâkim; Hâli (olanı / olmuşu / mevcudu / durumu / olayı / va-kayı / davayı / nizayı / ihtilafı / uyuşmazlığı / anlaşmazlığı) **yargıla-yan ve halleden kişidir.**

Hâkimin Görevi; a) Hâli (ceza hukukunda suçu medeni hukukta nizayı) **saptamak / tespit etmek ve b) Hemen akabinde halletmek / herkese hakkını** (cezada; suçlu-suçsuz, hukukta; haklı-haksız) **ver-mektir.**

Hâkim; Belli bir ana/ mekâna/ tavra/ davranışa/ fiile/ fiilsizliğe tabir-i diğerle hâle ait yargılama yapan kazaî / yargısal aktördür.

Hâkim-hâl ilişkisine dair en bariz ve kuvvetli evrak / belge / senet / vesika / delil / dayanak / mesnet / kanıt bizzat hâlin metne dökülmüş hâlidir; **arzuhâldir**. Belki orijinal / saf / ilk hâli ile **arz-ı hâldir**. (Burada arzuhâl kelimesinden kasıt dava dilekçesi olup kavram bu anlamda kullanılmıştır.)

{Türk Dil Kurumu: I- **HAL**; 1. Çözme, çözülme. 2. Çözüm. 3. Eritme. 4. Karışık bir sorunun içinden çıkma, sonuca varma. II- **HÂL**: durum; vaziyet. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>}

Şu halde; hâkimin de taşınması / uyması gereken hâllerin (VASIFLARIN) varlığı izahtan varestedir. Bu husus ise ileride arz olunacaktır.

II- & - TÜRK KAMU KURUMLARININ OSMANLI İMPARATORLUĞU DÖNEMİNE AİT RESMİ BAKIŞ AÇILARI;

A- Türkiye Cumhuriyeti kurumlarından olan;

1- Türk Silahlı Kuvvetleri Kara Kuvvetleri Komutanlığı, kuruluşunu Büyük Hun İmparatorluğuna kadar götürmekte ve tarihçesinde Osmanlı İmparatorluğu dönemini de tarihinin bir parçası saymaktadır.(<http://www.kkk.tsk.tr/>),

2- T.C. Ziraat Bankası aynı şekilde tarihçesinde kuruluşunu 1863 tarihine dayandırmaktadır. Bu tarih ise Osmanlı İmparatorluğu dönemi içerisinde kalmaktadır.

(<http://www.ziraat.com.tr/tr/p/n/ContentMain.aspx?id=203>),

3- PTT İdaresi de benzer şekilde kuruluşunu 1840 yılına dayandırmakta ve aradan geçen süreyi de kurumsal kimliğinde bir iftihar vesilesi olarak sunmaktadır.

(http://www.ptt.gov.tr/index.snet?wapp=histor_tr&open=1),

4- Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Tarihçesinde kuruluş tarihi olarak aynı İmparatorluk dönemi içinde kalan 1912 yılı gösterilmektedir.

(<http://www.saglik.gov.tr/TKB/belge/1-719/tarihcesi.html>),

5- Türk Silahlı Kuvvetleri Jandarma Genel Komutanlığının da

web sitesinde Türk Jandarma Teşkilatının 1839 yılında kurulduğu belirtilmektedir.

(http://www.jandarma.gov.tr/ust_menu/tarihce.htm),

6- Tarım Bakanlığı da benzer şekilde resmi internet sitesinde kuruluş tarihi olarak 1838 yılı zikredilmektedir.

(<http://www.tarim.gov.tr/ORGANIZASYON,tarihce.html>),

7- Emniyet Genel Müdürlüğünün ise halen 166. yılını geçirdiği resmi sitesinde belirtilektedir. Dolayısıyla kuruluşunun 1846 yılına dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

(<http://www.egm.gov.tr/>),

8- T.C. Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı da resmi sitesinde Adalet Müfettişliğinin kuruluşunu (1304 tarihinde yayınlanmış bulunan MİRAT-I ADALET adlı eserde adı geçmekle) 1304 yılına dayandırmaktadır.

(<http://www.teftis.adalet.gov.tr/tarihce.html>),

B - AYNI ŞEKİLDE 1923'DE KURULAN TÜRKİYE CUMHURİYETİ DE OSMANLI İMPARATORLUĞUNUN 1854 DE ALMAYA BAŞLADIĞI DIŞ BORÇLARINI 1929 YILINDAN 1954 YILINA KADAR ÖDEYEREK MALİ BAKIMDAN (OSMANLI İMPARATORLUĞUNUN DEVAMI OLDUĞUNU) SÜREKLİLİĞİNİ GÖSTERMİŞTİR.

(<http://www.malihaber.com/modules.php?name=Encyclopedia&top=content&tid=1396>).

C - TÜRKİYE CUMHURİYETİ KAMU KURUMLARI İLE OSMANLI İMPARATORLUĞU ARASINDAKİ TARİHİ VE ORGANİK BAĞLARIN VARLIĞI İNKÂR EDİLEMEZ SEVİYEDEDİR.

III- & - TÜRK YARGISI VE TÜRK HUKUK TARİHİNE DAİR BAKIŞIMIZ

Peki bu durum yargı için de söz konusu mudur? Sorusuna verilecek cevap ise bizim kazai geçmişimize bakışımız ve varsa bu arşivdeki cevher ve üstün değerlere ne oranda itibar ettiğimizi gösterecektir.

Yunus EMRE ve Mevlana bu toprakların / kültürün / milletin mensubu / evladı / parçası / ürünü değil miydiler? Birleşmiş Milletler organizasyonu olan UNESCO tarafından her ikisi de ayrı ayrı evrensellikle onurlandırılmadılar mı? Bu onurlandırma nihayetinde onların şahsında içinde doğup büyüdüğüleri, her şeylerini bağrında ürettikleri ana kültürün "Türk Milletinin" onurlandırılması değil midir?

{UNESCO tarafından; 1- Doğumunun 750. Yılı anısına 1991 yılı dünyada Yunus EMRE yılı, 2- Doğumunun 800. Yılı anısına 2007 yılı dünyada Mevlana yılı olarak ilan edilmiştir.}

Yunus EMRE'ye; (Birleşmiş Milletler 1991'de yılın insanı seçmiştir.) neden Türk Hukuku ve Yargısı (doktriniyle, kürsüsüyle) hiçbir atıf yapmaz / referans almaz? (Ki hayatı insan merkezlidir ve insana hizmet etmiştir.

Gönül zenginliği ve **İNSAN SEVGİSİNE** dair şu örnek kastımızı özetler sanırım;

"Sırat kıldan incedir,
Kılıçtan keskincedir,
Varıp anın üstüne,
Konaklar / evler yapasım gelir."

Hele de **EŞİTLİK VE EŞİT BAKIŞA** dair;

"Cümle yaradılmışa,
Bir göz ile bakmayan,
Halka müderris ise,
Hakikatte asidir."

Mısraları dikkate şayandır.

Kazaî anlamda geçmişe nazar edeceksek;

JEAN DE LA FONTAİNE VE TÜRK YARGISI;

Hayatı boyunca hiç Türk / Osmanlı coğrafyasında bulunmamış Jean de La Fontaine'in zamanın Türk Yargısı hakkında söylediği sözler var mıdır? Varsa bunlar nelerdir?

Bu hususta Türk Yargısına esaslı bir atıf yaptığı (ve de kendisi de sırf bu nedenle atfa müstahak olan) referans / kaynak mahiyetindeki fıkrası bizzat kendi eserinde göze çarpmaktadır. Ki, kendisi burada hakkımızda (dışarıdan bir yabancı gözüyle) gözlem yapan ve kanaat belirten tarafsız bir kaynak (3. Kişi) olarak kabul edilmiştir.

Mezkûr fıkrası ise şudur;

YABANARILARIYLA BALARILARI

“Sanatçı işinde belli olur.

Sahipsiz kalmış bir petek bala

El koymak isteyen yabanarlarıyla

Balarıları davalı olmuşlar,

Gelmiş yargıcın önüne dizilmişler.

Yargıç bir eşekarısıymış, ama

Kesip atılır görünmüyormuş bu duruşma.

Dinlenen tanıklara göre

Peteğin çevresinde, uzun bir süre

Arıya benzer birtakım kanatlı hayvancıklar

Vızıldamışlar durmuşlar;

Bir hayli sarı ve uzunca boyluymuşlar.

E peki, ne var bütün bunlarda

Yabanarlarına benzemeyen?

Eşekarısı çıkamaz olmuş işin içinden.

Yeniden sorup soruşturmuş

Belki bir ipucu verirler diye

Karıncalara bile başvurmuş.

Onlar da ışık tutamamış bu davaya.

Sonunda akıllı bir arı,

Ne olur, demiş; bırakalım bütün bunları.
Nerdeyse altı ay oldu bu dava başlayalı,
Hâlâ başladığımız yerdeyiz.

Bu arada kurtlar yiyor petekteki balı.

Sayın Yargıç bu işi artık bitir deriz.

Bıkıp usanmadılar mı bunca vız vızdan?

Bitsin gayrı bu atışmalar, tartışmalar,

Bunca tutanak, mutanak, bunca çan çan,

Gidip çalışalım bu yabanarlarıyla biz,

Belli olur bir gün içinde

Böyle petek, böyle bal yapan hangimiz.

Yabanarları buna olmaz deyince

Anlaşmış bu sanattan anlamadıkları

Ve eşekarısı vermiş balı sahiplerine.

Keşke bütün davalar böyle bitebilse,

Bu işlerde TÜRKLERİN yolundan gidilse!

SAĞDUYU varken kara kitap neyimize gerek

Ne diye bunca masraf, bunca emek.

Yeseler insanı neyse, kemiriyorlar,

Sürüncemelerle canından bezdiriyorlar.

O kadar ki sonunda

İstiridyenin içini yargıç yiyor,

Davacılara kabukları kalıyor.”

{NOT; Jean de La Fontaine’in fıkrada özellikle arılarla ilgili bir nizamı öne çıkarması ve davanın 6 aya yakın sürmesi çok enteresandır. Zira insan ömrüne göre 6 ay belki bir anlam ifade etmez. Ancak arıların ortalama yaşam süresine göre kıyaslandığında verilen örneğin, davanın uzunluğunun ve bu sürenin taraflar (kısa ömürlü arılar)

arasındaki yıkıcı etkisinin paralelliği bize usta yazarın dehasına karşı şapka çıkarmamız ve önünde saygıyla eğilmemiz gerektiğini hatırlatmaktadır.}

1. fıkranın esin kaynağı olan 2. fıkra ise aşağıda arz olunduğu gibidir.

İSTİRİDYE VE DAVACILAR

“Bir gün iki yolcu kumsalda

Karaya vurmuş bir istiridyeye görürler.

İştahla bakıp birbirine gösterirler;

Gel gelelim kim konacak bu ziyafete?

Mübarek ikiye de bölünmez ki!

Biri eğilip alacakken, öteki;

-Kimin hakkı bunu yemek, anlaşalım, der:

Bence ilk gören kim ise o yemeli

Ötekine sadece seyretmek düşer.

-İş ona kalsın, der arkadaşı;

Gözlerim iyi görür benim, Allah’a şükür.

-Benimkiler kötü mü görür? der öteki:

Senden önce ben gördüm, yemin ederim.

Evet, ama elini ilk değdiren benim.

Tartışma böylece uzayıp giderken

Molla Dandin çıkagelir karşıdan:

-İşte yargıç, derler; ne derse eyvallah.

Dandin istiridyeyi açar ciddi ciddi

Ve bir solukta yutar içindekini.

Bizimkiler aval aval bakışadursun

Yargıç ağzını siler ve kararı okur:

Gereği düşünüldü: Her iki tarafın

Ücretsiz birer kabuk almaları
Ve barışıp evlerine dönmeleri
Uygun görüldü.
Zamanımızda davacı olmanın
Neye mal olduğunu düşünürseniz
Ve hesaplarsanız birçok ailenin
Ne kazanıp ne yitirdiğini sonunda
Görürsünüz ki hep Dandin'e gitmiş para,
Davacılar dosyalar kalmış yalnız."

{Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Genel Yayın:469, Edebiyat Dizisi: 122, **Masallar-Jean de La Fontain**, Çeviren Sabahattin EYU-BOĞLU sayfa 64-65, 397-398}

(NOT; her iki fıkra da çevirideki orijinal halleriyle buraya aktarılmıştır. Bu fıkraların 17. Yüzyıl Fransa'sı ve 17. Yüzyıl Fransız Yargısı hakkında olduğu değerlendirilmektedir.)

IV- & - TEZ-ANTİTEZ CENDERESİNE HAPSÖLÜNÜŞ, SÜREKLİ ÇATIŞMAKTAN BİTAP DÜŞMÜŞ, ASLA VE ASLA SENTEZ YAPMASINA MÜSAADE EDİLMİYEN, KENDİ KAYNAKLARINI (EVRENSEL OLMASINA RAĞMEN) REFERANS ALMAKTAN VEBADAN KAÇAR GİBİ KAÇAN BİR ANLAYIŞLA NE YAPILABİLİR?

TEZDİR ;

Anlamak (kavramak) için tanımak, tanımak için bilmek, bilmek (bilgi) için öğrenmek, öğrenmek için ise Zihin'deki / Akıl'daki / Bellek'teki / Us'taki kapı ve pencerelerin açık olması gerekir. Zihindeki kapı ve pencerelerimiz açık olmalıdır ki; içeriye veri / bilgi / enformasyon girişi olabilsin. Tıpkı evlerimize gün ışığı ve taze havanın / oksijenin girmesi için kapı ve pencerelerimizi sık sık açtığımız gibi. Aksi halde sürekli kapalı olan bir kapıdan içeriye misafir, pencereden içeriye ışık / hava / oksijen / hayat, dimağdan içeriye de bilgi ve enformasyon girmez / giremez. Ondandır ki, bir yerde uzun süre kapalı kaldığında "Bir kapı, pencere mi açsak / aralacak acaba? Havasız kaldım / bunaldım." benzeri cümleler yaygın şekilde kullanılır.

Sağduyunun, akl-ı selimin sürekli sopa yediği / itilip kakıldığı / hor ve hakir ve zelil görüldüğü / farklı marka ve modellerle kategori / tahkir edildiği / yaftalandığı / insafsız infazlara uğradığı bir ortamda hakikat ve üstün değer günyüzüne çıkmaya cesaret eder mi?

Her değer / kavram / madde sırf Batı'dan, Kuzey'den, Çin'den, Maçın'den, Hind'den alınınca mı makbuldür? Belki daha iyisi / üstünü bizde zaten varsa bunun hukuk / yiğit / er meydanına arzı neden mesele olsun?

Rahmetli Sadri ALIŞIK'ın siyah / beyaz bir filminden bir kesit şöyledir; fakir, yoksul bir çocuk simit satarak evlerinin geçimine destek olmaya çalışmaktadır. Ancak o gün nedense işler kesat gider ve satış yapamaz. Olaya muttali olan kahramanımız (Sadri ALIŞIK) müdahâle eder. Önce çocuğun gönlünü alır, "Sen hiç merak etme, ben bu simitleri hemen, 10 dakikada satarım. Sen üzülme." der ve simit tepsisini kapıldığı gibi sokağa fırlar. Dediği gibi de yapar simitler 5-10 dakikada satılmıştır. Kahramanımızın kullandığı sihirli cümle ise manidardır. "Hayde, **Avrupa'dan ithâl**, taze, çıtır çıtır, sıcak simiiit..." demesi tüm tepsinin satılmasına yetmiştir. Malzeme aynı ama sunuluş stili farklıdır ve **asıl rağbet maalesef / maateessüf ürüne değil kavramadır**. Zira satılan ve tüketilen bizim simittir.

MAZİ-HÂL-ATİ TRİOLOJİSİ ;

Bu meyanda **geçmiş** **bilmek** kendi kiler / mahzen / ambar / mutfak / dağarcık / sandık / sandukamızdaki **üstün değerlerin farkında olmak, bunların evrensel olanlarını bu güne taşımak, pratiğe dökmek, paylaşmak, uluslararası pazara arz etmek bir şey,**

Ana / Ata / Ced / *Ecdadın ulaştığı orijinal ve üstün değerleri / kavramları esassız ve içi boş şekiller olarak tekrarlamak*, belli ortamların etkili / süslü / alâyişli / gösterişli / tumturaklı sloganları olarak kullanmak veya belki de günü kurtarma saikinden hareketle **bir tesselli kabilinden anmak ve avunmak ve de enerji kaybı bağlamında oyalanmak başka / bambaşka bir şeydir.**

Bizim için Tarih / Mazi / Geçmiş; değildir geçmiş / masal / martaval / lakırdı / avuntu veya arlanıp utanılacak hatırat. Bilakis mazi-dir; ana / bugüne / hâle ışık tutan, atıye rehber olan / olacak. Meğer ki;

süzülmesi gerekeni eyleyelim, alınması gerekeni arayıp bulalım, maziyi ve anı harmanlayalım, ati için yol olalım, yordam olalım, ışık olalım, hava olalım, su olalım, toprak olalım, hak olalım, adalet olalım. Ne ki; Kaza (Yargı) bağında / bostanında / bahçesinde / gülistanında / sarayında / konağında kalmasın tek mağdur / muzdarip insan, kazaen sebep-i müsebbibi “BİZ / KAZA” olan.

O hâlde Mecelle’nin; **Hâkimin vasıflarının belirtildiği 1792. maddesi** (Ki benzerine şu ana kadar bu satırların yazarı başka bir hukukta veya sistemde ‘Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen 2003/43 sayılı Bangolar Yargı Etiği İlkeleri de dâhil olmak üzere’ rastlayamamıştır) **ile hüküm vermeden uzak durulmasının salık verildiği / emrolunduğu enfes / veciz / sui generis 1812. maddesinin Evrensel olmadığını kim iddia edebilir?**

MECELLE / ROMA HUKUKU / MAGNA CARTA LIBERTATUM ;

Ahmet Cevdet Paşa ve ekibinin müşterek eseri Mecelle’nin ve bilhassa bu Kanunun 1792 ve 1812. Maddeleri; en az Yunus EMRE kadar, Mevlana kadar, Magna Carta Libertatum kadar, 2011 model Türk Borçlar Kanunu’na mesned olan Kadim Roma Hukuku kadar değerlidir. Ancak, biz kendi değerimizi / malımızı / ürünümüzü / üstünümüzü görmezsek onu uluslar arası hukuk pazarına / fuarına / sergisine ve evrenselliğe nasıl taşıyabiliriz? Bu kolay olmasa gerek.

Belki bu husustaki halimiz;

“Cihan-ârâ cihan içindedir ârâyı bilmezler
Ol mahiler ki derya içredir deryayı bilmezler”

YUNUS EMRE

(O balıklar ki denizde / okyanusta yüzerler ancak bundan “nasıl bir hazine / değerler / cevherler dünyası” içinde hayat sürdürdüklerinden habersiz yaşarlar.) deyişiyile özetlenebilecek bir durumla karşı karşıya kalabiliriz.

Bunu ise bugün itibariyle modern hukukun ve evrensel normların geldiği aşama ve sunduğu global standartlar ile mazimizdeki yerel değer ve kavramları mukayese ettiğimizde bariz olarak fark edebiliriz. Ana tamamız bu olmakla beraber Bangalore İlkelerinin

bazı hususlarda kritiği yapılacak ve varsa muhtemel boşluklara yerel anlamda ve Türk Yargısı olarak niçin ve nasıl katkıda bulunulabileceği iredlenecektir.

**V- & - BU ANLAMDA; “BANGALORE YARGI ETİĞİ İLKE-
LERİNE, TARİHİ HAZİNEMİZDEN / KENDİ HUKUK KAYNAK-
LARIMIZDAN FAYDALANARAK, TÜRK YARGISI ADINA VE
ÜSTÜN DEĞER OLARAK KATABİLECEĞİMİZ KURUM VE KAV-
RAMLAR VAR MIDIR?” SORUSU AKLA GELMELİDİR.**

Bu konuda ise öncelikle Türk Hukuk tarihimizde bunu düzenleyen kavram veya kurumların saptanması öne çıkmalıdır.

Bu açıdan ve Hâkim Etiği boyutuyla hukuk tarihimize baktığımızda şunlardan bahsolunabilir.

TÜRK HUKUK TARİHİNDE ;

Rastlanan kaynak 1869 tarihli **MECELLE**'dir. Toplamda 16 kiptan oluşmaktadır. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin “**Hüküm ve hâkimlikten**” bahseden 16. kitabının 1. babının 1, 2, 3 ve 4. fasıllarında hâkimin vasıfları, adabı, vazifesi ve yargılama şekilleri düzenlenmiştir.

ONALTINCI KİTAP;

HÜKÜM ve HÂKİMLİKTEN BAHSEDEN KİTAPTIR.

Hüküm ve Hâkimlik hakkında olup bir önsözle dört bölümden ibarettir.

ÖNSÖZ: Bazı hukuk terimleri hakkındadır.

1. **BÖLÜM:** Hâkimlere dair olup dört fasıldan ibarettir.

1. **FASIL:** **Hâkimlerin vasıfları/nitelikleri** hakkındadır.

2. **FASIL:** Hâkimin hareket ve davranışı hakkındadır.

3. **FASIL:** Hâkimin görevleri hakkındadır.

4. **FASIL:** Muhakeme şekli hakkındadır.

2. **BÖLÜM:** Kararlarla ilgili olup iki fasıldan ibarettir.

1. FASIL: Kararın şartları hakkındadır.
2. FASIL: Gıyapta verilen karar hakkındadır.
3. BÖLÜM: Hüküm verildikten sonra davanın tekrar görülmesi hakkındadır.
4. BÖLÜM: Tahkimle ilgili meseleler hakkındadır.
 - a - “**Hâkimin Vasıfları**” başlıklı 1. Fasıll;
 - aa- **Madde 1792 – Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.**

(**Hakîm** ; âlim, bilgin, haklı ve haksızı ayırıp hak ve adalet üzere hükmeden.

Fehîm ; akıllı, zeki, anlayışlı.

Müstakîm; doğru, eğri olmayan, hilesiz, temiz, dürüst.

Emîn ; emniyetli, kendine inanılan, itimat edilen, güvenilir.

Mekîn ; vakarlı, temkinli, yerleşmiş, oturmuş, sakin.

Metîn ; sağlam, kendine güvenilir olan, metanet sahibi, dayanıklı.)

bb- **Madde 1793 – Hâkim**; hukukî konulara ve yargılama usulüne vakıf ve bunları davanın taraflarına tatbik ve meseleyi çözmeye muktedir olmalıdır.

cc- **Madde 1794 – Hâkim temyiz kudretine haiz olmalıdır.** (İyi kötüden ayırt edebilmelidir.)

Bundan dolayı; **küçük çocuk veya bunak veya kör veya tarafların kuvvetli seslerini işitemeyecek derecede sağır olan kişi hâkim olmaz.**

b - “**Hâkimin Adabı**” başlıklı 2. Fasıll;

aa- **Madde 1795 – Hâkim**; mahkeme meclisinde alışveriş veya şakalaşma gibi meclisin azametini giderecek (gölgeleyecek) fiil ve hareketlerden sakınmalıdır.

bb- **Madde 1796 – Hâkim**; **taraflardan hiçbirinin hediyesini kabul etmez.**

cc- **Madde 1797** – Hâkim; birbirini mahkemeye veren taraflardan hiçbirinin ziyafetine gitmez.

dd- **Madde 1798** – Hâkim; mahkeme esnasında taraflardan yalnız birini hanesine kabul veya hüküm sırasında biriyle yalnız kalmak veya taraflardan birine el, göz veya baş ile işaret eylemek veya taraflardan birine gizli lakırdı veya diğerinin bilmediği lisanla söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır.

ee- **Madde 1799** – Hâkim; hasım taraflar arasında adaletle hükmetmeye memurdur.

Bundan dolayı; taraflardan biri her ne kadar şerefli kimselerden ve diğeri halktan biri olsa bile yargılama sırasında *tarafları oturtmak ve kendilerine bakmak ve söz vermek* gibi muhakemeye ait işlemlerde tamamıyla *Adalet Ve Eşitliğe* riayet etmelidir.

c - “Hâkimin Vazifeleri” başlıklı 3. Fasıll;

Madde 1800 ilâ 1807’de hâkimin görev yeri, süresi ve yetkisi ile ret ve çekinme sebepleri düzenlenmiş olup bu minvalde olmak üzere;

aa- **Madde 1808** – Hâkimin lehine hüküm verdiği kişi; hâkimin usul veya fûruu veya eşi veya hükmedilen şeyde hâkimin ortağı veya hâkimin hususi hizmetçisi veya hâkimin verdiği nafakayla geçinen adamı olamaz.

Bundan dolayı; hâkim bunlardan birinin davasına bakamaz ve lehine hüküm veremez.

bb- **Madde 1809**, Hâkimin 1808. maddede belirtilen ve davasına bakamayacağı şahıslara ait davaların ne suretle, kimin tarafından ve nasıl çözüleceğini düzenlemektedir.

cc- **Madde 1812** – Hâkimin *zihni; gam, keder, açlık veya uyku barması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir arıza ile belirsiz veya düzensiz hale gelirse hüküm vermeye girişmemelidir.*

cc- **Madde 1813** – Hâkim; yargılamada gerekli tetkikleri yürütmekle birlikte işi sürüncemede bırakmamalıdır. (AİHS 6. Md makul süre)

d - “Suret-i muhakemeye dairdir.” başlıklı 4. Fasıll;

aa- **Madde 1815** – Hâkim; yargılamayı alenen icra eder. **Fakat hükümden önce ne şekilde karar verileceğini ifşa etmez.**

bb- **Madde 1828** – Hükümün sebep ve şartları tamamıyla bulunduğu takdirde hâkimin hükmü tehir etmesi doğru değildir. (AİHS 6. Md makul süre)

VI- & - KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM ;

Bu makalede özellikle Mecelle'nin 1792 ve 1812. maddesi ile Bangalore İlkeleri kıyaslanacaktır.

1- Mecelle **Madde 1792** maddesi; "**Hâkim; hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır.**" şeklindedir.

Bu maddenin ve içerdiği kavramların karşılığı maalesef Bangalore ilkelerinde bulunmamaktadır. Zira burada uyulması / gözetilmesi gereken etik ilkeler tanımlanmış ancak bu değerlerin kime / nasıl bir kişiye yükleneceği tanımlanmamıştır.

Bu manada hâkim kime denir?, hâkimin vasıf ve nitelikleri nelerdir? diye bakıldığında şunlar söylenebilir.

Esasen Mecellenin açıkça düzenlediği bu hususun; Bangalore ilkelerinden 6. *Değer olan 'Ehliyet Ve Liyakat'* değerinin kapsamına girdiği mütalaa olunmaktadır. Nitekim 6. Değerin ilkesi; *Ehliyet ve liyakat, yargıçlık makamının gerektirdiği performansın ön koşuludur.*" olarak tanımlanmış, ancak **ehliyet ve liyakatin** tam ve net bir tanımı henüz yapılmış değildir. Hâkimin vasıfları nelerdir? Bir hâkimin taşıması gereken temel nitelikler neler olabilir? Hususlarının karşılığı irdelenmemiştir. Buradaki boşluğun Mecelle madde 1792'deki sıfatlar ve kavramlarla doldurulacağı düşünülmektedir.

