

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2408

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

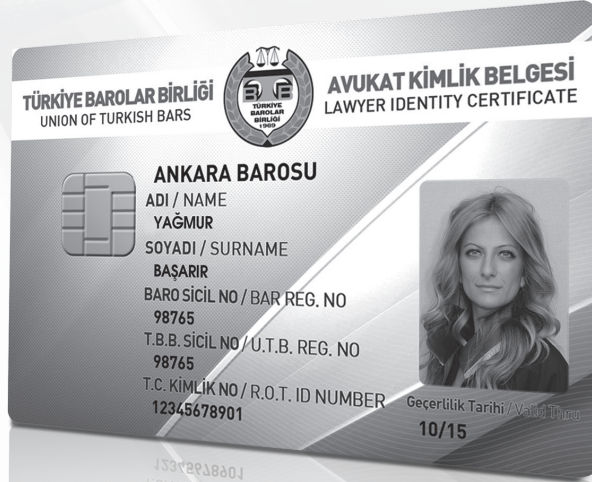




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

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. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Teoman Ergül

Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Teoman Ergül
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hamit Hancı
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
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 Özek 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

- 1988 yılından bu yana yayımlanmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmaktadır.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
d) **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta 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 İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir. **Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.** **Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
6. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
7. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
8. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. 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.
9. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
10. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
11. Yazarlara ve hakemlere “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 Elvin Evrim DALKILIÇ

Türkiye'de Zihinsel veya Ruhsal Engellilerin "Zorla" Tedavisinin Eleştirisi / Critique of "Forced" Treatment of Persons with Mental or Psychological Disabilities in Turkey

35 Mustafa T. YÜCEL

Adli Yargıda "Makul Süre" Felsefesi ve Matematiği / Philosophy and Mathematics of Reasonable Time in Judicial Justice

55 Hıfzı DEVECİ

Torba Yasalar ve Yasama Sürecindeki İçtüzük İhlallerinin Şekil Denetimi Sorunu / The Omnibus Laws and the Question of Procedural Violations in Legislative Process

91 Cansu KOÇ

Neoliberalizmde Devlet ve Kamusal Alan Üzerine Bir Bakış / A Review on The State and the Public Sphere in Neoliberalism

117 Kutlay TELLİ

Uluslararası Terörizm ile Mücadelede Fransa'nın Ocak 2015 Paradoksu / The French Paradox of January 2015 on the Battle Against International Terrorism

135 Civan BAŞAR

Kamu Görevlilerine, Kurumlarınca Avukat Sağlama Veya Masraflarını Karşılama Şeklinde Yapılacak Hukuki Yardıma İlişkin İnceleme / Review in Regard to Legal Aid in The Form of Appointing a Defense Counsel or Paying Fees of the Attorney for Public Officials by Their Institutions

167 Mehmet ALKAN

6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları / The Principals of Turkish Armed Forces Discipline Law No. 6413

201 Elif AKSOY

Objektif Dava Birleşmesi / Joinder Of Claims

233 Ebru CEYLAN

Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler / The New Regulations about Credit Cards in New Consumer Protection 6502 Number Code

285 Doğukan ALGAN

Kredi Kartı Üyelik Aidatı Hakkında Bir Yüksek Mahkeme Kararı İncelemesi / A Supreme Court Decision Review about the Credit Cards Membership Fees

307 Burçak YILDIZ

Genel Yatırım Tavsiyesi Sunabilecek Kişilere ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun III-37.1 Sayılı Tebliğ'de Belirlediği Esasları Medya ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yatırım Tavsiyelerine Uygulama Yetkisine İlişkin Bazı Değerlendirmeler / Some Comments on Who May Perform Ancillary Service of General Recommendation and on the Authority of Capital Markets Board to Apply the Obligations at Communiqué No. III-37.1 For All of the General Recommendations Intended for Distribution Channels or for the Public

337 Samet Can OLGAÇ

İş Hukukunda Şua İzin Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme / A general consideration about demand to ray vacation within the scope of the Supreme Court decisions, in the Labor Law

363 Alparslan ŞİMŞEK

Dopingle Mücadele Kural İhlali Halinde Kusursuz Sorumluluk ve İspat Külfeti / Strict Liability and the Burden of Proof in Anti-Doping Violation Case

379 Yahya Berkol GÜLGEÇ

Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi / The Jurisdiction of the International Court of Justice and Critique of the Efforts to Broaden its Jurisdiction

MAKALELER / ARTICLES

419 Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK

Demokratik Rejim ve Seçim Sistemleri

başkan'dan

Değerli meslektaşlarım,

Hukuk eğitim - öğretiminde kalite ve avukatlık mesleğinin icrasında kalitenin arttırılması denildiğinde, dört büyük adımdan söz etmek gerekiyor.

1. Taban puan

Yükseköğretim Kurulu, eğitimde kaliteyi artırma çalışmalarını kapsamında üniversiteye girişte hukuk ve tıp fakültelerine taban puan uygulamasını getireceğini açıklanmıştır. Bu uygulama, üniversiteye girişte, çalışma disiplinine sahip olan öğrencilerin hukuk fakültelerini kazanmalarını sağlayacaktır.

TBB'nin başlattığı ölçme değerlendirme çalışmalarının ardından Yükseköğretim Kurulu tarafından hukuk fakültelerine taban puan uygulamasını getirilmesi için çalışma başlatılmış olması sevindiricidir.

2. Fakültelerin eğitim - öğretim standartlarının yükseltilmesi

Taban puan uygulamasını tek başına yeterli değildir. Hukuk fakültelerinin belli bir standardın üzerinde eğitim - öğretim vermesinin sağlanması, yani eğitimin kalitesinin arttırılması gereklidir. Aksi takdirde başarmak için gerekli bütün altyapıya sahip gençler, altyapı yoksunu fakültelerde hakkettikleri eğitim - öğretilerini alamayabileceklerdir.

Türkiye'de kontrolsüz şekilde açılmış ve sayısı neredeyse yüze ulaşmış hukuk fakültelerinin pek çoğunun eğitim - öğretim kalitesi

maalesef istenilen seviyede değildir. Devlet veya vakıf üniversitesi olsun pek çok hukuk fakültesi kabul edilebilir standartların altında eğitim - öğretim yapmaktadır. Daha iyi bir hukuk eğitim - öğretimi için atılması gereken ilk adım hukuk fakültelerinin kontenjanlarının azaltılması ve hukuk eğitiminde standartların belirlenmesidir.

Türkiye Barolar Birliği, hukuk fakültelerindeki eğitim - öğretim kalitesinin yükseltilmesi amacıyla bir ölçme değerlendirme çalışması başlatmıştır. Bu kapsamda 29 Kasım 2014 tarihinde düzenlenen "Hukuk Öğretimi ve Eğitimini İzleme ve Değerlendirme" toplantısında Türkiye Barolar Birliği'nin davetiyle toplanan çok sayıda hukuk fakültesi dekanı ve TBB temsilcileri, ölçüt tespiti çalışmalarına başlamıştır.

Bu çalışmaların sonunda belirlenecek olan ölçütlere uymayan hukuk fakültelerinden eksiklerin belirli bir süre içinde giderilmesi talep edilecek, buna rağmen ölçütlere uygun eğitim vermeyen hukuk fakülteleri kamuoyuna duyurulacak; böylece öğrencilerin bu fakülteleri tercih etmemeleri sağlanacaktır. Neticede, hukuk fakülteleri arasındaki başta öğretim kadrosu olmak üzere donanım farkı açıkça ortaya çıkacak ve TBB'nin kamuoyuyla paylaştığı bu değerlendirmeler, öğrencilerin tercihlerinde öncelikle dikkate alınan unsur haline gelecektir.

Ayrıca belirlenecek performans ölçütlerine uygun eğitim vermeyen hukuk fakültelerinden mezun olacak hukukçuların avukatlık stajına kabul edilememeleri hususu da değerlendirilecektir.

3. Avukatlık sınavı

Hali hazırda hukuk fakültelerine kayıtlı öğrenci sayısı kırk sekiz bin civarındadır. Bugünkü sistemin devam etmesi halinde beş yıl içerisinde bu öğrencilerden büyük bir bölümünün avukatlık mesleğine adım atacağı varsayılmaktadır. Türkiye'de halen barolara kayıtlı seksen yedi bin avukatın mevcut olması bir yana beş yılda avukat sayısının yaklaşık yüzde elli artacak olması mesleği sürdürülemez hale getirecektir.

Bu gerçek karşısında, avukatlık mesleğinin etkinliğinin dolayısıyla hukukun üstünlüğünün tesisi için avukatlık stajına girişte ve staj sonunda iki ayrı merkezi sınav yapılması zorunludur. Ancak bu sınav Adalet Bakanlığı tarafından değil, mutlaka Türkiye Barolar Birliği ta-

rafından yapılmalıdır. Aksine bir uygulama, yargının kurucu unsuru olan avukatları, yürütme organına bağımlı kılar.

Bu sınavı kazanamayanların ne olacağı sorusu sıklıkla sorulmaktadır.İcra dairelerinde, noterlik dairelerinde, tapu dairelerinde belli oranda hukuk fakültesi mezununun çalıştırılması zorunluluğu getirilecek olursa hem hizmetlerin kalitesi artacak hem de ihtiyaçlar düşünülmeden, planlama yapılmadan açılmış olan hukuk fakültelerinin mezunu olan fakat yeterli eğitim verilmediği veya çalışma disiplinine sahip olmadığı için avukatlık sınavını geçemeyenlerin işsiz kalmaları önlenecektir.

Avukatlık sınavına girişin sayıyla sınırlanmaması yani başarısız olan bir kişinin daha sonra açılacak olan sınavlara da kabul edilmesi, başka alanlarda çalışmaya başlayan hukuk fakültesi mezunlarının ileride avukatlık mesleğine katılmalarını mümkün kılacaktır.

Sanıyoruz bu yaklaşım, ilgili bütün kesimlerin menfaatlerini dengeleyen en doğru yaklaşımdır. Sınavsız, denetimsiz avukatlık imkânı gençlerimize yapılacak en büyük kötülüktür. Çünkü böyle devam ettiği takdirde, giderek daha çok gencin hukuk fakültesi diploması ve avukatlık ruhsatnamesi, duvar süsünden ibaret hale gelecektir.

4. Meslek içi sürekli eğitim

Avukatların, örneğin iki yıllık periyodlarla, belli sayıda seminer çalışmasını başarıyla tamamlaması zorunlu hale getirilmelidir. Böylece hem uzmanlaşma teşvik edilecek hem de avukatların yeni gelişmelerden düzenli olarak bilgi sahibi olmaları sağlanacaktır.

Saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ



Faruk Erem
AVUKAT EVİ



www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE'DE ZİHİNSEL VEYA RUHSAL ENGELLİLERİN “ZORLA” TEDAVİSİNİN ELEŞTİRİSİ

CRITIQUE OF “FORCED” TREATMENT OF PERSONS WITH MENTAL OR PSYCHOLOGICAL DISABILITIES IN TURKEY

Elvin Evrim DALKILIÇ*

Özet: Tarih boyunca toplumda tehlikeli olarak algılanan zihinsel veya ruhsal engelliler kapalı kapılar ardında tutulmaya çalışılmıştır. Ancak her insanın doğuştan gelen, devredilemez hakları vardır. Bunlardan en önemlisi kişi özgürlüğü ve güvenliğidir. Türkiye’de sözkonusu engelli grubunun haklarını, tedavi yöntemlerini düzenleyen ayrı bir yasa yoktur ancak bu konuda düzenleme yapılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Zihinsel veya ruhsal engelliler, zorla tedavi, kişi özgürlüğü ve güvenliği

Abstract: Throughout history persons with mental or psychological disabilities are perceived as a danger for society and kept behind the locked doors. However, every person has inalienable rights by birth. The most important among these rights is the personal liberty and security. In Turkey, there is no legislation about the rights of persons with disabilities and about the treatment methods of these people. It is necessary to regulate these issues.

Keywords: Persons with mental or psychological disabilities, treatment by force, liberty and security of the person

I. GİRİŞ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, uluslararası metinler kadar ulusal düzenlemelerle de tanınmış bir haktır. Bu hak kapsamında özgürlükten mahrumiyet ve özgürlüğün kısıtlanması ise özellikle zihinsel veya ruhsal engelli kişilerin zorla tedavisinde/ hastaneye yatırılmasında ayrıca incelenmelidir.

* Yrd. Doç.Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

Şöyle ki; Türkiye gibi kimi ülkelerde hasta hakları yasası, ruh sağlığı yasası gibi düzenlemeler bulunmadığı gibi, kişiler iradeleri sorgulanmaksızın, özgürlük ve güvenlik hakları aleyhine sadece uzman raporları dikkate alınarak zorla hastaneye yatırılabilir. Zaman zaman meşruiyetini yitirebilen zorla tedavi yöntemleri, sadece hukukçular tarafından değil tıp etiği ve psikiyatri alanında çalışan bilim adamları tarafından da sorgulanmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin özellikle zihinsel ve ruhsal engelliler için de korunması ve dikkate alınması gereken bir hak olduğunu ortaya koymaktır. Bu çerçevede ilk olarak zihinsel veya ruhsal engellilerin özgürlükleri ve özgürce yaşama hakları ele alınmaya çalışılacaktır. Ardından ulusal ve uluslararası düzenlemeler ışığında söz konusu engelli grubunun zorla tedavisinin zorunluluk olup olmadığı, ne zaman hakkın ihlaline dönüşebileceği değerlendirilecektir.

II. ZİHİNSEL VEYA RUHSAL ENGELLİLER VE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Bugün tüm engelliler kadar zihinsel veya ruhsal engellilerin de pek çok hukuki ve tıbbi problemle karşılaştığı yadsınamaz bir gerçektir. Ancak sorunun temeli bugünde değil esasen yüzyıllar öncesinde aranmalıdır. Söz konusu engelli grubunun tanınmasından "tedavi" lerine kadar pek çok sorun hem gözardı edilmekte hem de olması gerektiği kadar sıklıkla tartışma konusu yapılmamaktadır. Konuyu daha anlaşılır kılmak adına zihinsel ve ruhsal engelli tanımına ulaşmadan önceki sınıflandırılmalarıyla "deliler" in tarih içindeki seyrine bakılmalıdır.

Toplumdan dışlanması gereken bir grup olarak "deliler", iktidarın kurumsallaşmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Avrupa'nın genelinde Ortaçağ ve Rönesans döneminde "deliler" kapalı kapıların ardında tutulmaya başlanmıştır ancak bu onlar için ayrı kurumların oluşturulduğu, sistematik tedavi yöntemlerine başvurulduğu şeklinde anlaşılmamıştır. Bunun için XVIII. yüzyılın sonunu beklemek gerekecektir. Delilerin kapatılmasının kurumsallaşması ise tıpkı iktidarın kurumsallaşmasının da başladığı XVII. yüzyıla aittir. Hatta Foucault, İngiltere'de kapatmanın ilk olarak 1575 tarihli bir yasada düzenlendiğini ifade etmektedir.¹ XVII. yüzyıldan XVIII. yüzyıla yaşanan gelişmeler "deli-

¹ Michel Foucault, *Deliliğin Tarihi*, (çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi,

lerin" toplum içindeki yerinde herhangi bir fark yaratmış gibi görünmemektedir. Çünkü *"burjuvazi delilerle değil, delilerin üzerindeki iktidarla ilgilenir. Burjuvazi suçluların ekonomik olarak büyük önem taşımayan cezalandırılmalarını ya da tekrar topluma kazandırılmalarını kesinlikle umursamaz. Buna karşın, suçlunun denetlenmesini, takip edilmesini, cezalandırılmasını, ıslah edilmesini sağlayan mekanizmaların bütününden, burjuvazi için, genel ekonomik-siyasal sistemin içerisinde işleyiş kazanan bir yarar doğar"*.²

Söz konusu bağlamda 1789 sonrası çıkan düzenlemeler dikkatlerden kaçmamalıdır. Fransa'da 1790 ve 1791 tarihli yasalar artık delilerin tedbir altına alınmalarını idareye ve bunların ailelerine devretmektedir. Ayrıca bu tarihlerden sonra tıp ile delilerin kapatılması uygulaması birbirine yaklaşmıştır. Daha önceleri bulunmayan bir yapı bir başka deyişle deliler için ayrı birimlerin kurulması da İngiltere ve Fransa'da XVIII. yüzyılın sonuna rastlamaktadır.³

XIX. yüzyıl ise bizleri daha önemli bir gelişmeyle karşılamaktadır. Toplumdan ayrı kurumlar vasıtasıyla soyutlanan deliler, tıbbi deneylerin de bir tür malzemesi konumundadır. XIX. yüzyılın sonunda deliler artık ayrı bir bilim olarak ortaya çıkan psikiyatrinin de uğraş alanıdır. XIX. yüzyılın sonunda deliliğe tedavi bulabilmek için hastalar üzerinde acı denemeler yapıldığı ve XX. yüzyıl başladığında ise psikanalizin ilk olarak Avrupa ardından Amerika'da yer edindiği ifade edilmektedir.⁴ Ancak bu seyirin ilerleyen yıllarda olumlu bir çizgiye oturduğu

İstanbul, 3. Baskı, Kasım 2000, s. 97-99, "İngiltere'de kapatmanın kökleri daha gelire gitmektedir. 1575 tarihli bir yasa ıslahevlerinden (İng. house of correction) her kontlukta en azından bir tane kurulmasını hükme bağlamaktaydı. (...) Bunlar birkaç yıl içinde Avrupa'nın tümünün üstüne atılan bir ağ haline gelmişlerdir."

² Michel Foucault, *Toplumu Savunmak Gerekir*, (çeviren: Şehsuvar Aktas), YKY, İstanbul, 3. Baskı, 2008, s.47

³ Michel Foucault, *Deliliğin Tarihi*, s. 661-665.

⁴ Arın Namal, "Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış", *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, Arın Namal- Hanzade Doğan- Fatih Selami Mahmutoğlu (Eds.), Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, s. 54. "Gustav Kolb (1870-1938), hastaların topluma yakın yaşama için en önemli adımı atan psikiyatr oldu. Hastaların bakıldığı kurumu, dışarıya açtı. Psikiyatrik Aile Bakımı uyguladı. Erlangen'de oluşturduğu (1911-1934) "Açık Bakım Sistemi", daha sonra birçok klinik tarafından örnek alındı. XX. yüzyılın başlarında bir ruh hastası, kuruma yatırıldığında onun günün birinde taburcu edileceği akla bile getirilmezdi. Kolb ayrıca bu kurumlardaki işleyişin kontrolü ile ilgilenen mahkemelerin kurulmasını sağladı. Onun için "açık bakım"ın en önemli yönü, taburcu edilen hastaların topluma mesleki ve sosyal bakımdan uyumuydu. 1930 ve 40'lı yıllarda trend tekrar bedensel terapilere yöneldi.", s. 55-56.

nu da söylemek mümkün görünmemektedir. Hala uygulamalar insan onuruna yaraşır seviyede değildir. Gerçekten örneğin, 1945 yılına kadar 150.000’den fazla ruh hastasının, Almanya’daki ruh hastalarının %96’sının, öldürüldüğü ve Nurnberg Mahkemeleri’nde yargılanıp suçlu bulunan 16 hekimden 5’inin psikiyatr olduğu belirtilmektedir.⁵

1960’lardan başlayarak dünya genelinde delilerin tedavileri esnasında özgürlüklerinin çığnendiği gözleendiğinden bunun önüne geçebilmek için artık yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmeye başladığını söylemek gerekmektedir. Ancak genel olarak bunlar tedavi edilemezse, kendilerine veya başkalarına zarar verme olasılıkları varsa ve tedaviyi reddediyorlarsa bakım ve tedavilerinin yasal yaptırımlarla güvenceye alındığı söylenmelidir.⁶

Bugün hala her ne kadar deliliğin üzerinde uzlaşıya varılmış bir tanımı olmasa da zihinsel ve ruhsal engellilerin tıp bilimi tarafından tanımlanmaya çalışıldığını, bunun için birtakım sınıflandırmaların kullanıldığını belirtmek gerekmektedir. Bu bölümde uluslararası standartlar kullanılarak açıklama yapmaya çalışılacak, Türkiye’nin zihinsel ve ruhsal engellileri tanımlama çabaları gelecek bölümde ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde irdelenecektir.

Genellikle “engelli” kavramı, akli engelliler ve fiziksel engelliler için kullanılmaktadır.⁷ Akli engellilik kavramı ise, hem zihinsel hem de ruhsal engelliler için kullanılmakta; ancak aralarında bulunması gere-

⁵ Arın Namal, “Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açısından Genel Bir Bakış”, *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, Arın Namal- Hanzade Doğan- Fatih Selami Mahmutoğlu (Eds.), Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, s. 58.

⁶ Rasim Arıkan, “Ruh Hastalığı Nedeniyle Tehlikelilik: Hukukçular ve Hekimlerin İşbirliğini Gerektiren Bir Konu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2002-1, s. 216. “Burada gözden kaçırılmaması gereken çok önemli bir nokta, bu tür yasal uygulamaların hekim, psikolog ve polis memurlarına yetki verdiği kadar önemli bir sorumluluk da yüklemesidir. Bu nedenle özellikle Avrupa ülkelerinde bu yasalar hastaların bazı hallerde ‘zorla’ hastaneye yatırımları sonucunu doğursa bile, bu durumun uzun vadede onların yaşamlarını ve sağlıklarını olumlu yönden etkilediği düşünüldüğünden, hasta haklarını koruyan yasalar olarak anılmaktadır. ABD’de ise, Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında, kişi hak ve özgürlükleri ruhsal hastalıkların tedavisi pahasına daha ön planda tutulmakta, hastaneye yatırılarak tedavi kararı özgürlükleri en fazla kısıtlayıcı yol addedilmektedir.”, s.217

⁷ Erhan Kurt, “Türkiye’de Şizofreni Hastalarının Bakımı ve Rehabilitasyonuyla İlgili Yasal Düzenleme”, *RCHP (Reviews, Cases and Hypotheses In Psychiatry)*, Yıl:2, Sayı: 1-2, 2008, s. 48.

ken ayırım her zaman net bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Psikiyatrik (ruhsal) engellerin, şizofreni ve bipolar bozukluk gibi belli başlı hastalıkları yanında psikososyal rahatsızlıklar olarak da adlandırılan hafif kaygı düzensizlikleri gibi daha küçük ölçekli akıl sağlığı problemlerini; zihinsel engelin ise “*öğrenme, dil ve motor veya sosyal yetenekler gibi alanlarda yeteneklerin ya da zekanın zayıflığı ile nitelenen aklın durağan veya yetersiz gelişimi durumu*”nu kapsadığı belirtilmektedir.⁸ Özellikle psikiyatrik (ruhsal) engellerin tanımlanmasında psikiyatri uzmanlarının ve psikologların üzerinde uzlaşıya vardığı kavramlar bulunmamaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’nün, 1991 yılında yaptığı tanımdan hareketle, psikiyatrik bozukluk ya da ruhsal rahatsızlık şu şekilde tarif edilmektedir: “*Kişinin algılama veya davranışlarının hastalık derecesine varacak oranda normalden farklı (ayrılmış) olması durumu*”.⁹

Bu kısa tanımlama girişiminden sonra ruhsal veya zihinsel engellilere özellikle uluslararası belgelerde ne şekilde yer verildiğine değinmek gerekmektedir. Öncelikle ruhsal veya zihinsel engelliler de şüphesiz tüm insan hakları belgelerinin kapsamındadır ve haklarının korunmasında da bu belgelerin güvencesi altındadır. Ancak zihinsel veya ruhsal engellilerin özel düzenleme konusu yapılmaları, ilgili ulusal düzenlemeler bir yana bırakılacak olursa, oldukça yeni tarihlidir.

Dünya Tıp Birliği “Akıl Hastalığı Olan Hastalarla İlgili Etik Mesleler Hakkında Bildiri”yi, 1995’te Bali, Endonezya’da gerçekleştirilen 47. Genel Kurul’da kabul etmiş ve metin Ekim 2006’da Pitanesberg, Güney Afrika’daki Genel Kurul’da gözden geçirilmiştir. “Akli dengesi bozuk kişilerin insan hakları ve haysiyetinin korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Tavsiyesi” (Tavsiye No: Rec.2004), 10-22 Eylül 2004 tarihli 896 ncı bakan yardımcılar toplantısında Bakanlar Kurulu’na kabul edilmiştir. Zihinsel Engelliliğe İlişkin Montreal Bildirgesi ise 6 Ekim 2004’te Montreal, Kanada’da kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ise 13 Aralık 2006’da kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008’de yürürlüğe girmiştir.

⁸ Handbook on Prisoners with Special Needs, 2013 United Nations for the Turkish Edition, (Çeviren: Ömer B. Albayrak), Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, Ceza Adaleti Kitapları Dizisi, s. 9.

⁹ Erhan Temel, “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 61(2), 2012, s. 774-776.

Konumuzu ilgilendiren kısmıyla uluslararası belgelerde yer alan zorla tedaviye ilişkin hükümlerin kişi özgürlüğü ve güvenliği ile birlikte incelenmesi gerekmektedir. Bunun için öncelikle kişi özgürlüğü ve güvenliğinin anlamı ve kapsamı üzerinde kısaca durulmalıdır. Deli olmak başlı başına elbette bir hak değildir. Ancak geçmişte “deliler” olarak tanımlanan zihinsel veya ruhsal engellilerin de şüphesiz kişi özgürlüğü ve güvenliğinden herkes kadar yararlanma hakkı vardır.

Öğretide “koruma hakları” olarak geçen kişi haklarının, insan haklarının yazıya dökülen ilk kesimini oluşturduğu ve “kişiliğin korunması” üzerine kurulu olduğu ifade edilmektedir.¹⁰ Yukarıda da vurgulamaya çalıştığımız gibi, zihinsel veya ruhsal engellilerin özgürlük ve güvenlikleri, kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramının bir parçasıdır ve zorla tutulma yasağını da kapsamaktadır. Bu aynı zamanda kişi dokunulmazlığı ile de ilgili bir meseledir.

Söz konusu bu kavramlar ise geniş anlamda yaşama hakkının parçasından başka bir şey değildir. Nitekim BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin 3 üncü maddesi, “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır” hükmünü taşımaktadır. Ayrıca unutulmamalıdır ki yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında yer alan en önemli temel haklardan birisidir ve devletler açıklamaya çalıştığımız yaşam hakkının korunmasından sorumludurlar. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Raporu da devletlerin “*yaşam hakkının korunmasından kaynaklanan sorumlulukları uyarınca, bireylerin yaşamlarını korumak, onların kaliteli bir sağlık hizmetinden yararlanmasını sağlamak ve sağlık personelinin ihmali ve/veya hatası nedeniyle sorumlu tutulmasını temin etmek amacıyla sağlık alanında bir takım düzenlemeleri yaşama geçirmek ve önlemler almak zorundadırlar. Bu gereklilik ve sorumluluk, devletin kurumlarında tutulanlar açısından daha da katı*”¹¹ olduğunu belirterek yer vermektedir.

Konumuzla ilgisi dolayısıyla yaşam hakkının en önemli parçalarından birini oluşturan kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramının özellikle özgürlük kısmının da irdelenmesi gerekmektedir. Öncelikle ge-

¹⁰ Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları, İmaj Yayınevi, Ankara, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, 2010, s. 39.

¹¹ Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Raporu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 235, Ankara, Nisan 2013, s. 85.

niş anlamda özgürlüğün 1789 Bildirgesi ile tanımlandığı ve buna göre özgürlüğün kanunun yasaklamadığı herşey olduğu ifade edilmekte, ardından dar anlamda özgürlüğün ise AİHS'nin 5 inci maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı¹² olduğu belirtilmektedir.¹³

Kişi özgürlüğü kavramını kısıtlayan durumları ise yakalama ve tutuklama ile sınırlandırmak kanaatimizce yeterli görünmemektedir. Özellikle ruhsal veya zihinsel engellilerin zorla tedavisi/tutulması tartışmasında bu yaklaşımla yetinmemiz pek mümkün değildir.

¹² AİHS Madde 5-Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya ser-serilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.

¹³ Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları, "Bu hakkın kısıtlandığı durumlar ise yakalama ve tutuklamadır. Buna dar anlamda özgürlük tanımı denebilir. Başka bir anlatımla özgür insan, yakalanmış veya tutuklu olmayan insandır." s. 10-11.

Çünkü ileride de görüleceği üzere, zorla tedavi/tutulmanın gerekçesi çoğu zaman zihinsel veya ruhsal engellilerin dışında kalan insanların güvenliği ile ilişkilendirilmektedir. Dolayısıyla burada özellikle zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisinin sosyal haklar bağlamında ele alınması kanaatimizce daha önemlidir. Gerçekten Kapani'nin de haklı olarak belirttiği gibi, *"nasıl ki klasik kişi hürriyetleri, onların herkesçe kullanılmasına imkan veren onları 'gerçekleştiren' sosyal haklar tanınmadıkça eksik ve yetersiz kalıyorsa, sadece sosyal hakları tanıyan fakat klasik insan haklarını inkar eden bir sistem de öylece eksik ve yetersiz kalır. Şu halde yapılacak iş, bu iki kategori haktan birini tercih etmek değil, fakat bu iki kategorinin ölçülü bir sentezine varmaktır. Sonuç olarak, çağımızda hürriyet probleminin çözüm yolu, eski hürriyetlerin yerine yenilerini koymak değil, fakat eski (klasik) hakları, yeni (sosyal ve ekonomik) haklarla tamamlamaktır. Ancak bu surettir ki, insana hem maddi hem de manevi varlığını serbestçe geliştirebilmek imkanı sağlanmış ve gerçek hürriyet düzeni yaratılmış olacaktır".*¹⁴

İnsan hakları belgelerinde ve doktrininde genel olarak yukarıdaki hatlarıyla tartışılan kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramının ruhsal veya zihinsel engellilere yer veren uluslararası metinlerde ne şekilde düzenleme konusu yapıldığına da değinmek gerekmektedir. Bunlardan özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nun kabul ettiği "Akıl hastalığı olan kişilerin korunması ve akıl sağlığı hizmetinin geliştirilmesi için ilkeler"¹⁵ ile BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme¹⁶ ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi¹⁷ hükümleri incelenmelidir.

1991 yılında kabul edilen "Akıl hastalığı olan kişilerin korunması ve akıl sağlığı hizmetinin geliştirilmesi için ilkeler" in ilk özelliği akıl hastası olan her kişinin¹⁸ temel insan hakları belgeleri yanında başka sözleşmelerce tanınan tüm sivil, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını kullanabileceklerini belirtmesidir. Bunlardan "Tedavi ve Ba-

¹⁴ Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 453, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981, s. 83-84.

¹⁵ 17 Aralık 1991 tarihli 46/119 sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilmiştir.

¹⁶ Metnin tamamı için bkz. www.un.org/disabilities/convention/conventionfull/shtml, (Erişim Tarihi: 09.07.2014)

¹⁷ 04.04.1997 tarihinde kabul edilen Sözleşme tam metni için bkz. <http://atud.org.tr/kutuphane/biyotipttr.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2014)

¹⁸ Zihinsel ve ruhsal engelli ayrımı yapılmamış olması hem dikkat çekici hem de bunların ihtiyaç ve tedavileri farklı olduğu için eleştiriye açıktır.

kım” başlığını taşıyan 9 uncu ilke, tedaviye bir zorunluluktan çok hak olarak yer vermektedir ve aşağıda dikkat edilecek olursa hastanın bilgilendirilmesi, etik ilkelere uygunluk ve kişisel özerklik ön plandadır:

“İlke 9 Tedavi ve bakım

1. *Her hasta, en az kısıtlayıcı ortamda ve en az kısıtlayıcı veya zarar verici biçimde hastanın sağlık ihtiyaçlarına ve başkalarının sağlık ve güvenliklerinin korunması ihtiyacına göre tedavi görme hakkına sahiptir.*
2. *Her bir hastanın tedavi ve bakımı bireysel olarak hazırlanmış, hastayla tartışılmış, düzenli olarak gözden geçirilen ve gerektiğinde değiştirilebilen, nitelikli personelce sağlanan bir plana göre sağlanacaktır.*
3. *Akil sağlığı hizmeti daima akıl sağlığı uzmanlarının uygulanabilir etik standartlarına uygun biçimde verilecektir. Bu standartlara Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun kabul ettiği Tıbbi Etik İlkeleri de dahildir. Akıl sağlığı bilgi ve becerileri asla kötüye kullanılamaz.*
4. *Her bir hastanın tedavisi kişisel özerkliğin korunması ve geliştirilmesine yönelik olacaktır.”¹⁹*

BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme²⁰’nin ise ilk olarak dikkat çeken 1 inci maddesidir. Burada engelli kavramının, “diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri” içerdiği belirtilmektedir. Bundan sonra ise Sözleşme’nin 2 nci maddesine bakılmalıdır. Çünkü buradaki “engelliliğe dayalı ayrımcılık” ve “makul düzenleme” tanımları aslında zorla tedavi uygulamasına kaynaklık yapabilir düzeydedir:

“Engelliliğe dayalı ayrımcılık” siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hak ve temel özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık makul düzenlemelerin gerçekleştirilmemesi dahil her türlü ayrımcılığı kapsar.

¹⁹ Handbook on Prisoners with Special Needs, 2013 United Nations for the Turkish Edition, (Çeviren: Ömer B. Albayrak), Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, Ceza Adaleti Kitapları Dizisi, s. 20.

²⁰ 13.12.2006 tarihinde kabul edilen bu Sözleşme’yi Türkiye, BM tarafından imzaya açıldığı tarih olan 30.03.2007’de imzalamış, 03.12.2008 tarih ve 5825 sayılı Kanun’la onaylamıştır.

“Makul düzenleme”, engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder.”

Nitekim devam eden 3 üncü maddenin (a) bendine bakıldığında da, engellilerin seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, kişilerin insanlık onuru ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi ilkesine de yer verilmiş olması özellikle 2 nci maddeyi tamamlar niteliktedir.

Sözleşme’de kişi özgürlüğü ve güvenliği 14 üncü madde ile ayrı düzenleme konusu yapılmıştır. Buna göre, Taraf Devletler “engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından yararlanma” yanında “özgürlüklerinden hukuka aykırı veya keyfi bir şekilde mahrum bırakılmamaları, özgürlüğün kısıtlandığı hallerin hukuka dayalı olması ve engelliliğin, hiçbir koşulda özgürlüğün kısıtlanmasının gerekçesi olarak gösterilmemesi” hususlarında yükümlülük sahibidir. Ayrıca yine aynı maddede Taraf Devletler, “engelli kişiler eğer herhangi bir süreç sonunda özgürlüklerinden mahrum edildiyse; bunun diğer bireylerle eşit koşullar altında yapılmasını; engellilerin uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak güvencelere sahip olmasını ve makul düzenlemeye ilişkin hükümler dahil olmak üzere Sözleşme’nin hedefleri ve ilkeleriyle uyumlu muamele görmesini” sağlamakla mükelleftir.

Buraya ayrıca Sözleşme’nin 15 inci maddesini de eklemek gerekmektedir. Özellikle 15 inci maddenin 1 inci fıkrası da yine zorla tedavi uygulamasının eleştirisinde bizlere yardımcı olabilecek niteliktedir. Buna göre,

“Hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyle veya cezaya maruz kalmamalıdır. Özellikle, hiç kimse rızası alınmaksızın tıbbi veya bilimsel deneye tabi tutulmamalıdır.”²¹

Görüldüğü üzere BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, engelli kavramını tüm engellileri kapsayacak şekilde tek bir anlama

²¹ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin konumuzla ilgisi kurulabilecek diğer düzenlemeleri ise, Madde 16- Sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama, Madde 17- Kişisel bütünlüğün korunması, Madde 19- Bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma, Madde 22- Özel hayata saygı, Madde 26- Rehabilitasyon ve rehabilitasyon başlıklı maddelerinde bulunabilir.

indirgemekte ve bunların hak ve özgürlüklerinin korunmasında ve güvence altına alınmasında herhangi bir ayırım gözetmemektedir. Engelli haklarına ilişkin bu Sözleşme şüphesiz geç kalmış ama sevindirici bir gelişmedir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²²'nin konumuz açısından önem arz eden hükümleri ise Muvafakat başlıklı 2 nci bölümünün 6 ve 7 nci maddelerinde yer almaktadır. "Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması" başlıklı 6 ncı maddenin 3 üncü fıkrası hükümüne göre, "*Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır*". "Akıl hastalığı olan kişilerin korunması" başlıklı 7 nci madde hükümüne göre ise, "*Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakatı olmaksızın, akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabilir*".

Kanaatimizce yukarıdaki Sözleşme hükümleri çerçevesinde Taraf Devletler'e verilen yükümlülükler de eğer bunlar tarafından gerçekten hassasiyetle ele alınırsa zorla tedavi meselesinin çözümünde yardımcı olabilecek düzeydedir. Ancak uygulamanın pek de öyle olmadığı ulusal düzenlemelerin olması gereken düzeye ancak yaklaşabildiği, özellikle ülkemizde bu konuda yasal bir düzenlemenin dahi bulunmamasından ortaya çıkmaktadır.

III. ZİHİNSEL VEYA RUHSAL ENGELLİLERİN ZORLA TEDAVİSİ

Türkiye'de zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisinin eleştirisi, ancak genel olarak ve yeri geldikçe karşılaştırmalı hukuki düzenlemelerin incelemesi eklenebilir. İleride görüleceği üzere,

²² Türkiye bu Sözleşme'yi 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" la kabul etmiş ve Sözleşme 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

konu halen tartışmaya açıktır ve maalesef ülkemiz açısından da düzenleme eksikliği dolayısıyla sorunludur.

Zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisinde ve topluma yeniden kazandırılmasında, özgürlük ve güvenliklerinin sağlanması ve korunması önemlidir. Özellikle bu husus zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavilerinde ön plana çıkmaktadır. Bunun için öncelikle zorla tedavinin anlamı, kapsamı ve koşulları üzerinde durulmalıdır.

Her şeyden önce zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisi ya da hastaneye yatırılması hakkında yeterli ve sağlıklı istatiki bilgi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bundan sonraki açıklamalarda bu iki kavram (zorla tedavi, hastaneye yatırma) birlikte zorla tedavi kavramı içinde değerlendirilecektir. Bunlar arasındaki ortak nokta, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ve zorla tedavi ölçütleri çerçevesinde aranacaktır. İleride zorla tedavi uygulamasının ülkelere göre farklılık gösterdiğine yer verilmeye çalışılacaktır. Genel olarak uygulamada, zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisinde kimi ülkelerde sadece tehlikelilik kriterine, kimi ülkelerde tedavi gereksinimine göre karar verilirken, kimi ülkelerde ise her iki ölçüt dikkate alınmaktadır.

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun kabulü için "müdahalenin sağlık personeli tarafından yapılması, hastanın aydınlatılmış olması ve hastanın rızası" olmak üzere üç şartın arandığı belirtilmektedir.²³ Ancak bu üç şarttan özellikle rıza, zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisinde duruma göre aranmayabilmektedir ve asıl sorun da burada başlamaktadır. Çünkü zihinsel veya ruhsal engellinin her zaman rızasının alınabilmesi mümkün değildir (rıza ehliyetinin bulunmaması) ve rızanın alınamadığı durumlarda başka kriterlere başvurulabilmektedir. Rıza bulunmaksızın ruhsal veya zihinsel engellilerin zorla tedavisinde önemli olan, tedavide insan onurunun, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ne pahasına olursa olsun korunmaya çalışılmasıdır. Burada tıp etiğinin önemi ortaya çıkmaktadır.

Tıp etiğinin kişi özerkliğini ve kişinin kendisi hakkında karar verme hakkını tıbbi müdahalelerde en önemli koşul olarak kabul ettiği

²³ Sinem Karataş, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Sorunu", Ankara, 2012, www.dayanirsagkan.av.tr/site/?page_id=40, (Erişim Tarihi: 14.07.2014), s.1.

belirtilmektedir.²⁴ Ancak ileride de görüleceği üzere, zihinsel veya ruhsal engellilerin kendileri hakkında karar verebilmeleri özellikle hastanın kendisine ve/veya başkalarına zarar verme ihtimali söz konusu olduğunda aranmayabilmektedir. Burada kişinin özerkliği kadar hasta bilgilerinin korunması ve gizliliği de konunun başka bir boyutudur ve yine hastanın kendisine ve/veya başkalarına zarar verme ihtimali bulunuyorsa kamu güvenliği ve esenliğinin korunması adına gizliliğin de kaldırılabilceği ifade edilmektedir.²⁵

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisi meselesinin genel olarak karşılaştırmalı incelemesine yer verilmelidir. Avrupa ve Amerika'da zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisi meselesi, yasal düzenlemelerde farklı ölçütler kullanılarak mümkün olabilmektedir. İlk olarak, XX. yüzyılın başlarında ruh hastalığının bir "zehir"le meydana geldiği ve antidoduyla düzelebileceği düşüncesi ile ruh hastalığının varlığının aslında kabul edilmediğini sadece bazı kişilerin çevrelerine uyum sorunlarının bulunduğu tespitini²⁶ yapmak gerekmektedir. Ancak psikiyatri alanında yaşanan gelişmeler durumun böyle olmadığını, toplumda zihinsel veya ruhsal engellilerin de bulunduğu gerçeğini gözler önüne sermiştir. Bundan sonra görülmektedir ki Avrupa ülkeleri ve Amerika'da Ruh Sağlığı Yasaları çıkarılmaya başlanmış ve bu engelli grubunun tedavisinde zorlamanın özellikle insan hakları ekseninde kriterleri bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Yunanistan, İtalya, İspanya ve Türkiye'nin diğer Avrupa ülkelerinin aksine zorla tedaviye yer veren yasal düzenlemeleri bulunmamaktadır.

²⁴ Arın Namal, "Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış", Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, Arın Namal- Hanzade Doğan- Fatih Selami Mahmutoğlu (Eds.), Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, s. 61. "Sosyal psikiyatrinin en önde gelen hedeflerinden biri, psikiyatride ağırlığını koymuş zorlamaların kaldırılması, bu boşluğu anlaşılmaya dayalı bir yapının almasıydı. İnsan haklarına göre, eğer yasal bir gerekçe yoksa kimsenin özgürlüğü kendi isteği dışında kısıtlanamaz. Hastanın durumunu anlaması ve gerekli tedavilere onam vermesi olanağına sahip olup olmamasına göre psikiyatri, zorlama uygulamak durumunda kalabilir.", s. 64.

²⁵ Jennifer Radden, "Privacy and patient autonomy in mental healthcare", *Autonomy and Mental Disorder*, Lubomira Radoilska (edited by), Oxford University Press, 2012, s. 124. Ayrıca bakınız yine aynı eserde Elizabeth Fistein, "The Mental Capacity Act and conceptions of the good", s. 170-191.

²⁶ Arın Namal, "Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış, s. 54.

Diğer Avrupa ülkelerinde ise, konuyla ilgili yasal düzenlemeler bulunmakla birlikte farklı kriterlerin kullanıldığı dikkat çekmektedir. Belçika, Fransa, Almanya ve Hollanda'da psikiyatrik rahatsızlıkları olanların zorla tedavisinde hastanın kendisi veya toplum için "tehlikeli" olması kriteri uygulanırken; İngiltere, İsviçre, İsveç ve Norveç'te zorla tedavi için "tedavi gereksinimi" kriteri kullanılmakta; Danimarka, Finlandiya, İrlanda ve Portekiz'de ise, hem tedavi gereksinimi hem de tehlikelilik kriterleri dikkate alınarak hastalar zorla tedavi edilebilmektedir. Özel yasal düzenlemenin bulunmadığı İtalya ve İspanya'da tedavi gereksinimi ölçütü dikkate alınırken, Yunanistan'da ise yer verdiğimiz iki kriterin kullanıldığı belirtilmektedir.²⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) de zihinsel ve ruhsal engellilerin zorla tedavisinde tehlikelilik kriteri uygulanmaktadır. Ancak Avrupa ülkeleriyle kıyaslandığında, ABD'de kişi hak ve özgürlüklerinin özellikle ruhsal hastalıkların tedavisinde daha ön planda olduğu, hastaneye yatırılarak tedavinin özgürlükleri en çok kısıtlayan yol olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir.²⁸ ABD'de psikiyatri hastalarının hastanede tutulması ile ilgili düzenlemelerin eyaletlere göre farklılık gösterebildiği, ancak genel olarak "acil yatırma", "gözlem amacıyla yatırma" ve "uzamış gözetim" olmak üzere hastanede istemsiz yatırılmanın hangi meslek grubu tarafından başlatılacağına ilişkin çeşitli yatırma sistemlerinin bulunduğu ve zorla tedavi için mahkemenin ayrı bir izin alınması gerekmediği belirtilmektedir.²⁹

Avrupa ülkelerinden Almanya ise konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer veren önemli ülkelerden bir diğeridir. Alman hukukunda her şeyden önce zorla tedaviyle sonuçlanan bir psikiyatri hastalıkları listesi yoktur. Ancak kaynağı Alman Anayasası'nda bulunan "hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı"nın gereği olarak hastanın hastalığıyla yaşama hakkı bulunduğu ve rıza ehliyeti olan hastanın zorla tedavisinin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir.³⁰ Psikiyatri hastasının zorla tedavisinin tehlikelilik ölçütüne bağlandığı Alman huku-

²⁷ Rahime Aydın- Mine Şehiraltı, "Çözümlememiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi", *Psikiyatri Hemşireliği Dergisi*, 1(1), 2010, s. 40.

²⁸ Rasim Arıkan, "Ruh Hastalığı Nedeniyle Tehlikelilik: Hukukçular ve Hekimlerin İşbirliğini Gerektiren Bir Konu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2002-1, s. 217.

²⁹ E. Ahsen Oktay, "Psikiyatride Hastanın Zorla Hastaneye Yatırılması Ve Tedavisinin Hukuki Boyutu", www.turkhukuksitesi.com, s. 8-9, (Erişim Tarihi: 16.07.2014)

³⁰ Erhan Temel, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 61(2), 2012, s. 785.

kunda konunun iki ayrı kanuni dayanağı bulunmaktadır: a) Alman Medeni Kanunu'na göre zorla hastaneye yatırılma (BGB 1906); b) Eyalet (Alm. Länder) yasalarında düzenlenen zorla yatırma (PsychKG).³¹

Konumuzla ilgisi dolayısıyla burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisine yaklaşımına da genel olarak değinmek faydalı olacaktır. AİHM, zihinsel ve ruhsal engellilerin zorla tedavisi konusunda AİHS'nin işkence yasağını düzenleyen 3 üncü maddesi ile özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5 inci maddesini dikkate alarak karar vermektedir. AİHM'nin psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalarla ilgili işkence yasağı çerçevesinde verdiği kararlarında zorla tedavinin tıbben gerekliliğine vurgu yapılmakta ve bunun insanlık dışı veya onur kırıcı olup olmadığı değerlendirilmeye alınmaktadır.³²

Yakın tarihlerde verdiği kararlarında AİHM'nin bu yaklaşımını koruduğu söylenebilir. Mahkeme, 2014 yılında Akopyan v. Ukrayna kararında³³ Sözleşme'nin 5/1 maddesinin ihlal edildiğine karar verirken yaptığı değerlendirmesinde kişinin akli dengesinin yerinde olmaması nedeniyle özgürlüğünden ancak üç şartın varlığı halinde mahrum bırakılabileceğini belirtmektedir. Buna göre kişi, akli dengesinin yerinde olmadığına güvenilir uzman raporuna dayanması, zihinsel rahatsızlığının zorunlu kapatmayı gerektirir derecede olması ve kapalılık halinin devamının rahatsızlığın kalıcılığına bağlı olması şartlarının varlığı halinde ancak özgürlüğünden mahrum edilebilecektir. Söz konusu davada Mahkeme bu şartlar çerçevesinde, başvuruçunun talebine rağmen psikiyatri hastanesinden taburcu edilmemesini Sözleşme'nin 5/1 (e) hükmünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Yine benzer yöndeki Lazariu v. Romanya kararında³⁴ Mahkeme, başvuruçunun bir psikiyatri kurumuna zorunlu olarak yatırıl-

³¹ Erhan Temel, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 61(2), 2012, s. 791.

³² Konuyla ilgili örnek kararlar için bkz. Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg Cedex, Kasım 2003, s. 59-60.

³³ ECHR, 5th Section, 05.09.2014, Case of Akopyan v. Ukraine, Application no. 12317/06, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>, (Erişim tarihi: 19.12.2014)

³⁴ ECHR, 3rd Section, 13.11.2014, Case of Lazariu v. Romania, Application no. 31973/03, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>, (Erişim tarihi: 20.12.2014)

ma şartlarının gerçekleşmediğini, bunun için herhangi bir psikiyatrik değerlendirme yapılmadığını, sonrasında yapılan tetkikte ise akli dengesinin yerinde olduğunun uzman raporuyla tespiti nedeniyle Sözleşme’nin 5/1 (e) ve (b) bentlerinin ihlaline karar vermiştir.

Nitekim yukarıda verilen örnek kararlardaki gibi, AİHM’nin zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisini özgürlük ve güvenlik hakkı çerçevesinde değerlendirdiği ve süreklilik arz eden içtihatlarındaki öne çıkan hususlar aşağıdaki şekilde özetlenmektedir:³⁵

1. Bireylerin, ulusal yasalarda belirlenen yollar çerçevesinde, keyfi uygulamalardan korunması gerekmektedir. Aksi uygulamalar Sözleşme’nin 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasının ihlalini oluşturur.
2. Ulusal yasaların hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekmektedir.
3. Ulusal kanunlardaki zorla tutulma koşulları ayrıca 5 inci maddenin 1 inci fıkra hükmündeki amaçlar doğrultusundaki gerekçelere dayanmalıdır.
4. Özel olarak akıl hastalarının alıkonulmasında kişinin yalnızca düşünce ya da davranışlarının belirli bir toplumun baskın veya yerleşik normlarından farklı olduğu gerekçesiyle alıkonulmasını sağlayacak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir.
5. Akıl hastasının alıkonulmasının hukuka uygun kabul edilebilmesi için ise, hastalığın yetkili ulusal merci önünde tarafsız bir tıp raporuyla kanıtlanması, hastalığın türü ve derecesinin alıkoymayı gerektirecek ölçüde olması (tehlikelilik ön planda), alıkoymanın sürmesi için hastalığın devam ediyor olması olmak üzere üç şart aranmaktadır.

Konumuzu Türkiye’deki uygulamalar ve ilgili bulunan düzenlemeler çerçevesinde ele aldığımızda ise karşılaşılan tablo iç açıcı değildir.

Zihinsel veya ruhsal engellilere ilişkin düzenlemeye Türkiye’de Cumhuriyet öncesi dönemde rastlanıldığı ve ilk düzenlemenin 06.031876 tarihli Bimarhanelere Dair Nizamname ile bunun uygulanmasını düzenleyen 13.12.1913 tarihli Bimarhane ve Müşahedehane Ta-

³⁵ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg Cedex, Kasım 2003, s. 77-81 ile s. 97-99.

limatname olduğu belirtilmektedir.³⁶ Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise zihinsel veya ruhsal engellilerin ayrı bir düzenleme konusu yapılmadığı görülmektedir. Türkiye’de halen ayrı bir Ruh Sağlığı Yasası bulunmamaktadır.

1982 Anayasası’nın “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği” başlıklı 19 uncu maddesi hükmü “...toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; ... halleri dışında” kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağını düzenlemektedir.

Zihinsel veya ruhsal engellileri de kapsayan temel düzenlemeler olarak, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu gösterilebilir. Ayrıca zihinsel veya ruhsal engellilerle ilgili maddelerin yer aldığı düzenlemeler arasında 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu yer almaktadır.³⁷ Söz konusu kanunlarda doğrudan zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisine ilişkin aşağıda da görüleceği üzere hüküm bulunmamaktadır. Sadece 2559 sayılı Kanun’da bunların yakalanmasına ilişkin 13 üncü madde hükmü bulunmakta,³⁸ diğer düzenlemeler-

³⁶ E. Ahşen Oktay, “Psikiyatride Hastanın Zorla Hastaneye Yatırılması Ve Tedavisinin Hukuki Boyutu”, www.turkhukuksitesi.com, s. 3, (Erişim Tarihi: 16.07.2014)

³⁷ Metne işlenen kanunlar arasında dikkat edilecek olursa Türk Ceza Kanunu yer almamaktadır. Şöyle ki inceleme konumuz zihinsel ve ruhsal engellilerin zorla tedavisinin eleştirisine yönelik olup bunların suç işlemeleri halinde isnat yeteneklerinin sorgulanmalarına ya da hüküm giymelerine ilişkin değildir.

³⁸ Madde 13- (Değişik: 3/8/2002-4771/10 md.)

Polis,

A)

F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

G)

Yakalar ve gerekli kanunî işlemleri yapar.

Yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır.

Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir.

Yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlara derhal bildirilir.

de ise belediye veya il yönetimlerine bakımları, tedavileri hususunda yetki verilmektedir. Zihinsel veya ruhsal engellilerin "koruma altına" alınması ve bir kuruma yatırılması ise Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemeler dışında daha önce de belirttiğimiz gibi yalnızca zihinsel ve ruhsal engellileri kapsamına alan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Her şeyden önce 5378 sayılı Kanun'un topluma dahil olma başlıklı 4/B maddesinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın engellilerin toplumdandan tecrit edilmeleri ve ayırıtutulmalarının önleneyeği, diğer bireylerle eşit koşullarda bağımsız olarak toplum içinde yaşamalarının esas olduğu ve özel bir yaşama düzenine zorlanamayacakları hüküm altına alınmaktadır. 2828 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesine göre ise, *ihtiyacı olan, engelli ve yaşlıların hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, ihtiyacı olan engellilerin toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan tedavisi mümkün olmayanların sürekli bakım altına alınması amacıyla gerekli her türlü tertip ve tedbir alınır*. Yine aynı Kanun'da tüm engelli gruplarını kapsayacak şekilde bunların sosyal hizmetlerden yararlandırılmasına ilişkin esasların bir yönetmelikle düzenleneceği 26 ncı maddede düzenlenmektedir. Nitekim bu hükme dayanarak Sosyal Hizmet Merkezleri Yönetmeliği³⁹ çıkarılmıştır. Ayrıca bunlara Ruhsal ve Zihinsel Engellilere Hizmet Verecek Özel Bakım Merkezlerinin Özellikleri Genelgesi ile Engellilerin Koruma Altına Alınması, Kısıtlanması ve Vesayet Altına Alınması Genelgesi de eklenmelidir. Zorla tedavi hususunda söz konusu düzenlemelerde özel bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın 2007 tarihli Engellilerin Koruma Altına Alınması, Kısıtlanması ve Vesayet Altına Alınması Genelgesi'nde zihinsel ve ruhsal engellilerin koruma ve bakım altına alınması için Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre karar alınması gerekliliği tekrarlanmaktadır. Bugün uygulamada TMK hükümlerinin titizlikle dikkate alınarak uygulandığına ilişkin sağlıklı bir verinin bulunduğu söylemek mümkün görünmemektedir.

TMK madde 405 hükmüne göre, *akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıt-*

³⁹ R.G. Tarih: 09.02.2013- Sayı: 28554.

lanır. TMK'nın 409 uncu madde hükmüne göre ise, *akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir ve hâkim, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir*. Kişinin zihinsel veya ruhsal engeli nedeniyle bir kuruma yerleştirilmesi veya alıkonulmasının koşulları ise TMK'nın 432 nci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, *akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahu için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir*. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır. Dikkat edilecek olursa, kişinin bir kuruma yatırılması veya alıkonulması için hem Anayasa'da hem de TMK'da tehlikelilik kriteri kullanılmakta, ancak bu nedenle kurumda alıkonulan kişinin en fazla ne kadar süreyle tutulacağı yer almamaktadır. Sadece akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanan kişinin üzerindeki kısıtlama kararının kalkması için TMK'nın 474 üncü maddesinde resmî sağlık kurulu raporu şartı aranmaktadır. Koruma amacıyla bunların özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin usul ise TMK'nın 436 ncı madde hükmünde⁴⁰ yer almaktadır.

Yukarıda yer vermeye çalıştığımız düzenlemeler dışında Hasta Hakları Yönetmeliği, Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralla-

⁴⁰ Usul I. Genel olarak

Madde 436- Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir:

1. Karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur.
2. Bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir.
3. Mahkeme kararını gerektiren her istem, gecikmeksizin yetkili hâkime ulaştırılır.
4. Yerleştirme kararı veren vesayet makamu veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir.
5. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamu bundan vazgeçebilir.

rı⁴¹ yanında Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan Psikiyatrik Hastaların Haklarını Koruma Yasa Tasarısı Taslağı İçin Öneri⁴²'nin de dikkate alınması gerekmektedir.

Her şeyden önce Hasta Hakları Yönetmeliği⁴³ hastalar arasında herhangi bir ayırım gözetmeksizin birtakım düzenlemeler getirmektedir. Dolayısıyla zihinsel veya ruhsal engellilerin diğer hastalarla kıyaslandığında özel durumu bu yönetmelikte dikkate alınmamıştır. Ancak konuyla ilgili şu an itibarıyla temel düzenlemelerden birisi olması nedeniyle ilgili hükümlerine burada yer verilmelidir. Yönetmeliğin ilgili hükümleri, rıza olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulma başlığını taşıyan 22, hastanın rızası ve izin başlıklı 24 ile tedaviyi reddetme ve durdurma başlıklı 25 inci madde hükümleridir. 22 nci madde hükmü hastanın rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tedavisini yasaklamakta ancak kanunda belirtilen istisnaları bunun dışında tutmaktadır. Dolayısıyla yukarıda yer verdiğimiz gibi TMK uyarınca tehlikelilik kriterinin bulunduğu sonucuna varıldığında ruhsal veya zihinsel engelli kişi zorla tedavi altına alınabilecektir. Hastanın rızası ve iznine ilişkin 24 üncü madde hükmü ise, genel ve ayrıntılı bir düzenleme olup hastanın rızasının alınmadığı durumlarda kanuni temsilci, veli ya da vasinin rızasına başvurulabileceğini düzenlemektedir. Bu hükümde de yine zihinsel ve ruhsal engellilere yer veren ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 25 inci madde hükmü ise, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hastanın kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Burada da yine zihinsel veya ruhsal engelliler bakımından tehlikelilik durumunun bulunduğu sonucuna ulaşıldıysa hastanın tedaviyi reddetme hakkına sahip olmadığı söylenebilir.

Söz konusu düzenlemelerden dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüz Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisinde önemli ilkelere yer vererek

⁴¹ Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları Türkiye Psikiyatri Derneği'nin 22.06.2002 tarihli 1. Olağanüstü Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. www.psikiyatri.org.tr, (Erişim tarihi: 11.08.2014).

⁴² www.psikiyatri.org.tr, (Erişim tarihi: 11.08.2014).

⁴³ R.G. Tarih: 01.08.1998- Sayı: 23420.

en azından psikiyatri uzmanlarına yol göstermektedir. Bu ilkeler istemsiz yatış⁴⁴ başlıklı 17, sağaltımı reddetme hakkı⁴⁵ başlıklı 18, uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu⁴⁶ başlıklı 29 ve mesleki uygulamalarda insan hakları⁴⁷ başlıklı 30 uncu maddelerde yer almaktadır. Bu kurullarla da hekimin zorla tedaviye ancak tehlikelilik hali söz konusuysa karar vermesi; yasalara, insan onuru ve haklarına uygun hareket etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Son olarak burada Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan Psikiyatrik Hastaların Haklarını Koruma Yasa Tasarısı Taslağı İçin Öneri'ye de yer verilmelidir. Öneride zihinsel ve ruhsal engellilerin hangi durumlarda zorla tedavisinin mümkün olabileceği ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Ancak bu metnin yakın tarihte yasalaşacağına dair elimizde yeterli veri veya bilgi bulunmamaktadır. Öneride psikiyatrik hastanın hastaneye yatırılmasıyla ilgili düzenlemeler ayrı bir bölümde düzenlenmekte ve özellikle 2 nci madde hükmünde ayrıntılı olarak yer almaktadır. Buna göre psikiyatri hastasının zorla tedavisi istemsiz yatış olarak ifade edilmekte ve istemsiz yatış psikiyatrik yönden zorunlu yatış koşulları oluşmuş hasta hakkında uygulanmaktadır. Psikiyatrik yönden zorunlu yatış ise psikiyatrik hastalığa bağlı tehlikelilik⁴⁸ durumunun bulunduğu hallerde, hem kişinin psi-

⁴⁴ İstemsiz Yatış madde 17. Hastanın ya da temsilcisinin yatırılmaya karşı çıktığı durumlarda, hekim, tıbbi psikiyatrik gerekçeleri değerlendirerek istem dışı yatış kararını hekimlik bilgisi ve vicdanına göre kendi vermelidir.

Hasta, ruhsal bir bozukluk nedeniyle uygun karar verme yetisini yitirmişse, istem dışı hastaneye yatırma ve sağaltım uygulama kararında, ülkemizdeki yasalar uyarınca hareket etmek ruh hekiminin görevidir. Hastanın insanlık onurunu ve yasal haklarını güvenceye almak için ruh hekimi aileyle görüşmeli ve gerekiyorsa yasal yollara başvurulmasında rehberlik etmelidir. Hastanın isteği dışında sağaltım uygulanması durumunda önce hastanın sağlığı düşünülmeli, ancak insan hakları ilkelerine de özen gösterilmelidir.

⁴⁵ Sağaltımı Reddetme Hakkı Madde 18- Ruh hekimi, hastanın kendisi ya da çevresi için tehlikelilik hali söz konusu olmadığı durumlarda hastanın sağaltımı reddetme hakkını tanımalıdır.

⁴⁶ Uluslararası Sözleşmelere Uyma Zorunluluğu Madde 29- Her hekim, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere tüm insan hakları belgelerine ve hekimlikle ilgili ortak kurallara uymakla yükümlüdür.

⁴⁷ Mesleki Uygulamalarda İnsan Hakları Madde 30- Ruh hekimleri hastasının özerk ve özgür bir kişi olduğunu bilerek ve kişiliğine saygı ve güven duyarak, elden geldiğince en az kısıtlayıcı sağaltım girişimlerini uygulamalıdır.

⁴⁸ Psikiyatrik hastalığa bağlı tehlikelilik: Psikiyatrik bir hastalığa bağlı olarak ortaya çıkan, kişinin kendisine ya da başka kişi veya kişilere maddi ya da bedensel yönden zarar verici ya da yaşama kastedici davranışlarını ifade eder. Zarar verici

kiyatrik tedavisini ve güvenliğini sağlamak hem de toplum güvenliğinin korunması amacıyla bir psikiyatri servisinde tehlikelilik halinin kalkmasına dek özgürlüğü kısıtlanarak hastaneye yatırılmasını ifade etmektedir.

Tüm bu açıklamalardan kanaatimizce çıkarılması gereken birkaç sonuç bulunmaktadır. Bunlardan ilki, zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisine yönelik ayrı bir düzenleme yoktur ancak bu düzenleme ihtiyacı bulunmadığını göstermemektedir. İkinci olarak, bunlarla ilgili Türk mevzuatında birtakım düzenlemeler bulunmakla birlikte söz konusu düzenlemeler oldukça dağınık ve yetersizdir. Bu yetersizlik zihinsel veya ruhsal engellilerin tedavisinde keyfilige yol açabilecek niteliktedir.

IV. SONUÇ

Çalışmamızda eksiklikler ve gözden kaçırdığımız noktalar olabilir. Ancak yukarıda yer vermeye çalıştığımız bilgiler konunun ne kadar hassas ve sorunlu olduğunu da gözler önüne sermektedir.

Zihinsel veya ruhsal engelliler tarih boyunca toplumdan dışlanmış bunların özellikle toplumdan soyutlanması için diğer engelli gruplarının aksine önlemler alınmıştır. Toplum için tehlikeli olarak değerlendirilen bu grubun kapalı kapılar ardında tutulması zorunluluk olarak değerlendirilmiştir. Ancak zihinsel veya ruhsal engeli olan her kişi kapalı kapılar ardında tutulmayı gerektirecek kadar tehlikeli midir? Yapılan ve sürmekte olan bilimsel çalışmalarda bunun net bir cevabının verildiğini söylemek bugün için mümkün görünmemektedir. Oysa her insan gibi zihinsel veya ruhsal engellilerin de doğuştan gelen, devredilemez haklarının bulunduğu ve bunlardan belki de en önemlisinin kişi özgürlüğü ve güvenliği olduğunu unutmamak gerekmektedir.

davranış gerçekleşmiş olabilir ya da hastalığın belirtileri değerlendirilerek gerçekleşme olasılığının artmış olduğu psikiyatri uzmanı bir hekim tarafından öngörülebilir. Psikiyatrik hastalığı saptanmayan kişilerin zarar verici ya da tehlikeli davranışları bu yasanın kapsamı dışındadır. Psikiyatrik hastalığa bağlı tehlikeliğin hangi ölçütlere göre ve nasıl saptanacağı, psikiyatri bilimindeki gelişmelere paralel değişiklikler gecikmeden yapılmak üzere bu yasanın uygulanmasına ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı'nca düzenlenecek yönetmelikçe belirlenir.

Neredeyse tüm insan hakları belgelerine dahil olan ya da imza atan ülkemiz bakımından bunlara uyulması Anayasa madde 90 hükmü gereğidir. Hatta hatırlanacak olursa yine aynı madde dolayısıyla kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmelerden insan haklarına ilişkin olanlar, kanunlarla bunların çatışması halinde kanunlardan önce uygulanma kabiliyetine sahiptir. Ayrıca Anayasa'nın kişi dokunulmazlığına ilişkin 17 nci madde hükmü ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 19 uncu madde hükmü herkes kadar zihinsel ve ruhsal engellilerin de en önemli anayasal güvenceleridir.

Her şeyden önce Türkiye'de zihinsel ve ruhsal engellilerin yalnızca zorla tedavisini değil, bunların haklarını ve diğer tedavi yöntemlerini düzenleyen ayrı bir yasaya ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemizde örneğini yukarıda verdiğimiz gibi pek çok ülke gibi zorla tedavi "tehlikelilik" kriterine bağlanmıştır ancak bu kriterin uygulanabilmesi için gerekli şartlara hiçbir düzenlemede ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Ayrıca yine yer vermeye çalıştığımız düzenlemelerde zorla tedavi altına alınan psikiyatri hastalarının en fazla ne kadar süreyle sağlık kurumlarında tutulabileceği de düzenleme konusu yapılmamıştır. Bunun neticesinde zorla tedavinin gerekliliği daha çok hekimin takdirine bırakılmış gibi görünmekte, bu da hekimin sorumluluğunu arttırmaktadır. Son olarak, konunun mahkeme kararlarına tam anlamıyla yansımamış olması beraberinde yargısal içtihat eksikliğini de getirmektedir.

Kaynakça

- Akıllıoğlu Tekin, İnsan Hakları, İmaj Yayınevi, Ankara, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, , 2010
- Arıkan Rasim, "Ruh Hastalığı Nedeniyle Tehlikelilik: Hukukçular ve Hekimlerin İşbirliğini Gerektiren Bir Konu", Ankara Barosu Dergisi, 2002-1, s. 215-222.
- Aydiner Rahime - Şehiraltı Mine, "Çözümlememiş Bir Konu: Psikiyatrik Bozukluğu Olan Hastanın Gönülsüz/Zorla Tedavi Edilmesi, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, 1(1), 2010, s. 39-42.
- Dutertre Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Strasbourg Cedex, Kasım 2003
- ECHR, 5th Section, 05.09.2014, Case of Akopyan v. Ukraine, Application no. 12317/06, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>
- ECHR, 3rd Section, 13.11.2014, Case of Lazariu v. Romania, Application no. 31973/03, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>

- Elizabeth Fistein, "The Mental Capacity Act and conceptions of the good", *Autonomy and Mental Disorder*, Lubomira Radoilska (edited by), Oxford University Press, 2012, , s. 170-191.
- Foucault Michel, *Deliliğin Tarihi*, (çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, İstanbul, 3. Baskı, Kasım 2000
- Foucault Michel, *Toplumun Savunmak Gerekir*, (çeviren: Şehsuvar Aktaş), YKY, İstanbul, 3. Baskı, 2008
- Handbook on Prisoners with Special Needs*, 2013 United Nations for the Turkish Edition, (Çeviren: Ömer B. Albayrak), Özel İhtiyaçlara Sahip Mahpuslar Üzerine El Kitabı, Ceza Adaleti Kitapları Dizisi
- <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull/shtml>, (Erişim Tarihi: 09.07.2014)
- <http://atud.org.tr/kutuphane/biyotiptr.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.07.2014)
- Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 453, Yenilenmiş Altıncı Baskı, 1981
- Karataş Sinem, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Sorunu", Ankara, 2012, s.1, www.dayanirsagkan.av.tr/site/?page_id=40, (Erişim Tarihi: 14.07.2014)
- Kurt Erhan, "Türkiye'de Şizofreni Hastalarının Bakımı ve Rehabilitasyonu İlgili Yasal Düzenleme", *RCHP (Reviews, Cases and Hypotheses In Psychiatry)*, Yıl:2, Sayı: 1-2, 2008, s. 47-62.
- Namal Arın, "Psikiyatri Tarihçesi Işığında Ruh Hastalarının Zorla Tedavilerine Etik Açından Genel Bir Bakış", *Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı*, Arın Namal- Hanzade Doğan- Fatih Selami Mahmutoğlu (Eds.), Ekim 2011-2012-2013, Vol. 4-5-6, , s. 41-72.
- Oktay E. Ahşen, "Psikiyatride Hastanın Zorla Hastaneye Yatırılması Ve Tedavisinin Hukuki Boyutu", www.turkhukuksitesi.com, (Erişim Tarihi: 16.07.2014)
- Radden Jennifer, "Privacy and patient autonomy in mental healthcare", *Autonomy and Mental Disorder*, Lubomira Radoilska (edited by), Oxford University Press, 2012, s.123-142.
- Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları www.psikiyatri.org.tr, (Erişim tarihi: 11.08.2014)
- Temel Erhan, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası- Hekim İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, 61(2), 2012, s. 773-806.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *İnsan Hakları Raporu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 235, Ankara, Nisan 2013

ADLİ YARGIDA “MAKUL SÜRE” FELSEFESİ VE MATEMATİĞİ PHILOSOPHY AND MATEMATICS OF REASONABLE TIME IN JUDICIAL JUSTICE

Mustafa T. YÜCEL*

Özet: Genelde, yönetim sisteminde performansın bir kısmı olarak adli mahkemelerin faaliyetleri değerlendirme konusu olmaktadır. Bu çalışmamızda yargılama ve sonrası geçen süre itibarıyla bir değerlendirmeye tanık olunacaktır. Bu konu özünde adli işlerin organizasyonu için optimum sürenin saptanması sorusunu gündeme getirmektedir. Bu saptama kuşkusuz, adalete güven duygusunun yerleşmesi için atılacak ilk adımdır. Bu çalışmada yapılan ceza/hukuk davalarının her evresine özgü ortalama süreler(gün) olarak sergilenmiştir. Geneldeki görüntü ötesinde bireysel davalara bakıldığında beş yıl ve fazla süren davaların sayısal değeri küçümsenmeyecek orandadır. Bu süre aşımını etkileyen ve yapay iş yaratan değişkenler arasında adli kırtasiyecilik yer almaktadır. Adalet kırtasiyeciliği, kuşkusuz, adaletin kendisi değildir.

Anahtar Kelimeler: Adli süreç, adil yargılanma hakkı, gecikme, makul süre, kırtasiyecilik, takdirilik ilkesi, verimlilik oranı, dava işlem süresi.

Abstract: In general, the activities of the judicial courts have been evaluated as part of the performance management process. Here, we took the evaluation in terms of measurement of time passed by during the trial and thereafter. This brings about the question of determination of the optimum processing times for the organisation of judicial works. This is the starting point for public confidence in justice. What is measured here is the average time(days) for each step both in criminal and civil justices. When we look at the individual cases, it is not unusual to see a civil/criminal case lasting more than five years. One significant factor of the delays in case processing is the judicial red-tape; though, judicial red-tape is not the justice by itself.

Keywords: Judicial process, due process of law, delay, reasonable time, red-tape, principle of opportunity, clearance rate, case processing time

* Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yargısal süreç, hukuku adalete dönüştüren *adli süreç*, niteliği itibarıyla vazgeçilemeyecek bir süreçtir. Bu süreçte yer alan "duyurular", defiler ve savlara ilişkin usul işlemleri adli reostanın birer ögesi olarak çalışmaktadır. Süreç varlığını akımın etkisi ile kanıtlamaktadır. Adli sürecin temposu ise teknolojik alandaki gelişmelere karşılık Gaius'tan bu yana pek hızlanmamıştır. Süreçte saptanan geçici nitelikteki dalgalanmalar bir yana bırakıldığında adaletin hızı oldukça sabitlenmiştir-*makul süre*.¹ Bu sürece egemen olan ve gerçeği yakalamada etkili olan "*adil yargılanma hakkı*" (*due process of law*) önemli bir standarttır.² Bu hak nihai bir iksir olarak belirlemekte; bu iksir bozulduğunda ise her şey bozulmaktadır. Ne var ki hiçbir adli sistem adil yargılamanın kabul edilen nitelikleri için tekel olma iddiasında bulunamaz. Ceza adaleti

¹ AİHS'nin 6§ 1. maddesine göre, "Herkes,...cezaî alanda kendisine yönetilen suçlama-lar konusunda karar verecek olan,...bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde,...görülmesini istemek hakkına sahiptir." AİHS'nin 13. maddesiyle, "makul sürenin" ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak ulusal bir merci önünde etkili bir hukuk yolu güvence altına alınmış bulunmaktadır(bkz. Kulda-Polonya [BD],no.30210/9,§§ 156-158 AİHM 2000-XI).Ayrıca Bkz. TBB. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ank., 2008. 1/01/2011 tarihi itibarıyla mahkeme nezdinde bekleyen iş sayısı 139,650 ve bir davanın ortalama görülme süresi 5-6 yıldır. ABD'de eyalet ve Federal düzeyde yer alan yasalarda sanıkların "hızlı yargılanma hakkı" güvence altına alınmıştır.

² Schroeder,Yenisey ve Peukert, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul Barosu, 1999; S. İnceoğlu. İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.Bası Beta, 2008;Alman mahkemelerinin "fair trial" ilkesi ışığında geliştirdikleri temel ölçütler için bkz. Schroeder ve Yenisey. Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), Alkım, İst., 1997, ss.55-56. En iyi uygulama olarak saptanan şeyler her yerde standart uygulama haline dönüştürülmelidir. İşlevsiz/boşa giden duruşma sayısı olabildiğince azaltılmalıdır(Yazarın notu); Pradel,J. Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSISC Kollokyumlarının Sentez Raporu)(Terc. S.Dönmezer), Beta, Kasım 2000, ss.185-220.Ayrıca bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri T. Hammarberg. Türk sanıkların "hızlı yargılanma hakkı" güvence altına alınmıştır. Bk. A. Partridge. Legislative History of Title I of the Speedy Trial Act of 1974, Federal Judicial Center, Washington,D.C. 1980; ayrıca davaların makul sürede kotarılması için Hollanda yargı sistemindeki "Lamicie" modeli. Schroeder, Yenisey ve Peukert, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul Barosu, 1999; S. İnceoğlu. İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3.Bası Beta, 2008;Alman mahkemelerinin "fair trial" ilkesi ışığında geliştirdikleri temel ölçütler için bkz. Schroeder ve Yenisey. Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), Alkım, İst., 1997, ss.55-56. En iyi uygulamıye'de Adalet Yönetimi ve İnsan Haklarının Korunması üzerine rapor. "Ceza kanunları yalnız suçluların kanunudur. Ceza yargılaması kanunları ise dürüst insanların da kanunudur." (Ferri. Sociologia Criminale, II, 4.bası, 1930, s.384. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1892439>; Türkiye'nin 2012 itibarıyla AİHS'nin 3814'ü bulan toplam ihlaldeki aslan payı (% 19 ile) adil yargılanma hakkı ihlali oluşturmuştur.

sürecinde, sanıklara isnat edilen suçun bildirilmesi, dinlenmesi, avukat yardımı ve var olan kuralların uygulanması yalnızca demokrasi-
lere özgü olmayıp kast devletleri ile despotik imparatorluklar³ için de
geçerli bir olgudur. Hukukun etkinliği isteniyorsa, “adil yargılanma
hakkı” vazgeçilemeyecek bir ön koşuldur. Yargılama usulünün *adillik*
derecesi de tarafların usullerin elverdiği sonuç üzerine dolaylı etkisine
dayalıdır. Bu nedenle tarafların söz sahibi ve etkisi olan usuller, öte-
kilerden daha adil, Adaletin gecikmeksizin yerine getirilmesini sağ-
layan temel bir adalet ilkesidir. Magna Carta’da, “kimseye hak veya
adaleti ret etmeyeceğiz” denilerek geciken adaletin özellikle suç mağ-
durlarına karşı yadsınmış bir adalet olduğuna vurgu yapılmaktadır.
Nitekim, AİHM’si içtihatlarında makul yargılama süresi için devlet-
lerin hukuk sistemlerine, davaları makul sürede sonuçlandırmayı da
içermek üzere AİHS md 6.1’in gerekliliklerine uymalarını sağlayacak
biçimde düzenlemeye yönelik *pozitif bir görev* yüklenmektedir. Yargı-
lamasız insanları idama götürmenin keçiler yerine koyunları asmak
riskini de beraberinde getireceği unutulmamalıdır.⁴ Ne var ki ülkede
yargıda gecikmeye karşı kültürel bir tolerans oluşmuştur.

Yargıdaki gecikme ile mahkeme harçları, yargıya başvuruyu etki-
lediği kadar *adil yargılanmayı* da aynı derecede etkilemektedir. Yalnız
yargılama giderleri ve “gecikme”nin bu sonuçtaki payı ne orandadır?
Bu oranın adalete başvuruyu engelleyici bir niteliği var mıdır? Gibi
soruların işaret ettiği üzere bu alandaki sorunlar, düşünüldüğü kadar

³ Tacitus’un tanıklığına göre, Tiberius’un hükümranlığında bile Roma adaletini, adillik ve onur (integrity) nitelendirmekteydi. Dejenerasyon görüldüğünde ise klasik lafzı hukuk egemen olmuştur. Nitekim, Sejanus’un düşüşünde, kendisinin masum olan kızının idam edilmesi arzu edildiğinde, virjin birisinin idam edilmesi örneği olmadığından, infaz görevlisi idam öncesi kızı iğfal etti. Ayrıca Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu md. 74, 90-91,95 ve 108.

⁴ Yargılama hukukunda oluşan bu standart, rasyonel usul ve “fair play” sağlama arzusundan doğan “due process”, sosyal ve siyasal yargılar için de aynı derecede vazgeçilmez bir tedbirdir. Bu bağlamda “due process” yalnızca yargılayacağımız insanlar ve davranışları için değil; ve fakat genel ilkeler ve ihtilafı kamusal sorunlar için de geçerli olmaktadır. Bu doğrultuda şunlar önerilmektedir: Sosyal araştırmalar yürütülürken mevcut standartların rasyonel ve anlaşılır olmasına dikkat edilmeli; tanık olduğumuz bir ihtilafta, ilgili tüm kanıtlar, ne derece karşıt veya beklenilmeyen türden olursa olsun, derlenerek irdelenmeli; kendimizi önyargılardan, partizanlıktan, uygun olmayan tarafgirlikten arındırmalı; karşı tarafın kanıtları ve argümanları değerlendirilinceye kadar yargı ertelenmeli; ve hata yapmanın insan için mukadder oluşunu göz önüne alınarak hata yapıldığı anlaşıldığında yargıyı yeniden gözden geçirmeye hazırlıklı olunmalıdır.

doğrusal nitelikte değildir. Anayasa'nın 141/son maddesinde, "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*" kategorik buyurusuna karşın, adalete başvuru açısından önemli bir farkın belirmesi için yargılama giderleri ile gecikmenin ne kadar indirilmesi gerektiği de sorunsallığını korumaktadır. Gider/gecikmede çok az bir indirim sağlandığında, önemli ölçüde bir fark olmayacak; yargıya gider veya gecikme nedeniyle başvurmamayanlar yine de başvurmayacaklardır. Öte yandan giderleri ve gecikmeyi önemli ölçüde azaltmanın yargıdaki yansımaları tahmin edilmekte midir? Yargının daha ciddi sorunlarla karşılaşması ve sonuçta gerçek bir değer yitirilmesi riski de yok mudur?

1970'lı yıllara kadar yargıdaki gecikmeler genelde iş yükü fazlalığı ile personel azlığı olan zayıf mahkeme yönetimine bağlanırken şimdilerde uzun bekleyişlerin sistemdeki avukatlar gibi asli aktörlerin iradi eylemlerine indirildiği görülmektedir. Evrensel nitelikteki bu olgu nedeniyle bazı sanıklar mahkumiyet süresinden fazla cezaevinde tutuklu kalmaktadırlar. Bu durum yargılama hızını daha da artırmak üzere harcama olanağı olan zengin ülkeler için de geçerliliğini korumaktadır.

Yargıdaki gecikmeye neden olan faktörler arasında, aşağıdaki tabloda yer alan *bekleme süresi* kayda değer bir olgudur. Nitekim, Adli Tıp'a gönderilen her dosya için bekleme süresi (B.S) normalin çok üstünde olmakta; aynı dosyanın ikinci/üçüncü kez gönderilmesi halinde ise geçen süre kronikleşmektedir.

Kuşkusuz yargı pazarındaki tüketicilerin tatmini ile gecikme arasında ilişki üzerine tartışmalar süregelmektedir. A.B.D'deki Rand Araştırma Kuruluşunca yapılan araştırmaya göre davacıların tatmini için ne gider ne gecikme ve ne de dava sonucunun kritik bir önemi vardır; önemli olan *algılanan adilliktir*. Davaya taraf olanlar, yargıda gördükleri adil işlem oranında tatmin olmaktadır. İşte bu doğrultuda, O.W.Holmes'in (1841-1935) belirttiği gibi, taraflar mahkemece verilecek kararı (*ex post*) **önceden** (*ex ante*) tahmin edebilmelidirler (*hukuk güvenliği*). Aksi takdirde sofistike bir falcılık türü olacak-*güvenlik, güvensizlik ilkesine dönüşecektir*.⁵

⁵ Kararların tahmini bağlamında kural kuşkuculuğu ile kanıt kuşkuculuğu için 6.basisında yazarın önsözü bkz. J. Frank. Law and the Modern Mind, Doubleday

Kişisel gözlemlerim yargılama hızının hâkimin yetkinliğine bağlı bir olgu olduğu; hızın, iş yükü, yargılama oranları, girift davalar ile usul hükümlerinden pek etkilenmediği ve gerçekte yargılamayı hızlandırmak için sağlanan (hâkimler, yeni mahkemeler ve yardımcı personel gibi) ek kaynakların ekseriya başarılı bir sonuç sağlamadığı doğrultusundadır. Öte yandan usul reformlarıyla yargılama hızlandırılmak istenmişse de bu husus gerçekleşmemiştir. Yargılama iyice hızlandırıldığında bunun iyi bir şey olacağı nasıl anlaşılmaktadır sorusu da varlığını korumaktadır.

Amaç yargılama sürecinin gereksiz talikler/gecikmeler olmaksızın zamanlıca gerçekleşmesi olmalıdır. Bu doğrultuda yargılamanın *zamanlıca* (optimum sürede) yapıldığının saptanması için mahkemeler ile siyaset yapımcılarının, siyasetler ve uygulamaların yargılamanın zamanlıca gerçekleştirilmesi genel amacı ile işlevsel bir tutarlılık içinde olup olmadığını saptamak üzere gecikmeleri nicelendirmeye, ölçmeye ihtiyaçları vardır. Bu doğrultuda makul süre kavramı yerine *optimum ve ön görülebilir zamanlar* kavramı ikame edilmelidir.⁶

Zamanlamalar, optimum dava süreçleri için ölçülebilir hedefler ve uygulamalara özgü örgütler arası ve *işlemsel aletler*dir. Yargılama süresi farklı aktörler (hâkimler, yardımcı personel, avukat, bilirkişi savcılar, kolluk v.s) arasındaki ilişkiler sonucu belirlediğinden, zamanlamalar bunların tümü tarafından paylaşılan ve takip edilen hedefler olmalıdır. Anılan aktörlerin katılımı en azından üç nedenle gereklidir:

1. Aktörler arasında bilinç ve benimseme duygusu yaratılmasına yardımcı olunması;
2. Yenilikçi siyasetlerin yeşermesi için uygun bir ortam hazırlanması;
3. Yargılamanın zamanlıca bitirilmesi sorumluluğu yalnızca mahkeme işlemlerine özgü olmayıp; diğer aktörleri ve öncelikle avukatları da kapsamasıdır.

& Company, New York 1963. Katı kuralların olduğu ceza davalarında pek sürpriz beklenmese de, ticari davalar, özel hukuk ile anayasal uyumsuzluklarda sürprizler yaşanabilir. Kaybeden taraf için her halde karar sürpriz olacaktır.

⁶ Uzun yargılama sorununun ortadan kaldırılması için adli zaman yönetimi sisteminin oluşturulması. Bkz. Adalet Bakanlığı. Yargıda Reform: Neler Değişti? Neler Değişecek? Kasım 2012,s.13.

Bu açıklamalar, sorunun süreçlerin *süresine* ilişkin olduğunu gösterdiğinden yargılamanın zamanlıca yürütülmesi yerine *davanın zamanlıca yürütülmesi*'nden söz edilmelidir.⁷⁷ İşlevsel aletler ise her mahkemenin ne ölçüde ve daha genel olarak adalet yönetiminin AİHS'nde belirtilen makul süre içinde adil yargılanma ilkesini gerçekleştirerek dava yönetiminin zamanlıca olmasını karşılayıp karşılamadığını ölçmek için hedeflere işaret etmektedir. Buna yakın olan ilke ise *ahlaklıktır* ve soruşturma organının kanıtları, etik davranarak toplamasını vurgulamaktadır.

AİHS ve Anayasa'da yer aldığı üzere makul süreye yollama yapmak olağanlaşmış ise de bu standart (AİHS'ne uyum ve ihlali arasındaki sınır çizgisini belirleyen) aşağı bir sınırdır ve sağlandığında da her zaman için yeterli bir sonuç olarak düşünülmemelidir. Yinelersak amaç yargılama sürecinin, gereksiz talikler/gecikmeler olmaksızın, zamanlıca gerçekleşmesi olmalıdır. Yinelersak bu doğrultuda yargılamanın zamanlıca yapıldığının saptanması için mahkemeler ile siyaset yapımcılarının, siyasetler ve uygulamaların yargılamanın zamanlıca gerçekleştirilmesi genel amacı ile işlevsel ve tutarlılık içinde olup olmadığını saptamak üzere gecikmeleri nicelendirmeye, ölçmeye ihtiyaçları vardır. Bu doğrultuda makul süre kavramı yerine *optimum ve ön görülebilir zamanlar* kavramı ikame edilmiştir.

2008 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre işlem sürelerinin uzunluğuna ilişkin davalarda Sözleşme ihlali saptanan hüküm sayısı, ülkelere göre aşağıda gösterilmiştir. Bu veri tablosu makul süre ihlalinin Türkiye'nin kronik bir sorunu olduğuna işaret etmektedir.

⁷⁷ Basit bir teknikle her dava türüne özgü ortalama dava yürütülme süresini belirlemek üzere hâkimler arasındaki anket sonuçlarının birlikte yeniden değerlendirilmesi yöntemi- ne başvurulabilir. Bkz. CEPEJ Saturn Merkezi. Mahkemelerde zaman yönetimine ilişkin Rehber İlkeler(15) ve Ülke Örnekleri. "Toplam yargılama süresi nedeniyle kişilerin makul bir zaman zarfında yargılanma haklarının ihlal edilmesine yol açabilecek davalara özel ihtimam gösterilmelidir." "Toplanan tüm bilgiler sürekli olarak analiz edilmeli ve performansın izlenmesi ve geliştirilmesi alanında kullanılmalıdır." ...

Tablo 1.

Ülke	Hüküm sayısı
Türkiye	64
Fransa	1
İtalya	54
Polonya	63
İspanya	0

Ülkede makul süre ihlalinin en patolojik görünümüne kadastro davalarında tanık olunmaktadır. 2012 yılında Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'ne gelen 80 dosyanın ilk derece mahkemesindeki karar yılına göre dağılımı şöyledir:

Tablo 2.

Dosya sayısı	Karar yılı aralığı
8	1.965-1967
4	1986-1988
13	1989-1991
18	1992-1994
13	1995-1997
14	1998-200
10	2001-2003

Bu dosyalardaki gecikmelerin başlıca nedenleri tebligat işlemlerinin zamanlıca yapılamaması ve Yargıtay'a gönderilmemesi yer almaktadır.⁸⁸ 2013 yılında kadastro mahkemelerince karar verilen davaların %25'inin beş yıl ve öncesi açılan davalardan oluşması da bu davalara özgü kronikleşen durumu vurgulamaktadır. Bu sonuç, aşağıda tabloda yer alan Türkiye ortalamasının (%2.4) 10.4 katı olmaktadır.

Hukuk Mahkemelerince 2013 yılında karara bağlanan davaların açılış yıllarına göre dağılımı (%)

⁸⁸ Kronikleşen bu tür davaların çözümlenmesi önerileri için bkz. H. Kivril. "Kadastro Davalarında Makul Süre(!)" HUKAB Sayı, 6, 2013, ss.58-59. Ayrıca kadastro cinayetleri için bkz. "Kadastro Cinayetlerine..." Hürriyet (30/07/2013) s.7. M. T.Yücel. Hukuk Sosyolojisi, 5.bası, Ank., 2013.

Tablo 3.

2009 ve öncesi	2010	2011	2012	2013	Toplam
2,4	2,4	6,3	27,2	61,5	1.793.086

İşte yargılamada gereksiz gecikmelerin giderilerek makul süre içinde sonuca varılması ülkede *adalet güven* duygusunun yerleşmesi açısından gereklidir. Tüketicileri açısından belli ölçüde sabır/direnç gösterme olgusu olan yargılama, zamanında gerçekleştirilmediğinde adaletsizlik olabileceği gibi aceleye getirilmesi de adaletsizlik olarak algılanabilir. Süreç uzaması yoksul tüketicileri hak aramaktan çekinmeye; potansiyel hak ihlalcilerini de cesaretlendirmeye itecektir. Bu durumda yargılama sisteminin yoksul yerine varsıla hizmet eder bir kurum haline dönüşme riski oluşacak; toplumsal dayanışma duygusu zayıflayacaktır.

Ülkemizde yargıdaki gecikmenin ne derecede bir sorun olduğu hakkında adalet istatistikleri analizi dışında yapılmış kapsamlı bir araştırma sayısı ikiye geçmemektedir.

Herkesin, gecikmeden şikayet ettiği kadar duruşma hazırlığının da çok iyi yapılması gerektiğini vurguladıkları görülmektedir. Davaların gecikmesi bakımından davalara özgü yoğunluk derecesi konusunda da halka mal olmuş bir bilgi yok denecek derecede az ise de kulaktan kulağa yayılan duyuların sakıncalı bir hal aldığı görülmektedir. Yalnızca yıllık adalet sektöründeki tüketici sayısının yaklaşık 30 milyon kadar olduğu (2012) göz önüne alındığında; sistemdeki sorunların ve yetersizliklerin hâkime/ yargıya güven ve saygıyı ne derece etkileyeceği kuşkudan uzak bulunmamaktadır (*moments of truth*).

Yargılamalar bakımından davalara özgü asgari süreler ile gereksiz gecikmelerin belirlenmesi amacıyla aşağıdaki hususlara odaklanılması ve aktörlerde bilinç yaratılması ön görülmelidir. Kuşkusuz bu yaklaşım, sistemdeki tüm aktörlerin (mahkeme personeli, hâkim, savcı ile avukatlar, bilirkişiler, sosyal araştırmacıların) aktif desteğini gerektirmektedir. Bu belirlemeleri saptamak üzere adalet istatistikleri ile adli sicil veri bankasında yeterince veri bulunmaktadır. Bu konuda, siyasete özgü şu temel ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır.

1. Gerçekçi ve ölçülebilir biçimde zamanlamaların belirlenmesi,
2. Zamanlamanın takibi,
3. Verilerin izlenmesi ve paylaşımı,
4. Toplanan tüm verilerin sürekli olarak analiz edilmesi ve performansın izlenmesi ve geliştirilmesi alanında kullanılması,
5. Usul ve dava yönetim siyasetleri ve uygulamaları,
6. Dava yükü ve iş yükü siyasetleri (sürdürülebilir bir iş yükünün saptanması ve iş akışının sürdürülebilir bir seviyede tutulmasınının her adli sisteme özgü önemli öğelerden biri olduğudur).

Yargı sistemleri için her davanın en uygun ve öngörülebilir bir sürede görülmesi gibi yeni bir hedef belirlenmelidir. Belirlenen ilkeler/süre saptamaları, yukarıda anılan aktörlerin katılımı ile güncelleştirilmelidir. Kuşkusuz davaların zamanlıca görülmesi için dışarıdan *pozitif baskılama*, adliye dışı kurumlar, örneğin barolar ile diğer gönüllü kuruluşlar, medya tarafından gerçekleştirilerek, davaların makul sürede görülmesi izlenebilir. Bu konuda Adalet Bakanlığı'nca *internet ortamında yayınlanan adalet istatistikleri* referans alınabilir. Ayrıca yargılama sürecindeki talikleri asgariye indirmek için de siyasetler geliştirilmelidir. AİHM'ce, mahkemece veya tarafların istemi üzerine yapılan sayısız talikler ile duruşmalar arasında geçen uzunca süreler makul olmayan gecikmelerin nedenleri arasında sayılmaktadır. *Talike açıkça haklılık kazandığında izin verilmelidir*. Mahkemece gereksiz taliklere yer verilmesi, avukatların davaya hazırlıksız olarak gelmelerini cesaretlendirecek ve yeni talikler oluşacaktır ve *zaman* verimli kullanılmayacaktır.

Ne var ki yargıda bu sorun halen varlığını sürdürmekte; para, zaman ve emek israf edilmekte; sonuçta taraflar, tanıklar ve özellikle mağdurlar demoralize olmaktadır. Bu nedenle gününde işlem yapılmayan duruşma sayısının olabildiğince azaltılması hedeflenmelidir. İnsan "Türkiye'de tüm hâkim, savcı ve avukatlar, adaletin yönetiminde ve insan hakları ihlallerinin cezasız kalmasını önlemede çok önemli bir rol potansiyeline sahiptirler. Onlar demokratik bir toplumun korunması ve gerçek bir hukuk devletinin devamı için de zorunludurlar" demekle aktörlere özgü etik davranışlara gönderme yapıldığı bilin-

melidir. İşte sorun *de jure* “olması gereken” ile *de facto* “gerçekler” arasındaki bir çelişkinin bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Ülkede yargılama sürelerine bakıldığında, özel yetkili ACM Savcılıklarında soruşturma süresi 2000 yılında 823 gün iken, 2002’de 905 güne, 2006’da 946 güne yükselmiş; takip eden yıllarda inişle 2010 yılında 648 güne inmiştir. Diğer Savcılıklarda ise 2000 yılında 185 gün olan süre, 2010 yılında 310 gün olmuştur.

Şimdi ülke gündemine oturan suç türleri itibariyle yargılama temposu irdelenecektir. 2011 yılı verilerine göre bu yılda karar verilen dosyaların açıldıkları yıllara göre dağılımına aşağıda yer verilmiştir:

Ceza mahkemelerince 2011 yılı içinde karar verilen davalardaki suç sayısının davanın açılış yılına göre dağılımı

Tablo 4. 1. TCK.’ya göre

2007 ve Öncesi	%	2008	%	2009	%	2010	%	2011	%
95.547	4.3	97.860	4.4	268.989	12.1	904.994	40.6	823.606	37

Beş yıl ve ötesinde açılan davalardan %10’u üzerinde olanların yoğunluk sıralaması şöyledir:

Tablo 5.

Göçmen kaçakçılığı/insan ticareti	547 (%14.5)
Kamu barışına karşı suçlar	3.46 (%14.6)
İşkence ve eziyet	168 (%18.9)
Devlet güvenliğine karşı suçlar	36 (%21.3)

Tablo 6. 2. Özel Ceza Kanunlarına göre

2007 ve öncesi	%	2008	%	2009	%	2010	%	2011	%
17.376	1.8	18.659	2.0	74.566	7.8	380.459	39.8	441.457	46.2

TCK ve Özel Ceza Kanunları uyarınca 2013 karar verilen davaların açılış yıllarına göre oranı (%)

Tablo 7.

2009 ve öncesi	2010	2011	2012	2013	Toplam
24,6	8,6	12,8	22,8	31,2	72 302

2011 ve 2013 yılları karşılaştırıldığında beş yıl ve öncesi karara bağlanan davalar oranı 2011 yılında % 3,5 iken, 2013 yılında 24,6 ya yükselmesi oldukça dikkat çekici olmuştur.

Genelde ceza mahkemelerindeki ortalama yargılama süreleri(gün) dağılımı (2011-2013) şöyledir:

Tablo 8.

Mahkeme türü	2011	2012	2013
Özel yetkili ACM	325	195	257
Ağır Ceza M.	297	272	251
Asliye Ceza M.	358	239	286
Sulh Ceza M.	313	255	222
Çocuk	306	298	258
Çocuk Ağır Ceza	332	310	252

Yargıtay Başsavcılığı(2000-2009) verilerine göre, 2000 yılında bir dosyanın görülme süresi 266 gün iken bu sürenin azalmaya yöneldiği ve fakat 2006 yılında başlayan artışla (% 77,8) 473 güne ulaştığı; 2011 yılında 581'e yükseldiği; aynı sürede çıkan dosyaların gelenlere oranının %50'den % 41,7'ye indiği; 2011 yılında % 28.2 olduğu görülmektedir. Benzer gelişme Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Ceza Daireleri için de geçerlidir: Bir dosyanın görülme süresi 2000 yılında 53 gün iken 2009 yılında 399 gün, 2011 yılında 506 gün olmuştur. Öte yandan, bozma oranı 2000 yılında % 26,8 iken, müteakip yıllarda inişli-çıkışlı bir seyrle 2009 yılında % 60,5'e yükselmiş; 2011 yılında % 56.6'ya inmiştir.

Süre açısından genel bir fikir vermek üzere, ceza/hukuk yargısında çeşitli evreler itibariyle toplam *ortalama süre* belirlemesi için Savcılık, ilke derece mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Dairesi aşağıdaki tabloda sergilenmiştir.

Tablo 7.

Ceza	Gün	Hukuk	Gün
C. Savcılığı evresi	372	*****	****
Ceza Mahkemesi	231	Hukuk Mahkemesi	213
Yargıtay C.Başsavcılığı	258	*****	****
Yargıtay Ceza Dairesi	328	Yargıtay Hukuk Dairesi	117
Toplam süre(gün)	1.189	Toplam süre(gün)	330

Ortalama yargılama süresi = $(2X+Y-Z)/(Y+Z) * 360$

X= Geçen yıldan kalan dava sayısı

Y= Yıl içinde açılan dava sayısı

Z= Karara bağlanan dava sayısı

Bu toplam sürelerle aşağıdaki tabloda yer alan Yargıtay Ceza ve Hukuk Dairelerinde bozma ile "bir bölümde onama ve bir bölümde bozma" oranları dağılımı göz önüne alınarak oluşan süreler de eklenmelidir.

Tablo 8.

Yargıtay Dairesi	Bozma	Bir bölümde onama ve bir bölümde bozma	Toplam
Ceza	78.420 %20.9	101.055 %27.0	179.475 % 47.9
Hukuk	95.495 %18.9	38.886 %7.7	134.381 %26.6

Yukarıdaki istatistik verilerin belgelediği bir gerçek, 2004 yılı ve sonrası beliren yeni Türk ceza siyaseti ile etkisi uzun yıllar sürecek bir ceza yargısı krizi bağlamında yargı temposunun yavaşladığı; avukatların ve özellikle de yüklü bir çalışma temposunda boğulan hâkimlerin zamanlarını efektif kullanmadıklarını göstermiştir.⁹ Artık savcıların gerekli durumlarda takipsizlik kararı verilebilmesi ya da kamu davasının açılmasının ertelenebilmesi konularında takdir yetkilerini kullanabilmelerini sağlamak için kamu davası açılmasında *takdirlik (opportunité) ilkesi* benimsenmelidir.¹⁰ Yeni usul sisteminde

⁹ Bkz. T. Ansay, "İyi Kanun-Kötü Kanun" *Güncel Hukuk* Ocak 2011/1-85, ss.10-11; M.T. Yücel. Yeni Türk Ceza Siyaseti, İmge, 2011: Gayri ahlaki (immoral) değerlendirme, eylemin sonucunun tahmin edilmesine karşın göz ardı edilmesi immoral bir davranıştır. Yeni TCK tasarımcıları ya kriminoloji/penoloji nosyonları ve gerçeklerinden yoksun oldukları için popülist bir yaklaşımla cezaları ABD'de olduğu gibi ağırlaştırdılar (2010 yılı Aralık ayı verilerine göre 100.000 nüfustaki mahpus oranı 165) veya normatif ceza hukuku bilgisi dışında ülke realitesini, mukayeseli ampirik bilgiyi dışlayarak bu yolu seçtiler. Her iki halde de davranışları gayri ahlakidir.

¹⁰ TÜSİAD Yargılama Düzeninde Kalite, İst.,1998 s.80: "...Savcılar otomatik dava açma makinesi olmaktan çıkarılmalıdır."; A.O.Kaynak, "Hazırlık Soruşturmasında Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi" *Ankara Barosu Dergisi*, 1998/2, ss.56-62. İthamda takdirlik ilkeleri için bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Adaletinin Sadeleştirilmesi hakkındaki (87)18 sayılı tavsiye kararı. İngiliz itham

takdir yetkisine kısmen yer verilmiştir: Savcılar, cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların veya şahsi cezasızlık nedeninin varlığı halinde kamu davası açmama (CMK m.171/1), şikayete bağlı üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda (CMK m.171/2), kanıtlar toplandıktan sonra bazı koşulların varlığında suç tarihinde 18 yaşından küçük şüpheliler hakkında kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır (5395 sayılı Kanun, m.19).

Bazı ülkeler örneğin ABD’de ceza dava süresine özgü standartlar belirlenmiştir.¹¹

Tablo 9.

Devlet Mahkeme Yönetim Konferansı(COSCA) Dava İşlem Süresi	Amerikan Barolar Birliğince Dava İşlem Süresi
Cürüm – % 100’ü 180 gün Kabahat– % 100’ü 90 gün	Cürüm-% 90’u 120 gün -% 98’i 180 gün -%100’ü 1 yıl Kabahat- % 90’i 30 gün -%100’ü 90 gün

Dava yönetimi için ölçümlere başvurulabilir. Birincisi, çıkan işlerin gelen işlere yüzde oranı verimlilik oranıdır (*clearance rate*). Bu ölçümün amacı mahkemenin gelen işlerle baş edip edemediğidir. Davalar zamanlıca bitirilmediğinde kuyrukta birikimler artacaktır. Dava türü itibariyle gecikme nedenleri analiz edildiğinde ortaya çıkan sorunlar ile iyileştirmelerin nerede yapılması gerektiği ortaya çıkabilir. İkinci

sisteminde iki bir test uygulanmaktadır: 1) Kanıtsal test, 2) Kamu yararı testi. Birincisinde isnat edilen her suç için şüpheli hakkında gerçekçi bir mahkumiyet beklentisi sağlayıcı nitelikte yeterli kanıt bulunmalıdır(CCP, 2004:par 5.2). Kanıtsal test geçildiğinde kamu yararı testi ele alınmakta; ithamın sosyal yararları değerlendirilmektedir. Ciddi suçlar için kamu yararı etmenleri ithama karşı ağırlık kazanmadığında kamu davası açılmaktadır (CCP, 1994:par 6.2) Bkz. T.Kirchengast. The Victim in Criminal Law and Justice, Palgrave, Macmillan, 2006, ss.70-74. Ceza adaleti sistemine giren ve beraatle sonuçlanan iş yükünü asgariye indirmek amacıyla beraatle sonuçlanan davalara özgü iddiamelerde yer alan kanıt derecesinin(1-7 arasında bir derecelendirme yapılarak) yeterli olup olmadığının saptanması için bir araştırma projesi geliştirilmelidir(Yazarın notudur).

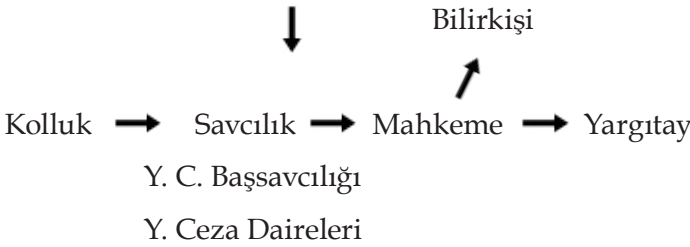
¹¹ Bkz. C.E. Ijoma ve G.M.Fazari. "Applying the case Management CourTools: Finding from an Urban Trial Court" International Journal for Court Administration, June 2012.

ölçüm, dava işlem süresinin belirlenmesi/belli bir standarda bağlanmasıdır: Belirlenen zaman süresinde karara bağlanan davaların yüzde oranıdır. Bu ölçünün çıkan davaların oranı ile birlikte değerlendirilmesi; mahkemeler arasında mukayeseler yapılarak ortalama süreden sapma/süreçteki yavaşlama nedenleri analiz edilmelidir. Tüm ölçümlerin yapılması ve standarda bağlanması için (yazarın 1990'lı yıllarda genel müdür olarak sağladığı) ortalama yargılama süresi formülü ile yapılan karşılaştırmalar ve adli sicil veri tabanı önemli veri kaynakları olarak yer almaktadır.

Genelde yargının¹² etkin ve kaliteli hizmeti makul süre içerisinde sunabilmesi için yargıda gecikmeye özgü aşağıdaki dava işlem süresi (DİS) ile şemada yer alan nedenler üzerinde durularak her birine özgü etkinin en aza indirilmesi ve örgütler arası anlayış birliği için *dinamik bir yaklaşım* sergilenmelidir.

Otomasyon ortamında, her iş için harcanan gerçek sürenin (çalışma süresi) ne olduğu ortaya konulduğunda; aşağıdaki formülde yer alan dava işlem süresindeki aslan payının, nakil ve bekleme sürelerinden oluştuğu görülecektir.¹³

$$DİS = Ç.S + N.S + B.S$$



DİS:Dava işlem süresi;

Ç.S:Çalışma süresi;

N.S:Nakil süresi;

B.S:Bekleme süresi

¹² Yeni yargılama yaklaşımları(terapötik/sorun çözümleyici mahkemeler) için bk.<http://www.therapeuticjurisprudence.org> <http://www.courtinnovation.org/> Ayrıca yargılamada zaman kontrol listesi için bk. Avrupa Komisyonu Yargının Etkinliği Komisyonu belgesi CEPEJ(2005)12.

¹³ M. T. Yücel, Türkiye'de Yargının Etkinliği, TBB, Ank., 2008.

Hiç kuşkusuz, yargıda bekleme süresini etkileyen en önemli parametre “kapasite limitleri”dir. Mahkemedeki kapasiteyi fazlaca aşan iş yükü de sistemi tıkanma noktasına getirmektedir. Şimdilik gizli kapasite fazlası ile üretime devam edilmekte ise de ceza adaletine olan talebin arzla dengelenmesi ve bu dengenin korunması için sistem girdisinin, ciddi bir elemeye tabi tutulması gerekmektedir. Kuşkusuz bekleme süresinin azaltılması için sistemde fazlaca tolere edilen talik veya ertelemelerin de en aza indirilmesi konusunda çaba gösterilmelidir.

Yargıda Gecikme Nedenleri



Bu doğrultuda aşağıdaki sorulara ilişkin saptamalar da yapılmalıdır:

1. İş yükünün hâkimler arasında adil ve etkin bir şekilde paylaşılmasını sağlayacak tedbirler (örneğin dava akışının, her hâkime tevzi edilen dava sayısı, davanın görülme hızının takip edilmesi, kurum dışındaki faaliyetler sayımının yapılması vb.) alınıyor mu?

2. Hâkimlerin görev alanları ile kendilerine tevdi edilen dosyalar arasındaki uyumu sağlayacak tedbirler (eğitim dönemleri, uzmanlaşma, davaların yeniden gruplandırılması, “deneme dosyaları”, vb.) alınıyor mu?
3. Dosyaların hâkimler arasında paylaşılması sürecinin saydamlaşmasını sağlayacak tedbirler (örneğin, başlangıç ölçütleri ve kamuya açık nesnel ölçütleri) alınıyor mu?

Yargılama sürecinde *gecikme* ya gerekli veya gereksiz olarak tanımlanmaktadır. Dava yönetimine özgü sorunların çoğu bu ikisi arasındaki ayırmda saklıdır. Bu nedenle gereksiz gecikmeleri azaltıcı siyaset ve usule odaklanılmalı; gereksiz gecikmelerin halkın yargıya olan güveninin azalmasında birincil neden olduğu bilinmelidir.

Her hukuk sistemi için olağan olan yetkisizlik, görevsizlik, birleştirme, düşme ve ortadan kaldırma kararlarının ülkemiz mahkemelerinde oldukça yüksek orandaki varlığı insan hakları, ekonomik yargılama ve kapasite üstü iş yükü yaratma açılarından verimsizlik yaratırken hukuk sisteminin etkinliğini de azaltmaktadır. Yapay dava niteliğindeki bu tür işler yüksek oranda iş yükü ile bunalan sisteme gereksiz dosyaların girmesini sağlayarak, ortalama yargılama süresi ve verimlilik oranını olumsuz yönde etkilemektedir. Bu bağlamda 2012 ve 2103 yıllarında sanıklar hakkında verilen “yetkisizlik, fezleke yazılması, görevsizlik ve birleştirme kararları toplam oranı küçümsemeyecek niceliktedir.¹⁴

Tablo 10.

Yıl	Sayı	%
2012	251170	5.6
2013	267 670	6.2

¹⁴ Denetim Komisyonu tahminine göre, İngiltere ve Galler’de her yıl ceza mahkemelerindeki talikler, gecikmeler ve “parçalanmış” duruşmaların bedeli 80 milyon £’u bulmaktadır. Bu davaların % 40’ında duruşma için yeterli hazırlığın yapılmadığı görülmüştür. Bk. Home Office. Justice for All London, 2002. European Commission for the Efficiency of Justice (Cepej) Study on the functioning of judicial systems in the EU Member States, CEPEJ (2014)4

Kırtasiyecilik Yargıtay Hukuk Daireleri için de (aidiyet nedeniyle ilgili dairesine gönderilmesi) geçerlidir. Adalet kırtasiyeciliği, kuşkusuz, adaletin kendisi değildir. Yazarın bu sorunu çözüm amaçlı çalışması sonucu geliştirdiği taslağın Yargıtay Başkanlığınca değerlendirilerek hazırlanan *Hukuk Daireleri Görev Kılavuzu'nun* (Mart 1994) çıkarılmasına karşın çıkan işlerdeki «aidiyet» oranı 1995 yılında % 10'da (29.725) iken bu oran 2013 yılında %16.9'a (85 503) yükselerek yoğunluğunu sürdürmektedir.

Kırtasiyeciliğin başka bir boyutu “eksiklerin tamamlanması için iade edilen dosyalar” dan oluşmaktadır. Ceza ve hukuk dairelerine göre oranları (2013 yılı) şöyledir:

Tablo 11.

Daire	Sayı	%
Ceza	5.141	1.4
Hukuk	39.068	10.1

Yargının varlık nedeni (*raison d'etre*) her bireysel davaya özgü (süreç ve sonuç açısından) adaletin sağlanmasıdır. Faaliyetlerin ve kaynakların (insan kaynağını da içermek üzere) koordine edilerek gereksiz gecikme nedeniyle yargının amacından taviz verilmesi veya sapılması söz konusu olmamalıdır. Gecikme olgusu, öteki tek bir değişkenden daha fazlaca mahkemece gösterilen tüm diğer çabaları sıfırlamaktadır. Bu olgu yargıya özgü bir hastalık veya sağlık koşullarının bir semptomudur. Bu durum arabanın gösterge tablosuna benzetilebilir. Araba sistemi temsil ediyorsa, yargı sürecine ait ölçüleme sonuçları, hâkime vasitanın ne derece iyi ve kötü çalıştığını gösterecektir. Araba kullanan kişiler, benzin, yağ, hararet vs. göstergesini periyodik olarak kontrol etmeksizin pek kullanmazlar. Aksi takdirde kör araba sürünlere karşı yegane şans/umut onlarla aynı anda trafikte olmamaktır.

Ortaya çıkan veriler siyaset ve usul değişimlerini destekleyecek ve daha önemlisi halka yargının muhasebesinde saydamlık sağlayacaktır.

Veri analizine bakıldığında, gecikmeyi/makul bekleme süresini etkileyen en önemli parametre “kapasite limitleri”dir. Karayolları örneğinde olduğu gibi kapasite üstü taşıt, trafiği tıkadığı gibi mahkemedeki kapasiteyi fazlaca aşan iş yükü de (*bottlenecks*) sistemi tıkanma noktasına

getirebilecektir. Şimdilik gizli kapasite fazlası ve *bilirkişi* eşliğinde üretime devam edilmekte ise de adalete olan talebin arzla dengelenmesi ve bu dengenin korunmasına yönelik, uzlaşma/ arabuluculuk ve sulh teşebbüsüne önem verilmesi doğrultusunda *adli kültür* oluşturulması için seferberlik ilan edilmelidir. Yalnız, arabuluculuğun, mahkemelelerin iş yükünün ve ihtilafların azalmasına yardımcı olmasına karşın etkili, adil ve kolaylıkla erişilebilen adli sistemin yerine geçemeyeceği bilinmelidir. "Fazlaca iş yükü" bir mazeret olarak dile getirilmekte ise de bunun her birim için geçerli olduğu söylenemez. Nitekim, metropol savcılıklarında her savcıya, daimi aramada olan sanıklar çıkarıldığında, düşen reel iş yükü (yürüyen evrak sayısı) hiç de abartıldığı gibi değildir. Reel iş yükünün fazla olduğu mahallerde de, bazı savcılarının üstesinden gelebilecekleri kadar işi kotarmadıkları görülmektedir.

Çıkarım olarak, *verimlilik* ve *davaların karara bağlanma oranı* gibi güvenilir göstergeler benimsenmeli ve ortalama verimlilik standartları ile davaların sonuçlandırılmasına yönelik ortalama süre ölçütleri getirilerek adli sistemin performansı¹⁵ düzgün bir biçimde değerlendirilmelidir. Kuşkusuz mahkemeler ve Cumhuriyet savcılıklarına maddi kaynak ve insan kaynakları tahsisi bu ölçütlere uyarlı yapılmalıdır.¹⁶ Tüm bunların sağlanması yeterli olmayıp sonuçta verilen hükmün adil olması da gerekmektedir.¹⁷

¹⁵ Performans, kendi içinde çeşitli alt bileşenleri olan bir kavramdır. Etkililik (eficiency), bunlardan birisi olarak son derece önemlidir. Amaca ulaşma derecesi olarak etkililik, çok boyutlu ve karmaşık ölçümleme teknikleri olan bir uzmanlık işidir. Amaca ulaşma derecesinin her koşulda ekonomik bir değer olarak parayla ölçülemeyeceği bilinmelidir. Bkz. TBB. F. Uluğ'un konuşması Kamu Yönetimi-Panel (12/12/2003), s.137, 2003; ayrıca bkz."yargı sistemlerinin değerlendirilmesine yönelik program" Adalet Bakanlığı ve Avrupa Konseyi. Avrupa Yargı Sistemleri, 2009, ss.286-310.

¹⁶ Ceza mahkemelerindeki hâkim sayısı ve kapasite artırımı biçiminde beliren fazlaca kaynak, yargılama kuyruğunu azaltmak yerine uzatabilir. Bu postulat popüler inanç karşıtı bir sonuçtur. Bkz. A. Torre. "The Impact of Court Delays on the Prosecutors and the Defendant: An Economic Analysis" European Journal of Law and Economics, Vol 16,S.1,ss.91-111. Ayrıca bkz. J.Pradel. "Usulün Hızlandırılması" Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü (İSİSC Kolokyumlarının Sentez Raporu) (Terc. S. Dönmezer), Beta, Kasım 2000, ss.184-220: Sürat, ağır suçlar için çabuk ceza verilmesini isteyen kamuoyu desteğini arkasına almakta; kanıtların iyi bir biçimde elde edilmesine olanak sağlamakta; zararın çabukça karşılanarak mağdurların yararına; ithamdan kurtulmasını sağlayıcı kanıtların elde edilmesi ile suçluların yararına olmakta ise de, gündelik gerçeklerde sürat ekseriya göz önüne alınmamaktadır.

¹⁷ Kararların ne derece adil oldukları Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ka-

Bu konulara ilişkin adli kültürde yerleşik ve tolere edilen alışkanlıkların giderilerek *iyi alışkanlıkların* edinilmesi için duruşma aleniyetinin televizyonda yayını ile ülke genelinde halkın nasıl bir adalet süreci yürütüldüğüne tanık olması da reforma özgü atılımlar için önemli görülmektedir.¹⁸

*“Adalet vicdandır; yalnız kişisel bir vicdan değil,
tüm insanlığın vicdandır.”*

Alexander Solzhenıtsyn, Ekim 1967

rarları ile sergilenecektir. Bu bağlamda şahsen tanık olduğum bir ceza davasının tüm evrelerinde belirgin adaletsizlere göz yuman adalet için bkz. H. Şeker. “İnsan Trajedisine Kulak Tıkayan Pratik Sisyphus’le Özdeşleşen Çağcıl Adalet” Güncel Hukuk Mayıs 2014/5-125, ss.44-47. Ayrıca bkz. Avrupa Adaletin Etkililiği Komisyonu (CEPEJ) Yargının ve mahkemelerin kalitesinin artırılmasına yönelik kontrol listesi -(2008)2; Cepej(2010)1. Avrupa Konseyi’ne Üye Ülkelerinde Mahkeme Tüketicilerine Yönelik Memnuniyet Anketleri Düzenleme Rehberi, Strasbourg, 10 Eylül 2010. Ayrıca bkz. M. T. Yücel. “Hukuk Devleti Barometresi: Yargı” Çankaya Üniversitesi Gündem, Sayı 52 (Nisan 2014) ss.65-67.

¹⁸ Esnek duruşma saatleri ve günleri örneğin sabahları erken saatlerde(8.00), geceleri, hafta sonu organize edilerek aynı duruşma salonunun farklı mahkemeler için kullanılması örneği verilebilir. İngiltere’de şimdilik 100 sulh hakimliğinde yargılamalar Cumartesi günleri de yapılmaktadır.

TORBA YASALAR VE YASAMA SÜRECİNDEKİ İÇTÜZÜK İHLALLERİNİN ŞEKİL DENETİMİ SORUNU

THE OMNIBUS LAWS AND THE QUESTION OF PROCEDURAL VIOLATIONS IN LEGISLATIVE PROCESS

Hıfzı DEVECİ*

Özet: Son zamanlarda sıkça karşılaştığımız ve kamuoyunda kabul gören yaygın isimlendirmeye “Torba Yasa” denilen yasama etkinliği, siyasal ve hukuksal tartışmalara neden olmaktadır. Aralarında konu ve anlam bütünlüğü olmayan çok sayıda yasa değişikliğini aynı uzun ve karmaşık metinde birleştiren torba yasalar; bir yandan TBMM'nin iradesini kısıtladıkları, diğer yandan ise yasama süreçlerinde meydana gelen içtüzük ihlallerinin Anayasal denetim mekanizmalarından uzak kaldığı suçlamalarıyla eleştirilmektedir.

Aşağıda, bu konu inceleniyor.

Anahtar Sözcükler: Torba Yasa, Anayasa, Anayasa Mahkemesi, içtüzük ihlali, şekil denetimi, TBMM Uzmanlık Komisyonu, TBMM Genel Kurulu.

Abstract: The General National Assembly of Turkey (GNAT)'s particular kind of legislative activity, which has been frequently used, and which is known by the public as The Omnibus Law, has caused fierce political and legal debates. The Omnibus laws contain a great number of changes in many different statutes without any cohesion among them. Thus, this legislative activity has been criticized on one hand for restricting the legislative will of the GNAT, and for the procedural violations of the legislative process, thus for moving these laws away from constitutional control mechanisms on the other.

These issues are examined below.

Keywords: The sack law, Constitution, Constitutional Court, statute violation, shape control, Expertise Commission of GNAT(Grand National Assembly of Turkey), General Assembly of GNAT.

1. Giriş:

Her geçen gün daha sık duymaya başladığımız bir deyim, Türk siyaset ve hukuk dünyasını dalgalandırmakta: “Torba Yasa.” Hukuk literatüründe gerçek bir yasa türüne karşılık gelmeyen bu isim tamlaması, “yasama kurnazlığı” suçlamalarıyla tepki topluyor. Öyle ki, TBMM Başkanı bile, bu yasa türünden ne denli rahatsızlık duyduğunu, gazetelere “*Torba yasa, hukuk kalitesi açısından ciddi sıkıntılar çıkarıyor*” diyerek açıkladı. Hükümet sözcülerinden biri ise “*Yasama literatüründen bu deyimini uzaklaştıracağız*” dedi.⁽¹⁾

“Torba” sözcüğünün Türkçedeki sözlük anlamı, “içinde genellikle aynı cinsten şeylerin saklandığı; iplik, kıl gibi malzemedan dokunmuş küçük çuval” demektir. “torba yasa” için de bu tanıma uygun olarak; “birçok farklı yasanın çok sayıda maddesinde yapılan değişikliklerin içine atıldığı yasa çuvalı” denilebilir.

Torba yasalar, genellikle “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” gibi belirsiz bir başlık taşımaktadır; bazen de içeriğindeki onlarca kanundan sadece birinin adı başlıkta görünmektedir.

Torba yasalar etrafındaki hukuk tekniği eleştirileri; içeriklerinin ilk bakışta ve kolayca anlaşılabilmesi, meclis komisyonlarında ve genel kurulda yapılan içtüzüğe aykırı eklemelerle metinlerinin her aşamada kalabalıklaşması ve bu eklemelerin yarattığı karmaşanın da Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi kapsamı dışında kalması olarak özetlenebilir. Dolayısıyla, torba yasaların; TBMM’nin yasama etkinliğinde önemli bir sınırlama ve anayasal denetimsizlik hali yarattıkları savunulmaktadır.

2. Yasa Önerisi Metinlerinin Şekil, Sunum ve Görüşülme Koşulları:

Konuyu incelemeye başlamadan önce, yasa önerisi metinlerinin (tasarı ve tekliflerin) şekline, sunulmasına, görüşülmesine ilişkin hukuk kurallarını hatırlamakta yarar bulunmaktadır:

¹ -Radikal Gazetesi, 30.09.2014: “TBMM Başkanı Cemil Çiçek: Yasama faaliyeti çok etkin şekilde yapılamadığı için torba yasa gibi çok garip bir yola saptık. Torba yasa, hukuk kalitesi açısından ciddi sıkıntılar çıkarıyor”
-Zaman Gazetesi, 15.09.2014 “Başbakan Yardımcısı Arıncı: Bunu literatürden çıkaracağız inşallah”.

a) Anayasada:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, yasa önerisi metninin (tasarı ve tekliflerin) biçimine ilişkin detaylı hükümler yer almaz. Anayasa'nın, "*Kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi*" başlıklı 88' inci maddesine göre;

- Yasalar yalnız Hükümet ve milletvekilleri tarafından teklif edilebilir. (Hükümetin önerdiği metinlere "yasa tasarısı", milletvekillerinin önerdiği metinlere de "yasa teklifi" adı verilir.)

-Yasa tasarıları ve tekliflerinin görüşülmesine ilişkin kurallar Meclis İçtüzüğü ile belirlenir.

Meclis İçtüzüğü'nün nasıl yapılacağı ise Anayasa'nın 95 inci maddesinde açıklanmaktadır:

- "Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür."

b) Meclis İçtüzüğünde:

TBMM İçtüzüğünde, yasa tasarısı ve tekliflerinin şekil koşulları, sunulması ve görüşülmesi ile ilgili kurallar şöyle özetlenebilir:

i) İçtüzüğün 23. maddesine göre,

- Tasarı ve tekliflerin hangi komisyonlarda görüşüleceği Başkanlık tarafından tespit edilir.

- Raporu Genel Kurul görüşmelerine esas olacak komisyona esas komisyon denir. Tali komisyonlar, işin kendilerini ilgilendiren kısımları üzerinde esas komisyona görüş bildiren komisyonlardır.

- Tali komisyonlarca süresi içinde görüş bildirilmemesi; esas komisyonun raporunu hazırlamasına engel değildir.

ii) İçtüzüğün 35'inci maddesine göre,

- Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarısı veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler.

- Komisyonlar, 92'nci maddedeki özel durum dışında²⁾ kanun tek-

² İçtüzüğün 92. maddesi, ölüm cezaları hakkındaki mahkeme kararlarının yerine

lif edemezler. Kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar.

iii) İktüzüğün, 73'üncü maddesine göre;

- Hükümetçe hazırlanan kanun tasarıları bütün bakanlarca imzalanmış olarak ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığına sunulur.

- Başkan, gelen tasarıları ilgili komisyonlara doğrudan doğruya havale eder ve bunu tutanak dergisine ve ilan tahtasına yazdırır.

iv) İktüzüğün, 74'üncü maddesine göre ise;

- Kanun teklifleri de gerekçesi ile birlikte Başkanlığa verilir.

- Komisyonlar, koşullara uymayan kanun tekliflerini sahiplerine tamamlatmaya yetkilidirler.

- Kanun teklifleri, Başkanlıkça komisyonlara doğrudan doğruya havale edilir.

v) İktüzüğün 87'nci maddesine göre ise;

- (Genel Kurulda) Görüşülmekte olan tasarı veya teklifin konusu olmayan sair kanunlarda ek ve değişiklik getiren yeni bir kanun teklifi niteliğindeki değişiklik önerileri işleme konulmaz.

- (Genel Kurulda) Görüşülmekte olan tasarı veya teklife konu kanunun, komisyon metninde bulunmayan, ancak tasarı veya teklif ile çok yakın ilgisi bulunan bir maddesinin değiştirilmesini isteyen ve komisyonun salt çoğunlukla katıldığı öneriler üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılır.

Böylece;

Anayasa ve Meclis İktüzüğüne göre, sadece hükümetler ve milletvekilleri tarafından verilebilen yasa tasarısı ve tekliflerinin gerekçeli olacağı, Meclis Başkanlığına sunulacağı, Genel Kurulda görüşülmeden önce Meclis Başkanı tarafından milletvekillerinden oluşan uzmanlık komisyonlarına gönderileceği ve burada inceleneceği, komisyonların tasarı ve teklifler üzerinde sadece aynen veya değiştirerek kabul veya ret kararı verebilecekleri, bunun dışında ekleme yapamayacakları, Ge-

getirilmesi ile ilgili olup, ölüm cezaları kaldırıldığından uygulama alanı kalmamıştır.

nel Kuruldaki görüşmeler sırasında da tasarı ve/veya teklifin konusunu oluşturmayan başka kanunlarda ek ve değişiklik getiren önergelelerin işleme konulamayacağı anlaşılmaktadır.

Anayasada ve İttüzükte yer verilen şekil şartları bu kadardır.

c) Diğer Mevzuatta:

Yasa tasarısı ve tekliflerinin biçimine, hazırlanmasına ve sunumuna ilişkin olarak Anayasa'da ve TBMM İttüzüğünde yer verilmeyen pek çok kuralı, hukuk hiyerarşisinin daha alt düzey şu kaynaklarında bulmak mümkündür:

i) "Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik"³te;

Kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen bu yönetmeliğe göre;

- Taslak konusu mevzuatın adına, taslağın adında yer verilir. Taslağın birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik öngörmesi durumunda taslağa; "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" veya "Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilir. (Md.11)

- Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren haller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. (Md.17)

- Bütçeye etkisinin on milyon YTL'yi⁽⁴⁾ geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için "düzenleyici etki

³ Söz konusu Yönetmelik,19.12.2005 günlü ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ekidir; 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Kanununa dayanılarak çıkarılmıştır ve 17.02.2006 gün ve 26083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴ Yönetmelikteki YTL ibaresi, 05.05.2007 günlü ve 26513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 04.04.2007 gün ve 2007/11963 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile TL olarak değiştirilmiştir.

analizi”(5) yapılması zorunludur. Bu miktar, gerekli görülen hallerde Başbakanlıkça yeniden belirlenebilir. (Md.24)

ii) Tasarı ve tekliflerin kamu gelir gider dengesini etkilemeleri olasılığına ilişkin bazı denetim hükümleri içeren 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda”;(6)

- Kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tasarılarının getireceği malî yük, orta vadeli program ve mali plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için hesaplanarak tasarıya eklenir. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tasarılarında ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir. (Md.14)

iii) 4541 sayılı “Ekonomik Ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas Ve Yöntemleri Hakkında Kanun” ile yasa tasarıları üzerine görüşüne başvurulabilecek bir kurul oluşturulmuştur.(7) Ekonomik Sosyal Konsey, Hükümetin istemi üzerine, ekonomik ve sosyal nitelikli her türlü konuda, ekonomik ve sosyal yaşamı doğrudan etkileyen kanun tasarıları ve kalkınma planı ile yıllık programların hazırlanması sırasında görüş bildirebilen bir danışma kuruludur.

iv) 4857 sayılı “İş Kanunu” ile çalışma hayatına ilişkin konularda görüşüne başvurulabilecek bir kurul oluşturulmuştur. (8)

- Üçlü Danışma Kurulu, çalışma barışının ve endüstri ilişkilerinin geliştirilmesinde, çalışma hayatıyla ilgili mevzuat çalışmalarının ve uygulamalarının izlenmesi amacıyla kurulmuş bir danışma kuruldur. (Md.114)

5 Düzenleyici etki analizinde hangi hususların irdeleneceği, ilgili Yönetmeliğin Ek-1 numaralı ekinde yer almaktadır.

6 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu TBMM’de 10.12.2003 tarihinde kabul edilmiş, 24.12.2003/ 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

7 Ekonomik ve Sosyal Konsey; ilk kez 1995 yılında Başbakanlık Genelgesiyle oluşturulmuş, 21.04.2001/ 24380 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4641 sayılı Kanun ile Yasalaştırılmıştır. Anayasa’nın 166 ncı maddesine, 13.05.2010/27580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5982 sayılı Kanunun 23 üncü maddesiyle yapılan ek ile Anayasal bir kuruluş haline gelmiştir. Konsey, Yasa tasarıları ile ilgili olarak, hükümetin istemi üzerine görüş bildirebilmektedir.

8 Üçlü Danışma Kurulu 10.06.2003/25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4857 sayılı İş kanununun 114 üncü maddesine göre kurulmuş; Hükümet ile işveren ve çalışanların (işçi-memur) sendikal örgütlerini bir araya getiren bir kuruldur.

3. Yasaların Adı:

Kuşkusuz ki yukarıda sıralanan mevzuatın Anayasa ve İktüzük dışında kalanları, normlar hiyerarşisi açısından TBMM'yi bağlayıcı olmayacaktır. Dolayısıyla, "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Yönetmeliği'nde" yasa tasarı ve tekliflerinin adlarına ilişkin kuralların da TBMM'yi bağlayıcı olduğu söylenemez. Ne var ki; hiçbir zorlayıcı kural olmasa bile; her yazılı belge gibi yasa metinlerinin de bir başlık (ya da ad) içermesi ve bu başlığın içeriğe ilişkin ipucu vermesi mantıklı bir beklentidir. Örneğin, yasanın adı "Ceza Kanunu" ise içinde suçlar ve cezalarla ilgili kuralların; "Ticaret Kanunu" ise ticari hayata ilişkin kuralların bulunacağı bilinir. Eğer söz konusu olan yeni yazılmış bir yasa değil de yürürlükteki bir yasanın değişikliği ise, o zaman da başlık, örneğin; "Ticaret Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" olabilir.

Bazen bir yasayı değiştirirken, ilgili başka yasalarda da buna koşul değişiklikler yapılması gerekir. Örneğin; yeni bir üniversite kurulacaksa, sadece Yüksek Öğretim Kurumları Yasasında değişiklik yapmak yetmez; aynı zamanda Kadro Yasasında ve Bütçe Yasasında bazı değişiklikler yapılmalıdır ki yeni üniversitenin çalışanları maaşlarını sorunsuz alabilsinler. Bütün bu değişiklikler tek metin halinde yazılabilir ve metnin adı da asıl konuya izafeten şöyle olabilir: "Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁽⁹⁾

Bazen de toplumun geniş kesimlerini ilgilendiren bir alanın yeniden düzenlenmesi söz konusu olabilir; o zaman pek çok yasadaki pek çok hükmün değiştirilmesi gerekebilir. Örneğin, "insan hakları" alanında bir dizi iyileştirme yapılacaksa; Terörle Mücadele Kanununda, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda, Ceza Kanunda, İnfaz Kanununda, Yargı Usul Kanunlarında, daha pek çok ilgili kanunda irili-ufaklı değişiklikler gerekecektir. Değişiklik yasının adı da şöyle olabilir: "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁽¹⁰⁾

Bazen de birbiriyle çok ilgili olmayan yasaların aynı ortak konu

⁹ Örnek; 19.04.2012 kabul tarihli, 6296 sayılı yasadır.

¹⁰ Örnek; 11.04.2013 kabul tarihli, 6459 sayılı yasadır.

etrafında değiştirilmesi gerekir. Örneğin; Yap-İşlet-Devret Yasasında yapılan değişiklik, Katma Değer Vergisi Yasasında ve İhale Yasasında da küçük değişiklikler gerektirebilir. O zaman, Değişen her üç yasanın adı yeni yasanın başlığında birlikte anılabilir: “Katma Değer Vergisi Kanunu ile Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunda ve Kamu İhale Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁽¹¹⁾

Yukarıda verdiğimiz mantıklı örneklerin hepsinde, yasa metninin başlığı (adı), içeriğine ilişkin yeterli bilgi (ya da ipucu) vermektedir. Vatandaş, hukukçu, akademisyen, araştırmacı...Bütün ilgili kişiler aradıkları konunun hangi metinde olabileceğini tahmin edebilirler. En önemlisi, kendisinden yasama görevi beklenen milletvekili de Meclis gündemindeki tasarı ya da teklifin ne hakkında olduğunu bilir.

Oysa pek çok yasanın pek çok maddesini değiştiren bir yasanın adı örneğin “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁽¹²⁾ ise metni iyice okumadan, içinde neleri sakladığını anlamak olanaksızdır. Bir Yasama Meclisi Üyesi, masasındaki “Genel Kurul Toplantı Gündemi” kâğıdında bu başlığı gördüğünde, biraz sonra aşağıdaki büyük salonda neyi görüşeceğini bilemeyecektir.

Bundan daha kötüsü de şudur: Herhangi bir değişiklik yasasında, birbiriyle ilintisiz pek çok yasa aynı anda değiştiriliyor, fakat başlıkta değişikliklerden sadece biri anılıyor, diğerlerinden hiç söz edilmiyorsa? Örneğin; “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” başlıklı bir metnin satır aralarına, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısına ilişkin bir değişiklik de “sıkıştırılmış” ise?⁽¹³⁾ Bu örneğe “Birbiriyle çok ilgili değil, ama her iki konu da hukuk alanında” denilebilirse; o zaman şu örnek:

“Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” adlı metnin içinde; “Yurt dışındaki yasadışı varlıklarını yurda getirenlere vergi istisnası” hakkında bir “Vergi Kanunu” değişikliği” varsa? Aynı metnin içinde “Bazı yatırımları çevresel etki değerlendirmesi kapsamında çıkararak”

¹¹ Örnek; 31.03.2012 kabul tarihli, 6288 sayılı yasadır.

¹² Örnek; 26.02.2014 kabul tarihli, 6527 sayılı yasadır.

¹³ Örnek; 18.06.2014 kabul tarihli, 6545 sayılı yasadır.

bir “Çevre Kanunu Değişikliği” de yer alıyorsa?¹⁴)

İşte bu “kötü” örnekler, tartıştığımız “torba yasa”ların hepsinde yer almaktadır. Bu durum öylesine yaygınlık kazanmıştır ki 2001 öncesinde sık kullanılan bir başka “hızlı yasa yapma” yolu olan “Kanun Hükmünde Kararname”lere¹⁵) artık pek başvurulmamaktadır; şimdi içine her şeyin atılabildiği böyle “yasa torbaları” revaçtadır.

4. Torba Yasaların Yasama Süreçlerindeki İçtüzük Aykırılıklarının, 6552 sayılı Yasa Örneği üzerinden İncelenmesi:

Meclis’e ilk sunulduklarında genellikle kısa olan torba yasa tasarıları, yasama sürecinde kalabalıklaşmakta ve şişmektedir. Yani bir yasa tasarısının “torba”ya dönüşmesi, yasama sürecinde olmaktadır.

Bu süreçte iki durumu birbirinden ayırmak gerekmektedir: Meclis uzmanlık komisyonlarının, milletvekilleri ve/veya hükümet tarafından verilmiş ve Meclis Başkanlığınca usulüne göre komisyona havale edilmiş aynı konudaki tasarı ve taslakları gündemdeki tasarı ile birleştirmeleri doğal bir yasama etkinliğidir ve yukarıda anılan içtüzük hükümleri gereğince, komisyonların görevleri arasındadır.

Fakat yasa tasarılarına, uzmanlık komisyonlarında (ya da bu komisyonlara ayrıntılı rapor vermek üzere kurulan geçici alt komisyonlarda) konuyla ilgisi bulunmayan eklemeler yapılması böyle değildir. Çünkü komisyonların; “tasarı ve tekliflerdeki hataları düzeltmek, uyumsuzlukları gidermek” ve “aynı konuda verilmiş çeşitli önerileri birleştirerek görüşebilmek” şeklinde tarif edilen görevlerinin arasında “tasarılar madde eklemek”, yoktur ve bu durum içtüzük hükümlerine aykırılık oluşturmaktadır.

Komisyonlardan gelen tasarı ve tekliflere, Genel Kuruldaki görüşmeler sırasında yapılan eklemeler de böyledir.

¹⁴ Örnek, 21.05.2013 kabul tarihli, 6486 sayılı yasadır.

¹⁵ Kanun Hükmünde Kararname (KHK), parlamentonun yasama işlevini sınırlayan bir başka yöntemdir. Konu ayrıca ele alınmayı gerektirecek kadar ayrıntılı olmakla birlikte burada şunlar söylenmeli:

i) KHK’lar Anayasada tanımlanmıştır; yani hukuk düzeniyle uyumludurlar.

ii) KHK’lar, Meclis’in verdiği yetkiye dayanılarak hükümetin yürürlüğe koyduğu “yasa gücünde” metinlerdir. iii) Bir hükümetin KHK çıkarabilmesi için, Meclisin “konuyu ve sınırları belirleyen, süresi de açıkça yazılmış” bir yetki yasası çıkarılması gereklidir.

Yukarıdan beri yapılan açıklamalardan sonra, konuyu son günlerdeki en tartışmalı örnek üzerinden biraz daha yakından inceleyebiliriz: 10.09.2014 kabul tarihli, 6552 sayılı “İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”dan.¹⁶⁾

a) 6552 Sayılı Yasanın İçeriği:

İncelememizde örnek aldığımız 6552 sayılı yasa metni oldukça uzundur; 149 maddedir. (3’ü geçici madde) Yasanın adı, ilk bakışta içeriğinde şunların olabileceğini düşündürmektedir:

i) İş kanununda ve buna bağlı olarak ilgili bazı kanunlarda çeşitli değişiklikler yapılmıştır,

ii) Bazı kamu alacaklarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin (ödeme sürelerinin uzatılması, ceza veya faizlerin affedilmesi, azı alacaklardan tümüyle vazgeçilmesi vs.) değişiklikler getirilmiştir.

Oysa metne yakından bakınca, başlıkta ipucu verilen konularla hiç bağlantısı olmayan, kendi aralarında da anlamlı ilişki bulunmayan onlarca yasanın çeşitli değişikliklere uğratıldığı görülebilmektedir. (40’tan fazla yasadaki 200’den fazla madde) Bu yasalar, (“Torba”daki ele alınış sırasıyla) şunlardır:

Kamu İhale Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Kamu Düzeni Müsteşarlığı Kuruluş Kanunu, Pasaport Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Devlet Su İşleri Teşkilat Kanunu, Harcırah Kanunu, Orman Kanunu, Afetler Kanunu, Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Kanunu, Avukatlık Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Başbakanlık Teşkilatı Kanunu, Özelleştirme Kanunu, TRT Gelirleri Kanunu, Uzman Erbaş Kanunu, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Kanunu, Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi Kanunu, Mera Kanunu, Gümrük Kanunu, Doğalgaz Piyasası Kanunu, Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Kanunu, Aile Hekimliği Kanunu, Gelir İdaresi Başkanlığı Teşkilat Kanunu, Belediye Kanunu, Kalkınma ajansları Kanunu, İskân Kanunu, İnternet Ortamında Yapılacak Yayınlar Kanunu, Büyükşehir Belediyesi İçinde İlçe Kurulması Kanunu, Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri Kuruluş Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Orman Köylülerini Kalkındırma Kanunu,

¹⁶⁾ Bu yasa 11.09.2014/29116 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Elektrik Piyasası Kanunu Posta Hizmetleri Kanunu, Tüketicinin Korunması Kanunu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Kanunu, Ekonomi Bakanlığı Teşkilat Kanunu, Ulaştırma-Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Teşkilat Kanunu, Nöbetçi Memurluğu Kanunu, Büyükşehir Kanunu.⁽¹⁷⁾

Yukarıda sıralanan yasalarda yapılan değişikliklerin tümü; bütün yurttaşları ve pek çok kamu-özel sektör kuruluşunu olumlu-olumsuz etkileyebilme, hatta hak kayıplarına neden olabilme potansiyeli taşımaktadır. Fakat içlerinde öyleleri vardır ki; uluslararası sözleşmelere, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki kişi haklarına, uluslar arası insan hak ve özgürlüklerine dokunan içerikleriyle öne çıkmaktadır. Örneğin:

i) Kamu İhale Kanununda yapılan değişikliklerle;

- Bazı kamu alımları yasa kapsamından çıkarılmıştır.

ii) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılan değişikliklerle;

- Bazı kamu görevlileri; "görevden alma" işlemlerine karşı açacakları davaları kazansalar bile aynı göreve iade edilmeyebilecekler, "durumlarına uyan" başka kadrolara, "iki yıl içinde" atanabileceklerdir.

- Bu mahkeme kararlarını yerine getirmeyen görevliler hakkında suçlama yapılamayacaktır.

iii) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda yapılan değişikliklerle;

- Kamulaştırma amacına dönük olarak kullanılmamış gayrimenkullerin sahipleri veya mirasçıları tarafından geri alınabilmesi koşulları, bu sahip veya mirasçılar aleyhine ağırlaştırılmıştır.

iv) 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunda yapılan değişikliklerle;

- Devredilmelerinin üzerinden 5 yıl geçmiş olan kamu tesisleri, bu özelleştirme işlemi hakkında mahkemelerce iptal kararı verilmiş olsa bile, kamu tarafından sahiplerinden geri alınamayacaktır.

v) 4342 sayılı Mera Kanununda yapılan değişikliklerle;

¹⁷ Burada sayılan yasa isimleri, metni gereksiz biçimde uzatmamak ve okuyana kolaylık sağlamak için yer yer kısaltılmıştır. Aynı nedenle, "Kanun Hükmünde Kararnameler" de kısaca "Kanun" olarak anılmıştır.

- Kentsel dönüşüm alanlarında kalan meralar, konut yapımında kullanılabilir.

vi) 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılacak Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda yapılan değişiklikle;

- Trafik bilgilerinin, ilgili kamu otoritesi tarafından, hâkim kararı olmaksızın, işletmecilerden talep edilebilmesi sağlanmıştır.

- Belli koşullarda, erişimin engellenmesi kararını verme yetkisi Telekomünikasyon İletişim Başkanına tanınmıştır.

vii) 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçinde İlçe Kurulması hakkında Kanunda yapılan değişikliklerle;

- İstanbul'daki bazı ilçelerin mülki sınırlarında değişiklikler yapılmıştır.