2- Mecelle **Madde 1812** – "*Hâkimin zihni; gam, keder, açlık veya uyku basması gibi sağlıklı düşünmeye engel olabilecek bir arıza ile belirsiz veya düzensiz hale gelirse hüküm vermeye girişmemelidir.*"

Bu maddenin de benzerine veya modern versiyonuna mateessüf Bangalore İlkelerinde rastlanamamıştır.

Mecelle'nin bu maddesi Bangalore Değer ve İlkelerinden hangisinin kapsamına girer veya hangisiyle bağlantılıdır?

Bu açıdan bakıldığında bu konunun;

a) 3. **Değer olan Doğruluk Ve Tutarlılık ve bunun açılımı olan "Doğruluk ve tutarlılık, yargı görevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesinde esastır." İlkesinin ve "Hâkim, meslekî davranış şekli itibariyle, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içinde olmalıdır."** denilen 3.1. *Uygulama maddesinin veya*

b) 6. **Değer olan Ehliyet Ve Liyakat ve bunun açılımı olan "Ehliyet ve liyakat, yargıçlık makamının gerektirdiği performansın ön koşuludur." İlkesinin ve "6.5 Hâkim, mahkeme kararlarının verilmesi de dâhil tüm yargısal görevlerini etkin bir şekilde, âdilâne ve makul bir süre içerisinde yerine getirmelidir."** denilen 6.5. *Uygulama maddesinin,*

Kapsamına girebileceği değerlendirilmektedir.

VII- & - SONUÇ VE ÖNERİ ;

İnsanlık camiasını bir aile olarak kabul edersek dün bizim başkalarına ulaştırdığımız değerlerin, ışığın bir başka hâlinin bugün onlar tarafından bize aktarılması da tabii olacaktır.

Hukuka alanında çok zengin bir geçmişimiz ve engin tecrübelerimiz mevcuttur. **Meğerki bugünkü evrenseli yadsımadan, reddetmeden, hâlihazırda çağcıl olarak benimsediklerimize gösterdiğimiz saygı, kabul, tolerans ve esnekliği kendi yerelimize / mazimize de gösterelim. Yeter ki 'KENDİ İÇİMİZE' de bakabilelim. Her evrenselin önce / evvelen yerel olduğunu anımsayalım. Kendi yerelimizi gerektiğinde üstün değer olarak insanlık camiasına arz edelim ve bunu onların karşılıksız faydalandığımız bunca değerine karşı ve famızın bir yansıması / bir görevin ifası / bir borcun edası / bir mevcudun / ürünün paylaşılması olarak mütalaa edelim.**

Madem ki Bangalore İlkeleri yukarıda arz olunduğu üzere; insanlığın, uluslararası toplumun, farklı hukuk sistemlerinin müşterek ürünü, insanlığın ortak aklının bir sonucu / meyvesi / eseri / semeresidir; bu ürünü en yetkili organı eliyle (*HSYK tarafından 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararla tanınmıştır.*) kabul ederek iç mevzuatının bir parçası

hâline getiren ve kendisini bu ilkelerle (Anayasamızın 90/3 ve 5. maddesi gereğince) bağlayan / bağlı hisseden, icabında ihlal ve aykırılıkları buna göre müeyyidelendiren Türk Yargısının / Hukukunun da (Doktriniyle-Kürsüsüyle) bu ilkelere / metne, kendi öz hazinesinden / dağarcığından bir kısım üstün değerler / kavramlar eklemesi en doğal hakkıdır diye düşünülmektedir.

Bu bakımdan sonuç olarak teklifimiz; Mecelle'nin 1792 ve 1812. maddeleri hükümlerinin yapılacak ekleme ile Bangalore Değer ve İlkelerinin ilgili bölümlerine dâhil edilmesidir.

Eğer bu mütevazı katkımız uluslararası camia tarafından kabul edilir ve metne yansıtılırsa bu; Türk Yargısını hem onore edecek hem de böylece kendisini uluslararası hukuk camiasının (sürekli ithal eden / pasif değil, bilakis hem alan hem de paylaşan / ihraç eden) aktif bir parçası olarak görmesini sağlayacaktır. Bunun ise bizden esirgenmeyeceği inanç ve umudunu taşımaktayız.

SON TAHLİLDE;

- **İnsanı merkezine alan,**
- **Üretilmiş üstün değeri hiçbir peşin hüküm olmaksızın (nerede ve ne zaman üretildiğine bakmaksızın) alan ve işleyen,**
- **Ve sürekli üstün değerler üreten ve bunu insanın/ insanlığın hizmetine sunan,**
- **Bir Ulusal / Uluslararası Hukuk temennimizdir.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 05.04.2011 * 3713 sayılı Yasanın 13. maddesindeki “onbeş yaşını tamamlamamış” ibaresi yürürlükten kaldırılmak suretiyle bu kurumun terör suçu işleyen 15 yaşından büyük çocuklar yönünden de uygulanmasına olanak sağlanmıştır.
E. 2011/4-6
K.2011/36
(T.C.Anayasası m.174; 5271 sayılı CMK’nın m. 231, 223; 5237 sayılı TCK m. 203,52; 3713 sayılı Kanunu m. 13)

Mühür bozma suçundan sanıklar M.B. ve İ. B.’ın, 5237 sayılı TCY’nın 203 ve 52. maddeleri uyarınca 3.000’er lira adli para cezası ile cezalandırılmalarına ve adli para cezalarının, aynı Yasanın 52/4. maddesi uyarınca taksitlendirilmesine ilişkin, B. 10. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 11.11.2005 gün ve 651-940 sayılı hüküm, sanıklar müdafii tarafından temyiz edilmekle, dosyayı inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesince 31.03.2008 gün ve 891-5054 sayı ile;

“Hükümlerden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve TCY’nın 7/2. madde ve fıkrası uyarınca, sanıklar yararına olan 5728 sayılı Yasanın 562. maddesinin 1. fıkrası ile CYY’nın 231/5. madde ve fıkrasında öngörülen, hükmolunan cezanın geri bırakılması sınırının iki yıla çıkarılması ve söz konusu 562. maddenin 2. fıkrası ile de, CYY’nın 231/14. madde ve fıkrasındaki suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olması koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına tartışılması zorunluluğu” isabetsizliğinden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesi ise 23.09.2008 gün ve 370-552 sayı ile;

“...5271 sayılı CYY’nun 231. maddesinde değişiklik yapan 5728 sayılı Yasa hükmü ile; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında cezanın üst sınırı iki yıl hapse kadar çıkartılmış, 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikteki takibin şikâyete bağlı olma koşulu da kaldırılmıştır.

CMK’nın değişik 231/5. fıkrasında ‘sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunun ceza iki yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezası ise’ düzenlemesi bulunmaktadır.

Bu yasal düzenlemeye göre öncelikle sanığa yüklenen suçun sübut bulması, başka bir deyimle sübut konusunun kesinlikle çözüme kavuşturulması ve suçun sübutu halinde uygulanacak ceza miktarından sonra yine aynı yasa maddesinde düzenlenen üç adet koşulun varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün olacaktır.

Bu açıklama karşısında yargılamanın her aşamasında sübut olayının öncelikli olarak çözümlenmesi gerekir. Bu durumun Yüksek Mahkemece de nazara alınmasının gerektiği yasadaki düzenlemenin doğal sonucudur.

Oysa ki Yargıtay 4. Ceza Dairesi, suçun sübut bulup bulmadığına bakmaksızın ve işin esasına girmeden, sadece CYY’nun 231. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünden dosyayı bozarak göndermiştir.

Bu durum, Yargıtay 4. Ceza Dairesi üyelerinden Sayın A. Nasuhi Kurdoğlu’nun da 07.07.2008 tarih ve 8186-15372 sayılı kararı ile ilgili ileri sürdüğü karşı oy yazısında da haklı olarak açıkladığı gibi; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın adil yargılama hakkı ile ilgili 36/1 ve 38/4. maddeleri ile, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama ilkesinin de tabii sonucudur.

Tüm bu nedenlerle Yüksek Yargıtay 4. Ceza Dairesince suçun sübutu yönünden bir inceleme yapılmadan usul yönünden kararın bozularak iade edilmesi yolundaki bozma kararına karşı direnmek gerekmiştir” biçimindeki gerekçe ile önceki hükümde direnmiştir.

Bu hükmün de sanıklar müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının “bozma” istemli, 17.11.2010 gün ve 60760 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, temyiz incelemesi sırasında, davanın esasına girilmeden öncelikle değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir.

Ceza Genel Kurulunun yerleşik kararlarında da açıklandığı üzere; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesi, büyükler hakkında ise 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesine 19.12.2006 gün ve 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 23. maddesiyle eklenen 5 ila 14. fıkraları ile kabul edilmiş, aynı Yasanın 40. maddesiyle de 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile yetişkin suçlular, hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

Başlangıçta yalnızca yetişkin sanıklar yönünden, şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen bu kurum, 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile, 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikle, hükmolunan iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezaları için de uygulanabilir hale getirilerek, Anayasa'nın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Kanunlarında yer alan suçlar ayrık olmak üzere tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiş, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 sayılı Yasa ile 3713 sayılı Yasanın 13. maddesinde yapılan değişiklik ve 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasına eklenen Ek 10. madde ile; 15 yaşından büyüklerin işledikleri terör suçları ile 1632 sayılı Yasada yer alan suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsam dışına çıkarılarak kurumun uygulanma alanı tekrar daraltılmış, 25.07.2010 gün ve 27650 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6008 sayılı Yasanın 7. maddesiyle 231. maddenin 6. fıkrasına eklenen cümle ile, sanığın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bira-

kılmasına karar verilemeyeceği esası getirilmiş, 3713 sayılı Yasanın 13. maddesindeki “onbeş yaşını tamamlamamış” ibaresi yürürlükten kaldırılmak suretiyle bu kurumun terör suçu işleyen 15 yaşından büyük çocuklar yönünden de uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerle uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının, 5271 sayılı CYY'nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurması nedeniyle, sanık ile Devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturduğundan, bu kurumun değerlendirilip değerlendirilmediğinin temyiz incelemesi sırasında davanın esasına girilmeden önce ve öncelikli olarak gözetilmesi gerekmektedir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Mühür bozma suçundan sonuç olarak 3.000'er lira adli para cezası ile cezalandırılan ve adli sicil kaydı da bulunmayan sanıklar hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin objektif koşulların gerçekleştiği anlaşılmakla, Özel Daire bozma ilamı uyarınca, subjektif koşulların oluşup oluşmadığı belirlenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilemeyeceği yönünde bir değerlendirme yapılması yerine, ilk hükümde direnilmesi isabetsizdir.

Bu itibarla; diğer yönleri incelenmeyen yerel mahkeme direnme hükmünün; 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda değerlendirme yapılması amacıyla bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 23.09.2008 gün ve 370-552 sayılı direnme hükmünün, diğer yönleri incelenmeksizin **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın Bakırköy 10. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE 05.04.2011** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T.12.04.2011 * **Zararın tamamen giderildiğinden sözedebilmek için faizin de ödenmesi gerektiği, faizin ödenmemesi halinde zararın tamamen giderilmiş olmayacağı, kısmi ödeme halinde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için TCY'nın 168/4. maddesi uyarınca mağdurun rızasının olması gerekti**
(TCK'nın m. 158/1-j, 168/2, 62, 52,53)

Nitelikli dolandırıcılık suçundan sanık N.Ö.'ün 5237 sayılı TCY'nın 158/1-j, 168/2, 62, 52 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 22.500 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, B. 6. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 30.07.2008 gün ve 48-223 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 11. Ceza Dairesince 23.06.2009 gün ve 6946-7927 sayı ile;

“Sanık Nuri Öztürk'ün Garanti Bankası Sarıgazi Şubesinden sahte belgelerle Salih Kaplan adına düzenlenen kredi kartını alıp kullanma eylemi ile sanığın aynı şubeden aynı şekilde taşıt kredisi almak suretiyle dolandırıcılık suçunun birbirinden farklı suçlar olduğu dikkate alınmadan küll halinde dolandırıcılık suçu kapsamında kabul edilmesi ve sahte kredi kartı alıp kullanma suçu ile sanık Şah İsmail Bebe tarafından başkalarına ait kimlik bilgilerini içeren 'sahte nüfus cüzdanlarını' kullanmak suretiyle birden çok banka şubesinden gerçeğe aykırı kredi kartları alıp kullanmak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin, CGK'nun 27.05.2008 gün ve 2008/11-87/150 kararında açıklandığı üzere; 5237 sayılı TCK'nun 245/3. maddesinde yazılı 'banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması' suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının belirlenmesinde yanılığa düşülerek eylemin nitelikli dolandırıcılık suçlarını oluşturduğundan bahisle hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanıklara yüklenen resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının sübutu kabul, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde vasıflarını tayin, cezaları arttırıcı ve azaltıcı sebeplerin nitelik ve dereceleri takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş ve incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde eleştiri dışında bir

isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanıklar ve müdafilerinin verilen cezaların fazla olduğuna ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin onanmasına” karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 15.02.2011 gün ve 17137 sayı ile;

“Sanık N.Ö.’ün suç tarihinde Akbank Rumeli Şubesine başvuruda bulunarak sahte oluşturulmuş Salih Kaplan adına kimlik, imza beyannamesi ve vergi levhası ibraz ederek 27.000 TL taşıt kredisi kullanmak suretiyle bankaca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla işlediği nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak, Akbank Genel Müdürlüğünden alınan 10.05.2007 tarihli cevabi yazıdan sanığın 06.10.2005 tarihi itibarıyla kullandığı 27.000 TL taşıt kredisinin anaparasını 16.01.2006 tarihinde ödediğinin bildirildiği nazara alındığında, katılan bankanın suçtan doğan zararının iddianame ile kamu davasının açıldığı 17.02.2006 tarihinden önce soruşturma safhasında giderildiğinin anlaşılması karşısında sanığın müstet eyleminden dolayı 5237 sayılı TCK’nun 158/1-j maddesi gereğince cezalandırılmasına ilişkin verilen hükümde etkin pişmanlık nedeniyle TCK’nun 168/1. maddesi uyarınca cezasından üçte ikisine kadar bir indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, kamu davası açıldıktan sonra hükümden önce zararın giderildiğinin kabulü ile TCK’nun 168/2. maddesi uyarınca cezasından yarı oranında indirim uygulanarak sanık hakkında fazla ceza tayin edilmesi yasa-ya aykırı bulunmuştur” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

İtirazın kapsamına göre, inceleme sanığın, katılan Akbank T.A.Ş.’nin İstanbul Rumeli Şubesine yönelik işlediği nitelikli dolandırıcılık suçuyla sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanık Nuri Öztürk’ün nitelikli dolandırıcılık suçundan 5237 sayılı TCY’nun 158/1-j, 168/2, 62, 52 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay ha-

pis ve 22.500 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Yargıtay C.Başsavcılığı ile Özel Daire arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; katılan bankanın zararının giderildiği aşamanın saptanması ile buna bağlı olarak TCY'nın 168. maddesi uyarınca yapılması gereken indirim miktarının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık Nuri Öztürk'ün, Salih Kaplan sahte kimliği ile 06.10.2005 tarihinde Akbank Rumeli Şubesine başvurarak 27.000 Lira taşıt kredisi aldığı, katılan bankanın 10.05.2007 tarihli yazısına göre, sanığın kullandığı 27.000 Liralık taşıt kredisinin anaparasını 16.01.2006 tarihinde ödediği, 1.197,66 Lira faiz alacağına ise devam ettiğinin bildirildiği, sanığın itiraza konu olmayan diğer sanıklarla birlikte 29.11.2005 günü bir araç içinde bulunduğu sırada şüpheli davranışları nedeniyle kolluk görevlilerince yakalandığı, sanıkların üzerlerinde ve yakalandıkları araçta çok sayıda sahte kimlik ve kredi kartının elegeçtiği, bunun üzerine soruşturmanın genişletildiği ve sanık hakkında 17.02.2006 tarihli iddianame ile bu suçtan kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCY'nın 08.07.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Yasanın 20. maddesiyle değiştirilmiş bulunan 168. maddesi;

“(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeyen önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadar indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadar indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır” şeklindedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27.05.2008 gün ve 127-147 sayılı kararı başta olmak üzere birçok kararında da açıkça vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCY'nın 168. maddesinde yer alan "etkin pişmanlık" hükmünün uygulanabilmesi için, maddede sınırlı bir şekilde sayılan suçların işlenmesi halinde, failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi gerekmektedir.

5271 sayılı CYY'nın "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre soruşturma, "kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" aynı fıkranın (f) bendine göre ise kovuşturma, "iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade etmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, katılan Akbank T.A.Ş.'nin Rumeli Şubesinden aldığı 27.000 Lirayı soruşturma başladıktan sonra fakat henüz kovuşturma aşamasına geçilmeden 16.01.2006 tarihinde katılan bankaya tamamen ödediği görülmektedir. 5237 sayılı TCY'nın 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için uğranılan zararın tazmini yeterli olup ayrıca munzam zarar niteliğindeki faizin de ödenmesi koşul değildir. Bu nedenle, katılan banka zararını soruşturma aşamasında tamamen gideren sanık hakkında TCY'nın 168/1. maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken, yerel mahkemece aynı maddenin "kovuşturma başladıktan sonra ve hüküm verilmezden önce" etkin pişmanlığı düzenleyen 2. fıkrası uyarınca indirim yapılması suretiyle sanığa fazla ceza tayin edilmesinde ve bu hükmün onanmasına karar veren Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının sanık Nuri Öztürk'ün, katılan Akbank T.A.Ş.'nin Rumeli Şubesine yönelik işlediği nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Genel Kurul Üyesi; "zararın tamamen giderildiğinden sözedebilmek için faizin de ödenmesi gerektiği, faizin ödenmemesi halinde zararın tamamen giderilmiş olmayacağı, kısmi ödeme halinde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için TCY'nın

168/4. maddesi uyarınca mağdurun rızasının olması gerektiği, olayımızda ise katılan bankanın kısmi ödemeye muvafakatinin bulunmadığı, bu nedenlerle itirazın reddine karar verilmesi gerektiği” görüşüyle karşıoy kullanmışlardır.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23.06.2009 gün ve 6946-7927 sayılı onama kararının sanık Nuri Öztürk’ün, katılan Akbank T.A.Ş.’nin Rumeli Şubesine yönelik işlediği nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak **KALDIRILMASINA**,

3- Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.07.2008 gün ve 48-223 sayılı hükmünün sanık Nuri Öztürk’ün, katılan Akbank T.A.Ş.’nin Rumeli Şubesine yönelik işlediği nitelikli dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak **BOZULMASINA**,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **12.04.2011** günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 19.04.2011 * Temyiz yasa yoluna tabi olmayan kararların
E. 2011/6-84 tekerrüre esas alınamayacağı, dolayısıyla da
K. 2011/55 ceza kararnamesi ile verilen cezaların da te-
kerrüre esas olamayacağı kabul edilmiştir.

(765 sayılı TCK m.492/1-son, 522, 59/2 ve 81/1-3)

Sanık Cemal Eski’nin inceleme dışı bırakılan sanıklar Süleyman Dişbudak ve Halil Baycan ile birlikte işlemiş olduğu hırsızlık suçundan eylemine uyan 765 sayılı TCY’nın 492/1-son, 522, 59/2 ve 81/1-3.

maddeleri uyarınca 1 yıl 4 ay 27 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Karaman Asliye Ceza Mahkemesince verilen 26.03.2003 gün ve 61-222 sayılı hükmün, sanık müdafiiince temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 20.11.2006 gün ve 2551-11586 sayı ile, onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 25.03.2011 gün ve 27593 sayı ile;

“Sanık hakkında tekerrür hükümleri uygulanırken tekerrüre konu edilen Karaman Sulh Ceza Mahkemesinin 2001/94 esas, 2001/68 sayılı kararı, hüküm niteliğinde olmayıp, ceza kararnamesi olduğundan, tekerrüre esas olamayacağı, adli sicil kaydında da sanığın başkaca tekerrüre esas alınabilecek kaydı bulunmamasına göre, sanık hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacağının gözetilmemesi nedeniyle bozma kararı yerine, onama kararı verilmesi, isabetsiz görülmele” görüşüyle, Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesini itiraz yasa yoluyla talep etmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık Cemal Eski hakkında kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; ceza kararnamesi ile hükmolunan cezaların tekerrür hükümlerinin uygulanmasında nazara alınıp alınamayacağının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğine göre;

Yerel mahkeme tarafından sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanmasında esas alınan karar, Karaman Sulh Ceza Mahkemesinin 06.02.2001 gün ve 94-68 sayılı, 765 sayılı TCY'nın 456/4 ve 457/1. maddeleri uyarınca 121.680.000 lira ağır para cezasına ilişkin ceza kararnamesi olup, bu kararnamenin itiraz edilmemesi nedeniyle kesinleştiği ve 18.09.2001 tarihinde de infaz edildiği anlaşılmaktadır.

5271 sayılı CYY da düzenlenmemiş olan Sulh Ceza Hakiminin ceza kararnamesi 1412 sayılı CYUY'nın 386 ila 391. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, genel yargılama kurallarından farklı kuralları bulunan, kendine özgü hızlandırılmış bir yargılama yöntemidir. Bu yargılamanın en önemli özelliği, sanık davet edilip sorgusu yapılmadan ve kanıtlar ortaya konulup tartışılmadan, evrak üzerinden karar verilmesidir. Bir başka anlatımla duruşma açılarak yüz yüze yargılama yapılmadan, mevcut kanıtlarla yetinilmek suretiyle dosya üzerinden karar verilmektedir. Bu yolla basit işlerin çabuk çözümlenmesi, mahkemelerin iş yüklerinin hafifletilmesi, basit suçların yargılamalarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılması amaçlanmıştır.

Ceza Genel Kurulunun 10.06.2003 gün ve 184-186 sayılı kararında da belirtildiği üzere; ceza kararnamesi ile verilen kararlar temyiz yasa yoluna değil, CYUY'nın 390. maddesi gereğince itiraz yasa yoluna tâbidir. İtiraz edilmeyen veya süresinde yapılan itirazın reddedilmesi halinde kesinleşen ceza kararnameleri, son karar niteliğini aldığından hükmün sonuçlarını doğuracak ve infaz edilecektir.

Diğer taraftan yerleşmiş ve tartışmasız yargısal kararlarla da; temyiz yasa yoluna tabi olmayan kararların tekerrüre esas alınamayacağı, dolayısıyla da ceza kararnamesi ile verilen cezaların da tekerrüre esas olamayacağı kabul edilmiştir. O halde yerel mahkemece sanık hakkında daha önce ceza kararnamesi ile verilip infaz edilmiş cezanın tekerrüre esas alınması usul ve yasaya aykırı olup, yerel mahkeme hükmünün, belirtilen yasaya aykırılıklar nedeniyle bozulması gerekirken Özel Dairece onanmasına karar verilmesi isabetsizdir.

İtiraz nedeni konusunda varılan bu sonuç ve yerel mahkeme hükmünün, itiraz yasa yolu üzerine Ceza Genel Kurulunca belirtilen Yasaya aykırılık nedeniyle bozulmasına karar verilmiş bulunduğu nazara alındığında, Özel Daire onama kararı ile kesinleşen ilamın ortaya çıkan bu yeni durum karşısında zamanaşımı yönünden de değerlendirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş kararlarında da vurgulandığı üzere, Ceza Genel Kurulunca inceleme yapılırken, Özel Daire kararının hukuka aykırı görülerek kaldırılması ve yerel mahkeme hükmünün esastan veya usulden bozulması halinde, itirazın kabulü ile dava derdest hale geleceğinden, dava zamanaşımı süresinin dolduğunun saptanması durumunda kamu davasının düşmesi-

ne de karar verilmesi gerekmektedir. İnceleme konusu yapılan olayda, her ne kadar sanık hakkında 765 sayılı TCY'nın 493/1-son. maddesi uyarınca kamu davası açılmış ise de, yerel mahkeme tarafından mahallinde yapılan keşif ve alınan bilirkişi raporuna göre sanığın eyleminin anılan Yasanın 492. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen geceleyin bina dahilinden hırsızlık suçunu oluşturduğu, dosya içeriği itibarıyla de daha ağır bir suç oluşturma olasılığı bulunmadığı, 765 sayılı TCY'nın 492/1-son maddesinde düzenlenmiş olan hırsızlık suçunun 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasını gerektirmesi, 765 sayılı TCY'nın 102. maddesinin 4. fıkrasında, beş seneden fazla olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda olağan dava zamanaşımı süresinin 5 yıl olarak belirlenmesi, zamanaşımını kesen en son işlemin ise 26.03.2003 tarihli yerel mahkeme mahkûmiyet kararı olması karşısında, 765 sayılı TCY'nın 102/4. maddesi uyarınca mahkumiyet kararının verildiği 26.03.2003 tarihinden itibaren 5 yıllık olağan zamanaşımı, dosyanın Ceza Genel Kuruluna intikalinden çok önce 26.03.2008'de dolmuş bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire onama kararının sanık Cemal Eski yönünden kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün de sanık Cemal Eski yönünden bozulmasına, ancak zamanaşımı gerçekleşmiş bulunduğundan, sanık Cemal Eski hakkında açılmış bulunan kamu davasının 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

- 1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,
- 2- Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 20.11.2006 gün ve 2551-11586 sayılı onama kararının sanık Cemal Eski yönünden **KALDIRILMASINA**,
- 3- Karaman Asliye Ceza Mahkemesinin 26.03.2003 gün ve 61-222 sayılı kararının sanık Cemal Eski yönünden **BOZULMASINA**, ancak itirazın kabulü ile kamu davası derdest hale gelmiş olmakla, zamanaşımını kesen en son işlem olan 26.03.2003 tarihli yerel mahkeme mahkumiyet kararından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi, dosyanın Ceza

Genel Kuruluna intikalinden önce dolmuş olup, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesi uyarınca karar verilmesi olanaklı bulunduğundan, sanık Cemal Eski hakkında hırsızlık suçundan açılan kamu davasının 765 sayılı TCY'nın 102/4 ve 5271 sayılı CYY'nın 223. maddeleri uyarınca **DÜŞMESİNE,**

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE, 19.04.2011** günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T.12.04.2011 * **Yargılama makamları suç isnadı nedeniyle oluşan uyuşmazlığı çözümlerken ele geçirilen ve kendiliklerinden getirilen ya da iddia ve savunma doğrultusunda sunulan belgelerin güvenilirliğini de denetlemek durumundadırlar.**

E. 2010/8-238

K. 2011/51

(5237 say. TCK m.62; 5721 say. CMK m. 135; 6136 Say.Kan. m.12/2)

Toplu halde silah kaçakçılığı suçundan sanık Mahmut'un eylemine uyan 6136 sayılı Yasanın 12/2 maddesi uyarınca 10 yıl hapis ve 450 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanıklar Salih ve Zeki'nin ise eylemlerine uyan 6136 sayılı Yasanın 12/2 ve 5237 sayılı TCY'nın 62. maddeleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL adli para cezası ile cezalandırılmalarına, sanıklar hakkında 53. maddenin uygulanmasına ilişkin, Ünye Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.04.2008 gün ve 200-74 sayılı hükmün sanıklar müdafilerince temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 17.03.2009 gün ve 831-4016 sayı ile;

"Belgelendirmenin sağlanması ve denetime olanak tanınması açısından, hükme esas alınan Korgan Sulh Ceza Mahkemesi'nin 06.01.2006 gün ve 2006/5 Müt. sayılı iletişimin tespiti kararı, 21.04.2006 gün ve 2006/27

Müt. sayılı arama kararı ile tüm soruşturma evrakının asılları yada onaylı suretlerinin dosyada bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi” isabetsizliğinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Bozmadan sonra yargılama yapan Ünye Ağır Ceza Mahkemesince 03.09.2009 gün ve 155-148 sayılı ile; sanık Mahmut’un eylemine uyan 6136 sayılı Yasanın 12/2. maddesi uyarınca 10 yıl hapis ve 450 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanıklar Salih ve Zeki’nin ise eylemlerine uyan 6136 sayılı Yasanın 12/2 ve 5237 sayılı TCY’nın 62. maddeleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis ve 375 YTL adli para cezası ile cezalandırılmalarına, sanıklar hakkında 53. maddenin uygulanmasına karar verilmiştir.