Nitekim bu hükümlerden bazıları, Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükleri durdurularak iptal edilmiştir.⁽¹⁸⁾

b) Yasanın Temeli olan Tasarı Metni:

6552 sayılı Yasanın temeli; Bakanlar Kurulu'nun Meclis'e sunduğu bir yasa tasarısıdır. Başlığı "*İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*"⁽¹⁹⁾ olan 61 maddelik tasarının içeriğine yakından baktığımızda, Soma'da meydana gelen Maden Faciasına dönük olduğu;⁽²⁰⁾ bu faciadan alınan dersler doğrultusunda İş Kanunda, Kamu İhale Kanununda, Sendikalar Kanunda, yabancıların çalıştırılması ile ilgili mevzuatta, iş güvenliği mevzuatında, emeklilik ve sağlık sigortası mevzuatında çeşitli değişiklikler öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Fakat tasarı metninde yukarıda söz edilen ana konuyla ilgisiz hususlar da vardır. Örneğin; Sosyal Güvenlik Kurumunun örgüt şemasında, Yurtdışında Türk Hükümeti bursu ile okumuş yabancı öğrenci

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin, 02.10.2014 günlü ve 2014/149 E. sayılı kararı. (Henüz Resmi Gazetede yayımlanmamıştır.)

¹⁹ Bakanlar Kurulu'nun tasarısı, 30.05.2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur.

²⁰ 13.05.2014 tarihinde, Manisa/Soma'daki bir kömür madeninde, Dünya madencilik tarihinin en büyük facialarından biri meydana gelmiş ve resmi açıklamalara göre 301 madenci hayatını kaybetmişti.

istihdamında, Kamu Güvenliği Müsteşarlığının örgüt yapısında birtakım değişiklikler de tasarıda yer almıştır.

Tasarı, TBMM Başkanlığınca; esas komisyon olarak Plan ve Bütçe Komisyonuna; tali komisyon olarak da Adalet Komisyonuna, Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonuna, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonuna, Sanayi Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonuna Gönderilmiştir.

Ne var ki Esas Komisyon dışındaki komisyonların, tasarıyı incelemedikleri, incelemişlerse bile çalışmalarını Genel Kurula raporlamadıkları, tutanaklardan anlaşılmaktadır.

c) Meclis Komisyonlarında Eklenen Yeni Maddeler:

Alt Komisyonunda:

Tasarının gönderildiği asıl Meclis Uzmanlık Komisyonu (Plan ve Bütçe Komisyonu) bu ana metni; milletvekilleri tarafından çeşitli zamanlarda verilmiş olan çok sayıda başka öneri metinleriyle birleştirmiştir. Birleştirilen öneri metinleri sayısı 108'dir.⁽²¹⁾

Hükümet Tasarısı dışında kalan 107 parça teklife yakından baktığımızda; çoğunluğunun Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda ve bununla yakından ilgili olan İş Kanunu, Türkiye İş Kurumu Kanunu, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Muhtaçlara Aylık Bağlanması Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Belediye Kanunu, Toplu Konut Kanunu, Ulusal Bayramlar Hakkında Kanun, Vergi Usul kanunu gibi çeşitli kanunlarda değişiklikler içerdiği görülmektedir.

Fakat 107 teklif içinde, bu ana konu ve konularla tümünden ilgisiz pek çok başka konu da vardır. Örneğin; iş mahkemelerinde açılan davalarda ödenecek haçlar, Özelleştirme İdaresinin bazı görevlileri için ek ödemeler, bazı kamusal harcamaların Kamu İhale Kanunu kapsamından çıkarılması, Telgraf ve Telefon Kanununda değişiklikler, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün kaza araştırma mevzuatında değişiklikler, Posta İşletmelerinin mal varlığının mülkiyetine ilişkin hususlar, DDY projelerine dış finansman sağlanması ile ilgili hususlar, Belediyelerin görev ve sorumluluklarına yeni eklemeler, Araştırma-Geliştirme

²¹ Meclis Uzmanlık Komisyonu tutanağı, 639 sıra sayılı.

sektörüne verilecek teşvikler, Bankalardan alınmış konut kredisi borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin hususlar.

Bu farklı farklı tekliflerin tek metinde birleştirilmesi; aralarındaki ilginin azlığı ya da yokluğu nedeniyle zaten sorunludur; fakat yine de hepsi milletvekilleri tarafından teklif edilmiş, Meclis Başkanlığınca da Uzmanlık Komisyonuna sunulmuş olduklarından, hiç değilse sunuş prosedürü açısından yasama tekniğine aykırı olmadıkları söylenebilir.

Fakat Meclis Uzmanlık Komisyonunun görevlendirdiği Alt Komisyon, tüm teklifleri tek metin altında birleştirirken, kendisine verilmiş 61 maddelik yasa tasarısında ve 107 yasa teklifi içeriğinde bulunmayan 42 yeni madde yaratmıştır. Alt Komisyonca öneri metnine eklenen 42 maddeye yakından bakıldığında; bunlardan 29'unun, milletvekilleriince daha önce hiçbir şekilde önerilmediği ve Komisyonun önündeki tasarı-teklif metinleriyle de tümünden alakasız olduğu görülmektedir.

Bu 29 yeni maddede hangi düzenlemelerin yapılmış olduğunun tek tek sıralanması incelememizi gereksiz yere kalabalıklaştıracığından, aşağıda "ilgisizlik yönünden" en çarpıcı birkaç örnek sergilenmiştir:

i) Kamu İhale Kanunu kapsamında, petrol ürünlerine bazı koşullarda fiyat farkı verilmesi,

ii) Türkiye İhracatçılar Meclisinin, DEİK bütçesine katkı payı ödemesine ilişkin düzenlemeler,

iii) Türkiye Barolar Birliğinin avukatlık stajına ve mesleğine kabul sırasında sınav rejimi öngöremeyeceğine ilişkin düzenlemeler,

iv) Kamu görevlileri hakkındaki; atama, görevden alma, göreve son verme, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği gibi idari tasarruflar aleyhine verilen iptal veya yürütmeyi durdurma kararlarının, "idarelerin takdir yetkisini ortadan kaldırmayacak şekilde" yerine getirilebilmesine, yargı kararlarının yerine getirilme sürelerinin uzatılmasına ve yerine getirmeyenlerin ceza sorumluluğundan kurtarılmasına ilişkin düzenlemeler,

v) Radyo Televizyon Gelirleri Kanununda belirtilen cihazların it halinde bandrol mükellefiyetine ilişkin düzenlemeler,

vi) Kamu tesislerinin özelleştirilmesi işlemleri aleyhine verilmiş

olan yargı kararlarının; bu kararlara konu tesislerin özel sektöre devrinin üzerinden beş yıl geçmiş olması halinde uygulanmayacağına ve tesislerin kamu tarafından geri alınmayacağına ilişkin düzenlemeler,

vii) İhracatçı Birliklerine yurtdışı bazı yeni görevler verilmesine ilişkin düzenlemeler,

viii) Şirketlerce ticari vekillik verilen kişilerin yetki sınırlarına ilişkin düzenlemeler,

ix) Radyo Televizyon Üst Kurulunun gelirleri arasında sayılan lisans ücretlerinin tahsiline ilişkin düzenlemeler, Radyo yayınları için yapılacak sıralama ihalelerine ilişkin düzenlemeler,

x) Baraj inşaatları nedeniyle yerleşime tabi tutulan Artvin/Yusu-feli ve Denizli/Acıpayam sakinlerinin nakil ve iskân koşullarına ilişkin düzenlemeler.⁽²²⁾

Uzmanlık Komisyonunda (Üst Komisyon):

Alt Komisyonun ekleme-birleştirme ve düzenlemeleri sonucunda, 107 maddeye (1'i geçici madde) çıkan yasa Tasarısı metni üzerinde, Uzmanlık Komisyonunun (Plan ve Bütçe Komisyonu) yaptığı çalışmalar sırasında da daha önce hükümet ve milletvekilleri tarafından söz konusu edilmemiş hususları içeren 47 yeni madde metne eklenmiştir.

Uzmanlık Komisyonunda eklenen 47 maddeye yakından bakıldığında; bunlardan 30'unun, tasarının içeriğiyle hiçbir şekilde ilişkisi bulunmayan ve milletvekillerce de önerilmemiş hususlar olduğu görülmektedir. Az yukarıda açıkladığımız gibi, bu 30 ilgisiz maddeyi tek tek sıralamak yerine, aşağıda en çarpıcı olanları sergilenmiştir:

i) Birinci derece kadroyla emekli olan belediye başkanlarına yeşil pasaport verilmesi,

ii) Orman rejimine dahil alanlarda, kıyılarda ve diğer kesin yapı yasağı bulunan yerlerde bazı yapıların yapılabilmesi,

iii) Aday öğretmenliğe atama ve öğretmenlerin yer değiştirme usul ve esaslarının yeniden düzenlenmesi,

²² Alt Komisyonun Raporu, 639 sıra sayılı tutanağın 371-459 sayfalarındadır.

iv) Milli Eğitim Bakanlığı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılan sınavlara karşı açılacak idari davalarda süre ve diğer koşulların yeniden düzenlenmesi,

v) Kişilere ait gayrimenkullerin üst ve altlarında, kamu yararına dayalı olarak, irtifak hakkı tesis etmeksizin tesisler oluşturulabilmesi,

vi) Kamulaştırılan taşınmaz malların, kamulaştırma bedellerinin ödenmesi suretiyle eski maliklerince geri alınabilmesi koşullarında yeni düzenlemeler ve bu düzenlemelerin eski tarihli kamulaştırma işlemlerinde de uygulanabilmesi,

vii) Özelleştirme Kanunu kapsamında yapılan atamalara ilişkin düzenlemeler,

viii) Mera, yaylak ve kışlak alanların tahsis amaçlarının değiştirilebilmesine ilişkin düzenlemeler,

ix) Doğalgaz dağıtımını için lisans verilmemiş yerleşim alanlarında dağıtım hizmetinin görülmesine ilişkin düzenlemeler,

x) Pırlantalı gümüş ve pırlantalı altından mamul eşyanın özel tüketim vergisi oranlarına ilişkin düzenlemeler,

xi) Belediyelerce yürütülen kentsel dönüşüm uygulamalarında, belediye mülkiyetindeki taşınmazlara haciz uygulanmamasına ilişkin düzenlemeler,

xii) Ticaret şirketlerinin feshini ve sicil kayıtlarının silinmesini kolaylaştıran düzenlemeler,

xiii) Zorunlu sermaye koşulunu yerine getirmemiş şirketlere bunun için yeni olanak verilmesi ile ilgili düzenlemeler,

xiv) İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele edilmesi Hakkında Kanun uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcı bilgilerine internet sitelerinde yer vermeyenlere uygulanacak para cezalarıyla ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanma sürelerine ilişkin düzenlemeler,

xv) Tüm illerdeki bucak yönetimlerinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler,⁽²³⁾

²³ Uzmanlık Komisyonun metni, 639 sıra sayılı tutanağın 461-656 sayfalarındadır.

Maddeler arasında yapılan çeşitli birleştirmelerden sonra da uzmanlık komisyonu metni 149 maddeye (1'i geçici madde) ulaşmış bulunmaktadır.

Uzmanlık Komisyonu, yapılan eklemelere uygun biçimde, tasarrın adını da değiştirmiştir: *“İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun Tasarısı”*

Sonuç olarak; Uzmanlık Komisyonuna (Plan ve Bütçe Komisyonu) 61 madde halinde sunulan tasarı; buradaki çeşitli birleştirme-ekleme-çıkarma düzenlemelerinden sonra, 149 madde olarak (ve adı da değiştirilerek) TBMM Başkanlığı'na sunulmuştur. Komisyon; elindeki tasarıya, hükümet ya da milletvekilleri tarafından önerilmemiş 89 yeni madde eklemiştir. (Alt Komisyonunda 42, Üst Komisyonunda 47 madde) Komisyonun tasarıya eklediği 89 maddeden 59'unun, tasarı ile hiçbir anlamlı ilişkisi bulunmamaktadır.

d) Tasarı üzerindeki Genel Kurul Çalışmaları ve Buradaki Eklmeler:

14.07.2014 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan Komisyon Raporu ekindeki Tasarı metni; TBMM Genel Kurulunda 15.07.2014 tarihinde görüşülmeye başlanmış, 10.09.2014 tarihinde de kabul edilerek yasalaşmıştır. ⁽²⁴⁾

Genel Kurul çalışmaları sırasında da komisyondan gelen metin üzerinde çok sayıda düzeltme/çıkarma/ekleme/değiştirme yapılmıştır. Bunların büyük bölümü yasama etkinliğinin gereği ise de aşağıdakilerin öyle olduğu söylenemez:

Genel Kurul görüşmeleri sırasında tasarıya, Komisyon metninde olmayan iki adet geçici madde eklenmiştir. (Geçici madde 2 ve geçici madde 3) Bu geçici maddelerde yer alan;

- “6360 sayılı yasa ile tüzel kişilikleri sona ermiş olan mahalli idareler ile bağlı kuruluşlarının; kamu kurumlarına ve İller Bankasına olan borçlarının yapılandırılmasına ilişkin hususlar” Uzmanlık Komisyonunda kabul edilen metinde hiç söz konusu edilmemiştir.

²⁴ Yasanın ilk kez görüşülmeye başlandığı birleşim 116; kabul edildiği birleşim ise 138 numaralıdır.

- "Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'nin (TEDAŞ) alacaklarının yapılandırılması ve ödenmesine ilişkin hususlar" da Komisyon Metninde ele alınmış değildir.

- "Liman izinlerine konu tesislerin üçüncü kişilere kiralanması durumunda 6831 sayılı Orman Kanunu'nun bazı hükümlerinin belli süreler için uygulanmayacağına ilişkin hususlar" da Komisyon Metninde yoktur, fakat 6831 sayılı Yasa, bir ek madde eklenmesi nedeniyle Komisyonun tasarı metnine girmiştir.

- "637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ilgili bir hüküm, Komisyon metninde olmakla birlikte, Genel Kurul'da aynı KHK'ya Komisyonunda hiç görülmemiş yeni bir ekleme yapılarak; Ekonomi Bakanlığının gözetimi altında Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK) kurulması kararlaştırılmıştır.⁽²⁵⁾

e) Süreçteki İçtüzük Aykırılıklarının Değerlendirilmesi:

"Torba Yasa" uygulamasının; Anayasa'ya, TBMM İçtüzüğü'ne, parlamenter demokratik standartlara aykırılık oluşturan yönleri, yukarıda yasama süreci incelenen 6552 sayılı yasa örneği üzerinden, aşağıda ele alınacaktır.

TBMM'nin, kendi çalışmalarını yürütmek üzere; kendisi tarafından yapılmış olan Meclis İçtüzüğü, Anayasa yargısının kapsamı içinde olduğundan (Anayasa Md.148), zaman içinde çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarıyla da şekillenmiş bir metindir.

Meclis içtüzüklerini, siyasal ve hukuksal yapı üzerindeki çok önemli etkileri nedeniyle "sessiz anayasa" olarak tanımlayan Tunaya⁽²⁶⁾ "Anayasa ne denli demokratik olursa olsun, parlamentonun antidemokratik çalıştırılması sonucu rejimin yozlaşacağını, içtüzük değişiklikleriyle muhalefetin susturulabileceğini, parlamento içinde fikir ve söz hürriyetinin kısıtlanabileceğini..." söylemektedir.

İçtüzüklerin meclis çoğunluğu tarafından fiilen değiştirilmeksi-

²⁵ Aslında DEİK 1988 yılında kurulmuş, 23.06.2008'da ise 5174 sayılı yasanın 58. maddesi uyarınca yeniden yapılandırılmış bir kuruluştur. İncelenen 6552 sayılı yasanın geçici maddesi, bu kez yepyeni bir DEİK organize etmektedir.

²⁶ Prof.Dr. Tarık Zafer Tunaya, 1982, Sf. 139

zin, bazı hükümlerinin uygulanmaması ya da bazı siyasi parti gruplarının lehine olacak şekilde istismar edilmesi durumları da benzer etkileri yaratabilir.

Süreçteki içtüzük aykırılıkları, iki noktada toplanmaktadır:

i) Yasa tasarısı ve teklifleri TBMM başkanlığına sunulduğunda, Başkan tarafından ilgisine göre bir ya da birkaç uzmanlık komisyonuna incelenmek üzere gönderilir. (İçtüzük Md. 73)

İncelediğimiz tasarı da Başkan tarafından; Plan ve Bütçe Komisyonuna, Adalet Komisyonuna, Bayındırlık İmar Ulaştırma ve Turizm Komisyonuna, Sağlık Aile Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonuna, Sanayi Ticaret Enerji Tabii Kaynaklar Bilgi ve Teknoloji Komisyonuna gönderilmiştir. Bunlardan plan ve Bütçe Komisyonu esas, diğerleri talî komisyondur. Ne var ki, tasarı hakkında TBMM Başkanlığına rapor sunan sadece Esas Komisyon (Plan ve Bütçe Komisyonu) olmuştur.

Tasarı ve tekliflerin tali komisyonlarda ele alınmaması, alınsa dahi TBMM Başkanlığına Raporlanmaması uygulaması, sadece incelediğimiz tasarıya özgü olmayan, yaygın bir yasama alışkanlığı olarak dikkat çekmektedir. Her ne kadar, İçtüzüğün 23. maddesine göre; Meclis Başkanı tarafından görevlendirilen talî komisyonların, tasarının kendilerini ilgilendiren bölümleri hakkında süresi içinde görüş bildirmemiş olmaları, esas komisyonun raporunu hazırlamasına engel değilse de; bu durumu makul görmek olanaklı değildir.

ii) Yasa tasarısı ve teklif metinleri uzmanlık komisyonlarında (ve alt komisyonlarda) incelenirken sadece gerekli düzeltmeler ve/veya değişiklikler yapılabilir. İçtüzüğün 35'inci maddesindeki bu açık hüküm karşısında, komisyonların tasarı ve teklif metinlerine eklemeler yapmaları "kanun teklif etmek" anlamındadır ve mümkün değildir.

Nitekim TBMM Başkanlığı, incelediğimiz 6552 sayılı yasayla ilgili olarak bu aykırılığı görmüş, Plan ve Bütçe Komisyonu'na yazdığı 14.07.2014 günlü yazıda;

".....Rapor ve metnin incelenmesi sonucunda kanun tasarısı ve birleştirilen kanun teklifleri metinlerinde yer almayan kanunlarda değişiklik yapan ekli listede yer alan maddelerin ihdas edilerek Komisyonun kabul ettiği metne eklendiği görülmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35'inci maddesinin birinci fıkrasında "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler..." hükmü ile aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "komisyonlar... kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilen işler dışında kalan işlerle uğraşamazlar,..." hükmü yer almaktadır.

Açıklanan nedenlerle konuya ilişkin rapor ve metin yeniden değerlendirilmek üzere dosyası ile birlikte geri gönderilmiştir." (27)

Diyerek itirazını bildirmiştir.

Buna karşılık, Komisyonun aynı gün verdiği yanıtta savunduğu görüşler ise şöyledir:

Alt Komisyonunda ve Plan ve Bütçe Komisyonunda birleştirilen tekliflerdeki kimi düzenlemelerin yanı sıra ülkemizin son derece önemli sorunlarının çözülmesi konusunda ihtiyaç duyduğu diğer düzenlemeler de Tasarıya eklenmiştir.

Komisyonumuz kendisine havale edilen Kanun Tasarı ve Tekliflerini İktüzüğe uygun olarak görüşmüş ve bu çerçevede Tasarı ve Tekliflerle düzenlenen konularda yeni maddeleri metne eklemiştir. Komisyonumuza havale edilen Kanun Tasarı ve Tekliflerinin tek bir konuya ilişkin olmayıp, pek çok farklı konuda düzenleme içerdikleri de göz önüne alındığında İktüzük hükümlerine aykırı bir uygulamanın yapılmadığı değerlendirilmektedir." (28)

Yanıt yazısındaki "Ülkemizin son derece önemli sorunlarının çözülmesinde ihtiyaç duyduğu diğer düzenlemeler" ifadesi; tasarıda ve birleştirilen diğer teklif metinlerinde hiç yer almayan hususların metne eklediğinin itirafıdır. Bu uygulamayı haklı çıkarmak için ileri sürülen "Havale edilen kanun tasarı ve tekliflerinin tek bir konuya ilişkin olmayıp, pek çok farklı konuda düzenleme içerdikleri..." ifadesi ise İktüzüğün emredici hükmü karşısında geçerli değildir. Çünkü tasarıda ne denli çok sayıda ve çeşitli konular ele alınmış olursa olsun, bunlara komisyonunda yeni eklemeler yapılamaz.

Ne var ki TBMM Başkanlığı, Komisyonun yanıtına herhangi bir

²⁷ Başkanlık yazısının tam metni, önceki dipnotlarda verilen 639 sıra sayılı tutanağının 588'inci sayfasındadır.

²⁸ Komisyon yanıtının tam metni, 639 sıra sayılı tutanağın 591. Sayfasındadır.

yaptırımla karşılık vermemiş ve tasarı, Komisyonunda kabul edildiği şekilde Genel Kurula sunulmuştur.

Burada şu husus da vurgulanmalıdır:

Meclis Başkanlığı, benzer durumlarla daha önce de karşılaşmış; benzer yazışmalar sonrasında komisyonların “eklemeli” metinlerini kabul ederek Genel Kurula getirmek zorunda kalmıştır. Örneğin; yine bir “torba yasa”da; 5766 sayılı “Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un yasama sürecinde de Meclis Başkanlığının “*Tasarı metninde olmayan hususların komisyonunda eklenmesinin İçtüzüğe aykırı olduğu*” itirazı Komisyonca dikkate alınmamış ve hemen hemen aynı cümlelerle (... *Ülkemizin son derece önemli sorunlarının çözülmesi konusunda ihtiyaç duyduğu diğer düzenlemeler de tasarıya eklenmiştir.*) reddedilmiştir.⁽²⁹⁾

Buraya kadar, torba yasaların TBMM’deki yasama sürecindeki, mevzuata ve Meclis İçtüzüğüne aykırı uygulamalar üzerinde duruldu. Aşağıda, söz konusu İçtüzük aykırılığının yargısal denetimi incelenecektir.

5. İçtüzüğe Aykırılığın Anayasa Yargısı Açısından Durumu:

1982 Anayasası’nın 148’inci maddesindeki, konuya ilişkin hükümler şunlardır:

-“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler”

-Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı...hususları ile sınırlıdır.”

6216 sayılı “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”un 36’ncı maddesi de paralel hükümler içermektedir:

-“Şekil bakımından denetim;... kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususlarıyla sınırlıdır.”

²⁹ Başkanlığın itirazı ve komisyonun yanıtı, 220 sıra sayılı komisyon tutanağının 34. ve 35. sayfalarındadır.

Şekil bakımından İçtüzük hükümlerine uyumsuzluğun yargısal denetimi konusunda, 1982 Anayasasının 1961 Anayasası'na tepki oluşturan bir düzenleme getirdiği, literatürde kabul edilen bir görüştür.⁽³⁰⁾

1961 Anayasası'nın konu ile ilgili 147 nci maddesi; *"Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetler."* Biçimindedir. Bu yazılıştan anlaşıldığı gibi, 1961 Anayasası, yasaların denetiminde "şekil ve esas" olmak üzere ikili bir ayırım gözetmemiştir.⁽³¹⁾

Fakat Anayasa'nın bu hükmüne karşılık, dönemin Anayasa Mahkemesi kanunlar üzerindeki şekil denetimi yetkisini ve bu denetimin sınırlarını kendi yorumlarıyla saptamıştır.

Mahkeme, konu ile ilgili olarak 1965 yılında verdiği bir kararında şöyle demektedir:

"...Yürürlükteki Anayasa, bu konuyu ele almış ve kanunların yargı denetimine bağlı tutulmasını 147 nci maddesinde kabul etmiştir. Bu maddede, Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve Türkiye B. M. Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyeceği açıklanmıştır. Mutlak olan bu hüküm, kanunların gerek şekli ve gerek esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunun Mahkememizce denetlenmesini kapsamaktadır."⁽³²⁾

Yüksek Mahkeme; şekil denetimine ilişkin sınırları saptamanın da (hangi şekil noksanlığının iptal nedeni sayılacağı ve hangilerinin sayılmayacağı) kendi yetkisinde olduğunu, aynı (1965 tarihli) kararında şu ifadelerle söylemektedir:

"Meclislerin çalışmalarının içtüzük hükümlerine uygun olarak yürütülmesi, Anayasa'nın bir emri gereğidir. Böyle olunca kanunların Mahkememizce denetlenmesinde, içtüzük hükümleri de göz önünde tutulmalıdır."

İçtüzük hükümlerine aykırı düşen işlemlerden hangilerinin iptal nedeni sayılacağı, uygulanacak İçtüzük hükmünün öneme ve niteliğine göre çö-

³⁰ Dr. Murat Yanık.

³¹ 1961 Anayasası'na "şekil denetimi" ayırımı ilk kez sadece Anayasa değişiklikleri için ve 22.09.1971/13964 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 20.09.1971 günlü ve 1488 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Anayasa Değişikliği" Kanunuyla girmiştir. Bu yasa ile Anayasa değişiklikleri Yüksek Mahkemenin denetim kapsamına alınmakta, ancak bu denetim "Anayasa'daki şekil şartları" ile sınırlandırılmaktadır.

³² Anayasa Mahkemesi Kararı E.1964/38; K. 1965/59

zümленecek ve dâva veya itiraz vukuunda, Mahkememizce takdir edilecek bir konudur.”⁽³³⁾

İşte, 1982 Anayasası; 1961 dönemindeki bu tartışmalarına tepki olarak, şekil denetiminin sınırlarını “son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı” ile sınırlamıştır.

Gerçekten, 1982 Anayasası’nın 148’inci maddesine Danışma Meclisinin yazdığı gerekçenin konumuzla ilgili 2’nci paragrafı şöyledir:

“Getirilen ikinci bir yenilik, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olmayacağıdır. Son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer.”⁽³⁴⁾

Yukarıda alıntıladığımız gerekçe metni, pek çok Anayasa Mahkemesi Kararında (Bkz: 37 ve 39 no.lu dipnotlar) zikredilmekte, konu ile ilgili akademik metinlerde de alıntılanmaktadır. Bu gerekçe, gerçekten de 148’inci maddenin yorumuna ilişkin keskin bir ipucu mahiyetindedir. Fakat gerekçenin tamamını okuduğumuzda, durum bir miktar değişmekte, başka bir önemli ayrıntı ortaya çıkmaktadır. Bu ayrıntı, “öndenetim”dir.

148’inci madde gerekçesinin ilk paragrafı şöyledir:

“1961 Anayasasından farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani öndenetime tabi tutulmasıdır. Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesince süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür.Bir siyasi parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa.... Şekil bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir. Bu tür bozuklukların öndenetim yoluyla kısa zamanda incelenip sonuçlandırılmasında kamu yararı düşünülmüştür.”

³³ Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi Kararı.

³⁴ Danışma Meclisi tutanakları

Yukarıdaki paragrafa göre, Anayasa; kanunların şekil bozukluğu/noksanlığı⁽³⁵⁾ yönünden “öndenetim”e tabi tutulacağını öngörmektedir. Oysa yürürlükteki Anayasa’nın 148’inci maddesinde böyle bir “öndenetim” mekanizması yoktur. O halde, yukarıda alıntılanan paragrafın anlamı nedir?

Bu durumun nedeni, Danışma Meclisinde kabul edilen metnin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunda değiştirilmesidir.

Danışma Meclisinde kabul edilen metinde kanun yayımlandıktan sonra şekil bozukluğuna ilişkin iptal davası açma olanağı tanınmamış, fakat yayımdan önce “öndenetim” öngörülmüş iken, Konsey işte bu hükmü değiştirmiş ve öndenetimi kaldırarak sınırlı bir “şekil bozukluğu denetimi” öngörmüştür.

Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun değişiklik gerekçesi özetle şöyledir:

“Kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak davalar için tanınan “Kanunun yayımlanma süresi” ile kayıtlı sürenin, uygulamada başlangıç ve hesaplamasının değişik yorumlara neden olabileceği, sağlıklı inceleme ve dava açma hazırlıklarına yeterli olmayacağı göz önünde tutularak maddenin bu konuya ilişkin bölümü “kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri sürülemez” şeklinde değiştirilmiştir.”

Öndenetim mekanizmasının Milli Güvenlik Konseyinde kaldırılmasına, konunun Anayasa’nın 150’nci maddesi açısından incelenmesi sırasında tekrar dönülecektir.

Anayasa Mahkemesinin, 1982Anayasası Dönemindeki Tutumu

Yasaların şekil yönünden anayasal denetim sınırları konusunda, kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin bugün ne dediğine bakılmalıdır.

Anayasa mahkemesinin, 1982 Anayasası döneminde, bu konuda oldukça istikrarlı biçimde sergilediği tutum; *“Anayasa’nın 148. maddesine göre, yasaların biçim açısından denetlenmesi, son oylamanın, Anayasa’da öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığıyla sınırlıdır.”* Biçimindedir. ⁽³⁶⁾

³⁵ Gerekeçedeki yazılıştan, yasa koyucunun şekil bozukluğu ve şekil noksanlığı deyimlerini aynı anlamda kullandığı anlaşılmaktadır.

³⁶ Bu konuda bir örnek: Anayasa Mahkemesi Kararı E.1992/26; K. 1992/48

Anayasa Mahkemesi'nin, "Hükümetçe sevk edilen yasa tasarısında yer almayan hükümlerin, uzmanlık komisyonlarındaki görüşmeler sırasında tasarı metnine eklenmesi" uygulaması aleyhine açılan bir iptal davasındaki kararı, bu istikrarlı tutumu geniş biçimde açıklamaktadır.

Söz konusu davada, davacılar tezlerini şöyle savunmaktadırlar:

"Anayasamızın 148. maddesinin gerekçe bölümünün beşinci paragrafında; 'Son oylama genel kurul tarafından yapılır. Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır' denmektedir. Bu husus milletekilllerinin iradesinin oluşumunda etken olmayan usul konularına ilişkindir. Örneğin çalışmalarının saat 19.00'da son bulması gerekirken saat 19.05'de son bulması ve bu fazla süre içinde yasanın oylanması milletekili iradesinin oluşumuna değişik bir anlatımla oylama sonucuna etkide bulunmayacak bir usulî husustur.

Oysa; TBMM İçtüzüğü'nün 36. maddesinde⁽³⁷⁾; 'Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya ret edebilirler... Ancak komisyonlar 99. maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler' hükmüne rağmen....bir davranış ortaya koyarsa, bu İçtüzüğe, dolayısıyla Anayasanın 88. maddesine de aykırı düşer. Kaldı ki, bu davranış bir usul meselesi dışında esas teşkil eden bir aykırılık mahiyetini de kazanır."

Yüksek Mahkeme, davacıların şekil yönünden aykırılık iddiasını, esasen "10 günlük sürenin geçmiş olması" nedenine dayalı olarak reddederken, ilgili Anayasa maddelerini sıralayarak, konuya ilişkin görüşünü bir kez daha vurgulamıştır:

"Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır....Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defî yoluyla da ileri sürülemez." ⁽³⁸⁾

6. Şekil Bozukluğuna İlişkin İptal Davası Açabilmek İçin Ara-yışlar:

Mahkemenin şekil bozukluğu konusundaki yerleşik kararları yukarıda özetlendiği gibidir; bununla birlikte, tartışmalar bitmiş de de-

³⁷ Madde numarası metinde yanlış belirtilmiştir; doğrusu "35'inci madde" olacaktır.
³⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı E.1985/11; K.1986/29

ğildir. Çünkü mevcut durumda, Mecliste çoğunluğa sahip herhangi bir iktidarın, son oylamadaki oy koşulunu sağlayarak, bundan önceki bütün yöntem kurallarını fiilen anlamsız/geçersiz kılması mümkündür ve bu durumun yasama etkinliğini sakatlama potansiyeli taşıdığı açıktır. Meclis çoğunluğu istemedikçe bu konuda bir Anayasa kuralı yazmak da pratikte mümkün görünmediğine göre, bozukluğun Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi için hukuksal yöntem arayışları son derece doğaldır.

Literatürde, Anayasadaki şekil denetimi sınırlarının mutlak olduğunu, zorlama yorumlarla bunun genişletilmesinin olanaksızlığını savunanlar olduğu gibi;³⁹⁾ şekil denetimini son oylama ile sınırlandırmanın, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürenler de vardır. Bu düşüncede olanlardan Teziç⁴⁰⁾ bunu şöyle açıklamaktadır:

"Anayasa'da yer alan şekil ve usul ile ilgili kuralların, kanun koyucu tarafından dikkate alınmaması, yasama işlemlerinin esasına etkili olacak bir sarkatlık doğurur..."

Kanunların oluşmasında, yalnızca "öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını" şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmek, parlamentodaki çoğunluğun her zaman 'sürpriz kanunlar' çıkarmasına imkan tanımak olur... .Kanunun öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını, şekil denetiminde mutlak ölçüt olarak kabul etmek, 'siyasi kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek istenmediği' biçiminde de yorumlanabilir."

a) Konunun, Anayasa'nın 150 nci maddesi çevresinde tartışılması:

Anayasa Mahkemesi'nin 148'inci madde temelindeki olumsuz tutumuna karşın, Anayasa'nın 150'nci maddesi "ayrık durum" olarak öne sürülmektedir.

Bu tezleri incelemeyden önce, Anayasa'nın, "İptal Davası" başlıklı 150'nci maddesinin metnine bakmak gerekir:

"Md.150- Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İhtizüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkeme-

³⁹⁾ Dr. Murat Yanık, A.g.e.

⁴⁰⁾ Prof. Dr. Erdoğan Teziç, 1985

sinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.”

Teziç,⁽⁴¹⁾ konuya ilişkin olarak;

“148 ve 149’uncu maddelerde yazılı hükümler karşısında, bir kanunun şekil denetimine bağlı olarak iptal edilebilme olasılığının hiç kalmadığının söylenebileceğini, ancak 150’nci maddede şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığa ilişkin iptal davaları düzenlenirken şekil denetimine de yer verildiği,

.....Esasa etkili olabilecek şekil bozuklukları olabileceği,

Bu açıdan, şekil denetimini sadece “son oylama” ile sınırlandırmanın ve başka bozuklukları görmezden gelmenin, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkesiyle bağdaşmayacağı”

Şeklinde görüşler ileri sürmektedir.

Benzer görüşler, bazı Anayasa Mahkemesi Kararlarının “karşı oylarında” da karşımıza çıkmaktadır.

Bu görüşler şöyle özetlenebilir:

“Konu, dava açma hakkı, süre ve öngörülen yöntem açısından nev’i şahsına münhasır özel bir şekil denetimini düzenlediğinde kuşku bulunmayan 148. ve 149. maddelerdeki hükümler yanında; iptal davasıyla ilgili genel kurallı ortaya koyan 150. maddede açıkça; kanunların, kanun hükmündeki kararnamelelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açılabilceği hükmüne de yer verilmiştir.

Bahis konusu maddenin öngördüğü, şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddialarını birlikte içeren iptal davalarıyla ilgili genel şekil denetiminde, davanın konusu, dava açma hakkı, süre ve yöntem yönünden 148. ve 149. maddelerde yer alan sınırlamalar önemli ölçüde giderilerek; esası, özellikle yasama tasarrufunun oluşumunu ve sağlığını etkileyen, Anayasanın 88. maddesine ve ilgili öteki maddelerine aykırı tüm şekil bozukluklarının, başka bir anlatımla, örneğin, bir kanunun teklif edildiği tarihten kabul edildiği tarihe

⁴¹ Prof. Dr. Erdoğan Teziç, A.g.e.

kadar geçen süre içinde uygulanan yöntemlerdeki önemli aksaklıkların iptal davasının konusu içine alınması sağlanmış, şekil bozukluğuna dayalı iddiaların öncelikle incelenip karara bağlanması zorunluluğu kaldırılmıştır.

60 günlük yasal süre içinde açılmış bulunan inceleme konusu iptal davası, Anayasanın 148. ve 149. maddeleri çerçevesinde, yalnız şekil bakımından denetlemeyi gerektiren bir nitelik taşımadığı, anılan Yasanın 150. maddesine dayalı olarak hem sekile, hem esasa ilişkin Anayasaya aykırılık iddialarını birlikte kapsadığı cihetle; şekil yönünden yapılacak denetimin, “son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılmış yapılmadığı” ilkesiyle bağlı kalınmaksızın, esasa etkili öteki şekil bozuklukları da göz önünde tutularak tamamlanması gerekmektedir.”⁽⁴²⁾

Yine bir başka Anayasa Mahkemesi Kararının karşı oylarında şu görüşlere yer verilmiştir:

“Kanımızca, Anayasa’nın 148. maddesi bağımsız salt biçim yönünden iptal isteminin, 150. maddesi de özle birlikte olmak koşuluyla biçim yönünden ve öz yönünden iptal isteminin yöntemini düzenlemektedir. Biçim hiç söz konusu olmasaydı, özle birlikte biçim yönünden de iptal isteminde bulunma hakkı tanınmasaydı 150. maddede ‘şekil’ sözcüğü hiç kullanılmazdı.

Anayasa’nın 150. maddesi “şekil ve esas” sözcükleriyle biçim ve özü ayrı ayrı değil, birlikte amaçlamıştır... Özle birlikte olmak koşuluyla biçim yönünden de denetim ve iptal isteminde bulunulabilir.”⁽⁴³⁾

Aynı karşı oy’da, biçim ve öz yönünden denetim/dava için başvuru sürelerindeki farklılığın (10 gün ve 60 gün), biçim ve özün birlikte söz konusu edilmesi halinde ortadan kalkacağı, o zaman başvuru süresinin de 60 gün olacağı savunulmaktadır.

b) Anayasanın 148’inci ve 150’nci Maddeleri Arasındaki “İkili” Sorunu:

150’nci maddenin, 148’inci maddeden ayrık bir durumu düzenlemiş olduğu konusundaki düşüncenin dayanaklarından biri; iki maddede kullanılan dilin farklılığıdır. 148’inci maddenin başlığı “(Anayasa Mahkemesinin) Görev ve yetkileri” iken, 150’nci maddenin başlığı “İptal Davası”dır ve 148’inci madde “Uygunluğun denetiminden” söz ederken 150’nci madde “İptal davası açma hakkı”ndan söz etmektedir.

⁴² Anayasa Mahkemesi Kararı E.1985/11; K.1986/29

⁴³ Anayasa Mahkemesi Kararı E.1991/27; K.1991/50

Yine, 148'nci madde "Şekil bakımından denetlemeyi isteyebilecekler" den söz ederken, 150'nci madde "İptal davası açabilecekler" den söz etmektedir.

150'nci maddenin, 148 inci maddeden ayrı bir durumu düzenlemiş olduğuna ilişkin tezleri kuvvetlendiren bir başka husus da her iki maddedeki "iptal davası başvurusu yapabilecekler" listesindeki farklılıktır.

148'inci madde şekil ve esas bakımından denetlemenin ancak Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tamsayısının 1/5'i tarafından istenebileceğini söylerken; 150'nci maddede ise şekil ve esas bakımından iptal davası açma hakkının; Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partilerinin meclis gruplarına, TBMM üye tamsayısının 1/5'ine verildiği görülmektedir. Başka bir deyişle, 150'nci maddede, iktidar ve ana muhalefet meclis grupları da "dava açabilecekler" arasında sayılmıştır.

Görüldüğü gibi, yalnız biçim yönünden dava açabilecekler (denetim isteyebilecekler) arasında sayılmayan iktidar ve ana muhalefet parti meclis grupları biçim ve özün birlikte dava edilebildiği durumda yetkilidirler. Üstelik çoğu zaman bu parti grupları; milletvekillerinin 1/5'inden daha kalabalıktırlar. Böylece, 148'inci maddedeki denetimin daha dar kapsamlı ve hızlı olmasının öngörüldüğü, buna karşın 150'nci maddede anlatılan davanın geniş kapsamlı gerçek bir dava olduğu anlaşmaktadır.

İki maddedeki bu farklı yaklaşımın nedeni, kanaatimizce; biraz yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi, Anayasa Taslak Metninin Milli Güvenlik Konseyi'nde değiştirilmesi ve "ön denetimin" metinden çıkarılarak şimdiki "şekil denetiminin" metne dahil edilmesi olmalıdır.

Anayasa Taslak Metninin 148'inci maddesinde "öndenetim" yer aldığı ve bundan başka bir şekil denetimine yer verilmediği durumda, 150'nci madde ile arasında hiçbir çelişki yoktur. 148'inci maddede "öndenetim" kurallaştırılmıştır; 150'nci maddede ise öndenetimden sonraki aşamalarda şekil ve esas bozukluklarına ilişkin dava süreci kurallaştırılmıştır. Fakat Milli Güvenlik Konseyi tarafından "öndenetim" metinden çıkarılıp "şekil denetimine ilişkin sınırlı bir kural (son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı) metne eklendiğinde, 148'inci ve 150'inci maddeler arasında bugünkü ikili durum ortaya çıkmış olmaktadır.

Gerçekten, hem 148'inci ve hem de 150'nci maddelerde "şekil denetiminden" söz edilmekte olması ikiliktir.

Fakat ortaya çıkan ikiliğin nedeni ne olursa olsun; her iki maddenin birbirinden farklı durumları amaçladığı ve anlattığı tartışmasızdır. Yasaların sadece şekil denetimi söz konusu olduğunda 148'inci madde, şekil ve esas birlikte dava edildiğinde 150'nci madde uygulanmalıdır.

Böylece; şekil ve esas bakımından birlikte ele alındığı dava süreçlerinde;

- Dava açma süresinin 10 gün yerine 60 gün olarak uygulanmasının,

- Şekil bozukluğu iddialarının da "Son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılmış olup olmadığı ile sınırlı olmadığı,"

Kabulü mümkün görünmektedir.

c) Yasa Tasarılarına Komisyonlarda Eklemeler Yapılması "Esas" Yönünden Denetime Tabi Tutulabilir mi?

Yasa tasarılarına Komisyonlarda eklemeler yapılmasının; yalnızca içtüzüğün "şekle ilişkin" kurallarının ihlali anlamına gelmediği; bunun "Kanun teklif etmeye yetkili olmayanların kanun teklif etmesi" hali olduğu ve bu nedenle Anayasa'nın 88'inci maddesinin doğrudan doğruya ihlali sayılarak "esas bakımından denetim" konusu olması gerektiği de ileri sürülen görüşler arasındadır.

(Bu noktada şu hususu vurgulamakta yarar vardır ki; yasaların "esas" dışında kalan aykırılık hallerini "şekil" ve "usul" olmak üzere ikili bir ayırımında inceleyen ve içtüzük kurallarına aykırılık durumunu "şekil" değil "usul" bozukluğu sayan görüşler vardır. Fakat; gerek Anayasamızda, gerekse de Yüksek Mahkeme içtihatlarında bu konuda ayırım gözetilmediği, içtüzük ihlallerinin "şekil" olarak tanımlandığı, bozukluk-eksiklik sözcükleri arasında da anlam farkı gözetilmediği açık olduğundan, biz de bu tartışmaya incelememizde yer vermedik.

(44)

⁴⁴ Teziç'e göre usul eksiklikleri iptal davasına konu edilebilirken, şekil bozukluklarında ilgili kanunun "yok hükmünde sayılması" gerekmektedir. İçtüzük kurallarına aykırılık usul bozukluğunun, yasaların Resmi Gazetede yayımlanmamış olması durumu ise şekil bozukluğunun örneklerindedir.

Anayasanın 88'inci maddesine göre, "Kanun teklif etmeye yalnız bakanlar kurulu ve milletvekilleri yetkilidir." Bu durumda Meclis komisyonlarının böyle bir yetkileri yoktur. Yetkili olmayanın kanun teklif etmesinin doğrudan doğruya 88'inci maddenin ihlali olduğu ileri sürülebilir mi?

"Şekil denetiminin son oylamadaki oy çoğunluğu ile sınırlı olduğunu" söyleyen bir Yüksek Mahkeme Kararının karşı oy'unda, bu konuda şöyle değerlendirmeler vardır:

".....Ne var ki, bu saptamanın (148'inci maddedeki, şekil denetiminin sadece son oylamadaki oy oranıyla sınırlı olduğu saptaması) Anayasa'nın 88. maddesi yönünden geçerliliği olamayacağı da açıktır. Çünkü, anılan maddede bir şekil şartı düzenlenmemiş, doğrudan kanunların teklifi ve görüşülmesi ile ilgili bir anayasal ilke öngörülmüştür. Buna göre, kanun teklif etmeye yalnız Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir. Bu açık hükmün doğal açılımı da, TBMM komisyonlarında ve Genel Kurul'da yalnız bu iki kaynaktan gelen kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülebileceği ve yasalaştırmanın ancak bu yolla mümkün olabileceğidir. Diğer bir deyişle, davanın somutunda olduğu gibi, Bakanlar Kurulu'nca sunulan kanun tasarısında yer almayan ve yukarıda teker teker sayılan yasa değişikliklerinin ilgili Komisyonca tasarı metnine eklenmesi ve bu metnin esas alınarak TBMM Genel Kurulu'nda görüşme yapılarak yasalaştırma işlemi bulunulması salt bir İhtizük ihlali olmayıp, Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının doğrudan ihlali sonucunu doğurmaktadır.

....88. maddenin birinci fıkrasının ihlali sonucu bir yasalaştırma söz konusu ise artık 148. maddede belirtilen söz konusu şekil sakatlığından söz edebilmeye imkân yoktur. Bu halde, doğrudan 88. maddenin birinci fıkrasının ihlali nedeniyle, yapılacak anayasal denetim 'şekil bakımından' değil 'esas bakımından' söz konusu olacaktır."⁽⁴⁵⁾

Yukarıdaki değerlendirmeye karşı çıkabilmek için, şu sorunun yanıtı bulunmalıdır:

Meclis komisyonunun da milletvekillerinden oluştuğu, kanun teklif etmek milletvekillerinin görevlerinden olduğu, dolayısıyla komisyonların da "kanun teklif edebileceği" söylenebilir mi?

Komisyonunda görevli milletvekilleri de kuşkusuz "milletvekili ol-

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı E.2008/71; K. 2008/183

dukları için” kanun/kanun değişikliği teklif edebilirler. Fakat teklif ettikleri kanun/kanun değişikliği metnini;

- i) Meclis Başkanlığına sunmaları,
- ii) Teklifin yasal prosedürü takip ederek bir ya da birkaç komisyona havale edilmesi,
- iii) Gündeme alınması,
- iv) Teklifin birtakım başka ilgisiz yasaların içinde değil, başlı başına görüşülmesi,

Gerekmektedir. Oysa komisyonlardaki eklemeler bu prosedürü takip etmeksizin yapılmaktadır ve dolayısıyla “milletvekillerinin rutin yasama faaliyeti” olarak tanımlanması mümkün değildir.

Dolayısıyla, kanaatimizce; Tasarı metinlerine komisyonlarda (ve Genel Kurulda) eklemeler yapılmasının, Anayasanın 88’inci maddesine aykırılık gerekçesiyle “esas” denetimine tabi tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir.

d) Bir başka Denetim Olanığı: “Eylemli İçtüzük Değişikliği”

Yasama sürecinde ortaya çıkan pek çok “içtüzüğe aykırılık” halinin, Anayasa’nın 148 inci maddesi öne sürülerek biçim yönünden yargı denetimi dışında bırakılması; Anayasa Mahkemesi’nin, özellikle 1990’dan 2008’e kadar, yaklaşık 18 yıl boyunca benimsediği “Eylemli İçtüzük Değişikliği” kavramı kullanılarak önlenebilir mi? Sorusuna, bu bölümde yanıt aranacaktır.

Bu konuyu irdelemeye şöyle bir soruyla başlayalım: Meclis Uzmanlık Komisyonunun, Başkanlıkça kendisine gönderilen tasarı metnine yeni eklemeler yapmasının, İçtüzüğün 35’inci maddesine aykırı olduğuna kuşku yoktur. (Genel Kurulda benzer eklemeler yapılması da 87’nci maddeye aykırıdır.) Peki, ya Meclis usulüne uygun bir içtüzük değişikliği gerçekleştirerek, komisyonun (ve Genel Kurulun) böyle eklemeler yapabilmesine olanak sağlamış olsaydı?

O zaman, yapılan bu içtüzük değişikliği, şekil ve esas bakımlarından Anayasa Mahkemesince denetlenebilecekti. (Anayasa md.148)

Peki, içtüzüğün yazılı olan kuraldan farklı uygulanması (ki olayımızda böyle olmuştur) ya da konuyu düzenleyen herhangi bir içtüzük kuralı yokken Meclisin bir fiili uygulama ile kural boşluğunu doldurması hallerinde ne olacaktır?

Bu konuda Anayasa Mahkemesinin 1991 yılında verdiği bir karar ışık tutucudur. “Bir Kanun Hükmünde Kararname’nin, İçtüzüğe aykırı şekilde, Başkanlığa sunulmasının üzerinden 48 saat geçmeden gündeme alınması” aleyhine açılmış bir davada konuyu irdeleyen Yüksek Mahkeme, İçtüzüğe aykırı biçimde gerçekleşmiş olan TBMM kararını, “Eylemli bir İçtüzük değişikliği niteliğinde” görmekte ve bu görüşü şu gerekçeye dayandırmaktadır:

“İçtüzüğün, yasa tasarılarının görüşülmesine ilişkin öngördüğü yöntemden farklı biçimde oluşturulan dava konusu TBMM kararı, doğrudan Meclisin çalışma yöntem ve esası ile ilgili bulunmakta ve 53. maddeyi değiştirir nitelik taşımaktadır. Böyle bir uygulamanın, içtüzük değişikliği olarak görülmemesi TBMM’nin çalışmalarında içtüzükteki kurallara uyma zorunluluğunu giderek zayıflatacak ve bu da eylemli uygulamaların yerleşik duruma geçmesine neden olacaktır.” (46)

Yüksek Mahkeme her ne kadar bu konudaki irdelemeleri sonucunda eylemi Anayasa’ya aykırı bulmamış olsa da içtüzüğe aykırı uygulamaların, “İçtüzüğün değiştirilmesi” sayılarak incelenmesinin yolunu açmıştır.

Ne var ki Bakırcı’nın(47) da dikkat çektiği gibi, Yüksek Mahkeme, 1991 yılında benimsediği bu genişletici yorumundan 2008 yılında vazgeçmiş ve günümüze kadar bu tutumunu sürdürmüştür. (48)

Yüksek Mahkeme’nin; incelediğimiz konuya benzer bir davada (tasarı metnine komisyonlarda ve genel kurulda ilgisiz eklemeler yapılması), 2008 yılında verdiği kararda, bu yeni “daraltıcı” yorumu, anayasa’nın 148 inci maddesinin 2’nci fıkrasını tekrarlayarak yapmaktadır.(49)

Yüksek Mahkeme, 2008 yılında başlayan “daraltıcı” yeni yaklaşımını, verdiği başka kararlarla da günümüze kadar sürdürmüştür; “Kanun teklifinin gerekçesiz olması” yönünden içtüzüğe aykırılık iddiasıyla açılan bir davayı(50) ve “Temel kanun olarak görüşülmesi mümkün olmayan bir yasa tasarısının böyle görüşülmüş olması” yö-

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı E.1991/27; K.1991/50

⁴⁷ Bakırcı, 2914, Sf.112

⁴⁸ Bakırcı, A.g.e. (Yazar, Yüksek Mahkemenin bu zaman içinde verdiği kararlarda sürdürdüğü bu tutuma, birbirinden farklı ve çelişik gerekçeler ürettiğini söylemekte ise de biz konumuzla ilgili olmayan bu teorik tartışmalara girmeyeceğiz.)

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı E.2008/71; K. 2008/183

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı E.2012/19; K.2013/17

nünden içtüzüğe aykırılık iddiasıyla açılan bir davayı⁽⁵¹⁾ aynı gerekçelerle reddetmiştir.

Fakat, her iki yaklaşımın da (geniş yorum-dar yorum) 1982 Anayasası dönemine ait olduğunu göz önüne aldığımızda, Yüksek Mahkemenin yaklaşımını bir kez daha değiştirerek geniş yoruma dönmesinde ve “son oylamadan önceki” içtüzük ihlallerini de şekil denetimi kapsamına almasında Anayasal bir engel bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

7. Sonuç:

TBMM’de son zamanlarda birbiri ardından kabul edilen, kamuoyundaki yaygın tanımla “torba yasa” denilen yasalar, başlıklarındaki ve içeriklerindeki belirsizlik bakımından pek çok alt düzey hukuk normuna aykırı olduğu gibi, birbiriyle ilintisiz onlarca yasadaki değişiklikleri tek metinde birleştirdiğinden, karmaşa ve anlaşılmazlık yaratmaktadır. Daha önemlisi, torba yasaların TBMM’deki yasama süreçleri de bir dizi içtüzük aykırılıklarıyla sakatlanmaktadır. Bu metinler TBMM’ye sunulduktan sonra komisyonlarda ve Genel Kurulda TBMM İçtüzüğü’nün emredici hükümlerine aykırı şekilde yepyeni eklemelerle şişirilmektedir. Üstelik belirtilmelidir ki yasa tasarılarına Meclis komisyonlarında ve Genel Kurulda yeni maddeler eklenmesi, sadece torba yasalarla sınırlı olmayan, başka yasalarda da karşımıza çıkan bir uygulamadır.

Ne var ki, İçtüzüğü’nün açık ihlali anlamına gelen bu uygulamalar; yürürlükteki Anayasa’nın 148’inci maddesindeki; “*Şekil denetiminin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığının incelenmesiyle sınırlı ve itiraz süresinin de 10 gün olduğu, süre geçtikten sonra dava açılmayacağı, defî yoluyla da ileri sürülemeyeceği*” kuralının, Anayasa Mahkemesi tarafından lâfzen dar yorumlanması nedeniyle, dava konusu yapılamamaktadır. Dava ehliyeti bulunan milletvekilleri ve gruplar, Anayasa Mahkemesinin bu yerleşik dar yorumu nedeniyle dava açmaktan kaçınıyor olmuşlardır. Parlamenter demokrasi içinde çok önemli bir yere sahip olduğu kabul edilen, bu nedenle “sessiz anayasa” olarak tanımlanan Meclis İçtüzüğü’nün bu kadar net ve açık şekilde ihlalinin dava konusu yapılamaması, yapılsa bile Anayasa Mahkemesince reddedilmesi, yasama etkinliğinin günümüzdeki en önemli sorunlarından biri olarak öne çıkmıştır.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi Kararı E.2012/48; K.2012/75

Oysa Anayasanın “şekil ve esas denetimini” birlikte ele alan 150’nci maddesi, sadece “şekil denetimine ilişkin kuralları içeren 148’inci maddesinden ayrı bir durumu düzenlemektedir ve dolayısıyla şekil ile esasın birlikte dava edildiği durumlarda “son oylama” dışında kalan (son oylamadan önceki) içtüzük ihlallerinin de şekil yönünden iptal nedeni olarak ileri sürülebilmesi mümkündür.

Üstelik Anayasa Mahkemesinin, içtüzük aykırılıklarına ilişkin tutumu da 1982 Anayasası döneminde farklılıklar göstermiştir. Mahkeme, 1990 yılından 2008 yılına kadar, İçtüzüğe aykırılık durumlarını, “son oylama” ile sınırlandırmaksızın, “eylemli içtüzük değişikliği” sayarak yargılamış ve hüküm vermiştir. Anayasal-yasal kurallarda hiçbir değişiklik olmadığı halde içtihat değişebildiğine göre, Yüksek Mahkemenin bugün tekrar genişletici yorumunu benimsemesi ve içtüzük ihlallerini eylemli içtüzük değişikliği olarak yorumlayarak esastan denetlemesi mümkündür.

Diğer taraftan, yasa tasarılarına Meclis komisyonlarında yapılan eklemeler, İçtüzüğün ilgili hükümleri karşısında “yetkili olmayanların yasa teklif etmesi” anlamına geldiğinden, bu eylemin 148’inci madde kapsamında bir “şekil bozukluğu” değil, doğrudan doğruya Anayasanın 88’inci maddesinin ihlali olduğu, dolayısıyla “esas” yönünden Anayasal denetime tabi kılınabileceği düşünülmektedir.

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda, torba yasaların (ve diğer yasaların) yasama süreçlerindeki İçtüzük ihlallerinin, “son oylama ile sınırlı olmaksızın” Anayasa Mahkemesi’nce incelenmesinin mümkün ve parlamenter demokrasi standartlarının işlerliği bakımından da gerekli olduğu sonucuna varılmaktadır.

Kaynakça

TBMM Tutanakları

Danışma Meclisi Tutanakları, http://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf

TBMM Uzmanlık Komisyonu Raporu: 220, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss220.pdf>

TBMM Uzmanlık Komisyonu Raporu: 639, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss639.pdf>

Kitaplar-Makaleler-Tezler-Tebliğler

Bakırcı Fahri, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İchtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2014, Sayı: 112

- Onar Erdal, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, Ankara, 2003
- Özbudun Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu" Demokrasi ve Yargı Sempozyumu Bildirileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005
- Teziç Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi" Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda sunulan Tebliğ Metni, 25-27 Nisan 1985
- Tunaya Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Ekin yayınları, İstanbul 1982
- Yanık Murat "Kanunların Şekil Yönünden Anayasa'ya Uygunluğunun Denetimi", "e-Akademi İnternet Dergisi"-<http://e-akademi.org/makaleler/myanik-2.htm>

Anayasa Mahkemesi Kararları

- 16.11.1965 günlü, E.1964/38; K. 1965/59 (12.01.1966/12200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 11.12.1986 günlü, E.1985/11; K.1986/29 (18.04.1987/19435 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) Kararındaki, "Üye Orhan Onar'ın kaleme aldığı ve Başkanvekili Mahmut C.Cuhruk'un katıldığı karşı oy metni."
- 11.12.1986 günlü, E.1985/11; K.1986/29 (18.04.1987/19435 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 12.12.1991 günlü, E.1991/27; K.1991/50 sayılı (29.01.1991/21126 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.) Kararındaki; "Y.Güngör Özden, Güven Dinçer, Yavuz Nazaroğlu, Yalçın Acargün'ün karşı metni"
- 12.12.1991 günlü, E.1991/27; K.1991/50 (29.01.1991/21126 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 17.09.1992 günlü, E.1992/26; K. 1992/48 (29.11.1992/ 21420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 25.12.2008 günlü, E.2008/71; K. 2008/183 sayılı (09.04.2009/27195 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.) Kararındaki, "Serdar Özgüldür'ün karşı oy metni."
- 25.12.2008 günlü, E.2008/71; K. 2008/183 (09.04.2009/27195 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 17.01.2013 günlü, E.2012/19; K.2013/17 (12.05.2013/28645 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 24.05.2012 günlü ve E.2012/48; K.2012/75 sayılı (06.10.2012/28433 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)
- 02.10.2014 günlü ve E: 2014/149 sayılı (Henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır.)

Gazete yazıları

- Radikal 30.09.2014, http://www.radikal.com.tr/politika/cemil_cicek_torba_yasa_ile_yipranan_ben_oldu-1215557
- Zaman 15.09.2014, http://www.zaman.com.tr/politika_arinc-artik-torba-kanun-olmayacak_2244440.html

NEOLİBERALİZMDE DEVLET VE KAMUSAL ALAN ÜZERİNE BİR BAKIŞ*

A REVIEW ON THE STATE AND THE PUBLIC SPHERE IN NEOLIBERALISM

Cansu KOÇ**

Özet: Neo-liberalizm, devleti küçültme, bireyi ise kimlik sorunlarına yöneltme politikalarıyla ilerlemekte ve kamusal alan üzerinde yıkıcı etki yaratmaktadır. Ekonominin “görünmez eli”, siyasette de bir bilinmezlik halini almaya başlayınca, bireyler yurttaş kimliklerini vasıfsız görmeye ve kamusal kimliklerini kullanmamaya başlarlar. Oysa meşruiyet, kamusal alanda yapılacak müzakereye dayanır ve yurttaşsız kamusal alan var olamaz.

Anahtar Sözcükler: devlet, kamusal alan, meşruiyet, neo-liberalizm, hukuk.

Abstract: Neo-liberalism carries out policies to reduce the state power, and it leads individuals to concern with identity questions, thereby neo-liberalism effectuates a devastating impact on the public sphere. The “invisible hand” of economy begins to appear as an unknown in politics; so individuals start to consider their citizen identity as insignificant and keep their public identity inactively. However, legitimacy depends on deliberations in the public sphere and the public sphere cannot exist without citizen.

Keywords: state, public sphere, legitimacy, neo-liberalism, law.

I. Tarihsel Bir Perspektifle Kamusal Alan Kavramı

Bireyin toplumsal yapısı onu kamu-özel karşıtlığının yaşandığı tarihsel bir sürece götürür. Devletin yaratılmasının, atfedilen anlamı dönemsel olarak değişse de kamusal alanı da beraberinde getirdiği görülüyor.

Bu anlamda devletli topluma sahip olması sebebiyle ilk olarak Antik Yunan’da kamusal alanının nüvelerine rastlanır. Burada, polis (şehir devleti) insana varlık ve değer kazandırmak için gerekli olduğuna inanılan bir güç durumundadır. Polis yurttaşı olan/olabilen birey hukuki anlamda var olmuş ve değer kazanmıştır. Siyasi hayata yurttaş-

* Çalışmada kamusal alan kavramı Habermas’ın öğretisi kıstas alınarak kullanılacaktır.

** Arş. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

lar katılır, onların yasama ve yargılamaya doğrudan katılma, yönetici seçme, savaş ve barışa karar verme, anlaşmaları onaylama hakları vardır.¹ Bireyler bu şekilde, aile hayatlarının dışında kalan alanda yurttaş olma vasıfları ile hareket eder ve kamusal işlev kazanmış olurlar. Bu ise batı tarihinde görülen ilk kamu-özel karşıtlığı anlamına gelir.² Antik Yunan'ın siyasal ve hukuki yapısıyla Batı'ya örnek oluşturmasının kaynağı da bu siyasal deneyimdir.

Bunun ardından sitenin sınırlarını aşan, yayılcı politikaya sahip ve bugünün küreselleşme söylemine ışık tutabilecek bir dönem yaşanmıştır: Roma İmparatorluğu. İmparatorluk fikri, özellikle stoa düşüncesinin dünya devletinden söz eden, evrensel aklın takibinde, eşit ve kardeş insanlar vurgusu ile güçlendirilmiştir. Roma hukuku da aynı şekilde bireyi önemseyerek gelişmiş, özellikle aile olgusu üzerinde durulmuştur.³ Bu, küreselleşme taraftarlarının tercihi olan post-modernizmin bireyciliğini de akla getirmektedir.

Polislerin, Makedonya Krallığı tarafından istilası ile toplumsal ve siyasal yaşamı dönüştürecek ortam hazırlandıktan sonra polislin yurttaşı olarak yani kamusal yaşam dolayısıyla varlık kazanan birey, şimdi tek başına ve en önemli özne durumuna gelmiştir. Artık yurttaş yerine bireye seslenilecektir. Bu dönüşümde, kurulacak imparatorluğa insanların onayı, Stoa felsefesinin "eşit bireyler ve dünya vatandaşlığı" fikri ile sağlayacaktır.⁴ İmparatorluk ve özgürlük arasında denge kuramayan, siyasal alanda daralmaya giden Roma yurttaşının özel yaşamının önem kazanmaya başlaması; bireyin kendine özen göstermesine ancak bunun siyasal alanda dengelenememesi nedeniyle; içe dönük bir benlik kültürünün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yine de Roma'da birey, kamusal kimliğini kaybetmemiştir. Özellikle ekonomik olarak üst sınıfa mensup kişilerde siyasal etkinlik, yaşamın önemli bir bölümünü oluşturmaya devam etmiştir. Roma'nın modern hukuka yansı-

¹ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yay., 12. Bası, İstanbul, 2009, sf.1-7.

² Ülker Yükselbaba, *Habermas'da Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı*, Danışman: Mehmet Tevfik Özcan, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, T.1132), sf.52.

³ Mehmet Akad, *Bihterin Vural Dinçkol*, Genel Kamu Hukuku, Der Yay.,8. Bası, İstanbul, 2013, sf.43-46.

⁴ Duygu Türk, "Helen Güneşi Batıyor Roma Güneşi Doğuyor", *Batıda Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 3.baskı, İletişim Yay., İstanbul, 2012, sf.153.

yan yönü bu bakımdan da oldukça önemlidir. Roma hukuku günümüz hukukunun temellerini atmıştır. Res publica halkın mülküdür ve devlet ile yurttaş arasındaki ilişki, mülkiyet esas alınarak kavramsallaştırılır. Bu, yurttaşlık, egemenlik ve yurttaş haklarında, günümüzde de ifadesini bulan bir anlayış olarak yerleşmiştir.⁵ Evrensel devlet düşüncesi ve bireyin önemi ile Roma'nın genişlemeye dayalı emperyalist karakteri örtüşmüştür. Roma İmparatorluk döneminde her ne kadar senato rolünü korunmuş olsa da en önemli, hatta tek önemli siyasal aktör imparatordur.⁶

Yaşanan kamu-özel karşıtlığı Ortaçağ'a gelindiğinde sona erer; zira bu dönemde iktidarın kendisinin kamusal temsiliyeti söz konusudur ve bu temsil, milletin ya da bir seçmen kitlesinin temsil edilmesi şeklinde olmaz, aksine şahsa indirgenmiş (ancak burada feodal bey, kendisini yüksek iktidar sahibi olarak sunardı) bir "temsili kamusal alan" vardır. Aslında var olmayan (bundan dolayı temsili) kamusal alan doğrudan ve sadece yöneticinin varlığına bağlıdır.⁷ Dikkat çekmek gerekir ki şahsileştirilmenin kamusal alan üzerindeki yıkıcı etkisi feodal düzende kendisini açıkça göstermiştir. Bu, günümüzdeki neo-liberal anlayışı (ya da bu ortamın yarattığı yanılgıyı) okumak açısından ayrıca önem taşımaktadır.

Feodalitenin çözülmesiyle beraber, bireyin kamusal anlayışı değişim göstermiştir. Feodal düzenin yerini ulusal ve bölgesel devletlerin almasıyla daha önce kamusal otoritenin karşısında pasif olarak konumlananlar arasındaki ilişki dolayısıyla değişmiştir. Kamusal otorite; prens ya da onun sarayı anlamına gelen kamusal bir maske olmaktan uzaklaşmış, kendisine verilen yetki uyarınca oluşmuş bir kurum ortaya çıkmıştır. Kamusal otoriteyi yetkilendiren ve bu şekilde onun tarafından idare edilmeye başlayan bireyler ise "kamusal gövdeyi" oluşturmuşlardır.⁸ İdare eden ve idare edilen, kamusal rolleriyle varlık kazanmıştır. Böylece Antik Yunan'ın yüce polisi içinde eriyen birey ya da prens ve sarayı işaret eden temsili kamusal alandan farklı, birbirinden ayrılmış iki alandan söz etmek mümkün hale gelir: Burjuva

⁵ A.e., sf.189-195.

⁶ A.e., sf.187-188.

⁷ Jürgen Habermas, "Kamusal Alan", Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, Hil Yay., İstanbul, 2010, sf.97.

⁸ A.e., sf.98.

iktidarı oluşmuş ve bununla beraber devlet-toplum ayrışması da artık modern anlamda meydana gelmiştir.⁹

Bu süreç artık bireyi yok eden ya da devleti bireye indirgeyen bir yapı göstermez. Dolayısıyla görev ve yetkileriyle kurumsallaşmış bir devlet ve kamusal karakteri kabul edilmiş bireyden söz etmek mümkün hale gelir ve “kamusal alan” anlam kazanır. Devletle toplumun ayrışmasında, kamusal alan tariflenmeye çalışıldığında, onun devlet ile bireyler arasında kaldığı görülür. Çokça karıştırıldığı için aksine devlet ve kamusal alan aynı anlama gelmediği gibi birbirlerinin hasmıdırlar da.¹⁰ Devlet kamusal alan dışında kalmalı ve böylece hür iradeleriyle bireyler müzakere edebilmelidir. Devlet, kamusal alanın dışında yer almasına karşı faaliyetlerini siyasal alanda göstermektedir. Bu alanda kamu erki yüklenmiş olması ise onu diğer unsurlara karşı üstün kılmaz ya da bir hiyerarşi oluşmaz.¹¹ Ancak yine de dikkat edilmelidir ki siyasal alanda mülkiyetin korunmasına yönelmiş düzenleyici organ iktidarı olarak devlet gücü vardır ve kural dışılığı o, belirler.¹² Yani devlet, her ne kadar bir üst konumunda değilse de zor kullanma tekeline sahiptir ve bu, onu kabul etme, onaylama eğilimi yaratır.¹³ Dolayısıyla devletin, kamusal alan dışında kalması müzakere sürecinin hür iradelerle ilerlemesi bakımından zorunludur.

Kamusal alanda bireyler vardır ve onların iradelerini etkileyebilecek/yok edecek bir güç olarak devlet ya da başkaca iktidarlar bu alanda yoktur. Demek oluyor ki siyasal iktidar olan devlet yanında ekonomik iktidar sahipleri de kamusal alanda yer almamalıdır. Ancak piyasanın kamusal etkileri mevcuttur. O, kamusal alanın sosyo-ekonomik zeminini oluşturarak yurttaşlar arasındaki politik iletişim ağını kurar. Bu anlamda olumludur. Ancak, kamusal alan-ekonomi ilişkisi, başka bir taraftan kamusal alanda hegemonyasını kabul ettirmeye çalışan bir “sınıfın” varlığı sonucunu da doğuracaktır.¹⁴ Ekonomik odaklar nasıl ki devlet iktidarını kullananları etkilemeye çalışıyorsa devletin kar-

⁹ Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 6. Baskı, İstanbul, 2012, sf.97-105.

¹⁰ Habermas, “Kamusal Alan”, sf.96; Yükselbaba, a.g.e., sf. 56-57.

¹¹ Yükselbaba, a.g.e., sf.81.

¹² Aykut Çelebi, “Kamusal Alan ve Sivil Toplum: Siyasal Bir Değerlendirme” *Kamusal Alan*, Ed. Meral Özbek, Hil Yay., İstanbul, 2010, sf.249.

¹³ Gianfranco Poggi, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, çev. Aysun Babacan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 3 Baskı, İstanbul, 2011, sf.4-7.

¹⁴ Yükselbaba, a.g.e., sf.72.

şısına konumlanan kamusal alan aktörlerini de etkileme/ele geçirme yoluna gider. Ekonominin kamusal alan üzerindeki etkisini yadsıma yoluna gitmek ise toplumun ev ve devletten oluşan iki kutuplu yapıda olduğu ve kamusal alanın da bunların arasında pürüzsüzce konumlandığı yönünde bir çıkarıma sebep olur ki o halde bu kavram, doğru açıklanamaz. Çünkü toplumda ekonomik, sosyal, kültürel değerlerin ve sivil hareketlerin de alanları vardır ve devletin de yurttaşların da bunların hepsi ile farklı düzlemde ilişkisi mevcuttur. Bunu görmezden gelmek ise toplumsal ve siyasal hayatı ancak idealize edilmiş şekilde açıklamaktan öteye gitmez.¹⁵

Tüm bu etkilere açık ve iktidar odaklarıyla olan ilişkileriyle de olsa ulus devlet düzeninde karşımıza çıkan bir liberal kamusal alan vardır ve bunun bir kazanım olarak karşımıza çıktığı söylenebilir. Zaten iktidar grupları da kamusal alanla mücadele etmekte, onun üzerinde ya da onun yerine etkili olma çabası göstermektedir. Bu bakımdan da görülüyor ki liberal sistemin birey yanlısı alınan ve kıskanılan büyük bir kazancıdır kamusal alan. Çünkü kamusal alan, temel hak ve özgürlüklerin işlevselliğini bireyin kendi denetimi ve yönlendirmesiyle sağlarken temel hak ve özgürlükler de kamusal alanın varlığını ilan eder. Habermas, ilk modern anayasalardaki temel haklar kataloğunun, liberal kamusal alanın mükemmel bir imajını verdiğini söyleyerek bu anayasaların, sivil toplum ile devlet arasında özel bireylerin kamusal bir gövde olarak toplandığını, yurttaşlara ait bir kamusal alanın varlığını teminat altına aldığını belirtir. Kamusal alan, yurttaşların devlette burjuva toplumunun ihtiyaçlarını iletecekleri bir araç olacak ve söz konusu işlev sayesinde politik otorite rasyonelleştirilecektir. Kamusal alan kavramının ardındaki mutlak anlayış ise bilginin açık olması yani aleniyet olacaktır.¹⁶ Bu anlamda ilk anayasaların kazanımı olan temel hak ve özgürlüklerin esasen bir denetim işlevi görececek olmaları bakımından, kamusal alanın inşa ettiği ve kendisi için oluşturulan denetim mekanizması sayesinde devlete de meşruiyet zemini hazırladığı söylenebilir; çünkü devlet de, kamu erki sıfatını, kendi hukukuna tabi olanların ortak yararını gözetme görevinden alır.¹⁷

¹⁵ Meral Özbek, "Kamusal Alan Kavramının Kamusalallaşması ve Kamu Otoritelerinin Kamusal-Özel Alan Söylemleri" Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, Hil Yay., İstanbul, 2010, sf.520.