Hükmün sanıklar müdafileri tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesince 19.08.2010 gün ve 5109-10326 sayı ile, hükmün düzeltilerek onanmasına sanık Mahmut Kazi yönünden oy birliği, sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi yönünden ise oy çokluğu ile karar verilmiş, Nöbetçi Daire Başkanı Mahmut Acar ve nöbetçi Daire üyesi Ahmet Karayığit ise; sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 10.11.2010 gün ve 59094 sayı ile;

“Sanıklar hakkında Ünye Ağır Ceza Mahkemesince toplu silah ticareti suçundan yargılama yapılarak sanıklar hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması sonucu Yüksek Yargıtay 8. Ceza Dairesince verilen mahkûmiyet hükmü kısmen karşı düşünce ile onandığı, ancak sanıklar Zeki Kazi ve Salih Kazi hakkında soyut telefon görüşme tutanakları dışında, iddianın başka deliller ile desteklenmediği şüpheden uzak kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediğinden bu sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekçesi ile kısmen karşı düşünce ile kararın bozulması şeklinde olduğu görülmüştür.

Ancak; sanıklar Zeki Kazi ve Salih Kazi hakkında açılan toplu silah ticareti suçunda, telefonları dinlemeye alınan sanıklar Mahmut Kazi ve Zeki Kazi ile dinlemeye takılan Salih Kazi’nin üzerlerine atılı suçu işlediklerine dair savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgular ile desteklenmeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda ise herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı görülmüş olup bu nedenle, atılı suçtan sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi’nin beraatlerinin gerektiği,

Sanık Mahmut Kazi ise birlikte topluluk oluşturan sanıklar Zeki ve Salih Kazi'nin de beraati dolayısıyla sanık Mahmut Kazi'nin de eylemi bireysel silah ticareti suçunu oluşturduğu anlaşılmıştır” görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire düzelterek onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün bozulmasına, sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi'nin beraatlarına, sanık Mahmut Kazi'nin ise bireysel silah ticareti suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanıklar Mahmut Kazi, Salih Kazi ve Zeki Kazi hakkında kurulan hükümlerle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire çoğunluğu ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi'nin üzerlerine atılı toplu silah kaçakçılığı suçunun sabit olup olmadığı, buna bağlı olarak da sanık Mahmut Kazi'nin eyleminin nitelendirilmesi noktalarında toplanmakta ise de; sanık Mahmut Kazi ile sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi arasında toplu silah kaçakçılığı suçuna yönelik olarak yapıldığı iddia olunan telefon görüşmelerine ilişkin olup, hükme esas alınan iletişimin tespiti tutanakları denetime olanak verecek şekilde dosya içerisinde bulundurulmadan hüküm kurulmasının olanaklı olup olmadığı hususu öncelikle değerlendirilecektir.

Ceza Yargılamasının amacı, somut gerçeğin ortaya çıkarılması olup bunun için başvuru kanıtlanma araçlarından biri de belgelerdir. Yargılama makamları suç isnadı nedeniyle oluşan uyuşmazlığı çözümlerken ele geçirilen ve kendiliklerinden getirilen ya da iddia ve savunma doğrultusunda sunulan belgelerin güvenilirliğini de denetlemek durumundadırlar. Güvenilirliğin denetlenebilmesi için belgenin aslının veya bunun olanaklı olmaması halinde de aslına uygunluğu yetkili makam veya kişilerce onanmış örnek ya da kopyalarının dosyaya konulması gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi uyarınca sanık Mahmut Kazi'nin kullandığı 0 535 770 56 50 ve 0 535 581 85 11 numaralı telefonlara yönelik olarak Korgan Sulh Ceza Mahkemesince verilen 06.01.2006 gün ve 2006/5 değişik iş sayılı iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararına istinaden tespit edilen ve sanık Mahmut Kazi'nin sanıklar Salih Kazi ve Zeki Kazi ile toplu silah kaçakçılığı suçu kapsamında yaptığı değerlendirilen telefon görüşmelerine ilişkin, yerel mahkeme tarafından hükme esas alındığı belirtilen iletişimin tespiti tutanaklarının dosya içerisinde bulunmadığı görülmektedir.

Hükme esas alındığı belirtilen iletişimin tespiti tutanaklarının, belgelendirilmenin sağlanması ve denetime olanak tanınması açısından aslı veya onaylı suretleri getirilmeden temyiz incelemesinin yapılması hukuken olanaklı değildir.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Daire düzelterek onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile KABULÜNE,

2- Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 19.08.2010 gün ve 5109-10326 sayılı düzeltilerek onama kararının sanıklar Mahmut Kazi, Salih Kazi ve Zeki Kazi yönünden KALDIRILMASINA,

3- Ünye Ağır Ceza Mahkemesinin 03.09.2009 gün ve 155-148 sayılı hükmünün sanıklar Mahmut Kazi, Salih Kazi ve Zeki Kazi yönünden sair yönleri incelenmeksizin saptanan usule aykırılık nedeniyle BOZULMASINA,

4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.04.2011 günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

T. 19.04.2011 * Basılmış eserler yoluyla işlenen ceza davalarının belli sürelerde açılması zorunludur. Buna göre günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden ise dört ay içinde ceza davalarının açılması gerekmektedir.

E.2010/7-250

K.2011/53

(5187 say. Basın K. 26/1-2; 5271 say. CMK m.175/1;223/8)

Sanık Necdet hakkında Basın Yasasına Aykırılık suçundan açılmış olan kamu davasının 5187 sayılı Basın Yasasının 26/1-2. maddesinde belirtilen hak düşürücü nitelikteki iki aylık süre geçtikten sonra açılmış olması nedeniyle 5271 sayılı CYY'nun 223/8. maddesi uyarınca düşürülmesine ilişkin, Bağcılar 2. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 12.12.2006 gün ve 524-808 sayılı hükmün yerel Cumhuriyet savcısınca temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 19.10.2010 gün ve 15144-15225 sayı ile, hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 03.12.2010 gün ve 81036 sayı ile;

"Yargıtay 7. Ceza Dairesi ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasında hukuki uyumsuzluk, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26/1,2. maddesinde belirtilen dava açma süresinin belirlenmesinde Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin mahkemeye verildiği tarihin mi, yoksa iddianamenin kabulü kararının verildiği tarihin mi esas alınacağı hususuna ilişkindir.

1. Dosya incelendiğinde görüleceği üzere; Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı, resen takibi gereken 5187 sayılı Kanununun 21/c. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle sanık Necdet Tatlıcan hakkında yaptığı soruşturma sonucunda, 22.09.2000 tarih ve 2006/297 numaralı iddianamesiyle, suç tarihi olan basılmış eserin Cumhuriyet Başsavcılığına teslimi tarihinden itibaren aynı Kanununun 26/1-2. maddesindeki iki aylık süre içinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmıştır.

2. Ancak, iddianamenin mahkeme tarafından reddolunması ve bu karara karşı yapılan itiraz üzerine, itiraz merciince iddianamenin iadesi kararının

kaldırılması sonucunda iddianame mahkemenin esas defterine kaydolunarak yargılamaya başlanmıştır. Somut olayda iddianamenin kabulünün iki aylık süre geçtikten sonra gerçekleşmesinin nedeni, iddianamenin kabulüne ilişkin yasa yolu prosedürünün sonuçlanmasının belirli bir zaman gerektirmiş oluşudur.

3. Uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak mevzuatımızdaki hükümlere baktığımızda; 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 'Dava açma süresi' kenar başlıklı 26/1-2. maddeleri şöyledir;

'Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz'

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddeleri ise şöyledir:

Kamu davasını açma görevi

Madde 170 – (1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.

İddianamenin kabulü ve duruşma hazırlığı

Madde 175 – (1) İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar.

4. Kamu Davasının Açılması

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 175/1. maddesi, 'İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar' hükmünü içermekte olup, bilindiği üzere 5187 sayılı Basın Kanunu 26.06.2004 tarihinde yani CMK'nın yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir yıl önce yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 5187 sayılı Kanunun kabul edildiği dönemde

iddianamenin kabulü kurumunun mevcut olmadığı hususu gözetildiğinde, Basın Kanunu 26. maddedeki dava açma süresinin denetlenmesi bakımından CMUK md. 163/1. maddenin gözetilerek iddianamenin mahkemeye verildiği tarihin esas alınması gerekecektir.

Bir an için aksini yani dava açma süresinin iddianamenin kabulü tarihi ile sınırlandırılmı kabul edecek olur isek; iddianamenin kabulü sürecinin tamamlanmasına ilişkin olarak aşağıda belirteceğimiz tüm olasılıklarda dava açma süresi 'özel yasada öngörülmemesine karşın' fiilen kısaltılmış olacaktır.

1. Olasılık; CMK 174/1. maddesiyle mahkemelere tanınan onbeş günlük iddianameyi inceleme süresinin (Feyzioğlu'na göre; 'Maddedeki on beş günlük süre, davayı açan iddia makamına değil, kendisine sunulan iddianame üzerine işlem yapmakla yükümlü kılınan mahkemeye hitap etmektedir' Bkz. Metin FEYZİOĞLU: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 62, 2006, s. 39.) tamamının kullanılması veya süre sonunda bir kabul kararı verilmeyerek CMK 174/3. maddesinde düzenlenen 'otomatik-kendiliğinden kabul' sonucunu doğuran durumlarda sürenin kısalmasına neden olunacaktır.

2. Olasılık; CMK 174/4. fıkradaki 'Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez' kuralının somut uygulanması halinde ise, iddianamenin iadesi kararı üzerine Cumhuriyet Savcısının eksiklikleri gidererek yeniden iddianame düzenlemesi halinde, farklı sebeplere dayanılarak yine iade kararı verilebileceği gözetildiğinde, bunun üzerine itiraz yasa yoluna başvurulması halinde de yine sürenin kısalmasına neden olunacaktır.

3. Olasılık; iddianamenin reddi kararlarına itiraz edilmesi durumunda (CMK 174/5, CMK 267 vd.) itirazın kabulü üzerine açılan davalarda itiraz incelemesinin tamamlanması bir süre almaktadır. Gerçekten de, CMK 271/3 'de 'Karar mümkün olan en kısa sürede verilir' denilmiş, dolayısıyla itiraz incelemesinin sonuçlandırılması herhangi bir düzenleyici süreyle sınırlandırılmamıştır, böylelikle, belirtilen durumda da sürenin kısalmasına neden olacaktır (Uygulamaya konu olan somut dosyada da durum böyledir).

Yukarıda belirttiğimiz tüm olasılıklarda dava açma süresi 'özel yasada

öngörülmemesine karşın' fiili durum nedeniyle ve belirsiz bir süre için kısaltılmış olacaktır. Çünkü değinilen süreçlerin tamamlanması için ihtiyaç duyulacak süre belirsiz olduğu gibi, sürecin tamamlanması yönünden de farklı savcılıkların ve mahkemelerin farklı uygulamaları da gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bahsedilen tüm olasılıklarda dava açma süresini iddianamenin kabulü kararına bağlayarak sınırlamak 'özel yasada öngörülmemesine karşın' dava açma süresini fiilen kısaltmak olacaktır ki, yasa koyucunun bunu amaçlamadığı tartışmasızdır.

5. CMK madde 170 ve 175'in Kanunda Düzenlendiği Yer, Amacı ve Anlamı

Bilindiği üzere CMK'nın İkinci Kitabı, adından da anlaşıldığı üzere 'soruşturma evresi' ni düzenlemektedir. 170. madde ise, 'kamu davasının açılması' başlığını taşıyan İkinci Kitabın İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer almaktadır.

CMK'da 'Kovuşturma Evresi' ise Üçüncü Kitapta düzenlenmiş olup, bu kitabın 'Kamu Davasının Yürütülmesi' başlıklı Birinci Kısımının 'Duruşma Hazırlığı' başlıklı Birinci Bölümünde ise CMK 175. maddeye yer verilmiştir.

CMK 170 ve 175. maddelerin Kanunda düzenlendiği yerden de anlaşılacağı üzere, CMK 175. maddesi, kamu davasının açılma koşullarını gösteren bir hüküm olmayıp, Üçüncü Kitap'ın başlığında da işaret edildiği gibi kovuşturma evresine geçilmesinin koşulu olarak iddianamenin kabulü kararı aranacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, CMK 175/1. maddedeki kural yargılama makamına yönelik bir buyruk olup, iddianamenin kabul edilmesiyle kovuşturma evresine geçileceği kuralını koymaktadır. Yine CMK'nın 'Tanımlar' başlıklı 2/ 1-e-f maddeleri de;

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

İfade eder.

Şeklindeki tanımları ile de iddianamenin kabulü kararının kovuşturma aşamasına geçişin bir koşulu olduğu görüşünü doğrulamaktadır.

CMK 175/1. maddedeki norm belirtildiği şekilde amaçsal olarak yoruma tabi tutulmayı, lafzi olarak yorumlandığı takdirde, yani 'iddianameyi kabul kararı ile kamu davasının açılmış sayılması' durumunda ceza muhakemesi hukukunun temel esaslarına aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Gerçekten de, bu düşüncenin kabulü halinde; CMK 175/1. maddenin lafzına göre kamu davası iddianamenin kabulü kararı ile açılmış sayılacağından, kabul kararını veren de yargılama makamı olduğuna göre, sonuç olarak kamu davasını açan makam da kabul kararını veren yani yargılama makamı olmaktadır. Dolayısıyla bu durum, iddia ve yargılama fonksiyonlarının aynı süjude birleşmesi gibi tehlikeli bir hal doğurabilecektir. Ortaçağda var olan tahkik sistemini çağrıştıran bu halin, işbirliği sisteminin temellerini ve savunma hakkını ortadan kaldırarak, adil yargılama hakkının ve suçsuzluk karinesinin de ihlali anlamına geleceği tartışmasızdır. (Doktrinde iddianamenin kabulüne kurumuna ilişkin olarak; 'Eğer kamu davası açılması için yeterli şüphenin bulunup bulunmadığının da yargılama makamınca denetlenmesi isteniyor ise, bu denetimin yargılamayı yapacak olandan başka bir hakime yaptırılması zorunludur. Yoksa, aslında insan hakları lehine düşünülmüş bir düzenlemenin savunma hakkını nasıl derinden yaralayabileceğinin özgün bir örneği yaratılmış olacaktır' eleştirisi haklı olarak getirilmektedir, bkz. FEYZİOĞLU, a.g.m., s. 40.) Diğer taraftan, CMK 170/1. maddedeki kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği yolundaki hüküm de kamu davasını açanın iddia makamı olduğu görüşünü doğrulamaktadır.

Yenisey'e göre de; CMK 175'deki kamu davasının 'iddianamenin kabul edilmesi kararı' ile açılmış sayılması şeklindeki düzenleme sistemi karıştırmış olup, iddianamenin mahkemeye verilmesi ile kamu davası açılmalı, fakat son soruşturmayla geçmek için 'iddianamenin kabulü kararı', 'son soruşturmanın açılması kararı' halini almalıdır. (Feridun YENİSEY: Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, İstanbul 21 Haziran 2008, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu'nda sunulan tebliğ metni, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul Haziran 2009, s. 240-241.)

Öte yandan, kamu davasının açılmasını iddianamenin kabulüne bağlamak, Cumhuriyet Savcısı tarafından CMK 170'e göre düzenlenen iddianameye de neredeyse hukuki bir sonuç atfetmemek gibi hatalı bir düşünceyi akla ge-

tirebilecektir. Halbuki 'davasız yargılama olmaz' ilkesi gereğince 'iddianame' yargılama evresine geçilmesini sağlayan ve ceza davasının sınırlarını çizen temel belgedir. Nitekim ceza hukuku sistemimizde iddianamenin düzenlenmesine birtakım önemli sonuçlar bağlanmış olup, iddianame düzenlenmesi ile dava zamanaşımının kesilmesi (TCK md. 66/2-c) bunlardan birisidir. Buradan hareketle, iddianamenin düzenlenmesi ile dava zamanaşımının kesilmesi kabul edilmesine rağmen, dava açma süresinin iddianamenin düzenlenmesine bağlı saymayıp, başka kriterler aramak hukuk sistemimizde uygulama birliğini bozabilecek sonuçların doğmasına neden olabilecektir.

6. Basın Kanunundaki Dava Açma Süresinin Amacı ve Niteliği:

Basın Kanununda düzenlenen dava açma süreleri, basın suçlarının yargılanması usulünde sürat ilkesinin göz önünde tutulması nedeniyle kanun koyucu, basın olgusunun özelliği nedeniyle basın yoluyla işlenen suçlarda dava açılmasını hak düşürücü süreye tabi kılmıştır. (Sulhi Dönmezer, *Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargılama Usulü*, İstanbul 1946, s.155-158. Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1976, s. 707). Kanun koyucunun dava açmayı kısa sürelerle sınırlandırmasındaki amaç, yapılan haber dolayısıyla uzun zamanaşımı süreleri boyunca basının cezalandırılma baskısı altında kalmasının engellenmesidir. Dava açma süresinin getirilmesindeki temel amacın bu olmasına karşılık, dava açma süresinin başlangıcı yönünden Kanununun 26/2. maddesi ile getirilen ve dava açma süresini zamanaşımı süresine kadar uzatan norm, basın suçlarının kısa dava açma sürelerine tabi tutulması ilkesiyle bağdaşmamakta oluşu nedeniyle eleştirilmektedir. (İhsan BAŞTÜRK: *Basın Kanununda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu*, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2010, Sayı 86, s. 159.) Sonuç olarak, Basın Kanununun getirdiği sürelerin mutlak süreler olmadığı, istisnalarını -hem de yoğun biçimde- kendi içinde barındırdığı görülmektedir.

Belirtilen dava açma süresinin 'hak düşürücü süre' niteliğinde olduğu hem doktrinde hem de Yüksek Yargıtay kararlarında kabul edilmekte (Yargıtay 4. CD'nin 28.11.2007 tarihli ve 2007/7328 E.-2007/10102 K. sayılı ve yine 04.03.2009 tarihli ve 2008/20551 E. 2009/3996 sayılı kararları gibi...) ve bu süreler içinde kamu davasının açılması zorunluluğu ise 'yargılama şartı' olarak görülmektedir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi 03.12.2008 tarihli ve 2007/5669 E. ve 2008/21602 K. sayılı ve 13.05.2009 tarihli ve 2007/11100 E. ve 2009/9266 K. sayılı kararları).

7. CMK ve Basın Kanunundaki Normların İlişkisi

5237 sayılı CMK'nın usul kanunu olması nedeniyle derhal yürürlüğe girmesi söz konusudur. Diğer taraftan, Basın Kanunu'nun 26. maddesi de özel kanunda yer alan bir usul hükmüdür. Dolayısıyla, hukuki sorunun kaynağı, genel kanun niteliğindeki CMK ile özel kanun olan Basın Kanununun aynı konuda farklı düzenlemeler getirmekte oluşudur.

Gerçekten de yasa koyucu 2004 yılında 1412 sayılı CMUK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde yasalaştırdığı Basın Kanunu'nun 26. maddesi ile basın yolu ile işlenen suçlar ve Basın Kanununda düzenlenen suçlar bakımından değindiğimiz düşünceden hareketle dava açmayı hak düşürücü süreye tabi tutmuştur. Bundan bir yıl sonra yürürlüğe koyduğu CMK 175/1. maddesi ile de; 'iddianamenin kabulüyle kamu davasının açılmış olacağı' kuralını getirmiştir. Kanun koyucunun bir yıl ara ile yaptığı bu iki ayrı yasal düzenlemede farklı düşüncelerle hareket ettiğinin kabulü zorunludur.

Ceza hukuku mevzuatımızı tamamen gözden geçiren ve yeni bir ceza adalet sistemi oluşturmak düşüncesiyle hareket eden yasa koyucu bu bağlamda, 2008 yılında ceza hükmü içeren özel kanunlardan yüzlercesini değiştirerek genel hükümlere uygun hale getirmiş, CMK birçok defalar değiştirilmiştir. Örneğin bu anlamda özel kanun olup, içinde ceza usul hukukuna ilişkin kurallar barındıran 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun usul hukuku hükmü niteliğindeki 75, 76, 77. maddelerinde değişikliğe gidilerek burada yer alan kurallar CMK ile uyumlu hale getirilmiştir. Ancak, demokratik toplum açısından yaşamsal önem taşıyan Basın Kanunundaki anılan dava açma süresine ilişkin kurala dokunulmamıştır. Düşüncemize göre, bunun bir anlamı vardır, kanaatimizce bunun nedeni yasa koyucunun iki aylık dava açma süresini CMK'nın genel nitelikteki normları ile yani iddianamenin kabul tarihi ile sınırlamak istemeyişidir. Çünkü dava açma süresini iddianamenin kabulüyle sınırlayarak fülen kısaltmak, uygulamada delillerin tam olarak toplanarak dava açılmasını engelleyecek, savcıların salt 'süresinde davayı açmış olmak ve görevi ihmal etmiş olma durumuna düşmemek için dava açmak' şeklinde gerçekleşebilecek davranışlarının doğmasına zemin hazırlayabilecektir. Bu durum da deliller yeterince toplanmadan, eksik soruşturma ile açılan davalar sonucunda masum kişilerin yargı önüne çıkarılması gibi istenmeyen durumların doğmasına neden olabilecektir ki, bunun da adil yargılama hakkının ihlali olacağı muhakkaktır.

8. CMK ve Basın Kanunu Normları Arasındaki İlişkinin Niteliği

Somut olayımızda, genel kanun niteliğindeki CMK normu ile özel kanun olan Basın Kanunu normu arasındaki ilişki kural – istisna ilişkisidir. Basın özgürlüğünün demokratik toplumlardaki yaşamsal önemi nedeniyle basın tabi olacağı esaslar ayrı bir kanun ile düzenlenmiştir. Bu kanunda, basın organları ile çalışanlarının işlevlerinin özellikleri gözetilerek birçok konuda basına özgü –istisnai nitelikte düzenlemeler yapılmıştır. Kamu davası açılmasının da süreye tabi tutulması da belirtilen mahiyetteki düzenlemelerden birisidir. Gerçekten de ceza hukuku mevzuatımızda kamu davası açılmasının süreye tabi tutulduğu yalnızca iki kanun vardır, bunlardan birisi 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 180. maddesi, (298 sayılı Kanun Madde 180 – (Değişik: 17/5/1979 - 2234/1 md.):

(Değişik: 10/6/1983 - 2839/61 md.) Seçim suçlarından doğan kamu davası, seçimin bittiği tarihten itibaren iki yıl içinde açılmadığı takdirde kovuşturma yapılamaz.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda izin veya kararın alınması için yapılan müracaat tarihi ile izin veya kararın verildiği tarih arasında geçen süre dava süresi hesabına katılmaz. Ancak, bu süre üç ayı geçemez) diğeri ise inceleme konumuzu oluşturan Basın Kanunu'nun 26. maddesidir. Yasa koyucunun sadece bu iki kanunun uygulaması nedeniyle kamu davası açmayı (zamaşımı süresi içinde bulunmak kaydıyla) hak düşürücü süreye tabi tutmuş olması gerçekten anlamlıdır. Seçimlerin gerçekleştirilmesinin ve basın özgürlüğünün sağlanmasının demokratik hayatın esaslı bir unsuru olduğu gözetildiğinde belirtilen iki kanundaki istisnai nitelikteki düzenlemenin amacı daha iyi anlaşılacaktır.

İşte bu nedenlerle Basın Kanunu'ndaki dava açma süresini düzenleyen 26. madde hükmünün istisna bir hüküm olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda yani, iki norm arasında kural – istisna ilişkisinin mevcut olduğu durumda, doktrinde; 'Eski kanun özel ise, yeni genel kanunun eski özel kanuna aykırı olduğu söylenemez. İstisna olduğuna göre, eski özel kanun yürürlükte kalır. Eğer onun da ilga edilmesi isteniyorsa, ilga ediş açık olmalıdır' görüşü haklı olarak ifade edilmektedir (Nurullah KUNTER / Feridun YENİSEY/ Ayşe NUHOĞLU: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, on-beşinci bası, İstanbul Kasım 2006, s. 551-552). Sonuç olarak Basın Ka-

nunundaki dava açma süresine ilişkin kuralın 'istisna normu' olması gözetilerek, evleviyetle uygulanması gerekli olup, salt iddianamenin düzenleyerek mahkemeye verilmiş olması yeterlidir. Yoksa, davanın süresinde açılmış sayılması için iddianamenin kabulü prosedürünün de tamamlanması gerektiği şeklindeki genişletici yorum yasa koyucunun arzu etmediği şekilde dava açma sürelerinin kısılması sonucunu doğuracaktır.

9. Yüksek Yargıtay Uygulaması

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin, somut uyuşmazlık konusuna ilişkin çeşitli kararlarında suç tarihine göre bir ayrıma gitmeyi tercih ederek, suç tarihi 01.06.2005 tarihinden önce olan fiiller yönünden Basın Kanunundaki dava açma süresi bakımından iddianamenin düzenlenme tarihini esas aldığı (Örneğin 4. CD. 04.03.2009 tarihli ve 2008/20551 E. - 2009/3996 K. sayılı), suç tarihi yeni dönemde yani 01.06.2005 tarihinden sonra olan fiiller yönünden ise, iddianamenin kabul tarihini esas aldığı görülmektedir.

Yargıtay 4. CD. bu kararlarında özetle; '...5187 sayılı Basın Yasasının 26/1. maddesinde ceza davalarının açılmasına ilişkin hak düşürücü nitelikteki sürelerin, yasa koyucu tarafından 1412 sayılı CYY'nın yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı CYY uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet savcılığına tanınan 2 aylık dava açma süresinin, sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY'nın 175.maddesi hükmünün, 5187 sayılı basın Yasasını düzenleyen yasa koyucunun amacına aykırı biçimde yorumlanması suretiyle kısaltılmayacağı' görüşünü haklı olarak savunmaktadır.