¹⁶ Habermas, "Kamusal Alan," sf.99-100.

¹⁷ Jürgen Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl Bora, Mithat San-

Anayasalar bakımından gözden kaçırılmaması gereken bir husus vardır. “Bu anayasalar teleolojik dayanakların aşılmasıyla rasyonel bir hukuk anlayışının gelişmesine ve böylece evrensel değerlerin oluşumuna yol açmıştır; ancak işlevleri bununla sınırlı değildir. Anayasalar, siyasi-hukuki düzeni sağlamak yanında toplumu biçimlendirme ve dönüştürme yetisine de sahiptir.¹⁸ Dolayısıyla anayasalar, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini bir taraftan korurken bir taraftan da devlet iktidarını kullananlara, toplumu hukuk yoluyla kontrol etme imkanı sağlamakta ve onlara yasa yapma gücü vermektedir. İktidarı denetlemesi gerekenlerin (yurttaşların da) bunu, gözden kaçırmaması ise, siyasi iktidarı yetkileriyle baş başa bırakacağından, kamusal alan üzerinde yok edici etki yaratabilir. Devlet, yurttaşların müzakere sürecine gireceği kamusal alanı, eğer denetimsiz bırakılırsa, yine “yasal görünerek” törpüleme kudretine, elindeki yetkiler sebebiyle, sahiptir. Kamusal alanın farklılaşması ve kazanımlardan geriye doğru gidilmesinde devlete verilen yetkilerin denetimsiz bırakılması ve bu anlamda devlete verilen görevin yanında yurttaşlara da kamusal bir görev verildiğinin unutulmasının da payı vardır. Liberal kamusal alanı yaratan anayasalar eğer bir sözleşme olarak okunacak olursa görülecektir ki, devlete olduğu gibi yurttaşa da görev verilmiştir, aksi yönetimin tapu devri anlamına gelirdi.

Yurttaşın görevini unutmaması ise belli koşullar altında gerçekleşebilir. Bu koşulların yaratılmasında hukuk, devletlerin başlıca aracı olmuş ve yaratılacak sistemi bir anlamda önceden haber vermiştir. Görülecektir ki liberal devletin öncelikle devleti ve toplumu kapsayan bütünsel bir hukuk düzenini teminat altına almak istemesi, toplumsal koşulların tanzimine yönelmesiyle paralellik gösterir. Bu anlamda sosyal devlet, liberal devletin hukuk geleneğinin mecburi bir uzantısı olarak karşımıza çıkmıştır.¹⁹ Bu, rekabetçi kapitalizmin devlet müdahalesine kapalı ilk safhasından sosyal hukuk devletine yönelen sosyal ve ekonomik hakların geliştiği ikinci safhasına yani düzenlenmiş kapitalizme geçişi ifade eder.²⁰

car, İletişim Yay., 10. Baskı, İstanbul, 2012, sf.58.

¹⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, Devlet, Birey, Özgürlük, Legal Yay., Mart 2010, İstanbul, sf.195.

¹⁹ Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, sf.363.

²⁰ Mehmet Tefik Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Kavim Yay., 3. Baskı, İstanbul, 2007, sf.151.

Toplumsal koşulların esaslı biçimde değişmesiyle beraber devlet ile toplumsal ögeler arasındaki ilişkiler de farklılaşmıştır. Öncelikle liberalizmin serbest piyasa anlayışı içinde, kendi kendini idare eden pazarla ihtiyaçlarını karşılayamayan ekonomik toplulukların, devlet desteği talep etmeleri, devletçe yapılan yasaların mutabakata değil, özel çıkarların uzlaşımına dayanarak yapılmasına elverişli bir zemin hazırlamıştır. Bazı muameleler bu biçimiyle devletle ilişkili ve geneli etkileyen karakter kazanıp “kamusal” kılınsa da kamusal alanın asıl anlamının ortadan kalktığı görülmektedir.²¹ Denebilir ki toplum içindeki bazı iktidar sahibi gruplar, devletle ilişkileri içinde “kamusal güç” haline gelmeye ve kamusal alan ilkesi, yani kamusal akıl ile mutabakata varma istenci, güçlenen özel çıkarların arkasına itilmeye, başlamıştır.

Çıkar uzlaşmalarında uygulanacak bölüşüm tarzı veya kotası için kamusal birlikler yasama ve yürütmeye mücadele etmeye başlamışlardır. Böyle bir durumda sosyal devlet devreye girmek ve çıkar dengesinin genel çıkar çerçevesinde kalmasını sağlamak durumundadır.²² Aksi halde toplum üzerindeki erklerin kendi içlerindeki pazarlıktan öte gitmeyen bir dağıtım meydana gelir ve toplum çıkarları göz ardı edilir. Bu halde ise devlet, iyiden iyiye ve dahası açıkça meşruiyetini kaybeder.

Görülüyor ki devlet iktidarı dışında yer alan fakat onu etkileme gücüne sahip iktidar odakları kamusal alanda; devlet de bu birlikler üzerinde söz sahibi halindedir. Geline bu nokta, toplumu devletleş-tiren devleti de toplumaştıran bir karmaşaya neden olmuştur. Özel alan ve kamusal alan birbirinin müdahalesine açık hale geldikçe varlıklarını da yitirmeye başlamıştır. Bu gelişmeler dikkate alındığında; kamusal otorite ile bireyler arasında yer alan ve kamusal tartışma zemini yaratarak iktidarın rasyonelleşmesini sağlayan kamusal alan fikrinin sosyal refah devletinin bu aşaması içinde gizlendiği söylenebilir.

Sosyal refah devletinde farklı taban ve çıkara sahip olanların, devletle pazarlık halinde olduğu ve kamusal alandan kamunun dışlanmış olması hali kamuoyu oluşumu da etkilemiştir. Bu süreçte kamuoyu müzakere ile değil kamusal araştırma, tanıtım, halkla ilişkiler gibi

²¹ Habermas, “Kamusal Alan”, sf.100-101.

²² Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, sf.364.

yöntemlerle şekillendirilmiş, basın ise toplumsal anlaşmayı idare etmiş ve tüketimi desteklemiştir.²³

Liberal sistem, hukuk devleti ilkesine dayalı, iktidarları seçimle iş başına gelen yine bu iktidarların denetlenebildiği devlet modelini benimsemiştir; ancak meşruiyet için esas olan bu ilkelerin kabul edilmesi değil topluma dönük olmasıdır. 1970’li yıllardan bu yana geliştirilen sosyal devlet aleyhtarı görüşlerle sivil toplum ve birey ön plana çıkarılmaya başlanmıştır. Bu, esasen sosyal devletin kendi içinde gelişen bir dönüşüm olmuştur. Habermas da sosyal refah devletinde demokratikleşme ve özgürleşme taleplerinin karşılığını tam manasıyla bulamadığını söylemektedir. 80 sonrası dönemde ise artık küreselleşen ekonomi ile ulus devlet yapısı açıkça meşruiyet sorunu yaşamaya başlamıştır. Geliştirilen tartışmalarda, demokrasinin muhafaza edilebilmesi için aleniyet, erişilebilir olma ve etkileşimli müzakere süreci belirleyici unsurlar olarak ortaya konmuştur. Böylece birey, yurttaş olma vasfı ile siyasal alanda özne haline gelecektir. Bunun mümkün olabilmesi için ise herkesin katılıp söylem üretebileceği bir kamusal alan olmalıdır. Devlet yönetimleri açısından değerlendirme yapıldığında ise öncelikle çoğulcu anlayışın tartışılması gerekmektedir, zira mevcut sistemde seçilenlerin belli bir kesimin çıkarına göre hareket etmesi, meşruiyet sorunu yaratan ana nedendir. Demokrasi ve “depolitize edilmiş kamusal alan” meşruiyet temeli olarak alınsa da katılımın ve çoğulculuğun göz ardı edilmesi ilkelerin içini zaten boşaltmaktadır.²⁴

1980 sonrasında sosyal refah devletinden iyice uzaklaşılması ve sivilleşme-özelleşme sürecinin hızlanması, Sovyetler Birliği’nin dağılmasıyla beraber belirginleşmiştir. Özel birlikler/şahıslar ile devlet arasındaki denge değişiminin kamusal alan tartışmaları bağlamında önemi vurgulanmalıdır. Kamusal alan Habermas’ın tanımına göre sivil toplum içinden çıkan özgül bir alandır²⁵ ve bu anlamda devlet ve sivil toplum kuruluşlarının güç dengeleri kamusal alan anlayışını ve kamusal alanı etkilemektedir. Özel ve kamusal yaşam arasındaki denge de bu koşullarda iyiden iyiye sarsıldığı görülmektedir. Başka bir taraftan da bireylerin şahsi meselelerine yönelerek toplumsal olanı

²³ Yükselbaba, a.g.e., sf.67.

²⁴ A.e., sf.158-161.

²⁵ Meral Özbek, “Kamusal Alanın Sınırları,” Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, Hil Yay., İstanbul, 2010, sf.27.

dışlamaları ve kamusalılığı tamamen soyutlamaları söz konusudur. Bu süreçte bireylerin de toplumsal eylemde bulunma istençlerinin kalmadığı söylenebilir. Kendine dönüklük oranının artışı toplumsal katılımın da azalması sonucu doğurmuştur.²⁶ Bu durum esasen sanayi kapitalizmin yarattığı, insanı yaptığı işten ayırmanın, yabancılaşmanın bir görünümü olarak da değerlendirmeye elverişlidir. Sözü edilen yabancılaşma aynı zamanda dünyaya karşı getirilen yerel savunma olarak cemaat²⁷ anlayışının da güçlenmesine de sebep olur.²⁸

Neo-liberalizm, ekonomik boyutuyla refah devletinin hasmı olarak karşımıza çıkıyor. Bu politikalar, refah devletinin sosyal içeriğini geriye çekmeyi hedeflemiş ve bu sorunların bir sivil toplum meselesi olduğu, devletin sosyal alanda hareket etmesinin onu baskıcı yapacağı tezini öne çıkarmıştır. Katı bireyciliğe övgü de aynı anlayış doğrultusunda savunulmuştur.²⁹

Neo-liberal dönemin koşulları içinde devletlerin varlıklarını dayandırdıkları ilkelerin formel düzlemde kalıp hayata geçirilmemesi belirgin bir hal alır. Bu sürece paralel olarak aranmaya başlanan demokrasi ve kamusalılık fikri ve mevcut durumun bu fikirle olan zıtlığı ise bir meşruiyet krizi içinde olunduğunu gözler önüne seriyor. Keza neo-liberalizm, kamusal alan ve özel alanın birbirine dahil oluşu ve dolayısıyla kamusal alanın çöküşüne sahne olmaktadır.

II. Neo-liberalizm ve Kamusal Alan: Meşruiyet Krizi

Neo-liberalizm, sosyal liberalizme karşı 1970 ve 1980 yıllarında filizlenmeye başlamıştır. Bu akım İngiltere ve ABD'de özellikle vücut bulmuş ve buradan diğer ülkelere sirayet etmeye başlamıştır. Bu dönemde sosyalizm özellikle tehlike olarak görülmektedir. Billhassa muhafazakarların bunu tehdit olarak nitelendirdiği göze çapar. Sosyal refah devletini eleştirenlerin başını Avusturya Okulu çekmiştir. Bu okul devletin ekonomiye her türlü müdahalesini, bireye karşı bir hamle olarak görmüş ve serbest piyasanın insan iradesini karşılayabilecek

²⁶ Richard Sennett, Kamusal İnsanın Çöküşü, Çev. Serpil Budak, Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay.,3. Basım, İstanbul, 2010, sf.26-27.

²⁷ Cemaat kavramı için bkz. Amiran, Kurtkan, Genel Sosyoloji, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974, sf.8-15.

²⁸ Sennett, a.g.e., sf.377-380.

²⁹ Çelebi, a.g.m., sf.242-249.

yegane sistem olacağını söylemiştir.³⁰ Sosyal refah devletinin liberter eleştirisini yapan neo-liberaller minimal devleti savunmuş, devletin ekonomiye en az müdahalesinin en doğru uygulamayı doğuracağını söylemişlerdir. Hükümetlerin yetişkin insanlar arasındaki kapitalist ilişkiler üzerinde söz hakkı bulunmamalıdır.³¹ Neo-liberalizm, liberalizmin temel aktörlerinden birey, toplum ve devlet üçlüsü içinden bireyi yüceltir, devlete ve topluma birey yanında değer atfetmez.³²

Devleti minimal düzeyde görmek isteyen neo-liberaller, bunu sağlamak için siyasal ve ekonomik düzeni kapitalizmin istekleri doğrultusunda devam ettirmek için yönetsel bir değişikliğe de ihtiyaç duymuştur. Bu değişikliğin kavramsal karşılığı “yönetişim” olarak adlandırılır. Ulus devletlerin uluslararası sermayeye rıza göstermesi, devletin küçültülmesi, kamu hizmetinin üretim ve tüketim fonksiyonlarının piyasa eliyle yürütülmesi, yönetişimin ana hatlarını verir. Bununla sağlanmaya çalışılan asıl veri ise ulus devletin ekonomi üzerindeki etkisini kırmak ve uluslararası sermayenin akışını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda hukuk ve ideolojik söylemler araç olarak kullanılacak ve özel mülkiyet ve yatırımların derin korunması sağlanacaktır. İdeolojik altyapı, devletin, küresel güçlerin hizmetine sokulması ve ulusal sınırlar içinde de kamusal mantığın yerini özel sektör fikrinin alması ile sağlanır. Böylece kapitalizmin sürekliliği sağlanmaya çalışılır.³³

Söz konusu anlayışla hareket edilen neo-liberal dönem, kamusal alan ve devlet ilişkisi bağlanımda dikkat çekicidir, zira bu dönem kamusal alanın çöküşüne işaret etmektedir. Kamusal alanın çöktüğü bir ortamda olması gereken etkileşim alanını kaybeden devlet, aynı zamanda denetimsiz de kalmıştır. Bu durumun devletin işlevi bakımından da bazı sonuçlar doğurması kaçınılmazdır.

Habermas’ a göre kriz, sosyal ve sistem entegrasyonunun sağlanamaması boyutlarıyla ortaya çıkmaktadır. Sistem entegrasyonu

³⁰ Fatmagül Berktaş, “Liberalizm: Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji”, 19.Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, Ed. H. Birsen Örs, İstanbul Bilgi Yay., 5. Baskı, İstanbul, 2007, sf.96.

³¹ A.e., sf.97-100.

³² Ömür Birler, “Liberalizm”, Siyaset Bilimi, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan, E. Atilla Aytekin, Yordam Kitap, 3.Basım, İstanbul, 2013, sf.309-314.

³³ Kansu Yıldırım, “Sonuç Yerine: Marksizm Uluslararası Hukuka Ne Söyler? Kapitalizmin Yönetsel Restorasyonu: Krizler ve Yönetişim Mantığı”, Emperyalizmin Hayaletleri, Ed. Ali Murat Özdemir, İmge Kitapevi, Ankara, 2013, sf.201-207.

toplumun kendisini devam ettirmek için belli amaçlara yönelmesi ve sistemin bu biçimde devamını sağlamasıdır. Sosyal entegrasyon ise iletişim ile sağlanabilmektedir ve kişilerin birbirleri üzerindeki etkileşimi ile açıklanmaktadır. Sistem ve yaşam dünyası ayrımı yapılarak yola çıkıldığında, sistemin ekonomik kriz ve rasyonelite krizi yaşadığı; yaşam dünyasında ise meşruluk ve motivasyon krizi olduğu görülecektir. Yaşanan tıkanıklığın ekonomik, siyasal ve sosyo-kültürel sistemler içinde görünümü ise ayrıca mevcut olacaktır. Meşruiyet krizinin öncelikli yansıması, ekonomide olmaktadır. Kar oranlarının düşme eğilimi, sermaye sahiplerince emekten kısılarak dengelenmeye çalışıldığından bu sorun, toplumsal boyutta karşılık bulmaktadır.³⁴

Küreselleşme ile pazarların içinde kendisini konumlandıran devlet, dünya ekonomisine bağlı olarak sıkışıp kaldığı alanda kontrol kabiliyeti ve gücünü yitirmekte, karar vermede meşruiyet eksikliği yaşamakta ve yine meşruiyeti sağlamada gerekli idari işlemleri yapamamaktadır.³⁵

Kapital sistemin iktisadi bağımlılık süreci en gelişmiş ülkeleri bile etkilemektedir. Habermas'a göre ise "*milli devletlerin müdahale alanından sıyrılabilmiş olan*

pazarlara karşı, siyasetin yeniden müdahale edebilecek güce kavuşturulması bu problemten çıkış yolu olabilir."³⁶

Başka bir taraftan da organize kapitalizmin kamusal üretimi göz ardı ederek tüketici kitle haline gelmiş toplulukları desteklemesi, çoğulculuğu önemsememesi ve kamusal alanı apolitikleştirilmesi kamusal alanın içinin boşaltılmasına neden olmuştur. Bu da kitlelerin siyasetten uzaklaşmasına ve kamusal alanın daralmasına sebebiyet verir.³⁷

Meşruiyet krizleri önemli dönemeçlerdir. Çünkü devletlerin varlığı meşruiyetlerine bağlıdır ve onlar kendilerini görevleriyle meşrulaştırmaktadır. Bugün meşruiyetin sağlanması için ortak toplumsal rıza aranmaktadır. Dolayısıyla öncelikle toplumsallık kavramının anlaşılması ve kabul edilmesi, sonra da toplumsal rızanın oluşum sürecinin

³⁴ Yükselbaba, a.g.e., sf.160-162.

³⁵ Jürgen Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, Çev. Medeni Beyaztaş, Bakış Yay., İstanbul, 2002, sf.26.

³⁶ Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, sf.58-59.

³⁷ Yükselbaba, a.g.e., sf.160-161.

doğru işletilmesi gerekmektedir.³⁸ Devlet de hem sivil toplum içinde hareket edebileceği sınırları tayin etmeli hem de faaliyetlerinin sivil toplumdan gelecek onaya bağlı olarak meşruiyet kazanacağını farkında olmalıdır. Demokratik meşruiyet, bireylerin, toplumsal ve siyasal kurumlar içinde yaptığı ve bu kurumlar aracılığıyla dile getirdiği tartışmalardan ve kararlardan doğacaktır.³⁹

Kamusal alanın işlevi de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Devlet, kamusal alandan çıkan mutabakata tabi olmalıdır, bu anlamda toplum kendi kendini yönetir duruma gelmelidir. Kamusal alan, devletin toplumu oluşturan bireylerden üstün ve onların iradelerini yok eden bir ege-men güç olmasını engellemeli ve onun sınırlarını belirleyebilmelidir.⁴⁰

Kamusal alan eleştirel bir siyasetin olduğu yerde vardır. Eleştirel siyaset ise riskli bir yapıdadır; çünkü mevcut siyasal yapıyı dönüştürme iddiası onun doğasında vardır ve riskli politikalar geliştirme potansiyeline her zaman sahiptir. Risk, statükonun istikrar iddiasından ve sağladığı "güvenlikten" uzaklaşılması ihtimalini doğurur. Önemli olan ise bu riskli düşünceler olmaksızın ulaşılmak istenen sağlıklı müzakere süreçlerinin yaşanamaz ve kamusal alanın inşa edilemez olmasıdır.⁴¹

Görüldüğü üzere devletin meşruiyeti salt yasalarla ve seçimle gelmiş olmalarına dayandırılmaz, rasyonel iletişim meşruiyetin temel dayanağı olmaktadır. Hukukun üstünlüğü prensibine tabi olunması ve kolektif konulara ilişkin kararların kamusal alanda oluşturulması, meşruiyetin özüdür. Devlete bahşedilen yetkiler ancak bu sınırlar dahilinde kullanılabilir. Kamusal alanın etkinliğini kaybetmesi, devletin denetimsiz kalması anlamına gelir ki bu da meşruiyet krizini yaratan asıl nedendir.⁴²

Müzakere sürecinde toplumun parçalı yapısı için birleştirici işlev görecek olan ise hukuktur. Yurttaşların siyasal iradelerini ortaya koyacakları müzakere sürecinin garantörü o, olacaktır. Hukukun meşrui-

³⁸ Levent Köker, "Demokratik Meşruluk, Kamusal Alan ve Çok Kültürlülük Sorunu," Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, Hil Yay., İstanbul, 2010, sf.310.

³⁹ Gülgün Tosun, "Türkiye'de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasi-nin Pekişmesi Yönündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım," Ege Akademik Bakış, cilt 1, sayı 1, 2001, sf.229.

⁴⁰ Köker, a.g.m., sf.316.

⁴¹ Çelebi, a.g.m., sf.279.

⁴² Yükselbaba, a.g.e., sf.164-165.

yeti ise yine demokratik irade ve görüş oluşturma sürecinin -kamusal alanın- varlığına bağlıdır. Kişiler, yasalara onların yapıcıları oldukları için uymalıdır. Yasalar ancak bu şekilde rasyonel olarak algılanabilecek, kişilerin önünde duran bir engelden daha fazlasını ifade edebilecektir. Kamusal akıl da böyle bir yöntemle somutlaştırılabilecektir.⁴³

Habermas, müzakere süreçlerinin meşruiyetini sağlamak üzere iletişimsel eylemi ve müzakereci demokrasi kuramını öne sürmüştür. Bu anlayış kamusal alan, demokrasi ve hukuk arasında sıkı bağlar kurmaktadır. Amaç; hür, eşit, özerk yurttaşların kendilerine ilişkin konuları kendilerinin düzenlemesidir. Sözü edilen düzenlemeleri yapmak için oluşturulacak kamuoyu ve müzakereler ise kamusal alanın içinden çıkacaktır. Burada asıl olan bireylerin bir özne olarak kamusal alanda var olması ve birbirleriyle etkileşim içine girmeleri olacaktır. Buna göre, sözü edilen etkileşim ve müzakere süreci demokratik oldukları iddiasında olan tüm kamusal kurumların meşruiyeti için zorunludur. Habermas'ın savunusu; meşru bir demokrasi için araçsal eylemin yeterli olmadığına işaret ederek iletişimsel eylemi yani toplumsal ve katılımcı olanı temel alır. Herkes kendi yaşam tarzını etkileyecek olanı özgürce ve makul bir sistem içinde tartışma olanağı bulmalı ve buna yönelik kararları yine kendisi almalıdır. Müzakere süreci ile oluşturulan fikirler ise seçimle parlamentoya yansıtılarak ya da iktidar eliyle uygulanarak hayata geçirilmiş olur. Habermas meşruiyet krizinin ancak bu şekilde yaşanmayacağını ve mevcut krizin de böyle aşılabileceğini ortaya koymuştur. Meşruiyet, müzakere sürecinin kendisiyle bulunur.⁴⁴

Görülüyor ki müzakere süreçleri hiçbir baskıya açık değildir, bu süreçte yalnızca hür ve eşit yurttaşlar vardır ki onlar böylece etkilenmemiş iradelerini ortaya koyabileceklerdir. Kamusal alana devletin dahil olmayışı da bununla daha net açıklanabilir. Devlet iktidarını kullananlar, müzakere sürecinin bir aktörü değil ancak o müzakereden çıkacak sonuçların uygulayıcısı olmalıdır ki meşru kararlar alabilsin ve kendisi de meşru bir iktidar olarak kalabilsin.

Son olarak eklemekte yarar vardır ki müzakere sürecini tahayyül ederken ve meşruiyet krizinden bahsederken kurucu iktidar-tali iktidar ayrımı da göz ardı edilmemelidir. Mevcut devlet iktidarını kulla-

⁴³ Çelebi, a.g.m., sf.273-274.

⁴⁴ Yükselbaba, a.g.e.,sf,168-176.

nanlar kurucu iktidardan uzaklaşırlar. "Kurucu iktidarlar demokratik rejimin temelini oluştururlar. Bu anlamda kurucu iktidarlar, siyasetin hareket alanı olacak çerçeveyi belirlerlerken tali iktidarlar ise mevcut olan güçlerin dengesini gözetecektir. Tali iktidarlar dünün muhalifleri olsa da gözden kaçırılmamalıdır ki onlar şimdinin statükosudur. Kurucu iktidarlar siyasal rejimi var ettiğinden sınırsız bir kabiliyeti haizdir ki bu noktada düşünülmesi gereken kamusal alandır; zira kamusal alanlar, kurucu iktidarlar bakımından potansiyeldir. Kurucu iktidar ancak kamusal alan içinde şekillenirler.⁴⁵ Toplumların kurucularına sahip çıkışları da kamusal alanın kurucu iktidar potansiyelindedir. Sahip çıkılan toplumsallıktır, kurucu akıldır, yoksa onlara atfedilen değer bir mitleştirmeden ibaret olamaz/olmamalıdır.

III. Neo-liberalizmin Meşruiyet Algısı ve Yurttaşlık

Yurttaşın kamusal alanda varlığını unutmaması bir süreç ve algı meselesi olarak karşımıza çıkıyor. Kamusal alanın geriye çekilmesinde, sosyo-ekonomik sistemin bahsedilmeye çalışılan etkisi yanında, toplumsal değişimlere bireylerin verdiği tepkilerin de etkisi vardır. Sennett, bireyin saklanmaya ve seyirci haline gelmeye başlamasının 18. yüzyıldaki değişimlerle başladığını söylemektedir. Ona göre, bu dönem özellikle yükselen fakat kendisinin ne olduğunu kavrayamayan burjuva sınıfının ve orta sınıfta olan fakat burjuva olmayan kesimin maddi değişimlere karşı duyduğu korkunun bir ifadesi şeklinde, gelişmiştir. Süreç içinde görülen şehirleşme, yabancılaşma sorununu da beraberinde getirmiş, bu ise bireyleri seyirci haline getirecek ortamı hazırlamıştır. Dönem koşulları itibariyle, Ortaçağ'dan farklı olduğu gibi Rönesans döneminden de farklı düzlemde gelişme göstermiş, seyircileşme kanıksanmaya başlamıştır.⁴⁶ 19. Yüzyıla gelindiğinde ise; kaba bireycilik ile en uygunun, hayatta kalması fikri ve ekonominin de bunlarla benzer şekilde düzenlenmesi; toplumun birey için çalıştığı, var olduğu ve bireyi güçlendirdiği anlayışını yerleştirmeye, birey ve "onun özel güçlerinin", arzu ve zevklerinin kutsanmaya başlamasına yol açmıştır.⁴⁷

Burjuva kamusal alanının uğradığı değişim, şeklen değerlendirildiğinde görülecektir ki demokratik kurumlar ve yöntemler bakım-

⁴⁵ Çelebi, a.g.m., sf. 237-241.

⁴⁶ Sennett, a.g.e, sf.73-94.

⁴⁷ A.e., sf.73-74.

dan ilerleme kaydedilmiştir. Ancak burada işlevsel bir değerlendirme yaparak değişimin niteliği ortaya konabilir. Burjuvazi dağıtımın kurumsallaştırılmasından yanadır ve bu biçimde ekonomik sistemle politik sistem arasında köprü kurularak meşruiyet ihtiyacında artma olur; ancak tam da bu noktada neo-liberal algı devreye girer. Bu algı, yurttaşların edilgen kaldığı ve onlara salt seçimlerle hareket kabiliyeti kazandıran bir anlayış geliştirmiştir.⁴⁸ Modernizmin emperyalist söylemlerinin yarattığı kriz ise yeni kavramlarla örtbas edilmeye çalışılmıştır: Post-modernizm, sivil toplum, küreselleşme.⁴⁹

Küreselleşme söylemleri ve post-modernist akımlar altında bireyciliği kutsamaya başlayan insanların meşruiyet algıları değişmiştir. Katılımcı olmalarının zorunlu olduğu müzakereci demokrasi, onlar için anlam ifade etmemeye başlamıştır ya da böyle görünmektedir. Toplumsal olanın, katılımı sağlayacak ilkelerin göz ardı edilmesi ve zaten onlara müdahale edilemeyeceği kanısı/yanılgısı, ilkesel düşünmeyi ötelemeye başlamıştır. Bir partinin meşruiyeti; liderinin iyi bir hatip olmasına, güzel şarkı söylemesine ya da ailesiyle beraber çizdiği mutluluk tablolarına bağlanmaya başlamıştır. Oysa bunlar, salt özel alana ilişkindir ve zaten kamusal güç kullanacak iktidarların bireysel özelliklerine indirgenerek seçilebiliyor olması, kamusal alanın katılımcılarından ve en başta kamusal fikrinden yoksun kalındığını gösterir.⁵⁰

Bireyselliğe indirgeme yanılgısı aynı zamanda iktidar sahiplerinin meşruiyet krizini “aşmaları” ve devamlılıkları için de uygun bir yol olmuştur; çünkü sistemlerin uygulamada kabul görmeleri, insanların bilincinde meşrulaştırılmalarına bağlıdır. Bireyler de iyi yaşayacaklarına inançla -ikna olarak/olmuş gibi yaparak- düzene rıza gösterir ve sisteme katkı sunarlar, zira sistemin devamı için bu katkı gereklidir. Meşruiyetin amacı da zaten budur.⁵¹

Küreselleşme ile “bireyliğine” sahip çıkan insan, sessizliği içinde kendisini kalıp yıkıcı olarak da görebilmektedir; ancak söz konusu algı içinde kişi mevcut iktidarların devamının teminatı olmaktadır.⁵²

⁴⁸ Yükselbaba, a.g.e., sf.162.

⁴⁹ Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, sf.18.

⁵⁰ Sennett, a.g.e., sf.15-47, 349-356.

⁵¹ Habermas, Küreselleşmeye Milli Devletlerin Akıbeti, sf.8.

⁵² Kadir Cangızbay, “Globalleşme ve Kamusal Alan”, Kamusal Alan, Ed. Meral Öz-

Herkesin kendisini izleyici saydığı, tek bir bilgi kaynağı ve bunların bilinmesi mitosunun da yaşandığı ortamda, aslında tek bir oyun olduğu ve bunun oynandığı sonucuna varılabilir.⁵³

Küreselleşme ve bu anlamda devleti küçültüp özelleştirmeleri arttırma söylemi beraber gelişmektedir ve üretim salt pazar için yapılır, zira kapitalizm ancak bu şekilde beslenebilmektedir. Her şeyin pazar için üretildiği söylemi bir taraftan da üretilen her şeyin pazar için üretilmiş olduğu algısını da beraberinde getirmektedir. Üretici aklı ile farklı olan insan kendi ürettiği her şeyi pazar için üretmeye başlamakla ya da buna inanmakla kendisini de pazarlık konusu (mal) olarak görmeye başlamaktadır. Meşruiyet krizi tariflenmeye çalışılırken sıkça üzerinde durduğumuz üzere neoliberalizmin aktörleri, statükoyu oluşturduklarından, tarih üretmeyen, izleyen, susan insanlar istemektedirler.⁵⁴

Bireylerin nesneleştirilmesi karşısında izleyici olmayı kabullenenler kendisi dışında belirlendiğini düşündüğü ve kendisinin hiçbir katkısının olmadığını içselleştirdiği dünyaya dahil olmamaya ve ancak ondan kendi çıkarınca sonuçlar elde etmeye başlamaktadır. Kişi, kendi kendine devam ettiğini düşündüğü düzene ayak uydurmaya çalışmakta ancak ona dahil olduğunu fark edememektedir.⁵⁵

Sennett' in öne sürdüğü kişilerin kamusalıklarını kaybedip düşükleri mahrem sorgulamaları ve böylece benliklerinden uzaklaşıp narsist, doyumsuz izleyicilere dönüşmeleri durumu, herhalde bu metalaşma anlayışıyla ilintilidir.⁵⁶

Kamusal alanda kişilerin üreticiliğine müsaade edilen bir zemin vardır ve moral değerlerle beraber estetik ve entelektüel gelişim için de uygun alan mevcuttur. Bu bakımdan kamusal alan kendisiyle beraber medeniyeti de sonlandırabilecektir.⁵⁷ Siyasal süreçlere katılımlarının mümkün olmadığı düşüncesindeki insanlar, aynı zamanda siyasete

bek, İstanbul, Hil Yay., 2010, sf.293.

⁵³ A.e., sf.302-303; Ayrıca Sennet de kültürlü olma kaygısının fazlaca yaşandığını vurgulamakta fakat bireyselleştirilmeye verilen önemle beraber bunun, cehalete sebep olduğunu söylemektedir, bkz. Sennett, a.g.e., sf.268-308.

⁵⁴ Cangızbay, a.g.m., sf.286; Birlir, a.g.m., sf.306.

⁵⁵ Cangızbay, a.g.m., sf.291.

⁵⁶ Sennett, a.g.e, sf.414-431.

⁵⁷ Cangızbay, a.g.m., sf.299.

yabancılaşacaktır. Kişiler özerk ve bireysel olana yönelmişken kolektif olandan da bir o kadar uzaklaşmaktadır.⁵⁸ Bu noktada çokça yakınılan bir konu olarak gündemin sık değişmesi ve bir öncekinin çabuk unutulması, hatırlanabilir. Bu sorun genellikle “balık hafızası” ithamıyla açıklanmaya çalışılsa da kişinin dahil olmadığı/olmadığını düşündüğü bir alanla ilgili yaşananları kolayca unutulması gayet doğaldır. Dolayısıyla gündemin sık değiştiğinden ve “balık hafızalı” olunuşundan şikayetlerin aslında, kamusal alanın yokluğundan kaynaklandığı söylenebilir.

İzleyicileşme demokrasiyi çürüten başat durum olarak karşımıza çıkar, zira katılımın yokluğunda demokrasinin olması söz konusu değildir. Bir katılım aracı olarak partilerin lider iradesine yaslanması, bu irade üzerinden oluşacak bir siyasi ortamı yaratma eğilimi, şahıslar üzerinden çalışılması, meşruiyet algısı üzerinde oynama yapmaktadır. Partilere karşı duyulan güvensizlik ve katılımcılıktan uzaklaşma eğiliminde, ekonominin neo-liberal politikalar çerçevesinde yürütülmesi ve şirketlerin dünya çapında çalışması, dolayısıyla da ekonomiye ilişkin kararların ülke çapında verilememesinin de etkisi büyüktür.⁵⁹ Ancak bu durumun aşılması da kamusal alanla mümkün olacaktır, aksi halde ise ekonomik gelişmeler karşısında gelişen kayıtsızlığın siyasi ve sosyo-kültürel alana sirayet etmesi kaçınılmazdır. Bu anlamda kamusal ilkesi, hareketlilik istemektedir ve bunu devlet değil toplum yapabilir.

Meşruiyet algısının önemi Habermas’ın görüşleriyle de vurgulanabilir; zira ona göre sosyo-kültürel sistem aracılığıyla tüm kriz eğilimleri aşılabilecektir.⁶⁰ Bu anlayışta çözülmesi gereken tek problem, sosyo-kültürel bakış açısında yaşanan tıkanıklık olmasa da çıkış noktası budur ve zaten sınıfsal bilincin oluşmasının önündeki engelin öncelikle neo-liberalizmin yarattığı algı kirliliği olduğu söylenebilir.

Habermas’ın söylem kuranında Marksist anlayışa göre bir üst yapı kurumu olarak işlev görebilecek kültür, demokrasinin zemini- dir ve onu öncelikle sağlamlaştırmak gerekir, zira ancak bu şekilde demokratikleşmek mümkün olur. Bu kapitalist ülkelerin sorunlarına odaklı bir tavidir;⁶¹ ancak öncelikle ortaya koyduğumuz meşruiyet

⁵⁸ Yükselbaba, a.g.e.,sf. 166.

⁵⁹ A.e., sf.164-166.

⁶⁰ A.e., sf.163.

⁶¹ A.e., sf.168.

algısı sorununun çözülmesi gerektiği de ortadadır. Zira meşruiyet sorunu olduğunu bilinçli bir biçimde kabul edip bunu çözme inisiyatifini kullanmak, çözüm için zorunludur. Meşruiyet sorunu olduğunu fark edip bundan rahatsız olabilmek de kültürel bir değişimi gerektirecektir. Şunu da eklemek gerekir ki kamusal bir fikirdir, anlayıştır. Aleniye, demokrasiye, özgürlüğe ve katılımcılığa dayanır. Bazı dönemlerin kültürel, siyasal, ekonomik akımları onu unuttursa da bu fikirler varlığını devam ettirir ve sahipleri tarafından hatırlanıldığında, olması gereken formda yeniden hayata geçirilir. Bunun mümkün ve kalıcı olması da yine kamusal fikrinin anlaşılması ve dönemsel rüzgarlardan etkilenmeyecek bir kamusal kültürün oluşmasıyla sağlanabilir.

Demokrasi ve hukuk devleti ile aleniyet birbirlerini tamamlayan parçalardır. Anayasal devlet tam anlamıyla şeffaflıkla ilintilidir, zira aleniyet demokratik bir hukuk devletinin hem şartı hem de bir sonucudur. Demokratik hukuk devletlerinde birey özne olmalı ve devlet, onun uygulayıcısı olarak görev yapmalıdır. Dolayısıyla bireylerin katılımcı olmaları zorunludur. Hiçbir lider, parti veya siyasal parti programı, yurttaşların devlet yönetiminde söz sahibi olmasının ve demokratik katılımın yerini dolduramaz. Devlet yönetiminde söz sahibi olmak için ise devlet faaliyetlerinin aleniliği zorunludur. Özellikle idarenin eylem ve işlemlerinin tartışılması, eleştirilmesi ve en doğrunun bulunması için şeffaflık, aleniyet, bir anahtardır. Gizlilik ancak antidemokratik rejimlerde meşru kabul edilebilir. Halkın denetim yapabilmesi için de hükümettekilerin her türlü fiil ve kararlarının bilinmesi ve izlenmesi gerekir. Bu, keyfiyeti engelleyecek yegane yoldur.⁶²

Demokratik yönetimin, yani seçimle iş başına gelmenin, demokrasinin tek ayağıymış gibi algılanması ve seçimlerin mitleştirilmesi, seçilenleri denetimsiz bırakır ve iktidarların milli irade söylemiyle dilediklerini yapabilmelerinin önünü açar. Bu halde ise ne demokrasi sağlanmış olur ne de hukuk devleti olmanın gerekleri yerine getirilir. Bu nedenle seçimlerin demokrasinin bir ön koşulu olduğu fakat yegane sağlayıcısı olmadığı anlaşılmalıdır.⁶³

⁶² Ayhan Döner, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme ve Sınırları, 12. Levha Yay., İstanbul, 2010, sf.32-34.

⁶³ İlhan Özal, Günişığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, sf.71-72.

IV. Kamusal Alanın Çöküşünde Medya ve Sivil Toplum Kuruluşları

Meşruiyet krizini ve bir meşruluk yanılması doğuran neo-liberal dönemin, ulaşım ve iletişim teknolojisindeki hızlı gelişmelere sahne olduğu ve bundan beslendiği söylenebilir. Zira kapitalist sınıfın taleplerine göre biçimlenen bir teknoloji söz konusudur.⁶⁴

Medya, neoliberal dönemin çıkar çatışmalarından hayli etkilenmiş ve ekonominin şekillenmesiyle paralel olarak bir kamusal alan olmaktan çıkıp tüketim alanı haline gelmiştir. Katılımdan uzak izleyiciler için ise kamusal alan görüntüsünde bir sahne olarak işlev görmeye başlamıştır.⁶⁵

Günümüzde medya çokluğu çeşitliliği sağlar görünmemektedir. Ekonomik gelişmelerin ön plana alınması ve belirleyici güç olarak kabul edilmesi, medya patronlarının aynı ürünü farklı yöntem ve araçlarla pazarlaması sonucunu doğurmuştur. Siyaset ve toplumsallık medyada da ekonominin ardında kalmıştır. Bu biçimde mali sıkıntılar ile meşruiyet zedelenmesi medya kurumlarınca aynı anda yaşanır duruma gelmiştir.⁶⁶

Yeni medya; karşılık verememe ve seyircileşme algısını iyiden iyiye yaratmıştır. Konuşma, tartışma, savunma, karşı çıkma; televizyonlar ve radyolar karşısında imkansız hale gelmiştir. Dolayısıyla bu tip kitle iletişim araçlarının yarattığı dünya, salt görünüşte kamusal olmakla kalmaktadır.⁶⁷

Özellikle kamu kuruluşu olarak örgütlenmiş yayın organlarının kamu hizmeti görmeleri beklenen bir durumdur. Bunun mümkün olabilmesi için ise herkesin rahat ve eşitçe erişebileceği yayınlar yapılmalı, programlar eğitime ve eğlenme eksenli olarak düşünülüp dengeli bir biçimde seçilmeli, politik konularda ise tarafsızlık sağlanabilmelidir. Medya kuruluşlarından belli oranlarda bu özellikleri sağlayabilmeleri beklenirken karşımıza siyasi ve ekonomik alan ayrışması ve bu ayrışmada ekonominin baskınlığı sorunu çıkmaktadır. Yayın kuruluşları

⁶⁴ Cangızbay, a.g.m, sf.285.

⁶⁵ Yükselbaba, a.g.e., sf.167.

⁶⁶ 67D.Beybin Kejanlıoğlu, "Medya Çalışmalarında Kamusal Alan Kavramı", Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010, sf.698-699.

⁶⁷ Habermas, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, sf.290-291.

kamu yararı gözeterek hareket ederlerse yurttaşlara yönelik yayım yapmakta fakat piyasanın görünmez elinin inisiyatifini öncelikli kabul ederlerse belli kesim tüketiciler için çalışmaya başlamaktadır ki günümüzde açıkça ikincisi tercih edilmektedir. Oysa medyanın yurttaşları bilgilendirmesi, kamusal alanın inşası ve devamı için, dolayısıyla demokrasi için, zorunludur. Zira bireylerin bilgi sahibi olmaları ve katılımcı haline gelmeleri ancak medyaya erişebilmeleri, tartışmalara katılabilmeleri ve yine medyadaki temsillerinin üretilmesine katkı sunabilmeleri ile mümkündür.⁶⁸

Görüldüğü üzere medya sektöründeki patronlaşma, tekelleşme bilgi alış verişi üzerinde de etkili olmaktadır ve bu durum, düşünce ve ifade özgürlüğünü doğrudan etkilemektedir. Düşünce ve ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi, aktif yurttaşlar haline gelenebilmesi, medyada çoğulculuğu korunmakla mümkün olabilecektir. Devletin düşünce ve ifade hürriyetini sağlamak için onu engellememesinin yanında pozitif yükümleri olduğu da hatırlanarak basında tekelleşmenin önleminin kamusal alanın sağlanması için zorunlu olduğu söylenebilir.⁶⁹

Medya meselesine katılımcıların aktivitesi açısından da bakmak gereklidir. Kamusal alanlar oluşturabilmek için program yapmak ya da onlara katılmak, şarkı söylemek, film çekmek gibi yöntemler kullanılıyor olmalı ve bunlara ilgi duyulmalıdır. Medyanın kamusal yaşam üzerinde ekonomik ve siyasi boyutta dengelenmeye ihtiyacı olduğu gibi yurttaşlara da ihtiyacı vardır.⁷⁰

Küreselleşmede ulaşım ve iletişim teknolojisinin gelişimi yadsınmaz.⁷¹ Ancak bunlar ekonomik temelli kullanılmaktadır. Bundan çıkış yolu için medya için ulusal düzenlemelerin yapılması, tekelleşmenin öncelikle önlenmesi gereği ortaya konabilir. Bu süreçte haberleşmenin sağlığı bakımından sosyal medya alternatifi de önemlidir. Yeni toplumsal hareketlerde, bu alternatifi değerlendirilmekte olduğu görülmektedir.

Meşruiyet krizi konusunda ele alınacak bir diğer konu ise sivil toplum kuruluşları (STK'lar) olacaktır.

⁶⁸ Kejanlıoğlu, a.g.m, sf.693-698.

⁶⁹ Mehmet Semih Gemalmaz, Haydar Burak Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı, İstanbul, Yazıhane Yay., (t.y.), sf.188.

⁷⁰ Kejanlıoğlu, a.g.m., sf.710.

⁷¹ Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, sf.12.

Demokrasinin, kamusal alanın, sağlıklı işleyebilmesinin hem devlete hem de topluma ilişkin bir sorun olduğu açıktır. Meşruiyet meselesinin bir taraftan devletin meşruiyet krizi diğer taraftan da toplumda oluşan meşruiyet yanığı üzerinden açıklanmaya çalışılması da bu sebeptir. Dolayısıyla demokrasi ve meşruiyet sorunu hem devlet hem de sivil toplum meselesi olarak karşımıza çıkar, zira meşruiyet kaynağı olacak demokrasi formel bir sistem değil bir ihtiyaçlar sistemidir ve toplumsal düzeyde gelişim içinde olmalıdır. Devlete dayalı siyaset üretmenin, bu bakış açısından uzaklaşma sonucunu doğurabileceği gerçeği siyasetin toplumsal olması gereğini ortaya koymakta, bu da STK'ların kamusal yaşam üzerindeki etkinliğini ifade etmektedir. Devletle toplum arasında oluşacak köprü olma vasfıyla STK'ların önemi, iletişimin ve politikanın ticarileştiği bu dönemde daha da artmaktadır.⁷²

STK'ların bu önemli işlevlerini piyasa koşullarına dayalı olarak çalışan sendika ya da kooperatiflerin, iktidar olma amacını öncelikli gören siyasi partilerin, devlete bağlı çalışan kamu kuruluşlarının, şiddete yönelen örgütlerin ya da bireyin içsel yaşamını dizayn etme gayretindeki tarikatların, ne kadar sağlayabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu sorun STK'ların olması gerekenden uzaklaşmaları ile ilintilidir, zira demokratikleşme işlevi görececek olan STK'ların bu anlamda var olabilmeleri için taşımaları gereken özellikler vardır. Öncelikle bu kuruluşların gönüllülük esasına dayalı olarak çalışmalarını yapmaları gerekir ve amaçları da toplumsal iyiyeye katkı sağlamak olmalıdır. Ayrıca bu kuruluşlar dikey eksenli hiyerarşik ilişkilerden uzak olmalıdır, zira hiyerarşi baskıyı beraberinde getirir ve böyle bir ortamda kamusal fikirlerin sağlıklı olarak ortaya çıkması düşünülemez. STK'lar ayrıca açıklık ve belli bir konuda uzmanlaşmış olunması özelliklerine de sahip olmalıdır. Özellikle devletin sahip olması gereken aleniyet ilkesinin bu kuruluşlar bakımından da zorunlu bir özellik olduğu unutulmamalıdır. Aleniyet bir kurum ya da kuruluşun meşruiyetini sağlayacak biçimsel bir ilke olmaktan ziyade kamusal fikirinin kurucu unsurudur. STK'ların kendi içlerindeki işleyişinin sağlıklı olması da aleniyetle beraber diğer sayılan özellikleri taşımalarıyla mümkün olacaktır. Aynı zamanda şu da unutulmamalıdır ki devlet, sivil toplum kuruluşları üzerinde gücünü kullanmamalı, özerk bir sivil toplumun varlığını tanımalı ve taleplerini dikkate alırken hakem rolünün dışına çıkmamalıdır.⁷³

⁷² Tosun, a.g.m, sf. 225-228.

⁷³ A.e., sf.231-240.

Neo-liberal döneme bakıldığında ise yaşanan kimlik siyaseti sorunu, sivil toplum içinde yer alan örgütlü çıkar gruplarının devletle beraber hareket etmeye başlayarak ranta yönelmeleri, STK'lara yönelik gelişen fon akışı dikkat çeker. Dolayısıyla STK'larda elitizme yakınlaşan fonlardan beslenen bir tür yeni sınıf yaratma tehlikesi baş gösterir.⁷⁴

Başka bir taraftan da sivil toplum söylemi özellikle otoriter rejimler karşısında çokça dilendirilmeye başlanmış, ancak bu kavram, kamu politikaları karştı neo-liberal düşünce içinde de popüler hale gelmiştir. Bu dönemde özellikle halk egemenliği ve demokratik meşruiyet sorunları böyle çözülmeye çalışılmıştır. Habermas'a göre de kamusal alan bu anlamda sivil toplum içindeki iletişim tarzlarının bir ifadesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda sivil toplum örgütlerinin iç işleyişleri, STK'lar arasındaki etkileşim, önem kazanmaktadır.⁷⁵

Sivil toplum içinde iktidar odaklarından bağımsız, onların himayesinde olmayan özgür kurumların varlığı başatır. Bu özgür örgütlenmelerin aracılığıyla toplum dolaylı olarak kendisine ilişkin değerlendirmelerini eyleme dökebilir ve devlet iktidarı da bunlarla kendisine yön verir/vermelidir. Ancak günümüzde gelişen durum, güçleri oranında siyasi iktidarla çıkarlarını dengeleyen kuruluşları karşımıza çıkarmaktadır. Yaşam tarzlarındaki farklılaşma ve yabancılaşmanın bir tezahürü olarak çok çeşitli kurumlar ve dolayısıyla çıkar dengeleri meydana gelişmiştir. Örgütlenme modelleri ise genel itibariyle kapalıdır, bu kapalılık onların güçlenip hükümetle etkili lobi faaliyetleri yürütmelerini desteklemektedir, zira aleniyetten uzak bir anlayışın demokrasiyi ve bu bağlamda kamusal alanın oluşumunu temin etmesi beklenemez. Bu tip bir örgütlenme modelinin tasarımının kimlerce yapıldığı ise yine bir tartışma konusudur. Örgütler, üye çıkarları üzerinde odaklanmaktadır ve toplumsal müzakere süreci arayışı yerine bu çıkarların çatışması süreci belli sonuçlara bağlanmaktadır.⁷⁶

Sivil toplumun kendi içinde demokrasiden uzaklaşması devletin de demokratik esaslara dayalı olarak işlemesini imkansız kılar. Demokrasi müzakere süreci üzerine kurulmalıdır ve devletin demokratik meşruiyetini sağlayacak mekanizma da sivil toplumdur.⁷⁷

⁷⁴ A.e., sf.233-237.

⁷⁵ Çelebi, a.g.m., sf.237-246.

⁷⁶ A.e., sf.263.

⁷⁷ Tosun, a.g.m., sf.228-230.

Görülüyor ki sivil toplum kuruluşlarının tek başına varlığı demokratikleşmenin bir aracı olmayacaktır. Bunun olabilmesi için ise yurttaşlara görev düşmektedir. STK' larla beraber düşünüldüğünde yurttaştan beklenen üyelik, karşılıklı hak ve ödevlere sahip çıkma ve pratikte katılımıdır. Bunun sağlanabilmesi için demokrat kişilik bilincinin yerleşmesi gerekmektedir. Demokratik kişilik, öncelikle inisiyatif sahibi bir birey olmayı, bunun yanında açık fikirli, yanılıgıyı kabul eden, hoşgörülü, eleştirel olmayı gerektirmektedir. Sivil toplum içinde de ancak bu şekilde aidiyet ve temsiliyet kavramlarına sarılmaktan çok gönüllü üyelik ve eleştirel yurttaşlık gelişebilecektir. Habermas' ın da demokratikleşme için yol olarak gösterdiği alanın kültür olduğunu hatırlanarak denebilir ki demokratik siyasal kültür demokratik devletin olduğu gibi, demokratik sivil toplumun da yapı taşıdır. Demokratik kültüre sahip olmayanlarda kamusal fikrinin oluşmayacağı ve dolayısıyla onlardan teşkil edilecek devlet ve sivil toplum kuruluşlarının da demokratik olmayacağı sonucuna varılabilir. Bununla beraber unutulmamalıdır ki her toplum da kendine uygun düşecek demokratikleşme ve sivil toplum modelini yaratacaktır, hepsine uyan bir model yoktur, zira bu kültürel bir hareketlenmedir.⁷⁸

SONUÇ

Tarihsel süreç içinde devlet ve toplum ayrışmasının belirginleşmeye başlamasıyla kamusal alanın da varlık bulduğu görülmektedir. Bu alan, devletin denetim mekanizması olarak işlev görürken onun faaliyetlerinin tek meşruiyet kaynağıdır da.

Sosyal refah devletinin çözülmeye başladığı neo-liberal dönemde, devletin özellikle belli ekonomik grupların çıkar dengelerine göre hareket etmeye başladığı, kamu hizmetlerinden el çekerek özelleştirmelere ağırlık verdiği görülmektedir. Devletin bu işlevsel dönüşümü ile yurttaşların kabulü, kamusal konuların şahsileştirilme-ye başlanması ve kişisel algılanması sonucunu doğurmuştur. Kamusal ve aleniyet fikirlerinden beslenen kamusal alan, bu koşullar altında geriye çekilmiştir. Kamusal alanın yokluğu ise bir meşruiyet krizine neden olmuştur.

⁷⁸ A.e., sf.232-240.

Devletin kamusal alan dışındaki muhataplarına dayanarak “toplumsal kararlar” vermeye başlaması meşru hareket etmediğini göstermektedir; ancak meşruiyet sorununun olduğu, öncelikle yurttaşlarca fark edilmelidir. Ekonomik gelişmelerle paralel olarak ortaya çıkan katı bireycilik, sosyal algı üzerinde de etkili olmuş ve toplumsal değerlerin soyutlanmaya başlamasına neden olmuştur. Bu durum içindeki bireyin katılımcı olmaktan uzaklaşması, sistemin ekonominin istediği biçimde gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Oysa bu çalışmanın çeşitli bölümlerinde üzerinde durulduğu gibi ekonomik ve siyasal sistemler beraber fakat ayrı kollardan ilerlerler ve siyasal sistemin “katılımcıları” eliyle geliştirilmesi gerekmektedir ki devlet ve güç sahibi grupların çıkar dengelerine göre toplumun şekillendirilmesine son verilebilsin. Bireylerin aktif birer yurttaş haline gelebilmeleri için ise kültürel bir değişimin olması gerektiği söylenebilecektir..

Medya ise işlevinden uzaklaştığı ölçüde meşruiyetini kaybetmeye başlamaktadır. Haber alma hakkı düşünce ve ifade özgürlüğü için de zorunludur ve bireylerin katılımcı birer yurttaş haline gelebilmeleri için medyanın rolü önemlidir. Ancak medyadaki tekelleşme ve ekonomi odaklı yayıncılık kamusalıktan uzaklaşılmasına ve haber alma hakkının sağlıklı bir biçimde kullanılamamasına neden olmaktadır.

Kamusal alan ile devlet arasında önemli bir köprü olan sivil toplum kuruluşları da ancak kendi içinde demokratik olup toplumsallığa yöneldiğinde, bu işlevini yerine getirebilmektedir. Sivil toplum kuruluşlarının kendi içindeki işleyişinin baskıcı ve kapalı olması ya da amaçlarının kamu yararından uzaklaşması; bu kuruluşları, tek tip kişilik yaratmaya yönelen ve bireyin hem özel hem kamusal hayatını tahakküm altına alan bir yapı haline getirecektir

Demokrasinin sağlanabilmesi için gerekli olan kamusal alan özellikle idarenin keyfilikten arındırılması amacı taşımaktadır. Dolayısıyla devletin eylem ve işlemlerinin toplum tarafından bilinir hale gelmesi, yurttaşların bilgi edinme hakkının olması ve toplantıların aleniliği, kamusal alanın sağlıklı işleyişi ile doğrudan ilintilidir. Bu koşulların sağlanmasındaki amacın kamusal alanın işlevsellik kazanması olduğu kabul edilmeli ve düzenlemeler bu anlayışla yapılmalıdır, zira kamusal alan denetim işlevi görür; uzaktan onay mekanizması değildir.

Kamusal alanın çöküş sürecinde bu alanın gerekli olup olmadığı sorusu gündeme sıkça gelmektedir. Neo-liberal dönemde ortaya çı-

kan çıkar grupları oldukça güçlüdür ve devletler onları dengeleme/frenleme yoluna gidebilmektedir. Bu çıkar grupları mevcutken devlete ihtiyaç vardır. Çalışmanın çeşitli safhalarında ortaya konduğu üzere devletin kontrol edilebilmesi için ise kamusal alan var olmalıdır.

Kaynakça

- Akad Mehmet, Dinçkol, Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, İstanbul, Der. Yay.,8. Bası, 2013.
- Berktaş Fatmagül, "Liberalizm: Bir Teorik Pozisyona İndirgenmesi Olanaksız Bir İdeoloji", 19.Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler, Ed. H. Birsen Örs, İstanbul Bilgi Yay., 5. Baskı, İstanbul, 2007,
- Birler Ömür, "Liberalizm", Siyaset Bilimi, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan, E. Atilla Aytekin, İstanbul, Yordam Kitap, 3.Basım, 2013.
- Cangızbay Kadir, "Globalleşme ve Kamusal Alan", Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Çelebi Aykut, "Kamusal Alan ve Sivil Toplum: Siyasal Bir Değerlendirme," Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Döner Ayhan, Şeffaf Devlette Bilgi Edinme ve Sınırları, 12. Levha Yay., İstanbul, 2010.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Devlet, Birey, Özgürlük, İstanbul, Legal Yay., 2010.
- Gemalmaz Mehmet Semih, Gemalmaz Haydar Burak, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı, Yazıhane Yay., İstanbul, (t.y).
- Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul, Beta Yay., 12. Bası, 2009.
- Habermas Jürgen, "Kamusal Alan", Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Habermas Jürgen, Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, Çev. Tanıl Bora, Mithat Sancar, İstanbul, İletişim Yay., 10. Baskı, 2012.
- Habermas Jürgen, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, Çev. Medeni Beyaztaş, Bakış Yay., İstanbul, 2002.
- Kejanlıoğlu D. Beybin, "Medya Çalışmalarında Kamusal Alan Kavramı", Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Köker Levent, "Demokratik Meşruluk, Kamusal Alan ve Çok Kültürlülük Sorunu," Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Kurtkan Amiran, Genel Sosyoloji, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- Özbek Meral, "Kamusal Alan Kavramının Kamusallaşması ve Kamu Otoritelerinin Kamusal-Özel Alan Söylemleri," Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.
- Özbek Meral, "Kamusal Alanın Sınırları," Kamusal Alan, Ed. Meral Özbek, İstanbul, Hil Yay., 2010.

- Özcan Mehmet Tefik, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Kavim Yay., 3. Baskı, İstanbul, 2007.
- Poggi Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi*, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 6. Baskı, İstanbul, 2012.
- Poggi Gianfranco, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, Çev. Aysun Babacan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 3 Baskı, İstanbul, 2011.
- Sennett Richard, *Kamusal İnsanın Çöküşü*, Çev. Serpil Budak, Abdullah Yılmaz, Ayrintı Yay., 3. Basım, İstanbul, 2010.
- Tosun Gülgün, "Türkiye'de Devlet-Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekişmesi Yönündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım", *Ege Akademik Bakış*, Cilt 1, Sayı 1, 2001.
- Türk Duygu, "Helen Güneşi Batıyor Roma Güneşi Doğuyor", *Batıda Siyasal Düşünceler*, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, 3.Baskı, İletişim Yay., İstanbul, 2012.
- Yıldırım Kansu, "Sonuç Yerine: Marksizm Uluslararası Hukuka Ne Söyler? Kapitalizmin Yönetimsel Restorasyonu: Krizler ve Yönetişim Mantığı", *Emperyalizmin Hayaletleri*, Ed. Ali Murat Özdemir, İmge Kitapevi, Ankara, 2013.
- Yükselbaba Ülker, *Habermas'da Kamusal Alan/Özel Alan Ayrımı*, Danışman: Mehmet Tefik Özcan, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.

ULUSLARARASI TERÖRİZM İLE MÜCADELEDE FRANSA'NIN OCAK 2015 PARADOKSU

THE FRENCH PARADOX OF JANUARY 2015 ON THE BATTLE AGAINST INTERNATIONAL TERRORISM

Kutlay TELLİ*

Özet: 2015 yılının hemen başında, Avrupa'nın, "Fransa'nın 11 Eylül'ü" olarak da nitelendirilen şiddet olaylarına sahne olması, küresel terörle mücadele çalışmaları konusunda yeni tartışmaların da fitilini ateşlemiştir. Bu makalede, sözü edilen olayların, uluslararası hukuk bağlamında neden olduğu güncel gelişmeler, terör örgütleri ile savaşta ortaya çıkan yeni yaklaşımların saptanması amacıyla incelenmektedir. Böylece, özellikle Avrupa kıtasında, yabancı terör savaşçılarına karşı geliştirilen terör karşıtı uygulamaların geçirdiği değişim de ortaya konulacaktır. Bu çalışma, Avrupa'da, özgürlük ve güvenlik dengesinin, yavaş yavaş nasıl güvenlik lehine değiştiğini ve bunun potansiyel etkilerinin çok tehlikeli boyutlara ulaşabileceği sonucuna ulaşacaktır.

Anahtar Kelimeler: Terörle mücadele, Fransa terör saldırısı, özgürlük ve güvenlik ikilemi.

Abstract: Acts of violence described as "French September 11" took place in Europe at the beginning of 2015. These events have sparked new debates regarding the global counterterrorism efforts. In this article, recent developments caused by the said events in the context of international legal order will be analyzed with a view to clarifying new approaches dedicated to combating terrorist organizations. In doing so, the change on the European counter-terrorism practices developed against foreign terrorist fighters will be identified. This work will also analyze the question of how the balance between freedom and security slowly changes in favor of security and its potential results in Europe.

Keywords: Battle against terrorism, France terror attacks, security and freedom dilemma.

* Dr., Hâkim, Danıştay Başkanlığı; LL.M. Leicester University Faculty of Law, kutluay2002@yahoo.com

I. Giriş

İçinde bulunduğumuz yirmi birinci yüzyıl, çatışmanın arttığı ve kan seylâplarının aktığı bir dönem olarak anılmaktadır. Afrika bölgesinin dışında, Orta Doğu bataklığında Irak, Afganistan ve Suriye'de yaşanan iç çatışmalar, küresel ölçekte "devlet" kavramının gittikçe zayıflamasının ve terörün tırmanmasının önünü açmıştır. Yasama, yürütme ve yargı temel erklerinin işlemediği bu bölgeler, devletin değil ve fakat artık devlet gibi işleyen yasa dışı örgütlenmelerin hâkim olduğu alanlara dönüşmüştür.¹ Dahası terör, diğer birçok suçun işlenmesine adeta bir koridor hazırlamış ve bu durum bölgedeki istikrarsızlığı daha da körüklemiştir. Gerçekten de terör örgütü üyeleri, uyuşturucu kaçakçıları ve silahlı gruplar arasında, şiddetin daha da tetiklenmesini sağlayan doğrudan bir bağlantı vardır.² Global barış ve güvenliğin korunmasında en önemli aktörlerden biri olan Birleşmiş Milletler (BM) tarafından da terör ile sınırı aşan suçlar, uyuşturucu, kara para aklama, silah kaçakçılığı ve nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların dolaşımı gibi yasa dışı eylemler arasında kuvvetli bağlantıya sürekli işaret edilmektedir.³

Terör ve diğer ağır suçlar arasındaki bahse konu etkileşimin sonucunda, 2001 New York, 2004 Madrid ve 2005 Londra şoklarına uğrayan dünya, son olarak 2015 yılının hemen başında Avrupa'nın göbeğinde yeni bir terör olayına şahit olmuştur. Avrupa Birliğinin lokomotiflerinden biri olan Fransa'nın başkenti olan Paris'te, sonradan "Fransa'nın 11 Eylül'ü" olarak adlandırılan⁴ iki kanlı baskın daha gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmada, bahse konu Paris saldırıları ve bu şiddetin toplumsal sonuçlarından kronolojik olarak bahsedildikten sonra; olayları taki-

¹ Çatışma içerisindeki veya çatışmadan çıkmış toplumların en kapsamlı problemleri için örneğin bkz. Kutlay Telli, 'Rebuilding Peace through the Empowerment of Justice in Conflict-Affected States', (2014) 7 Ankara Bar Review 39, at 45-49.

² Resolution adopted by the General Assembly on Measures to Eliminate International Terrorism (A/RES/49/60).

³ Örneğin bkz. Resolution adopted by the Security Council at its 4385th meeting on September 2001 (S/RES/1373 (2001)); Resolution adopted by the General Assembly on the Strengthening the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme, In Particular Its Technical Cooperation Capacity (A/RES/68/193), preliminary paragraphs.

⁴ Örneğin bkz. BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Paris attack: From 9/11 to 1/11', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30786552>, 19 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

ben teröre karşı hukuki ve yasal zeminde gerçekleştirilen yeni hamleler özetlenecektir. Böylece başta Fransa olmak üzere dünyanın terörle mücadele stratejisinin nasıl ve ne yönde eksen değiştirdiğinin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Saldırının etkilerinin mikro ölçekte tam olarak ortaya konulabilmesi amacıyla, önceden terörizme ilişkin kaydedilen gelişmeler, geniş ölçüde bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Öte yandan aşağıda da görüleceği üzere elbette Fransa'nın en ünlü mizah dergilerden birinin de bu saldırılarda hedef olması göz önüne alındığında, olayların ifade özgürlüğüne yönelik boyutlarının mutlaka incelenmesinin gerektiği söylenebilecektir. Ne var ki bu türden bir inceleme, çok daha kapsamlı bir araştırmayı gerektirdiğinden, makalede, saldırıların terör mevzuatı ve uygulamalarına olan etkisine odaklanılacaktır.

Bu çalışmanın, "terör"ün tatmin edici bir tanımlanmasının yapılması gibi bir amacının bulunmadığı burada belirtilmelidir. Öncelikle, bu kavramsal tartışma, şimdiye kadar yerli ve yabancı çok sayıda çalışmada tartışılmıştır.⁵ İkinci olarak, "terör" kelimesi üzerinde şu ana kadar uluslararası kabul görmüş bir tanıma ulaşılamadığında şüphe yoktur.⁶ Bu konuda çok geniş ve esnek bir anlayış, terör üyelerinin, devlet aygıtı karşısında "özgürlük savaşçısı" olarak nitelendirilmesine yol açabileceği gibi,⁷ çok dar bir tanımlama, temel hak ve özgürlüklerin güvenlik önlemleri karşısında gittikçe etkisizleşmesi sonucunu doğurabilecektir. Ancak bu iki zıt kutup arasında herkesin evet diye-

⁵ Örneğin bkz. Emre Öktem, 'Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri', İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi 133, <http://acikerisim.iticu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11467/237/M00068.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, adresinden erişilebilir, 24/01/2015 tarihinde ziyaret edilmiştir. Özellikle terör (tedhişçilik) kavramının tarihi ve felsefi gelişimine dair bkz. M. Şükrü Alpaslan, *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik* (Teknik Yayınlar, İstanbul 1983), s. 21-31.

⁶ Örneğin bkz. Arnold K. Amet, 'Terrorism and International Law: Cure the Underlying Problem, Not Just the Symptom', (2013) 19 Annual Survey of International and Comparative Law 17, at 27; Jean-Marc Sorel, 'Existe-t-il une définition universelle du terrorisme?' in Karine Bannelier, Théodore Christakis, Oliver Corten, Barbara Delcourt (directeurs), *Le Droit International Face Au Terrorisme* (Cedin Paris I, Cahiers Internationaux N: 17), 35-68, at 35; Uluslararası kabul gören bir terör tanımının olmayışı, bu olguyla hukukun sınırları içerisinde nasıl mücadele edilebileceğine ilişkin soruyu kısır ve cevapsız bir hale sokmaktadır: Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk* (Sekizinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009), s. 206.

⁷ Jacqueline S. Hodgson and Victor Tadros, 'The Impossibility of Defining Terrorism', (2013) 16 New Criminal Law Review 494, s. 496.

bileceği bir tasvir için başvurulacak yeni teorik tartışmalar yerine “terör” kavramının, en temel unsurlarına atıf yapan esaslı ve genel bir tanımlamaya yoğunlaşılmasında çok daha büyük bir fayda görülmektedir.⁸ Bu nedenle, makale içeriği analizler, terörizmin ve/veya terör eyleminin ne anlama geldiğinin genel olarak altının çizildiği ve terörün merkezi unsurlarına atıf yapan bir ön fikir veya kabul üzerine inşa edilecektir. Bu bağlamda, bu çalışmada, “terör” olgusunun terminolojik karşılığı olarak Güvenlik Konseyinin 1566 (2004) sayılı kararında yer alan ve BM kurumlarının üretimleri içerisinde en niteliklisi gözüken tanımlama esas alınacaktır.⁹ Zira Alpaslan'ın ifadesiyle terörün bütün tanımlama çalışmalarında vurgu yapılan iki husus olan saik-amaç-maksat ve araç denklemi, bu kararda çok net bir şekilde ortaya konulmuştur.¹⁰ Buna göre terör eylemi, sivilleri de kapsayacak şekilde bireylerin öldürülmesi, yaralanması ve rehin alınması kastıyla işlenen ve bir toplumun genelinde, bir grup içerisinde veya belirli bazı kişiler üzerinde şiddet kaygısının tırmandırılması amacıyla, bir toplumun tehdit edilmesi, hükümetlerin veya uluslararası organizasyonların belirli bir şeyi yapması veya yapmaktan kaçınmaya zorlanması için başvuru, uluslararası sözleşmelerce de terörizmle ilişkilendirilmiş olan yasa dışı her türlü eylem olarak tanımlanacaktır.¹¹

Uluslararası hukukun en güncel özelliği, küresel toplum için ortak olduğu varsayılan sorunlar ve çözüm yollarına odaklanan uluslararası kuruluşların sürekli artış göstermesidir.¹² Gerçekten de ‘uluslararası örgütler, uluslararası toplumun müşterek arzu ve isteklerini gerçekleştirebilmek yolunda her geçen gün daha da kurumsallaşmış

⁸ Daniel J. Hickman, ‘Terrorism as a Violation of the “Law of Nations:” Finally Overcoming the Definitional Problem’, (2011) 29 Wisconsin International Law Journal 447, s. 461, 462 ve 463.

⁹ Güvenlik Konseyinin 1566 sayılı kararı ve diğer uluslararası belgeler ışığında “terör” kavramının temel unsurları hakkında derinlemesine bir inceleme için bkz. Kutlay Telli, Legal Aspects of Countering Terrorism under the Practice of the United Nations: Fighting Terror through the Rule of Law and Justice (Presidency of Ankara Bar Association, Ankara- October 2014), at 75-90.

¹⁰ Alpaslan, (1983), s. 4. Alpaslan’a göre bütün terör eylemlerinde başvuru “şiddet” veya “kaba kuvvet” “terör”ün araç unsuru olarak karşımıza çıkar: Aslan, (1983), s. 8.

¹¹ Resolution adopted by the Security Council by its 5053rd meeting on 8 October 2004 (S/RES/1566 (2004)), para. 3.

¹² Vaughan Lowe, International Law (Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York 2007), at 13.

bir yapıya bürünerek büyük gelişmeler kaydetmektedir'.¹³ Aynı durum, terörle mücadele amacıyla birleşen örgütlenmeler için de geçerli olsa da uluslararası organizasyonların Fransa saldırısına yönelik özellikli tepkilerinin değerlendirilmesi için henüz erkendir. Zira bu konudaki küresel görüntü, genel hatlarıyla ortaya çıkmaya başlasa da bu makalenin kaleme alındığı dönemde ve yeni kararlar veya belgelerin yokluğunda henüz tam olarak netleşmemiştir. Bu açıdan metodoloji bağlamında, bu çalışma, Fransa'da gerçekleşen olaylara karşı hukuki zeminde ortaya çıkmaya başlayan yol haritasının değerlendirilmesini hedeflediğinden, çoğu zaman ulaşılabilecek sonuçlar deneysel, yani tecrübî (**ampirik**) değil ve fakat teorik düzeyde kalacaktır. Bu türden bir inceleme metodunun seçilmesinin en önemli nedeni, artık şekilleri ortaya çıkmaya başlayan Fransa ve Avrupa'nın yeni terörle mücadele projesi, dünya kamuoyu önünde resmi olarak sergilenmeden, projenin, eksik, yanlış ve hatalı kalan yanlarının ortaya çıkarılması ve bir tür erken uyarı (**early warning**) fırsatının yakalanmasıdır. Çalışmanın merkezinde yer alacak Paris saldırılarının etkilerinin çok taze olması nedeniyle küresel terörle mücadele stratejisinin, nasıl bir değişim gösterdiğinin ortaya konulabilmesi amacıyla yer yer siyasetlerin söylem ve eylemlerini içeren haber kaynaklarına da başvurulacaktır.

II. Fransa Ocak-2015 Saldırıları ve Saldırıların Sonuçları

Yirmi birinci yüzyılın bilimsel ve teknolojik gelişmelerinin, terörist amaçlar için kullanılması sonucu uluslararası terörizm, Çaşın'ın tabiriyle "modern" bir hüviyet kazanmıştır.¹⁴ Ulusal üstü terörizm artık çok daha etkindir. Bunun yanında, ülkelerin sınır güvenliğinin başka olgularca da delinmesi, bu etkinliğin boyutunu daha da yukarılara tırmandırmıştır. Çok sayıda yabancı terör savaşçısı veya cihatçısı (YTS) sayesinde ve YTS fenomenine karşı uygulama boşluklarının etkisiyle terör örgütleri, Orta Doğu üzerinde baskı ve şiddetini arttırmıştır. Bu noktada, YTS olgusu ile mücadelede ilk uluslararası tepkilerin, Terörle Mücadele Küresel Forumu (TMKF) ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinden geldiği hatırlatılmalıdır. TMKF Lahey-Mare-

¹³ Kutlay Telli, 'İnsan Haklarının Gelişiminde Uluslararası Kamu Örgütlerinin Rolü: Etkinlik ve Eksiklik Denklemi', (2011) 1 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 397, s. 413.

¹⁴ Mesut Hakkı Çaşın, *Uluslararası Terörizm* (Nobel Yayıncılık, Ankara 2008), s. 207.

keş Bildirisi¹⁵ ile ve Güvenlik Konseyinin 2170(2014) ve 2178(2014) sayılı kararlarında,¹⁶ 'YTS fenomeniyle sadece askeri ve siyasi boyutu nazara alınarak ve bastırıcı önlemler vasıtasıyla değil ve fakat insani ve hukuksal prensiplere riayet edilerek ve önleyici önlemlerle mücadele edilmesi gerektiği tezinin işlenmesi, terörün, tüm veçheleriyle değerlendirilmeye alındığının da en büyük göstergesidir.'¹⁷ Zira YTS tehdidi, sadece illegal yapılanmaların konuşlandığı bölgeler için değil ve fakat dışarıda eğitim aldıktan veya teçhizat temin ettikten sonra yabancı terör savaşçılarının dönüş yaptığı kendi ülkesi veya üçüncü bir başka ülke için de çok daha yüksek düzeyli bir şekilde geçerlidir.¹⁸ Güvenlik Konseyi Başkanlığının 19 Kasım 2014 tarihli açıklamasında, sadece geçiş yapılan transit veya üçüncü ülkelerin değil ve fakat aynı zamanda kaynak ve komşu ülkelerin de YTS tehlikesi altında olduğu vurgulanmıştır.¹⁹ Esasında bu tezin en somutlaşmış örneği aşağıda görüleceği üzere Fransa terör olaylarında bizzat yaşanmıştır.

Hız. Muhammed nezdinde İslam dinine ve başka dinlere yönelik hakaret içerikli karikatürleriyle gündeme gelen ve sürekli koruma altında olan Charlie Hebdo dergisine 7 Ocak 2015 tarihinde saldıran iki kişi tarafından (Cherif and Said Kouachi), büyük bir profesyonellik

¹⁵ The Hague-Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon adopted by the Global Counterterrorism Forum on 23 September 2014.

¹⁶ Resolution adopted by the Security Council at its 7242nd meeting on 15 August 2014 (S/RES/2170 (2014)) and Resolution adopted by the Security Council at its 7272nd meeting on 24 September 2014 (S/RES/2178 (2014)).

¹⁷ Kutlay Telli, 'Uluslararası Toplumun Yabancı Savaşçılar ile Mücadelesi: Birleşmiş Milletler ve Terörle Mücadele Küresel Forumu Örneği', (2014) 6 Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 21, Doğuş Üniversitesi ve Legal Hukuk Ortak Yayını, Sayı: 16, s. 37.

¹⁸ "Yabancı terör savaşçısı", mutad mesken edindiği veya vatandaşı olduğu ülkeden, terörist faaliyetler üstlenmek ve gerçekleştirmek, terör faaliyetlerini planlamak, hazırlığını yapmak veya bir şekilde desteklemek ya da bu tür eylemler için eğitim vermek ve almak amacıyla başka bir ülkeye giden bireyler olarak tanımlanmıştır: The Hague-Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon adopted by the Global Counterterrorism Forum on 23 September 2014, s. 1. Bu tanım neredeyse aynen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyince ve Genel Kurulunca da benimsenmiştir: bkz. Resolution adopted by the Security Council at its 7272nd meeting on 24 September 2014 (S/RES/2178 (2014)), preliminary paragraphs; Resolution adopted by the General Assembly on Measures to Eliminate Terrorism (A/RES/69/127), para. 9.

¹⁹ Statement by the President of the Security Council on 19 November 2014 (SPRST/2014/23), preliminary paragraphs.

ve soğukkanlılık içerisinde 8 gazeteci, 2 polis, 1 bakıcı ve 1 ziyaretçi olmak üzere toplam 12 sivil öldürüldü.²⁰ Bir gün sonra bu sefer Amedy Coulibaly tarafından bir polis görevlisi vurularak öldürüldü ve 1 sivil yaralandı.²¹ Bu saldırıyı düzenleyen Coulibaly, bir kosher marketinde 19 kişiyi rehin aldı ve düzenlenen operasyonlarda 4 rehine öldü, Coulibaly ise ölü olarak ele geçirildi. Aynı saatlerde düzenlenen eş zamanlı operasyonla kısırıldıkları matbaada Kouachi kardeşler de öldürüldü. Coulibaly'nin imam nikâhlı eşi olan ve market saldırısıyla bağlantısı saptanan Hayat Boumeddiene'nin ise Türkiye üzerinden Suriye'ye kaçtığı saptandı.²²

Charli Hebdo saldırısı Yemen El-Kaidesince ve market saldırısı ise IŞİD'in Suriye yapılanması tarafından üstlenildi. Kouachi kardeşlerden birinin Suriye'de IŞİD'le ilişkiye girdiği ve Fransız vatandaşı olan ve sayıları 1000'i bulan YTS'den 200 tanesinin ülkesine döndüğü göz önüne alındığında, bu durum iki ayrı terör örgütünün yapısal farklılıklarını bir kenara bırakarak YTS olgusu sayesinde ortak bir saldırıda buluştuklarının da en büyük göstergesi oldu.²³

Saldırının ardından, küresel toplum ayağa kalktı. İlk olarak sivil toplumun ses getirici yürüyüşleri çok ciddi yankı buldu. Paris'te 11 Ocak 2015 tarihinde, 50 devlet temsilcisinin de katılım sağladığı ve sayısı 1,5 milyonu (Fransa'nın genelinde ise 4 milyonu) bulan bir insan topluluğunca terör sert bir dille kınandı. Bu sayı, 1944 yılından itibaren Paris'te ve Fransa'da çeşitli olaylara karşı düzenlenen gösterilerde kaydedilen en yüksek sayıydı.²⁴ Düzenlenen mitinglerde, İslam'a veya bir başka dine yönelik şiddet içerikli hiçbir ögenin kullanılmaması,

²⁰ BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Charlie Hebdo attack: Three days of terror', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30708237>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²¹ Ibid.

²² Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'Hayat Boumeddiene serait passée en Syrie', <http://fr.euronews.com/2015/01/11/hayat-boumeddiene-serait-passee-en-syrie/>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²³ Bu konuda bkz. Frank Gardner, 'Paris attacks: Were gunmen aided by terror network?', BBC Resmi İnternet Sahifesi, <http://www.bbc.com/news/world-europe-30789123>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²⁴ Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Contre le terrorisme, la plus grande manifestation jamais recensée en France', http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/11/la-france-dans-la-rue-pour-defendre-la-liberte_4553845_3224.html, 12 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

herhangi bir siyasal veya dini figürden bağımsız olarak teröre karşı toptan karşı çıkılması büyük takdir topladı. Avrupalı siyasiler de olay sonrası son derece yerinde ve sakinleştirici mesajlar verdi. Özellikle Fransa Cumhurbaşkanı Hollande, gözlerin Müslümanlara çevrilmesi ve şiddetin daha da tırmanabileceği önsezisiyle, esasında bağnazlığın ve müsamahasızlığın asıl kurbanının Müslümanlar olduğu, hâlbuki Müslümanların diğer bütün Avrupalıların sahip olduğu haklara ve yükümlülüklerle sahip olduğunun kabul edilmesi gerektiğini her fırsatta ifade etti.²⁵

Ne var ki bütün sivil ve siyasi inisiyatifler aynı hassasiyeti gösteremedi ve Charlie Hebdo dergisi, saldırıdan sonraki ilk sayısının kapağında yine Hz. Muhammed'i hedef aldı.²⁶ Bu durum son yıllarda Avrupa'da yayılan İslamofobi olgusunun daha da tetiklenmesine yol açabilecek ve neticede dine dayalı ayrımcılık örneklerinin daha da hızlanmasına neden olabilecek uygulamalar arasında yerini aldı. Öte yandan bu resim, ayrımcılık yasağının, olayların hedefindeki Avrupa'nın da üzerinde kurulu olduğu demokratik değerlerin başında görülmesiyle de çelişmiştir.²⁷ Gerçekten de İslamofobi ve anti-semitizmi tetikleyen dinsel ayrımcılıkla mücadele şartı, Avrupa merkezli uluslararası örgütlerce sürekli hatırlatılmaktadır.²⁸

Siyasilerin duruşuna geçmeden önce, Avrupa'nın en etkin insan hakları denetim mekanizmasına sahip olduğu kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince,²⁹ hak ve sınırlama dengesinde "demokra-

²⁵ Örneğin bkz. Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Hollande: Les musulmans, premières victimes du fanatisme', http://www.lemonde.fr/politique/article/2015/01/15/pour-hollande-les-actes-antimusulmans-comme-antisemites-doivent-etre-punis-severement_4556723_823448.html, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²⁶ Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Mahomet en larmes à la Une du prochain Charlie Hebdo', <http://fr.euronews.com/2015/01/13/mahomet-en-larmes-a-lane-du-prochain-charlie-hebdo/>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

²⁷ Kutlay Telli, 'The Right to Prohibition of Discrimination Under the Practice of the European Convention on Human Rights', (2014) 12 Legal Journal of Law 37, at 38.

²⁸ Örneğin bkz. Resolution adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on State of Human Rights and Democracy in Europe (1547(2007)), para. 34.13. Avrupa demokrasilerinin merkez değerleri hakkında benzeri kararlar için bkz. State of Human Rights and Democracy in Europe (Council of Europe Publishing, Strazburg 2007).

²⁹ Avrupa'da geçerli insan hakları uygulama sistemlerinden, "etkinlik" ve "etkililik" kriterleri yönünden en başarılı olanı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesidir. Değinen sistemlerin karşılaştırmalı olarak incelenmesi yoluyla bu sonuca ulaşan

tik toplumun gerekleri” ilkesine yoğun şekilde başvurulduğu not edilmiştir.³⁰ Bu ilke uyarınca sınırlandırmaya neden olan eylemin, kamu düzeni bakımından açık ve mevcut tehlike (**clear and present danger**)³¹ veya yakın ve mevcut tehdit (**imminent and present threat**) oluşturup oluşturmadığı incelenecektir.³² Fransa şiddet olayları sonrası, siyaset mekanizmasının işleyişinin de bu ilke çerçevesinde değerlendirmeye alınmasının aslında tam zamanıdır. Bu kapsamda ilk olarak, politika yapımcıları arasında yoğun bir zirveler ve diplomasi trafiği başladığı belirtilmelidir. Amerika ve Büyük Britanya toplantısında,³³ yoğun şekilde ulusal güvenliğin ağır tehdit altında bulunduğu mesajları verilmiştir. 19 Ocak'ta Avrupa Birliği Dış İşleri Bakanları zirvesinde, 12 Şubat'ta düzenlenecek büyük güvenlik zirvesinin ön hazırlığı yapılmış ve yeni önlemler masaya yatırılmıştır.³⁴ Radikal dinciler ile uzun vadeli bir mücadele için terörle mücadele yasalarının katılaştırılacağı en üst düzeyde sıklıkla ifade edilmiştir.³⁵ Fransa şiddet olaylarını takiben, Avrupa devletleri, demokratik yönetimlerini kurtarma amacıyla ve kamu güvenliğinin tehdit altında olduğu ön kabulüyle gittikçe sertleşen terörle mücadele mevzuatları üzerinde çalışmaya başlamışlardır.³⁶

detaylı bir çalışma için bkz. Kutlay Telli, 'Avrupa'da İnsan Haklarının Korunması', (2012) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 99, Sayı: 9, Yıl: 3.

³⁰ Eren'e göre bu ilkenin bir gereği olarak, 'özgürlükler sınırlanırken, uluslararası insan hakları hukukuyla belirlenmiş standartlar, sınırlama açısından maksimum ölçü kabul edilmeli, güvenceler açısından da, minimum ölçü olarak esas alınmalıdır': Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere* (Beta Yayınları, İstanbul 2004), s. 140.

³¹ "Açık ve mevcut tehlike" yaklaşımının gelişimi hakkında bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, 'Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları', (2008) *Liberal Düşünce Dergisi* 231, Yıl: 13, Sayı: 51-52.

³² Örneğin bkz. Ouranio Toxo and Others v. Greece, Judgment of European Court of Human Rights on 20 October 2005 (App. 74989/01), Hudoc, para. 41.

³³ BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'David Cameron and Barack Obama in anti-terror push', <http://www.bbc.com/news/uk-politics-30856793>, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁴ Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'EU pledges better cooperation with Muslim countries in the fight against terror', <http://www.euronews.com/2015/01/19/eu-pledges-better-cooperation-with-muslim-countries-in-the-fight-against-terror/>, 20 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁵ Örneğin bkz. Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'Lutte contre la menace jihadiste: les annonces de Manuel Valls', <http://fr.euronews.com/2015/01/21/lutte-contre-la-menace-jihadiste-les-annonces-de-manuel-valls/>, 24 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁶ Örneğin bkz. Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'EU pushes for quick decision on new anti-terror law', <http://www.euronews.com/2015/01/21/eu-pushes-for-quick-decision-on-new-anti-terror-law/>, 24 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Esasında bu mesajlar ve çalışmalar, peşinden gelecek sert pratiğin de habercisi gibi olmuştur. Gerçekten de uygulamada, ulusal otoritelerin son derece katı davranışlara girişmesiyle çarpıcı örnekler yaşanmaya başlamıştır bile. Bu kapsamda, 12 Ocak'ta Fransa Adalet Bakanlığınca, savcılıklara, terörü öven ve ırkçılığı tahrik eden söylemlere karşı cezai önlemlerin sistematik devreye sokulması talimatı verilmiştir.³⁷ Normalde bir veya iki kişinin terörü savunmasından hareketle tutuklanmasının olağan olduğu Fransa'da, saldırı sonrası 10 gün içerisinde yaklaşık 100 kişi tutuklanmıştır ve hatta bazıları doğrudan hapis cezasıyla yüz yüze bırakılmıştır.³⁸

Bu haliyle de demokratik Avrupa topluluğunun, yakın ve mevcut bir terör tehlikesi ile karşı karşıya bulunulması gerekçesiyle ifade özgürlüğü vb. gibi bir kısım çekirdek hakların kısıtlanması gerektiği tezinin hâkim olduğu bir pozisyona doğru hızla ilerlediği anlaşılmaktadır. Bu durum, özellikle Türkiye'nin yıllarca tecrübe ettiği, açık ve yakın bir terör tehdidi karşısında, demokrasilerde özgürlük ve güvenlik dengesinin nasıl sağlanabileceği sorusunun Avrupa aklını gerçekten kemirmeye başladığının da en büyük göstergesi olmuştur. Daha da fazlası, YTS tarafından, Fransa'nın yanında Belçika gibi devletlere yönelik yeni saldırı teşebbüsleri, bu tedirginliği daha da arttırmıştır.³⁹ Tehdit, artık içeride ve açık, mevcut, yakın ve hatta süreklidir. Bu ortamda, Avrupa terör politikasının, 11 Eylül sonrası Amerika ve İngiltere tarafından baskın bir şekilde uygulanan ve güvenlik-özgürlük çizgisinde özgürlükleri belli belirsiz bir çizgiye sokan politikalara yuvarlanmasının an meselesi olduğu ileri sürülebilecektir.⁴⁰

³⁷ Izza Leghtas, 'Dispatches: France, a Country of Freedom of Expression - For Some', İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) Resmi İnternet Sahifesi, <https://www.hrw.org/news/2015/01/16/dispatches-france-country-freedom-expression-some>, 18 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁸ BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Free Speech Stories: France accused of "double standards"', <http://www.bbc.com/news/blogs-trending-30850879>, 18 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

³⁹ Örneğin bkz. BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Belgium on high alert after deadly anti-terror raid', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30843370>, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

⁴⁰ Amerika ve İngiltere'nin sıklıkla eleştirilen 11 Eylül sonrası terörle mücadele politikaları hakkındaki eleştiriler için bkz. örneğin bkz. Thomas Michael McDonnel, *The United States, International Law, and the Struggle against Terrorism* (Routledge, New York 2010) ve David J. Whittaker, *Counter-Terrorism and Human Rights* (Pearson, Great Britain 2009).

Elbette, her türlü terör faaliyeti, suçtur, gayri meşrudur ve bu nedenle de cezai yaptırımı hak etmektedir.⁴¹ Bu konuda, devletin, gerektiğinde önleyici ve gerektiğinde de bastırıcı önlemleri devreye sokma yükümlülüğü, uluslararası hukukun bir emridir. Gerçekten de BM Şartı Bölüm VII uyarınca alınması nedeniyle hukuken bağlayıcı olan 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararı,⁴² terör eylemlerini finanse eden, planlayan, hazırlığını yapan, işleyen ve destekleyen herkesin adalet önüne getirilmesi⁴³ ve bu eylemlere teşebbüs edenlere rahat ve huzur imkânının tanınmaması (**the principle of denying safe haven**) konusunda her ülkeye keskin bir sorumluluk yüklemiştir.⁴⁴ Uluslararası prensipler gereği, terör faaliyetlerine bir şekilde karışan bireyler, soruşturulmalı, kovuşturulmalı, haklarında cezai hüküm tesis edilmeli ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığına göre cezalandırılmalıdır.⁴⁵ O halde, devlet organlarıyla herhangi bir bağı olmasa bile terör faaliyeti yürütenlerin, kamu otoritelerince yakalanmaması ve cezalandırılmaması, bu otoritelerin özen yükümlülüğünün ihlali sayılarak ilgili devletin uluslararası arenada sorumluluğunu sonuç doğuracaktır.⁴⁶

Öte yandan, terörle mücadele, ulusal ve uluslararası hukuktan bağımsız yürütülemez. Gerçekten de 'hukuk devletinde hukuk, devlet kudretinin hem temeli/meşruluk kaynağı hem de sınırı durumundadır'.⁴⁷ Hukuk devleti fikrinin ana dayanak noktası ise yönetme gücünün, sınırlandırılması ve öngörülebilir hale getirilmesiyle

⁴¹ Örneğin bkz. Resolution adopted by the General Assembly on Measures to Eliminate International Terrorism (A/RES/49/60).

⁴² Çoğunlukla birer yumuşak hukuk ürünü (soft law product) olarak görülen BM Genel Kurulunun kararları veya konferanslarının aksine, uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla Bölüm VII uyarınca karara bağlanan Güvenlik Konseyi kararları tam bir sert hukuk (hard law) örneği olup, bağlayıcıdır: Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press, New York 2007), at 211, 229 and 230.

⁴³ Resolution adopted by the Security Council at its 4385th meeting on September 2001 (S/RES/1373 (2001)), para. 2-e.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ 2012 Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, Ben Emmerson (A/HRC/20/14), para. 66(a).

⁴⁶ Umur Kedikli, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık, Ankara 2013), s. 87 ve 273.

⁴⁷ Mithat Sancar, 'Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti', (2000-01) *Doğu Batı: Hukuk ve Adalet Üstüne* 25, Yıl: 4, Sayı: 13, s. 36.

keyfilikten arındırılmasıdır.⁴⁸ Bu ilkenin en vazgeçilmez özelliği, temel hak ve özgürlüklerin garanti altında bulunmasıdır.⁴⁹ BM Siruca İlkeleri'nde de belirtildiği gibi, insan haklarına saygı ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması arasında derin bir bağlantı olduğundan, temel hak ve özgürlüklerin sistematik bir şekilde çiğnenmesi, aynı zamanda kamu güvenliği ve kamu düzeninin bozulması yoluyla uluslararası barış için de doğrudan bir tehlikeye dönüşebilecektir.⁵⁰ Bu nedenle, terörle mücadelenin, hukukun üstünlüğü ve insan hakları normlarından bağımsız yürütülemeyeceği fikri, uluslararası metinlere işlenmiştir. Örneğin BM 2006 Küresel Terörle Mücadele Stratejisi'nde belirlenen dört ana başlıktan biri olan "insan haklarına saygı (**respect for human rights and the rule of law**)" kısmında önemli ilkeler sıralanmıştır.⁵¹ Güvenlik Konseyi kararlarında da, terörle mücadele ile insan hakları ve hukukun üstünlüğünün, birbirlerine sıkı sıkıya (**interlinked**) ve birbirleriyle etkileşim (**mutually reinforcing**) içerisinde olduğu, terörle mücadelenin, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası mülteci hukuku ve uluslararası insancıl hukuk yükümlülükleriyle örtüşmesi gerektiği vurgusu yapılmıştır.⁵² O halde, ancak insan hakları ve özgürlüklerini zedelemeyen bir terör politikası "etkin" ve "arzu edilir" sayılabilir.⁵³

Devlet organizmasının tehdit algısı, özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği⁵⁴ ile ifade, din ve vicdan özgürlüğü bakımından⁵⁵ sorunlu

⁴⁸ Mithat Sancar, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti (Dördüncü Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2008), s. 53.

⁴⁹ Örneğin bkz. Metin Günday, İdare Hukuku (Beşinci Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002), s. 38.

⁵⁰ The Siruca Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (E/CN.4/1985/4).

⁵¹ Resolution adopted by the General Assembly on the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy (A/RES/60/288).

⁵² Örneğin bkz. Resolution adopted by the Security Council at its 7272nd meeting on 24 September 2014 (S/RES/2178 (2014)), preliminary paragraphs.

⁵³ Bkz. Malcolm N. Shaw, International Law (Sixth Edition, Cambridge University Press, United Kingdom 2008), at 1165 and 1166.

⁵⁴ Özay'a göre kişi özgürlüğü ve güvenliği, hukuk devletinin merkeze koyduğu değerler arasında yer almaktadır: İl Han Özay, Günışığında Yönetim (Filiz Kitabevi, İstanbul 2004), s. 100.

⁵⁵ Bireyin sahip olduğu kanaatin "ifade edilmesi aşaması", etkin şekilde korunma görmedikçe sadece ifade özgürlüğünün değil; bununla birlikte diğer bütün özgürlüklerin zayıf kalacağını belirtmek gerekir': Kutlay Telli, 'Sanatsal İfadenin Korunmasının Sınırları Üzerine', (2014) 9 Terazi Dergisi 34, s. 34 ve 35.

sınırlandırmalara yol açabilmektedir. Devlet aklının, kendini koruma hassasiyetiyle yine varlığının temeli olan temel hak ve özgürlükleri baltalayarak daha da otoriteleştiği yerde en başta yine kendi varlığını tehlikeye attığı pekâlâ söylenebilecektir.⁵⁶ Gerçekten de dengenin güvenlik lehine ağırlaştığı her bir örnek, özgürlüklerin başına bir balyoz gibi inmektedir. İnsan haklarını yok sayan anlayışların, şiddeti daha da körüklemek ve büyümesine yol açmaktan başkaca bir işe yaraması beklenemez. Daha da kötüsü, devlet organlarının keyfi ve hukuktan bağımsız önlemleri, terör örgütü mensuplarını, Öktem'in ifadesiyle, "mazlum" konumuna düşürmekte ve terörün elinde tam bir propaganda silahı hâline getirmektedir.⁵⁷

Açıklanan nedenlerle, anti-terör politikalarının hukukun duvarları dışına taşması, tehlikeli bir bumeranga dönüşmekte ve dönüp tekrar devlet mekanizmasını vurmaktadır. Bu gerçekliğin, Avrupa ülkeleri için geçersiz olduğu elbette söylenemez. Evrensel hukuk standartlarını gittikçe göz ardı edebileceği anlaşılan Fransa'nın terör karşıtı politikalarının, diğer Avrupa ülkelerine de sıçraması elbette çok kolay olacaktır. Bu bakımdan, eskisine nazaran çok daha güncel ve sürekli bir nitelik kazanan kamu güvenliği riski karşısında, Fransız hükümet yetkililerinin, özgürlük ve güvenlik ayracını kılı kırk yararcasına hesaplayarak süreci yönetmesi gerekmektedir. Zira hükümet uygulamaları açısından, Fransa'dan diğer Avrupa bölgelerine olması muhtemel olan bu "sıçrama riski"; bu politikalara karşı tepki niteliğinde ortaya çıkabilecek yeni terör olayları için de pekâlâ geçerlidir.

III. Sonuç

Orta Doğu'da yaşanan güvenlik krizinin bir anda çok somut bir şekilde Avrupa'ya atlaması, uluslararası terörizmin etkilerinin, küreselleşen bir dünyada hızla bütün dünya ülkelerine yayılabildiğini göstermektedir. Bu durum hiçbir ülkenin, kendisini, terör karşıtı önlemlerden bağımsız göremeyeceği gerçeğini sonuç doğurur. Bu çalışmada, terör tehlikesinin, Fransa ve diğer Avrupa demokrasileri için açık ve mevcut veya yakın olmasının yanında aynı zamanda sürekli bir hâle

⁵⁶ Anıl Çeçen, İnsan Hakları (Üçüncü Baskı, Gündoğan, İstanbul 2000), s. 94.

⁵⁷ Emre Öktem, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları (İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2011), s. 247.

geldiği ortaya konulmuştur. Bu nedenle, Avrupa'nın terör politikası, stratejik öneme sahip bir sınavdan geçmektedir. Vatandaşı oldukları ülkelere, yeni faaliyetler için dönen yabancı terör cihatçılarından çok farklı kılmıştır. Gerçekten de artık tehdit, hâlihazırda her andır. 2015 Paris şiddet olayları, YTS olgusu nedeniyle sınır güvenliklerinin alt üst olması sonucu terörün artık Avrupa'nın içerisine kadar bizzat girdiğinin en büyük göstergesi olmuştur.

Karşı terör normlarını hayata geçiren devlet organları ve görevlileri, uluslararası insan hakları standartlarına da bağlı olmak durumundadır. Terörle mücadelenin aşırılıklarının, hukukun üstünlüğü ve insan hakları blokajları ile törpülenmesi gerektiği bir kez daha hatırlanmaya değerdir. Hem temel hak ve özgürlüklerin hem de kamu güvenliğinin gereklerini dikkate alan araçlar, terörle mücadele stratejilerine hâkim olmalıdır. Çalışmamız, Fransa örneğinde çok net bir şekilde görüldüğü üzere, özgürlük ve kamu düzeni ikileminde, Avrupa'nın terör karşıtı politikasının kısa vadede kaygı verici bir eksene doğru kaydığını ortaya koymuştur. Başta, ifade özgürlüğü ile özgürlük ve güvenlik hakkı olmak üzere birçok insan hakkı güvencesinin gittikçe daralan bir seyre girdiği görülmektedir. Fransa'nın güvenlik iştahı ve kaygısının; özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı ile ifade özgürlüğü kullanımlarını bunaltan bir anlayışa dönüştüğü gözlemlenmiştir. Bu türden bir yaklaşım değişikliğinin veya eksen kaymasının, uzun vadede bütün Avrupa'yı çok daha zor bir döneme sürükleyebileceği açıktır. Bu kadar yakın ve sürekli bir terör tehlikesinin sonuç doğurduğu toplumsal risk, aşırı panik, korku ve kaygı paradoksu ile yönetilemez. Bu çıkarım, Avrupa'nın yakın geleceğinin, büyük bir profesyonellelikle, hukukun taşları ile oynanmaksızın ve uluslararası hukukla da tam uyumluluk içerisinde geliştirilecek evrensel bir terör stratejisine göre şekillendirilmesi gerektirdiği yolundaki tezimizi doğrulamaktadır.

Kaynakça

Kitaplar veya Kitaplar İçerisindeki Bölümler

Amet Arnold K., 'Terrorism and International Law: Cure the Underlying Problem, Not Just the Symptom', (2013) 19 Annual Survey of International and Comparative Law 17.

- Boyle Alan and Chinkin, Christine, *The Making of International Law* (Oxford University Press, New York 2007).
- Çaşın Mesut Hakkı, *Uluslararası Terörizm* (Nobel Yayıncılık, Ankara 2008).
- Çeçen Anıl, *İnsan Hakları* (Üçüncü Baskı, Gündoğan, İstanbul 2000).
- Eren Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeyinin Gereklere* (Beta Yayınları, İstanbul 2004).
- Gardner Frank, 'Paris attacks: Were gunmen aided by terror network?', BBC Resmi İnternet Sahifesi, <http://www.bbc.com/news/world-europe-30789123>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.
- Günday Metin, *İdare Hukuku* (Beşinci Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002).
- Hickman Daniel J., 'Terrorism as a Violation of the "Law of Nations:" Finally Overcoming the Definitional Problem', (2011) 29 *Wisconsin International Law Journal* 447.
- Hodgson Jacqueline S. and Tadros Victor, 'The Impossibility of Defining Terrorism', (2013) 16 *New Criminal Law Review* 494.
- Kedikli Umut, *Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu* (Nobel Yayıncılık, Ankara 2013).
- Leghtas Izza, 'Dispatches: France, a Country of Freedom of Expression - For Some', İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch) Resmi İnternet Sahifesi, <https://www.hrw.org/news/2015/01/16/dispatches-france-country-freedom-expression-some>, 18 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.
- Lowe Vaughan, *International Law* (Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York 2007).
- McDonnell Thomas Michael, *The United States, International Law, and the Struggle against Terrorism* (Routledge, New York 2010).
- Öktem Emre, 'Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri', *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 133, <http://acikerisim.iticu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11467/237/M00068.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, adresinden erişilebilir, 24/01/2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.
- Öktem Emre, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları* (İkinci Baskı, Derin Yayınları, İstanbul 2011).
- Özay İl Han, *Günüşğında Yönetim* (Filiz Kitabevi, İstanbul 2004).
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk* (Sekizinci Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009).
- Sancar Mithat, 'Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti', (2000-01) *Doğu Batı: Hukuk ve Adalet Üstüne* 25, Yıl: 4, Sayı: 13.
- Sancar Mithat, *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti* (Dördüncü Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2008).
- Salihpaşaoğlu Yaşar, 'Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları', (2008) *Liberal Düşünce Dergisi* 231, Yıl: 13, Sayı: 51-52.
- Shaw Malcolm N., *International Law* (Sixth Edition, Cambridge University Press, United Kingdom 2008).

- Sorel Jean-Marc, 'Existe-t-il une définition universelle du terrorisme?' in Karine Bannelier, Théodore Christakis, Oliver Corten, Barbara Delcourt (directeurs), *Le Droit International Face Au Terrorisme* (Cedin Paris I, Cahiers Internationaux N: 17), 35-68.
- State of Human Rights and Democracy in Europe (Council of Europe Publishing, Strazburg 2007).
- Telli Kutlay, 'İnsan Haklarının Gelişiminde Uluslararası Kamu Örgütlerinin Rolü: Etkinlik ve Eksiklik Denklemi', (2011) 1 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 397.
- Telli Kutlay, 'Avrupa'da İnsan Haklarının Korunması', (2012) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 99, Sayı: 9, Yıl: 3.
- Telli Kutlay, 'Sanatsal İfadenin Korunmasının Sınırları Üzerine', (2014) 9 *Terazi Dergisi* 34.
- Telli Kutlay, *Legal Aspects of Countering Terrorism under the Practice of the United Nations: Fighting Terror through the Rule of Law and Justice* (Presidency of Ankara Bar Association, Ankara- October 2014).
- Telli Kutlay, 'Rebuilding Peace through the Empowerment of Justice in Conflict-Affected States', (2014) 7 *Ankara Bar Review* 39.
- Telli, Kutlay, 'The Right to Prohibition of Discrimination Under the Practice of the European Convention on Human Rights', (2014) 12 *Legal Journal of Law* 37.
- Telli, Kutlay, 'Uluslararası Toplumun Yabancı Savaşçılar ile Mücadelesi: Birleşmiş Milletler ve Terörle Mücadele Küresel Forumu Örneği', (2014) 6 *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 21, Doğuş Üniversitesi ve Legal Hukuk Ortak Yayını, Sayı: 16.
- Whittake, David J., *Counter-Terrorism and Human Rights* (Pearson, Great Britain 2009).

Uluslararası Belgeler

BM Genel Kurulu Kararları

Resolution adopted by the General Assembly on Measures to Eliminate International Terrorism (A/RES/49/60).

Resolution adopted by the General Assembly on the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy (A/RES/60/288).

Resolution adopted by the General Assembly on the Strengthening the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme, In Particular Its Technical Cooperation Capacity (A/RES/68/193).

Resolution adopted by the General Assembly on Measures to Eliminate Terrorism (A/RES/69/127).

BM Güvenlik Konseyi Kararları

Resolution adopted by the Security Council at its 4385th meeting on September 2001 (S/RES/1373 (2001)).

Resolution adopted by the Security Council by its 5053rd meeting on 8 October 2004 (S/RES/1566 (2004)).

Resolution adopted by the Security Council at its 7242nd meeting on 15 August 2014 (S/RES/2170 (2014)).

Resolution adopted by the Security Council at its 7272nd meeting on 24 September 2014 (S/RES/2178 (2014)).

Elektronik Kaynakça

Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Contre le terrorisme, la plus grande manifestation jamais recensée en France', http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/11/la-france-dans-la-rue-pour-defendre-la-liberte_4553845_3224.html, 12 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Charlie Hebdo attack: Three days of terror', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30708237>, 13 Ocak 2014 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'Hayat Boumeddiene serait passée en Syrie', <http://fr.euronews.com/2015/01/11/hayat-boumeddiene-serait-passee-en-syrie/>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Mahomet en larmes à la Une du prochain Charlie Hebdo', <http://fr.euronews.com/2015/01/13/mahomet-en-larmes-a-la-une-du-prochain-charlie-hebdo/>, 13 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Le Monde Resmi İnternet Sahifesi, 'Hollande: Les musulmans, premières victimes du fanatisme', http://www.lemonde.fr/politique/article/2015/01/15/pour-hollande-les-actes-antimusulmans-comme-antisemites-doivent-etre-punis-severement_4556723_823448.html, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Belgium on high alert after deadly anti-terror raid', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30843370>, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'David Cameron and Barack Obama in anti-terror push', <http://www.bbc.com/news/uk-politics-30856793>, 16 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Free Speech Stories: France accused of "double standards"', <http://www.bbc.com/news/blogs-trending-30850879>, 18 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

BBC Resmi İnternet Sahifesi, 'Paris attack: From 9/11 to 1/11', <http://www.bbc.com/news/world-europe-30786552>, 19 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'EU pledges better cooperation with Muslim countries in the fight against terror', <http://www.euronews.com/2015/01/19/eu-pledges-better-cooperation-with-muslim-countries-in-the-fight-against-terror/>, 20 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'Lutte contre la menace jihadiste: les annonces de Manuel Valls', <http://fr.euronews.com/2015/01/21/lutte-contre-la-menace-jihadiste-les-annonces-de-manuel-valls/>, 24 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Euronews Resmi İnternet Sahifesi, 'EU pushes for quick decision on new anti-terror law', <http://www.euronews.com/2015/01/21/eu-pushes-for-quick-decision-on-new-anti-terror-law/>, 24 Ocak 2015 tarihinde ziyaret edilmiştir.

Diğerleri

2012 Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, Ben Emmerson (A/HRC/20/14).

Ouranio Toxo and Others v. Greece, Judgment of European Court of Human Rights on 20 October 2005 (App. 74989/01), Hudoc.

Resolution adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on State of Human Rights and Democracy in Europe (1547(2007)).

Statement by the President of the Security Council on 19 November 2014 (SPRST/2014/23).

The Siruca Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (E/CN.4/1985/4).

The Hague-Marrakech Memorandum on Good Practices for a More Effective Response to the Foreign Terrorist Fighters Phenomenon adopted by the Global Counterterrorism Forum on 23 September 2014.

KAMU GÖREVLİLERİNE, KURUMLARINCA AVUKAT SAĞLAMA VEYA MASRAFLARINI KARŞILAMA ŞEKLİNDE YAPILACAK HUKUKİ YARDIMA İLİŞKİN İNCELEME

REVIEW IN REGARD TO LEGAL AID IN THE FORM OF APPOINTING
A DEFENSE COUNSEL OR PAYING FEES OF THE ATTORNEY
FOR PUBLIC OFFICIALS BY THEIR INSTITUTIONS

Civan BAŞAR*

Özet: Görevlerini yaparken işledikleri iddia edilen bir suçtan dolayı haklarında soruşturma veya kovuşturma başlayan kamu görevlilerinden bir kısmına, kurumu tarafından avukat sağlama veya vekâlet verdiği avukatın ücretinin ödenmesi şeklinde hukukî yardım yapılması hususu farklı kanunlarla düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler arasında hukukî yardımın yapılmasına ilişkin ödeme koşulları ve miktarları ile müracaat ve karar süreçleri yönünden önemli farklılıklar bulunmaktadır. Dahası kurumların ilgili kanunlarında yer alan hukukî yardıma ilişkin hükümlerin uygulanmasına yönelik çıkarılan yönetmeliklerde, normlar hiyerarşisine uyumlu olmayan düzenlemelere de yer verilmiştir.

Anahtar kelimeler: Hukukî yardım, avukat, soruşturma, kovuşturma, kamu görevlisi.

Abstract: Provision of legal aid to some of the public officials who are under investigation or prosecution for crimes allegedly committed in relation to their official duty through appointing a defense counsel or paying fees of the attorney who is already hired is regulated by various laws. Significant differences exist among these provisions in regard to the amount and terms of payment as well as the application and decision making processes of providing legal aid. Moreover the bylaws issued to show the implementation of provisions of the respective laws on providing of legal aid contain provisions that are inconsistent with the hierarchy of norms.

Key Words: Legal Aid, Attorney, Investigation, Prosecution, Public Official.

* Avukat, Ankara Barosu.

I. Giriş:

Kişiler soruşturmaya veya kovuşturmaya maruz kalmaları halinde müdafiliklerini yapmak üzere serbest olarak ve usulüne uygun şekilde notere vekaletname düzenlettirmek suretiyle anlaştıkları ve sözleştikleri bir avukatı tayin etme yasal hakkına sahiptirler. Ancak ilgili mevzuatında gerekli düzenlemeleri bulunan bazı kamu kurumlarının, bu mevzuatlarında öngörülen şartların bulunması ve yetkili mercilerin karar ve onaylarının alınması halinde kendi kurumlarında görevli personele kurumca avukat sağlanması veya personelin vekalet verdiği avukatın ücretinin kurum bütçesinden ödenmesi şeklinde hukukî yardımda bulunma imkânları bulunmaktadır. Kurumu tarafından avukat tayin edilmesi veya vekalet verdiği avukatın ücretinin ödenmesi şeklinde yardım edilen kamu görevlisinin, ayrıca kendi irade ve imkânları ile başka avukat tayin etme hakkı devam etmekte, bu konuda diğer kişilerin sahip olduğu tüm yasal hakları kamu görevlileri de elbette kullanabilmektedir.

Anılan mevzuat düzenlemelerine bakıldığında, yasa koyucu tarafından bazı görevlerin icrası esnasında kamu görevlilerinin sorumlu tutulabileceği eylem ve işlemlerle ilgili olarak kurumundan hukukî yardım alabileceğini bilmeleri ve böylece de üzerlerinde oluşacak baskının azaltılması suretiyle görevlerini bazı endişelerden uzak yerine getirmelerinin sağlanmasının amaçlandığı, bir bakıma görevden kaynaklanan bu tip durumlarda ve mevzuatta belirlenen şartların oluştuğu olaylarla sınırlı olarak kamu kurumlarınca, personelin avukat ihtiyacının karşılanmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu konuda yasa koyucunun bütün kamu kurumları ve görevlileri için benzer düzenlemeyi yapmamış olmasından, bazı kamu kurum ve görevlileri bakımından bir ayrıcalık oluşturulduğu ve sınırlı olarak bu yardımın düzenlendiği görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı, yasa ile tevdi edilmiş görevlerin icrası sırasında meydana gelen olaylar nedeniyle soruşturma veya kovuşturmaya maruz kaldıklarında hangi kamu kurumu görevlileri için hangi şart ve durumlarda nasıl hukukî yardım öngörüldüğü ile kurumların yardım koşulları ile usul ve esasları arasındaki farklılıkların gösterilmesi, keza bu yardımları içeren mevzuat hükümlerinde normlar hiyerarşisine uyumlu olmayan düzenlemelerin bulunup bulunmadığının ortaya konulmasıdır.

Bu çalışma konusu ile ilgili olarak akademik çalışma ve içtihat bulma güçlüğü nedeniyle kaynakça sorunu yaşandığından, önce mevzuatında personeline yönelik avukat sağlama veya personelin vekalet verdiği avukatın ücretinin ödenmesine ilişkin düzenleme bulunan kamu kurumları ve bu düzenlemelerinde yer verilen yararlanma koşulları ve sınırlamalarının neler olduğu incelenecek, müteakiben bu düzenlemeler arasındaki farklılıklar incelenip, mevcut düzenlemelerde eksik ve hatalı olduğu değerlendirilen hususlara ilişkin eleştirilere yer verilecektir.

II. Kamu Kurumlarının Personeline Avukat Sağlama veya Personelin Vekâlet Verdiği Avukatın Ücretinin Ödenmesi Şeklinde Hukukî Yardıma İlişkin Düzenlemeler:

Mevzuatta kamu kurumlarının personeline avukat sağlama veya personelinin vekâlet verdiği avukatın ücretinin ödenmesi şeklinde yapılan hukukî yardım konusu sınırlı olarak düzenlenmiş olup, bütün kamu görevleri ve görevlilerini kapsayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle her düzenleme için inceleme, ayrı ayrı aşağıda yapılmıştır:

A. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

3713 sayılı Kanunun 15 nci maddesi,

“Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî olarak belirlediği en fazla üç avukatın ücreti ödenir ve bunlara avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşların bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır.

Avukatların ücretlerinin ödenmesine ilişkin esas ve usûller, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” hükmünü içermektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına istinaden çıkarılan Terörle Mücadelede Görev Alan Personelin, Bu Görevlerinin İfasından Doğduğu İddia Edi-

len Suçlardan Dolayı Yapılan Soruşturma Ve Kovuşturmalarda Müdafii Olarak Belirlediği Avukat Veya Avukatların Ücretlerinin Ödenme Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin¹ 5 nci maddesi,

“ (1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre avukatlık ücretinin ödenebilmesi için;

- a) Personel hakkında, terörle mücadelede aldığı görevlerin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı bir soruşturma veya kovuşturma bulunması,
- b) Personelin, bu soruşturma veya kovuşturmada müdafii olarak belirlediği avukat veya avukatlara usulüne uygun olarak vekâletname vermesi,
- c) Personelin 8 inci maddede belirtilen usule uygun olarak talepte bulunması,
- c) Yönetmeliğin 11 inci maddesi gereğince ilgili komisyon tarafından personelin avukatlık ücretinin ödenmesine karar verilmesi, gerekir” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre personelin bu yardımdan yararlanılabilemesi için öncelikle şu şartların oluşması gerekmektedir:

- a. Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlisi personel olunmalı veya diğer personel için de yine bu amaçla görevlendirilmiş olunmalıdır.
- b. Terörle mücadele görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı personel hakkında bir soruşturma açılmış olmalı veya kovuşturmaya başlanmış olmalıdır.²
- c. Bu şekilde soruşturmaya veya kovuşturmaya maruz kalan personel müdafisini/müdafilerini belirlemiş olmalı ve usulüne uygun olarak kurumundan talepte bulunmalıdır.

¹ www.mevzuat.gov.tr./Yonetmelikler.aspx.

² 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinde soruşturma ve kovuşturma şu şekilde tanımlanmıştır:
Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre.
Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre.

2. Müracaat ve karar süreci:

Anılan Yönetmelik hükümleri uyarınca durumu yukarıda belirtilen şartlara uyan personelin talebini ileticeği müracaat evrakında, soruşturma/kovuşturmayla ilgili belgeler ile vekâletname ve avukatlık sözleşmesinin sunulması gerekir.³

Görevdeki personel için talebi alan ilk amiri, diğer personel için ise ikâmetgahının bulunduğu yerdeki ilgili kurumun bağlı birimi tarafından, olayla ilgili tüm bilgi ve belgeler ile kanaatlerini içeren raporlarını hazırlayarak bunların merkez teşkilatına gönderilmesiyle talep hakkındaki karar verme süreci başlamaktadır.⁴

Yönetmelikte taleple ilgili olarak merkez teşkilatlarında oluşturulacak komisyonlar tarafından karar verilmesi öngörülmüş olup, komisyon teşkili ile ilgili hükümlere bakıldığında Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü olmak üzere beş kurum için komisyon üyelerinin kimlerden oluşacağı ayrı ayrı belirlenmiştir. Komisyonların yapısına bakıldığında, kurumların personel ve hukuk birimleri ile en az daire başkanı statüsünde belirlenen diğer birimlerden katılacak üyelerden oluşturulduğu görülmektedir.⁵

Komisyonların taleple ilgili olarak verecekleri kararlar, ilgisine göre kurumların en üst amirleri tarafından onaylanmakla kesinleşecektir.⁶

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

3713 sayılı Kanununun 15 nci maddesi ve Yönetmeliğin 5 nci maddesi 1/a bendine göre anılan hukukî yardımın talep edilebilmesi için ya kolluk veya istihbarat görevlisi olup terörle mücadelede görev alınmış olması ya da bunların dışındaki personel için de yine terörle mücadelede görev alınması gerekmektedir.

Bu yardımın yapılabilmesi için personel hakkında ya savcılıklarca bir soruşturma başlatılmış olması ya da kamu davası açılması⁷ suretiyle ilgili mahkemede kovuşturmanın başlamış olması gerekmektedir.

³ Yönetmelik madde 8/2.

⁴ Yönetmelik madde 8/1 ve 9.

⁵ Yönetmelik madde 11.

⁶ Yönetmelik madde 11/3,4.

⁷ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 175 nci maddesine göre, ceza yargılamasında kamu davasının açıldığının kabulü için savcılık tarafından düzenlenen iddianamenin yargılamayı yapacak mahkemece kabul edilmesi gerekmektedir.

Bunlara ilave olarak 3713 sayılı Kanununun 15 nci maddesi birinci fıkrası ve Yönetmeliğin 6 ncı maddesine göre personelin müdafii olarak belirlendiği en çok üç avukatın ücreti ödenebilecektir.

Yönetmeliğin 7 nci maddesi birinci fıkrası ile ödenebilecek avukatlık ücretine tavan sınırlama getirilmiş olup, bu üst sınırın yargılamayı yapacak mahkemelere göre memur maaş katsayısının artışının esas alınması suretiyle değişik oranlarda artacağını içeren bir formül hesaplamasına yer verilmiştir.⁸

Yönetmelikte ayrıca belirlenen bu sınırlama içerisinde ödenecek avukatlık ücretinin ne kadar olacağına ve taksitle ödenip ödenmemesine suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kusur durumu, failin güttüğü amaç ve saik, avukatın yapabileceği masraflar ve soruşturmanın veya kovuşturmanın bulunduğu safhanın göz önüne alınarak adı geçen komisyonlarca takdir edileceği de düzenlenmiştir.⁹

B. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

5607 sayılı Kanununun 22 nci maddesi birinci fıkrası;

“(1) Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye “dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulun-

⁸ Yönetmeliğin 7 nci maddesi birinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: “Avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın ödenir. Ancak, bir personel için yapılacak toplam ödeme, soruşturma evresindeki işlerde 7.000, askeri mahkemelerde görülenler dahil ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda 35.000, askeri mahkemelerde görülenler dahil asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda 15.750 göstergenin avukatlık sözleşmesinin yapıldığı tarihteki memur maaş katsayısı ile çarpımının 20 katından fazla olamaz.»

⁹ Yönetmelik madde 11/1.

duğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır” hükmünü içermektedir.

Bu düzenlemeye göre personelin bu yardımdan yararlanılabilmesi için şu şartların oluşması gerekmektedir:

- a. Öncelikle Gümrük Kanunu kapsamında belirlenen kapı ve yollar dışında gümrük bölgesine giriş, çıkış ve geçişlerin düzenlenmesi, kontrolü, denetimi ve aykırı davranışların önlenmesi gibi konularda görevli memur olunması gerekmektedir.
- b. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında silah kullanılması söz konusu olmalıdır.
- c. Son olarak da memurların silah kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması gerekmektedir.

2. Müracaat ve karar süreci:

5607 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen bu hukukî yardım için gerek personelin gerekse kurumun hangi işlemleri ne zaman ve nasıl yapacağına, keza olayı müteakip personelin talebi halinde karar merciinin neresi olacağına ilişkin Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra Kanunun bu hükmünün nasıl uygulanacağına ilişkin Yönetmelik düzenlemesi de yapılmamıştır.

Bu durumda anılan konuyla ilgili ihtiyacın ortaya çıkması halinde kamu kurumlarının kendi genel iç işleyişleri çerçevesinde talebi alan amir makamca olayla ilgili belge ve bilgilerden oluşan dosya tekemmül ettirildikten sonra kurumun «üst yöneticisi»¹⁰ tarafından bir karar verilip personele gerekli ödemenin yapılabileceği değerlendirilmektedir.

Elbette kurumların Kanuna aykırılık oluşturmayacak şekilde yapacakları bir idarî düzenlemeyle de (Yönerge, Genelge vb.) müracaat, karar ve ödeme sürecine ilişkin esas ve usulleri belirlemeleri mümkündür.

¹⁰ Kamu kurumlarında kimlerin “üst yönetici” olduğu hususu, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 11 nci maddesinde gösterilmiştir.

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

5607 sayılı Kanunun 22 nci maddesi birinci fıkrasının üçüncü cümlesi olan «Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır.» düzenlemesindeki "memur" kavramı ile "bağlı bulunduğu kurum tarafından" ibaresine bakıldığında bu yardımın yalnızca belli bir kurum çerçevesinde düşünülmediği anlaşılmaktadır.

Kapsamının belirlenmesi için ise aynı fıkranın bir ve ikinci cümlesine bakıldığında kurum ismi belirtilmediği, ancak Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine giren, çıkan ve geçenlerin önlenmesi görevlerini icra eden yetkili memurların bu hükümden yararlanmasının öngörüldüğü görülmektedir. Dolayısıyla hangi kamu kurumu personeli olursa olsun, belirlenmiş kapı ve yollar dışında gümrük bölgesine giren, çıkan ve geçiş yapanların takibi, kontrolü ve denetimi ile bunların önlenmesi vazifelerini icra etmek üzere görevlendirilenlerin, Kanunda belirlenen şartların oluşması halinde öngörülen bu hukukî yardımdan yararlanmaları mümkündür.

Her ne kadar 5607 sayılı Kanunun 22 nci maddesi birinci fıkrası son cümlesinde, "...soruşturma ve kovuşturma açılması..." şeklindeki ifadede "ve" bağlacının kullanılması nedeniyle şartların oluşması için soruşturma ve kovuşturmanın her ikisinin de gerçekleşmesi gerektiği yönünde anlam çıkarılabilir ise de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sistematığına göre suç işlendiğine yönelik ihbar veya bilgi alınması üzerine önce savcılıklarca soruşturma açılması ve bu aşamada toplanacak delillerin kamu davası açılmasını gerektirmesi halinde iddianame düzenlenmesi ve mahkemece de bu iddianamenin kabul edilmesiyle kovuşturma aşamasına geçileceğinden, kanun koyucunun bu yardım için mutlaka kamu davası açılması gerektiğine yönelik madde metninde bir ibare bulunmaması ve başkaca bu sonucun çıkarılmasına mesnet alınacak düzenleme de bulunmaması nedeniyle burada "ve" bağlacının "veya" olarak anlaşılması gerektiği ve 5607 sayılı Kanun kapsamında hukukî yardımın soruşturma açılması ile başlatılabileceği değerlendirilmektedir.

Bu hukukî yardımı düzenleyen 5607 sayılı Kanununun 22 nci maddesi birinci fıkrası üçüncü cümlesinde “avukat sağlanır”¹¹ ibaresinin kullanılmasından, Kanunun yalnızca bir avukatın ücretinin ödenmesini öngördüğü değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu düzenlemede avukata ödenecek miktar ile ilgili herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmediğinden ve başkaca sınırlayıcı bir mevzuat düzenlemesi bulunmadığından, kendi personeliyle ilgili incelemeyi yapacak kamu kurumu tarafından her olay için ayrı olmak üzere ödenecek miktar takdir edilecektir.

C. 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

2559 sayılı Kanunun Ek Madde 9, bir ve ikinci fıkraları;

“ Bu Kanun ve diğer kanun hükümlerine göre gerekli hallerde;

A) Önleyici, caydırıcı, düzenleyici ve koruyucu kolluk hizmetlerine dair görevlerin ifası sırasında silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında, cezai sorumluluğun tespiti bakımından Memurin Muhakematı Hakkında Kanuna göre işlem yapılır.

B) Adliyeye ilişkin vazife ve işlerle ilgili bir hizmeti yerine getirirken silah kullanmak zorunda kalan polis hakkında, hazırlık soruşturması bizzat Cumhuriyet savcıları veya yardımcıları tarafından yapılır.

Sanık polis, hakkında dava açıldığı takdirde duruşmadan varesinde tutulabilir. Olayın mahiyetine ve kusurun derecesine göre, İçişleri Bakanlığınca durumu uygun görülen polisin vekalet verdiği avukatın ücreti, Emniyet Genel Müdürlüğü bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Avukat tutma ve ücret ödeme usul ve esasları yönetmelikte gösterilir...” hükmünü içermektedir.

Maddenin ikinci fıkraya son cümlesine istinaden çıkarılan Hakkında Dava Açılan Polis İçin Avukat Tutma Ve Ücret Ödeme Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin¹² 4 ncü maddesi,

¹¹ “Avukat sağlanır” ifadesi gereği avukatın kurumca bizzat tayin edilmesi gerektiği anlaşılmalı birlikte, sanık olan kurum personelinin müdafiliğini yapabilmesi için anılan avukata sanık personel tarafından noter marifetiyle vekâletname düzenlettirilmesi gerektiğinden, kanımca burada kurum ile personel arasında hangi avukatın tayin edileceği konusunda bir uzlaşma olması gerekmektedir.

¹² www.mevzuat.gov.tr./Yonetmelikler.aspx.

" Bu yönetmelik hükümlerine göre avukatlık ücretinin ödenebilmesi için;

- a) Polisin önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve/veya adliye ile ilgili görev ve hizmetlerin ifası sırasında veya bu görevinden dolayı sanık durumuna düşmüş olması,
- b) Sanık Polis hakkında kamu davası açılmış olması,
- c) Sanık Polisin isnat edilen suçla ilgili olarak bir avukata usulüne uygun vekaletname vermiş olması,
- d) Olayın mahiyeti ve kusur derecesine göre Bakanlıkça polisin durumunun uygun görülmesi, şarttır.

Devletin şahsiyetine karşı cürümler, kaçakçılık, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmet, hırsızlık, dolandırıcılık, ihalelere fesat karıştırma gibi yüz kızartıcı suçlar ve takibi şikayete bağlı suçlardan sanık olan Polisin avukatlık ücreti ödenmez." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre söz konusu yardımdan yararlanılabilmesi için şu şartların oluşması gerekmektedir:

- a. Suçlamaya konu eylem önleyici, caydırıcı, düzenleyici ve koruyucu kolluk hizmetleri veya adliye ile ilgili görevlerin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilmiş olmalıdır.
- b. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında silah kullanmak zorunda kalınmış olunmalıdır.
- c. Son olarak da silah kullanmalarından dolayı isnat edilen suçla ilgili olarak polisler hakkında kovuşturma açılması, yani kamu davasının açılmış olması gerekmektedir.
- d. Bunların yanı sıra polislere isnat edilen suç, Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrasında sayılan suçlardan biri olmamalıdır.

2. Müracaat ve karar süreci:

Anılan Yönetmelik hükümlerine göre hakkında kamu davası açılan polis memurunun, olayın meydana geldiği yer mülkî idare amirine müracaat etmesi gerekmektedir.¹³

¹³ Yönetmelik madde 5/1.

Bu müracaatı alan mülkî idare amiri tarafından İl Emniyet Müdürlüğünde mevcut olan ve olayla ilgili belge,¹⁴ rapor ve bilgiler toplanıp, konuyla ilgili görüş de yazılmak suretiyle oluşturulacak dosya İçişleri Bakanlığına gönderilmelidir.¹⁵

Mülkî idare amiri tarafından İçişleri Bakanlığına intikal ettirilen dosya muhteviyatı, Emniyet Genel Müdürü tarafından görevlendirilen Emniyet Genel Müdür Yardımcısı Başkanlığında I. Hukuk Müşaviri ile Asayiş, Personel, İdari ve Mali İşler daire başkanlarından oluşan Komisyon tarafından incelenip görüşülerek, sanık polis memurunun avukatlık ücretinin ödenip ödenmeyeceğine karar verilmesi gerekmektedir.¹⁶

Komisyon tarafından verilen olumlu ve olumsuz kararlar, Emniyet Genel Müdürünün teklifi ile birlikte onay için İçişleri Bakanına sunulmakta ve bu konudaki komisyon kararı İçişleri Bakanının onayı ile kesinleşmektedir.¹⁷

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

2559 sayılı Kanun ve Yönetmelikte hukukî yardımdan yararlanacak personel için “polis” kavramı kullanılmıştır. Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3 ncü maddesinde ise “Polis: Emniyet Hizmetleri Sınıfına dahil her rütbede ve derecedeki personel.” şeklinde tanımlandığından, söz konusu hukukî yardımdan bu tanım kapsamına giren personel yararlanabilecektir.

Bu yardımın yapılabilmesi için önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve/veya adliye ile ilgili görev ve hizmetlerin ifası sırasında ya da bu görevlerinden dolayı meydana gelen bir olayla ilgili polis hakkında iddianame düzenlenmesi ve ilgili mahkemece de iddianamenin kabul edilmesi suretiyle bir kamu davası açılmış olması gerekmektedir. Kamu davası açılmadan önce Cumhuriyet savcılarınca yürütülen soruşturma safhasında bu yardımın yapılması imkanı bulunmamaktadır.¹⁸

¹⁴ 2559 sayılı Kanununun Ek madde 9 hükmü gereği bu yardımın yapılabilmesi için ilgili polis hakkında kamu davası açılmış olması gerektiğinden, İçişleri Bakanlığına gönderilecek belgeler içerisinde mutlaka “iddianame” bulunmalıdır.

¹⁵ Yönetmelik madde 5/2.

¹⁶ Yönetmelik madde 6.

¹⁷ Yönetmelik madde 8.

¹⁸ 2559 sayılı kanun Ek madde 9, Yönetmelik madde 4/a,b.

Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrasında yer alan hüküm ile Devletin şahsiyetine karşı cürümler, kaçakçılık, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmet, hırsızlık, dolandırıcılık, ihalelere fesat karıştırma gibi yüz kı-zartıcı suçlar ve takibi şikayete bağlı suçlardan açılan kamu davalarında sanık olan polisler hukukî yardım yapılması yasaklanmıştır.

Bu hukukî yardımı düzenleyen 2559 sayılı Kanunun Ek Madde 9'da "vekâlet verdiği avukatın" ifadesi ve Yönetmelikte de "vekâlet verdiği avukatının", "bir avukata"¹⁹ ifadeleri kullanıldığından, hakkında kamu davası açılan polisin vekâlet verdiği ancak bir avukat için yardım alabileceği değerlendirilmektedir.

Yönetmeliğin 9 ncu maddesi gereğince söz konusu hukukî yardım kapsamında avukat ücretinin ödenmesi ile ilgili olarak Avukatlık Ücret Tarifesi esas alınacak ve ödenebilecek azami miktar, yargılamayı yapacak mahkeme için bu tarifede belirlenen miktarın 20 katını geçemeyecektir.

D. 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

6001 sayılı Kanunun 25 nci maddesi;

"Genel Müdürlüğün görev ve sorumluluklarının yerine getirilmesinden dolayı haklarında ceza davası açılmış olanların; vekâlet verdikleri avukata, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesine göre yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi-ne göre ödedikleri ücretler ile belgelendirilmiş olmak kaydıyla dava ile ilgili olarak yaptıkları masraflar, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı halinde geri alınmak kaydıyla, Komisyon kararı üzerine Genel Müdü-rün teklifi ve Bakan onayı ile karşılanabilir. Komisyonun oluşumu ile çalışmasına ve uygulamaya ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir." hükmünü içermektedir.

Maddenin son cümlesine istinaden çıkarılan Karayolları Genel Müdürlüğü Adli Ve Hukukî Yardım Yönetmeliğinin²⁰ 4 ncü maddesi,

¹⁹ Yönetmelik madde 1, 4/1-c.

²⁰ www.mevzuat.gov.tr./Yonetmelikler.aspx.

“ Bu Yönetmelik hükümlerine göre avukatlık ücretinin ödenebilmesi için;

- a) Personel hakkında bir ceza davasının açılmış olması,
 - b) Personelin, bu ceza davasında müdafî olarak belirlediği avukata usulüne uygun olarak vekâletname vermiş olması,
 - c) Personelin 7 nci maddede belirtilen usule uygun olarak bir dilekçe ile talepte bulunması,
 - c) Komisyon tarafından avukatlık ücretinin ödenmesine karar verilmiş olması,
- gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre söz konusu yardımdan yararlanılabilmesi için şu şartların oluşması gerekmektedir:

a. Öncelikle personel hakkında, mensubu olduğu Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve sorumluluklarının²¹ yerine getirilmesinden dolayı yapılan soruşturma sonucunda iddianame düzenlenmesi ve mahkemece bu iddianamenin kabul edilmesi suretiyle kamu davası açılmış olmalıdır.

b. Personel, avukatlık ücreti ile dava masraflarının ödenmesi talebini içeren dilekçesini birim amirine iletmeli ve bu dilekçesine hakkında kamu davası açıldığını gösteren mahkeme celp yazısı, tensip zaptı veya iddianame gibi belgeler ile davaya konu olayla ilgili elinde mevcut bilgi ve belgeler, vekâletname ve davayla ilgili yaptığı masrafları gösteren belgeleri eklemelidir.

2. Müracaat ve karar süreci:

Karayolları Genel Müdürlüğü Adli Ve Hukukî Yardım Yönetmeliği hükümlerine göre anılan kurum personelinin, belirtilen çerçevede hakkında kamu davası açılmasını müteakip idari bakımdan bağlı bulunduğu disiplin amiri olan birim amirine müracaat etmesi ve birim amirinin de personelin müracaatında vereceği dilekçesi ile ekinde su-

²¹ Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve sorumluluklarının neler olduğu, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanunun 4 ncü maddesinde sayılmıştır.

nacağı belgeleri iki iş günü içerisinde Karayolları Genel Müdürlüğü İnsan Kaynakları Daire Başkanlığına göndermesi gerekmektedir.²²

Gönderilen belgeler, Genel Müdür Yardımcısı başkanlığında toplanacak ve I. Hukuk Müşaviri, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı ve İnsan Kaynakları Dairesi Başkanı ile birim amirinden oluşan Komisyon tarafından incelenmek ve görüşülmek suretiyle personelin talep ettiği avukat ücreti ile yapılan dava masraflarının ödenip ödenmeyeceğine ilişkin bir karar verilir. Talebin kendisine ulaşmasını müteakip Komisyonun 7 iş günü içerisinde kararını vermesi gerekmektedir.²³

Müteakiben Komisyon tarafından verilen karar, Genel Müdürün teklifi ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanının onayı ile kesinleşecektir.²⁴

Hukukî yardım yapılmasına ilişkin olarak diğer kurumların düzenlemelerinde yer almayan ve kurumun en üst amirinin bu yardım talebinde bulunmasına ilişkin münhasır bir düzenlemeye Karayolları Genel Müdürlüğü Adli Ve Hukukî Yardım Yönetmeliğinin 9 ncu maddesi dokuzuncu fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre Genel Müdür hakkında ceza davası açılması ve talepte bulunulması durumunda, bu talep doğrudan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı tarafından oluşturulacak komisyonda görüşülüp karara bağlanacaktır.

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

Karayolları Genel Müdürlüğü kurumu için yapılan düzenlemelere göre bu hukukî yardım, Genel Müdür dahil olmak üzere tüm kurum personelini kapsamaktadır.

Bu yardımın yapılabilmesi için Genel Müdürlüğün görev sorumluluklarının yerine getirilmesi ile ilgili bir olay çerçevesinde personel hakkında kamu davası açılması gerekmektedir.

Avukatlık ücreti için personele yapılabilecek ödeme, personel hakkında açılan kamu davasının yargılmasını yapacak olan mahkeme için Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen ücret miktarı ile sınırlandırılmıştır.²⁵

²² Yönetmelik madde 7,8.

²³ Yönetmelik madde 9/1-7.

²⁴ Yönetmelik madde 9/8.

²⁵ Yönetmelik madde 5.

Belirtilen çerçevede kurumundan yardım alan personel hakkında yapılacak yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verilmesi ve bu mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde personelin kurumundan aldığı avukat ücreti ve dava masraflarını kurumuna geri ödemesi gerekmektedir.²⁶ Bu geri ödeme uygulamasına ilişkin düzenleme, kamu kurumları arasında yalnızca Karayolları Genel Müdürlüğü personeli yönünden yapılmış ayrık bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bunların yanı sıra anılan Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde “avukata” ve “avukatın” gibi ifadelerinin kullanılmasından, mevzuatın Karayolları personeli yönünden yalnızca bir avukat için yardım yapılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır.

E. 663 sayılı Sağlık Bakanlığı Ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

663 sayılı KHK'nın 54 ncü maddesi;

“Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında; sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerden dolayı personele karşı işlenen suçlar sebebiyle ceza hukuku kapsamında yürütülmekte olan işlemler ve davalarda personelin talebi üzerine Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca hukukî yardım yapılır. **(Ek cümle: 4/7/2012-6354/ 18 md.)** Bakanlık ve bağlı kuruluşları merkez ve taşra teşkilatı ile döner sermaye teşkilatı kadrolarında bulunan hukuk birimi amirleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar, ayrıca vekâletname ibraz etmeksizin ilgili personeli vekil sıfatı ile temsil eder. Bu yardımın usûl ve esasları Bakanlıkça belirlenir” hükmünü içermektedir.

Maddenin son cümlesine istinaden çıkarılan Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukukî Yardımın Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin²⁷ 5 nci maddesi,

“(1) Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarda görev yapan personele veya bunların vefatı halinde kanuni mirasçılarına bu Yönetmelik kapsamında hukuki yardımda bulunulabilmesi için aşağıda belirtilen hallerin gerçekleşmiş olması gerekir.

²⁶ Yönetmelik madde 10/3.

²⁷ www.mevzuat.gov.tr./Yonetmelikler.aspx

- a) Sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerinden dolayı personele karşı kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiilin gerçekleştirilmiş olması.
- b) İlgilinin veya kanuni mirasçılarının talepte bulunması.
- c) İlgili personelin soruşturma safhasında şüpheli, kovuşturma safhasında ise sanık durumunda bulunmaması.

(2) Personelin, bir olayda hem mağdur hem de şüpheli veya sanık durumunda olması halinde mağdur sıfatıyla hukuki yardım yapılır" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre söz konusu yardımdan yararlanılabilmesi için şu şartların oluşması gerekmektedir:

- a. Sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerinden dolayı Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarında²⁸ görev yapan personele karşı, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir eylem gerçekleştirilmiş olmalıdır.
- b. Söz konusu eyleme maruz kalan personel veya mirasçıları hukukî yardım talebinde bulunmalıdır.
- c. Kural olarak anılan personel soruşturma safhasında şüpheli, kovuşturma safhasında da sanık durumunda bulunmamalıdır. Ancak personel bir olayda hem mağdur hem de şüpheli veya sanık durumunda ise mağdur sıfatıyla hukukî yardımdan yararlanabilecektir.

2. Müracaat ve karar süreci:

Yönetmelik hükümlerine göre Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşları personelinin, belirtilen çerçevede kanunlarda suç olarak tanımlanan bir eyleme maruz kalmaları halinde görev yaptığı kurum veya kuruluşun yöneticisine hukukî yardım talebini iletebilir.²⁹ Ancak Yö-

²⁸ Sağlık Bakanlığı Personeline Karşı İşlenen Suçlar Nedeniyle Yapılacak Hukukî Yardımın Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4 ncü maddesinde, bağlı kuruluşların Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu olduğu belirtilmiştir.

²⁹ Yönetmelik madde 7/2 son cümle.

netmelik, bu gibi olayların meydana gelmesini müteakip idareye kendiliğinden harekete geçme yükümlülüğü getirmiştir.

Yönetmeliğe göre kural olarak sistemin şu şekilde işlemesi gerekmektedir:³⁰

- a. Belirtilen çerçevede bir eylemin gerçekleştirilmesini müteakip ilgili sağlık kurum veya kuruluşun yöneticisi tarafından olay adli mercilere ve Bakanlıkça kurulan sisteme³¹ iletilecektir.
- b. Bildirim üzerine Bakanlıkça, olayın adli makamlara bildirilip bildirilmediği araştırılacak ve aynı zamanda da olay ilgili hukuk birimine³² bildirilecektir.
- c. Bakanlıkça kendilerine bildirim yapılan hukuk birimleri tarafından personele veya personelin vefatı halinde mirasçılarına bir avukatın hukukî yardımından yararlanmak isteyip istemedikleri sorulacaktır.
- d. Olayı inceleyen hukuk birimi tarafından olayın mevzuat kapsamına girmediği değerlendirilir ise bu husus gerekçeli bir yazı ile hem ilgili birim amirine hem de talepte bulunana bildirilecektir.
- e. Bu olumsuz bildirim üzerine personelin itirazda bulunması veya personelin birim amirinin yeniden yazılı talepte bulunması halinde dilekçe/yazı ve ekleri en geç 7 gün içerisinde ilgisine göre Bakanlık Hukuk Müşavirliği veya Kurum Hukuk Müşavirliğine gönderilecek ve bu merkez teşkilatındaki hukuk birimlerince yapılacak inceleme sonucu verilen karar personele, birim amirine ve taşra teşkilatı hukuk birimine gönderilip, bu karar doğrultusunda söz konusu idari işlem tekemmül ettirilecektir.

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

663 sayılı KHK'nın 54 ncü maddesinde hukukî yardımdan faydalanabilecek personel olarak "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında-

³⁰ Yönetmelik madde 7-9.

³¹ Yönetmeliğin "Bildirim ve Kayıt Sistemi" başlıklı 7 nci maddesi birinci fıkrası gereği Sağlık Bakanlığınca, sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu görevlerinden dolayı personele karşı gerçekleştirilen eylemlerin bildirimlerinin yapılacağı ve kayıtların tutulacağı sistemin kurulup işletilmesi gerekmektedir.