Bu görüşe kısmen katılmakla birlikte, burada dayanan '1412 sayılı CYY'nın yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.06.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı CYY uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet savcılığına tanınan dava açma süresinin de sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği' görüşünden hareketle ve yukarıdan itibaren açıkladığımız gerekçelerle 01.06.2005 tarihinden sonra işlenen suçlar yönünden de dava açma süresinin denetiminde iddianamenin düzenlenme tarihinin esas alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, 5187 sayılı Kanunun kabul edildiği dönemde iddianamenin kabulü kurumunun mevcut olmadığı, bu normun yürürlüğe girdiği tarihte ve sonrasında halen devam eden yasa koyucunun iradesi de göz önünde bulundurulmalı ve Basın Kanunu md. 26'daki dava açma süresini düzenleyen usul hukuku normunun CMK normlarına göre 'istisna norm' niteliği taşıması nedeniyle bu istisna normun uygulanması gerektiği kabul edilerek iddianamenin düzenlendiği tarih itibarıyla dava açma süresi hesaplanmalıdır.

Aksi düşüncenin kabulü halinde ise; kanun koyucunun iradesine rağmen dava açma süresi fülen kısaltılmış hale gelecek, iddianamenin iadesi veya incelenme süresinin uzun olması gibi hallerde Cumhuriyet Savcısına yüklenemeyecek gecikmelerden dolayı hak düşürücü sürenin geçmiş sayılmasına neden olunabilecek, yargı birliğini bozacak uygulamalara yol açılabilecek, Basın Kanunundaki usul hukuku normunun CMK normuna nazaran 'istisna' norm olduğu ve evleviyetle uygulanması gerektiği ilkesi görmezden gelinmiş olacaktır. CMK 175/1. maddedeki norm amaçsal olarak yoruma tabi tutulmayıp, lafzi olarak yorumlandığı takdirde, yani 'iddianameyi kabul kararı ile kamu davasının açılmış sayılması' durumunda ceza muhakemesi hukukunun temel esaslarına aykırı sonuçlar ortaya çıkacak, bu durum, iddia ve yargılama fonksiyonlarının aynı sükjede birleşmesi gibi tehlikeli bir hal doğurabilecek, işbirliği sisteminin temellerini ve savunma hakkını ortadan kaldırarak, adil yargılama hakkını ve suçsuzluk karinesini de ihlal de edebilecektir.

Somut olayda, yerel mahkemenin kamu davasının CMK 223/8. maddesi gereğince düşürülmesine ve Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bu hükmün onanmasına ilişkin kararları hukuka uygun değildir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire onama kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün bozulması talebinde bulunmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık

hakkındaki kamu davasının 5187 sayılı Basın Yasasının 26. maddesinde düzenlenen 2 aylık sürede açılıp açılmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinde;

5187 sayılı Basın Yasasının 2. maddesi uyarınca günlük süreli yayınlardan olan Hürriyet Gazetesinin 08.02.2006 günlü nüshasında, Trabzon'da işlenmiş olan kasten öldürme suçunun şüphelisi olduğu belirtilen ve suç tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük olan O.A.'nın tanınmasına neden olacak şekilde yayın yaptığından bahisle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne 14.02.2006 gün ve 5529 sayılı ile Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığından söz konusu haberin incelenerek işlem yapılmasının istendiği, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına 2006/1756 sayılı dosyası üzerinden 21.02.2006 tarihinde soruşturmaya başlandığı, soruşturma sonucunda 10.04.2006 tarihinde 2006/297 sayılı iddianame ile şüpheli hakkında 5187 sayılı Yasanın 21/c maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince suça konu gazetenin 08.02.2006 günlü sureti ile şüpheli Necdet Tatlıcan'a yapıldığı belirtilen ön ödeme tebligatı suretinin soruşturma dosyasında bulunmadığı gerekçesiyle 10.04.2006 gün ve 2006/40 değişik iş sayılı iddianamenin iadesine karar verildiği, buna karşı Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesince 26.04.2006 gün ve 2006/245 değişik iş sayılı ile itirazın kabulü ile iddianamenin iadesi kararının kaldırılması ve dosyanın gereği için Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, 01.05.2006 günü itibarıyla dosyayı esasa kaydeden Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 02.05.2006 gün ve 88-157 sayılı ile yetkisizlik kararı verilerek dosyanın İstanbul Nöbetçi Asliye Ceza mahkemesine gönderildiği, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesince 27.07.2006 gün ve 550-633 sayılı ile suça konu gazetenin yönetim merkezinin Bağcılar İlçesi sınırları içerisinde bulunduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilerek dosyanın Bağcılar Asliye Ceza Mahkemesine gönderildiği, Bağcılar 2. Asliye Ceza Mahkemesince de kamu davasının süresinde açılmadığından bahisle 12.12.2006 gün ve 524-808 sayılı ile kamu davasının düşürülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

26.06.2004 gün ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasasının “Dava Süreleri” başlıklı 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları,

“Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz” şeklinde düzenlenmiş olup, maddenin açık düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere basılmış eserler yoluyla işlenen veya anılan Yasada öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının belli sürelerde açılması zorunludur. Buna göre günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden ise dört ay içinde ceza davalarının açılması gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere birinci fıkrada düzenlenmiş olan süreler, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde ise suçu oluşturan eylemin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihten başlayacaktır.

1412 sayılı CYUY’da iddianamenin kabulü kurumuna yer verilmiş olması nedeniyle Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamenin ilgili mahkemeye verilmesiyle kamu davasının açılmış olduğu kabul edilmekteydi. Ancak 5271 sayılı CYY’nın 175. maddesinde iddianamenin kabulü kurumu düzenlenmiş olup, anılan maddenin *“İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar”* şeklinde ifade edilen birinci fıkrasının amir hükmü uyarınca kamu davasının açılmış sayılması ve kovuşturma evresine geçilmesi ancak iddianamenin kabulüyle mümkün olmaktadır. Dolayısıyla 01.06.2005 tarihinden sonra işlenmiş olan suçlar yönünden kamu davasının 5187 sayılı Yasanın 26. maddesinde düzenlenmiş olan hak düşürücü sürelerde açılıp açılmadığının belirlenmesinde her iki Yasanın ilgili maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla davaların Basın Yasasında belirtilen hak düşürücü sürelerde açıldığı için iddianamenin kabulü kararının Yasada belirtilen sürelerde verilmiş olması gerekmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Suçta konu Hürriyet Gazetesinin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği dosya içeriğinden anlaşılacağından, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün ihbarı ile suç oluşturan fiilin Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği 21.02.2006 tarihinin Basın Yasasının 26. maddesinde belirtilen sürenin başlangıcı olarak kabulü gerekmektedir. Suçta konu Hürriyet Gazetesi, Basın Yasasının 2. maddesi gereğince günlük süreli yayın olup, sanık hakkındaki ceza davasının iki aylık sürede açılmış olması zorunludur.

Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 10.04.2006 gün ve 2006/297 sayılı iddianame Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince 10.04.2006 gün ve 2006/40 değişik iş sayı ile iade edilmiş, bu karara karşı Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca itiraz edilmesi nedeniyle, Trabzon Ağır Ceza Mahkemesince itirazın 26.04.2006'da kabulü ile iddianamenin iadesi kararının kaldırılması üzerine dosyanın Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesince 01.05.2006 günü itibariyle esasa kaydedilmesiyle kamu davası açılmış ise de; suç tarihi olan 21.02.2006 ile gerek iddianamenin iadesi kararının kaldırıldığı 26.04.2006, gerekse dosyanın mahkeme esasına kaydedildiği 01.05.2006 tarihleri arasında 5187 sayılı Yasanın 26. maddesinde düzenlenmiş olan ve ceza davasının açılması için hak düşürücü süre olarak öngörülen iki aylık süre geçmiş olduğundan, kamu davasının süresinde açılmadığının kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, süresinde açılmayan kamu davasının düşürülmesine ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararı isabetli olup, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının **REDDİNE**,

2- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **19.04.2011** günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T. 12.04.2011** * **Kabahatler Yasası kapsamında verilen kararlarda, yasa yararına bozma yoluna gidilebilir.**
E.2011/7-21
K.2011/47 (T.C. Anayasası m.90; 5271 say. CMK m.309; 5236 say. Kabahatler K. m.9,10)

Kabahatli S.G.'in hakkında 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasına aykırı davranmaktan, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Trafik Denetleme Şube Müdürlüğü C Bölgesi Trafik Denetleme Ekipler Amirliği'nin 24.01.2007 gün ve 437973 sayılı trafik idari para cezası karar tutanağı ile uygulanan 53 Lira idari para cezasına yönelik başvurusu, Kadıköy 3. Sulh Ceza Mahkemesince 19.03.2008 gün ve 1745-535 sayılı karar ile kesin olarak reddedilmiştir.

Kadıköy 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 19.03.2008 gün ve 1745-535 sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığınca yasa yararına bozma isteminde bulunulması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 24.11.2010 gün ve 16786-16641 sayı ile;

"01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre, suçlar ve kabahatler hakkında yapılan düzenlemelerle kendine özgü yargılama ve yasa yolları getirilmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma yasa yolu suçlar için öngörülmüş olup, anılan Yasanın 267 ila 271. maddeleri kapsamındaki kararlara karşı başvurulabilen bir yasa yoludur.

Kabahatler Kanunu, genel hükümleri düzenlerken, ihtiyaç duyduğu konularda 5271 sayılı Yasaya atıfta bulunduğu halde, verilen kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolları düzenlemesinde, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinde yer alan kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğine dair bir atıfta bulunmamıştır.

Olağanüstü bir yasa yolu olan kanun yararına bozmaya, yerel mahkemelerce verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen hükümlerde çok ciddi boyutlara ulaşan yargılama hukuku ile maddi hukuk kurallarına aykırılıklar halinde başvurulması mümkündür. Kanun yararına bozma; adalet, kamu yararı, eşit

ve istikrarlı uygulama düşüncesi ve uyarma amacıyla kabul edilmiş olup, her aykırılıkta ve hâkimin takdirine bağlı konularda bu yola başvurulamaz.

İncelenen dosyada, 53 Lira idari para cezasına karşı yapılan başvurunun, yasal süresi içinde yapıldığından bahisle yerel mahkeme kararının bozulması istenmektedir. İdari para cezasının nevi ve miktarına göre, hukuki ihlalin ağırlığından da söz etmek, açıklanan ölçüler içerisinde mümkün görülmemiştir.

Başvurunun süresinde olup olmadığının hesabında yapılan hatanın, mahkemece başka bir olayda yapılacağı kabul edilmesi mümkün olmadığından, uygulamada birliği sağlama amacı da olayda söz konusu değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ve Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.03.2010 gün ve 2010/33 E., 2010/58 K. sayılı kararı uyarınca; Kabahatler Kanunu kapsamında verilen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği cihetle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin reddine” karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 21.01.2011 gün ve 205417 sayı ile;

“Uyuşmazlık; idari merciler tarafından verilen idari para cezasına başvuru üzerine adli merciler tarafından verilen kesin nitelikteki kararlara karşı kanun yararına bozma isteminde bulunulup bulunulamayacağına ilişkindir.

Somut olayda; kabahatlinin süresi içinde yaptığı başvuru, hatalı olarak süre geçtiği gerekçesiyle reddedilmiştir.

İdari para cezasına yönelik başvuru üzerine Sulh Ceza Mahkemesince verilen karar, miktarı itibarıyla kesin niteliktedir. Bu konularda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Kanun yararına bozma yasa yolunun konusunu, hâkim veya mahkemeler tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümler oluşturmaktadır. Ancak, istinaf mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar kanun yararına bozmanın konusunu 1412 sayılı CMUK’ya göre temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümler oluşturacaktır.

5271 sayılı CMK’nun 309. maddesinde; ceza mahkemelerinin hangi tür karar veya hükümleri aleyhine kanun yararına bozma yoluna başvurulabileceği konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ceza mah-

kemelerinin veya hâkimlerinin suç karşılığı olarak ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımını öngörülen eylemler nedeniyle yapılan yargılama dolayısıyla verilen karar veya hükümleri yanında, idari yaptırım öngörülen fiiller sebebiyle verilen kararları aleyhine de kanun yararına bozma yasa yoluna gidilebilir. Bu itibarla, yerel mahkemenin idari para cezasına yönelik başvurunun reddine ilişkin kesin nitelikteki kararına karşı yasa yararına başvurulması mümkün bulunmaktadır.

Ayrıca, Anayasanın 90. maddesine göre kanun hükmünde sayılan ve kanunlarla farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda esas alınması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ve Anayasanın 36. maddesi uyarınca herkesin adil yargılanma hakkına sahip bulunması, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olması, yine Anayasanın 40. maddesi gereğince Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, yetkili makamlara geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunması karşısında; Yargıtay Özel Dairesinin kararının kabulü, kabahatlinin süresinde yaptığı başvurunun incelenmemesi sonucunu doğuracak, bu suretle Anayasa ve yasalar ile tanınan yargıya başvurma hakkının kullanılmasını engellemiş olacaktır.

Açıklamalar ışığında Yüksek Dairenin kanun yararına bozma isteminin reddine ilişkin kararının hukuka aykırı olduğu” gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kanun yararına bozma isteminin reddi kararının kaldırılmasına ve dosyanın kanun yararına bozma istemi incelenmek suretiyle bir karar verilmesi için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi talep olunmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; idari merciler tarafından verilen para cezası kararına itiraz üzerine adli mercilerce alınan kararlara karşı yasa yararına bozma isteminde bulunulup bulunulamayacağıının belirlenmesine ilişkindir.

Uyuşmazlıkla ilgili sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi için Kabahatler Yasası ile getirilen sistem, Kabahatler Yasasının yapısı ve olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yolunun koşulları ve sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

5252 sayılı Yasanın 12. maddesi ile, 01 Haziran 2005 tarihinde 765 sayılı Türk Ceza Yasasının bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kalkması, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile birlikte 5326 sayılı Kabahatler Yasasının da yürürlüğe girmesi nedeniyle, suç ve yaptırım sistemimiz önemli değişikliklere uğramış, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ile 765 sayılı Türk Ceza Yasasında yer alan cürüm ve kabahat ayırımına son verilerek, bir kısım kabahatler, anılan Yasada suç olarak tanımlanmış, bir kısım kabahatler ise, Ceza Yasası kapsamında çıkarılarak 5326 sayılı Kabahatler Yasası kapsamında idari yaptırımı gerektiren haksızlıklar olarak düzenlenmiştir.

Kabahatler Yasasının konuluş amacı, gerekçesinde özetle; *“bu düzenleme ile, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemelerde kazuistik olarak idari yaptırım öngören ve bir sistemden yoksun olan hükümlerin önüne geçebilmek ve ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini temin etmek amacıyla belirlenen genel ilkelerin, özel yasalarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanmasının sağlanması”* şeklinde belirtilmiştir.

Kabahatler Yasasının birinci kısmında genel hükümlere yer verilmiş, ikinci kısmında ise çeşitli kabahatler düzenlenmiştir.

Yasanın 1. maddesinde; *“Bu Yasada, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;*

- a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,*
- b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları,*
- c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,*
- d) İdari yaptırımı ilişkin kararlara karşı yasa yolu,*
- e) İdari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar, belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır”* denilmek suretiyle Yasanın amaç ve kapsamı gösterilmiştir.

Yasanın 2. maddesinde, *“kabahat”* deyiminden; yasanın karşılı-

ğında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı, 16. maddesinde de; kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, “idari para cezası” ve “idari tedbirler”den ibaret olduğu ifade edilmiş, ayrıca “idari tedbirler”in de; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili yasalarda yer verilen diğer tedbirler olduğu açıklanmıştır.

Buna göre, gerek Kabahatler Yasasında gerekse diğer özel yasalarda, karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülen fiiller kabahattir.

Öte yandan Kabahatler Yasasının en önemli özelliği, kabahatler için genel yasa niteliği taşımasıdır. Nitekim 3. maddesinde; yasa yoluna ilişkin hükümlerinin diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin ise, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Yasanın genel hükümlerinde de, idari yaptırım gerektiren fiiller açısından yasallık ilkesi, zaman ve yer bakımından uygulama, sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların niteliği, türleri, sonuçları, yerine getirilmesi ve idari yaptırımlara karşı başvuru yolları düzenlenmiştir. Bu suretle genel nitelik taşıyan Kabahatler Yasasında öngörülen genel ilke ve hükümlerin, özel yasalardaki kabahatler için de geçerli olması temin edilmiş, genel yasa ile özel yasalardaki kabahatler arasında ilişki kurulmuş, uygulamadaki dağınıklık giderilmeye çalışılmış, sadelik ve basitlik getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasının genel sistematigi ve yapısı incelendiğinde;

Anılan Yasanın 5918 sayılı Yasanın 9. maddesi ile eklenen 43/A maddesi ile birlikte 46 asıl, 1 ek ve 3 geçici maddeden oluştuğu,

“İki Kısım” dan oluşan Yasanın, Birinci Kısımını oluşturan 1 ila 31. maddelerinde;

İlk 6 maddesinde; Yasanın, kapsamı, amacı, yasallık ilkesi, zaman ve yer bakımından uygulamaya ilişkin hükümlere,

7 ila 15. maddelerinde, kabahatten dolayı sorumluluğun esasları kapsamında, kast, taksir, hata, sorumluluk, teşebbüs, iştirak ve içtima ile ilgili konulara,

16 ila 21. maddelerinde, idari yaptırımlar ve zamanaşımına ilişkin hükümlere,

Dördüncü bölümü oluşturan 22 ila 31. maddelerinde ise, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı yasa yollarına ilişkin konulara yer verildiği,

İkinci kısmı oluşturan 32 ve devamı maddelerinde de çeşitli kabahat fiillerinin yaptırıma bağlandığı anlaşılmaktadır.

Yasanın genel hükümlere ilişkin 1 ila 31. maddelerinin diğer yasalardaki kabahatler için de uygulanacağı belirtilmiş iken, bu hükmün, Anayasa Mahkemesinin 01.03.2006 gün ve 108-35 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, iptal kararı henüz yürürlüğe girmeden 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasanın 31. maddesi ile değiştirilen 3. maddesinde; yasa yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin ise, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi Kabahatler Yasasının yasa yollarına ilişkin hükümleri, diğer yasalarda aksine bir düzenleme bulunmaması koşuluyla, diğer genel hükümleri ise kabahat oluşturan tüm eylemler için uygulanabilecektir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasındaki yasa yollarına geçmeden önce, bu Yasa ile 5271 sayılı CYY arasında bağlantı bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla Kabahatler Yasasında hüküm bulunmaması halinde 5271 sayılı CYY hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 5326 sayılı Yasada kabahatler yönünden hem maddi ceza hukuku konularına, hem de usul hukuku konularına yer verilmiş ise de, 5237 ve 5271 sayılı Yasa hükümlerine de atıfta bulunulmuştur.

Bu kapsamda zaman bakımından uygulama (madde 5), yer bakımından uygulama (madde 6), hata (madde 10), hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (madde 12), teşebbüs (madde 13) konularında 5237 sayılı TCY hükümlerine; 22. maddenin 4. fıkrası ile yer bakımından yetki kurallarına, 28. maddenin 5. fıkrası ile de tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin konularda

5271 sayılı CYY hükümlerine atıfta bulunulmak suretiyle kabahatler konusunda, 5237 sayılı TCY ile 5271 sayılı CYY hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak bu hükümlerden hareketle 5326 sayılı Yasanın açıkça atıfta bulunmadığı konularda 5271 ve 5237 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmamalıdır.

5326 sayılı Yasanın 27 ve 29. maddelerinde, yasa yolu olarak “başvuru” ve “itiraz” yöntemi kabul edilmiş, 28. maddede ise, başvurunun incelenmesi usulü düzenlenmiştir. Kabul edilen bu yasa yollarının koşulları ve sonuçlarına geçmeden önce idari yaptırım kararı verme yetki ve yöntemi konusunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yasanın 22. maddesinde, genel olarak idari yaptırım kararı verme, 23 ve 24. maddelerinde ise Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin karar verme yetkisi düzenlenmiştir.

23. madde uyarınca; Cumhuriyet savcısı;

1- Yasada açıkça belirtilen hallerde,

2- Suç dolayısıyla yaptığı soruşturmada, bir kabahatin işlendiğini saptaması halinde,

3- Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunu saptaması halinde,

İdari yaptırım kararı verebilecektir.

Ancak 2 numaralı halde, idari yaptırım kararı verebileceği gibi, durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna da bildirebilir. 3 numaralı neden açısından ise, idari yaptırım kararı verebilmesi, daha önce bu konuda ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından karar verilmemiş olmasına bağlıdır.

24. madde uyarınca da; Mahkeme, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmayıp, kabahat oluşturduğunu saptaması halinde idari yaptırım kararı verecektir.

İdari yaptırımlarla ilgili yasa yollarına gelince;

5326 sayılı Yasanın 27. maddesinde başvuru yasa yolu düzenlenmiş olup;

1- İdari yaptırım kararının, yasada açıkça gösterilen idari kurul, makam veya kamu görevlileri tarafından verilmesi durumunda ve yasada aykırı hüküm bulunmaması halinde, bu karar aleyhine onbeş

gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurabilecektir. (27/1. fıkra) Ancak, idari yaptırım kararı ile birlikte idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına karşı yapılan başvuru, idari işlemin iptali istemiyle birlikte idari yargı mercilerince karara bağlanır. (27/8. fıkra)

2- İdari yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı yedi gün içinde yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. (27/5. fıkra) Ancak, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen idari yaptırım kararı ile birlikte fiilin suç oluşturmaması nedeniyle beraat kararı verilmişse ve bu beraat kararına karşı yasa yoluna başvurulmuş ise, idari yaptırım kararına yönelik itiraz da bu yasa yolu mercii tarafından incelenir. (27/7. fıkra)

3- İdari yaptırım kararının Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi halinde, bu karar aleyhine onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Ancak idari yaptırım kararı ile birlikte kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verilmiş ise ve kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmişse, idari yaptırım kararına karşı itiraz da, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı inceleyen, Cumhuriyet savcısının görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenir. (27/6. fıkra, 5271 sayılı Yasa 173. madde)

Başvuru üzerine, mahkemece; yetkisi olmadığına anlaşılması halinde dosya, yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilecek, başvurunun süresi içinde yapılmadığı, söz konusu kararın sulh ceza mahkemesince incelenebilecek kararlardan olmadığı veya başvuranın buna hakkının olmadığına saptanması halinde başvurunun bu nedenlerle 28/1-b maddesi uyarınca reddine karar verilecek,

Bu usuli eksikliklerin bulunmadığının saptanması halinde ise;

Mahkemece son karar olarak, idari yaptırım kararının hukuka uygun olması halinde başvurunun reddine, hukuka aykırı olması halinde ise idari yaptırım kararının kaldırılmasına karar verilecek, 28. maddenin 9. fıkrasındaki koşulların bulunması durumunda da başvuru mercii, idari para cezasının miktarında değişiklik yapmak suretiyle başvurunun kabulüne karar verebilecektir.

Mahkemenin verdiği son karara karşı 29. madde uyarınca yedi gün içerisinde yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilecek, idari yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde ise, bu mahkemenin kararına karşı en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilecektir.

Kabahatler Yasasında öngörülen yasa yolu sistemini bu şekilde açıkladıktan sonra, 5271 sayılı CYY'nın yasa yolları sistemini de değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

5271 sayılı CYY'nın 260 ila 323. maddelerinde tüm yasa yollarına ilişkin hükümler düzenlenmiş, 260 ila 266. maddelerinde ise, yasa yollarına ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir.

5271 sayılı CYY'nda teorik ayırımı uygun olarak yasa yolları, olağan ve olağanüstü yasa yolları olmak üzere ikiye ayrılmış, 267 ila 307. maddelerinde olağan yasa yolları olan itiraz, istinaf ve temyize ilişkin hükümlere, 308 ila 323. maddelerinde ise olağanüstü yasa yolları olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, yasa yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

5271 sayılı CYY ile olağan yasa yolları, 1412 sayılı CYUY'nun hükümlerinden farklı olarak itiraz, istinaf ve temyiz olarak düzenlenmiş, 5235 sayılı Yasa ile de istinaf incelemesini yapacak olan Bölge Adliye Mahkemelerinin, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde kurulması öngörülmüştür.

5271 sayılı CYY, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, yine aynı şekilde 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Yasanın 18/a maddesiyle de 1412 sayılı CYUY tüm ek ve değişiklikleriyle yürürlükten kaldırılmıştır. 5235 sayılı Yasa ile kurulması öngörülen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulup henüz faaliyete geçmemesi nedeniyle 5271 sayılı Yasanın istinafa ilişkin hükümleri ile temyize ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiş olmasına karşın uygulama olanağına kavuşmamış, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi ile *"Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri"*nin uygulanacağı hüküm altına alınmış, bu suretle 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinde yer

alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri hariç olmak üzere temyize ilişkin tüm hükümlerinin uygulanması sağlanmış, 5271 sayılı CYY'nın 308. maddesinde Yargıtay C.Başsavcılığı itirazına, 1412 sayılı CYUY hükümlerine göre daha geniş bir şekilde yer verilmesi ve yeni sistemde karar düzeltme yasa yolunun öngörülmemesi nedeniyle 1412 sayılı CYUY'nın 322. maddesinin dört, beş ve altıncı fıkralarının yürürlükte kalmalarına gerek görülmemiştir.

Bu genel açıklamalar ışığında itiraz ve temyize ilişkin hükümler incelendiğinde;

5271 sayılı CYY'nın 267 ila 271. maddelerinde itiraza ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İtiraz kural olarak hâkimlik kararlarına, yasada açıkça belirtilmiş olmak koşulu ile de mahkeme kararlarına karşı başvuru olan bir yasa yoludur. Nitekim yasada da itiraz yasa yoluna tabi olan mahkeme kararları ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmiş, Yasanın 268. maddesinde itiraz usulü ile itiraz mercilerine ilişkin hususlara, 271. maddesinde de itiraz mercilerinin inceleme yöntemi ile merciince verilecek kararlara yer verilmiştir.

5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen uygulanma zorunluluğu bulunan 1412 sayılı Yasanın 305. maddesi uyarınca, ceza mahkemesince verilen hükümler temyiz yasa yoluna tabidir.

Hükümler ise, 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde; *“beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi, adlî yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı”* şeklinde belirtilmiştir.

1412 sayılı Yasanın 305. maddesi uyarınca yukarıda sayılan hükümlerden birinin verildiği hallerde, kesin nitelikteki hükümler ayrık olmak üzere, bu kararlara karşı başvurulabilecek olağan yasa yolu temyizdir.