³² Genelde bu hizmeti yürütecek hukuk birimleri, Bakanlık ve bağlı kuruluşların taşra teşkilatı hukuk birimleridir.

ki personel” şeklinde ifade edilmekle birlikte Yönetmeliğin “Kapsam” başlıklı 2 nci maddesinde daha ayrıntılı bir hükme yer verilmiştir.

Bu hükümlere göre söz konusu hukukî yardımdan yararlanabilecek personel şunlardır:

- a. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarında kadrolu veya sözleşmeli görev yapan personel.
- b. 663 sayılı KHK’nın 52 nci maddesi çerçevesinde Bakanlık ve bağlı kuruluşlarında gönüllü ve ücretsiz sağlık hizmeti verenler.
- c. 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu kapsamında görev yapan personel.

Bu yardımın yapılabilmesi için yalnızca sağlık hizmeti sunumu sırasında veya bu nevi görevlerden dolayı bir olayın meydana gelmesi gerekmektedir.

Söz konusu yardım için diğer kurumların düzenlemeleri gibi personel hakkında bir soruşturma ve kovuşturma açılması hali öngörülmemiş, aksine kanunlarda suç olarak düzenlenen ve ceza hukukunun konusu olan bir eylemin personele karşı gerçekleştirilmesi hali öngörülmüştür. İşte bu gibi durumlarda personele karşı suç eylemi icra eden şahıs hakkında yapılacak ceza soruşturma ve kovuşturması işlemleri sırasında mağdur sağlık personeli yönünden yapılabilecek hukukî yardım düşünülmüştür.

Bir şahsın suç eylemine maruz kalan ve bir başka deyişle zarar gören durumunda olan personelin, ceza soruşturma ve kovuşturmalarındaki yasal konumu 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununda (CMK)³³ düzenlenmiştir. Bu soruşturma ve kovuşturmalarda personel mağdur statüsünde olacak ve şayet talepte bulunur ve yargılamayı yapan mahkemece de kabul edilir ise kovuşturma sırasında “katılan” sıfatıyla taraf olarak hak ve yetkilerini kullanabilecek, isterse duruşmalara katılabilecektir.

Şayet personel hem mağdur hem de şüpheli veya sanık durumunda ise yapılacak yardım mağdur statüsü çerçevesinde olacaktır.

³³ CMK’nın 233-236 ncı maddeleri “mağdur”un hak ve yetkilerini düzenlemekte, 237-243 ncü maddeleri de “katılan”ın hak ve yetkilerini düzenlemektedir.

Sağlık Bakanlığı teşkilatı personeli için öngörülen bu hukukî yardımın yapılış şekli de, diğer kurum personeli için öngörülen yardımdan farklılık arz etmektedir. Zira bir olayın meydana gelmesini müteakip mevzuatta öngörülen şartların oluştuğuna karar verilir ise personele yapılacak hukukî yardım, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları merkez ve taşra teşkilatı ile döner sermaye teşkilatı kadrolarında bulunan hukuk birim amirleri ve hukuk müşavirleri ile avukatların mağdur vekili sıfatıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarına katılmaları şeklinde olacaktır.

Soruşturmanın başlangıcında mağdur sıfatı nedeniyle kendisine belirtilen çerçevede hukukî yardım yapılan personelin, soruşturma sonucunda mağdur olmadığı ve aksine suç eylemi icra eden kişi olduğu yönünde tespit yapıp hakkında iddianame düzenlenmesi ve mahkemece de bu iddianamenin kabul edilmesi neticesinde sanık durumuna düşmesi halinde bu yardım sona erecektir.³⁴

F. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu kapsamında hukukî yardım:

1. Yararlanma şartları:

211 sayılı Kanununun 87 nci maddesi birinci fıkrası ve VII nci bendi;

“Askerler karakol, karakol nöbetçisi,devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde aşağıda gösterilen hallerde silah kullanmaya yetkilidirler..

VII- Soruşturma usulü ve adli yardım

Silah kullanmak zorunda kalan asker kişiler hakkında, hazırlık soruşturması Askeri Savcı, Cumhuriyet Savcısı veya yardımcılarını tarafından yapılır. Haklarında dava açılan sanık asker kişiler duruşmadan varestede tutulabilir. Olayın mahiyetine ve kusurun derecesine göre sanığın mensup olduğu Bakanlıkça durumu uygun görülenlerin vekalet verdiği avukatın ücreti, bu bakanlıkların bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Avukat tutma ve avukatlık ücretinin ödeme usul ve esasları, Milli Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca bu Kanunun yü-

³⁴ Yönetmelik madde 10/b.

rürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. " hükmünü içermektedir.

Bu bendin son cümlesine istinaden çıkarılan Sanık Asker Kişiler İçin Avukatlık Ücretinin Ödeme Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin³⁵ 4 ncü maddesi,

"Bu Yönetmelik hükümlerine göre avukatlık ücretinin ödenebilmesi için;

- a) **(Değişik:RG-20/4/2012-28270)** Asker kişilerin karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin ve kaçakçılığın men, takip ve tahkiki için görevlendirildiklerinde ya da önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adli görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında veya bu görevlerinden dolayı sanık durumuna düşmeleri,
 - b) **(Değişik:RG-7/8/2001-24486)** Sanık asker kişi hakkında soruşturma açılmış, ihzar müzekkeresi veya tutuklama müzekkeresi çıkarılmış, gözaltına alınmış ya da kamu davası açılmış olması,
 - c) Sanık asker kişinin, isnat edilen suçla ilgili olarak bir avukata usulüne uygun vekâletname vermiş bulunması,
 - d) Olayın niteliği ve kusur derecesine göre sanık asker kişinin durumunun uygun görülmesi,
- şarttır.

(Ekfıkra:RG-20/4/2012-28270) (Değişik:RG-26/7/2014-29072)

Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar, Milli Savunmaya Karşı Suçlar, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar, kaçakçılık, rüşvet, irtikâp, zimmet, hırsızlık, dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma gibi yüz kızartıcı suçlar, nüfuz ticareti, göreve ilişkin sırrın açıklanması, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma, görevi yaptırmamak için direnme, kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma, başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması, suç uydurma, yalan tanıklık, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık, yargı görevini yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, suç-

³⁵ www.mevzuat.gov.tr/Yonetmelikler.aspx.

tan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, suçluyu kayırma, tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme, ses veya görüntülerin kayda alınması, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme, muhafızın görevini kötüye kullanması suçları ve takibi şikayete bağlı suçlardan sanık olan asker kişilerin avukatlık ücreti ödenmez" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelere göre söz konusu yardımdan yararlanılabilmesi için şu şartların oluşması gerekmektedir:

- a. Öncelikle asker kişi hakkında, karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin ve kaçakçılığın men, takip ve tahkiki için görevlendirildiklerinde ya da önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adli görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında veya bu görevlerinden dolayı soruşturma açılmış olmalı, bu kapsamda ihzar müzekkeresi veya tutuklama müzekkeresi çıkarılmış ya da gözaltına alınmış olmalı veyahut da kamu davası açılmış olmalıdır.
- b. Meydana gelen olayın niteliği ve kusur derecesine göre asker kişinin durumu uygun görülmelidir.
- c. Ayrıca asker kişiye isnat edilen suç, Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrasında sayılan suçlardan olmamalıdır.

2. Müracaat ve karar süreci:

Yönetmelik hükümlerine göre asker kişilerin, belirtilen çerçevede haklarında soruşturma veya kamu davası açılmasını müteakip olayın meydana geldiği tarihte görevli bulunduğu komutanlığa müracaat etmesi ve bu müracaatında vekâletnamesini ve avukatla yaptığı ücret sözleşmesi ile elinde bulunan iddianame, ihzar müzekkeresi gibi belgeleri sunması gerekmektedir. Bu müracaatı alan komutanlık da elinde bulunan adli mercilerce gönderilmiş evrak, olay tutanağı, görev emri ve olayla ilgili diğer bilgi ve belgeleri ekleyerek oluşturacağı dosyayı komutanlık kanaatini içeren rapor ile birlikte bağlı olduğu kuvvet komutanlığına (Kara, Hava, Deniz), şayet asker kişi jandarma ise Jandarma Genel Komutanlığına, sahil güvenlik personeli ise Sahil Güvenlik Komutanlığına göndermelidir.³⁶

³⁶ Yönetmelik madde 5,7.

Kendi özel kanunları gereği bağlı oldukları bakanlık farklılığı ve ayrı bütçelerinin olması nedeniyle jandarma ve sahil güvenlik personeli ile kuvvet komutanlıkları personeli olan asker kişiler için oluşturulacak komisyon ile onay makamları yönünden farklı düzenleme yapılmıştır.

Kuvvet komutanlıkları personeli asker kişiler için Milli Savunma Bakanlığında Personel Başkanlığının bağlı olduğu Müsteşar Yardımcısının başkanlığında Maliye ve Personel başkanları, Hukuk Müşavirliği ve Davalar Daire Başkanı ile talepte bulunan personelin bağlı bulunduğu kuvvet komutanlığının Harekât ve Personel başkanlarından oluşan komisyon, jandarma personeli için Jandarma Genel Komutanlığında Kurmay Başkanı başkanlığında Harekât, İstihbarat, Personel ve Maliye başkanları, Hukuk Hizmetleri Başkanı ve Adli Müşavir ile ilgili görülen diğer birim yetkililerinden oluşan komisyon, sahil güvenlik personeli için Sahil Güvenlik Komutanlığında Kurmay Başkanı başkanlığında Harekât ve Personel grup başkanları, Komptrolörlük ve İstihbarat şube müdürleri ile Hukuk Müşaviri ve ilgili görülen diğer yetkililerden oluşan komisyon tarafından talep incelenerek bir karar verilir. Bu komisyon kararları, kuvvet komutanlıkları personeli için Milli Savunma Bakanın onayı, jandarma ve sahil güvenlik personeli için ise İçişleri Bakanının onayı ile kesinleşir.³⁷

3. Yardımın Kapsamı ve Sınırları:

Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) personeli için öngörülen hukukî yardımın düzenlendiği 211 sayılı Kanunun 87 nci maddesi VII nci bendi ve Yönetmelik hükümlerinde yararlanacak kimseler için "asker kişi" sıfatı kullandığından, bu yardımdan ancak asker kişi sıfatına sahip olanlar yararlanacaklardır.

"Asker kişi" sıfatına kimlerin sahip olduğu hususu 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununda düzenlenmiştir.

211 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde asker; "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuv-

³⁷ Yönetmelik madde 6.

vetlere intisabeden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahsa denir.” şeklinde tanımlanmış olup, 3 ncü maddesi (a) bendinde ise askerler; erler, erbaşlar, uzman ve sözleşmeli çavuş ve onbaşılar, astsubaylar, askeri öğrenciler, askeri memurlar ve subaylar olarak sayılmıştır.

353 sayılı Kanununun 10 ncu maddesinde asker kişilerin subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler, askeri hizmette buldukları sürece yedek askerler ve rızası ile TSK'ya katılanların olduğu belirtilmiştir.

1632 sayılı Kanununun 3 ncü maddesi birinci fıkrasında ise askerî şahısların subaylar, astsubaylar, Milli Savunma bakanlığı ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler olduğu belirtilmiştir.

Bu üç düzenleme çerçevesinde subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, diğer erbaş ve erler, askeri hizmette buldukları sürece yedek askerler, rızası ile TSK'ya katılanlar, Milli Savunma bakanlığı ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personelin söz konusu hukukî yardımdan yararlanabilecekleri anlaşılmaktadır.

Ancak 1632 sayılı Kanununun 3 ncü maddesi ikinci fıkrasında, Milli Savunma Bakanlığı ve TSK kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurlarının asker kişi sıfatlarının 211 sayılı Kanununun 115 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle sınırlı olduğu belirtildiğinden ve 211 sayılı Kanununun 115 nci maddesinde de sivil memurların, amir konumunda bulunmaları halinde mahiyetlerinde bulunan personele yönelik hizmetin icabettirdiği emir verme yetkileri ile ast durumunda bulunanların amir ve üstlerine yönelik yükümlülüklerinin neler olduğu düzenlendiğinden, söz konusu hukukî yardımın Milli Savunma Bakanlığı ve TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil memurlara ancak 211 sayılı Kanununun 115 nci maddesinde belirlenen ast ve üst ilişkileri çerçevesinde meydana gelebilecek olaylarla sınırlı olarak yapılabilecektir.

Bunun yanı sıra 353 sayılı Kanununun 10 ncu maddesi (C) bendinde yer alan “Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve

kuruluşlarında çalışan sivil memur" hükmü, Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih ve 2012/45 Karar, 2012/125 Esas sayılı ilâmı ile iptal edildiğinden ve bu kararla anılan sivil memurların yargılama usulü kapsamında sınırlı olarak dahi asker kişi sayılmaları Anayasa'ya aykırı görüldüğünden, anılan sivil memurların söz konusu hukukî yardımdan yararlanmalarının ancak halen yürürlükte bulunan ve yukarıda belirtilen 1632 sayılı Kanunun 3 ncü maddesi çerçevesi ile sınırlı olabileceği değerlendirilmektedir.

Öte yandan yine 353 sayılı Kanunun 10 ncu maddesi (D) bendinde yer alan "Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler" hükmü, Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarih ve 2012/117 Karar, 2012/204 Esas sayılı ilâmı ile iptal edildiğinden ve 211 sayılı Kanun ile 1632 sayılı Kanunun 3 ncü maddelerinde de asker kişilerin arasında sayılmadıklarından, **işçi statüsünde bulunanların** bu hukukî yardımdan yararlanmaları mümkün görülmemektedir.

211 sayılı Kanunun 87 nci maddesi VII nci bendinde asker kişilere hangi görevler kapsamında hukukî yardımın verilebileceği açık olarak belirtilmemiştir. Ancak maddenin birinci fıkrasında askerlerin karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde bu fıkranın I-VI ncü bentlerinde belirtilen hallerde silah kullanmaya yetkili oldukları ifade edildiğinden ve VII nci bendin birinci cümlesinin "Silah kullanmak zorunda kalan asker kişileri..." şeklinde başlatılmış olması itibariyle yasa koyucunun burada birinci fıkrada sayılan görevler sırasında silah kullanılması hallerinde meydana gelen olaylar çerçevesinde asker kişilere hukukî yardım yapılmasını öngördüğü değerlendirilmektedir.

Yönetmelikte ise, Kanunda sayılan karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetleri ve asayişini temin görevleri yanında kaçakçılığın men, takip ve tahkik görevleri ile önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adli görevler de sayılmak suretiyle hukukî yardım yapılabilecek görev çeşitleri daha da arttırılmıştır.³⁸

Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrasında yapılan düzenlemede sayılan bazı suçlar yönünden hukukî yardım yapılması peşin olarak yasaklanmıştır.

³⁸ Yönetmelik madde 1 ve 4/1-a.

Makalenin konusu olarak incelenen kamu kurumlarının hukukî yardım konusuna ilişkin mevzuat düzenlemelerinin yürürlüğe giriş tarihlerine bakıldığında, diğer kamu kurumları tarafından personele yapılacak hukukî yardım için yeni düzenlemeler getirilmeye çalışılırken, asker kişilerin hukukî yardım almasını oldukça daraltan Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrası dikkat çekmektedir.

Zira Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği³⁹ 01.07.1992 tarihi itibarıyla Yönetmelikte suçlar yönünden daraltıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İlk olarak 20.04.2012 tarihinde yapılan değişiklikle⁴⁰ 4 ncü maddeye eklenen fıkrada “millete ve Devlete karşı suçlar ile kaçakçılık, rüşvet, ihtilas, irtikap, zimmet, hırsızlık, dolandırıcılık, ihalelere fesat karıştırmak gibi yüz kızartıcı suçlar ve takibi şikayete bağlı suçlar” yönünden yardım yasağı getirilerek ilk daraltıcı düzenleme yapılmıştır.

Müteakiben ve tam da kamuoyunda ve özellikle de hükümetin ileri gelenleri tarafından ağır cezalı suçlardan yargılanmakta olan yüzlerce asker kişinin sahte deliller marifetiyle sanık yapıldıklarının dile getirildiği ve bu bağlamda da olağanüstü kanun yolu olan yeniden yargılamaların başladığı bir dönemde Yönetmeliğin 4 ncü maddesi ikinci fıkrasında tekrar bir daraltıcı değişiklik⁴¹ yapılmış ve yeni suçlar ilâve edilerek asker kişiler yönünden yukarıda sayılan onlarca suç yönünden hukukî yardım yasağı getirilmiştir.⁴²

Asker kişiler için hukukî yardımı düzenleyen Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde “avukatın”⁴³, “bir avukata”⁴⁴, “asker kişi ile avukat arasında”⁴⁵ ifadelerinin kullanılmasından, bir davada bir asker kişi için vekâlet verdiği yalnızca bir avukatın ücretinin ödenmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

³⁹ 01.07.1992 tarih ve 21271 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁰ 20.04.2012 tarih ve 28270 sayılı Resmi Gazete.

⁴¹ 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmi Gazete.

⁴² Kanunda öngörülme ve Yönetmelik ile yapılan bu aşırı daraltıcı düzenlemenin normlar hiyerarşisine uygun olup olmadığına ilişkin irdeleme, makalenin “Eleştiri” başlıklı III ncü maddesinde yapılacaktır.

⁴³ 211 sayılı Kanun madde 87/VII, Yönetmelik madde 5/1.

⁴⁴ Yönetmelik madde 4/1-c.

⁴⁵ Yönetmelik madde 7/e.

Avukat ücreti için personele yapılabilecek ödeme miktarı, avukatlık sözleşmesinin yapıldığı tarihteki Avukatlık Asgari Ücret Tablosunda, yargılamayı yapacak mahkeme için belirlenmiş ücretin 20 katı ile sınırlandırılmıştır.⁴⁶

211 sayılı Kanununun 87 nci maddesi VII nci bendi üçüncü cümlesinde "Olayın mahiyeti ve kusurun derecesine göre ... Bakanlıkça durumu uygun görülenlerin vekâlet verdiği avukatın **ücreti** ... karşılır." ifadesi ile **Yönetmeliğin 4** ncü maddesi birinci fıkrası (d) bendinde "Olayın mahiyeti ve kusurun derecesine göre sanık asker kişinin durumunun uygun görülmesi" ifadesine yer verildiğinden, burada hukukî yardım talebinin uygun olup olmadığına karar verilmesi yönünden idareye geniş bir takdir hakkı verilmiştir.

III. Eleştiriler:

Yukarıda ayrı ayrı izah edilen ve kamu kurumlarının personele hukukî yardım yapmasına ilişkin mevzuat düzenlemelerine bakıldığında bir düzenleme dağınıklığı olarak nitelendirebileceğimiz durumun yaratıldığını görmekteyiz. Bu bakımdan **düzenlemeler arasındaki önemli farklılıklar** ve normlar hiyerarşisinde uyumsuzluklar yönünden getirilen eleştirilere **aşağıda** yer verilmiştir.

A. Düzenlemeler arasındaki önemli farklılıklar:

Elbette uygulamadan doğan ihtiyaçlara göre yeni düzenlemeler yapılabilir veya yürürlükte olanların **üzerinde** de değişiklikler yapılabilir. Ancak kamu kurumları ve görevlilerini ilgilendiren aynı konu üzerinde yasa koyucunun ve kamu idarelerinin temel gerekçe ve kaynak düşüncelerinde belli bir paralellik ve benzerlik bulunması gerekir. Ancak **düzenlemelere** bakıldığında aralarında gerekçelendirilmesi güç olan **çok ciddi** farklılıklar bulunduğu görülmektedir.

Bu bakımdan dikkat çeken farklılıklar **şunlardır**:

1. TSK ile Emniyet ve **Gümrük** teşkilatları **yönünden yapılan düzenlemelerde yasa koyucunun idarî nitelikte olmayan, riskli ve özellikle silah kullanmak zorunda kalınması gibi çok önemli halleri**

⁴⁶ Yönetmelik madde 8.

içeren görevlerin icrası sırasında meydana gelen olaylarla ilgili hukukî yardım öngörülürken, Karayolları Teşkilatı yönünden riskli görevler yanında plan hazırlanması, araştırma ve geliştirme çalışmaları, peyzaj hizmetleri, malzeme seçimi ve temini, tapu sicil işlemleri, eğitim hizmetleri, veri ve bilgi derleme ile bunların basımı ve yayımı gibi tamamen idarî nitelikli iş ve işlemlerin⁴⁷ de hukukî yardım kapsamına alındığı görülmektedir. Bu tip faaliyetler hemen hemen tüm kamu kurumlarında yapılırken, bu görevler yönünden yalnızca Karayolları Teşkilatında çalışanlar için hukukî yardım **öngörülmüştür**.

2. Karayolları teşkilatı personeline yapılacak hukukî yardım kapsamında ödenen avukatlık ücreti ve dava masraflarının, yargılama sonunda hakkında mahkûmiyet kararı verilen personelden geri alınması öngörülmüş iken, diğer kamu kurumlarının hukukî yardım düzenlemelerinde yargılama sonucuna göre personele yapılan ödemelerin geri alınmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

3. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu kapsamında hukukî yardım hem soruşturma aşamasında şüpheli konumunda hem de kovuşturma aşamasında sanık konumunda yapılabilirken, 2559 sayılı Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu ile 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamında hukukî yardım yalnızca kovuşturma aşamasında sanık konumunda iken yapılabilir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı Ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK kapsamında ise hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarında mağdur konumunda iken yapılabilir.

4. 3713, 211, 2559 ve 6001 sayılı kanunlar kapsamında ilgili kurum personelinin vekâlet verdiği avukatın ücretinin ödenmesine ilişkin düzenleme yapılmışken, 5607 sayılı Kanunda ilgili kuruma bizzat avukat sağlama yükümlülüğü verilmiştir.

663 sayılı KHK kapsamında ise bizzat kurumun kendi hukuk birimleri kadrolarında görevli avukat veya hukuk müşavirleri tarafından ve vekâletname aranmaksızın hukukî yardımın yapılması uygulanması getirilmiştir.

⁴⁷ 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun madde 4.

5. 6001 sayılı Kanun kapsamında Karayolları Teşkilatı personeli için avukatlık ücreti yanında dava masraflarının da ödenmesi öngörülmüşken, diğer kamu kurumları personeli yönünden dava masraflarının ödenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

6. 3713 sayılı Kanun kapsamında yapılacak avukatlık ücreti ödemesi için Yönetmelik ile, yargılamayı yapacak mahkeme nevine göre memur maaş katsayısının artışı paralelinde değişik oranlarda artan bir üst sınır hesaplaması içeren formül öngörülmüştür.

211 ve 2559 sayılı kanunlar kapsamında ise ilgili Yönetmeliklerinde, yargılamayı yapacak mahkeme için Avukatlık Asgari Ücret Tablosunda gösterilen miktarın 20 katını geçemeyeceğine ilişkin bir üst sınır getirilmiştir.

6001 sayılı Kanun kapsamında avukatlık ücreti için doğrudan Avukatlık Asgari Ücret Tablosunda gösterilen miktarda ödeme yapılması öngörülmüştür.

5607 sayılı Kanun kapsamında ise, mevcut düzenlemede avukatlık ücreti ödemesi için herhangi bir sınırlayıcı düzenlemeye yer verilmemiştir.

663 sayılı KHK kapsamında ise, müdafilik görevi kurumun kendi hukuk birimleri kadrolarında görevli avukat ve hukuk müşavirlerince yerine getirileceğinden kurum tarafından ödeme yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

7. 3713 sayılı Kanun kapsamında üç avukata kadar ücret ödemesi yapılması imkanı getirilmiş iken, diğer düzenlemelerde yalnızca bir avukatın ücretinin ödenmesi öngörülmüştür.

8. Karayolları Teşkilatı yönünden kurumun en üst amiri olan Karayolları Genel Müdürünün anılan hukukî yardımı nasıl alabileceğine ilişkin mevzuatında münhasır bir düzenlemeye yer verilmiş iken, diğer kurumların ilgili mevzuatlarında en üst amirlerinin bu hukukî yardımdan nasıl yararlanabileceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁴⁸

⁴⁸ Esasen ilgili mevzuatındaki temel şartların oluşması halinde kurumların en üst amirlerinin de diğer kurum personeli gibi bu hukukî yardımdan yararlanabileceklerine kuşku bulunmamaktadır. Ancak müracaat işlemi halledilebilir ise de,

B. Normlar hiyerarşisindeki uyumsuzluklar:

İnceleme konumuz kapsamında yer verdiğimiz kanun düzenlemelerinde üst norm olan Anayasa'ya aykırılık oluşturacak bir hususun bulunmadığı değerlendirilmektedir. Ancak yönetmelik düzenlemelerinde, dayandıkları kanun hükümlerine uyumsuzluk içeren hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Anayasa'nın 124 ncü maddesi Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabileceklerini düzenlemiştir. Dolayısıyla yürütme organlarının çıkaracakları yönetmelikler dayandıkları kanuna uyumlu olmalı ve değiştirme, daraltma veya genişletme niteliğinde bir düzenleme içermemelidir.

Doktrinde yönetmeliklerin üst norma aykırı düzenlenemeyeceğine ilişkin görüşlere yer verilmiş olup⁴⁹ Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında da, yasa ile getirilen hakların normlar hiyerarşisinde daha aşağıda olan hükümlerle kısıtlanmasının üst hukuk normları ile tanınan hakların alt düzenlemelerle geri alınması sonucunu doğuracağı⁵⁰ ve bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesinin mümkün bulunmadığı⁵¹ belirtilmiştir.

Bu izahat ve Danıştay içtihatları ışığında normlar hiyerarşisi bakımından üst norma aykırı olduğu değerlendirilen yönetmelik düzenlemeleri şunlardır:

1. 3713 sayılı Kanunun 15 nci maddesi birinci fıkrasında "...avuk-

kurum amirlerinin emri ve yönetimi altında bulunan ast personelden oluşan komisyonların amirleriyle ilgili karar vermeleri yönetsel yapı hiyerarşisi yönünden uygun olmayacağından ve 3713 sayılı Kanun ve Yönetmeliği çerçevesinde olduğu gibi onay makamlarının kendi işlemlerini onaylaması da idare hukuku prensiplerine uygun düşmeyeceğinden bu konuda Karayolları Teşkilatı haricindeki kurumlar yönünden, mevzuatlarında boşluk bulunduğu değerlendirilmektedir.

⁴⁹ E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004, s.248; B. TanöR-N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2004, s.381; K. Gözler, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 19. Baskı, Bursa 2012, s.326.

⁵⁰ Danıştay 8 nci Daire, T:21.03.2006, Esas No:2005/1546, Karar No:2006/1123; 8 nci Daire, T:07.10.2005, Esas No:2004/2430, Karar No:2005/3943.

⁵¹ Danıştay 13 ncü Daire, T:06.06.2012, Esas No:2009/4475, Karar No:2012/1589.

katlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler..." şeklinde yer verilen ifadeden, yasa koyucunun bu konuda bir sınırlama yapılmaması yönünde iradesini açık olarak ortaya koyduğu görülmektedir. Ancak bu maddeye istinaden çıkarılan Yönetmeliğin 7 nci maddesi birinci fıkrası⁵² ile yapılan ve kanun hükmünü daraltıcı nitelikteki düzenlemede, dayanağı belirsiz bir hesaplama şekliyle kanunla tanınan bir hakkın daraltılması suretiyle kısıtlanması yoluna gidildiği ve böylece normlar hiyerarşisi içerisinde üst norma uyumlu olmayan bir düzenlemenin getirildiği kanaatindeyim.

2. 2559 sayılı Kanunun Ek Madde 9'un düzenleniş sistematığı itibariyle ikinci fıkrasında yer alan hukukî yardımın yapılabilmesi, birinci fıkrasında belirtilen görevlerin ifası sırasında silah kullanılması şartına bağlanmış olmasına rağmen, Yönetmelikte silah kullanma şartına yer verilmemiş olması nedeniyle burada Yönetmeliğin Kanunu genişletici düzenleme içerdiği ve bu yönüyle de Yönetmeliğin Kanuna uyumlu olmadığı değerlendirilmektedir.

3. Aynı şekilde 211 sayılı Kanunun 87 nci maddesi VII nci bendinde silah kullanmak zorunda kalan asker kişilere hukukî yardım yapılması öngörülmüşken, Yönetmeliğinde silah kullanmak zorunda kalınması şartına yer verilmediği görülmekle, burada da Yönetmeliğin Kanun hükmünü genişletici düzenleme getirdiği düşünülmektedir.

4. 211 sayılı Kanunun 87 nci maddesi VII nci bendine istinaden çıkarılan Yönetmeliğin 1 nci maddesi ile 4/1-a bendinde, Kanunda sayılan karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetleri ve asayiş temin görevleri yanında kaçakçılığın men, takip ve tahkik görevleri ile önleyici, caydırıcı, düzenleyici, koruyucu ve adli görevler de sayılmak suretiyle hukukî yardım yapılabilecek görev çeşitleri daha da arttırılmak suretiyle, burada kanunu genişletici nitelikte bir düzenleme yapıldığı değerlendirilmektedir.

5. 211 sayılı Kanunun VII nci bendi ile 2559 sayılı Kanunun Ek Madde 9 ikinci fıkrasında "avukat tutma ve ücretlerinin ödenmesi usul ve esaslarının" yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüş olup, bu iki Kanun hükmüne dayanılarak çıkarılan her iki yönetmeliğin 4 ncü

⁵² Yönetmeliğin 7 nci maddesi birinci fıkrası için bkz. yukarıda 8 No'lu Dip Not.

maddeleri ikinci fıkralarında bazı suçlar sayılmak suretiyle belirtilecek, bu suçlar nedeniyle avukatlık ücreti ödenmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anılan kanunların hükümlerine bakıldığında, personele isnat edilecek suçlar yönünden herhangi bir ayırım yapılmadığı ve polisler yönünden İçişleri Bakanlığınca, asker kişiler yönünden ise mensup oldukları Bakanlıkça durumu uygun görülenlerin avukatlık ücretlerinin ödeneceği belirtilmiştir.

Ancak anılan yönetmeliklerde peşinen bir hüküm düzenlenip bazı suçlar yönünden değerlendirme yapılması dahi yasaklanarak yardım kapsamı dışında bırakılmak suretiyle her iki yönetmelikle, dayandıkları Kanun hükümlerini daraltıcı nitelikte düzenleme getirildiği değerlendirilmektedir.

IV. Sonuç :

Bazı kamu kurumlarında belirli vazifeleri yürüten personelin bu görevlerini yaparken meydana gelen olaylar çerçevesinde haklarında bir soruşturma veya kovuşturma yapılması halinde, kamu imkânlarından onlara hukukî yardım yapılmasını öngören düzenlemeler yapılmıştır.

Bünyesinde yüksek risk barındıran görevler ile karar süreci kısa olup belli süre muhakeme yapma ve düşünme zamanı kullanılmayan türden icracı görevler bakımından, vazifelerini icra ederken kendilerini çok ağır baskı altında hissedip görevlerini endişe içerisinde yapmalarını önlemek için kurumu tarafından kamu görevlilerine hukukî yardım yapılmasının öngörülmesi yönetim ilkeleri açısından anlaşılabilir olmakla birlikte araştırma, planlama, temin, eğitim ve yayın gibi her kamu kurumunda bulunan rutin ve yaygın faaliyetler kapsamında yapılan vazifeler için bazı kamu kurumu personeli yönünden ayrıcalık oluşturacak şekilde düzenleme yapılmasının anlaşılabilir olmadığı değerlendirilmektedir.

Kamu kurumları arasında yardım koşulları ile ödeme miktar ve usulleri arasında önemli farklılıkların bulunması, düzenlemelerin kurumlar arasında belli bir koordinasyon olmaksızın yapıldığını ortaya koymaktadır.

Yapılan düzenlemelerin kapsamı ile üzerlerinde daha sonradan yapılan değişikliklere bakıldığında ise, bazı kurumların hukukî yardım imkânlarını genişletmeye çalıştıkları, bazılarının da bu imkânı daraltmaya çalıştıkları görülmektedir.

Bu tespitler, esasen devletin kamu görevlilerine hangi hal ve şartlarda hukukî yardım yapılması gerektiğine yönelik üst bir perspektifinin bulunmadığını göstermektedir.

Sonuç olarak, bu konuda belli prensip ve ilkeler gözetilmeden her kamu kurumunca ayrı bir perspektif ile hareket edilerek bir düzenleme dağınıklığı ve keyfiyeti ile mevzuatların yapıldığı, keza ikincil mevzuatlarda da idari karar mercilerine yeterli objektif kural ve sınırlamalar getirilmediği, aksine geniş takdir hakkı tanındığı değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- Gözler Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 19. Baskı, Bursa 2012.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2004
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2004.
- Danıştay 8 nci Daire, T: 21.03.2006, Esas No:2005/1546, Karar No:2006/1123.
- Danıştay 8 nci Daire, T: 07.10.2005, Esas No:2004/2430, Karar No:2005/3943.
- Danıştay 13 ncü Daire, T: 06.06.2012, Esas No:2009/4475, Karar No:2012/1589.
- 01.07.1992 tarih ve 21271 sayılı Resmi Gazete.
- 20.04.2012 tarih ve 28270 sayılı Resmi Gazete.
- 26.07.2014 tarih ve 29072 sayılı Resmi Gazete.
- [www.mevzuat.gov.tr./Yonetmelikler.aspx](http://www.mevzuat.gov.tr/Yonetmelikler.aspx).

6413 SAYILI TSK DİSİPLİN KANUNUNUN ESASLARI THE PRINCIPALS OF TURKISH ARMED FORCES DISCIPLINE LAW NO. 6413

Mehmet ALKAN*

Özet: Askerliğin temeli olan disiplin konusundaki mevzuat hükümlerinin günün şartlarına uygun olmadığından hareketle yapılan çalışmalar neticesinde 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu 16 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu makalede önceki mevzuat hükümleri ve uygulamalar ile yeni kanunun esaslarına değinilmiş ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu disiplin hükümleriyle kısa karşılaştırmalar yapılmıştır. Disiplin cezası türleri, disiplin amirlerinin yetkileri, cezalandırma sürecinde uygulanan kurallar ve bazı disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması gibi hususlarda askeri disiplin hukukunda devlet memurları disiplin hukukuna benzer esaslar kabul edilmiştir. Bununla birlikte iki kanun arasında önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Sonuç olarak yeni kanun özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “oda hapsi cezası” ve “Disiplin Mahkemeleri” konusundaki kararlarını karşılar nitelikte olmakla birlikte hürriyeti bağlayıcı ceza olan hizmet yerini terk etmeme cezasının varlığı ve disiplin cezalarının tümüne karşı yargı yolunun açılmamış olması temel eksiklikler olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Disiplin, disiplin amiri, disiplinsizlik, disiplin cezası, askeri şahıs, devlet memuru,

Abstract: Turkish Armed Forces Discipline Act, No 6413, which is the basis of army, was adopted on 31 January 2013 and entered into force on 16 February 2013 owing to the outdated character of previous legislation. This article touches upon the provisions and implementations of the previous and the current body of legislation, and it compares these legislations with Civil Servants' Act No 657. The principals of military law concerning disciplinary punishment types, jurisdiction of discipline commander, rules applied during the disciplinary procedure and judicial review of discipline offences are similar to those laid down in the Civil Servants' Act. Despite these similarities, there are significant differences between these laws. Although military discipline law met resolutions of the European Court of Human Rights on the issues of room confinement punishment and discipline courts, the existence of these institutions in exceptional circumstances, the punishment of non-leave of military place, and the lack of judicial review of disciplinary offences are considered as the main deficiencies of the current disciplinary law.

Keywords: Discipline, discipline commander, indiscipline, disciplinary penalty, military person, civil servant

* Jandarma Okullar Komutanlığı Hukuk Bilimleri Dersleri Öğretmeni Beytepe/ Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, yedincimehmett@hotmail.com

1. Giriş

Kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü olarak tanımlanan ve özellikle kamusal alanda önemli bir yer tutan disiplin kavramı, 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu'nda "*Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek*" şeklinde tanımlanmış olup, askerlik için önemi "*disiplinin olmadığı yerde kan ve gözyaşı vardır*" şeklindeki veciz sözle ifade edilmektedir.¹

Her askerin ahlak ve karakter olgunluğuna erişmesi, bilgi, fikir ve düşünce yapısının gelişmesi, ruhen ve bedenen güçlü olması, vazifesini tam ve zamanında yerine getirmesi ancak üstün bir disiplin anlayışıyla mümkün olacağından disiplin, TSK için olmazsa olmaz bir husustur.² Her kamu kurumunun disiplin mevzuatının bulunması, disiplin işlemlerinin kamu görevlilerinin atama, terfi, ödüllendirme, görevlendirme, meslek içi ve diğer kurslara seçim gibi işlemlerdeki belirleyiciliği yanında yargı kararı olmaksızın disiplin yoluyla memuriyetten çıkarmanın mümkün olması, disiplin kavramının tüm kamu görevlileri için önemini ortaya koymaktadır.³

Disiplinle özdeşleşen bir kurum olan TSK'da disiplin işlemleri 31 Ocak 2013 tarih ve 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu ile yeniden düzenlenmiştir. Bu makalenin amacı; bu kanunun esasları ile getirdiği yenilikleri ortaya koymak ve yeri geldiğinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleriyle karşılaştırarak okuyucuyu bilgilendirmektir.⁴

2. 6413 Sayılı Kanun Öncesi Mevzuat ve Uygulama

Disiplin hukuku, kanuni tanımı harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olan askerlikte önemli bir yer tutmakta olup, emirle-

¹ Tanım için bkz.: Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük www.tdk.gov.tr E.T: 06.06.2014

² Cihan Koç, TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği-Askeri Ceza Kanunu-TSK Disiplin Kanunu-TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 20. Baskı, Ankara, Kasım 2013, s.52.

³ Disiplin konusunu düzenleyen çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarına ait yaklaşık 120 adet düzenleme (Kanun/Tüzük/Yönetmelik) bulunmaktadır. www.mevzuat.gov.tr E.T: 08.06.2014

⁴ Bu makaledeki asker kavramı yükümlü erbaş/erler hariç Kanun kapsamına giren diğer tüm askeri şahısları (subay-astsubay-uzman jandarma-uzman erbaş-sözleşmeli erbaş/er) kapsar şekilde kullanılmıştır.

rin derhal yerine getirilmesinin temellerinden birini teşkil etmektedir.⁵ 6413 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce askeri disiplin hukuku alanında dağınık olarak nitelendirilebilecek bir hal bulunmaktaydı. Bu dönemde disiplinle ilgili temel düzenlemeler 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunuydu Belirtilen düzenlemelere göre iki tür disiplinsizlik eylemi bulunmaktaydı. Bunlardan birincisi 477 sayılı Kanunun 47-61A maddeleri arasında yer alan on altı disiplin suçu, ikincisi ise 1632 sayılı Kanunun 162/A maddesinde “Askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiç bir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekâsüller” olarak tanımlanan ve tamamen disiplin amirlerinin değerlendirilmesine bağlı olan disiplin tecavüzleriydi.

Disiplin amirleri maiyetinin disiplin tecavüzü olarak adlandırılan eylemlerinde veya 477 sayılı Kanunda tanımlanan disiplin suçlarında maiyetine uyarı, aylık kesilmesi, göz hapsi ve oda hapsi cezaları verebilmekteydi. Disiplin amiri disiplin suçlarında ayrıca takdir hakkını kullanarak maiyetini, suç türüne göre üç günden iki aya kadar göz hapsi veya oda hapsi cezası verebilen, Disiplin Mahkemesine de sevk edebilmekteydi. Yine benzer şekilde, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri herhangi bir suretle bir disiplin suçunun işlendiğini öğrendiğinde doğrudan doğruya disiplin cezası verme, Disiplin Mahkemesinde dava açılmasının gerekip gerekmediğine karar vermek üzere disiplin hazırlık soruşturması yaptırma veya ilgili disiplin amirinden cezalandırma talep etme haklarına sahipti. Disiplin amirlerine çok geniş yetkiler veren bu düzenlemelerde aşağıda kısaca değineceğimiz birçok sorunlu alan bulunmaktaydı.

a. Disiplinsizlik Eylemlerinin Belirsizliği

Disiplin amiri veya sevk durumunda Disiplin Mahkemesinin yetkili olduğu disiplin suçlarının, 477 sayılı Kanunda sınırlı olarak sayıldığına yukarıda değinilmiştir. Dolayısıyla Askeri Ceza Kanununda askeri itaat ve inkıyadı bozan her türlü fiiller olarak tanımlanan ve hiçbir kanunda yer almayan disiplin tecavüzleri disiplin işlemlerinin ağırlık noktasını oluşturmaktaydı.

⁵ Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s.290.

Bu düzenlemeler, disiplinsizlik oluşturan eylemlerin belirlenmesinde keyfilik ve farklı uygulamaların meydana gelmesine neden olmuştur. Bu kapsamda aynı eylemi bir disiplin amiri disiplin tecavüzü olarak değerlendirirken başka bir disiplin amiri bu değerlendirmeyi yapmama hakkına sahipti. Bu yetersiz düzenlemenin sonuçlarından biri de aynı eylemin farklı disiplin amirleri tarafından farklı ağırlık ve nitelikteki disiplin cezalarıyla cezalandırılabilmesiydi. Başka bir deyişle disiplin amiri, Askeri Ceza Kanunu'nun 165'inci maddesinde yer alan ceza türlerinden birini serbestçe seçebilmekteydi. Örneğin aynı eylemi gerçekleştiren iki personelden biri disiplin amiri tarafından "uyarı" cezasıyla tecziye edilirken diğer bir personelin aynı veya başka bir disiplin amiri tarafından 28 güne kadar "oda hapsi" cezasıyla tecziye edilebilmesi mümkündür.

b. Disiplin Amirlerinin Yetkilerinin Fazlalığı

1632 sayılı Kanunun mülga 171'inci maddesine merbut (ekli) cetvele göre oda ve göz hapsi cezasının sınırları, amirin rütbesine göre, 2-28 gün olarak belirlenmişti. 2005 yılına kadar yürürlükte kalan mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda süreli hapis cezasının alt sınırının 7 gün olarak düzenlendiği dikkate alındığında; hürriyeti bağlayıcı ceza türü olan oda hapsi cezasıyla, AİHM tarafından bu kapsamda değerlendirilmemekle beraber benzer nitelikte olduğunu değerlendirdiğimiz göz hapsi cezalarında, disiplin amirlerine verilen yetkinin fazlalığı daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

c. Disiplin Amiri Olmayan Amirler

Bazı istisnalar dışında subaylar dışındaki personel disiplin amiri olarak kabul edilmediğinden bu statüde olmayan amirler, maiyetinin cezalandırılmasını ancak üst amirden talep edebilmekteydi.⁶ İdare hukukunda yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi, bir işten sorumlu

⁶ 171. maddeye bağlı cetvele göre, müfrez birlik komutanı olan uzman jandarma ve uzman erbaşlar ile astsubaylar, herkese uyarı cezası, erbaş ve erlere ise izinsizlik cezası verme yetkisine sahipti. 6413 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı cetvele göre uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ile erbaş/erler müfrez görev yaptıkları sürece erbaş/erlere disiplin cezası verebilecektir.

olan kişinin görevini başarması için bazı yetkilere de sahip olmasını gerektirmesine karşın, subaylar dışındaki personele disiplin cezası verme yetkisi tanınmaması, uygulamada sorumlu ama yetkisiz amirlerin bulunmasına neden olmuştur. Bu kapsamda, astsubay statüsünde olan bir ilçe jandarma komutanı veya tim komutanı subay kadrosuna atanmış olmasına rağmen maiyetinin disiplinsizliklerinde ceza verme yetkisi bulunmadığından, üst disiplin amiri olan il jandarma komutanından veya bölük komutanından cezalandırma talep etmekteydi.

d. Sivil Personelin Askeri Disiplin Hukukuna Tabi Olması

Öncesinde Askeri Yargıtay içtihatları, 4551 sayılı Kanundan sonra ise 1632 sayılı Kanunun mülga 165'inci maddesi doğrultusunda; TSK'daki devlet memurlarının "*amire saygısızlık, emre itaatsizlik ve bilerek doğruyu söylememe*" disiplin suçlarını işleyebileceği kabul edildiğinden, belirtilen disiplin suçlarının işlenmesi durumunda, devlet memuru amiri tarafından cezalandırılabilceği gibi disiplin mahkemesine de sevk edilebilmekteydi.⁷ TSK'da görevli sivil personel aynı doğrultuda 1632 sayılı Kanunda yer alan "*amiri tehdit, amire hakaret, amire mukavemet, amire fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar*" suçlarında yargılama bakımından askeri yargıya tabiydi. Bu düzenlemeler 657 sayılı Kanunun 233'üncü maddesinde yer alan istisnai düzenlemeye uygun olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), TSK'da görevli sivil kişilerin askeri yargıya tabi olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlali olduğuna karar vermiştir.⁸

⁷ Bu konuda bkz.: İlter Aksoylu, "Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku", *AYİM 19 Numaralı Dergi*, s.103; Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 05.06.2003 tarihli ve 2003/57-56 sayılı kararı.

⁸ Madde 233 - Bu kanunun 7'nci bölümünde yer alan "Disiplin" e ait 124-136'ncı maddelerindeki hükümlerin Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışan sivil memurlar ile sözleşmeli ve yevmiyeli personel hakkında uygulanmasından, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu ve konu ile ilgili diğer hükümleri saklıdır.

TSK'da görevli devlet memurlarının bazı suçlar bakımından askeri mahkemelerde yargılanmasının Sözleşmenin ihlali olduğu yönünde 31.05.2011 tarihli İçen-Türkiye kararı için bkz.: <http://www.yargitay.gov.tr/aihml/upload/45912-06.pdf>

e. Disiplin Mahkemelerinin Yapısı ve İşleyişi

Anayasa'nın 145'inci maddesine göre Askerî Yargı, Askerî Mahkemeler ve Disiplin Mahkemeleri tarafından yürütülür. 1964 yılında yürürlüğe giren 477 sayılı Kanuna göre disiplin mahkemeleri üç subay veya iki subay bir astsubaydan oluşmakta olup, tam bir mahkeme niteliğindedir.⁹ Adli mahkemelerdeki Cumhuriyet Savcısıyla aynı görevi yapan iddia makamındaki disiplin subayı ile üyeler, istisnalar dışında, nezdinde mahkeme kurulan komutan tarafından bir yıllığına görevlendirilmektedir ve mahkeme kararlarına komutanın itiraz hakkı vardır Mahkemenin kararlarına karşı temyiz yolu değil yetkili kılınan en yakın disiplin mahkemesine itiraz yolu mevcuttur. Disiplin mahkemelerinin bu üye yapısı ve işleyişi AİHM tarafından Sözleşme de düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.¹⁰

3. 6413 Sayılı Kanunun Gerekçesi ve Getirdiği Yenilikler

Başlangıç noktası yukarıdaki gelişmeler olan kanun tasarısının gerekçesinde özetle; *"TSK personeli hakkında uygulanan disiplin hükümlerinin mevzuatta dağınık şekilde düzenlendiği, disiplin amirleri veya disiplin mahkemelerince personele oda veya göz hapsi cezası verilmesine imkân tanıyan düzenlemelerin AİHM nezdinde dava konusu olduğu ve birçok kararda asker kişilere verilen oda hapsi cezalarının AİHS'e aykırı olduğuna dair kararlar verildiği, bu kararlara göre disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi cezalarında kişinin özgürlüğü ve güvenliği hakkının; disiplin mahkemesince verilen oda hapsi cezalarında ise adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçeleriyle ülkemizin tazminata mahkûm edildiği belirtilerek tasarının disiplin hukukuna ilişkin sorunların disiplin amirlerinin otoritesinde ve emir-komuta sisteminde zafiyet meydana getirmeden, değişen ve gelişen günümüz hukuk anlayışına uygun bir şekilde çözümlenmesi amacıyla hazırlandığı"* belirtilmiştir.¹¹ Kanunla getirilen yenilik ve değişiklikleri müteakip başlıklar altında sıralamak mümkündür.

⁹ Veyisoğlu/Türkiye Kararı, Karar tarihi 27.06.2007, Başvuru no. 27341/02, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/hudoctr.html>

¹⁰ Disiplin Mahkemelerinin adil yargılanma ilkesinin ihlaline neden olduğu yönünde 03.05.2007 tarihli İrfan Bayrak-Türkiye kararı için bkz.: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/39429_98.pdf; 26.06.2007 tarihli Veyisoğlu-Türkiye kararı için bkz.: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/27341_02.pdf

¹¹ Kanunun gerekçesi için bkz.: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss394.pdf>

a. Askeri Disiplin Mevzuatı Tek Bir Kanunda Toplanmıştır

Yukarıda da belirtildiği gibi daha önce 211, 477 ve 1632 sayılı kanunlar çerçevesinde yürütülen disiplin işlemleri tek bir kanunda toplanmıştır. Disiplin suçlarını düzenleyen 477 sayılı Kanun savaş zamanında uygulanmak üzere askıya alınırken, 1632 sayılı Kanunun 162-191'inci maddeleri yürürlükten kaldırılarak askeri ceza kanunu içinde disiplin mevzuatının bulunması sonlandırılmış böylece 1632 sayılı Kanun askeri suçlara, 6413 sayılı kanun ise disiplin suçlarına ilişkin özel kanun haline getirilmiştir.¹²

b. Disiplin Suçları ve Disiplin Cezalarının Türleri Yeniden Düzenlenmiştir

6413 sayılı Kanun oda ve göz hapsi cezalarının, istisnaları olmakla birlikte, kaldırılması dışında disiplin cezalarının türlerini de yeniden düzenlemiştir. Disiplin kabahatleri ve disiplin tecavüzlerine verilebilecek cezalar; Askeri Ceza Kanununun 165'inci maddesinde uyarı, aylık kesilmesi, göz hapsi ve oda hapsi olarak düzenlenmişken 6413 sayılı Kanunda; rütbeli personele (yükümlü erbaş/erler ve askeri öğrenciler hariç) verilebilecek disiplin cezaları ve disiplin cezası verebilecek makamlar aşağıdaki tablodaki gibi belirlenmiştir.

Uyarma	Kınama	Hizmete Kısmi Süreli Devam	Aylıktan Kesme	Hizmet Yerini Terk Etmeme	Oda Hapsi	Silahlı Kuvvetlerden Ayırma
Disiplin Amiri	Disiplin Amiri	Disiplin Amiri	Disiplin Amiri	Disiplin Amiri/ Disiplin Kurulu	Disiplin Amiri/ Disiplin Kurulu	Yüksek Disiplin Kurulu

Uyarma cezası önceki uyarı cezasının isim değiştirmiş hali; **Kınama** cezası devlet memurları kanununa paralel yeni bir düzenleme; **Hizmete kısmi süreli devam** cezası kısaltılmış göz hapsi; **Aylıktan kesme** aylık kesilmesi veya maaş katı cezasının aynısı; **Hizmet yerini terk etmeme** cezası göz hapsi cezasının isim ve şekil değiştirmiş hali olarak değerlendirilebilir.

¹² Disiplin hükümlerinin Askeri Ceza Kanununda yer almasının kanun tekniği açısından yanlış olduğu ve kanundan çıkarılması gerektiği yönünde bkz.: Sahir Erman, s.290; Ramazan Yıldırım, "Türk Askeri Disiplinin Hukukuna Kısa Bir Bakış", *AYİM 14 Numaralı Dergi*, s.124.

Erbaş ve erlere verilebilecek disiplin cezaları ve disiplin cezası verebilecek makamlar aşağıdaki tablodaki gibi düzenlenmiştir.

İzinsizlik	İlave Hizmet Yükleme	Hizmetten Men	Oda Hapsi
Disiplin Amiri	Disiplin Amiri	Disiplin Kurulu	Disiplin Amiri/ Disiplin Kurulu

1632 sayılı Kanununda kısa hapis cezaları başlığı altında düzenlenmiş olan oda hapsi cezası bütün asker kişilere; göz hapsi ise subaylara, astsubaylara, sivil personele, uzman jandarmalara ve uzman erbaşlara hem disiplin amirleri tarafından hem de disiplin mahkemeleri tarafından verilebilmekteydi. Önceki mevzuata göre oda hapsi cezasının infazında rütbeli personel mümkün olduğu takdirde cezayı tek başlarına belirli bir hapis odasında geçirirken; erbaş/erler cezayı kapısında nöbetçi bulunan muayyen hapis odalarında topluca çekmekteydi.

Hürriyeti bağlayıcı bir ceza olduğuna şüphe bulunmayan oda hapsi cezası, AIHM'de dava konusu yapılmış, mahkeme disiplin amirlerinin askeri hiyerarşi içinde bağısızlıktan uzak olarak kullandığı bu yetkileri sonucunda maiyetini özgürlüğünden yoksun bırakmasının "yetkili mahkemenin verdiği mahkumiyet kararından sonraki" tutukluluk niteliğini taşıması nedeniyle, Sözleşmenin 5§1 -a maddesindeki "özgürlük ve güvenlik hakkı"nın ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³ Bu kararlar doğrultusunda yeni kanunda, seferberlik ve savaş zamanı ile barış zamanında Türk karasuları dışında bulunan gemilerde işlenen disiplinsizlikler hariç, oda hapsi cezası kaldırılmıştır.

Uzman Jandarma, Uzman Erbaş ile Sözleşmeli Erbaş/Erler Kanunun uygulanmasında subay ve astsubaylarla aynı kategoride değerlendirilirken, yükümlü erbaş ve erlere ceza puanı uygulaması olmaması ve beş ayrı başlık altındaki disiplinsizliklere karşı ancak üç farklı disiplin cezası verilmesi öngörülmüştür.¹⁴ Yine askeri öğrencilere daha

¹³ 22.12.2005 tarihli A.D.-Türkiye kararı için bkz.: http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf; 20.03.2012 tarihli Koç ve Demir-Türkiye kararı için bkz.:

[http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kocvedemir_\(1\).pdf](http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kocvedemir_(1).pdf)
¹⁴ Uzman Jandarma: Lise mezuniyetini müteakip OSYM tarafından yapılan özel sınav sonunda Uzman Jandarma Okulunda bir yıl eğitim-öğretimi müteakip mezun olan, 10 yıl mecburi hizmeti bulunan ve 3466 sayılı Kanuna tabi olarak görev yapan asker kişidir. Sadece Jandarma Genel Komutanlığında mevcuttur.

önce oda hapsi ve izinsizlik cezası verilebilirken yeni düzenlemede sadece kınama ve izinsizlik cezası verilmesi benimsenmiştir.¹⁵

Yeni düzenlemede disiplinsizlik oluşturan tüm eylemler, 657 sayılı Kanunda olduğu gibi tek tek sayılmış ve tanımlanmıştır.¹⁶ Ancak Kanunun 8'inci maddesindeki *"Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir"* hükmüne istinaden işlenen fiil, tanımlanan disiplinsizliklerden birisine birebir uymasa da benzer olması durumunda disiplin işlemi yapılabilecektir. Örneğin; *"üste hakaret"* suçunu işleyen bir personel hakkında suç dosyası hazırlanarak üst komutanlık vasıtasıyla askeri mahkemeye sevki yanında 6413 sayılı Kanunun 17/a maddesine istinaden *"üste saygısızlık"* nedeniyle hizmete kısmi süreli devam cezası da verilebilecektir.¹⁷

Bu düzenlemenin *"Kanunsuz suç ve ceza olmaz"* ilkesine aykırı olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Düzenlemeye taraftar olanlar kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ceza hukukuna ait olduğu dolayısıyla bu ilkenin disiplin hukukunda geçersiz olduğunu, bütün disiplin aykırılıklarının ayrıntıları ile kanunlarda gösterilmesi ve bunların karşısında her zaman ve her kurum için geçerli cezaların konulmasının mümkün olmadığı, disiplin cezalarının genel çizgileri ile kanunlarda belirtilerek disiplin suçları ile cezaları arasındaki nedensellik bağının idarece kurulmasının hem idarenin hem de memurun lehine olacağını düşünmektedir.¹⁸ Diğer bir görüşe göre disiplin cezasıyla korunan hukuki değer ve menfaat, ceza huku-

Uzman Erbaş: Silâh altındayken veya vatani hizmetini tamamlamasını müteakip üç yıl içinde yapılan seçme sınavlarını başarıyla tamamlayarak 1-5 yıllık sözleşmelerle 3269 sayılı Kanuna tabi olarak görev yapan asker kişidir. TSK'nın tamamında mevcuttur.

¹⁵ Askeri öğrencilerin disiplinsizlik teşkil edebilecek fiilleri ve bu fiillere verilebilecek disiplin cezalarının türleri ve miktarı, disiplin amirlerinin kimler olacağı, disiplin puanları, disiplinsizliklerde düşülecek disiplin ceza puanları ile disiplin cezalarına bağlı idari işlemlerin yönetmelikle tespit edileceği hüküm altına alınmış olup, Yönetmelik henüz yayımlanmamıştır.

¹⁶ Düzenlemenin madde gerekçesinde; *"İdareye güven ve kanunilik ilkeleri dikkate alınarak mevcut sistemde tanımlı olmayan disiplinsizlik teşkil eden eylemler, Silahlı Kuvvetlerin ihtiyaçları dikkate alınarak 657 sayılı Kanunda olduğu gibi tek tek tanımlanmıştır"* denilmiştir.

¹⁷ Benzer örnek için bkz. Murat Yaman, TSK Disiplin Kanunu, Adalet, 2013, s.53-54.

¹⁸ Aksoylu, s.113; Cemil Cem, *"Disiplin ve Disiplin Hukuku"*, Ankara Barosu Dergisi, 1969/5, s.822.

kundan farklı olarak, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesiyle sağlanacak toplumsal değer ve menfaat olmakla birlikte, disiplin cezalarının cezai niteliği açıktır.¹⁹ Düzenlemeye karşı olanlar ise konu disiplin hukuku da olsa eylemlerin belirli olması gerektiği, aksi durumun hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu, mevcut düzenlemenin disiplin amirlerine disiplinsizlik yaratma yetkisi başka bir deyişle disiplin tecavüzü uygulamasının devamı olduğu görüşündedir.²⁰

Diğer taraftan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un hükümlülere ilişkin disiplin cezalarının düzenlendiği 48/(1) maddesinde yer alan aynı düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından "*Suç ve cezaların kanuniliği*" ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir.²¹ Kanaatimizce; korunan menfaatin dolayısıyla maksadın farklı olması, disiplin hukukunda ceza hukukundan farklı ilke ve uygulamaların yapılmasını haklı kılmaktadır. Ancak gerek kişilerin davranışlarının tamamının önceden öngörülüp hepsinin kazistik yöntemle belirlenmesinin mümkün olmaması ve gerekse burada ceza hukukunun değil disiplin hukukunun söz konusu olması nedeniyle farklı ilkeler uygulanabileceğinden, mezkur karara katılmak mümkün değildir.

Kanun öncesinde TSK'dan ayırma işlemi, 926 sayılı TSK Personel Kanunu ve ilgili Sicil Yönetmeliklerine göre yapılırken, 6413 sayılı Kanunda, 657 sayılı Kanunda yer alan "devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası"na benzer şekilde, "Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası" düzenlenmiştir. Personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişikinin kesilmesi veya durumuna göre sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuran Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası; kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığından oluşturulacak yüksek disiplin

¹⁹ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S.3, Temmuz 1999, s.55-77.

²⁰ Koç, s.812; Disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olsa da suç kalıpları daha genel ve esnek olabilir. Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, *Danıştay Dergisi*, Yıl 24, S.88, 1994, s.9.

²¹ 03.10.2013 tarih ve 2013/106 K. sayılı karar için bkz.:18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı Resmi Gazete; 657 sayılı Kanunun 125/son maddesindeki benzer düzenlemenin "kanunilik" ilkesine uygun olduğu yönünde bkz.: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 09.11.2000 tarih ve 2000/646 Esas sayılı kararı.

kurulları tarafından verilir ve ilgili komutan onayı ile yerine getirilir. Bu ceza, disiplin amirlerinden en az ikisinin teklifi üzerine yüksek disiplin kurulları tarafından verilebileceği gibi, eldeki bilgi ve belgelere göre yüksek disiplin kurulları tarafından re'sen de verilebilir. Genelkurmay Başkanının eldeki bilgi ve belgelere ya da gerekli görmesi üzerine yaptırdığı disiplin soruşturması sonucuna göre, hakkında bu cezanın verilmesine kanaat getirdiği personelin dosyaları, bir karar verilmek üzere doğrudan yetkili yüksek disiplin kuruluna sevk edilir. Yüksek disiplin kurulları; kurmay başkanının başkanlığında personel, istihbarat ve harekât başkanları, personel ve tayin dairesi başkanları, adli müşavir veya hukuk müşaviri, kıdem, sicil ve personel yönetimi ile ilgili şube müdüründen oluşur.

c. Disiplin Amirleri ve Yetkileri Yeniden Düzenlenmiştir

Kanun, 3'üncü maddede amir ve disiplin amiri kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre Amir "Kadro ve kuruluş yönünden bağlı olunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişiler"; Disiplin amiri "Disiplin cezası vermeye yetkili kılınmış ilk amir" olarak tanımlanmıştır. Disiplin amiri olabilmek için; amir konumunda olunması, disiplin cezası verilecek personelden rütbe veya kıdemce büyük olunması ve disiplin cezası verilecek kişiye sicil verme yetkisinin bulunması belirtilerek ihtilaf ve tereddüde yer vermeyecek bir düzenlemeye gidilmiştir.²²

Önceki düzenlemede disiplin amiri olmak için temel şart subay statüsünde olmak olarak belirlenmiş, astsubayların ise ancak müfrez ve müstakil olmaları durumunda disiplin amiri olmaları benimsenmişti.²³ Yeni düzenleme ile disiplin cezası verme konusunda subaylar ve astsubaylar arasındaki ayırım kaldırılmış, sicil verme yetkisi olan rütbe veya kıdemce büyük amir konumunda olan diğer statüdeki personel de disiplin amiri olarak tanımlanmıştır.

²² Sicil şartı personelin subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaş statüsünde olması hâlinde geçerli olup, erbaş erler için sevk idareden sorumlu olmak yeterlidir.

²³ Sözlük anlamı "bütünden ayrılmış" demek olan Müfrez kelimesi askeri terim olarak; "Bağlı olduğu birlikle aynı garnizonda konuşlandırılmayan birlikler" için kullanılmakla birlikte uygulamada pek karşılaşılmamaktadır.

Disiplin amirlerinin verebilecekleri cezalar, rütbe ve makamları dikkate alınarak yeniden belirlenmiş olup, disiplin amirlerinin ceza yetkileri oldukça kısıtlanmıştır. Örneğin; oda ve göz hapsi cezaları, amirin rütbesine göre önceden 2-28 gün arasındayken bu süre, hizmete kısmi süreli devam cezası için 2-10 gün, hizmet yerini terk etmeme cezası için ise 1-3 gün olarak düzenlenmiştir.

Düzenlemeye göre disiplin amirlerince erbaş/erlere sadece izinsizlik ve ilave hizmet yükleme cezaları verilebilmektedir. Hizmetten men cezası ise ancak Disiplin Kurulu tarafından verilebilecek ve askerlik hizmet süresinden sayılmayacaktır.

d. Disiplin Mahkemeleri Yerine Disiplin Kurulları Oluşturulmuştur

Disiplin mahkemeleri tarafından yürütülen faaliyet yargılama olarak adlandırılmışken yeni düzenlemede, tamamen idari bir kurul olan Disiplin Kurullarındaki faaliyet, tahkikat olarak adlandırılmıştır. Bununla birlikte disiplin kurulu bir mahkeme gibi tahkikatın her safhasında; ilgililerin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kıta, karargâh, kurum veya amirlerden bilgi almaya, belge istemeye, tanık ve bilirkişi dinlemeye, keşif yapmaya, hâkim veya savcı kararı gerektirmeyen durumlarda kriminal inceleme yaptırma da dâhil olmak üzere, tahkikatı aydınlatacak her türlü idari işlemi yapmaya veya yaptırmaya yetkili kılınmıştır.

Disiplin Kurulu; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erlerin hizmet yerini terk etmeme cezası gerektiren disiplinsizliklerine ilişkin tahkikatı yapmak veya yaptırmak ve hizmet yerini terk etmeme cezası ile cezalandırmak; erbaş ve erlerin ise hizmetten men cezası gerektiren disiplinsizliklerine ilişkin tahkikatı yapmak veya yaptırmak ve hizmetten men cezası ile cezalandırmakla görevli ve yetkilidir.

Buradaki benzer nokta Disiplin Kurulunun, Disiplin Mahkemelerinde olduğu gibi, kendiliğinden harekete geçememesi; tahkikat yapabilmesi için mutlaka disiplin amirlerince disiplinsizliğe ilişkin dosyanın gönderilmesi gerektiğidir. 477 sayılı Kanunda yer alan disiplin suçları için verilebilecek cezalar, ilgili maddelerde tek tek belir-

tilmekle beraber disiplin mahkemelerinin genel yetkisi 3-60 gün oda veya göz hapsi iken, Disiplin Kurulunun ceza verme yetkisi; rütbeli personel için hizmet yerini terk etmeme cezasında 4-10 gün; erbaş/erler için hizmetten men cezasında ise 7-15 gün olarak belirlenmiştir. Bu konuda son olarak ifade etmek gerekir ki Disiplin Mahkemelerinin Anayasa'da yer alması nedeniyle 477 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmamış, uygulanması şimdilik savaş zamanı ile sınırlandırılmıştır.

Teşkilatında bulunduğu komutana adli ve disiplin konularında danışmanlık yapmak, disiplin kurulunun yapacağı işlemleri koordine etmek, adli konular ile ilgili yazışma ve diğer idari işlemleri yürütmek üzere, Disiplin Mahkemelerinde olduğu gibi, Disiplin Kurulunda da disiplin subayı bulunmaktadır. Disiplin subayının öncelikle yardımcılığı kaldırılan askeri hâkim sınıfına mensup subaylar arasından atanması gerekirken birlikte bu görev atama veya görevlendirme suretiyle diğer sınıflara mensup subaylar tarafından yapılacaktır.²⁴ İhtiyaç duyulması hâlinde bir subay veya astsubay, disiplin subayı yardımcısı olarak görevlendirilebilir veya atanabilir. Ayrıca disiplin subaylıklarında ve disiplin kurullarında yazı işleri müdürü ve tutanak kâtipliği yapmak üzere yeteri kadar personel de görevlendirilir.

Disiplin subayı bir disiplinsizlik dosyasının ulaşması üzerine önce nezdinde kurulduğu komutandan "tahkikat onay emri" alır, "iddia ve savunma süre kararı"²⁵ hazırlayarak personele tebliğ edilmek üzere ilgili birlik komutanlığına gönderir. Disiplin kurulunun toplantısına katılır, karardan önce görüş bildirir, kurul tarafından verilen kararın personele ve komutana tebliğ işlemlerini yapar, itiraz işlemlerini takip eder, kararın kesinleşme işlemini müteakip infazını sağlar. Tahkikatla ilgili tüm belgeleri ve kayıtları tutar, yazışmaları yerine getirir.

Kanunun 37/5 maddesine göre disiplin kuruluna sevk edilen personel; tahkikatın gizliliğini, üçüncü şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğini, gizli ve özel nitelikteki bilgileri

²⁴ Disiplin subayının belirli bir hukuki bilgi birikimine ve hukuk mantığına sahip olması gerektiğinden düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz.: Demirağ, s.306.

²⁵ Kanun tarafından isimlendirme yapılmadığından uygulamada değişik şekillerde adlandırılabilir.

korumaya yönelik olanların dışındaki soruşturma evrakının tamamını inceleme, tanık dinletme ve disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak savunma yapma hakkına sahiptir. Personelin kurulda müdafii yardımından faydalanıp faydalanmayacağı hususunda Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak gerek bir şeyin yasak olmamasının serbest olduğuna delalet olması gerek başta Anayasa olmak üzere İdari Yargılama Usulü Kanunu, Avukatlık Kanunu ve diğer kanunların savunma hakkına ilişkin düzenlemeleri, gerekse cezalandırmının personele olan olumsuz etkileri nedenleriyle, hakkında tahkikat yapılan personelin, vekâlet verdiği bir müdafii hukuki yardımından faydalanması, müdafii yazılı veya sözlü olarak savunmaya katılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim Genelkurmay Başkanlığı Hukuk Hizmetleri Başkanlığı ve Adli Müşavirliğinin 05 Haziran 2014 tarihli görüşü de bu doğrultudadır.²⁶

e. Ceza Puanı ve Ceza Sayısı Sistemi Getirilmiştir

Kanunun “Disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesi” başlıklı 21’inci maddesinde en son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde 18 veya son beş yıl içinde 35 disiplin cezası puanı almak ya da en son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde en az iki farklı disiplin amirinden toplam 12 veya daha fazla veya son beş yıl içinde 25 disiplin cezası almak; disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek olarak kabul edilmiştir.

Bu düzenleme subay, astsubay ve uzman jandarmalar için geçerli olup sözleşmeli subay/astsubay, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş/er’leri kapsamamaktadır.²⁷ Bu kapsamda disiplin cezaları ağırlık ve cezayı veren makam dikkate alınarak puanlamaya tabi tutulmuştur.

²⁶ Aynı görüş için bkz.: Demirağ, s.314; Disiplin soruşturmasında CMK madde 147 ve 148 hükümlerine uyulması gerektiği yönünde bkz.: Değirmenci/Tanrıverdi, s.445.

²⁷ Bu personelin özel kanunlarına göre “... son bir yıl içinde toplamda otuz gün ve daha fazla oda hapsi veya hizmet yerini terk etmeme cezasına mahkum olmak veya en son aldığı disiplin cezasından geriye doğru son bir yıl içinde en az iki disiplin amirinden toplam sekiz defa veya daha fazla disiplin cezası almak” sözleşme fesih sebebidir.

TSK'dan Ayırmaya Esas Disiplin Ceza Puanı ve Ceza Sayısı			
	Son 1 yıl	Son 5 yıl	Açıklama
Ceza puanı	18	35	-
Ceza sayısı	12	25	En az farklı iki disiplin amiri vermelidir.
Disiplin Cezalarının Puanı			
Uyarma	Kınama	Hizmete Kısmi Süreli Devam	Aylıktan Kesme
1	1.5	2	3
Hizmet Yerini Terk Etmeme (Disiplin Amiri)	Hizmet Yerini Terk Etmeme (Disiplin Kurulu)	Oda Hapsi (Disiplin Amiri)	Oda Hapsi (Disiplin Kurulu)
3.5	4.5	4	4.5

Bu düzenlemeye göre personel ceza aldıça puan da alacak, puanı veya cezası belirlenen sürelerde belirtilen miktarlara ulaşınca hakkında ayırma işlemi yapılacaktır. Ceza sayısı ve puanın sınıra ulaşmış ulaşmadığında en son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru bir veya beş yıllık süre dikkate alınacaktır.²⁸

Disiplin ceza sayısı ve puanı bu sürelerin geçmesiyle sıfırlanmayacak, her seferinde son cezadan geriye doğru 1 ve 5 yıllık sürelerdeki cezalar devamlı gündemde olacaktır. Ceza puanı uygulamasında alınan cezanın miktarı önemli değildir. Örneğin; bir gün veya üç gün alınan hizmet yerini terk etmeme cezasının ceza puanı aynıdır.

Kanuna göre ceza sayısına göre işlem yapılması için cezaların en az iki farklı amir tarafından verilmiş olması gerekmektedir. Ancak ceza puanına göre işlem yapmak için bu şart aranmayacak, tek bir amir tarafından verilen cezalarla oluşan ceza puanına göre personel hakkında ayırma işlemi başlatılabilecektir.²⁹

²⁸ 6413 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce alınmış olan cezalar ceza sayısı ve ceza puanı uygulamasında dikkate alınmayacaktır.