1412 sayılı CYUY'nın 320. maddesinde; *“Yargıtay, temyiz dilekçesi ve layihasında irad olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz dilekçesinde bu cihete dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder”* hükmüne yer verilmiştir.

321. maddesinde ise; *“Yargıtay, aleyhine itiraz olunan hükmü hangi cihetten kanuna muhalif görmüşse o cihetten bozar, hükmün bozulmasına sebep olan kanuna muhalefet keyfiyeti, bu hükme esas olarak tespit edilen vakıalarda olmuş ise bu muameleler dahi aynı zamanda bozulur”* hükmü yer almaktadır.

Bu maddelere göre, Yargıtay temyiz nedenleriyle bağlı olmaksızın, temyiz dilekçesinde ileri sürülsün veya sürülmesin son karara etkili olan tüm yasaya aykırılıkları kendiliğinden inceleyip hükmü bozabilir. Yargıtay’ca yapılacak denetimde, mevcut kanıtların yerel mahkemece yanlış değerlendirildiği ve bu nedenle somut olaya ilişkin hukuki nitelenmenin yanlış yapıldığı sonucuna varılırsa, karar esastan bozulmakla birlikte, uygulanması gereken hukuki kurallar da gösterilecektir. Lehe temyiz davasında ise, suç niteliğinin belirlenmesinde yanılığa düşüldüğü belirlenirse, cezanın tür ve miktarı yönünden önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacağı koşulu ile yasaya aykırı olan hükmün bozulmasına karar verilecek, suç niteliği dışındaki sair hallerde ise eleştiri ile yetinilerek, aleyhe temyiz olmadığı vurgulanmak suretiyle hüküm onanacaktır.

Olağan yasa yolları olan itiraz ve temyize ilişkin hükümlerden sonra, uyuşmazlığın çözümü için olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma kurumunun uygulanma koşulları ile sonuçlarının da belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Öğretide *“olağanüstü temyiz”* 23.03.2005 gün ve 5320 sayılı Ceza Muhakemeleri Yasasının Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın 18. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı CYUY’nda *“yazılı emir”* olarak adlandırılan bu olağanüstü yasa yolu, 5271 sayılı CYY’nın 309 ve 310. maddelerinde *“kanun yararına bozma”* olarak yeniden düzenlenmiştir.

5271 sayılı Yasanın 309. maddesi uyarınca, hâkim veya mahkemece verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümlerde, maddi hukuka veya yargılama hukukuna ilişkin hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulması istemini, yasal nedenlerini açıklayarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirecektir. Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı da hükmün veya kararın bozulması istemini içeren yazısına bu nedenleri aynen yazarak

Yargıtay Ceza Dairesine verecek, ileri sürülen nedenlerin Yargıtay'ca yerinde görülmesi halinde de karar veya hüküm yasa yararına bozularak, yerinde görülmezse istem reddedilecektir.

Böylece ülke genelinde uygulama birliğine ulaşılabilecek, hakim ve mahkemelerce verilen cezaya ilişkin karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesi sağlanacaktır.

Bozma sonrası yapılacak işlemler ve bu işlemleri gerçekleştirecek merciler ile, bozma kararının etkileri ise, bozulan hüküm veya kararın türü ve bozma nedenlerine göre ayrıma tabi tutularak maddenin 4. fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bozma nedenleri;

5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, 309. maddenin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca; kararı veren hâkim veya mahkemece gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verilecektir. Bu halde yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığından, verilecek hüküm veya kararda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilemeyecektir.

Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin olması halinde ise, anılan fıkranın (b) bendi uyarınca kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilecek, ancak bu halde verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamayacaktır.

Davanın esasını çözen mahkûmiyet dışındaki diğer hükümlerin bozulmasında ise, (c) bendi uyarınca aleyhte sonuç doğurucu herhangi bir işlem yapılamayacağı gibi, "tekriri muhakeme" yasağı nedeniyle kanun yararına bozma kapsamında yeniden yargılama da gerekmeyecektir.

Yargıtay Ceza Dairesince; 4. fıkranın d bendi uyarınca, bozma nedeninin hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektirmesi halinde, cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektirmesi halinde ise bu hafif cezaya doğrudan hükmedilecektir. Bu durumda

da yargılamanın tekrarlanması yasağı bulunduğundan, Yargıtay Ceza Dairesince hükmün bozulması ile yetinilmeyip, gereken kararın doğrudan ilgili Ceza Dairesi tarafından verilmesi gerekmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Yasasının 27. maddesinde başvuru, 28. maddesinde başvurunun incelenme yöntemi, 29. maddesinde ise itiraz yasa yoluna ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, her üç hükümde başvurulacak yasa yollarının koşulları ve sonuçları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Bu hükümler uyarınca;

2.000 Türk Lirasına kadar (2.000 TL dahil) idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karar üzerine,

2.000 Türk Lirasından fazla idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararlarında ise, yapılan başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen kararların itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince denetlenmesi sonucu verilen karar üzerine,

İdari yaptırım kararının mahkemece verilmesi halinde, itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince verilen karar ile,

Ağır ceza mahkemesince idari yaptırım kararının verilmesi halinde en yakın ağır ceza mahkemesinin verdiği karar üzerine,

5326 sayılı Yasada öngörülen olağan yasa yolu süreci tamamlanacaktır.

Cumhuriyet savcılığınca eylemin suç oluşturmadığı ve kabahat niteliğinde olduğu saptanıp, suç nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine, bu karar, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından inceleneceğinden, ağır ceza mahkemesi başkanınca verilen karar, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığından, bu karar olağanüstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yoluna konu edilecek,

Yine aynı şekilde, mahkemelerce eylemin suç oluşturmaması nedeniyle suçtan dolayı beraat, kabahat nedeniyle de idari yaptırım ka-

rarı verilmesi halinde, bu şekilde kesinleşen bir beraat kararı, eylemin suç oluşturduğu iddiasıyla yasa yararına bozma konusu olabilecektir.

Ancak yasa yararına bozma konusu yapılabilecek kararlar, bu istisnalarla sınırlı değildir.

Zira 5271 sayılı CYY'nın 309. maddesinde, hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve temyiz veya istinaf incelemesinden geçmeksizin kesinleşen, karar veya hükümlerin yasa yararına bozma konusu yapılabileceği belirtilmiş olduğundan,

Anılan hüküm uyarınca bu olağanüstü yasa yoluna başvurulabilmesi için,

- 1- Karar veya hükmün, hâkim veya mahkemece verilmiş olması,
- 2- Bu karar veya hükmün, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi,

Koşullarının bir arada bulunması yeterlidir.

Açıklanan nedenlerle; yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulup, bu mahkemece verilen karara karşı, mahkeme tarafından idari yaptırım kararının verilmesi durumunda, mahkemece verilen karar ile, itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince verilen karara karşı, idari yaptırım kararının Cumhuriyet Başsavcılığınca verilmesi halinde, bu karara yönelik itiraz üzerine ağır ceza mahkemesi başkancınca verilen karara karşı, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoluna başvurulabilecektir.

İnceleme konusu somut olayda, yasa yararına bozma konusu yapılan karar, başvuru üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karardır. Kabahatler Yasası kapsamında verilen bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolu, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur.

Bu itibarla; yasa yararına bozmaya konu hususunun incelenerek, istem konusunda bir karar verilmesi yerine, Kabahatler Yasası uyarınca verilen kararlara karşı yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulamayacağı gerekçesiyle istemin reddine ilişkin Özel Daire kararı isabetsiz olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile dosyanın, istemle ilgili inceleme yapılmak üzere Yargıtay 7. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2- Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 24.11.2010 gün ve 16786-16641 sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Dosyanın, yasa yararına bozma konusu hakkında karar verilmek üzere Özel Daireye gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **12.04.2011** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T.01.02.2011 * Çocuk suçlular ile yetişkin suçlular hükmün
E.2011/3-15 açıklanmasının geri bırakılması açısından
K.2011/12 aynı koşullara tabi kılınmıştır.

(T.C. Anayasası m.174; 5237 say. TCK m. 86/1-3-e, 87/3; 5395 say. Çocuk Koruma Yasası m. 23)

Sanık Ferhat'ın, kasten yaralama suçundan 5237 sayılı TCY'nun 86/1-3-e, 87/3 ve 53. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1 yıl 15 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Ünye Asliye Ceza Mahkemesince verilen 28.12.2006 gün ve 195-530 sayılı hüküm, sanık müdafii ve katılan vekili tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesince 06.12.2010 gün ve 19319-19152 sayılı ile;

“Yaralama suçundan kurulan hükme yönelik temyiz itirazları üzerine yapılan incelemede;

Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanununun 562. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, CMK'nun 231/5, 14. madde ve fıkralarında öngörülen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ceza sı-

nırının 2 yıla çıkartılması ile soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suç olma şartının kaldırılması kuralları gereğince, bu hususların mahalli mahkemece birlikte değerlendirilmesi lüzumu" isabetsizliğinden bozulmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 05.01.2011 gün ve 36739 sayı ile;

"Yerel mahkemece sanık hakkında silahla yaralama suçundan 5237 sayılı TCK'nun 86/1, 86/3-e ve 87/3. maddelerinin uygulanması sonucu 1 yıl 15 ay hapis cezasına hükmedilmiştir. Bu ceza miktarı, iki yılın üzerindedir...Sanık hakkında hükmolunan ceza miktarı 2 yılın üzerinde bulunduğundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi mümkün değildir" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurularda Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın temyiz incelemesi yapılması için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmesi isteminde bulunulmuştur.

Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

İtirazın kapsamına göre inceleme kasten yaralama suçuyla sınırlı olarak yapılmıştır.

Sanığın kasten yaralama suçundan 1 yıl 15 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sonuç olarak hükmolunan 1 yıl 15 ay hapis cezasından ibaret mahkûmiyet hükmünün, 5728 sayılı Yasa ile değişik CYY'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının değerlendirilmesi amacıyla bozulmasının isabetli olup olmadığına ilişkindir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 23. maddesi ile kabul edilmiş olup, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasanın 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasanın 231. maddesine eklenen 5-14. fıkralar ile de büyükler için kabul edilmiş, aynı Yasanın 40. maddesiyle 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılık hariç olmak koşuluyla, çocuk suçlular ile

yetişkin suçlular hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı koşullara tabi kılınmıştır.

Başlangıçta yetişkin sanıklar yönünden şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak, hükmolunan bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası için kabul edilen bu müessese, 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikle Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Kanunlarında yer alan suçlar ayrı olmak üzere, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına ilişkin tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

5560, 5728, 5739 ve 6008 sayılı Yasalar ile 5271 sayılı CYY'nın 231. maddesinde gerçekleştirilen değişiklikler göz önüne alındığında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının koşullarını şu şekilde belirlemek mümkündür:

1) Suça ilişkin koşullar;

a- Yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması,

b- Suçun, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılâp Yasalarında yer alan suçlardan bulunmaması

2) Sanığa ilişkin koşullar;

a- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması,

b- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi,

c- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeceği hususunda kanaate ulaşılması,

d- Sanığın açıkça bu kurumun uygulanmasını kabul etmeme yönünde irade beyan etmemesi gerekmektedir.

Tüm bu koşulların bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Somut olayda; yerel mahkeme tarafından sanık hakkında kasten yaralama suçundan sonuç olarak hükmolunan 1 yıl 15 ay hapis cezası, 2 yılın üzerinde olması nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ceza miktarına ilişkin objektif koşulu gerçekleşmemiştir.

Bu nedenle, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması olanağı bulunmadığından, kasten yaralama suçundan kurulan yerel mahkeme hükmünün, Özel Dairece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma koşullarının değerlendirilmesi amacıyla sair yönler incelemeksizin bozulmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairece sair hususlar incelenmeksizin verilen bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 3. Ceza Dairesinin kasten yaralama suçundan sair yönleri incelemeksizin verdiği 06.12.2010 gün ve 19319-19152 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- Dosyanın incelenmeyen diğer hususların incelenmesi için Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına TEVDİİNE, 01.02.2011 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

- T.09.03.2011 * Yargılama yasalarının zaman bakımından uygulanmasında asıl olan, aksi açıkça düzenlenmiş
E.2010/6-257 olmadıkça “hemen (derhal) uygulama” ilkesidir. Bu ilke uyarınca usul işlemleri, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan yargılama yasası hükümlerine tabi olacaktır.
K.2011/29
- (T.C. Anayasası m.153/5; 5237 say. TCK m. 50;141/1)

Hırsızlık suçundan sanık Engin’in 5237 sayılı TCY’nın 141/1, 35/2, 62/1, 50/1-a ve 52/2. maddeleri uyarınca 1500 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, sanığa verilen para cezasının 5 eşit taksitle tahsiline ilişkin, Alanya 1.Asliye Ceza Mahkemesince verilen 10.07.2007 gün ve 205-544 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 28.10.2010 gün ve 13215-17033 sayı ile;

“Suçun niteliği, cezanın türü ve süresine göre; 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın geçici madde; 1/1. fıkrası yollamasıyla aynı Yasanın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CYY’nın 231/5-14. madde ve fıkraları gereği sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca 09.12.2010 gün ve 235851 sayı ile;

“5230 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan ve temyiz yasa yoluna ilişkin olan 1412 sayılı CMUK’nun 305. maddesi uyarınca iki milyar liraya kadar (iki milyar dahil) para cezalarına dair hükmün temyiz yeteneği bulunmamaktadır.

Temyiz edilebilirlik sınırının belirlenmesinde; Ceza Genel Kurulunun 02.05.1994/97-126, 19.09.2006/180-195 ve 21.06.2005/61-82 gün ve sayılı kararlarıyla konulmuş ilkeler nazara alınarak, hükmün temyiz edilebilir olup olmadığı hüküm tarihindeki yasal düzenlemeler dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.

Sanığın asıl mahkûmiyeti 5237 sayılı TCK'nun 50/5. madde ve fıkrası uyarınca kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasıdır. 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uygulanmak suretiyle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen para cezalarının anılan maddenin 4. fıkrasındaki 'bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez' hükmü uyarınca miktarına bakılmaksızın temyizi olanaklı ise de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para veya maddede yazılı tedbire çevrilmesi yönünde 647 sayılı Yasanın 4. maddesindeki ilkelere benzer şekilde yer veren 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesinde 'uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir' hükmüne yer vermesine karşın 'bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez' hükmüne yer verilmemesi nedeniyle 5237 sayılı Yasanın 50. maddesi uyarınca gerek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak hükmedilen gerek 52. maddesi uyarınca doğrudan hükmedilen iki milyar (2000 TL)'yi aşmayan adli para cezalarına ilişkin hükümlerin temyiz yeteneği bulunmamaktadır. Kaldı ki suç vasfına yönelik bir temyiz bulunmayıp eylemin başka bir suça dönüşmesi olasılığı da söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesinin 23.07.2009 gün 2006/65 esas 2009/114 karar sayılı kararıyla '1412 sayılı CMUK'nun 2789 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirilen 305. maddesinin 2. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğundan iptaline, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine' karar verilmiştir.

Anayasanın 153. maddesinin 5. fıkrasında 'iptal kararları geriye yürümez' düzenlemesi karşısında 1500 TL adli para cezasının hüküm tarihine göre temyiz yeteneği bulunmamaktadır" açıklamasıyla Özel Daire bozma kararının kaldırılması ve temyiz isteminin reddine karar verilmesi iste miyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; 10.07.2007 tarihinde hükmedilen ve 5237 sayılı TCY'nun 50/5. mad-

desi uyarınca hapisten çevrilmiş olan 1500 lira adli para cezasını içeren hükmün, temyiz edilebilir nitelikte olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.03.2009 gün 43-56 ve 06.10.2009 gün 166-218 sayılı kararlarında vurgulandığı üzere, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince hüküm tarihi itibarıyla uygulanma zorunluluğu bulunan 1412 sayılı CYUY'nın 305. maddesi uyarınca, ceza mahkemesince verilen hükümler temyiz yasa yoluna tabidir.

Ancak;

1 - İkimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler,

2 - Yukarı sınırı onmilyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri,

3 - Bu Kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler,

Kesin olup, bu hükümler hakkında temyiz yasa yoluna başvurulamaz.

“İkimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümlerin” temyiz edilemeyeceğine ilişkin 1412 sayılı CYUY'nın 305. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendi Anayasa Mahkemesinin 23.07.2009 gün ve 65-114 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı 07.10.2010 (iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından 1 yıl sonra) yürürlüğe girmiştir. Ceza Genel Kurulunun 30.09.2003 gün ve 226-229 ile 27.01.2004 gün ve 3-14 sayılı kararlarında da açıkça belirtildiği üzere; bahse konu iptal kararının, iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce hüküm kurulmuş olan davaları nasıl etkileyeceği sorunu, usul yasalarının zaman bakımından uygulanması ile ilgilidir.

Yargılama yasalarının zaman bakımından uygulanmasında asıl olan, aksi açıkça düzenlenmiş olmadıkça *“hemen (derhal) uygulama”* ilkesidir. Bu ilke uyarınca usul işlemleri, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan yargılama yasası hükümlerine tabi olacaktır. O halde, ceza yargılaması sırasında, yasada değişiklik olduğunda veya dayanılan bir usul kuralına ilişkin yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde, yeni yasa ya da iptal sonucu ortaya çıkan usul prosedürü he-

men uygulanmalıdır. Ancak, 5320 sayılı Yasanın 4/2. maddesinde de ifade edilen bu durum, önceki yasanın yürürlükte bulunduğu dönemde, o yasaya uygun biçimde yapılmış işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi yenilenmesini de gerektirmez.

Bu ilkenin sonucu olarak;

a- Usul işlemleri kural olarak yürürlükteki yasaya göre yapılacaktır.

b-Yürürlükteki yasaya göre yapılmış işlemler, sonradan yürürlüğe giren yasa nedeniyle geçerliliğini yitirmeyecektir.

c- Yeni yasanın ya da Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğünden sonra yapılması gereken usul işlemleri ise yeni yasaya ya da iptal kararıyla ortaya çıkan usule tabi olacaktır.

d- Yeni yasanın uygulanmasında, sanığın leh veya aleyhinde sonuç doğurmasına bakılmayacaktır.

Bu durumda; 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince hüküm tarihi itibarıyla uygulanma zorunluluğu bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesinin 2. fıkrasının 1. bendinin Anayasa Mahkemesinin 23.07.2009 gün ve 65/114 sayılı kararı ile iptali nedeniyle, yasa koyucu tarafından aksi yönde bir düzenleme yapıncaya kadar iptal kararının yürürlük tarihi olan 07.10.2010 tarihinden sonra verilecek olan adli para cezalarına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin hiçbir miktar gözeltileksizin temyizinin olanaklı hale geldiğinde bir duraksama bulunmamaktadır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlük tarihinin 07.10.2010 (Resmi Gazete'de yayımlandığı 07.10.2009 tarihinden 1 yıl sonra) olması nedeniyle; yerel mahkemenin 10.07.2007 tarihli hükmünün temyize tabi olup olmadığı sorununun, iptal kararıyla ortaya çıkan yeni duruma göre değil, 10.07.2007 tarihinde yürürlükte bulunan usul hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

5271 sayılı Yasanın 223 ve 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddeleri ile yargısal kararlarda varılan ilkeler dikkate alındığında, 647 sayılı Yasanın 4. maddesi uygulanmak suretiyle tayin edilen sonuç adli para cezasının miktarına bakılmaksızın, maddedeki *"Bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez"* düzenlemesi

uyarınca temyiz yeteneği bulunmakta ise de, benzer düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle 5237 sayılı TCY'nun 50 veya 52. maddeleri uygulanmak suretiyle hükmolunan ve başkaca herhangi bir hak kısıtlaması doğurmayan 2000 liraya kadar (2000 lira dahil) adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümleri kesin nitelikte olup bu hükümlere karşı temyiz yasa yoluna başvurulamaz.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; 5237 sayılı Yasanın 141/1, 35/2, 62/1, 50/1-a ve 52. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapse karşılık seçenek yaptırım olarak hükmedilen 1500 lira adli para cezasına ilişkin hüküm, 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca hüküm tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 305. maddesi gereğince kesin nitelikte olup hükmün temyiz yeteneği bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY'nun 317. maddesi uyarınca sanık müdafinin temyiz isteminin reddine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

- 1- Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,
- 2- Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 28.10.2010 gün ve 13215-17033 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,
- 3- Sanık Engin Şahin müdafinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8 ve 1412 sayılı CYUY'nun 317. maddeleri uyarınca **REDDİNE**,
- 4- Dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına **TEVDİİNE**, **29.03.2011** günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
DİSİPLİN KURULU KARARLARI
DECISIONS OF THE DISCIPLINARY COMMITTEE

T. 17.06.2011 * Avukatın müvekkili adına tahsil ettiği parayı
E. 2011/85 müvekkiline uzun süre ödemeyerek, hakkında
K.2011/359 ceza davası açılmasından sonra ödemede bulun-
ması disiplin suçunu oluşturur.
(Av.K.m34)

Şikâyetli avukat hakkında, alacaklı şikâyetçi vekili sıfatıyla Havsa Asliye Hukuk Mahkemesinin 22.05.2003 tarihli ilamıyla hükmedilen 6.000.000.000.-TL. sı manevi tazminat alacağının tahsili için borçlu T. Genel Müdürlüğü aleyhinde başlattığı icra takibinde, alacağın tamamı olan 23.979.440.000.-TL.sını 13.11.2003 tarihinde tahsil etmesine rağmen şikâyetçiye ödemediği, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamasında savunma yapmamıştır.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek Avukatlık Yasasının 136 ve 135/2.maddeleri uyarınca kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli hakkında, disiplin kovuşturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Edirne 1.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/200 Esasında kayıtlı ve “Hizmet Sebebiyle Güveni Kötüye Kullanmak” suçundan dolayı açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonunda Mahkemenin

01.10.2009 tarihli 2009/213 Karar sayılı karar ile eylem sabit görülmek üzere TCK.510.maddesi uyarınca ve neticeten 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve CMK 231.5.6 maddeleri uyarınca “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına” karar verildiği, şikâyetli avukatın 5237 Sayılı Yasada yapılan değişiklik gereği Mahkemenin kararına karşı yasal süresi içinde yasanın tanıdığı haktan yararlanmak için müracaat etmediği, böylece kararın kesinleşmiş olduğu, dosya içindeki Mahkeme kararından ve Edirne 1.Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 24.12.2010 tarihli yazılarından anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukat hakkında verilen Edirne 1.Ağır Ceza Mahkemesinin kararı, sözlü ve yazılı deliller ile toplanan delillere göre, sanık olan şikâyetli avukatın bir trafik kazası nedeniyle şikâyetçinin vekillliğini üstlendiği, şikâyetçi lehine sonuçlanan davayla ilgili olarak şikâyetçi adına T. Genel Müdürlüğü aleyhinde icra takibi başlattığı, takip sonucunda 13.11.2003 tarihinde 23.979,44.-TL. sını reddiyat makbuzuyla aldığı, şikâyetçiye bu parayı ödemediği, şikâyetli avukat hakkında kamu davasının açılmasından sonra ödemeyi yaptığı, böylece makul süre içinde şikâyetçinin parasını ödememek suretiyle güveni kötüye kullandığı, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine sebebiyet verdiği anlaşılmıştır. Mahkemenin kararı CMK 231/8 maddesine göre mahkûmiyet açısından kesin hüküm niteliğinde değil ise de Edirne 1.Ağır Ceza Mahkemesinin oluşa ilişkin tespitleri, dosyada bulunan yazılı ve sözlü deliller, şikâyetli avukatın eylemlerini tam olarak tespiti yeterli olmaktadır.

Şikâyetli avukatın müvekkili adına 13.11.2003 tarihinde tahsil ettiği 23.979,44.-TL. sını uzun süre uhdesinde tuttuktan sonra hakkında ceza davasının açılmasından sonra ödemesi nedeniyle eyleminin mesleğe karşı yarattığı güvensizlik, müvekkili olan şikâyetçinin mağduriyeti nazara alındığında eylem sabit olup işten çıkarma cezasını gerektirmektedir. Ancak aleyhte itiraz olmadığından bu hususa sadece değinilmekle yetinilmiş ve Baro Disiplin Kurulu kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Edirne Barosu Disiplin Kurulunun “**Kınama Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- T. 17.06.2011**
E. 2011/92
K.2011/363
- * **Müvekkilinin bir hakkından vazgeçme anlamına gelen tüm işlemler onun bilgisi ve yazılı talimatı ile olmalıdır.**
 - * **Avukattan beklenen üstlendiği görevi en kısa zamanda ve müvekkilinin mümkün olduğu ölçüde lehine sonuçlandırılmasıdır.**
 - * **Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.**
- (Av.K.m34; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)**

Şikâyetçiler, muris babalarının maliki olduğu Kartal'daki taşınmazın üzerinde şuyulandırma yapıldığını öğrendiklerinde, şikâyetli avukatın idari işlemin iptalinin mümkün olmadığını ancak bedelinin artırılabilceğini söylemesi üzerine kendisine 27.12.2006 tarihinde vekâletname verdiklerini (şikâyet dilekçesinde sehven 27.12.2007 olarak belirtilmiştir.) ve aynı tarihte 1.000.Euro vekâlet ücreti ödediklerini, şuyulandırma işlemi sonucunda taşınmaza hissedar olan kişiyle irtibatlarını devam ettirdiklerini, bir süre sonra bahis konusu kişinin şuyulandırma işleminin iptali talebi ile İdare Mahkemesinde dava açtığını öğrenmeleri üzerine avukatlarını arayarak bilgi verdiklerini, onunda bu durumu doğrulayarak açtığı davanın bu dava sonucunu beklediğini bildirdiğini, bir süre sonrada iptal davasının reddedilmesi üzerine dosyanın Danıştay'a gittiğini ve kendilerinin de taşınmazın geri verilmesini istedikleri için bu durumu kabul ettiklerini, bir süre sonra bilirkişi raporu ile duruşma tutanağının kendilerine ulaştırıldığında bilirkişi raporu ile belirlenen emsal ücretin çok düşük olmasına rağmen bir başka avukatın duruşmaya girerek raporu kabul ettiğini beyan ettiğini öğrendiklerini, şikâyetli avukatın bunun doğru ve yerinde olduğunu, ayrıca bu miktara 2,5 yıllık faiz işleyeceğini ifade ettiğini, kendilerinden habersiz hiçbir işlem yapmaması konusunda kendisini tekrar ikaz etmelerine karşılık davanın kendilerinin bilgisi olmadan sonuçlandığını öğrenmeleri üzerine dosyayı tüm olarak incelemeleri sonucunda avukatlarının kendilerine yanlış ve yalan beyanlarda bu-

lunduğunu öğrenmeleri üzerine 15.06.2009 tarihinde vekaletten azlettiklerini, şikâyetli avukata 27.12.2006 tarihinde vekaletname vermelelerine ve vekalet ücreti ödemelerine karşılık davanın bir yıl geçtikten sonra 31.12.2007 tarihinde açılmış olması, diğer hissedarın iptal talepli açtığı davanın reddedilmiş olduğunu beyan etmiş olmasına rağmen henüz keşif aşamasında olduğunu öğrendiklerini, iptal davasının kendilerinin açtığı davada bekletici mesele yapılması talimatı vermiş olmalarına rağmen 21.10.2008 tarihli duruşmada bizzat şikâyetli avukatın buna gerek olmadığına dair beyanda bulunmuş olduğunu, bilirkişi raporuna itiraz etmeyerek, mesleğin gerektirdiği özen ile görevi yerine getirmeyerek, davayı hatalı olarak ıslah ederek zarara uğrattığını, davayı geç açarak bunu kendilerinden sakladığını ve 2.5 yıllık faiz alacakları olduğunu beyan ederek kendilerini yanılttığını, iddia ederek şikâyetçi olmaları üzerine başlatılan disiplin soruşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyerek şikâyetli avukat hakkında disiplin cezası tayinine gerek olmadığına karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, şikâyetçilerin babalarından inktikal eden taşınmaz üzerine Kartal Belediyesince el konulduğu ve bir kısmına da hiç tanımadıkları bir kişinin ortak edildiğini öğrendiklerini, Belediyenin hisselerine 19.000,00.-TL. sı değer biçtiğini, taşınmazın değerinin yaklaşık 60.000,00.-TL. sı olduğu konusunda bilgi edindiklerini, taleplerinin değer artışı olduğunu beyan ederek kendisine müracaatları üzerine işi üstlendiğini, diğer hissedarın konu ile bilgi sahibi olduğunu, onunla irtibatla olunmasını talep etmeleri üzerine, bahis konusu kişinin kendisine çok yardımcı olduğunu, taşınmaza götürerek gerekli araştırmaları yaparak 2007 yılı sonunda davayı açtığını, bu arada diğer hissedar C.Ç.'nin İdare Mahkemesinde işlemin iptali talepli dava açtığını, kendisinin açtığı davada iptal davasının bekletici mesele yapılması ile ilgili davalı talebinin red edilerek keşif yapıldığını, alınan bilirkişi raporu ile taşınmazın değerinin 57.074,22.-TL. sı olarak belirlendiğini, şikâyetçilerle irtibat kuramaması ve tespit edilen değer şikâyetçilerin de belirttiği miktara yakın olması sebebiyle davayı ıslah ettiğini, şikâyetçilere bilgi verdiğinde kendisine kızmalarına rağmen yapacak bir şey olmadığı için bedeli kendilerinin de zımnen kabul ettiklerini, kendisi tarafından yapılan işlemlerin başka bir avukat ile görüşerek kontrol ettirildiğini, bildirmiştir.

Dosya ve ekleri incelendiğinde, şikâyetçilerin şikâyet konu-

su işi şikâyetli avukata verdikleri ve vekâlet ücretini ödedikleri tarih 27.12.2006 olup, davanın açıldığı tarih ise bundan yaklaşık bir yıl sonrası olan 31.12.2007 tarihidir. Diğer bir anlatımla dava bir yıl gibi uzun bir süre sonra açılmıştır. Bir avukatın üstlendiği görev gereği açması gereken davanın bu kadar süre sonra açması bir takım eksikliklerden veya ücretini alamamaktan kaynaklanabilir ise de dosya kapsamından şikâyetli avukatın bu gibi nedenlerle davayı açmadığı iddia edilmediği gibi bu hususta dosyada bilgi ve belgede bulunmamaktadır. Bu nedenle, davanın açılmasının bu kadar süre sürüncemede bırakılmasının mantıklı bir açıklaması şikâyetli avukat tarafından da yapılmamıştır.

Davanın konusu alacağa uygulanacak faizin dava tarihinden başlayacak olması sebebiyle davanın geç açılmış olmasının ayrıca şikâyetçilerin aleyhine sonuç doğuracağı ve zararlarına neden olacağı da tartışmasızdır. Avukattan beklenen üstlendiği görevi en kısa zamanda ve müvekkilinin mümkün olduğu ölçüde lehine sonuçlandırılmasıdır. Bu sonuca ulaşmak için avukat mesleğinin gereği kendisinden beklenen tüm emek ve çalışmasını ortaya koymak zorunda iken şikâyetli avukatın bu davranışın tam tersine hareket ile müvekkilinin zararına işlem yapmasından ibaret eylemi Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına aykırıdır.

Dava konusu alacak miktarının belirlendiği bilirkişi raporu 02.01.2009 tarihli olup bu rapora şikâyetli avukatın hiçbir itirazı olmaksızın dava 18.03.2009 tarihinde ıslah edilerek 26.03.2009 tarihli duruşmada şikâyetli avukat tarafından bilirkişi raporuna itirazlarının olmadığı beyan edilmiş ve dava sonuçlanmıştır. Her ne kadar şikâyetli avukat şikâyetçiler ile ilk görüşmelerinde taşınmazın değerinin yaklaşık 60.000,00.-TL. sı olduğunu kendilerinin haricen öğrendiklerini beyan ediyor ise de, bu konuda dosyada bir belgeye rastlanılmamıştır. Davanın sonlanma aşamasına kadar şikâyetçilerle devamlı irtibatla olan, ancak en önemli aşamada irtibat kurulmadığı şeklindeki beyan bu sebeple inandırıcı bulunmamıştır. Avukatın üstlendiği görevi özen ile yerine getirmesi kuralının gereği olarak davanın en önemli aşamasında müvekkilini bilgilendirmemiş olması ve şikâyetçilerin taşınmazın değeri konusunda 60.000,00.-TL. sı gibi bir miktarı telaffuz ettiklerinin kabul edilmesi halinde dahi bunun altındaki bir miktara itiraz edilerek değer bir ihtimalde olsa yükseltilecek olması, işini özenle yerine getirmek zorunda olan avukattan beklenen doğal sonuçtur.

Müvekkilinin bir hakkından vazgeçme anlamına gelen tüm işlemler onun bilgisi ve yazılı talimatı ile olmalıdır. Şikâyetli avukatın, müvekkillerinden yazılı talimat almaksızın bilirkişi raporuna itiraz etme hakkından vazgeçmesi Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına açıkça aykırıdır. Nitekim şikâyetli avukatın azlinden sonra görev üstlenen avukatça temyiz edilen karar Yargıtay ilgili dairesince bilirkişi raporundaki eksiklikler sebebiyle bozulmuştur. Bozmaya uyararak bozma gerekçelerine uygun değer tespiti için bilirkişi raporu alınması halinde ilk kararda belirlenen değer üzerinde bir miktarın çıkması büyük olasılık iken ilk değere göre dava ıslah edildiği için bu miktara davayı tamamlamak mümkün olmayacak, şikâyetçiler bu nedenle mağdur edilmiş olacaktır.

Şikâyetçilerin taşınmazına hissedar olan C.Ç. tarafından İdare Mahkemesinde açılan işlemin iptali davasının davalı Belediye vekilinin talebi doğrultusunda bekletici mesele yapılmadan şikâyetli avukat tarafından açılmış olan davanın sonuçlandırılması müvekkiller adına yapılmış riskli bir işlemdir. Şikâyetli avukat müvekkillerine verdiği bilgide de işlemin iptali talepli davanın reddedildiğini beyan etmiş olmasına karşılık diğer hissedar C.Ç. tarafından İdare Mahkemesinde açılmış olan işlemin iptali davası kabul ile sonuçlanmış ve işbu şikâyet dosyasının konusunu teşkil eden idari işlem iptal edilmiştir ki bu durumda şikâyetli avukatın açtığı davanın sonucu da tartışmalı bir hal almıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddesine göre "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler" Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesine göre "Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür." 4.maddesinde de "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34.maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3 ve 4.maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır. Eylem aynı zamanda

Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddeye de aykırı olduğundan ve en az kınama cezası tayini gerektiğinden, Baro Disiplin Kurulunun “Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararında hukuki isabet bulunmamış, kararın kaldırılarak şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin itirazlarının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun “**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**” ilişkin kararının **KALDIRILMASINA**, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirecek başkaca husus kalmadığından Şikâyetli Avukat F.I.’nın **KI-NAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- 17.06.2011** * **Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek**
E. 2011/93 **avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği**
K.2011/364 **ve baro organlarındaki görevleri dolayısı ile öğ-**
rendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.
- * **Avukat aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık et-**
miş veya mütalaa vermiş olursa işi reddetmek zo-
rundadır.
- * **Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yar-**
dımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tara-
fın vekâletini alamaz hiçbir hukuki yardımda
bulunamaz.
- (Av.K.m.34, 36, 38/b; TBB Meslek Kuralları m.3, 4,**
36)

Şikayetli avukat hakkında, şikâyetçilerin de ortağı olduğu S.S.G. Bağcılar Çevresi Toplu İşyeri Yapı Kooperatifinin vekili olarak görev yaptığı, Bakırköy 2.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2008/269 ve 2009/345 Esas, Bakırköy 3.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2007/21 Esas sayılı dos-

yalarında kooperatif vekili olarak bu davaları takip ettiği, Kooperatif başkan ve yöneticileri hakkında, “kullanma zimmeti” suçundan dolayı Bakırköy 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/127 Esasında açılan kamu davasında şüphelilerin vekili olarak yer aldığı, bu eyleminin Avukatlık Yasasının 36 ve 38.maddelerine aykırı olduğu iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmeyerek disiplin cezası tayin edilmemiştir.

Şikâyetli avukat savunmalarında, kendisinin Bakırköy 2.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2008/269 ve 2009/345 Esas sayılı ve 3.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2007/21 Esas sayılı davaları ile bu dosyalarla birleşen yaklaşık elli adet dosyada, S.S. G. Bağcılar Çevresi Toplu İşyeri Yapı Kooperatifinin vekili olarak görev yaptığını, kooperatifin 2001-2008 yılları arasında görev yapan eski yöneticileri aleyhine, gerçekte iftira niteliğinde ve asılsız şikâyetleri nedeni ile Bakırköy 2.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/127 Esas sayılı dosyası ile “kullanma zimmeti” suçunu işlediklerinden bahisle dava açıldığı ve kendisinin de anılan kooperatife hukuk müşavirliği hizmeti veren avukat olarak, eski yönetim kurulu üyelerinin savunmalarını üstlendiğinin doğru olduğunu, ancak kendisinin şikâyetçilerin avukatı olmadığını, kooperatif hükmi şahsiyetinin avukatı olduğunu, bu durumun şikâyetçilerin de avukatı olduğu anlamına gelmediğini, ceza davasında müvekkili olan eski yöneticilerin haksız olarak itham edildiklerini, bu kişilerin aynı konuda genel kurulda ibra edildiklerini, kullanma zimmeti iddiasına dayanak oluşturan paraların hesaplarında bulunmasının, kooperatif hesabına Vergi Dairesinden haciz gelmesi ihtimalini önlemek için olduğunu, bu sebeple kooperatifin bir zararının olmadığını, şikâyetçilerin yöneticileri haksız ve dayanaksız biçimde her konuda şikâyet ettiklerini, kendisi hakkındaki şikâyetin de kötü niyetli ve kendisinin kooperatif vekilliğinden ayrılmayı sağlamaya yönelik olduğunu, bildirerek, kovuşturma aşamasında ileri sürdüğü hususlara ilişkin belgelerini sunmuştur.

Dosyadaki belgelerin incelenmesinde, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 27.04.2009 tarih 2009/1169 iddianame no.lu iddianamesi ile beş kişi hakkında zimmet iddiası ile kamu davası açıldığı, şüphelilerin S.S.G.Bağcılar Çevresi Toplu İşyeri Yapı Kooperatifinin Başkan ve Yönetim Kurulu üyeleri, müştekinin A.İ. olduğu, duruşma tutanaklarına göre tüm sanıkların vekilinin şikâyetli avukat olduğu, disiplin kovuşturmasındaki şikâyetçilerin kooperatif ortağı sıfatıyla

katılma talebinde buldukları, katılma talebinin kabul edildiği ve yargılamanın sürdüğü anlaşılmıştır.

Dosyada bulunan Bakırköy 25. Noterliğinin 07.03.2002 tarih 6782 sayılı genel vekaletnamesi ile şikâyetli avukatın kooperatif vekili olarak görevlendirildiği, zaten taraf beyanları ile de şikâyetli avukatın kooperatif vekili olduğu ve Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/127 Esas sayılı davasında sanıklar vekili olarak görev yaptığı tarihte de bu görevini sürdürdüğü taraflar arasında ihtilafsızdır. Bu durum şikâyetli avukatın savunmalarında da kabul edilen bir husustur.

Şikâyetli avukat kovuşturma aşamasında Disiplin Kurulu'na sunduğu 23.06.2010 tarihli yazılı savunmasının 3. maddesinde, "Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/127 Esas sayılı davasında kullanma zimmeti suçu işledikleri iddiası ile yargılanan sanıkların üzerlerine atılı suçu işledikleri sabit olsa ve şayet bu suçtan bir zarar husule gelse, suçun S.S. B. G. Çevresi Toplu İşyeri Yapı Kooperatifine karşı işlendiği sabit olacağı gibi, işlenen suçtan da doğrudan kooperatif tüzel kişiliğinin zarar göreceği açık ve kesindir" dedikten sonra, sanıkların zimmet suçunu işlemediklerini, kooperatif paralarının açılan şahsi hesapta tutulmasının Vergi Dairesinden gelmesi beklenen haciz işlemine karşı bir güvence olarak yapıldığını, bu hesapların kooperatif hesabı gibi kullanıldığını, sanıkların menfaatlerinin ve kooperatifin de bir zararının olmadığını ileri sürdüğü ve bu yönde delillerini sunduğu görülmüştür.

Şikâyetli avukatın da kabul ettiği gibi, kendisi kooperatifin avukatı iken, kooperatif eski başkan ve yönetim kurulu üyeleri hakkında, kooperatif paraları üzerinde "kullanma zimmeti" suçu işlendiği iddiası ile dava açılmış ve şikâyetli avukat kooperatifin vekili olmasına karşın bu kişilerin savunmasını üstlenmiştir. İddia karşısında, suçun sübutu halinde kooperatif tüzel kişiliğinin zarara uğrayacağı, maddi zarar olmasa dahi kamu davasının konusunu oluşturan iddianın, sanıkların kooperatif yöneticilikleri sıfatından kaynaklandığı, dolayısı ile iddia karşısında kooperatif tüzel kişiliği ile sanıklar arasında menfaat çelişkisinin bulunduğu açıktır. Şikâyetli avukatın, yargılama sonuçlanmadan, sanıkların haklı olduğunu, zimmet bulunmadığını, dolayısı ile menfaat çelişkisinin bulunmadığını değerlendirme yetkisi ise bulunmamaktadır.

Şikâyetli avukatın, yargılama aşamasında ve disiplin kovuşturmasında kooperatif tüzel kişiliği ile Yeditepe Veraset ve Harçlar Vergi Dairesi arasındaki vergi ihtilafına ilişkin yazışmaları da savunmasında delil olarak bildirdiği görülmektedir.

Avukatlık Yasası 34. maddesinde “ Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun bir şekilde davranmak Türkiye Barolar Birliğince belirtilen Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler”. Avukatlık Yasasının 36. maddesine göre “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısı ile öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Yine Avukatlık Yasasının 38/b. maddesine göre de “Aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa” işi reddetmek zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesinde “Avukatlık mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam sadakatle yürütür”. 4.maddesinde “Avukatlık mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır”. hükmüyle belirlenen ilkeler göz önünde bulundurulduğunda maddenin asıl amacının mesleğe olan güveni sarsmamak olduğu bellidir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 36.maddesi “Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekâletini alamaz hiçbir hukuki yardımda bulunamaz. Ortak Büroda çalışan avukatlar da, yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdır.” hükmü ile avukat işi retle yükümlendirilmiştir.

Bu nedenlerle şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34, 36 ve 38/b.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4 ve 36.maddelerine aykırı olup disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın Bakırköy 2.Ağır Ceza Mahkemesinde sanıklar vekili olduğu davada, kooperatifin müdahil olarak bulunmadığından menfaat çelişkisi görülmediği gerekçesi ile disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir. Oysa menfaat çelişkisi, suçtan zarar görme ihtimali bulunanın, davaya katılıp katılmamaya bağlı olarak değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, yargıla-

ma konusu iddianın içeriğine göre değerlendirilmesi gerekeceği gibi, ceza yargılamasının her aşamasında katılma mümkün bulunmakta ve itiraz dilekçesinde sunulan duruşma tutanaklarına göre de, Kooperatif tüzel kişiliğinin daha sonra katılma talebinde bulunduğu, anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuki değerlendirmede hukuki isabet bulunmamış, dosyadaki belgeler karşısında şikâyetli avukatın bildirdiği savunma tanıklarının dinlenmemiş olması, Avukatlık Yasasının 147/1.maddesi karşısında gerekli olmadığından eksiklik olarak kabul edilmemiş, incelenecek başka bir husus da bulunmadığından şikâyetli avukat hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararın kaldırılarak şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçilerin itirazının kabulü ile Baro Disiplin Kurulunun "**Disiplin Cezası Verilmesine Yer Olmadığına**" ilişkin kararın **KALDIRILMASINA**, Şikâyetli Avukat Ş.P.'nin **KINAMA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

T. 17.06.2011 * **Avukatın haricen tahsil ettiği paraları, zaman geçirmeden icra dairesine beyan etmesi ve ondan sonra diğer icrai işlemleri yapması gerekmektedir.**
E. 2011/95
K.2011/366

* **Haricen yapılan tahsilâtın dosyaya geç bildirilmiş olmasının, disiplin suçu oluşturması için borçlunun bir zarara uğraması gerekmediği gibi, dosya borcunun bitip bitmemiş olması da eylemin niteliğini değiştirmemektedir.**

(Av.K.m.34,134; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikâyetçi, şikâyetli avukatın alış veriş yaptığı firmanın vekili olduğunu, söz konusu firmadan toplam 2.210,00.-TL. sı tutarında eşya aldığını, borcuna karşılık 6 adet senet verdiğini, borcunun 294,00.-TL.

sını firmaya ödemediğini, ancak bu yapılan ödemenin borca mahsup edilmediğini, borcun tamamı için icra takibi yapıldığını, takipte fahis oranda faiz talep edildiğini, kendisine ödeme emri geldikten sonra şikayetli avukatla bürosunda görüşerek yaptığı ödemenin ve faiz miktarının düşürülmesini istediğinde, takibin kesinleştiğini, dosya borcunun tamamının ödemesini bildirdiklerini, ayrıca kendisine hakaret edildiğini, daha sonrasında değişik tarihlerde 2.344,00.-TL. sı daha ödediğini, şikayetli avukata bakiyeyi sorduğunda ödemelerin faizlere mahsup edildiğini, asıl alacak ve avukatlık ücreti olarak 4.000,00.-TL. sı daha ödeme yapmasının istendiğini, evine dosya borcunun tamamı üzerinden hacze geldiklerini, icra dosyalarını incelediğinde yaptığı ödemelerin dosyaya bildirilmediğini öğrendiğini, şikayetli avukatın mağduriyetine sebep olduğunu, iddia etmesi üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, şikâyetçinin iddialarının doğru olmadığını, şikâyetçinin borçlusu olduğu iki dosya bulunduğunu, Beyoğlu 4.İcra Müdürlüğünün 2008/9350 Esas sayılı dosyası ile yapılan icra takibinde kapak hesabında borcun %20 akdi cezai şart ve yıllık akdi % 72 yıllık faizle birlikte 3.035,00.-TL. sı tuttuğunu, bu dosyada haczin yapıldığı 28.07.2009 tarihine kadar kendilerine 800,00.-TL. sı ödeme yapılmış olduğunu, ödemelerin inkar edilmeyip hacze gidildiğinde haciz zaptında borç miktarı olarak 1.543,32.-TL. sı yazıldığını, şikayetçiden bu dosya için toplam 2.448,00.-TL. sı alındığını, 2008/9351 Esas sayılı dosyada ise yine % 20 akdi cezai şart ve akdi yıllık % 72 faizle toplam borcun 2.887,00.-TL. sı olup bu dosyadan 200,00.-TL. sı ödeme yapıldığını, ofislerindeki uygulamanın, dosyanın tamamı tahsil edildikten sonra harici tahsilat beyanı ile dosyaların işlemde kaldırılması şeklinde olduğunu, tahsilatların BK.84/2.maddesi gereği öncelikle feriler mahsup edildiğinden en son harç beyanı zarureti doğduğunu, dolayısıyla şikayetçiden fazla tahsilat durumunun söz konusu olmadığını, şikayetçiye kaba davranılmadığını, yapılan hacizlerin İİK. hükümlerine göre yapıldığını, şikayetçinin dilekçesinde bahsettiği Büyükçekmece 1.İcra Müdürlüğünün 2009/774 Tal. sayılı dosyasının toplamda 2.887,00.-TL. sı borç miktarı olan Beyoğlu 4.İcra Müdürlüğünün 2008/9351 Esas sayılı dosyanın talimat dosyası olduğunu, hukuk dışı hiçbir uygulama olmadığını, bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın eylemini sabit görerak Avukatlık Yasasının 34., 134. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 4. maddesi uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetçinin alacaklı firmadan yaptığı alışverişler karşılığı imzaladığı 20.09.2007 vadeli 206,00.-TL. sı, 20.11.2007 vadeli 778,00.-TL. sı tutarında olmak üzere iki bono için toplam 984,00.-TL. sı asıl alacak, 362,52.-TL. sı faiz, 196,80.-TL. sı cezai şart olmak üzere toplam **1.543,32.-TL. sı** alacak talebiyle şikayetli avukat tarafından 12.05.2008 tarihinde Beyoğlu 4.İcra Müdürlüğünün 2008/9350 Esas sayılı dosyasından icra takibi başlatıldığı,

20.11.2007 vadeli 156,00.-TL. sı, 20.01.2008 vadeli 550,00.-TL. sı, 30.01.2008 vadeli 330,00.-TL. sı, 30.05.2008 vadeli 199,00.-TL. sı tutarında olmak üzere üç bono için toplam 1.106,00.-TL. sı asıl alacak, 243,17.-TL. sı faiz, 221,20.-TL. sı cezai şart olmak üzere toplam **1.570,37.-TL. sı** alacak talebiyle şikayetli avukat tarafından 12.05.2008 tarihinde Beyoğlu 4.İcra Müdürlüğünün 2008/9351 Esas sayılı dosyasından icra takibi başlatıldığı,

Bu dosyalara karşılık şikayetçinin, 16.05.2008 tarihinde şikayetli avukata her iki icra dosyasına mahsuben elden makbuz mukabili ayrı ayrı 200,00.- er TL.dan toplam **400,00.-TL.sı**, bu ödemedan sonra PTT aracılığı ile 05.06.2008 tarihinde 200,00.-TL.sı, 14.07.2008 tarihinde 300,00.-TL.sı 21.07.2008 tarihinde 100,00.-TL.sı, 06.10.2008 tarihinde 100,00.-TL.sı olmak üzere toplam **700,00.-TL.sı** ödenmiş olduğu, şikayetli avukatın banka hesabına 28.07.2008 tarihinden başlayarak 27.11.2008 tarihine kadar muhtelif tarihlerde ve muhtelif miktarlarda olmak üzere toplam **1.344,00.-TL.sı** ödeme yapıldığı,

Söz konusu ödemelerden sonra, Büyükçekmece 2.İcra Müdürlüğünün 2008/5057 Tal.sayıli dosyası ile 28.07.2008 tarihinde şikayetçiye hacze gidildiğinde düzenlenen tutanakta dosyaya mahsuben haricen yapılan ödemelerin düşülmeyip alacak miktarının yine 1.543,32.-TL. sı olarak gösterildiği, Büyükçekmece 2.İcra Müdürlüğünün 2009/774 Tal.sayıli dosyası ile 19.02.2009 tarihinde şikayetçiye hacze gidildiğinde düzenlenen tutanakta dosyaya mahsuben haricen yapılan ödemelerin düşülmeyip alacak miktarının yine 1.570,39.-TL.sı olarak gösterildiği, anlaşılmıştır.

Avukat, mesleğinin gereği olarak üstlendiği işi özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek, mesleğin saygı ve güvenini zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır, Şikâyetli avukatın haricen tahsil ettiği paraları, zaman geçirmeden icra dairesine beyan etmesi ve ondan sonra diğer icrai işlemleri yapması gerekmektedir.

Haricen yapılan tahsilâtın dosyaya geç bildirilmiş olmasının, disiplin suçu oluşturması için borçlunun bir zarara uğraması gerekmediği gibi, dosya borcunun bitip bitmemiş olması da eylemin niteliğini değiştirmemektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 34. maddesi “Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler” 134. maddesi “Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlara, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.” hükmünü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesi “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakat ile yürütür” 4. maddesi ise “Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.” hükmünü içermektedir.

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34, 134.maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. ve 4.maddelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddeye de aykırı olması sebebiyle Avukatlık Yasasının 136/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerekmesine karşın Baro Disiplin Kurulunca uyarma cezası tayininde hukuki isabet görülmemiş ise de aleyhte itiraz olmadığından, bu hususa değinilmekle yetinilerek, Baro Disiplin Kurulunun “Uyarma cezası verilmesine” ilişkin kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun “**Uyarma Cezası Verilmesine**” ilişkin kararının aleyhte itiraz olmadığından **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

- T. 17.06.2011** * Avukat “anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi” ilkesi ile
E. 2011/107 * “görevin kutsallığına yakışan doğruluk” ilkelere uygun davranmalıdır.
K.2011/372
- * Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak bir biçimde ve işine tam sadakatle yürütür.
- * Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.
 (Av.K.m.34; TBB Meslek Kuralları m.3, 4)

Şikâyetli avukat hakkında, silahla yağma suçundan Dinar Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/17 Esas sayılı davasında yargılanan sanıklardan T.Ö. ve İ.A.’nın müdafisi sıfatıyla katıldığı kamu davasının 16.08.2008 tarihli ilk duruşması öncesi davanın müştekisi olan şikâyetçi ile yaptığı görüşmede, sanıklar hakkında ifadesinin değiştirmesi karşılığında kendisine 2.000,00.-TL. sı verileceğini söyleyerek, şikâyetçinin soruşturma evresinde verdiği ifadenin aksine beyanda bulunmasını sağladığı, iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat soruşturma ve kovuşturma aşamalarında savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli avukatın eylemini sabit görerek şikâyetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, karara şikâyetli avukat, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı ve denetimli serbestlik süresinin beklenmesi gerektiğini bildirerek itiraz etmiştir.

Şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeni ile ilgili olarak Dinar Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/42 Esasında kayıtlı olarak “Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme” suçlarından

dolayı açılan kamu davası sonucunda Mahkemece 21.10.2009 tarih, 2009/174 Karar sayılı kararı ile şikâyetli avukatın suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme suçundan TCK 281/1 maddesi gereğince suçun işleniş şekli, işlenmesindeki özellikler, ortaya çıkan tehlikenin büyüklüğü dikkate alınarak 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, eylem kamu hizmeti olan avukatlık mesleğinin icrası sırasında olduğundan artırılarak 1 yıl 6 ay hapis cezasına ve takdiri indirimle 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, CMK 231/5 maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın CMK 231.maddesin uygulanması yönünden 31.10.2009 tarihinde kesinleştiği, dosya içindeki mahkeme kararından ve ekindeki kesinleşme şerhinden anlaşılmıştır.