²⁹ Bir amirin vereceği 12'den az disiplin cezası ile 18 disiplin ceza puanına ulaşılması mümkün olduğundan ceza sayısına göre işlem yapılabilmesi için aranan en az farklı iki amir şartının pratik bir değeri bulunmamaktadır.

f. Yüksek Disiplin Kurulları Oluşturulmuştur

Kanunun 21'inci maddesinde, personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre TSK'dan ilişığının kesilmesi veya sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğuran Silahlı Kuvvetlerden Ayırma cezasını gerektiren disiplinsizliklere yer verilmiştir. Bu cezayı vermek üzere Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında Yüksek Disiplin Kurulları oluşturulmuştur. Bu Kurullar, ayırma cezasını vermek için disiplin amirlerinden en az ikisinin teklifi veya Genelkurmay Başkanının doğrudan sevk etmesi üzerine veya kendiliğinden harekete geçebilecektir. Yüksek disiplin kurulları, disiplin kurulları ile aynı yetkilere sahip olup 21'inci maddede yer alan disiplinsizliklerden disiplinsizliği alışkanlık haline getirmek yani ceza sayısı ve puana göre ayırma işleminde takdir hakları bulunmamaktadır.

Silahlı kuvvetlerden ayırma disiplin cezası gerektiren disiplinsizlikler, 6413 sayılı Kanunun 20'nci maddesinde "Aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek, ahlaki zayıflık, hizmete engel davranışlarda bulunmak, gizli bilgileri açıklamak, ideolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak, uzun süreli firar etmek, disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek, iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak, gayri tabii mukarenette bulunmak³⁰" olarak belirlenmiştir.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının verilmesine ilişkin sürecin disiplin amirlerinin teklifi ile başlatılması hâlinde süreci başlatan disiplin amiri tarafından diğer durumlarda ise yetkili komutanlıklar vasıtası ile yüksek disiplin kurulları tarafından, hakkında karar verilecek personelin savunması alınır. Yazılı savunma haricinde, yüksek disiplin kurulu tarafından gerek görülmesi veya personelin talepte bulunması hâlinde personel sözlü olarak da ifade vermeye çağrılabilir. Firar ve izin tecavüzü gibi, ilgilinin bulunamaması nedeniyle savunma almayı imkânsız hâle getiren zorunlu hâller gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında savunma alınmaz.³¹

³⁰ Erkekler arası eşcinsel ilişki.

³¹ Madde de yer alan, puan esasına göre yapılan silahlı kuvvetlerden ayırma işleminde de savunma alınmasına gerek olmadığı yönündeki düzenlenme Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.2013 tarihli ve 2013/46 Esas sayılı kararıyla iptal edilmiştir.; Yüksek Disiplin Kurulunda vekaleten savunma da mümkündür. Yaman, s.113-114.

Devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası gerektiren fiiller ise 657 sayılı Kanununun 125/E maddesinde “İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, kamu hizmetlerinin yürütülmesini engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak, yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek, siyasi partiye girmek, özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek, savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak; amirlerine, maiyetindekilere ve iş sahiplerine fiili tecavüzde bulunmak, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak, yetki almadan gizli bilgileri açıklamak, siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek, yurt dışında devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek” olarak belirlenmiştir.

Kişinin iş hayatı dışında tüm hayatı üzerinde etkili olan memuriyetten/silahlı kuvvetlerden çıkarma hükümleri incelendiğinde, iki kanunda yer alan düzenlemelerin daha çok memurun kişisel tutum ve davranışlarına dayandığı ve büyük kısmının benzer olduğu görülmekle birlikte 6413 sayılı Kanunda puan ve sayı esasına dayalı disiplinsizliği alışkanlık haline getirmek disiplinsizliği, 657 sayılı Kanundan önemli bir ayrılık noktasını teşkil etmektedir.

g. Bazı Disiplin Cezalarına Karşı Yargı Yolu Açılmıştır

Önceki dönemde disiplin cezalarına karşı bir üst disiplin amirine itiraz (kanuna göre şikâyet) mümkün olup, 1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kanunu’nun 21’inci maddesinin son fıkrasında yer alan “... disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır” hükmünden ötürü disiplin suç ve cezalarına karşı idari yargı yolu kapalıydı. 6413 sayılı Kanuna göre disiplin amirleri tarafından verilen disiplin cezalarına karşı iki iş günü

içinde bir üst disiplin amirine, disiplin kurulu tarafından verilen disiplin cezalarına karşı da beş iş günü içinde bir üst komutanlık disiplin kuruluna veya yetkili kılınan disiplin kuruluna itiraz mümkündür.³²

Yeni düzenlemede bazı disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurmak mümkün hale getirilmiştir. Bu doğrultuda Kanunun 43'üncü maddesi ile yüksek disiplin kurulları tarafından verilen silahlı kuvvetlerden ayırma cezası ile disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı AYİM'de iptal davası açılabilmesine imkân tanınmıştır. Seferberlik ve savaş zamanında bütün disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapalı olduğu gibi uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarına karşı barış zamanında da yargı yolu kapalıdır. Yargı yolu subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler için geçerli olup, yükümlü erbaş/erler için kapalıdır.

Devlet memurları kanununa göre tüm disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna müracaat mümkünken silahlı kuvvetler açısından sınırlı bir denetimin tercih edilmesinin nedeni madde gerekçesinde; *"... Türk Silahlı Kuvvetlerinin mevcudu, disiplin tesisinin önemi, disiplinsizliklerin ve disiplin cezalarının mahiyeti gibi hususlar göz önüne alınarak tüm disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olması sistemi tercih edilmemiştir. Zira bu tür bir sistemin, disipline ciddi zararlar verebileceği değerlendirilmektedir"* şeklinde açıklanmıştır.³³

Disiplin cezası, disiplin amirinin verdiği cezanın tebliğinin üzerinden iki iş günü geçmesi, disiplin kurulunun verdiği kararın tebliğinden sonra ise beş iş günü geçmesiyle kesinleşeceğinden, bu sürelerin geçmesinden sonra altmış (60) günlük dava açma süresi başlamaktadır. Amirin veya disiplin kurulunun verdiği disiplin cezalarına karşı itiraz edilmişse bu süre, itirazın reddedildiğinin tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır. Altmış günlük süre hak düşürücü süre olup bu

³² Önceki düzenlemede disiplin mahkemesi kararlarına karşı üç günlük bir itiraz süresi söz konusu iken disiplin amirlerince verilen cezalara karşı 1632 sayılı kanunun 188'inci maddesinde itiraz (şikâyet) için ilginç şekilde bir süre belirlenmemiştir.

³³ Düzenlemeye katılmakla beraber, 657 sayılı Kanuna tabi memurların sayısının TSK'nın profesyonel mevcudunun üzerinde olması, disiplinin tüm kurumlar için önemli olması, günümüzde değişen askerlik ve disiplin anlayışı nedenleriyle, maksadı açıklamaktan uzak gerekçeye katılmak mümkün değildir.

sürenin özürsüz olarak geçirilmesi durumunda idari yargıya başvurma hakkı ortadan kalkacaktır.

h. Adli Soruşturma ve Disiplin Soruşturması Birbirinden Bağımsız Kılınmıştır

Kanunun 5'inci maddesi; *"Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez"* şeklindedir. Bu düzenlemenin anlamı şudur: personelin işlediği fiilin adli veya askeri mahkemenin yetkisine giren bir suç olması, başka bir deyişle bu suç nedeniyle hakkında suç dosyası hazırlanarak ilgili mahkemeye gönderilmiş olması, personele 6413 sayılı Kanuna göre disiplin cezası verilmesini engellemez. Örneğin; kışla içinde bir arkadaşını yaralayan er hakkında "yaralama" suçundan suç dosyası hazırlanarak askeri mahkemeye gönderilmesi, aynı personel hakkında 6413 sayılı Kanununun 19/m maddesinde düzenlenen "Kavga etmek" disiplinsizliğinden dolayı ayrıca disiplin cezası verilmesine engel değildir.

657 sayılı Kanununun 126'ncı maddesinde yer alan *"Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez"*, 131'inci maddesinde de yer alan *"Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin soruşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz"* hükümleri aynı düzenlemeyi ifade etmektedir.³⁴

Bu düzenlemenin *"bir suçtan iki ceza olmaz"* ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülse de disiplin cezalarının ceza hukuku anlamında bir ceza olmaması, tamamen idari nitelikte bir uygulama olması nedeniyle bu düşünce yerinde değildir. Disiplin hukukunda amaç, kamu hizmetinin iyi işlenmesini sağlamaktır. Disiplin cezaları herkese değil sadece belli statüde olan kişilere uygulanabilir, etkisini kişi temel hak ve özgürlüklerinde değil kişi ile kurumu arasında gösterir. Ayrıca adli

³⁴ Bu düzenleme, eylemle ilgili soruşturma veya kovuşturma sonunda verilecek adli cezanın caydırıcılığı beklenmeden disiplin cezası verilerek disiplinin derhal tesisine yöneliktir. Koç, s.810.

ceza bir ayırım gözetmeksizin herkese uygulanabilir, etkisini kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde gösterir.³⁵ Adli cezaların varlığının sebebi ise kanunun deyişiyle kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.³⁶ Kısaca disiplin hukukunda idare, personelinin adının sırf olumsuz bir olaya karışması nedeniyle disiplin işlemi uygulamakta, personelin olumsuz değerlendirilen bir olaya karışmamasını istemektedir. Dolayısıyla personelin özellikle toplum nazarında hoş karşılanmayan yüz kızartıcı ve utanç verici eylemlerde bulunması, hakkında disiplin cezası uygulanmasını engellemeyecektir. Örneğin, rüşvet, zimmet, dolandırıcılık, sahtecilik gibi suçların işlenmesi durumunda (alınan cezanın erteleme, paraya çevrime, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi seçenek yaptırımlara çevrilmesi halinde dahi) personel hakkında disiplin yoluyla silahlı kuvvetlerden ayırma cezası uygulanması mümkündür.³⁷

Kural olarak, adli kovuşturma ve disiplin soruşturması birbirinden tamamen bağımsız olmakla birlikte bazı durumlarda ceza kovuşturmasının sonucu disiplin soruşturması için bağlayıcı olabilmektedir. Ceza mahkemesinin, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olmasına veya olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasına dayanan beraat kararı disiplin işlemi yapacak amir ve kurullar için de bağlayıcıdır.³⁸ Ceza mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet karar hakkında, uyuşmazlığı kesin olarak çözmeyen bir kurum olan, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmesi halinde bu kararın disiplin işlemini etkilemeyeceği ileri sürülmüştür.³⁹ Buna karşın Anayasa Mahkemesi HAGB kararının verildiği bazı davalar sonunda personel hakkında verilen disiplin cezalarının yerinde olmadığı yönünde kararlar vermiştir.⁴⁰

³⁵ İbrahim Pınar, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, s.1136 vd.

³⁶ 5237 sayılı TCK m.1.

³⁷ "Ceza soruşturması/kovuşturması hiçbir şekilde disiplin soruşturmasını ve disiplin cezası verilmesini engellemez...Disiplin cezaları sonuçlarını kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde değil, içinde buldukları yapı ile aralarındaki ilişki içinde gösterir..." AYİM 3.D. 12.12.2013, 2013/631 E. (AYİM Dergisi, S.29, s.478)

³⁸ Ahmet Taşkın, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.130 vd.

³⁹ Demirağ, s.61; Olgun Değirmenci/Battalgazi Tanrıverdi, TSK Disiplin Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Mayıs 2014, Ankara, s.114-115.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm 13.06.2013 tarih ve 2012/665 numaralı kararı.

1. Disiplin Cezaları Dışında İdari Yaptırımlar Getirilmiştir

Bu yaptırımlar 28 ve 29'uncu maddelerde; geçici olarak kontrol altına alma tedbiri, geçici olarak görevden uzaklaştırma ve görev yerini değiştirme tedbiridir. Firar veya izin tecavüzünderken yakalanarak birliğine teslim edilenlerin adli makamlar önüne çıkarılmasına kadar gözetim altına alınması, kendisine, başkalarına veya çevresine ya da hizmete ait bir eşyaya zarar vereceği açık bir şekilde belli olanların bu durumunun engellenmesi, ciddi şekilde bozulan disiplinin yeniden tesis edilmesi, askeri mahalde bulunan sarhoş kişinin sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulmasının gerekmesi durumunda, bu kişiler bu amaç için hazırlanacak mekânlarda ve yirmi dört saati geçmeyecek şekilde geçici olarak kontrol altında tutulabilecektir. Kişi hürriyeti üzerinde etkisini gösteren bu yetkinin 1632 sayılı Kanunun 169'uncu maddesinde yer alan (mülga) "... her mafevk (üst) emri altında olmayanları da disiplinin temini için muvakkat olarak tevkif etmeğe veya ettirmeğe salahiyetlidir..." şeklindeki benzer hükmünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, yüksek mahkeme 1961 Anayasası dönemindeki ilk kararında; "... buradaki yetkinin disiplin hukuku kapsamına giren bir davranış olduğu, tutuklama ve yakalama ile hiçbir ilgisi olmadığı" gerekçesiyle düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermişken, 1982 Anayasası dönemindeki kararında; "... itiraz konusu kuralla disiplini temin amacıyla kendine özgü bir kontrol müessesesi düzenlenmiş olmakla birlikte, kuralda üst'ün ve tabii amirin, disiplini ihlâl edeni ne kadar süre zarfında tutabileceğine dair bir sınırlama bulunmaması kişilerin belirsiz süreyle özgürlüklerinden mahrum bırakılması tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinin on birinci fıkrasında Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından gerekli olan hallerde kanunla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapılmasına imkân tanınmışsa da, idareye geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kuralın, süre yönünden öngörülebilir olmadığı gibi ilgiliye idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığı da ortadadır. Bu yönüyle kural, hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan belirlilik ilkesine aykırıdır" şeklinde iptal kararı vermiştir.⁴¹ Yeni düzenlemede bu yetkiyi kullanacak kişilerin, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan oda hapsi

⁴¹ 28.06.1966 tarih ve 1965/42 E., 1966/30 K.; 11.10.2012 tarih ve 2012/1 E., 2012/147 K.

cezası vermeye yetkili disiplin amirleriyle sınırlanması; kontrol altında bulundurulacak sürenin ise yirmi dört saatle sınırlandırılması karşısında iptal gerekçesinin, şimdilik ortadan kalktığı düşünülebilir.⁴²

Disiplin soruşturmasının emniyetli ve sıhhatli olarak devam etmesi amacıyla, görevi başında kalmasında sakınca görülen subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya sözleşmeli erbaş ve erler, asgari Tugay Komutanı emriyle idari izinli sayılarak on beş iş gününe kadar geçici olarak görevinden uzaklaştırılabilecektir. Benzer bir düzenleme, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 84'üncü maddesinde de yer almakla birlikte farklılık buradaki düzenlemenin, soruşturma öncesindeki faaliyetler kapsamında, diğerinin ise soruşturma aşamasında olması, ortak yön ise bu işlemlerin açığa alma işlemi olmamasıdır.

Bunun dışında, yapılan soruşturma sonunda görevine devam etmesinde kendisi veya birliği açısından sakıncalar bulunduğu karar verilen subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya sözleşmeli erbaş ve erler, atamaya yetkili makam tarafından resen veya yapılan teklif üzerine atama zamanına bağlı olmaksızın bulunduğu garnizonda veya başka garnizonda durumuna uygun başka bir kadroya ya da komutanlık emrine atanabilecektir.

Birer idari işlem niteliğinde olan bu tedbirlere karşı personelin idari ve yargı makamlarına başvurması hususunda özel bir düzenleme olmamakla birlikte, idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması karşısında idari ve yargı makamlarına başvurulmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir.⁴³

⁴² Anayasa Mahkemesinin benzer konulardaki uygulamaları ile temel hak ve özgürlükler konusundaki düşüncelerin sürekli gelişme ve değişime açık olması karşısında yeni düzenlemenin mahkemenin önüne gitmesi durumunda iptal kararı verilmeyeceğini söylemek mümkün değildir. Madde yer alan "Ciddi şekilde bozulan disiplinin yeniden tesis edilmesi" halinde ortada bir suç işlemiş olması muhtemel olduğundan gözaltı niteliğindeki bu işlem nedeniyle savcılık talimatı gerektiği yönünde bkz.: Fahrettin Demirağ, Gerekçeli Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2014, s.292.

⁴³ Madde 84: "Askerî savcı, asker kişi olan bir şüphelinin yapılan soruşturma dolayısıyla geçici olarak işten el çektilmesini gerekli görürse, bu hususta karar verilmesini teşkilâtında askerî mahkeme kurulan yetkili kıt'a komutanı veya askerî kurum amirinden ister. Kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri bu hususta en geç üç gün içinde kararını verir ve sonucunu askerî savcıya bildirir. Bu işlem açığa çıkarma değildir." Geçici olarak kontrol altına alma tedbiri usul hukuku açısından

i. TSK'daki Devlet Memurları Askeri Disiplin Mevzuatı Dışına Çıkarılmıştır

TSK'da subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş/er, yükümlü erbaş/erler ile askeri öğrenciler dışında sivil memur ve sivil işçiler de görev yapmaktadır. Sivil personel dışındaki kişiler askeri şahıslar olup 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu, 926 sayılı TSK Personel Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 4678 sayılı Sözleşmeli Subay Astsubay Kanunu, 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu, 1076 sayılı Yedek Subaylar Kanunu, 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu ile 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu gibi özel kanunlara tabidirler.

TSK'da görevli devlet memurları kural olarak kendi kanunlarına tabi olup 657 sayılı Kanunun TSK'da çalışan memurlara uygulanmayacak hükümleri, 232'nci maddede sayılmıştır. Buna göre 657 sayılı Kanunun çalışma saatleri hakkındaki 99'uncu, günlük çalışma saatlerinin tespiti hakkındaki 100'üncü, günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmette çalışma saat ve usulünün tespiti hakkındaki 101'inci, fazla çalışma ücreti hakkındaki 178'inci, görevden uzaklaştırmaya yetkilileri sayan 138'inci maddeleri TSK'da çalışan memurlara uygulanmayacaktır. Bir sonraki maddeye göre ise Kanunun disipline ait 124-136'nci maddelerindeki hükümler, TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu ve konu ile ilgili diğer hükümler saklı kalmak üzere, TSK'da çalışan sivil memurlar ile sözleşmeli ve yevmiyeli personel hakkında uygulanmaya devam edilecektir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere TSK'da görevli devlet memurları, disiplin yönünden genel kural olarak 657 sayılı Kanuna tabi olmakla birlikte istisnai olarak askeri şahısların tabi olduğu hükümlere de tabidir. Başka bir makalenin konusunu oluşturacak kadar geniş olan gelişmeler sonucunda önce AİHM sivil memurların askeri mahkemelerde yargılanmasının adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar vermiş, daha sonra Anayasa Mahkemesi ilgili hükümleri iptal etmiş bu gelişmelere paralel olarak 211 sayılı Kanunun 115/b madde-

bir koruma tedbiri olup, idari işlem olmadığından buna karşı yargı yoluna başvurulamaz. Demirağ, s.298.

sinin ikinci cümlesindeki “*Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar*” ibaresi 6413 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış böylece TSK’da görevli sivil memurların disiplin hukuku bakımından tamamen devlet memurları kanununa tabi olmaları sağlanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki disiplin işlemleri, 357 sayılı kendi özel Kanunlarına göre yapılan askeri hakimler de 6413 sayılı Kanun kapsamı dışındadır.

4. 6413 Sayılı Kanunun 657 Sayılı Kanunun Disiplin Hükümlerinden Farklılıkları

Devlet memurlarının disiplin işlemleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Disiplin” başlıklı 7’nci bölümünde, 124-136’ncı maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunda disiplin cezalarının, mevzuatın emrettiği ödevleri yerine getirmeyenlere, uyulması zorunlu hususları yapmayanlara ve yasaklanan işleri yapanlara, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile verileceği belirtilmiştir. Bu başlık altında iki kanun arasındaki önemli farklılıklar dile getirilecektir.

a. Disiplin Cezalarının Türleri Bakımından

6413 sayılı Kanunda askeri personel için hafiften ağıra doğru; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi (istisnai durumlarda) ve silahlı kuvvetlerden ayırma olmak üzere yedi değişik disiplin cezası düzenlenmiştir.⁴⁴ 657 sayılı Kanunda devlet memurları için hafiften ağıra doğru; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olmak üzere beş değişik disiplin cezası düzenlenmiştir.

Memur ve askerlere verilen disiplin cezalarının türleri bakımından önceye nazaran kısmi benzerlik sağlanmıştır. Ancak personelin 3 saate kadar mesaiye devam etmesi şeklinde uygulanan ve disiplin amirlerince 1-8 gün arasında verilebilen hizmete kısmi süreli devam

⁴⁴ Vatan hizmetini yerine getiren yükümlü erbaş/erler için ise izinsizlik, ilave hizmet yükleme, oda hapsi (istisnai durumlarda) ve hizmetten men olmak üzere dört değişik disiplin cezası düzenlenmiştir.

cezası ile disiplin amirlerince 1-3 gün, disiplin kurulunca 4-10 gün arasında verilebilen hizmet yerini terk etmeme cezası ve istisnai hallerde varlığını devam ettiren oda hapsi cezası, askeri personelin hürriyeti üzerinde etkilidir.⁴⁵

Mali haklar üzerinde etkili olan aylıktan kesme disiplin cezasının oranları ve hesaplanma yöntemi de farklılık göstermektedir. Memurlar için 1/30-1/8 oranları arasında öngörülen bu ceza, askerler için 1/20-1/8 oranları arasında öngörülmüştür.

Bu husustaki diğer önemli bir farklılık da 6413 sayılı Kanunda disiplin cezaları dışında, amirlere, sözlü veya yazılı olarak ikaz etme, geçici olarak kontrol altına alma, geçici olarak görevden uzaklaştırma ve görev yerini değiştirme yetkisi tanınmasıdır. Kanunun 10'uncu maddesine göre amirlerin maiyetine hatalarını göstermesi, eleştirmesi, sözlü veya yazılı olarak ikazı disiplin cezası sayılmaz.⁴⁶ Disiplin amirleri, disiplin yönünden eğitilmesine ve ıslah edilmesine katkı sağlamak amacıyla maiyetine, ilave görev ve sorumluluklar verebilir. Bu kapsamda verilen görevler hizmete yönelik emir olarak kabul edilir. Kanunun 28'inci maddesine göre disiplinin tehlikede olduğu bazı durumlarda disiplin amirlerinin, personeli geçici olarak kontrol altına alma; 29'uncu maddesine göre hakkında soruşturma yapılan kişinin, soruşturmanın sağlıklı yürümesi amacıyla 15 güne kadar idari izinli sayılarak geçici olarak görevden uzaklaştırma yetkileri bulunmaktadır. Yine aynı maddeye göre soruşturma sonunda görevinde kalması kendisi veya birliği açısından sakıncalı görülen personelin, başka bir birliğe veya garnizona atandırılması mümkündür.

657 sayılı Kanunun 138'inci maddesine göre, devlet memurları, disiplin soruşturmasının herhangi bir aşamasında 3 aya kadar görevden uzaklaştırılabilir. Memurlar askerlerden farklı olarak görevden uzaklaştırma sürecinde idari izinli sayılmaz, aylığının üçte ikisini alır.

⁴⁵ Tatil günlerinde infaz edilmemesi dışında mülga kanundaki "göz hapsi" cezasının benzeri olan "hizmet yerini terk etmeme" cezası Anayasanın 38'inci maddesine istinaden idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı müeyyide uygulamasına istisna teşkil etmektedir. Madde 38: "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir."

⁴⁶ Disiplin cezası niteliğine olmayan yazılı ikaz hukuka aykırı değildir. AYİM 3.D.15.03.2012, 2011/1487 E. (AYİM Dergisi S.28, s. 577)

b. Disiplin Cezası Gerektiren Eylemler Bakımından

6413 sayılı Kanunda; rütbeli personel için, uyarma cezası gerektiren 17, kınama cezası gerektiren 8, hizmete kısmi süreli devam cezası gerektiren 5, aylıktan kesme cezası gerektiren 12, hizmet yerini terk etmeme (istisnai hallerde oda hapsi) cezası gerektiren 16, silahlı kuvvetlerden ayırma cezası gerektiren 9 olmak üzere disiplin cezası gerektiren toplam 67 adet "disiplinsizlik" düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanunda memurlar için uyarma cezası gerektiren 8, kınama cezası gerektiren 13, aylıktan kesme cezası gerektiren 7, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası gerektiren 14, devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren 11 olmak üzere disiplin cezası gerektiren toplam 53 adet "fiil ve hal" düzenlenmiştir.⁴⁷

Her iki kanunda disiplin cezası gerektiren disiplinsizlik veya fiil ve hallerden olmamakla birlikte belirlenen disiplinsizlik veya fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen eylemlerin, adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezasıyla cezalandırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte iki düzenleme arasında fark vardır. 6413 sayılı Kanun, benzer eylemlerin cezalandırılmasını disiplin amirinin takdirine bırakırken 657 sayılı Kanun, bu durumda ceza verilmesini emretmekte olup, takdir hakkı tanıamıştır.

c. Disiplin Cezası Vermeye Yetkili Amir ve Kurullar Bakımından

Asker amirler, rütbeli personel olan astlarına uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etme cezaları verebilmektedir. TSK'dan çıkarma cezası ise Yüksek Disiplin Kurulları tarafından verilebilmektedir.⁴⁸

⁴⁷ 125'inci maddenin A, B ve C bentlerinin a) alt bentlerindeki "... verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak" şeklindeki düzenlemelerin aslında üç ayrı fiil ve hali düzenlediği dikkate alındığında toplam disiplinsizlik sayısı 59'a ulaşmaktadır.

⁴⁸ TSK Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği için bkz.:12 Nisan 2014 tarih ve 28970 sayılı Resmi Gazete.

Devlet memurlarına amirler tarafından uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezası verilebilirken kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin kurulları, devlet memurluğundan çıkarma cezası ise Yüksek Disiplin Kurulları tarafından verilebilmektedir. Görüldüğü gibi disiplin amirleri astlarına daha fazla disiplin cezası vermeye yetkilidir. Hürriyeti kısıtlayıcı ceza verme yetkileri de, istisnai hallerde oda hapsi normal şartlarda hizmet yerini terk etmeme cezalarında, halen mevcuttur. Ayrıca hizmet yerini terk etmeme cezası gerektiren disiplinsizliklerde, personelin daha fazla ceza almasını sağlamak amacıyla disiplin kuruluna sevk etme konusunda takdir yetkileri bulunmaktadır.

Disiplin Mahkemeleri yerine kurulan Disiplin Kurulları ancak disiplin amirinin takdir yetkisini bu yönde kullanarak sevki durumunda çalışabilmektedir. Bu kurullar, rütbeli personelin hizmet yerini terk etmeme cezası gerektiren disiplinsizliklerine (md.19) aynı cezayı 4-10 gün arasında; erbaş erlerin ise aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme cezası gerektiren disiplinsizliklerine (md.18-19) hizmetten men cezasını 7-15 gün arasında vermeye yetkilidir. İnfaz edilen hizmetten men cezası, erbaş/erlerin askerlik hizmetinde sayılmaz ve yükümlülük bu süre kadar uzar.

6413 sayılı Kanuna göre asgari tugay komutanlığı (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşiti) veya ihtiyaç duyulması hâlinde daha alt seviyedeki birlik, karargâh ve kurumlarda bir Disiplin Kurulu teşkil edilir.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası vermek üzere; kuvvet komutanlıkları Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığında, general ve amiraller hakkında ise Genelkurmay Başkanlığında Yüksek Disiplin Kurulu oluşturulur.

657 sayılı Kanuna göre, disiplin ve soruşturma işlerinde kanunlarla verilen görevleri yapmak üzere kurum merkezinde bir Yüksek Disiplin Kurulu ile her ilde bölge esasına göre çalışan kuruluşlarda bölge merkezinde ve kurum merkezinde ayrıca Milli Eğitim Müdürlüklerinde, birer Disiplin Kurulu bulunur.

Disiplin mahkemelerinin yerine teşkil edilen disiplin kurullarının yapısı ve işleyişi memur disiplin kurullarıyla benzerlik taşımakta olduğundan, asker-memur arasındaki disiplin mahkemesi-disiplin

kurulu farklılığı ortadan kalkmıştır. Böylece AİHM'nin disiplin mahkemelerinin tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olması nedeniyle adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiği yönündeki kararlarının da gereği yerine getirilmiştir.

d. İtiraz ve Yargı Yolu Bakımından

İtiraz, disiplin cezalarının hukuka uygunluğunun denetlenerek gerektiğinde kaldırılmasını veya değiştirilmesini sonuçlayan başvuru yoludur.⁴⁹ Askeri şahıslara disiplin amirlerince verilen cezalara ancak bir üst disiplin amiri nezdinde itiraz edilebilmektedir. Örneğin; bölük komutanı tarafından verilen disiplin cezasına karşı iki iş günü içinde tabur komutanına itiraz edilebilir.⁵⁰ Üst disiplin amirinin itirazı reddetmesi durumunda ceza kesinleşir ve infaz edilerek şahsi dosyada yerini alır. Üst disiplin amiri itiraza konu disiplin cezasını kaldırabilir, hafifletebilir veya onayabilir ancak arttıramaz.

Disiplin Kurulunca rütbeli personele verilen hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezasına karşı, beş iş günü içinde üst komutanlık disiplin kuruluna itiraz edilebilmektedir. İtiraz makamı itirazı kabul durumunda yeni kararı kendisi vermektedir. Disiplin kurulu kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

Disiplin amirince verilen cezanın uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam olması durumunda idari yargı yolu kapalıdır. Disiplin amirince verilen cezanın aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme veya oda hapsi olması halinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) nezdinde idari yargı yolu açıktır. Seferberlik ve savaş zamanında ise tüm disiplin cezaların karşı yargı yolu kapalıdır.

657 sayılı Kanuna tabi memurlara disiplin amirlerince verilen uyarma, kınama, aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kurulu; disiplin kurulunca verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı ise yüksek disiplin kurulu nezdinde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine disiplin kurulu itiraza konu disiplin cezasını onar veya kaldırır ancak

⁴⁹ Yıldırım, s.112.

⁵⁰ 1632 sayılı Kanundaki mülga düzenlemede disiplin amirince cezalandırılan personel, itirazın kızgınlık ve öfkeyle değil sakin ve akliselimle yapılmasını sağlamak maksadıyla, cezanın tebliğinden itibaren 24 saat geçtikten sonra itiraz edilebilmekteydi.

kendisi bir ceza tayin edemez. İtirazın kabulü halinde disiplin amiri her defasında daha hafif yeni bir ceza tayininde bulunabilir. Memur da bu yeni cezaya her defasında itiraz edebilir.⁵¹ İtiraz için öngörülen süre kararın tebliğden itibaren yedi gündür. Memurlara verilen tüm disiplin cezalarına karşı idare mahkemesi nezdinde idari yargı yolu açıktır.

Disiplin cezalarına karşı yargı yolunda asker ve memurların sahip olduğu imkânlar bakımından önemli farklılıklar olduğu aşikârdır. Öncelikle memurların tüm cezalara sahip olduğu hak askerler bakımından ancak nitelik olarak daha ağır olan üç cezayla (aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi) sınırlandırılmıştır. Kaldı ki yargı yolu kapalı olan disiplin cezalarına karşı üst disiplin amirine yapılan itirazlar çoğu zaman amirin otoritesini kırmamak düşüncesiyle reddedilmekte olup, sonrasında personel açısından yapacak başka bir işlem bulunmamaktadır.

Bu konudaki önemli bir diğer farklılık da başvuru imkanı ve başvurulacak mahkemelerden kaynaklanmaktadır. Devlet memurları, itirazı görevli bulunduğu yere en yakın idare mahkemesine yaparken; asker şahıslar için tek yetkili mahkeme, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapan AYİM'dir. Başka bir ifadeyle devlet memurları için idare mahkemesi ve Danıştay şeklinde iki dereceli bir başvuru sistemi sağlanmışken askeri şahıslar için tek dereceli bir başvuru söz konusudur. Yargılamanın iki dereceli olması, sürecin uzunluğu dışında, güvenli olması nedeniyle daha tercih edilir bir yöntemdir. Diğer taraftan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre devlet memurlarına iş hayatında örgütlenme hakkı kapsamında sendika üyesi olma hakkı verilmesiyle, memurların disiplinle ilgili davalarında bir ücret ödemeksizin sendika avukatlarının hukuki yardımından faydalanmaları mümkünken, askeri şahısların böyle bir imkanı bulunmamaktadır.⁵² Bunun diğer bir sonucu olarak askeri şahıslar açtıkları

⁵¹ Cezanın disiplin kurulunca kaldırılmasından sonra yeni ceza tertibi halinde memurun her defasında itiraz hakkı olduğuna ilişkin Devlet Personel Başkanlığının 05.07.2011 tarih ve 13486 sayılı görüşü için bkz.: <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/gorus/disiplin-877>

⁵² Anayasa Mahkemesinin 10.04.2013 tarih ve 2013/57 K. sayılı kararıyla TSK'da

davanın reddedilmesi durumunda, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre, AYİM'in yüksek mahkeme olması hasebiyle, iki katı vekâlet ücreti ödemek durumundadır.

Bu konudaki son farklılık olarak, 6413 sayılı Kanunda itiraz için öngörülen üç günlük süre, iş günü olarak belirlenmişken 657 sayılı kanunda itiraz için yedi günlük süre belirlenmiştir. Bu yönüyle memurların savunma için askerlere göre genelde, iki günlük ek süreleri olduğu görülmektedir.

e. İnfaz Usulü Bakımından

Mülga düzenlemede disiplin cezalarının derhal infazı öngörül-müşken 6413 sayılı Kanundaki düzenlemeye göre disiplin cezaları kesinleştikten sonra infaz edilebilmektedir.⁵³ Daha açık ifade edilecek olursa disiplin amirleri tarafından verilen cezalara itiraz edilmemesi veya üst disiplin amirine yapılan itirazın reddedilmesi; disiplin kurulu-nca verilen cezalara itiraz edilmemesi veya üst komutanlık disiplin kuruluna yapılan itirazın reddedilmesi üzerine ceza infaz edilir, in-fazda azami süre bir yıldır.

Devlet memurlarında ise disiplin cezaları verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder ve derhal uygulanır. Başka bir deyişle kanun lafzına göre cezanın infazını gerçekleştirmek için, itiraz işlemlerinin beklenmesine ve cezanın kesinleşmesine gerek yoktur. Ancak uygulama-da cezanın kesinleşmesi beklenmektedir. Her iki sistemde de infaz için yargı yolunun tüketilmesi gerekmemektedir.

Hukuki güvenlik ve kişi güvenliği gereği disiplin cezalarının işlen-mesinden ve öğrenilmesinden itibaren her iki kanunda da hak düşürü-cü süreler düzenlenmiştir. 6413 sayılı Kanun, amirlere disiplinsizliğin öğrenilmesinden itibaren TSK'dan ayırma cezası gerektiren disiplinsizliklerde bir yıl diğer disiplinsizliklerde bir aylık süre tanıdığı; 657 sayılı Kanun, devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren eylem-lerde, altı ay diğer eylemlerde ise bir aylık süre tanıdığıdır.

görevli devlet memurlarına iş hayatında örgütlenme hakkı kapsamında sendika üyesi olma hakkı verilmesiyle aynı imkan TSK'da görevli memurlar için de geçerli olmuştur.

⁵³ 1632 sayılı Kanun mülga madde 182.

TSK'daki Disiplin Kurullarına tanınan altı aylık zamanaşımı süresi de disiplinsizliğin amir tarafından öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır. Memur Disiplin Kurulları ise kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile ilgili işlerde, soruşturma dosyasını aldıkları tarihten itibaren; uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılan itirazlar ile ilgili işlerde itiraz dilekçesi ile cezaya ilişkin karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren 30 gün içinde kararlarını verirler.

Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde, memurun kendisini aklamaları için kanun tarafından sağlanan itiraz hakkını kullanmasının beklenmesinin daha doğru olduğu değerlendirildiğinden, cezanın infazı için kesinleşmesini öngören askeri disiplin hukukunun daha yerinde ve ileri bir düzenleme olduğu, zamanaşımına ilişkin düzenlemelerin ise makul ve paralel olduğu görülmektedir.

f. Disiplin Cezalarının Etkileri Bakımından

Disiplin cezalarının etkilerini, askeri şahısların mesleki hayatları süresince göstereceği yönünde düzenlemeler mevcuttur. Kanununun 30 ve 31'inci maddelerine göre, disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlara ilişkin bilgi ve belgeler, ilgililerin şahsi dosyalarına konularak muhafaza edilir ve kayıt altına alınır, disiplin cezalarına ilişkin evrakın birer sureti personelin mensubu olduğu kuvvet komutanlıklarına, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığına gönderilir, disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar, nitelik ve niceliklerine uygun olarak; personel hakkında yapılacak sicil, terfi, atama, ayırma, ilişik kesme, sözleşme feshi, özellikli görevlere seçim ve benzeri idari işlemlerde göz önünde bulundurulur. Aynı şekilde disiplin kurulları tarafından verilen hizmetten men cezası ile oda hapsi cezaları, yedek subaylar ile erbaş ve erlerin askerlik hizmet sürelerine eklenir ve bu kişiler o süre kadar geç terhis edilir.

Buna karşın disiplin cezaları devlet memurları açısından süreli etki göstermektedir. Aylıktan kesme cezası ile tecziye edilenler 5 yıl, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziye edilenler 10 yıl boyunca daire başkanı kadrolarına, daire başkanı kadrosunun dengi ve daha üstü kadrolara, bölge ve il teşkilatlarının en üst yönetici kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlık ve üyeliklerine, vali ve büyükelçi kadrolarına atanamazlar. Devlet memurları uyarma ve

kınama cezalarının uygulanmasından beş yıl diğer cezaların uygulanmasından on yıl sonra, atamaya yetkili amire başvurarak verilmiş olan cezalarının (devlet memurluğundan çıkarma cezası hariç) özlük dosyasından silinmesini isteyebilmektedir. Kanunun 133'üncü maddesine göre memurun bu süreler içerisindeki davranışlarının isteğini haklı kılabileceği nitelikte görülmesi durumunda, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının özlük dosyasından çıkarılmasında disiplin kurulunun mütalaası alındıktan sonra, cezalar özlük dosyasından silinir.

5. Sonuç ve Değerlendirme

Askerlik mesleğinin gerek ve şartlarının farklılığı nedeniyle askeri disiplin hukuku devlet memurları disiplin hukukundan ayrılmış ve farklı düzenlenmiştir.⁵⁴ İki sistem arasında uzun zamandır önemli farklılıklar bulunmasına karşılık 6413 sayılı Kanunla askeri disiplin hukuku birçok açıdan devlet memurları disiplin hukukuna paralel yapıya kavuşturulmuştur.

İstisnaları hariç olmak üzere oda hapsi cezasının kaldırılmasıyla, uluslararası alanda yaşanan sıkıntı sonlandırılmıştır.

Disiplinsizlik oluşturan eylemlerin neler olduğunun tek tek belirlenmesi, eylemlere verilecek cezaların belirlenmesi, savunma süresi için asgari ve azami süreler belirlenmesi, karar verme süresi için disiplin amirlerine süre verilmesi gibi düzenlemelerle disiplin amirlerine tanınan yetkilerin kullanılmasında standartlık sağlanmıştır.

Müstakil görev yapsın yapmasın maiyetini sevk ve idare ederek verilen vazifeleri yapmak bakımından birinci derecede sorumlu olan tüm amirlere, maiyetine ceza verme yetkisinin verilmesi disiplinin temini ve sorumluluk yetki paralelliğinin sağlanması bakımından faydalı olmuştur.

Askeri şahıslar açısından çok önemli hak mahrumiyetleri doğurabilen disiplin cezalarına karşı sınırlı da olsa yargı yolunun açılmış

⁵⁴ AİHM de birçok kararında "Bir sivilde uygulandığında özgürlükten mahrum bırakılma olarak değerlendirilen bir ceza ya da disipline ilişkin tedbir, askere uygulandığında aynı niteliği taşımayabilir" diyerek askeri hayata ilişkin düzenlemelerin farklılık gösterebileceğini kabul etmektedir. Örneğin, yukarıda belirtilen AD-Türkiye kararı.

olması cezaların kişi üzerindeki etkisi dikkate alındığında idarenin denetimi ve hukuki güvenliğin sağlanması açısından yerinde düzenlemeler olmuştur.

Disiplin cezaları dışında getirilen idari yaptırımlar disiplinin temini açısından yerinde olmakla birlikte özellikle görev yerini değiştirme tedbirinin uygulanmasında dikkatli olunmalıdır.

Bu olumlu hususların yanında nitelik itibarıyla 657 sayılı Kanundan farklı türde disiplin cezalarının bulunması (hizmete kısmi süreli devam, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi), bazı cezalar için idari yargı yolunun kapalı olması (uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam), belli sürelerde belirlenen ceza puanı veya ceza sayısına ulaşan personel hakkında silahlı kuvvetlerden ayırma işleminin yapılabilmesi bezdiri (mobbing) aracı olarak kullanılabilceğinden Kanunun olumsuz düzenlemeleri olarak değerlendirilmektedir.⁵⁵

Gerek askeri gerek diğer kamusal işlerde başarılı çalışmaların ödüllendirilmesi yanında kurallara aykırı davrananların cezalandırılması kurumlarda düzenin sağlanması ve vazifenin başarılması için elzemdir. Ancak iyi fikirlerin, iyi çalışmanın, iyi sonucun ancak rahat ve huzurlu bir çalışma ortamında alınacağına şüphe yoktur. Askerlikteki veciz deyimle *“Nerede karşılıklı sevgi ve saygı varsa orada itimat ve itaat vardır. İtimat ve itaatin olduğu yerde disiplin, disiplinin olduğu yerde huzur, huzurun olduğu yerde başarı vardır.”* Sürekli gerginlik, huzursuzluk ve cezalandırmanın olduğu ortam başarıyı getirmediği gibi disiplini de sağlamaz. Biçimsel bir itaat disiplin demek değildir, düşüncelerden duygulardan, alışkanlıklardan seçilmiş, bir araya toplanmış ve ortak bir inanç olarak kabul edilmiş bulunan kurallar, disiplini doğurur.⁵⁶ Edebi bir dille yazılan TSK İç Hizmet Yönetmeliğinde ifade edildiği gibi itaat, âmir veya üstün kanuni yetkisinden korkmaktan ziyade onun bilgisine, rütbe ve makamına ve şahsına karşı duyulan ve beslenen saygı ve sevgiden ileri gelmelidir. Bu saygı ve sevgi hislerini telkin eylemek de âmirin ve üstün esas vazifelerindedir.⁵⁷ 31012015 13.00

⁵⁵ Mobbing hususunda bkz.: Ümit Güveyi, “Memur Disiplin Hukukunda Mobbing”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, 2013, S.1-2, s.1455-1481.

⁵⁶ Yıldırım, s.81.

⁵⁷ TSK İç Hizmet Yönetmeliği Madde-4.

Kaynakça

- Aksoylu İlter, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku, *AYİM 19 Numaralı Dergi*, s.101-135.
http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=60
- Cem Cemil, Disiplin ve Disiplin Hukuku, *Ankara Barosu Dergisi*, 1969/5, s.821-834.
- Değirmenci Olgun/Tanrıverdi Battalgazi, TSK Disiplin Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara, Mayıs 2014.
- Demirağ Fahrettin, Gerekçeli Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2014.
- Erman Sahir, Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usul, 7. Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- Güveyi Ümit, Memur Disiplin Hukukunda Mobbing, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVII, 2013, S.1-2, s.1455-1481.
- Karahanoğulları Onur, Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S.3, Temmuz 1999, s.55-77.
- Koç Cihan, TSK İç Hizmet Kanunu, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, TSK Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, 20. Baskı, Ankara, Kasım 2013.
- Pınar İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Taşkın Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Yıldırım Ramazan, Türk Askeri Disiplinin Hukukuna Kısa Bir Bakış, *AYİM 14 Numaralı Dergi*, s.81-126.
- Yaman Murat, TSK Disiplin Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2013
- Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili, *Danıştay Dergisi*, Yıl 24, S.88, 1994, s.5-13.

OBJEKTİF DAVA BİRLEŞMESİ

JOINDER OF CLAIMS

Elif AKSOY*

Özet: Davacı tarafından ileri sürülen talepler, tek bir sonuca yönelik olabileceği gibi birden çok sonucun gerçekleşmesi için de olabilir. Dava çeşitlerinden biri olarak nitelendirilen objektif dava birleşmesinde davacı, tek dava ile birden çok sonuca ulaşmak ister. Bu çalışmanın konusu, objektif dava birleşmesinin tanımı, şartları ve amacı ile objektif dava birleşmesine konu olan talepler arasında bağlantının aranmaması ve bu dava çeşidinin usul ekonomisi açısından değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Objektif dava birleşmesi, dava çeşitleri, bağlantı, usul ekonomisi.

Abstract: Claims asserted by a plaintiff may either be aimed at achieving a single result or several results. Joinder of claims is regarded as a type of lawsuit whereby the plaintiff aims at achieving several results from a single case. The subject of this study is to provide a definition of joinder of claims, to analyze its conditions and purpose as well as the issue of non-inquiry of a relation between the claims that are subjected to joinder of claims, and finally to offer an evaluation of this type of lawsuit in terms of procedural economy.

Keywords: Joinder of claims, types of lawsuits, relation, procedural economy.

GİRİŞ

Bazı durumlarda aynı yargılama içinde birden fazla davanın yürütülmesi mümkündür. Bir yargılama içinde birden fazla davanın görülmesi halinde dava birleşmesi (dava yığılması) söz konusu olacaktır. Yargılama içinde birden fazla davanın olup olmadığı ise davanın zorunlu unsurları dikkate alınarak belirlenecektir. Bir davanın zorunlu unsurları; uyuşmazlık halinde iki tarafın bulunması, bir tarafın diğerine yönelttiği talep ve yöneltilen bu talebin temelidir.¹ Yani bir dava-

* Araştırma Görevlisi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Yavuz Alangoya, Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), Nemaş Dizgi ve Baskı, İstanbul 1999, s.23.

nın zorunlu unsurları; taraf, dava konusu ve dava sebebidir. Davanın zorunlu unsurları, davaların aynılığını ya da farklılığını tespit etmede rol oynar. Bu tespit ise örneğin, dava ve savunmanın değiştirilmesi yasağı, kesin hüküm ve derdestlik bakımından önemlidir. Konumuz açısından ise davanın zorunlu unsurları aynı yargılama içinde birden fazla davanın olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Aynı yargılama içinde, bir dava birleşmesinin mevcut olup olmadığı, davanın zorunlu unsurlarındaki çokluğun varlığına göre belirlenecektir.² O halde söz konusu bu zorunlu unsurlarda bir çokluk bulunması durumunda dava birleşmesi mevcut demektir. Söz konusu çokluğun zorunlu unsurların sadece birinde dahi olması dava birleşmesinin gerçekleşebilmesi için yeterlidir.³

Aynı yargılama sınırları içinde birden fazla bağımsız davanın bulunması hali olarak nitelendirilen dava birleşmesini iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi davacı veya davalı ya da hem davacı hem de davalı yanda bir taraf çokluğu olması sebebiyle doğan “*sübjektif dava birleşmesi*”; diğeri ise aynı yargılama sınırları içinde ve taraflardan birinin diğere karşı birden fazla davasının bulunması halinden doğan “*objektif dava birleşmesidir*.”⁴

I. OBJEKTİF DAVA BİRLEŞMESİ KAVRAMI

Objektif dava birleşmesi HUMK’un aksine HMK’da düzenlenmiştir. HUMK m.43’te aynı davacının veya davacıların, birden çok davalıyı ihtiyarî dava arkadaşı olarak tek dava içinde talep yöneltmelerinin şartları düzenlenmekteydi. Buna karşılık aynı davacının ya da davacıların birden çok bağımsız talebini aynı davalıya karşı ileri sürmesi olanağı ve şartları düzenlenmiş değildi.⁵

Ancak hakkında doğrudan bir düzenlenmese olmasa da gerek doktrin gerek Yargıtay HUMK m.3’teki düzenlemeden yola çıkılarak objektif dava birleşmesini kabul ediyordu.⁶ HUMK m.3, mahkemenin

² Alangoya, 1999, s.27 vd.

³ Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2011, s.128.

⁴ Alangoya, 1999, s.30. Aynı yönde; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Güzel Sanatlar Matbaası, 7. Baskı, Ankara 1960, s.83, 129.

⁵ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.312.

⁶ Y. 10. HD. 30.12.1989, E. 1989/7274, K. 1989/9652; Y. HGK. 10.10.1990, E. 1990/4-

görevine ilişkin olarak, “*müddeabihin birden fazla olması hali*” şeklinde bir belirleme yapmaktaydı. MUŞUL, bunu bir “*talep yığılması faraziyesi*” olarak ifade etmiştir.⁷ Bu düzenleme dolayısıyla HUMK yürürlükteyken de kabul edilen objektif dava birleşmesi hakkında HMK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte gerek varlığı gerek şartları konusunda bir tereddüt kalmamıştır.

A. Objektif Dava Birleşmesinin Tanımı ve Dava Çeşitleri Arasındaki Yeri

Davacı, davalıya karşı birbirinden bağımsız olan birden fazla aslî talebini aynı davada birleştirebilir, yani birden fazla davasını aynı dava dilekçesiyle açabilir; buna objektif dava birleşmesi denir.⁸

Objektif dava birleşmesi HMK m. 110’da ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre; “*davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır.*”

Davaların belli bir ölçüye göre gruplandırması açısından bakacak olursak objektif dava birleşmesini “*talep sonucunun niceliğine göre dava çeşitleri*” başlığı altında değerlendirebiliriz.⁹ Objektif dava birleşmesinin temel karakteri, aynı yargılama içinde bulunan bu davaların ayrı ayrı da açılabilmesi ve ayrı yargılamalarda görülebilmesidir.¹⁰

B. Objektif Dava Birleşmesinin Amacı

Objektif dava birleşmesi tanımından da anlaşılacağı üzere bir davada aynı taraflar arasında birden fazla talebin ileri sürülmesi, yani aynı taraflar arasında birden fazla talep sonucunun mahkeme önüne çözümlenmesi amacıyla getirilmesidir.¹¹

320, K. 1990/478 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁷ Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2009, s.58.

⁸ Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2013 s.271.

⁹ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.268 vd. Bilge / Önen bunu “*hukukî himaye isteminin sayısına göre dava çeşitleri*” olarak ifade etmiştir. Necip Bilge / Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978, s.395.

¹⁰ Alangoya / Yıldırım / Yıldırım D., 2011, s.129.

¹¹ Ömer Ulukapı, “*Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*”, Doktora Tezi, An-

Objektif dava birleşmesinde, görünüşte tek dava, gerçekte ise talep sayısınınca dava mevcut olup, söz konusu birden fazla talep birbirinden bağımsızdır. Tek bir dilekçe gösterilmesi, taleplerin maddi hukuk bakımından hukukî niteliğini değiştirmemekte ve usul hukuku açısından da bir ayrıcalık sağlamamaktadır.¹² Burada ortak olan tek husus delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunur.¹³

Bununla birlikte objektif dava birleşmesinde ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması şart değildir. Şart olmamakla beraber talepler arasında bağlantı da bulunabilir. İşte böyle bir halde objektif dava birleşmesi çelişkili kararların verilmesinin önüne geçme amacına da hizmet eder.¹⁴ Çünkü aralarında böyle bir bağlantı bulunan talepler ayrı ayrı davalara konu edildiğinde birbiriyle çelişen kararlar alınabilir; böyle bir durumda ise özellikle hukukî güven zedelenir.

Dolayısıyla objektif dava birleşmesine konu olan taleplerden her biri hakkında, hüküm ayrı ayrı verilecek olsa da arasında bağlantı bulunan taleplerin birlikte incelenmesi çelişkili kararların verilmesinin önüne geçecektir.

C. Objektif Dava Birleşmesinin Sınıflandırılması

Objektif dava birleşmesi dar anlamda sadece kümülatif,¹⁵ geniş anlamda ise terditli, seçimlik ve kümülatif davaları yani talep sonucunda farklı şekillerde de olsa birden fazla talebin yer aldığı durumu ifade etmek için kullanılır.¹⁶ Objektif dava birleşmesinin çeşitleri ola-

kara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1990, s.18.

¹² İsmail Ercan, *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.173.

¹³ Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013, s.477.

¹⁴ Alangoya, 1999, s.36.

¹⁵ Bu sınıflandırma hakkında HMK gerekçesinde, "...davaların yığılmasının yani kümülatif dava yığılmasının koşullarının neler olduğu gösterilmiştir"; "...burada sözü edilen davaların yığılmasıyla kastedilenin objektif dava birleşmesi bütünü altında yer alan ve onun tipik bir örneğini oluşturan kümülatif dava yığılması olduğu" şeklinde vurgulamalar vardır.

¹⁶ Ender Dedeoğaç, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, An-

rak da ifade edilen¹⁷ bu dava türleri arasındaki ortak özellik, davacının birden fazla usulî talep ileri sürmesidir.

1. Kümülatif Dava

Davacının birden fazla aslî talebini biri diğerinin yanında yer alacak şekilde ileri sürüp, her bir talebi hakkında karar verilmesini istemesi durumunda kümülatif dava birleşmesi vardır. Örneğin, asıl alacak yanında faiz alacağının da talep edilmesi ya da satış parasının ödenmesi ve daha önce ödünç verilen belirli bir miktarın geri verilmesinin dava edilmesi gibi.¹⁸ Kümülatif davada her talep ekonomik bakımdan farklı edaları hedeflemektedir. Tek bir davada birleştirilmiş talepler farklı hukukî sebeplere dayansa bile durum aynıdır.¹⁹ Biri diğerinin yanında yer alan talepler aynı önemde olup, her talep için diğerinden bağımsız karar verilmesi gerekir.²⁰ Birikici nitelikte olan bu birleşme, objektif dava birleşmesinin basit şeklidir; bu durumda genelde davalar arasında bir bağlantı bulunsa da şart değildir.²¹

2. Terditli Dava

Terditli davada, davacı taleplerinden birini asıl olarak birinci sıradada ileri sürer; bu talebin kabul edilmemesi halinde karar verilmek üzere bunun yanında bir de ikinci yani yardımcı talebini ileri sürer. Burada ikinci talep için her zaman karar verilmesi söz konusu değildir.²² Bununla birlikte terditli dava açılması şarta bağlı dava açılması anlamına gelmemektedir; davacı bu yolla sadece taleplerine ilişkin

kara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.123. Alangoya, bu konuyu açıklarken “kümülatif yığılmanın, objektif dava yığılmasının basit şekli” olduğunu belirtmiştir. Alangoya, 1999, s.33, dipnot 34.

¹⁷ Yazarlar bu konuda çeşitli sınıflandırmalar yapmıştır. Alangoya bu sınıflandırmayı basit-karmaşık ayrımına göre yaparken Alangoya, 1999, s.33, dipnot 34, Dedeğaç dar-geniş ayrımına göre yapmıştır Dedeğaç, 2011, s.123. Ulukapı ve Muşul ise objektif dava birleşmesinin çeşitleri başlığı altında bu dava birleşmesini; kümülatif, terditli ve seçimlik dava birleşmesi başlıklarına ayırarak ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur. Ulukapı, 1990, s.31 vd, Muşul, 2009, s.103.

¹⁸ Timuçin Muşul, Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012, s.145.

¹⁹ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul1989, C.1-2, s.145.

²⁰ Ulukapı, 1990, s.31.

²¹ Alangoya, 1999, s.33, dipnot 34.

²² Muşul, 2009, s.106 vd.

olarak mahkemece gerçekleştirilecek incelemenin sırasını belirlemektedir.²³ Bu dava çeşidinde talepler arasında öncelik sonralık, aslîlik fer'îlik olarak ifade edilen bir sıralama vardır. Oysa kümülatif dava birleşmesinde davacının ulaşmak istediği birden çok talep sonucunun hepsi birbirine eşdeğerdir; yani aralarında herhangi bir tercih sıralaması yoktur. Burada davacı birden çok talep ileri sürmekte ve hepsi hakkında karar verilmesini istemektedir.

Bununla birlikte terditli davada talepler arasında hukukî ya da ekonomik bağlantı aranmaktadır.²⁴ Oysa kümülatif davada talepler arasında herhangi bir bağlantı aranmamaktadır.

3. Seçimlik Dava

Seçimlik borçlarda seçim hakkın kendisinde olan borçlu ya da üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması halinde alacaklı tarafından seçimlik dava açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için seçim hakkı borçluda olmalıdır; seçim hakkının kimde olduğunun belirlenememesi halinde borçlu da kabul edilir (TBK m.87). Buna göre birden çok edimi içine almakla beraber, borçlunun bunlardan birini yerine getirmekle yükümlü olduğu borç türüne seçimlik borç denir.²⁵ Örneğin, borcun konusu bir bisiklet ve av tüfeği olur ve bunlardan birini yerine getirmek ya da istemek hakkı borçluya ya da alacaklıya aitse borç seçimlik borçtur.²⁶

Kümülatif davada davacı ileri sürdüğü taleplerin hepsi hakkında karar verilmesini istemekten; seçimlik davada seçim hakkı borçluya ait olduğundan hangi talebin hüküm altına alınacağı yargılama sırasında borçlunun seçimine göre belirlenecektir.²⁷ Seçimlik davada davacı birden fazla talebinin hepsi hakkında karar verilmesini istemektedir. HMK gerekçesinde seçimlik davada aslında gerçek anlamda bir dava birleşmesinin mevcut olmadığı belirtilmiştir. Borcun konusu yani edim ve dolayısıyla talep tektir. Edimin konusunu birbirinin al-

²³ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.473.

²⁴ Ulukapı, 1990, s.34.

²⁵ Ulukapı, 1990, s.32, dipnot 113.

²⁶ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.1495.

²⁷ Muşul, 2009, s.107.

ternatifi olacak şekilde birden fazla şeyin oluşturması edimin de birden fazla olması anlamına asla gelmemektedir.

D. Objektif Dava Birleşmesinin Şartları

Önceki kanunun aksine mevcut HMK 110. maddesinde objektif dava birleşmesini düzenlerken şartlarını da belirlemiştir. Bununla birlikte HUMK yürürlükteyken de söz konusu şartlar aynı şekilde ele alınmaktaydı. ZPO'nun 260. paragrafında bir davacının aynı davalıya karşı sahip olduğu birden fazla talebini, bunlar farklı sebeplere dayansa dahi bu taleplerin tamamı için aynı mahkeme görevli ve aynı yargılama çeşidi geçerliyse bir davada birleştirebileceği düzenlenmektedir.²⁸ Görüldüğü gibi objektif dava birleşmesinin şartları konusunda düzenlemeler arasında bir paralellik olduğu söylenebilir.

1. Objektif Dava Birleşmesinin Tarafları

Bir davada davacı ve davalı olmak üzere mutlaka iki taraf vardır. Dava açarak mahkemeden hukukî koruma talep eden kişi davacı; kendisine karşı hukukî koruma talep edilen kişiye ise davalı denilmektedir.²⁹ Davacı ve davalı tarafta birden fazla kişi bulunabilse dahi davada ikiden fazla tarafın bulunması imkânsızdır.³⁰

Objektif dava birleşmesinden bahsedebilmek için aynı davacının taleplerini aynı davalıya karşı ileri sürmesi gerekir. Örneğin, boşanma davası içinde davacı eş, kendisine ait olup davalı eşin elinde bulunan bir malın istirdadını isteyebilir³¹ ya da davacı tarafta dava arkadaşı (A) ve (B), davalı taraf olan (C)'ye karşı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil olarak birden fazla talebini aynı davada birleştirebilir. Bu gibi hallerde objektif dava birleşmesi söz konusu olur. Ancak davacı tarafta dava arkadaşı olarak (A) ve (B), davalı taraf olan (C)'den haksız fiil sebebiyle mala verilen zararın tazmini talebi ile (A)'nın (C)'den olan ödünç sözleşmesi sebebiyle verilen paranın iadesi objektif dava birleşmesinin konusu olamaz. Çünkü bu halde aynı davacı taraf aynı davalı tarafa karşı taleplerini ileri sürmemektedir.³²

²⁸ Muşul, 2009, s.57.

²⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.291 vd.

³⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.207.

³¹ Umar, 2011, s.313.

³² Bu aşamada husumet olarak da adlandırılan taraf sıfatından bahsetmek gerekir.

2. Birbirinden Bağımsız Birden Fazla Aslî Talep Olması

a. Birden Fazla Aslî Talep Olması

Objektif dava birleşmesi için her şeyden önce davacının aynı dava-lyaya yönelttiği birden fazla aslî talep bulunmalıdır. Davada taleplerin birden çok olması durumu kendi içinde farklılık gösterebilirken taleplerin birden fazla olduğu her durumda objektif dava birleşmesi vardır denilemez. Bu açıdan bakıldığında terditli davada, seçimlik davada ve karşı davada da talep çokluğu vardır.³³ Objektif dava birleşmesinden söz edebilmek için aslî taleplerin birinin diğerinin yanında dava edilmesi gerekir.

b. Taleplerin Usulî Nitelikte Olması

Bu aşamada üzerinde durulması gereken noktalardan biri objektif dava birleşmesinin davacının birden fazla “*usulî talep*” ileri sürmesi halinde söz konusu olmasıdır. Maddî hukuk taleplerinin yarışması halinde objektif dava birleşmesinden bahsedilememektedir. Ancak yarışan maddi hukuk taleplerinin dava konusu yapılması halinde, bunun objektif dava birleşmesinin ayrımlarından biri olacağı yönünde aksi görüş de vardır.³⁴

Usulî talep; maddi hukuk talebinden farklı olup talep sonucu ve talep sonucunun dayandığı vakıalar anlamındaki dava sebebinden oluşur. Usulî talebin bu iki unsurundan en az birinde meydana gelen yığılma objektif dava birleşmesine yol açar.³⁵ Davacının davalıya karşı aynı amaca yönelmiş birden fazla maddi hukuka ilişkin talep hakkına sahip olması da mümkündür. Usulî talebi maddî hukuk talebinden ayıran nokta, davacının davalıdan bir edada bulunmasını değil; mahkemeden bu hususta bir hüküm verilmesini talep etmesindedir.³⁶

Bir maddi hukuk sorunu olarak ele alınan taraf sıfatı; davanın tarafları olan kişi ya da kişiler ile dava konusu sübjektif hak arasındaki ilişkidir. Bu bağlamda, davanın taraflarının, söz konusu maddi hukuk ilişkisinin de tarafları olması gerekir. L. Şanal Görgün / Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.126.

³³ Üstündağ, 1977, s.145.

³⁴ Muşul, 2009, s.103, dipnot 37.

³⁵ Muşul, 2012, s.144.

³⁶ Alangoya, 1999, s.31, dipnot 24.

Usulî talep hakkı, bir hukukî sonucun kesin bir şekilde tespit edilmesine yönelmiş ve davacı tarafından ileri sürülmüş olan talep sonucu ile belirlenen istek olarak tanımlanabilir. Eğer davacı mahkemeden birde fazla karar vermesini talep ediyorsa o zaman usulî anlamda bir talep çokluğu mevcuttur. Elbette mahkemeden talep edilmiş kararların sayısı hüküm sayısına göre belirlenemez. Bu konuda kıstas olarak talep edilmiş olan kararın konusu dikkate alınır. Eğer davacı çeşitli iddialar ileri sürerek bunlara cevap verilmesini istiyorsa bu durumda usul hukuku anlamında taleplerin çokluğundan bahsedilir.³⁷

Ferdileştirme teorisine göre dava dilekçesinde talep sonucunu haklı gösteren hukukî sebeplerin belirtilmesi şart ve yeterli olup vakıaların bildirilmesi gerekli değildir. Vakıalara dayandırma teorisine göreyse dava dilekçesinde talep sonucunun dayanağı olan ve bu talep sonucunu haklı gösterecek vakıaların bildirilmesi şart ve yeterlidir.³⁸ Bu teoriye göre hukukî sebebin belirtilmesi gerekmez; davanın gerçek sebebi vakılardır. Kanunumuzun ağırlıklı olarak benimsediği teori vakıalara dayandırma teorisidir.³⁹ Vakıalara dayandırma teorisi kabul edildiğinde sadece maddi hukuk taleplerinin yarışmasının objektif dava birleşmesi yaratmayacağı söylenebilir. Çünkü bu halde zorunlu unsurlardan bir çokluk değil; talep sonucuna ulaştırabilecek birden fazla hukukî sebep vardır.⁴⁰ O halde bir talep sonucunun birden fazla vakıaya dayandırılması halinde vakıalar karışımında bir yığılma olacağından usulî talep çokluğu söz konusu olurken; aynı olayda iki hukuk normunun gerçekleşmesi halinde, sadece bir usulî talep söz konusu olup dava birleşmesi söz konusu olmayacaktır.⁴¹

Sonuç olarak dava temelini oluşturan vakıa karışımı tek ve aynı olmasına rağmen, örneğin, çalınanın iadesi ve hırsızlıktan uğranılan zararın tazmini davalarında olduğu gibi, talep sonucu fazlalığı objektif dava birleşmesini meydana getirebilir. Diğer yandan talep sonucu tek ve aynı olup vakıaların çokluğu, örneğin, istihkak davasında davacının mülkiyet hakkını miras sebebine ve kazandırıcı zamanaşımına dayandırmasında olduğu gibi, bir objektif dava birleşmesi doğurabilir.

³⁷ Üstündağ, 1977, s.394.

³⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.280.

³⁹ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.280.

⁴⁰ Alangoya / Yıldırım / Yıldırım D., 2011, s.128 vd.

⁴¹ Ulukapı, 1990, s.29.

Son olarak hem vakıalar hem talep sonucunda çokluk olursa, örneğin, ödünç sözleşmesi sebebiyle verilen paranın iadesi ve bundan bağımsız olan bir haksız fiil sebebiyle mala verilen zararın tazmini davası halinde, yine objektif dava birleşmesi söz konusu olacaktır.⁴²

c. Taleplerin Birbirinden Bağımsız Olması

Objektif dava birleşmesinde, birleştirilen talepler mahkemece birlikte incelenir ve birlikte karara bağlanır; fakat bu talepler birbirinden bağımsızdır, mahkeme her talep için ayrı ayrı karar verir. Objektif dava birleşmesinde, birlikte açılan dava sayısı kadar talep sonucu vardır.⁴³ Davasını aynı dava dilekçesiyle açan davacının, her davasına ait talep sonucunu ayrı ayrı ve açıkça bildirmesi gerekir. Aksi halde davacıya her bir talep konusunun miktarını açıklaması için süre verilir; bu süre içinde açıklama yapmazsa mahkeme davanın reddine karar verir.⁴⁴

Taleplerin birbirinden bağımsız olmasının birçok sonucu vardır. Örneğin, talepten fazlaya hüküm verilemeyeceği kuralı her talep için ayrı ayrı dikkate alınır. Bunun gibi talepler birbirinden bağımsız olduğu için vekâlet ücretinin ayrı ayrı takdir edilmesi gerekir.⁴⁵ Dava şartlarının her bir talep bakımından ayrı ayrı belirlenmesi de yine taleplerin birbirinden bağımsız olmasının sonucudur.⁴⁶ Davalı, davacının talep sonuçlarının hepsini kabul edebileceği gibi bir ya da bir kaçını da kabul edebilir. Bu durumda kabule konu olan talep sonucunun ilişkin bulunduğu dava sona ererken, diğer dava ya da davalara devam edilir.⁴⁷ Benzer şekilde taleplerin birinden feragat edilmesi halinde diğer

⁴² Alangoya, 1999, s.32 vd.

⁴³ Kuru, 2001, C.2, s.1497 vd. "...davacıların dilekçelerinde davalılara karşı olan birden fazla istemlerini aynı davada birleştirmeleri halinde objektif dava birleşmesi sözkonusu olur. Bu halde, davada birlikte açılan dava sayısı kadar talep sonucu ve müddeabih vardır. Mahkemenin birlikte açılan her bir dava için inceleme yaparak bir karar vermesi gerekir." Y. 14. HD. 19.04.2003, E. 2002/2372, K. 2002/3046. Aynı yönde; Y. 11. HD. 09.03.2009, E. 2007/13628, K. 2009/2622; Y. 3. HD. 06.11.2003, E. 2003/13090, K. 2003/13274 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁴⁴ Y. 9. HD. 27. 03. 1979, E. 1979/3362, K. 1979/4575; Y. 15. HD. 28.11.1978, E. 1978/2244, K. 1978/2262; Y. 9. HD. 28.05.1996, E. 1996/38196, K. 1996/11990; Kuru, 2001,C.2, s.1604 vd.

⁴⁵ Kuru, 2001, C.2, s.1500.

⁴⁶ Salih Özaykut / Mehmet Beleş, Karşılaştırmalı-Açıklamalı-Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.475.

⁴⁷ İbrahim Ermenek, Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.70.

talep (ya da talepler) için inceleme yapıp karar verilir.⁴⁸ Bağımsız nitelikte olmanın bir diğer sonucu objektif dava birleşmesine konu olan taleplerden biri konusuz kalırsa diğer talep için yargılamaya devam edilerek esas hakkında hüküm verilecek olmasıdır.⁴⁹ Yine birleştirilen taleplerin birbirinden bağımsız olmalarının bir sonucu olarak senetle ispat sınırı her bir talep için ayrı ayrı belirlenir.⁵⁰ Dava dosyasının işleminden kaldırılmış olması halinde taraflardan biri objektif dava birleşmesindeki davalardan birinin yenilenmesini isterse mahkeme sadece o yenilenen davayı inceleyebilir; yenilenmemiş olan diğer dava işleminden kaldırılmış olmakta devam eder.⁵¹

d. Taleplerin Aslî Nitelikte Olması

Davacının aynı davalıya karşı olan birden fazla bağımsız aslî talebini aralarında derecelendirme ilişkisi yani aslîlik-fer'îlik ilişkisi kurmadan ileri sürmesi halinde objektif dava birleşmesi söz konusu olur.⁵² Objektif dava birleşmesini terditli davadan ayıran unsurlardan biri budur. Objektif dava birleşmesinde talepler arasında bir öncelik sırası bulunmamaktadır; davacının taleplerinden her biri diğerine eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir.

3. Taleplerin Aynı Yargı Çeşidi İçinde Yer Alması

Objektif dava birleşmesinin söz konusu olabilmesi için öngörülen şartlardan diğeri taleplerin hepsinin aynı yargı çeşidinde yer almasıdır. Ancak gerekçede yargı çeşidi ile neyin kastedildiği hususunda bir açıklama yoktur.

Maddî anlamda yargı, çeşitlere (kollara) ayrılır. Yargı kolları aynı derecede ve eşittir, yani aralarında altlık üstlük ilişkisi yoktur; bir yargı çeşidindeki mahkeme diğer yargı çeşidine bağlı değildir. Her yargı çeşidinde ayrı yargılama usulleri uygulayan ayrı mahkemeler görev yapar.⁵³ Hukukî nitelikleri bakımından bir bütünlük oluşturan yargı-

⁴⁸ Kuru, 2001, C.2, s.1500.

⁴⁹ Kuru, 2001, C.3, s.3025.

⁵⁰ Kuru, 2001, C.2, s.2242.

⁵¹ Kuru, 2001, C.4, s.4103.

⁵² Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.476.