Şikâyetli avukatın, şikâyetçinin müşteki olduğu Dinar Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/17 Esas sayılı olup, silahlı yağma suçundan yargılanan sanıkların müdafisi olduğu, onların daha az ceza almaları için ifade değişikliğinin sağlanması yönünde şikâyetçiye 2000,00.-TL. sı para teklifine aracılık ettiği, Dinar Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/42 Esas 2009/174 Karar sayılı dosyası içeriği ve dinlenen tanık anlatımları ve toplanan deliller birlikte değerlendirildikten sonra şikâyetli avukatın eylemi sabit olmuştur.

Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34. maddesi “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve Avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarına uymakla yükümlüdürler” hükmünü içermektedir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları 3.maddesinde “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak bir biçimde ve işine tam sadakatle yürütür.” 4. maddesinde “mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”.

Şikâyetli avukatın, müvekkili sanıkların silahlı gasp suçundan yargılanmaları sırasında ilk duruşmada şikâyetçinin ifadesinin değiştirilerek gerçeğin meydana çıkmasını engellemek için şikâyetçiye para teklif etmesi, avukatlığın amacı olan “anlaşmazlıkların adalet ve

hakkaniyete uygun olarak çözümlene" ilkesi ile "görevin kutsallığına yakışan doğruluk" ilkelerine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikâyetli avukatın, 6008 Sayılı Yasa ile yapılan düzenleme sonucunda CMK 231. maddenin 6. fıkrasına " sanığın kabul etmemesi halinde hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verilemez" hükmünün eklenmesi ve Yasa'ya eklenen geçici 2. madde ile daha önce verilmiş kararlar için yürürlük tarihinden itibaren on beş günlük başvuru süresi tanınmış olmasına rağmen, şikâyetli avukatın bu yönde bir başvurusunun olmadığı, hükmün açıklanmasının ertelenmesini kabul etmeyerek kararın temyiz edilmesi imkânını kullanmadığı da anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasasının 158.maddesine göre Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve Barolar Disiplin Kurulları, gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir ederler. Şikâyetli avukat hakkında Dinar Ağır Ceza Mahkemesinde açılan kamu davası içeriği, tanık anlatımları ile disiplin dosyası içindeki diğer bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildikten sonra şikâyetli avukatın eyleminin disiplin suçunu oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenle şikâyetli avukatın kamu davasında hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verildiğinden 5 yıllık denetimli serbestlik süresinin beklenmesine ilişkin itirazı bu nedenlerle yerinde görülmemiştir.

Şikâyetli avukatın eylemi Avukatlık Yasasının 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 3 ve 4.maddelerine aykırı olmakla eylemin disiplin suçu oluşturduğundan, eylem aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddeye de aykırı olduğundan ve aynı Yasanın 136/1.maddesi uyarınca en az kınama cezası tayini gerektiğinden Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiş kararın onaması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının reddi ile Baro Disiplin Kurulunun "**Kınama Cezası Verilmesine**" ilişkin kararının **ONANMASINA** katılanların oybirliği ile karar verildi.

- 17.06.2011 * Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir
- E. 2011/111
- K.2011/372
- * Bir haktan feragat yönündeki tüm işlemler için müvekkilden yazılı izin alınması gerektiği, sözlü görüşme ile bu yönde bir mutabakat sağlanmış ise Avukatlık Yasasının 53. maddesine göre görüşme tutanağı düzenlenerek müvekkilin imzasının alınması gerekmektedir.
- * Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.
- (Av.K.m.34, 53; TBB Meslek Kuralları m.3, 4, 43)

Şikâyetli avukat hakkında, şikâyetçinin ve yönetim kurulu başkanı olduğu E. İnşaat Turizm San. Ve Tic. A.Ş nin 17.06.2003 tarihinden beri vekili olduğu, Ocak 2009 da gelini Av.Ö.D'nin avukat olması üzerine işlerini bu avukatın takip edeceğini bildirdiği, şikâyetli avukat tarafından da bunun olumlu karşılanarak kabul edildiği, buna rağmen Marmaris 2. İcra Müdürlüğünün 2007/2467 Esas sayılı olup kesinleşmiş 193.955,00.-TL. lık icra takibinde, borçlunun taşınmazının satışı aşamasına gelindiği bir sırada, kendisinin bilgisi dışında borçlu ile protokol düzenlediği, tahsil ettiği paraları kendi zimmetinde tuttuğu, borçlu ile birlikte seçim çalışmaları yaptığı, protokolü kendilerine bildirmesi üzerine bunun kabul edilmediği, alacağın tahsil edilemediği, şikâyetlinin azledildiği, ayrıca şirket hakkında Maliye'de yapılan incelemede elinde bulunan kira sözleşmelerini ilgililere verdiği, L. A.Ş den olan alacağının akıbeti hakkında bilgi vermediği, iddiaları ile yapılan şikâyet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, savunmalarında şikâyetçinin ve yetkilisi olduğu şirketlerin uzun zamandan beri vekilliğini yaptığını, ilişkilerinin dostluk ve yakınlık içerisinde olduğunu, çok sayıda takip ve dava-

larını yürüttüğünü, büyük miktarlarda tahsilatlar yaparak hesap görüp teslim ettiğini, bu yakın ilişki nedeni ile yazılı belge almadığını, şikayetçinin aynı biçimde yapılan bu iş ve işlemler ile ilgili olarak bir şikayetinin olmamasının da bu durumu gösterdiğini, şikayetçinin gelininin avukat olmasından dosyalara bilgisi ve izni dışında vekalet konulduğunu, şikayet konusu icra dosyasında bütün işlemleri müvekkilinin menfaatini gözeterek yürüttüğünü, borçlunun ödeme gücünün bulunmadığını ve bu durumun icra dosyası ile de tespit edildiğini, sadece bir adet taşınmazına haciz konulduğunu, bunun değerinin 220.000,00.-TL. sı olarak tespit edildiğini, aynı taşınmaz üzerinde bir bankanın 80.000. Euro ipoteğinin bulunduğunu, ihale ile takdir edilen bedele satılamayacağını, banka alacağından sonra ellerine para geçmeyeceğini, borçlu tarafın haricen ödeme teklifinde bulunduğunu, bu durumu şikayetçiye izah ettiğinde kendisinin de olumlu karşıladığını, önceden beri yürütülen biçim ile yazılı belge almasının beklenemeyeceğini, şikayetçinin bilgisi altında şikayet konusu protokolün vekaletnamesindeki yetkiye dayanılarak düzenlendiğini, tahsil edilen 125.000,00.-TL.sı ve protokolü şikayetçiye götürdüğünde borçlu avukatının da imzalamasını istediğini, parayı bırakmasını daha sonra belge düzenleneceğini, ibraname ve kendi hesabının da görülmesi suretiyle bırakabileceğini söylemesi üzerine, ibraname verilmediğini, paranın tamamının teslim edilmek üzere ayrı bir vadeli hesapta tutulduğunu, kendisinin azledilmesi üzerine ihtarname ile durumu bildirerek paranın hesap görülerek teslim alınmasını istediğini, asıl sebebin borçlunun da kendisinin belediye başkanı olarak aday olduğu seçimde meclis üyesi aday olması olduğunu, diğer iddiaların yerinde olmadığını bildirmiştir.

Dosyada bulunan Marmaris 2.İcra Müdürlüğünün 2007/2467 Esas sayılı takip dosyasının incelenmesinde, Marmaris 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/43 Esas, 2006/400 Karar sayılı kararına dayanan icra takibinin 149.360,51.-TL. sı asıl alacak, işlemiş faiz ve ekleri ile toplam 437.330,96.-TL. sı olarak başlatıldığı, borçlunun bir adet taşınmazına haciz konulduğu, kıymet takdiri yaptırıldığı, borçlu vekilinin itirazı üzerine işlemiş faiz tutarının ve oranının tespit edildiği, yine borçlu vekilinin, Marmaris 1. İcra Müdürlüğünün 2007/2716 Esas sayılı dosyasındaki alacağının bu dosyadaki alacak-

tan takas ve mahsup edilerek kalan miktarın 193.955,00.-TL. sı olarak tespit edilmesi isteği üzerine İcra Hukuk Mahkemesince takasın kabulüne karar verildiği, dosyaya Avukat Ö.D.'nin 12.03.2009 tarihli vekaletnamesinin de konulduğu, ancak bu avukat tarafından bir işlem yapılmadığı, şikayet konusu protokol ile ilgili bir açıklamanın dosyada bulunmadığı,

Şikâyetli avukat tarafından dosyaya ibraz edilen, 20.08.2009 tarihli protokolde, Marmaris 2. İcra Müdürlüğünün 2007/2467 Esas sayılı dosyasındaki alacağın, mahsuptan sonra kalan miktar olarak tarafların 125.000,00.-TL. sınını ödenmesi ile tasfiye edileceği, ödemenin 10.09.2009 tarihli 105.000,00.-TL. lık bir çekin ciro edilmesi, 10.09.2009 tarihli ayrı bir çekin verilmesi ile ödeneceğinin yazılmış olduğu, altında alacaklı vekili olarak şikâyetli avukatın ve iki borçlunun imzalarının bulunduğu,

Protokol gereği 125.000,00.-TL. sınını şikâyetli avukat tarafından tahsil edildiği ve savunmasına göre şikâyetçi tarafından kabul edilmediği için halen kendi adına açtığı vadeli ayrı bir hesapta tutulduğu,

Şikâyetli avukatın, Marmaris 4 Noterliğinin 25.09.2009 tarih 11179 sayılı azilnamesi ile azledildiği, azilnamenin icra dosyasına da girdiği, görülmektedir.

Şikâyetli avukatın, azil tarihinden sonra, Marmaris 1. Noterliğinin 07.10.2009 tarih 10275 sayılı ihbarnamesi ile şirket yetkilisinin talimatı ile Marmaris 2. İcra Müdürlüğünün 2007/2467 Esas sayılı dosyası için anlaşma yapıldığı ve 125.000,00.-TL. sınını tahsil edildiği, kendileri ile görüşmesinde borçlu vekilinin de protokolü imzalamasının istenmesi üzerine durumun meslektaşına bildirildiği ve imzanın tamamlanacağı, tahsil edilen paranın yedinde olduğu ve ibranamenin verilmesi halinde bildirilecek banka hesabına yatırılacağı bildirildiği, görülmektedir.

Avukatlık Yasasınının 34. maddesine göre "Avukatlar yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır 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."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3. maddesine göre "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür." 4. Maddesine göre "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." 43. maddesine göre "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir. Müvekkille ilgili bir hesap varsa uygun sürelerde durum yazı ile bildirilir".

Şikâyetli avukatın, daha yüksek miktarlı bir alacağın tahsil kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesi ile bunun altındaki bir miktar için protokol düzenlemesi, alacağın kalan kısmından feragat etmesi, vekâletnamesinde bu yönde verilmiş yetki bulunsa bile, müvekkilin bu miktardaki hakkından vazgeçme sonucunu doğurmakta olup, müvekkilinin yazılı iznine bağlıdır. Bir haktan feragat yönündeki tüm işlemler için müvekkilden yazılı izin alınması gerektiği, sözlü görüşme ile bu yönde bir mutabakat sağlanmış ise Avukatlık Yasasının 53. maddesine göre görüşme tutanağı düzenlenerek müvekkilin imzasının alınması gerektiği Kurulumuzun yerleşmiş kararları ile kabul edilmiştir.

Şikâyetli avukatın önceden beri şikâyetçi ile avukatlık ilişkisinin dostluk ve güven ilişkisi içerisinde yürütüldüğünü ve bu niteliği ile yazılı belge istenmesinin mümkün olmadığı yönündeki savunması, bu ortamın bozulması halinde doğacak sorumluluğu ortadan kaldırmamaktadır. Şikâyetli avukat, protokolün düzenlenmesi öncesinde yazılı talimat almamış bulunduğu gibi, müvekkili adına tahsil ettiği para hakkındaki bilgiyi de kendisinin azledilmesinden sonra ihbarname ile vermiş, tahsil edilen paranın tevdi mahalli tayini yoluyla sorumluluğundan çıkması yönünde yasal bir girişimde de bulunmamıştır.

Baro Disiplin Kurulunun, şikâyetli avukatın eylemlerinin Avukatlık Yasasının 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3, 4, ve 43 maddelerine aykırı olduğu yönündeki değerlendirmesi ve gerekçeleri yerinde olmakla birlikte, eylem aynı zamanda Avukatlık Yasasının altıncı kısmında yer alan 34.maddeye de aykırı olması ve Avukatlık Yasasının 136/1 maddesi uyarınca en az kınama cezası

tayini gerekmekte ise de aleyhte itiraz bulunmadığı için kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetli Avukat H.C.'nin itirazının reddine, Baro Disiplin Kurulunun **“Uyarma Cezası Verilmesine”** ilişkin kararının **ONANMASINA**, katılanların oybirliği ile karar verildi.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
KARARLARI
CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

İKİNCİ DAİRE

ESKİ v. Türkiye

Başvuru no: 8354/04

5 Haziran 2012

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı değişikliklere tabi tutulabilir.

15 Mayıs 2012 tarihinde,

Başkan

Françoise Tulkens,

Yargıçlar

Danute Jociene,

Dragoljub Popovic,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller

ve Daire yazı isleri müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Dairesi), başvuru ile ilgili yapılan müzakereler sonrasında Davalı Hükümetin görüşleri ve bu görüşler doğrultusunda başvuranın verdiği cevapları da dikkate alarak aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (8354/04no'lu) davanın nedeni, Türk vatandaşı Gökhan Eski'nin ("başvuran") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AIHM" ve "Mahkeme") 6 Şubat 2004 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.

2. Başvuran, İzmir'de görev yapan avukat S. Cengiz tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlileri tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuru 1 Ekim 2009 tarihinde, Hükümet'e iletilmiştir. Daire, Sözleşme'nin 29 § 1 maddesinin verdiği yetkiye dayanarak, davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte karar vereceğini bildirmiştir.

OLAY VE OLGULAR

1. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran, 1975 doğumludur ve İzmir'de ikamet etmektedir.

5. 29 Aralık 2002 tarihinde gece yarısı sarhoş olan başvuran, bir takside arkadaşıyla kavga etmiştir. Taksi şoförü karakolun önünde durmuş ve başvuranın arkadaşı şikayette bulunmak için içeri girmiştir. Başvuran, arkadaşının peşinden gitmiştir.

6. Başvurana göre, karakola girdiklerinde arkadaşı polis memurlarına başvuranın kendisinin cep telefonunu çaldığını söylemiştir. Polis memurlarından biri başvuranın ayağına basarak, arkadaşının telefonunu geri vermesini söylemiştir. Başvuran, polis memurunu itmiştir. Sonrasında birkaç polis memuru başvurana saldırmıştır. Başvuran, yarım saat boyunca gözleri bağlı ve elleri kelepçeli bir halde tahta sopa ve coplarla dövülmüştür.

7. Saat 01.40'ta, başvuran Buca Sağlık Merkezi'ne götürülmüştür. Başvuranı muayene eden doktor, başvuranın sırtında büyük çaplı morluk, her iki bacağında ve sol kolunda morluklar, alnının sağ tarafında, sağ kolunda ve parmaklarında şişlik bulunduğunu belirtmiştir. Başvuranın sağ elinin kırılmış olabileceği şüphesiyle, hastaneye sevk edilmesini söylemiştir.

8. Saat 02.15'te hazırlanan İzmir Eğitim Hastanesi raporuna göre, başvuranın sağ bileğinde şişlik ve sol diz bölgesinde hassasiyet tespit edilmiştir. Ayrıca, çekilen röntgen sonucu başvuranın sol kolunun kırık olduğu görülmüştür.

9. 30 Aralık 2002 tarihinde saat 03.47'de İzmir Adli Tıp Kurumu tarafından, aynı gece hazırlanmış olan iki tıbbi rapor dikkate alınarak hazırlanan rapora göre, başvuranın sırtında geniş çaplı birçok morluk, alnının sağ tarafında şişlik ve morluk, bacaklarının arkasında morluklar, sol kolunun üst kısmında morarmış bir bölge ve sağ elindeki parmaklarından birinde şişlik ve morluk tespit edilmiştir. Ayrıca başvuranın sağ kolunun kırık olduğu not edilmiştir. Rapor sonucu, yaralarından dolayı başvuranın on beş gün çalışamayacağı bildirilmiştir.

10. 30 Aralık 2002 tarihli toksikoloji raporu, başvuranın kanında binde 0.98 oranında alkol tespit etmiştir.

11. 2 Ocak 2003 tarihinde, başvuranın avukatı başvuranı cezaevinde ziyaret etmiş ve vücudundaki kötü muamele izlerini not etmiştir. Aynı gün, başvuran kötü muamele iddiasını ayrıntılı bir şekilde avukatına bildirmiştir.

12. 24 Ocak 2003 tarihinde, başvuran, kendisine kötü muamelede bulunan polis memurlarının yargılanması talebiyle, İzmir cumhuriyet savcılığına resmi bir şikayette bulunmuştur.

13. 5 Şubat 2003 tarihinde, başvuran İzmir Adli Tıp Kurumu'nda

bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Oluşturulan raporda, başvuranın önceki tıbbi raporları ve röntgenleri göz önünde bulundurulmuş ve başvuranın sağ kolunun hala sargılı olduğu ve yaralarının hala belirgin olduğu belirtilmiştir. Başvuranın, yaralarından dolayı on beş gün çalışamayacağı sonucuna varılmıştır.

14. 12 Mart 2003 tarihinde, İzmir cumhuriyet savcısı, başvurana kötü muamelede bulunmaları nedeniyle on polis memuru aleyhine bir iddianame hazırlamıştır. Başvuran, yargılamalara müdahil olarak katılmıştır.

15. 29 Haziran 2004 tarihinde, İzmir Asliye Ceza Mahkemesi, tanıkların ifadeleri ve tıbbi raporlara dayanarak, Ceza Kanunu'nun 245. maddesi uyarınca, polis memurlarını başvurana kötü muamelede bulunmaları nedeniyle suçlu bulmuştur. Olay günü görev başında olan diğer altı polis memuru beraat etmiştir. Mahkeme, başvuranın karakola vardığında sarhoş olduğuna belirtmiştir. Başvuran, polis memurlarına küfretmeye ve onları tehdit etmeye başlamış, kendini sağa sola atmış ve birkaç polis memuruna vurmıştır. Başvurayı durdurmak için polis memurları, başvuranın ellerini kelepçelemiş, gözlerini bağlamış ve ağzını tıkamışlardır. Polis memurlarından biri, M.G.I, başvurana cop ile vurmıştır. Ayrıca diğer polis memurlarına da başvurana vurmalarını söylemiştir. Dolayısıyla, diğer üç polis memuru da başvurana coplarla vurmışlardır. Mahkeme bu bulguya dayanarak, başvuranı döven dört polis memurunun davranışlarının, Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin ihlaline yol açtığına karar vermiştir. Ceza Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca, başvuranın küfür ve tehditlerinin kışkırtma niteliği taşıdığını göz önünde bulundurarak, mahkeme, polis memurlarının cezalarını azaltmış, dolayısıyla her birini para cezasına çarptırmıştır. Ayrıca mahkeme, sanıkların tekrar suç işleme ihtimallerinin bulunmadığına dayanarak, 647 sayılı kanunun 6. maddesi uyarınca, cezalarını ertelemiştir.

16. 7 Mart 2007 tarihinde Yargıtay, beraat kararları hususunda ilk derece mahkemesinin kararını onamış, mahkumiyet kararlarına yönelik olarak, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca dosyanın yeniden incelenmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

17. Dosya bu nedenle İzmir Asliye Ceza Mahkemesi'ne iade edilmiştir. 17 Ocak 2008 tarihinde İzmir Asliye Ceza Mahkemesi bir kez daha dört sanık polis memurunu başvurana kötü muamelede bulunma hususunda suçlu bulmuş ve her birini para cezasına çarptırmıştır. Mahkeme ayrıca sanıkların tekrar suç işlemeyecekleri kanaatine vararak, 647 sayılı kanun uyarınca cezalarının ertelenmesine karar vermiştir. Temyiz sürecinde, 17 Eylül 2008 tarihinde Yargıtay, ilk derece mahkemesinin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının 5 yıl geri bırakılması hususunu da incelemesi gerektiğini savunarak bu kararı bozmuştur.

18. 9 Mart 2009 tarihinde İzmir Asliye Ceza Mahkemesi bir kez daha polis memurlarının başvurana kötü muamelede bulduklarına kanaat getirmiştir. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 245. maddesi uyarınca ilk olarak her birini üç ay hapse mahkum etmiştir. Başvuranın küfür ve tehditler savurmasının Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin anlamı dahilinde tahrik teşkil ettiğini dikkate alarak, mahkeme sonradan hapis cezalarını yirmi beş güne düşürmüş ve yirmi beş gün boyunca kamu hizmetlerinden yasaklı tutulmalarına karar vermiştir. Mahkeme sonradan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi doğrultusunda hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. 20 Mart 2009 tarihinde başvuranın itirazı reddedilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMALARI

19. Söz konusu zamanda yürürlükte olan, kötü müdahaleye ilişkin ilgili iç hukuk kuralları ve uygulamalarının şekli Batı ve Diğerleri v. Türkiye (no. 33097/96 ve 57834/00, §§ 96-98, AİHM 2004-IV (alıntı)) kararında bulunabilir.

20. Bir cezanın ertelenmesi hususu, Cezaların Ertelenmesi başlığı altında 647 sayılı kanunun 6. maddesinde ele alınmıştır. Bu madde şunu öngörmektedir:

“Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkum olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olur ve geçmişteki

hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde erteleme nin sebebi hükümde yazılır.”

21. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi ile düzenlenmiştir. İlgili fıkralar şu şekildedir:

“ ...

(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir... Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

...

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur.

...

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülöklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

22. Başvuran, gözaltında tutulduğu sırada kötü muameleye maruz kaldığını iddia etmiştir. Başvuran ayrıca sanık polis memurları aleyhine yürütülen ceza yargılamalarının uzunluğundan ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından şikayetçi olmuştur. Şikayetlerine ilişkin olarak başvuran, Sözleşme'nin 3, 6 ve 13. maddelerine dayanmıştır.

23. Mahkeme, bu şikayetlerin Sözleşme'nin 3. maddesi yönünden incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

A. Davanın kabul edilebilirliği hakkında

24. Hükümet, iç hukuk yolları tüketilmediğinden, başvurunun reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, başvuranın, maruz kaldığını iddia ettiği zarara ilişkin idari ve adli mahkemelerde tazminat talebiyle dava açabileceğini ifade etmiştir.

25. Mahkeme, benzer davalarda Hükümet'in ön itirazlarını inceleyip reddettiğini vurgulamaktadır (bkz., özellikle, Atalay v. Türki-

ye, no. 1249/03, § 29, 18 Eylül 2008). Mahkeme, Hükümet tarafından belirtilen hukuk yollarının, bir Sözleşmecî Devlet'in Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından yeterli görülemeyeceğine ilişkin olarak daha önce vardığı sonuçları yeniden teyit etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada, daha önceki tespitlerinden sapmasını gerektirecek herhangi bir özel koşul olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla, Hükümet'in ön itirazını reddetmektedir.

26. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafının (a) bendinin anlamı dahilinde, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığını not eder. Ayrıca, başvurunun hiçbir koşulda kabul edilemez olmadığını belirtir. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir olarak nitelendirilmelidir.

B. Davanın esası hakkında

1. 3. maddenin esasî bakımından

27. Hükümet başvuranın iddialarına itiraz etmiştir. Özellikle, başvuranın iddialarının asılsız olduğunu ileri sürmüştür.

28. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele iddialarının mevcut olması halinde, bu hususun geniş bir inceleme-yeye tabi tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, yerel yargılamaların yapılması halinde, olay ve olgulara dair kendi değerlendirmesini yerel mahkemelerinkilerin yerine koymak Mahkeme'nin görevi değildir ve genel bir kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek bu yerel mahkemelere düşmektedir (bkz. Gafgen v. Almanya [GC], no. 22978/05, § 93, AİHM 2010, ve Derman v. Türkiye, no. 21789/02, § 25, 31 Mayıs 2011).

29. Mahkeme, başvurana karşı polis memurlarının davranışlarını değerlendirirken, İzmir Asliye Ceza Mahkemesi'nin, dava dosyasındaki delillere baktıktan sonra başvuranın sanık polis memurlarının dördü tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığının açık olduğuna kanaat getirdiğini gözlemlemektedir (bkz. yukarıda paragraf 15-18).

30. Yukarıda anılanların ışığında Mahkeme ayrıca, başvuranın,

görevleri sırasında polis memurları tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığından ve neticesinde vücudunda tıbbi raporlarda belirtilen yaralar oluştuğundan dolayı, Devlet'in Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca bu durumdan sorumlu olduğunu belirtmektedir. Mahkeme bu nedenle, başvuranın maruz kaldığı insanlık dışı muameleden dolayı Sözleşme'nin 3. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğine karar verir.

2. 3. maddenin usulü bakımından

31. Hükümet, polis memurları hakkında 5271 sayılı kanununun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının af kanunu olarak değerlendirilemeyeceğini öne sürmüştür. Bu bağlamda Hükümet, polis memurlarının cezalarının, kararın verildiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde başka kasıtlı bir suç işlemeleri halinde uygulanacağını belirtmiştir.

32. Mahkeme, bir bireyin, polis veya diğer benzer Devlet görevlilerinin gözetimi altında tutulduğu sırada, 3. maddenin ihlaline yol açacak bir müdahaleye maruz kaldığına dair güvenilir bir ifade vermesi halinde, bu maddenin Devlet'in Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen "kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamak" şeklindeki genel görevi ile bağlantılı olarak yorumlanması ve olay hakkında dolayısıyla etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Bu tür bir soruşturma, sorumlu olanların tespit edilmeleri ve cezalandırılmaları sonucuna götürebilmelidir (bkz. Labita v. italya [GC], no. 26772/95, § 131, AİHM 2000-IV). Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, bu husus, yerel adli makamların uygulanan fiziksel ve psikolojik eziyeti hiçbir koşulda cezasız bırakmamaları gerektiği anlamına gelmektedir. Bu durum özellikle halkın hukuk devletine olan güvenini ve desteğini sağlamak noktasında önem arz etmektedir. Ayrıca, kamu makamlarının hukuka aykırı eylemlere tolerans gösterdiği ya da gerekli dikkati göstermediğine ilişkin toplumda oluşabilecek kanaatin önlenmesi açısından da gereklidir (bkz. Okkalı v. Türkiye, no. 52067/99, § 65, AİHM 2006-XII (alıntı), ve yukarıda anılan, Derman, § 27).

33. Şüphesiz, bu bağlamda hızlı hareket edilmesi gerektiği kesindir. Belirli bir duruma yönelik yapılan bir soruşturmanın ilerlemesine engel teşkil edecek durumların ortaya çıkması olasıdır. Ancak böyle durumlarda, kötü muamele iddialarının soruşturulması hususunda yetkili makamlarca verilecek hızlı bir cevabın, bu makamların hukukun üstünlüğüne uyduklarını gösterme ve hukuka aykırı eylemlere tolerans gösterildiği ya da gerekli dikkat gösterilmediğine ilişkin toplumda oluşabilecek kanaatin önlenmesi açısından gerekli olduğu kabul edilebilir (bkz. yukarıda anılan, *Batı ve Diğerleri*, § 136).

34. Mahkeme ayrıca, bir Devlet görevlisinin 3. maddeyi ihlal eden bir suç işlemesi halinde, bu suç hakkında yürütülen yargılamanın, yargılama sonucunda verilen hükmün zaman aşımına uğramaması ve bu suçlar açısından af çıkarılmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, Mahkeme, bir Devlet görevlisinin işkence ve kötü muamele içeren suçlarla suçlanması halinde, soruşturma ve yargılama boyunca görevden uzaklaştırılması gerektiğini ve mahkum edilmesi halinde, görevden alınması gerektiğini vurgulamaktadır (bkz. *mutatis mutandis*, *Abdülşamet Yaman v. Türkiye*, no. 32446/96, § 55, 2 Kasım 2004, ve *Serdar Güzel v. Türkiye*, no. 39414/06, § 42, 15 Mart 2011).

35. Mevcut davanın olaylarına bakarak Mahkeme, başvuranın şikayeti üzerine, cumhuriyet savcısının 12 Mart 2003 tarihinde sanık polis memurları aleyhine ceza yargılaması başlattığını gözlemlemektedir. Bu yargılamalar 9 Mart 2009 tarihinde sona ermiştir. Altı yıl süren bu süreç, sorumlu olanların cezalandırılmasını gerektiren çabukluk ilkesine ters düşmektedir. Ayrıca dava dosyasında, polis memurlarının bu süreç boyunca görevlerinden uzaklaştırıldıklarına dair herhangi bir belirti bulunmamaktadır. Ek olarak, yetkili makamlar da bu polis memurları aleyhine herhangi bir disiplin işlemi başlatmamışlardır.

36. Mahkeme tarafından karara bağlanacak diğer konu; ulusal makamların, başvurana kötü muamelede bulunmakla suçlanan polis memurlarının soruşturulması ve bu kişilerin cezalandırılmasına yönelik olarak yetkileri dahilindeki her şeyi yapıp yapmadıkları, yaptılarsa da ne dereceye kadar yaptıkları ve bu kişilere yeterli ve caydırıcı yaptırımlar uygulayıp uygulamadıklarını tespit etmektedir. Bu bağlamda

Mahkeme, mağdurun davranışına bakılmaksızın, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı davranış veya cezalandırmanın yasaklanmasının muhakkak niteliğini vurgulamaktadır. Bu doğrultuda, tahrik, bir bireye şiddetli kötü muamele uygulamanın gerekçesi olarak nitelendirilemeyecektir, dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline sebep olmaktadır (yukarıda anılan, Atalay, § 43). Bu bağlamda Mahkeme ilk olarak, İzmir Asliye Ceza Mahkemesi'nin, başvuranın polis memurlarına karşı küfür ve tehditler savurmasının eski Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin anlamı dahilinde tahrike yol açtığına kanaat getirdiğini ve neticesinde, kötü muamelede bulunmakla suçlanan polis memurlarının hapis cezası sürelerinin düşürüldüğünü not etmektedir. İkinci olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılmıştır (bkz. yukarıda, paragraf 17 ve 18). Mahkeme'nin görüşüne göre, bu iki eksikliğin, Sözleşme'nin kötü muameleden korumaya yönelik standardına uygun olduğu düşünülemez. Mahkeme'nin içtihadına göre, bu tür cezaların ertelenmesi, mahkumiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açtığından, kuşkusuz kabul edilemez "tedbirler" kategorisine girmektedir (bkz. yukarıda anılan, Okkalı, §§ 73-78, ve Zeynep Özcan v. Türkiye, no. 45906/99, §§ 40-46, 20 Şubat 2007). Bu hususta, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi ile düzenlenen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ilkesi, cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanıkların cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Bunun nedeni, ilkinin uygulanması, suçlunun erteleme hükmüne uyması koşuluyla, kararı ceza dahil olmak üzere tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırmakta, ancak ikincinin uygulanması halinde ne karar ne de karara dayalı mahkumiyetin varlığı sona ermemektedir. Bu nedenle Mahkeme, incelenen yerel mahkeme kararının, hakimlerin, hukuka aykırı ciddi davranışlara hiçbir şekilde göz yumulamayacağını göstermekten ziyade, bu tür davranışların sonuçlarını aza indirmek için kendi takdir yetkilerini kullandıklarını gösterdiğini düşünmektedir. Yukarıda anılanlar ışığında, Mahkeme, polis memurlarının kovuşturulmasında gözlemlenen eksikliklerden ve bu kişilere karşı herhangi bir disiplin tedbirinin alınmamasından dolayı, Sözleşmeciler Devlet'in, Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca usul bakımından yükümlülüklerini yerine getirmediklerine kanaat getirir.

37. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 3. maddesi usul bakımından ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

38. Başvuran, manevi tazminat olarak 30,000 Euro (EUR) talep etmiştir.

39. Hükümet, talebe itiraz etmiştir.

40. Mahkeme, başvuranın acı ve ızdıraba maruz bırakıldığı ve bunun yalnızca Mahkeme'ce tespit edilen ihlal ile telafi edilemeyeceği kanaatinde. Tespit edilen ihlalin niteliğini dikkate alarak ve hakkaniyet temelinde hükmederek Mahkeme, manevi tazminat olarak başvurana 19,500 Euro ödenmesine karar verir.

B. Masraf ve Giderler

41. Başvuranın temsilcisi, İzmir Barolar Birliği'nden 883 Euro adli yardım aldığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, İzmir Barosu'nun adli yardım kuralları uyarınca, yargılamalar sonucunda Mahkeme'nin başvurana adil tazmin ödenmesine hükmetmesi halinde, başvuranın söz konusu miktarı İzmir Barosu'na ödemesi gerekeceğini belirtmiştir. Başvuranın ayrıca avukatlık ücreti olarak temsilcisine toplam tazminat miktarının %5'ini ödemesi gerekecektir. Başvuranın temsilcisi ayrıca, Mahkeme önünde oluşan masraf ve giderler için 78 Euro talep etmiştir.

42. Hükümet taleplere itiraz etmiştir.

43. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvurana, masraf ve giderler yalnızca gerçekten ve zorunlu olarak oluştuğu ve miktar bakımından makul olduğu tespit edildiği takdirde tazmin edilir. Mevcut davada Mahkeme, elindeki belgeleri ve yukarıdaki kriterleri dikkate alarak, başvurana tüm masraflar için 1,000 Euro ödenmesini makul görür.

C. Gecikme faizi

44. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar verir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OY BİRLİĞİYLE

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu beyan eder;
2. Sözleşme'nin 3. maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine karar verir;
3. Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine karar verir;
4. a) Davalı Devlet'in başvurana, Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. paragrafı gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden Türk Lirası'na çevrilmek üzere;
 - (i) manevi tazminata ilişkin olarak, vergi olarak ödenmesi gereken miktar hariç olmak üzere 19,500 Euro (on dokuz bin beş yüz euro) ödenmesine;
 - (ii) masraf ve giderlere ilişkin olarak, vergi olarak ödenmesi gereken miktar hariç olmak üzere 1,000 Euro (bin euro) ödenmesine;
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren, ödeme gününe kadar, yukarıda bahsedilen miktara, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda basit faizin uygulanacağına karar verir;

5. Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini *reddeder*.

İşbu karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca, 5 Haziran 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Daire Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan

*Adalet Bakanlığı Uluslar arası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe tercüme edilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

KÖLN EYALET MAHKEMESİ'NİN SÜNNET İLE İLGİLİ KARARI*

Çeviren: Semih YUMAK**

Karar Tarihi:	07.05.2012
Mahkeme:	Köln Eyalet Mahkemesi
Karar Mercii:	1. Ceza Dairesi
Kararın Şekli:	Mahkeme Kararı
Dosya Numarası:	151 Ns 169/11
İlk Derece Mahkemesi:	Köln Yerel Mahkemesi, 528 Ds 30/11
Kesinleşme Durumu:	Kesinleşmiş

Hüküm :

Savcılığın Köln Yerel Mahkemesinin 21.09.2011 tarihli kararına karşı yapılan istinaf başvurusu reddedilmiştir.

Yargılama masrafları ve sanığın lazım olan masrafları hazineye bırakılmıştır.

* Karar metnine http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html adresinden ulaşılabilir.

** Greifswald Üniversitesi Kriminoloji ve Ceza Adaleti Sistemi Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi.

Gerekçeler:

I.

Köln Savcılığı sanıklara 04.11.2010 tarihinde başka bir kişiyi tehlikeli bir alet ile yaralamak ve sağlığına zarar vermekten kamu davası açmıştır (Alman Ceza Kanunu -AlmCK- m. 223 1. fıkra, m. 224 1. fıkra 2. bent 2. seçenek).¹

04.11.2010 tarihinde Sanık doktor Köln'deki S Sokağındaki muayenehanesinde eylemin gerçekleştiği sırada 4 yaşında olan çocuğu, operasyon için tıbbi bir endikasyon olmadan, lokal anestezi altında, ailesinin isteği doğrultusunda neşter bıçağı vasıtasıyla sünnet etmiştir. Doktor çocuğun yarasını dört dikiş ile dikmiştir ve aynı günün akşamı ev ziyaretinde tekrar çocuğa bakmıştır. 6 Kasım 2010 tarihinde çocuk, annesi tarafından tekrar kanamanın durdurulması için Köln'deki Tıp Fakültesi Hastanesi çocuk acil bölümüne getirilmiştir. Kanama orada durdurulmuştur.

Köln Yerel Mahkemesi 21 Ekim 2011 tarihli kararı ile sanık doktorun yargılama masrafları hazinede bırakılmak üzere cezalandırılmasına yer olmadığına karar vermiştir (528 Ds 30/11). Bu karara karşı Savcılık süresi içinde ve usulüne uygun şekilde karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur.

II.

Savcılığın iddiası kovuşturma aşamasında fiili durum açısından gerçek çıkmıştır. Sanık maddi olayı tüm boyutlarıyla ikrar etmiştir. Mahkeme, ilave olarak, çocuğun ailesinin islami inanışa mensup olduğunu tespit etmiştir. Sanık, sünneti ailenin dini sebeplerden dolayı

¹ AlmCK m. 223 :

(1) Başka bir kişiye bedensel olarak fena muamele eden ya da kişinin sağlığında zarara sebep olan 5 yıla kadar hapis cezası ile ya da para cezası ile cezalandırılır.

AlmCK m. 224 :

(1) Yaralama

...

2. bir silah ya da tehlikeli bir alet aracılığı ile

...

işlenirse, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile, daha az ağır yaralanma hallerinde 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

isteği üzerine gerçekleştirmiştir. Mesleki birlikten alınan bilirkişi raporuna göre sanığın işini mesleki anlamda kusursuz yaptığı sabittir. Bir işlem hatası bulunmamaktadır. Ayrıca, bilirkişinin de belirttiği gibi, Orta Avrupa'da hiçbir durumda koruyucu sağlık tedbiri amaçlı sünnet uygulaması zorunluluk oluşturmamaktadır.

III.

Sanık hakkında, hukuka uygunluk sebeplerinden dolayı ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir.

AlmCK'nun 223. maddesinin 1. fıkrasındaki suçun unsurları oluşmuştur. AlmCK'nun 224. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinin ikinci alternatif seçeneği ile ilgili suçun unsurları oluşmamıştır. Neşter, anlamının belirlenmesi çerçevesinde, eğer bir doktor tarafından -olayda olduğu gibi- belirlenen usule uygun kullanılırsa tehlikeli alet olarak atfedilmez (bkz. BGH² NJW 1978, 1206; NSTz 1987, 174).

Anne ve babanın dini sebeplerden ötürü bir doktorun usulü dairesinde yaptığı sünnete verdiği rıza, rıza ehliyeti kapsamında değildir; olayın toplumsal uygunluğu diye bilinen bakış açısı altında bu mümkün olmamaktadır. Karşıt görüşün *Exner* (Sozialadäquanz im Strafrecht³ – Zur Knabenbeschneidung, Berlin 2011, özellikle 189. sayfa vd.) vasıtasıyla gelişimi tatmin edici değildir. Bu düşünceye göre sünnet edilenlerin anne ve babaları AlmCK'nun 17. maddesine göre sorumlu olmamaktadırlar.⁴ Anne ve babanın vesile olduğu sünnet hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir gerekçe oluşturmamalıdır; çünkü rıza ile birlikte çocuğun esenliğine karşı bir itiraz tespit edilebildiği sürece, anne ve babanın çocuklarının dini eğitimi üzerindeki hakkının, çocuğun vücut bütünlüğü ve kendi kaderini tayin hakkına üstünlüğü yoktur. Bununla birlikte, çocuğun esenliğine karşı gelişen, fakat huku-

² Kısaltmanın açılımı *Bundesgerichtshof* olup, *Alman Federal Yargıtay Mahkemesi* için kullanılmaktadır.

³ Thomas *Exner*'in *Ceza Hukukunda Toplumsal Uyumluluk – Erkek Çocuklarının Sünneti* şeklinde çevrilebilecek eseri (doktora tezi, Jena Üniversitesi, 2010).

⁴ **AlmCK m. 17:**

(1) Suçun işlenişi esnasında suçun haksızlığında kaçınılmaz hataya düşen, bu hatasından dolayı sorumlu olmaz.

ki olarak gerekçelendirilebilen bu olay toplumsal olarak göze çarpmadığı, toplum tarafından tasvip edildiği ve tarihi açıdan sıradan olduğu için maddi cezalandırılabilirlik kararı geri alınabilmelidir.

Doğru düşünceye göre, olaya özgü davranışı uygun bulmama gereğinin yanında, toplumsal uyumluluğun kendine has, müstakil bir anlamı yoktur. Daha doğrusu bir davranışın toplumsal uyumluluğu arka plandır ki, bu nedenle hukuki bir uygun bulmama kararı verilemez. Mevcut bulunan kararın kaldırılması işlevi söz konusu olmaz (bkz. *Freund* in: Münih Ceza Kanunu Şerhi, 2. bası, §§ 13 vd. yan numara -yn.-. 159; aynı şekilde: *Fischer*, AICK, 59. bası., § 223 yn. 6 c, 55. basıya kadar başkası, § 223 yn. 6b; ayrıca: *Herzberg*, JZ 2009, 332 vd.; *Medizinrecht* 2012, 169 vd.; *Putzke* NJW 2008, 1568 vd.; *Jerouschek* NStZ 2008, 313 vd.; başka düşünceler: *Rohe* JZ 2007, 801, 802 ve *Schwarz* JZ 2008, 1125 vd.).

Sanın eylemi rızaya rağmen hukuka aykırılığı ortadan kaldırıcı değildir. Dört yaşındaki çocuğun yeterli akıl olgunluğu bulunmadığından dolayı rızası söz konusu olmaz ve dikkate alınmaz. Bu arada, anne ve babanın rızası makul yaralama suçunu haklı çıkarmaz. Alman Medeni Kanunu -AlMK- 1627. maddesinin 1. fıkrasına göre⁵ velayet hakkı sadece çocuğun esenliğine hizmet eden yetiştirme önlemleri amacıyla bağdaşabilir. Yaklaşık olarak öğretideki baskın görüşe göre (*Schlehofer* in: Münih Ceza Kanunu Şerhi, 2. bası, §§ 32 vd. yn. 43; *Lenc-kner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Ceza Kanunu, 28. bası, §§ 32 vd. yn. 41; *Jerouschek* NStZ 2008, 313, 319; *Exner* a.g.e.; *Herzberg* a.g.e.; *Putzke* a.g.e.) rıza kabiliyeti olmayan erkek çocuğunun sünneti ne ilgili dini toplumsal çevre içerisindeki bir dışlamadan kaçınma bakış açısı altında, ne de çocuğun selameti için kullanılan velayet hakkı bakış açısı altında uygun düşmez. Anne ve babanın Alman Anayasası -AlmAY- madde 4, fıkra 1 ve madde 6 fıkra 2'den gelen temel hakkı, onların açısından, çocuğun vücut bütünlüğü ve kendi kaderini tayin hakkı nedeniyle Anayasanın 2. maddesi 1. fıkrası ve 2. fıkrası 1. cümle-

⁵ AlMK m. 1627:

Anne ve baba velayet hakkını özel sorumluluk bilinci ve karşılıklı anlaşma çerçevesinde çocuğun selameti için kullanmak zorundadır. Fikir ayrılığında uzlaşmaya çabalamalıdır.

sine göre sınırlandırılmıştır.⁶ Neticeyi, ihtimal dahilinde, Weimar Anayasası madde 136 ile bağlantılı olarak, AlmAY m.140 izler;⁷ buna göre vatandaşın temel hak ve özgürlüğü din ve vicdan özgürlüğü nedeniyle sınırlanamaz (*Herzberg JZ 2009, 332, 337*; aynı şekilde *Medizinrecht 2012, 169, 173*). Her durumda AlmAY'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi tek başına anne ve babanın temel haklarının bir anayasal sınırının olduğunu gösterir. İlgili temel hakların tasarrufunda orantılılık ilkesine dikkat edilmelidir. Vücut bütünlüğünün ihlali olan ve dini sebeplerle yapılan bu sünnet başarılı olsa bile, her durumda hukuka uygun düşmez. Bunu ALMK'nun 1631. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesindeki önem takip eder.⁸ Ayrıca, çocuğun bedeni sünnet ile kalıcı ve

⁶ **AlmAY m.4:**

- (1) Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz.
- (2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.
- (3) Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, silahlı savaş hizmetine zorlanamaz. Konunun ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.

AlmAY m.6/2: Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet toplumu, onların bu görevi yerine getirmelerini gözetir.

AlmAY m.2:

- (1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.
- (2) Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklar, ancak bir yasaya dayanarak sınırlandırılabilir. AlmAY'sı için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> (30.12.2012)

⁷ AlmAY m.140'a göre, 11 Ağustos 1919 tarihli Alman Anayasasının 136, 137, 138, 139 ve 141'inci maddeleri hükümleri, bu Anayasanın bir parçasıdır.

11.08.1919 tarihli **Weimar Anayasası m.136:**

- (1) Medeni ve siyasi hak ve ödevler, ne din özgürlüğünün icrasına bağlıdır ne de bu nedenle kısıtlanabilirler.
- (2) Medeni ve siyasi haklardan yararlanma ve kamu görevlerine giriş dini inanca bağlı değildir.
- (3) Hiç kimse dini inancını açıklamakla yükümlü değildir. Resmi makamlar ancak, kişi için hak ve ödevlerin icrası veya yasayla öngörülen bir istatistik'in yapılması gerektirdiği ölçüde, dini bir kuruma üyelik konusunda soru sorma hakkına sahiptir.
- (4) Hiç kimse bir kilise ibadetine veya törenine veya dini bir ibadete katılmaya veya dini bir yemin şeklini kullanmaya zorlanamaz.

⁸ **ALMK m.1631:**

- (1) Velayet hakkı özellikle çocuğa bakmayı, çocuğu yetiştirmeyi ve gözetmeyi ve de ikametini belirleme yükümlülüğünü ve hakkını kapsar.
- (2) Çocuklar şiddet dışı yetiştirilme hakkına sahiptir. Bedensel cezalar, ruhsal incitmeler ve diğer haysiyet kırıcı, küçük düşürücü tedbirler çocuğa karşı uygulanamaz.

düzeltilemez şekilde değiştirilmiştir. Bu süreç, çocuğun daha sonraki aşamalarda dini hakkındaki vereceği kararına aykırı şekilde işler. Eğer anne ve baba velayet hakkının kullanımında beklenmesi gereken şekilde tutum sergilerse, yani çocuk reşit olup açık bir şekilde İslam dinine mensup olduğunu ve sünnet edilmek istediğini belli ederse, tersi bir biçimde velayet hakkının ihlal edildiği söylenemez (ayrıntılar için bkz.: *Schlehofer a.g.e.*; başka düşünce, im *Fischer*, 59. bası, § 223 yn. 6 c; ayrıca destekleyici olarak: OLG Frankfurt⁹ NJW 2007, 3580; OVG Lüneburg¹⁰ NJW 2003, 3290; LG Frankenthal¹¹ Medizinrecht 2005, 243, 244; bundan başka *Rohe JZ* 2007, 801, 802 her biri birbirine yakın olmayan sorular). *Schwarz* (JZ 2008, 1125, 1128) anne ve babanın rızasını anayasal kriterler altında hukuki olarak savunulabilen sebep olarak şu şekil değerlendirir; rızayı AlmAY m.4 ve m.6'ya göre velayet hakkı kapsamında kabul eder. Diğer taraftan, gereklilik olmasa bile, sünnet uygulamasını AlmAY m.2 çocuğun kişisel hakları kapsamında yanıt-sız bırakır. Bu sebepten dolayı düşüncesi tatmin edici değildir.

Sanık buna rağmen kaçınılmaz hataya düşmüştür ve bu nedenle cezai sorumluluğu yoktur (AlmCK m.17).

Sanık, yargılama sürecinde iyiniyetli davrandığına dair inandırıcı bir tablo çizmiştir. Dindar bir müslüman ve deneyimli bir doktor olduğunu, çocuğun ailesinin dini sebeplerden ötürü isteğinden yola çıkarak sünnete müsaade verdiğini belirtmiştir. Eyleminin yasal olduğunu sanmıştır.

Sanığın hatası kaçınılmazdır. Sanık, hukuki durum hakkında bilgi almamasına rağmen kötü bir duruma yol açmamıştır. Zira, uzmanından tavsiye alınması da kesin bir sonuca yol açmazdı. Kaçınılmaz hataya pek de açık olmayan, öğretide ayrıntılı bir şekilde çözüme kavuşturulmayan hukuki meselelerle ulaşılmıştır; özellikle de hukuki

maz.

(3) Aile Mahkemesi ebeveynlerin başvurusu durumunda olaya uygun düştüğü durumlarda velayet hakkının kullanılmasını destekleyici tedbirler alabilir.

⁹ Kısaltmanın açılımı Oberlandesgericht Frankfurt olup, Frankfurt Yüksek Eyalet Mahkemesi için kullanılmaktadır.

¹⁰ Kısaltmanın açılımı Oberverwaltungsgericht Lüneburg olup, Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesi için kullanılmaktadır.

¹¹ Kısaltmanın açılımı Landesgericht Frankenthal olup, Frankenthal Eyalet Mahkemesi için kullanılmaktadır.

durumun hiç açık olmadığı durumlarda kaçınılmaz hataya ulaşılır (bkz. *Joecks* in: Münih Ceza Kanunu Şerhi, 2. bası, § 17 yn. 58; *Vogel* in: Leipzig Ceza Kanunu Şerhi, 12. bası, § 17 yn. 75; BGH NJW 1976, 1949, 1950, 1971/1972 yıllarında öğreticinin örfi tedip hakkına dayanarak). Hukuki sorun burada bulunmaktadır. Anne ve babasının rızasına istinaden erkek çocuğunun sünnet edilmesinin hukuka uygunluğu meselesi mahkeme kararları ve öğretilerde farklı olarak cevaplandırılmaktadır. Doktor tarafından icra edilen sünnetin uzmanınca kabul edilebilir olmasından kaynaklanan hukuki meselenin yanı sıra, birbirinden farklı asıl meselelerde de, hangi düşüncenin öne çıktığını ortaya koyan mahkeme kararları bulunmaktadır. Ayrıca, bazı öğretici görüşleri, tam olarak savunulamayan bu meseleyi mahkemeden farklı bir biçimde yanıtlamaktadır.

IV.

Yargılama masrafları hakkında Ceza Mukakemesi Kanunu'nun 473. maddesinin 1. fıkrası uygulanır.

Not: Köln Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı kamuoyunda tartışmalara neden olmuş; özellikle Yahudi ve Müslüman cemaatleri yüzyıllardır uygulanan dini vecibenin mahkeme kararında hukuka aykırı ve suç olarak tanımlanmasından duyulan rahatsızlıklarını kamuoyu ve siyaset ile paylaşmışlardır. Ayrıca, erkek çocuğunun sünnetini savunanlar-savunmayanlar şeklinde görüşler çeşitli sivil toplum örgütleri, dernekler, cemaatler, siyasi partiler vesilesiyle kamuoyu ile paylaşılmıştır. Federal Alman Hükümeti bu tartışmalara sessiz kalamamış ve karar sonrası çözüm için harekete geçmiştir. Bir mülakatta Federal Alman Hükümeti Adalet Bakanı Sözcüsü meselelerin sonbahara kadar çözülüp çözülemeyeceğinden şüphe ettiğini, farklı çözüm yollarının olduğunun, kanun değişikliğinin ya da yeni bir kanunun nasıl şekillenmesi gerektiği ile ilgili çalışmalar yürütüldüğünü belirtmiştir.¹² Ekim sonu Koalisyon ve Hür Demokratlar Partisi (FDP) Alman Medeni Kanunu'na (Bürgerlichesgesetzbuch-BGB) yeni bir maddenin eklenmesi konusunda ittifak etmişlerdir.¹³ Federal Alman Hükümeti Başbakanlığı'nın Fe-

¹² <http://www.tagesschau.de/inland/beschneidung128.html>, 24.12.2012

¹³ <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/regierung-legt-gesetzentwurf-zur-beschneidung-vor-a-859354.html>, 24.12.2012

deral Meclise 5 Kasım 2012 tarihli dilekçesi ile ulaşan kanun tasarısı ile süreç başlamıştır.¹⁴ 5 Kasım 2012 tarihli Kanun tasarısı Alman Federal Meclisinde 20 Aralık 2012 tarihinde kanunlaşmış ve 27 Aralık 2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹⁵

¹⁴ <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/112/1711295.pdf>, 28.12.2012. AIMK’na 1631c’den sonra gelmek üzere “Erkek Çocuğunun Sünneti” başlığıyla 1631d şeklinde eklenmek istenen kanun maddesi tasarısı şu şekildedir:

(1) Velayet hakkı aynı zamanda, tıbbın gerek gördüğü kurallar çerçevesinde, idrak ve karar kabiliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi olarak yapılmasında zorunluluk olmayan sünnetine karar verilmesini de kapsar. Bu hüküm, çocuğun selametinin tehlikeye düştüğü durumlarda geçerli değildir.

(2) Çocuğun doğumundan sonraki ilk altı ayında, çocuğun, bu konuda eğitim alınmış, doktor olmadan yapılan sünnetin doktor tarafından yapılan sünnetle karşılaştırıldığına eşdeğer olması şartıyla, dini cemaatten tecrübeli birisi tarafından da birinci fıkra hükmüne göre sünneti yapılabilir.

¹⁵ [http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*\[@attr_id='bgbl112s2749.pdf'\]](http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id='bgbl112s2749.pdf']), 28.12.2012