⁵³ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.89.

sal işler, belirli bir yargı çeşidinde toplanır ve bunlar hakkında o yargı çeşidine özgü yargılama usulü uygulanır.⁵⁴ Yargı çeşitleri arasındaki ilişki yargı yolu ilişkisidir ve bu husus kamu düzenindedir, kendiliğinden gözetilir, taraflar üzerinde tasarruf edemez.⁵⁵ Türk yargı sistemini dört bölüme ayrılmıştır. Bu ayırım kimi yazarlara göre; anayasa yargısı, idari yargı, adlî yargı ve uyuşmazlık yargısı⁵⁶ kimi yazarlara göre ise anayasa yargısı, idari yargı, adlî yargı ve askerî yargıdır.⁵⁷ Adlî yargı ise kendi içinde ceza yargısı ve medenî yargı olarak ikiye ayrılır. Bu ayırımdan bağımsız olarak medenî yargının kendi içinde yargılama usulü olarak, basit yargılama usulü ve yazılı yargılama usulü vardır. İşte bazı yazarlar buradaki aynı yargı çeşidine tâbi olmayı aynı yargılama usulüne tâbi olma olarak yorumlamaktadır. Bu görüşe göre taleplerden hepsi ya yazılı yargılama usulüne ya da basit yargılama usulüne tâbi olmalıdır.⁵⁸

Kanımızca objektif dava birleşmesi hususunda bahsedilen yargı çeşidi adlî yargı içindeki ceza yargısı ve adlî yargı ayırımıdır. Ayırım anayasa yargısı, idari yargı, adlî yargı ve askerî yargı çerçevesinde anlaşılırsa bu ayırma çok geniş bir anlam yüklenmiş olacak ve örneğin, ceza yargısı içine giren bir dava ile medenî yargı içine giren bir dava objektif dava birleştirmesine konu olabilecektir. Oysa iki yargı çeşidinin usulleri, amaçları, yöntemleri birbirinden çok farklıdır. Ayırımı medenî yargı içindeki yargılama usulleri olarak anlarsak bu seferde anlam çok daraltılmış olacak ve objektif dava birleşmesi amaçlarına hizmet edemez bir hale gelecektir.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer husus, biri re'sen araştırma ilkesine tâbi olup diğeri taraflarca getirme ilkesine tâbi olan birden fazla talep söz konusu olduğunda bunların objektif dava birleşmesine konu edilip edilemeyeceğidir. Kural, çekişmeli yargı açısından taraflarca getirme ilkesinin; çekişmesiz yargı açınsındansa re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğudur. Bununla birlikte çekişmeli yargıya tâbi olup taraflarca getirme ilkesinin istisnasını teşkil eden davalarda var-

⁵⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.56.

⁵⁵ Alangoya / Yıldırım / Yıldırım D., 2011, s.20.

⁵⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.57; Alangoya / Yıldırım / Yıldırım D., 2011, s.20.

⁵⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.89.

⁵⁸ Alangoya, 1999, s.35. Aynı yönde; Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.271.

dır ki bunlar kamu düzenini ilgilendiren davalardır.⁵⁹ Taleplerden birinin çekişmeli yargıya diğerinin çekişmesiz yargıya tâbi olmasındaki durum şimdilik bir tarafa bırakılacak olursa; çekişmeli yargıya tâbi iki ayrı ilkenin söz konusu olduğu birden fazla talep bulunması halinde, kanımızca bu taleplerin ayrılması gerekir. Çünkü birbirinin zıttı olarak ifade edilen bu iki ilkeye bağlanan sonuçlar da doğal olarak birbirinin tam tersidir. Aynı yargılama içindeki bir talep için re'sen araştırma ilkesi geçerli diye örneğin, ikinci tanık listesinin verilmesi söz konusu olabileceken; diğer talep, taraflarca getirme ilkesine tâbi olduğu için bu mümkün olmayacaktır. Yargılama içindeki her bir durumun bu şekilde ayrı ayrı tespit edilip uygulanması hem usul ekonomisine aykırı olacağı hem de yargılamanın daha iyi yürütülmesini engelleyeceği için bu iki ayrı ilkeye tâbi olan talepler, mahkemece ayrılmalıdır.

Son olarak taleplerden birinin çekişmeli yargıya diğerinin çekişmesiz yargıya tâbi olması halinde objektif dava birleşmesinin söz konusu olup olmayacağı meselesi gündeme gelebilir. Bilindiği gibi çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran temel farklar; çekişme yokluğu, sübjektif hakkın yokluğu ve re'sen araştırma ilkesinin geçerli olmasıdır. Bu bağlamda çekişmesiz yargıda dava, davacı ve davalı gibi kavramlar yoktur.⁶⁰ İşte bu özelliklerinden dolayı çekişmesiz yargıya tâbi talepler objektif dava birleşmesine konu olamaz. Çünkü her şeyden önce kurumun adında dahi "*dava*" terimi geçmektedir; bundan da önemlisi objektif dava birleşmesinin şartlarından ilki aynı "*davacının*" aynı "*davalıya*" karşı taleplerini yöneltmesidir. Bu açıdan bakıldığında çekişmesiz yargıda ilgilinin karşısında bir "*karşı taraf*" yoktur. Dolayısıyla kanımızca, örneğin, (A), çekişmesiz yargıya tâbi olan birden fazla talebini ya da (A)'nın (B)'ye karşı çekişmeli yargının konusu olan talebinin yanında bir de çekişmesiz yargıya tâbi olan talebini birleştirerek objektif dava birleşmesinin konusu yapmasına imkân yoktur.

4. Taleplerin Tümü İçin Ortak Yetkili Mahkeme Bulunması

Mahkemelerin yetkisi kanunla düzenlenir ve hiç kimse kanunen yetkili olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamaz. Genel yetki kuralına göre aksine bir düzenleme olmadıkça, her dava,

⁵⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.362.

⁶⁰ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.67 vd.

dava açıldığı tarihte davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür. Bunun dışında özel yetki kuralları da vardır; ancak kesin yetki kuralı niteliğinde değilse özel yetki kuralı genel yetkiyi kaldırmaz.⁶¹ Yetkinin kesin olduğu hallerde ise davaya sadece o kesin yetkili mahkemede bakılabilir, dava başka bir yer mahkemesinde açılmaz. Kesin yetkili olarak tek mahkeme öngörülebileceği gibi birden fazla mahkeme de öngörülmüş olabilir.⁶²

Kanunda dava sebebine göre davanın tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise davaya o mahkemede bakılır.⁶³ HMK m. 7/1'de "*davalıların*" birden çok olması halinde yetkili mahkemenin ortak yetkili mahkeme olacağı düzenlenmiştir. Oysa objektif dava birleşmesinde, taraf çokluğu değil; "*talep çokluğu*" olup bu talepler için ortak yetkili mahkemenin varlığı aranmaktadır. Örneğin, (A)'nın (B)'ye karşı hem satım sözleşmesinden doğan talebi için hem de sebepsiz zenginleşmeden doğan alacağı için ayrı ayrı değerlendirildiğinde yetkili mahkeme Ankara ise objektif dava birleşmesi açısından ortak yetkili mahkeme şartı gerçekleşmektedir.

Bununla birlikte objektif dava birleşmesine konu edilen taleplerden biri için kesin yetkili mahkeme varsa bu durumda davanın o kesin yetkili mahkemede açılması gerekir.⁶⁴ Diğer yandan taleplerin hepsi için farklı kesin yetkili mahkemeler söz konusu olabilir. Örneğin, taleplerden biri genel bir hukukî ilişkiden doğan taşınmazla ilişkin istihkak iddiası, diğeri ölüme bağlı tasarrufun iptali olabilir. Bu durumda ilk talep için HMK m. 12 gereği taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi; ikinci talep için HMK m.11 gereği ölenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkili mahkeme olacaktır. Ancak taşınmazın bulunduğu yer de ölenin son yerleşim yeri de İstanbul ise objektif dava birleşmesi açısından bu durum talepler için ortak yetkili mahkemenin bulunduğu anlamına gelecek ve diğer şartlar da varsa bu talepler objektif dava birleşmesine konu edilebilecektir.

⁶¹ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.129 vd.

⁶² Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.172.

⁶³ Y. 11. HD. 21.09.2006, E. 2005/12841, K. 2006/9061 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁶⁴ Umar, 2011, s.52 vd.

E. Objektif Dava Birleşmesinin İncelenmesi

1. Görev ve Yetki

Objektif dava birleşmesi durumlarında görev kuralları açısından HMK düzenlemesinde davanın değeri görev konusunu etkilemediğinden HUMK'un benimsediği görevli mahkemenin dava değerleri toplamına göre belirleneceği ilkesi⁶⁵ geçerli olmayacaktır.⁶⁶

Objektif dava birleşmesine konu olan taleplerden biri özel mahkemenin (örneğin, iş mahkemesinin) diğeri genel mahkemenin (örneğin, asliye hukuk mahkemesinin) görev alanına giriyor olabilir. Bir özel mahkemenin görevine giren dava, genel mahkemede başka bir dava ile birlikte açılmaz.⁶⁷ Buna karşılık, biri özel mahkemenin diğeri genel mahkemenin görev alanına giren bu birleştirilen taleplerin tümü için özel mahkeme görevli olur.⁶⁸ Yani iş mahkemesinin görev alanına giren bir dava, asliye hukuk mahkemesinde başka bir dava ile birlikte açılmazken; bu iki talep objektif dava birleşmesine konu edilerek iş mahkemesinde açılabilir.

Bununla birlikte biri sulh hukuk mahkemesinin diğeri asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren davalar, asliye hukuk mahkemesinde birlikte açılabilir.⁶⁹

Aynı durum birleştirilen taleplerden birinin asliye hukuk mahkemesinin diğerininse asliye ticaret mahkemesinin görev alanına

⁶⁵ 5235 Sayılı Kanununun 5. Maddesinde 6545 sayılı yasanın 45. Maddesi ile yapılan değişiklik ile Asliye Ticaret Mahkemeleri karma heyetli bir mahkeme haline getirilmiştir. Bu değişiklik ile ticaret mahkemelerinin görev alanına giren davaların yargılaması, konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve iş olması durumuna göre, mahkemelerin tek hâkimli hale gelmeden önceki heyet halinde çalıştığı durum ile tek hâkimli mahkeme olarak çalıştığı durumun bir karması oluşturulmuştur. Söz konusu karma sistemde kanunkoyucu heyet ile görülüp karara bağlanması gereken davaları sınırlı olarak saymıştır. Bu düzenlemeyle birlikte, ticaret mahkemesinin görev alanına giren bir davanın heyet halinde mi yoksa tek hâkimle mi görülüp karara bağlanması gerektiğinin açık ve net bir şekilde belirlenmesi önem kazanmıştır. Hüseyin Tuztaş, Ticaret Mahkemesi Hakimi Yazdı, Ticaret Mahkemelerinde Getirilen Değişiklikler, Erişim: <http://www.genctbaro.org/genct-baro-ozel-haber/ticaret-mahkemesi-hakimi-yazdi-ticaret-mahkemelerinde-getirilen-degisiklikler.html> (30.01.2015)

⁶⁶ Umar, 2011, s.25.

⁶⁷ Ulukapı, 1990, s.30.

⁶⁸ Kuru, 2001, C.2, s.1498.

⁶⁹ Kuru / Arslan / Yılmaz, 2013, s.271.

girmesi durumunda da karşımıza çıkar. Ticaret mahkemesi özel görevli mahkeme niteliğinde olduğundan yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, böyle bir durumda dava, asliye ticaret mahkemesinde açılır.⁷⁰

Bununla birlikte objektif dava birleşmesine konu edilen taleplerden biri için kesin yetki diğeri için kesin olmayan yetki söz konusu olduğunda davanın o kesin yetkili mahkemede açılması gerekir. Bu konuyu kesin yetki niteliğinde olan taşınmazın aynından doğan davalar üzerinden UMAR şöyle açıklamıştır; *“tek dava içinde açılmış diğer davaların, aslında kendi başlarına o kesin yetki kuralına tâbi olmaması; onların şimdi m.12’ye tâbi dava ile birlikte açıldılar diye davanın reddine yahut yetki itirazı üzerine diğer davalar hakkında ayırma kararı verilmesine yol açamaz. Örneğin, bir kimsenin geçit irtifakından yararlanma hakkına engel olunuyorsa hem bu müdahalenin men’ine karar verilmesi hem de şimdiye kadar yapılagelen müdahale yüzünden kişinin uğradığı zararın tazminine hükmolunması istemiyle açıla tek dava bakımından durum böyledir. Böyle bir tazminat talebi diğer istemle birlikte öne sürüldüğünde o da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yargısına tâbi olacaktır.”*⁷¹

2. İspat Sınırının Belirlenmesi

Belli bir miktarın üzerindeki hukukî işlemlerin senetle ispatı zorunludur (HMK m.200). Objektif dava birleşmesinde, birleştirilen talepler birbirinden bağımsız oldukları için senetle ispat zorunluluğu sınırı, her alacak için ayrı ayrı belirlenir.⁷² Yani birleştirilen taleplerin toplamı ispat sınırından fazla olsa bile ispat sınırından az olan her bir talep, tanıkla da ispat edilebilir. Burada dikkat edilecek husus ayrı alacaklar olduğu için, ispat sınırının altında kalan her alacağın ayrı ayrı tanıkla ispat edilebilirliğidir. Yoksa ispat sınırını aşan tek bir alacak ayrı ayrı zamanlarda ispat sınırından az miktarda olacak şekilde verilmiş olsa bile, bu farklı zamanlarda verilen tek alacağın kesimleri için tanıkla ispat mümkün değildir.⁷³

⁷⁰ Kuru, 2001, C.1, s.190.

⁷¹ Umar, 2011, s.52 vd.

⁷² Kuru, 2001, C.2, s.2242.

⁷³ Kuru, 2001, C.2, s.2243 vd.

3. İslah

İslah, davacı ya da davalı tarafın iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı kapsamında olan usul işlemlerini belirli kurallara uymak suretiyle düzeltmesini sağlayan hukukî bir yoldur.⁷⁴ İslah talebi, mahkemeye yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı olmakla birlikte karşı tarafın ya da mahkemenin onayına da ihtiyaç duymamaktadır.⁷⁵

Davacı, aynı davalıya karşı olan birden fazla aslî talebini aynı dava dilekçesiyle aynı anda ileri sürebileceği gibi, davanın genişletilmesi şartlarına uyarak daha sonra da ileri sürebilirler. Ayrıca mahkemenin ayrı ayrı açılan davaları birleştirmesiyle de objektif dava birleşmesi ortaya çıkabilir. Bununla birlikte ıslah ile yeni taleplerin ileri sürülebilmesi kabul edildiği takdirde ıslah yoluyla da objektif dava birleşmesi mümkündür.

Yargıtay, aksi yönde kararları olmakla birlikte, ağırlıklı olarak, dava konusu ile ilgili olmayan yeni taleplerin davaya ıslah yoluyla dâhil edilemeyeceği görüşündedir.⁷⁶ Yargıtay'a göre davacının talep sonucunu aynı çizgi üzerinden arttırıp genişletebilmesi mümkün olsa da dava konusu edilmeyen bir talep ıslah suretiyle dava kapsamına alınamaz. İslahla kastedilen dava konusu edilen hususların değiştirip genişletilmesidir.⁷⁷

Kanımızca da isabetli olan doktrinin görüşüne göre ise ıslah ile yeni talepler ileri sürülebilir ve dolayısıyla ıslah yoluyla objektif dava

⁷⁴ Ejder Yılmaz, Makaleler, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, C.2, s.2059.

⁷⁵ Ansay, 1960, s.188. Aynı yönde; Adnan Deynekli, Medenî Usul Hukukunda İslah, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s.16.

⁷⁶ "...hiç dava konusu edilmeyen bir hususun ıslahla çekişme konusu haline getirilemeyeceği..." "...dava konusu edilmeyen bir şeyin ıslah yoluyla davaya ithaline ve dava konusu haline getirilmesine yasal açıdan olanak bulunmamaktadır..." "...dava konusu edilmeyen bir konu ıslahla dava konusuna dâhil edilemeyeceği..." Y. 1. HD. 21.2.2011, E. 2011/614, K. 2011/1898. Aynı yönde; Y. 2. HD. 19.10.2012, E. 2012/18663, K. 2012/25392; Y. HGK. 29.6.2011, E. 2011/1-364, K. 2011/453; Y. 1. HD 9.12.2009, E. 2009/10432, K. 2009/12778; Y. 1. HD 14.1.2008, E. 2007/10286, K. 2008/98; Y. 1. HD. 15.12.2010, E. 2010/12444, K. 2010/13442; Y. 1. HD. 21.12.2006, E. 2006/11301, K. 2006/12934; Y. 1. HD. 6.7.2010, E. 2010/4955, K. 2010/7972; Y. 1. HD. 28.2.2007, E. 2007/284, K. 2007/1961Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014). Aynı yönde; Mahmut Bilgen, Hukuk Yargılamasında İslah, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2010, s.144 vd; Deynekli, 2013, s.53.

⁷⁷ Y. 6. HD. 29.01.2013, E. 2012/18397, K. 2013/1205; Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.623.

birleşmesi sonradan gerçekleşebilir.⁷⁸ Davacı, davasını tamamen ıslah edebileceği gibi kısmen ıslah etmesi de mümkündür. Bu hallerde davacı eski davasını aynen muhafaza etmekle birlikte yeni davaları da yargılamaya sokar. Objektif dava birleşmesi ile bu durum söz konusu olup davacı, dava dilekçesindeki talep sonucuna yeni birtakım talep sonuçlarını bu yolla ekleyebilecektir.⁷⁹ Ancak bu noktada, ıslah ile eklenen yeni talebin, başlangıçta objektif dava birleşmesine konu edilmesinin mümkün olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir.⁸⁰ Eğer varlığı gereken şartlar bakımından bir sorun yoksa ıslah yoluyla objektif dava birleşmesi gerçekleşebilir.

Davanın tamamen ıslahı, dava dilekçesinden itibaren yapılır ve bu nedenle de mahkemeye yeni bir dilekçe verilir.⁸¹ Davanın kısmen ıslahında ise dava dilekçesinden sonraki bir usul işlemi ıslah edilmektedir.⁸² Konumuz açısından ıslah çeşitlerinden kısmî ıslah söz konusudur. ıslah, sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. HMK'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, hukukî dinlenilme hakkının bir sonucu olarak, karşı tarafı ıslahtan haberdar etmek amacıyla, tutanağın veya ıslah dilekçesinin bir örneği ona tebliğ edilmelidir. Böylelikle ıslah yoluyla eklenen yeni talepler karşısında davalının savunma hakkını kullanması mümkün olabilecektir⁸³.

4. Temyiz

Yargıtay'ın önceki tarihli yerleşmiş içtihadı temyiz inceleme yeri, yani daireleri farklı olan davaların birlikte açılmayacağı, dolayısıyla objektif dava birleşmesine konu olamayacağı yönündeyken daha sonra bu görüşünden dönmüştür.⁸⁴ Bilindiği gibi Yargıtay daireleri arasındaki ilişki görev ilişkisi değil, iş bölümü ilişkisidir.⁸⁵ Objektif dava birleşmesi-

⁷⁸ Umar, 2011, s.484.

⁷⁹ Üstündağ, 1977, s.462. Aynı yönde; Yılmaz Ejder, ıslah, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 2013, s.236.

⁸⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.623.

⁸¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.622.

⁸² Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.620.

⁸³ Üstündağ, 1977, s.459 vd.

⁸⁴ Kuru, 2001, C.2, s.1499.

⁸⁵ "...Yargıtay daireleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olmayıp, iş bölümü ilişkisi bulunduğundan..." Y. 4. HD. 12.10.1987, E. 1987/7309, K. 1987/7373 Erişim: <http://>

ne konu olan taleplerin, temyiz inceleme mercilerinin farklı olması, söz konusu taleplerin birleştirilerek davayı bir arada açmaya engel değildir.⁸⁶

Yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuku Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi gereği 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428. maddesinin yürürlüğü devam etmektedir. İlgili maddeye göre alacak ve taşınır davalarında belirli bir parasal sınırı geçmeyen kararlar temyiz edilemez. Alacağın bir kısmı dava edilmiş ise söz konusu kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenecektir. Eğer alacağın tamamı dava edilmiş, ancak asıl istemin kabul edilmeyen kısım kesinlik sınırının altında ise yine temyiz edilemeyecek; ancak karşı taraf temyiz ederse bu kısımda temyiz edilebilecektir.⁸⁷

Birleştirilen taleplerin tümü temyiz ediliyorsa temyiz sınırının talepler toplamına göre belirlenmesi gerekir. Çünkü temyiz sınırı, dava konusunun miktar ve değerine göre belirlenir⁸⁸. Bununla birlikte hükmün yalnız bir kısmı temyiz edilip, diğer kısmı temyiz edilmeyebilir; bu durum "*kısmî temyiz*" olarak ifade edilir. Diğer yandan, alacağın bir kısmının temyiz edilmiş olması halinde, temyiz kesinlik sınırı, alacağın tamamına göre belirlenir.⁸⁹ Objektif dava birleşmesi halinde verilen hükmün, taleplerden yalnızca biri örneğin, manevi tazminatın kabulü ya da reddi temyiz edilirken boşanmaya ilişkin hükmün esas ile maddi tazminat ve nafakalara ilişkin sonuçları temyiz edilmeyebilir.⁹⁰ Bu halde hükmün temyiz edilmeyen kısmı temyiz süresinin geçmesiyle kesinleşir ve kesinleşen kısım icra edilebilir.⁹¹

www.kazanci.com (23.10.2014).

⁸⁶ "...davaların salt temyiz inceleme mercilerinin ayrı olduğu gerekçesiyle ayrılmaları gerektiği hususunun bozma nedeni yapılamayacağı..." Y. HGK. 15.10.2003, E. 2003/21-571, K. 2003/575 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁸⁷ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.896.

⁸⁸ Kuru, 2001, C.5, s.4513. Aynı yönde; Muhammet Özkes, Sorularla Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s.89; Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.896.

⁸⁹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.942. Aynı yönde; "...alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde kesinlik sınırı, alacağının tamamına göre belirleneceğinden..." Y. HGK. 20.1.1988, E. 1987/10-517, K. 1988/37 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁹⁰ "...objektif dava birleşmesi halinde verilen hüküm taleplerinden yalnızca biri temyiz edilip diğer sonuçlar temyiz edilemeyebilir..." Y. HGK. 23.6.1993, E. 1993/2-133, K. 1993/481. Aynı yönde; Y. HGK. 30.11.1994, E. 1994/2-570, K. 1994/769 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

⁹¹ Kuru, 2001, C.5, s.4625.

5. Yargılama Harç ve Giderleri

Objektif dava birleşmesinde, birleştirilen talepler birbirinden bağımsız olduğundan, her talep için ayrı ayrı vekâlet ücreti takdir edilir.⁹² Bununla birlikte HUMK düzenlemesine göre görevin dava konusu edilen taleplerin toplamına göre belirleneceği hükmünden hareketle harcın da birleştirilen taleplerin toplamı üzerinden alınacağı kabul edilmekteydi.⁹³ HMK'nın bu düzenlemeyi kaldırması, kanımızca harç konusunda kabul edilen görüşü değiştirmemekte ve harç, mevcut durumda da taleplerin toplamı üzerinden alınmalıdır. Talepler birbirinden bağımsız olsa da birleştirilen talepler mahkemece birlikte incelenir ve birlikte karara bağlanır. Harcın alınmasının amacı yargı işlerinin ve hizmetlerinin yapılmasıdır. Kaldı ki Harçlar Kanunu'nda belirlenen tarife uyarınca harç alındığına göre ayrı ayrı harç alınıp toplanması yerine taleplerin toplamı üzerinden harç alınması daha hızlı ve basit olacaktır.

Konusu para ve para ile ölçülebilen davalarda esas hakkında karar verilmesi sonucu hüküm altına alınan uyuşmazlık konusu üzerinden nisbi karar ve ilam harcı alınır.⁹⁴ Buna karşılık, konusu para ile ölçülemeyen davalar ile usule ilişkin nihaî kararlar ile davanın konusuz kalması halinde verilecek kararlarda maktu karar ve ilam harcı alınır.⁹⁵

Nisbi harç ve nisbi vekâlet ücreti bakımından sorun yokken, maktu harç ve maktu vekâlet ücretinin birleştirilen taleplerin toplamından mı yoksa ayrı ayrı mı hükmedileceği konusunda tereddüt olabilir. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde bir hüküm bulunmadığı gibi Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliğinde de bir hüküm yoktur. Gerçi Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 8'de *"bir davanın takibi sırasında karşılık dava açılması, başka bir davanın bu davayla birleştirilmesi veya davaların ayrılması durumunda, her dava için ayrı ücrete hükmolunur"* ifade-

⁹² "...talepler yönünden objektif dava birleşmesi sözkonusu olduğundan taleplerinin her biri yönünden ayrı ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken, bu hususun dikkate alınmaması da doğru olmamış..." Y. 11 HD. E. 2012/14718 K. 2013/14276 T. 4.7.2013 Erişim: <http://www.kazanci.com> (27.01.2015).

⁹³ Kuru, 2001, C.2, s.1499. Aynı yönde; Yılmaz Z., 2011, s.335.

⁹⁴ Burak Pınar, Yargı ve İcra Harçları, Günaydın Hukuk Yayınları, İzmir 2006, s.105 vd.

⁹⁵ Pınar, 2006, s.126 vd.

si bulunmaktadır. Ancak burada “birleştirilmeden” HMK m. 166’daki davaların birleştirilmesi kastedilmektedir. Yine de kanımızca isabetli olan nisbi harç ve vekâlet ücretinin ayrı ayrı alınması kabul edildiği ölçüde; maktu harç ve vekâlet ücretinin de toplam değer üzerinden alınmasıdır.

Başvurma harcı ise dava açmak, davaya katılmak, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespitiyle ilgili taleplerde bulunurken alınan ve peşin olarak ödenmesi gereken harçtır.⁹⁶ Objektif dava birleşmesinde, taleplerden her biri ayrı ve eşit düzeyde dava konusudur. Aslında her bir talebin tek başına dava edilme olanağı vardır. Bu nedenle, her bir talep bakımından ayrı ayrı başvuru harcı alınması gerekir. Çünkü objektif dava birleşmesinde, davacı bir dilekçeyle aslında birden fazla dava açmakta; birden fazla talebi için mahkemeye başvurulduğundan, aynı anda (aynı dilekçeyle) birden fazla başvuru söz konusu olmaktadır. Başvuru harcının konusundan birisi de dava açılması olduğuna göre, açılan her dava ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Birden fazla talebin (davanın) tek bir dilekçede toplanmış olması, tek bir başvuru harcı alınması gerektiği sonucuna götürmez.⁹⁷

II. OBJEKTİF DAVA BİRLEŞMESİNDE BAĞLANTI

A. Bağlantı Kavramı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 166. maddesinin 4. fıkrasına göre davaların aynı veya benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde “bağlantı” varsayılır. Ancak davalar arasında bazı ortak hususların bulunması veya salt görünüşteki benzerlikler bağlantının varlığı için yeterli değildir.⁹⁸ Bağlantı, aynı hukukî ilişkiden doğan talepler arasında olabileceği gibi, dava konusu olan şey aynı ise talepler arasında bağlantı varsayılır.⁹⁹

⁹⁶ Pınar, 2006, s.54.

⁹⁷ Aslan Akyol Leyla, “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C.1, Sa.1, s.39.

⁹⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, 2013, s.635.

⁹⁹ Bahri O. Ulgar, “Medenî Usul Hukukunda Karşılık Dava”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2011, s.58.

Bununla birlikte HUMK'ta bağlantının ne zaman olduğuna ilişkin hükümde sadece *"aynı sebep"* ifadesine yer verilmişti. Oysa kaynak Kanunda *"aynı ve benzer sebep"* ifadesi bulunmaktaydı. Yargıtay HUMK'un bu düzenlemesini gerekçe göstererek *"benzer sebebi"* bağlantının varlığı için yeterli görmemekte; benzer sebebin söz konusu olduğu hallerde bağlantıyı varsaydığı hususunda istisna niteliğinde kararları olsa da¹⁰⁰ genel görüşü bağlantının olmadığı doğrultusunda. Doktrin ise bu durumu bir tercüme hatası olarak görmekte ve *"aynı sebebi"* *"benzer sebebi"* de kapsamı içine alacak şekilde geniş yorumlamaktaydı.¹⁰¹ Ne var ki bu hatalı tercüme sadece teorik bir hatadan ibaret kalmamış ve Yargıtay ile doktrin arasında görüş ayrılığını beraberinde getirmişti.

Yürürlüğe giren HMK ile bu tartışmaya son verilmiş ve benzer sebepler de hükmün kapsamına alınarak bağlantının varlığı için yeterli görülmüştür. Yeni düzenlemenin doktrin görüşlerine ve nadiren de olsa karşılaşılan bazı Yargıtay kararlarına uygun düştüğü belirtilmiştir.¹⁰² O halde bağlantıdan kasıt, davaların aynı sebepten doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması veya davaların birbirine benzer sebeplerden doğmasıdır. Örneğin, asıl alacağın ve fer'î alacağın arasında bağlantı var kabul edilir; çünkü asıl alacağına ilişkin davanın sonucunun, fer'î alacağına ilişkin davanın sonucunu etkileyebilme ihtimali vardır.¹⁰³

¹⁰⁰ "...HUMK m. 43'te benzer olaylara ve hukuki sebeplere dayanması halinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır...birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantının varlığı kabul edilmeli...", Y. 19 HD. 17.12.2009, E. 2009/9735, K. 2009/11929. Aynı yönde; Y. 19 HD. 7.4.2005, E. 2005/448, K. 2005/3753; Y. 19 HD. 26.5.2005, E. 2005/2808, K. 2005/5955 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

¹⁰¹ Arif Bayram, "Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmalarının Anlamı", *Adalet Dergisi*, Sa.3-4, Ankara 1977, s.282 vd; Alangoya, 1999, s.75vd; Kuru, 2001, C.3, s.3342 vd; Ulukapı, 1990, s.198 vd.

¹⁰² Mehmet Akif Tutumlu, *Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012, s.86.

¹⁰³ Muşul, 2012, s.139.

1. Aynı Sebep

Öncelikle buradaki aynîyet, taleplerin aynîyeti değildir.¹⁰⁴ Diğer yandan, davanın aynı sebepten doğmuş bulunması hükmündeki dava sebebi kavramının açıklanması gerekir.

Dava sebebi hakkında iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre dava sebebi, davacının kendisini, talebinde haklı kılacak maddi olayların da dâhil olduğu hukukî sebeplerdir. Kanımızca da isabetli olan diğer görüşe göre ise dava sebebi, dava dilekçesindeki talep sonucunun temelini oluşturan ve talebi haklı göstermeye elverişli olan vakıalardır.¹⁰⁵ Her davada en az bir tane istem bulunur. Söz konusu her istem de bir hukuk normuna dayanmalıdır. Bu da demek oluyor ki istemin hükme bağlanabilir olduğu, hükme bağlanmasını sağlamak amacıyla dava konusu yapılabilir bir istem olduğu, hukuk normu tarafından kabul edilmelidir. Bir hakkın doğumunu kabul edip, dava edilmesini mümkün kılan hukuk normunun, bu sonuca ulaşmak için gerçekleşmesi gereken vakıalar, o hukuk normu düzenlendiği için istem temeli olabilen vakıalardır.¹⁰⁶

Davanın aynı sebepten doğmuş bulunması hükmündeki davadaki sebepten anlaşılması gereken maddî vakıalar karışımındaki dava sebebidir.¹⁰⁷

Aynı sebep, her şeyden önce maddî ve hukukî sebeplerde aynîyet bulunmasını kapsar.¹⁰⁸ Örneğin, bir haksız fiili işleyen birden fazla zarar verenin olması gibi.¹⁰⁹ Bununla birlikte aynı sebep kavramı, aynı maddi olaylara ve fakat farklı hukukî sebeplere dayanılmasını da kapsar. Örneğin, bir trafik kazası sebebiyle oluşan aynı zarar için açılan

¹⁰⁴ Alangoya / Yıldırım / Yıldırım D., 2011, s.135.

¹⁰⁵ Kuru, 2001, C.2, s.1587 vd. Aynı yönde; Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.505 vd.

¹⁰⁶ Umar, 2011, s.352.

¹⁰⁷ Ulukapı, 1990, s.198 vd.

¹⁰⁸ "...aynı sebep kavramı hem maddi vakıalar ve hem de hukuki sebepler bakımından ele alınmalıdır..." Y. 19. HD. 14.10.2009, E. 2009/6646, K. 2009/9300. Aynı yönde; Y. 19. HD. 2.4.2009, E. 2008/11361, K. 2009/2592; 19. HD. 26.5.2005, E. 2005/2808, K. 2005/5955; 19. HD. 7.4.2005, E. 2005/448, K. 2005/3753 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

¹⁰⁹ Bayram, 1977, s.283.

davanın haksız fiile ve sigorta sözleşmesine dayandırılmasında olduğu gibi.¹¹⁰ Burada dava sebebi olan vakıa trafik kazası olarak aynıdır; ancak hukukî sebepler farklıdır.

Diğer yandan hukukî sebepler aynı olsa bile birden fazla dava sebebine dayanarak birlikte dava açılmaz. Bunun tek istisnası objektif dava birleşmesidir. Objektif dava birleşmesinde davaların aynı olaylara dayanması, hukukî sebeplerin aynı olması ve aralarında bağlantı bulunması da gerekmez. O halde objektif dava birleşmesi dışında, maddi olaylar ayrı ve hukukî sebepler aynı ise veya hem maddi olaylar ayrı hem de hukukî sebepler ayrı ise bu davalar birlikte açılmayacaktır.¹¹¹

2. Benzer Sebep

İlk olarak buradaki “benzer sebep” kavramındaki sebepten, hukukî sebep değil; davanın temelini oluşturan vakıalar anlaşılmalıdır.¹¹² Davaların birbirine benzer olaylara ve hukukî sebeplere dayanması ve konularının aynı nitelikte olması halinde de bağlantıdan söz edilebilir.¹¹³ Örneğin, bir taşınmazın ayrı bölümlerini kiralayan kişilere karşı aynı sebepten tahliye davası açılmasında maddi sebep (taşınmazın dava sırasında kiracılar tarafında kullanılmakta olması) aynıyken; hukukî sebepler (ayrı ayrı kira sözleşmeleri) benzerdir.¹¹⁴

Bir başka örnek vermek gerekirse, davacılar yaptıkları sözleşmelerle davalının yüklediği satış sonrası bakım ve onarım hizmetine aykırı davranıştan dolayı her biri için tazminat ödenmesini istemiş olurlar. Bu olayda davacıların her biri davalı ile özdeş nitelik, kapsam ve içerikli sözleşme yaptıkları, davalının bu sözleşmelerle yüklediği borca aykırı davrandığını ileri sürerek tazminat istemişlerdir. Bu duruma göre davanın en azından benzer bir sebepten doğduğunun kabulü gerekir.¹¹⁵

¹¹⁰ Ulukapı, 1990, s.204.

¹¹¹ Bayram, 1977, s.284.

¹¹² Ulukapı, 1990, s.209.

¹¹³ Bayram, 1977, s.284.

¹¹⁴ Ulukapı, 1990, s.208.

¹¹⁵ Kuru, 2001, C.3, s.3347.

3. Davalardan Biri Hakkında Verilecek Hükümün Diğerini Etkileyecek Nitelikte Olması

Birden fazla davadan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde bu davalar arasında bağlantının varlığı kabul edilir. Kanunkoyucunun burada getirdiği kıstas, tamamen mahkemenin takdirine bırakılmış genel bir hüküm niteliğindedir.¹¹⁶

Buna göre örneğin, davacı, açtığı kısmî dava devam ederken ek davasını da açarsa¹¹⁷ veya asıl alacak davasından sonra faiz alacağı için de ayrı bir dava açarsa¹¹⁸ ya da bir menfî tespit davasından sonra, davalı davacıya karşı aynı hukukî ilişkiye dayanarak bir eda davası açarsa bu davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olduğu için aralarında bağlantı olduğu kabul edilir.¹¹⁹

B. Objektif Dava Birleşmesinde Bağlantının Aranmaması

Objektif dava birleşmesinde, aynı davacı tarafından aynı davalıya karşı yöneltilecek birden fazla talep arasında bir bağlantının bulunması zorunluluğu aranmamıştır.¹²⁰ Burada her talep ekonomik bakımdan farklı edaları hedeflemektedir. Tek bir davada birleştirilmiş talepler farklı hukukî sebeplere dayansa bile durum aynıdır.¹²¹

Bağlantı, HMK'da düzenlenen birçok kurumla ilgili bir kavramdır. Örneğin, bekletici sorun, dava arkadaşlığı, karşı dava, terditli dava, davaların birleştirilmesi ve ayrılması konuları bağlantı kavramıyla iç içedir. Bununla birlikte objektif dava birleşmesinde ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunmasının aranmadığı HMK'nın gerekçesinde vurgulanmıştır.

¹¹⁶ Ulukapı, 1990, s.210.

¹¹⁷ "...kısmi dava ve ek dava, aralarında bağlantı bulunduğu için..." Y. HGK. 23.12.2009, E. 2009/2-476, K. 2009/589. Aynı yönde; Y. HGK. 24.12.2008, E. 2008/9-759, K. 2008/775 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

¹¹⁸ "...asıl alacak ile faiz alacağı arasında doğrudan bağlantı bulunduğu..." Y. 15 HD. 28.12.2011, E. 2011/196, K. 2011/8015 Erişim: <http://www.kazanci.com> (23.10.2014).

¹¹⁹ Kuru, 2001, C.3, s.3414.

¹²⁰ Ulukapı, 1990, s.29.

¹²¹ Üstündağ, 1977, s.145.

Maddi menfaat, parasal, daha doğru bir ifadeyle malvarlığına ilişkin olabilir.¹²² Para ise değer ve menfaatin ekonomik ölçüsüdür.¹²³ Hukukî menfaat kavramından anlaşılması gereken, ekonomik bir menfaat ihlalini iddia etmenin yeterli olmadığıdır; hukuken korunan bir menfaatin, yani bir hakkın ihlali iddia edilmelidir.¹²⁴ Örneğin, dava konusu alacağın yüksek olması sebebiyle davanın reddi halinde yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilmemek için kısmi dava açmakta davacının menfaati, hukuki bir menfaat değil; ekonomik bir menfaattir.¹²⁵

Bu bağlamda hukukî bağlantı, uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak hukuk kurallarının ve hukukî dayanakların aynı olmasını ifade eder. Ekonomik bağlantı ise uyuşmazlık noktalarıyla ilgili fiilî durumla; birleştirilen talepler arasında malvarlığına ilişkin bir eksilme ya da çoğalma, ekonomik durumda bir değişiklik ve iyileşme sağlanıp sağlanmadığı, yani para ile ölçülebilen bir bağlantı olup olmadığıyla ilgilidir.

Her ne kadar objektif dava birleşmesinde bağlantı aranmasa da birleştirilen bu davalar yargılamanın daha iyi yürütülmesi ya da usul ekonomisinin gerektirmesi gibi gerekçelerle ayrılabilir. Bilindiği gibi bağlantı bulunduğu için birlikte açılmış ya da mahkeme tarafından birleştirilmiş davalar dahi yargılamanın daha iyi yürütülmesi için mahkeme tarafından ayrılabilir.¹²⁶ Aralarından bağlantı bulunan davalar bile ayrılabilmesine göre objektif dava birleşmesinde böyle bir bağlantı aranmasa da yargılamanın daha iyi yürütülmesi gerekçesiyle birleştirilen talepler ayrılabilir. Örneğin, (A), (B)'ye karşı alacak davası ve bundan bağımsız olan bir haksız fiili nedeniyle tazminat davası açmışsa objektif dava birleşmesi caiz olduğu halde mahkeme yargılamanın daha iyi yürütülmesi için gerekli görürse beraber açılan bu davaları ayrılabilir. Hatta kanımızca medenî usul hukukuna hâkim olan ilkelerden özellikle usul ekonomisi ve yargılamanın daha iyi yürütülmesi için mahkemenin gerekli önlemleri alabilmesi sebebiyle bu davalar ayrılmalıdır.

¹²² Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.278.

¹²³ Hanağası, 2009, s.106, dipnot 599.

¹²⁴ Hanağası, 2009, s.151 vd.

¹²⁵ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.481.

¹²⁶ Kuru, 2001, C.3, s.3398.

Diğer yandan objektif dava birleşmesinin caiz olmadığı halde birden fazla dava birlikte açılmışsa mahkeme bu davaları ayırmak zorundadır. Örneğin, mahkemenin açılan davalardan her biri için yetkili olması objektif dava birleşmesinin şartlarından biridir. Mahkeme davalardan biri için yetkili değilse o dava hakkında ayırma ve yetkisizlik kararı verir.¹²⁷

Objektif dava birleşmesinde davaların ayrılmasına karar verilmesi halinde her dava için ayrı bir dosya açılır. Nisbî harca tâbi olan davalarda, ayrılan davalar için yeni harç yatırılmasına gerek yoktur. Çünkü nisbî harç, ayrılan davaların, dava konularının toplamına göre alınmıştır¹²⁸. Ancak ayrılan ve yeni dosya açılan her dava için ayrı ayrı başvurma harcı alınması gerekir¹²⁹. Aynı şekilde maktu harca tâbi davalarda, ayrılan ve yeni dosya açılan davalar için yeniden harç yatırılması gerekir¹³⁰.

III. OBJEKTİF DAVA BİRLEŞMESİNİN USUL EKONOMİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Medenî usul hukukuna egemen olan ilkelerden birisi olan usul ekonomisi; kanunlarda öngörülen düzenleme çerçevesinde, yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılama için öngörülen olağan sürenin aşılmamasını ve gereksiz masraf yapılmamasını amaçlar. Tüm bunlarla birlikte, bu amaçların gerçekleştirilmesini aynı zamanda hâkime bir görev olarak da yükler. Bu bağlamda, usul ekonomisini oluşturan öğeler; “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” olarak ortaya çıkar.¹³¹

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 77. maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, 2011’de yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu

¹²⁷ Kuru, 2001, C.3, s.3409.

¹²⁸ Cumhuriyet Rüzgaresen, “Medenî Usul Hukukunda Yargılama Harç ve Giderleri”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2001, s.80. Aynı yönde; Zekeriyâ Yılmaz, Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekâlet Ücreti, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2011, s.328.

¹²⁹ Rüzgaresen, 2001, 81. Aynı yönde; Yılmaz Z., 2011, s.328

¹³⁰ Kuru, 2001, C.3, s.3405. Aynı yönde; Yılmaz Z., 2011, s.328; Rüzgaresen, 2001, 81.

¹³¹ Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008, C.57, Sa.1, s.243.

maddeye göre hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

Bununla birlikte, Anayasanın 141. maddesinde yargılamanın basit, çabuk ve ucuz gerçekleşmesi için devletin gereken tedbirleri alması zorunluluğu vurgulanmıştır.

Aynı zaman da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de mahkemelerin makul sürede karar vermesi gerektiğini belirtilmiştir. AİHS m.6'da, hukukî koruma talebi ve tarafların dinlenme hakkına ilişkin temel hakkın, aşırı uzayan bir yargılama süresi yönünden etkileneceği varsayımından hareketle yargılamanın makul sürede tamamlanması gereği üzerinde durulmuştur.¹³²

Usul ekonomisi ilkesinin, medenî yargılamaya hâkim olan diğer ilkelerle sıkı bir ilişkisi vardır. Özellikle makul süre kapsamında adil yargılanma hakkı ve yargılamaya ayrılan zaman ile paranın ölçülü şekilden kullanılması gerekliliği kapsamında ölçülülük ilkesiyle ilişkisi vardır. Hukukî dinlenilme ilkesiyle arasında ise bu iki ilkenin niteliklerinde kaynaklanan bir gerilim noktası olmakla birlikte usul ekonomisi ilkesi, hukukî dinlenilmenin sınırını belirleme özelliğine sahiptir.¹³³

Belirtmek gerekir ki yargılamada önemli olan tek başına hız değil; o uyumsuzluğun gerektirdiği makul süre içinde uyumsuzluğun giderilmesidir. Yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gerekliliği, usul hukukunun gerçek amacı olan maddi gerçeğe ulaşma gayesinin önüne geçmemelidir.¹³⁴

Objektif dava birleşmesinde, taleplerin tümü birbirinden bağımsız, eşdeğer ve aynı derecede öneme sahiptir. Her bir talep farklı edimlerin gerçekleştirilmesine yönelmiştir. Görünüşte tek dava, ger-

¹³² Murat Yavaş, "Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü", Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s.320.

¹³³ Cumhuriyet Rüzgâresen, Medenî Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.119 vd.

¹³⁴ Yavaş, 2007, s.320.

çekte ise talep sayısınınca dava mevcuttur. Bu dava çeşidinde ortak olan tek husus delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunur.¹³⁵ Çünkü davalarda önemli zamanların harcandığı dilekçelerin karşılıklı verilmesi, tebligatlar ve delillerin ikâmesi gibi aşamalar objektif dava birleşmesi sayesinde daha kısa zamanda gerçekleşmektedir.

Bununla birlikte objektif dava birleşmesinde birleştirilen talepler arasında hukukî ya da ekonomik hiçbir bağlantı aranmamaktadır. Dolayısıyla aralarında hiçbir şekilde bağ bulunmayan talepler birleştirilebilmektedir. Bu durumun usul ekonomisine hizmet ettiğini söylemek zordur. Çünkü birbirinden bağımsız talepler için ayrı ayrı zaman ile para harcanacak ve yargılama yavaşlayacaktır. Ancak elbette yargılamanın daha iyi yürütülmesi için birleştirilen davalar ayrılabilir.

SONUÇ

Medenî Usul Hukukundaki dava çeşitlerinde biri olan objektif dava birleşmesi, HUMK'ta açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen uygulanmaktaydı. Bununla birlikte 6100 sayılı HMK m 110'da açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürülebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır”*.

İnceleme esnasında, objektif dava birleşmesinin davacının birden fazla asli talep ileri sürmesi halinde söz konusu olduğu, talepler arasında derecelendirme ilişkisi bulunmadığı, objektif dava birleşmesi hususunda bahsedilen yargı çeşidinin adli yargı içindeki ceza yargısı ve adli yargı ayrımı olduğu, yargılamaya hâkim iki ayrı ilkenin geçerli olduğu durumlarda taleplerin ayrılması gerektiği, çekişmesiz yargıya tâbi taleplerin objektif dava birleşmesine konu olamayacağı ve ıslah yoluyla da objektif dava birleşmesinin mümkün olduğu saptanmıştır.

¹³⁵ Pekcanitez / Atalay / Özkes, 2013, s.477.

Bununla birlikte çalışmada, objektif dava birleşmesinde, birleştirilen taleplerin mahkemece birlikte incelenip, birlikte karara bağlanacağı; fakat bu taleplerin birbirinden bağımsız olduğu ve mahkemenin her talep için ayrı ayrı karar vereceği belirtildikten sonra taleplerin birbirinden bağımsız olmasının sonuçlarına değinilmiştir.

Objektif dava birleşmesinde birlikte ileri sürülen talepler arasında hukukî veya ekonomik bir bağın bulunması şart değildir. Ancak elbette yargılamanın daha iyi yürütülmesi için birleştirilen davalar ayrılabilir. Burada tek müşterek olan husus, delillerin ikâmesi ile tahkikat aşamasıdır. Her ne kadar gerekçede objektif dava birleşmesinin amacının usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi olduğu belirtilse de özellikle bağlantının aranmaması çerçevesinde durum her zaman böyle değildir.

Kaynakça

- Alangoya Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), Nemaş Dizgi ve Baskı, İstanbul 1999.
- Alangoya Yavuz / Yıldırım Kamil / Yıldırım Deren Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Ansay Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Güzel Sanatlar Matbaası, 7. Baskı, Ankara 1960.
- Aslan Akyol Leyla, "Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde-Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, C.1, Sa.1, s.32-52.
- Bayram Arif, "Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmalarının Anlamı", *Adalet Dergisi*, Sa.3-4, Ankara 1977, s.282-287.
- Bilge Necip / Önen Ergun, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Bilgen Mahmut, Hukuk Yargılamasında Islah, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Dedeğaç Ender, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011.
- Deynekli Adnan, Medenî Usul Hukukunda Islah, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Ercan İsmail, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- Ermenek İbrahim, Davayı Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

- Görgün L. Şanal / Kodakoğlu Mehmet, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir-Demir Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Muşul Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Muşul Timuçin, Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, Yetkin Yayınları, 2. Baskı Ankara 2009.
- Özaykut Salih / Beleş Mehmet, Karşılaştırmalı - Açıklamalı - Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Muhammet Özkes, Sorularla Medenî Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.
- Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Özkes Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.
- Pınar Burak, Yargı ve İcra Harçları, Günaydın Hukuk Yayınları, İzmir 2006.
- Rüzgaresen Cumhur, "Medenî Usul Hukukunda Yargılama Harç ve Giderleri", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2001.
- Rüzgaresen Cumhur, Medenî Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Tutumlu Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Tuztaş Hüseyin, Ticaret Mahkemesi Hâkimi Yazdı, Ticaret Mahkemelerinde Getirilen Değişiklikler, <http://www.genbaro.org/genc-baro-ozel-haber/ticaret-mahkemesi-hakimi-yazdi-ticaret-mahkemelerinde-getirilen-degisiklikler.html> (30.01.2015).
- Ulgar O. Bahri, "Medenî Usul Hukukunda Karşılık Dava", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2011.
- Ulukapı Ömer, "Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı", Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Ankara 1990.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1989, C.1-2.

Yavaş Murat, "Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü", Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s.283-335.

Yılmaz Ejder, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C.57, Sa.1, s.243-274.

Yılmaz Ejder, *Medenî Yargılama Hukukunda Islah*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2013.

Yılmaz Ejder, *Makaleler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, C.2.

Yılmaz Zekeriya, *Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekâlet Ücreti*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2011.

KREDİ KARTLARIYLA İLGİLİ 6502 SAYILI YENİ TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

THE NEW REGULATIONS ABOUT CREDIT CARDS IN NEW CONSUMER PROTECTION 6502 NUMBER CODE

Ebru CEYLAN*

Özet: Yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda tüketici kredisi niteliğindeki kredi kartı sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerin unsurları, şartları, değişiklikler, şekli ve sözleşmeye uygulanacak hükümler açıklanmıştır. Ayrıca hesap işletim ücreti, kredi kartı aidat ücretiyle ilgili yeni düzenlemeler, teminatlar ve çözüm mercileri incelenmiştir.

Anahtar kelimeler : kredi kartı, tüketici kredisi, kredi veren, faiz oranı, temerrüt faizi, erken ödeme, kart aidatı, hesap işletim ücreti

Abstract: Credits cards contracts as consumer loan/credit are set out in the new Consumer Protection Code, No. 6502 . The elements, conditions, form of this contract, changes in the contract and the terms to be applied to the contract are laid down in this Code. In this article, new regulations related to credit card cost, maintenance fee and deposit as well as judicial authorities determined by the Code 6502 for the resolution of disputes arisen from these issues are examined.

Keywords: credit card, consumer, creditor, nterest rate, default interest, early payment, credit card cost, account maintenance fee

Giriş

Kredi kartları, kart çıkaran kuruluşların en önemli ürünlerden biridir. Günümüzde kredi kartı çıkaran kuruluşlar, tüketici ihtiyaçlarını karşılamak için teknolojinin getirdiği yenilikleri yansıtarak hizmetlerini geliştirmiştir. Gerek dünyada gerekse Türkiye'deki banka ve kredi kartı pazarının gelişmesinde teknolojideki gelişmeler ve sektördeki yoğun rekabet etkili olmuştur. Bu gelişmeler sonucunda kart sayıları ve kart ile yapılan ödeme hacmi artmıştır ve kredi kartlarının

* Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

kullanım özellikleri tüketicinin istek ve ihtiyaçları doğrultusunda şekillenmiştir. Ülkemizde sektördeki yoğun rekabet özellikle kredi kartı çıkaran bankalar arasında işbirliği girişimlerinde bulunmalarına sebep olmuştur. Kartlı ödeme sistemleri sektörde teknoloji, hizmet ve ürün çeşitliliği bakımından ülkemiz Avrupa'daki birçok ülkeden daha ileri durumdadır.

Kredi kartları, işlevleri nedeniyle kullanan bireylerin yaşamını kolaylaştırdığı için günümüzde tüketim alışkanlıklarını etkileyen önemli bir ödeme aracı haline gelmiştir. Kredi kartı piyasasında kart çıkaran kuruluşlar arasındaki büyük rekabetin varlığı ve finansal hizmetler sektöründeki gelişmeler, tüketicileri her tüketim alanında daha fazla kredi kartını kullanmaya itmektedir. Kredi kartlarının çeşitli olumlu işlevleri vardır. Üye işyerleri bakımından satışları artırır. Kart hamilleri bakımından çeşitli yararlar sağlamaktadır; nakit taşımanın getirdiği risklerden kurtarır, finansal kaynaktır, basit ve kolay kullanıldığından talep artmıştır. Kredi kartı kullanılması, ekonomiye dolaylı katkıda bulunmaktadır, çünkü piyasada nakit para azaldığından tasarruf mevduatının artmasını sağlar, bu da yatırımların artışına neden olur. Ancak ekonomik krizler ve işsizlik gibi büyük sosyal sorunlar yaşayan gelir dağılımı bozuk, enflasyonu yüksek, tasarruf eğilimi düşük olan ülkemizde kredi kartlarının kullanılması çeşitli olumsuz etkiler de yapmıştır. Kredi kartı kullanımının en önemli olumsuz etkisi, ödenemeyen yüksek kart borçlarıdır.

Türk Hukukunda kredi kartları ilk defa, 4822 Sayılı Kanun Değişikliği ile 4077 sayılı TKHK. m.10/A hükmüyle düzenlenmiştir. TKHK.m.10/A hükmünün uygulanması için kart hamilinin tüketici sıfatını taşıması ve kart kullanımı sonunda elde edilen mal veya hizmetin TKHK. kapsamında bir mal veya hizmet niteliğinde olması gereklidir. Bu hükümde "*Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan krediler*" ifadesine yer verilmiştir.

2006 yılında yürürlüğe giren Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanun¹ ile kredi kartıyla ilgili hukuki ilişkiler detaylı olarak belirlenmiştir. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Banka Kartları

¹ RG. T.01/03/2006, S.26095.Bu Kanun, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.49).

ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik² banka kartlarının ve kredi kartlarının çıkarılmasına, kullanılmasına ve kartlı ödemeler sisteminde yer alan kuruluşların faaliyet esaslarına ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir.

6502 sayılı TKHK. kredi kartlarını ikinci bölümünde “Tüketici Kredileri” başlığı altında m. 22 hükmünde ve m.31/III hükmünde düzenlemiştir. 4077 sayılı TKHK. ‘dan farklı olarak 6502 sayılı TKHK. ‘da kredi kartlarına ilişkin ayrı bir madde yoktur. Bu hükme göre “Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir”. Bu hükümde belirli özellikleri taşıyan kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Böylece tüketici kredisi sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, kredi kartı sözleşmeleri için de uygulanacaktır. Kredi kartı sözleşmesi faiz veya bir menfaat karşılığında düzenlenmişse ve ödeme üç ay veya daha uzun süreli ertelenmişse veya taksit imkanı tanınmışsa bu türdeki kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu hükümde tüketicinin menfaati taksitle ödeme yapması veya ödemenin ertelenmesi ile korunmaktadır, kredi verenin menfaati ise faiz veya bir menfaat elde etmesini sağlanmasıyla korunmaktadır. Yeni TKHK.m.22/II hükmünde tüketici ile kredi veren arasında edimler dengesinin sağlanmasına önem verilmiştir³. *Kanımızca yeni TKHK.’da bu türdeki kredi kartları bakımından bu düzenlemeyle taraflar arasındaki sözleşme dengesi karşılıklı menfaatlerin korunarak sağlanmak istenmiştir.*

² RG. 10 /03/2007, S.26458. Bu Yönetmelikte dokuz kez Yeni Yönetmeliklerle değişiklik yapılmıştır. En son değişiklik, 22.10.2014 T.ve 29153 sayılı RG. ‘de yayımlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik ile ilgili Yönetmeliğin m.26/VII ve m.26/VIII değiştirilmiştir. Madde 26/VII “Mal ve hizmet alımı sonrası belli bir ücret karşılığı borcun taksitlendirilmesi veya ödemenin ertelendiği dönemler de dahil olmak üzere , kredi kartları ile gerçekleştirilecek mal ve hizmet alımları ile nakit çekimlerinde taksitlendirme süresi dokuz ayı geçemez. Kuyumla ilgili harcamalarda bu süre dört ayı geçemez. Kredi kartlarıyla gerçekleştirilecek telekomünikasyonla ilgili harcamalarda ve yemek , gıda , akaryakıt ile hediye kart , hediye çeki ve benzeri şekillerde herhangi somut bir mal veya hizmet içermeyen ürünlerin alımlarında taksit uygulanamaz”. Madde m.26/VIII “Yedinci fıkranın ikinci ve üçüncü cümlesi kurumsal kredi kartı için uygulanmaz.”

³ Ali Önal, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2014, C. 88, S. 2014/4, s.33.

Yeni TKHK'nda bu maddenin gerekçesinde hüküm hazırlanırken 2008/48 AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Tüketici Kredilerine ilişkin Direktifi'nde kredi kartlarının "tüketici kredisi" olarak değerlendirildiğinden ayrı bir kredi kartları düzenlemesi yapılmadığı belirtilmiştir.

Yeni düzenleme, 4077 sayılı TKHK. m.10/A'daki hükme nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir ⁴.

I. Kredi Kartlarında Tarihsel Gelişme

Avrupa'da önce tüketici kredisinin uygulaması başlamıştır. Tüketici kredilerinin kolay verilmesi amacıyla kredi kartları piyasaya çıkmıştır. Türkiye'de bu gelişmenin aksine önce kredi kartları kullanılmıştır, daha sonra tüketici kredisi hizmeti sunulmaya başlanmıştır. Türkiye'de ilk kredi kartlarının temsilcisi Servis Turistik A.Ş. 1968 yılında Diners Clup kredi kartını sunmuştur⁵. Türk Ekspres Havacılık ve Turizm Ltş. Amerikan express kartlarını sunmuştur. 1975 yılından sonra Interbank grubuna bağlı olan Eurocard, mastercard ve Access kredi kartları ve 1980'den sonra ise çeşitli bankaların öncülüğünde kredi kartları yaygınlaşmıştır⁶.1990 yılında 13 özel ve kamu bankası ortaklığı ile switch hizmeti vermek için Bankalararası Kart Merkezi kurulmuştur. 1994 yılında ilk chipli kart uygulaması başlamıştır.1999 yılında ilk çok ortaklı kartlar başlamış ve böylece tüketiciler taksitli kredi kartlarıyla tanışmıştır. 2000 yılında BKM ve üye kuruluşları chip-pin uygulamasına geçiş kararı almıştır. Türkiye'de 2006 yılında Avrupa'nın ilk temassız kredi kartı kullanımı başlamıştır. 2007 yılında BKM tarafından kredi kartıyla internet üzerinden yapılacak alışverişlerde güvenli alışveriş ortamı sağlayan BKM 3D Secure platformu kurulmuştur. Bankalar ,dünyanın küresel ısınma ile tehdit altında kalması nedeniyle çevreye duyarlı kredi kartlarını piyasaya sunmuşlardır. 2008 yılında ise BKM ve Turkcell işbirliği ile dünyada ilk defa 3D Secure ve Turkcell mobil imzanın entegrasyonu yapılmıştır.⁷

⁴ Önal, s. 33.

⁵ Detaylı bilgi için bkz.Ebru Ceylan, Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, Doçentlik Tezi, İstanbul 2010, s.7 vd.

⁶ Alptekin Güney, Banka İşlemleri, İstanbul 2007, s. 112.

⁷ www.bkm.com.tr/kuruluş.html

Avrupa Birliği Hukukunda tüketici kredileri, 22 Aralık 1986 tarihinde Tüketici Kredilerine İlişkin Direktif ile düzenlenmiştir⁸. Bu Direktif, 22 Şubat 1990 tarihinde 90/88 EEC sayılı (Konsey) ve 16 Şubat 1998 tarihinde 98/7/EC sayılı (AB Parlamentosu ve Konsey) Direktifleriyle değişikliklere uğramıştır. Değişikliğe uğramış olan 87/102 sayılı Direktif, 28/10/2004 tarihinde Brüksel’de kabul edildi. Avrupa Devletlerinde tüketici kredileri özel yasalarda veya Medeni ve Borçlar Kanun’larının sözleşme özgürlüğü çerçevesinde konuya çözüm aranmıştır. AB üyesi olmayan İsviçre’de ise tüketici kredileriyle ilgili 23/3/2001 tarihinde özel bir yasa getirilmiştir.⁹

II. Türk Hukukunda Kredi Kartlarıyla İlgili Düzenlemeler

1.4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ‘da Kredi Kartları

Hukukumuzda ilk yasal düzenleme, 4077 sayılı TKHK’na 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı yasayla eklenen m.10/A hükmüdür¹⁰. Bu hükümle kredi kartı çıkaran kuruluşların farklı uygulamalar yapmaları engellenmiştir ve tüketicilerin güvenli bir ortamda kredi kartı kullanmaları için bir başlangıç olmuştur. Ancak kredi kartlarıyla ilgili ortaya çıkan bütün sorunların çözümünde tek hüküm yeterli olmamıştır. Kredi kartlarına ilişkin mevzuatımızın yetersiz olduğundan¹¹ toplumda sistemin tarafları arasında sorunları arttığı belirtilmiştir.

Bu hükme göre kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan krediler de m.10 hükmüne tâbidir. Böylece kredi kartının, hukuki niteliğinin tüketici kredisi olduğu açıkça yasada kabul edilmiştir. Hesap özetindeki asgari ödeme tutarının vadesinde ödenmemesi halinde gecikme faizi dışında tüketici bir yükümlülük altında değildir. Kredi veren, faiz artırımını otuz gün önce tüketiciye bildirmek zorundadır.

⁸ Ebru Ceylan, “Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri -I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.79, Kasım-Aralık 2008, s.3, Ceylan, Tez, s.10 vd.

⁹ Ceylan, Tez, s.20 vd.

¹⁰ Ebru Ceylan, “4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ‘da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s.268, Şebnem Akipek, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S. 3, Yıl: 2003, s.110.

¹¹ Akipek, s.119.

Faiz artırımını geriye dönük uygulanmaz. Tüketici bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcunu öderse faiz artışından etkilenmez. Satıcı ,kredi kartıyla alışveriş nedeniyle tüketiciden komisyon veya benzeri ek ödeme isteyemez. Kredi kartları alanındaki bu ilk adım, tüketicileri korumada bir gelişme yaratmıştır. Ancak ortaya çıkan bütün sorunlara çözüm bulmamıştır. Yasal altyapıdaki boşluk, kart çıkaran kuruluşların kart hamili tüketicilere karşı haksız uygulamalar yapmalarına neden olmuştur. Hukuki altyapının olmaması nedeniyle kredi kartları alanındaki tüketici aleyhine haksız uygulamalar, ülkemizde büyük bir ekonomik ve sosyal sorun haline gelmiştir. Ayrıca kredi kartlarıyla elektronik ortamda alışverişlerin yapılması kredi kartının hukuka aykırı kullanılma durumlarını artırmıştır. Bütün bu nedenlerle kapsamlı bir yasayla kredi kartı sisteminde tarafların hak ve borçlarının belirlenmesi gerekli olmuştur, çünkü hukuki altyapının kurulması, kredi kartı sisteminin etkin ve rekabetçi ve adalete uygun şekilde işlemesi bakımından çok önemlidir. Kapsamlı bir yasayla düzenleme ihtiyacı nedeniyle 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu (BKKKK.)¹² çıkarılmıştır.

2.5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda Kredi Kartları

Tüketici kredisi sayılmayan kredi kartlarına 6502 s.TKHK.'nun genel hükümleri ve 5464 s. BKKKK.'nun hükümleri uygulanacaktır.

5464 s. Kanunda kapsamlı olarak kredi kartı sistemindeki taraflarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu Kanun toplam 50 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde, (m.1-3) Kanunun amacı, kapsamı, tanımlar, ikinci bölümde (m.4-7) izne tabi işlemler, üçüncü bölümde kart çıkaran kuruluşların yükümlülükleri, (m.8-14), dördüncü bölümde kart hamillerinin yükümlülükleri (m.15-16), üye işyeri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlara ilişkin yükümlülükler (m.17-23), altıncı bölümde sözleşmenin şekli ve genel işlem şartları (m.24- 26), yedinci bölümde denetim ve alınacak önlemler (m.27-28), sekizinci bölümde kuruluşlar ve kurumlar arası işbirliği (m.29-30), dokuzuncu bölümde kanuni yükümlülükler (m.31-34) , onuncu bölümde idari ve adli cezalar (m.35-42), onbirinci bölümde diğer hükümler vardır (m. 43-50) .

¹² RG. T.01/03/2006 S.26095.Bu Kanun, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.49).

BKHK.m.1 hükmüne göre bu Kanunun amacı, banka kartları ve kredi kartlarının çıkarılmasına, kullanımına, takas ve mahsup işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek suretiyle kartlı ödemeler sisteminin etkin çalışmasını sağlamaktır.

BKHK.m.2 hükmüne göre kartlı sistem kuran, kat çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile kart hamilleri bu Kanun hükümlerine tabidir. Ancak kendi işyerleriyle sınırlı olmak üzere mal veya hizmetlerin vadeli satışı ile alıcının borç alacak durumunun izlenmesi amacıyla kart çıkaran veya sistem oluşturan veya herhangi bir kredilendirme işlemi yapılmaksızın veya hesaba bağlı olmaksızın önceden belirlenen bir tutarla sınırlı olmak üzere kart düzenleyen gerçek veya tüzel kişiler bu Kanun hükümlerine tâbi değildir.

3. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'da Kredi Kartları

6502 Sayılı TKHK.m.22/I hükmüne göre tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği sözleşmedir.

Bazı kredi kartı sözleşmeleri belirli şartları taşımak kaydıyla yeni Kanunda "tüketici kredisi" sayılmıştır. Kredi kartı sözleşmesi, eğer faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlamaktaysa "tüketici kredisi sözleşmesi" olarak değerlendirilecektir (6502 s. TKHK. m.22/II). Tüketici kredisi üst kavram olduğundan bu kavramın içine banka ve finans kuruluşlarının sağladığı krediler yanında taksitli satışlarda satıcının sağladığı krediler de girer. Tüketicinin kredi kartı aracılığıyla kredi kullandığı hallerde bu kredilerin tüketici kredisi sayılacağı yeni TKHK'da düzenlenmiştir. Kredi kartı nakit tüketici kredisinden farklı olduğundan yeni TKHK'nun tüketici kredisine ilgili bazı hükümleri kredi kartının niteliğine uymadığından uygulanmayacaktır.

Bu Kanun'un uygulamasıyla ilgili getirilen önemli bir hüküm geçici m.1¹³ hükmüdür.

¹³ Geçici madde "1-(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.

III. Kredi Kartlarıyla İlgili Önemli Tanımlar

Kredi kartı sisteminde önemli yeri olan kavramların anlamları gerek 6502 sayılı TKHK.'da gerekse 5464 sayılı BKKKK.'da belirtilmiştir.

Kredi kartı, BKKKK. m.3 e hükmüne göre “*nakit kullanımı gerekmektedir mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını*” ifade etmektedir. Bu tanımda hem basılı kartın hem de kart çıkaran kuruluşların fiziki bir varlığı bulunmayan kart numarasının da kredi kartı olarak kullanılabilceği düzenlenmiştir¹⁴. Yeni TKHK.'da kredi kartının tanımı yapılmamıştır. Kredi kartları doktrinde çeşitli sınıflandırılmalara tabi tutulmuştur. Bu sınıflandırma, sisteme katılanların sayısına göre, kart hamiline sunulan edime göre, sağladığı hizmete göre, kartın sözleşmeden doğan sorumluluğuna göre, kredi kartı çıkaran kuruluşa göre, kredi kartının geçerli olduğu alana göre yapılmıştır¹⁵.

Kredi kartı sisteminde çeşitli işleyiş şekilleri vardır¹⁶. İki taraflı sistemde, kart çıkaran kuruluş ve kart hamili olarak iki taraf vardır.Üç taraflı sistemde kart çıkaran kuruluş, üye işyeri ve kart hamili olarak üç taraf vardır. Gerçekte ise bu sistemde üçten fazla taraf olup, kart çıkaran kuruluş yanında üye işyeri anlaşması yapan kuruluş ve kartlı sistem kuruluşu bulunmaktadır. Bu sistemde üç ilişki mevcut olup, birincisi kart çıkaran kuruluş ve kart hamili arasındaki karşılık ilişkisi, ikincisi kart çıkaran kuruluş ve üye işyeri arasındaki bedel ilişkisi ve üçüncüsü kart hamili ve üye işyeri arasındaki temel ilişkidir¹⁷. Basit üç

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak:

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen geçerli sözleşmelerin bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz.

b) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlemeye başlamış hak düşürücü süreler ile zamaşımı süreleri dolmamış ise bu Kanunda öngörülen sürenin geçmesiyle hak düşürücü süre veya zamaşımı süresi dolmuş olur.

(3) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır”.

¹⁴ Ceylan, Tez, s.49.

¹⁵ Ceylan, Tez, s.25 vd.

¹⁶ Ceylan, Tez, s.23 vd.

¹⁷ Erden Kuntalp, Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIII, 5-6 Nisan 1996, , s.275.

tarafli sistemde kart cikaran, kurulus uye isyerleriyle uye isyeri sozlesmesi yapmaktadır. Kart hamili kart cikaran kurulus ile yaptigi kredi karti sozlesmesine dayanan harcama tutarini kart cikaran kurulusa odemektedir. Uye isyeri, harcama belgesiyle kart cikaran kurulusa basvurarak kart hamilinin yaptigi alisveris tutarini tahsil etmektedir. Kredi karti, kartin hamiline kolaylik ve kisa sureli de olsa kredi elde etme avantajini saglamaktadır¹⁸. Kredi kartinda uc koseli iliskide kart cikaran kurulus kart hamiline kredi acmaktadir, buna karssilik kart hamili kart icin odenti odemektedir, kendi yerine uye isyerine karssi kart cikaran sirketin ustlendiği borçları kapatmaktadır. Karma sistemde ise kart cikaran kurulusun şube veya bağıli isyerleri dışında kullanılması iki tarafli sistemden farklıdır, ayrıca kart cikaran kurulus ve mal sunan isyerinin aynı olması nedeniyle uc tarafli sistemden farklıdır.

Kart Hamili, BKKKK. m. 3 j hükmüne göre *“banka kartı veya kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade etmektedir. Tüketici, 6502 Sayılı TKHK. m.3 k hükmüne göre *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* belirtmektedir. Eski 4822 sayılı TKHK. Değişiklik Yapan Yasadan önce 4077 sayılı TKHK. m.3e hükmünde tüketici *“mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişiyi”*, 4822 sayılı TKHK. ‘da Değişiklik Yapan Yasadan sonra ise tüketici *“bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade etmiştir. Tüketici, 6502 Sayılı TKHK.m.3k hükmüne göre *“ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* belirtmektedir. Böylece eski düzenlemedeki edinen, kullanan, yararlanan kavramlarından vazgeçilip bunun yerine *“hareket eden”* kavramının getirilmiştir. Kart hamilinin tüketici olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Kart hamili kavramı, 6502 sayılı TKHK.’daki tüketici tanımından daha kapsamlıdır, çünkü tüketici kapsamına girmeyenler de kart hamili olabilir. Avrupa Birliği Direktiflerinde ve İsviçre Hukukunda ise tüzel kişi tüketici olarak kabul edilmemektedir¹⁹. Kart hamilinin tüketici niteliğini taşıması durumunda yeni TKHK. hükümleriyle korunacaktır.

6502 Sayılı TKHK.’a göre kredi veren *“mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişiyi”* belirtmektedir. Kredi

¹⁸ Rona Serozan, Borçlar Özel Hukuku, İstanbul 2006, s.73.

¹⁹ Ceylan, Tez, s.52, dn.26, dn.262.

verenin tanımı BKKKK'da yapılmamıştır. Kart çıkaran kuruluş ise, "banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşlar" dır (BKKKK.m.3 g). Kartlı sistem kuruluşu ise, "banka kartı veya kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşlar" dır (BKKKK.m.3 f).

Üye işyeri, "üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal veya hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek veya tüzel kişi" dir (BKKKK.m.3 i). Üye işyeri anlaşması yapan kuruluş, "banka kartı veya kredi kartı kabulünü sağlamak amacıyla işyerleriyle anlaşma yapan bankalar veya kuruluşlar" dır. (BKKKK.m.3 h)

Kredi kartı sözleşmesi bir "tüketici işlemidir". 6502 sayılı TKHK. m.3 l hükmüne göre tüketici işlemi "mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" ni belirtmektedir. Eski 4077 sayılı TKHK. 'da tüketici işlemi "mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem" i belirtmekteydi. Böylece yeni TKHK'na göre taraflarından birinin tüketici olduğu diğerinin ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olması halinde her türlü işlem tüketici işlemi sayılacaktır. Bu durumda eskiye oranla yeni düzenlemede tüketici işleminin kapsamı çok genişlemiştir.

Kart çıkaran kuruluş, BKKKK. m.3 g hükmüne göre "banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşları" belirtmektedir. Banka, BKKKK. m.3c hükmüne göre "mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını" belirtmektedir.

Kartlı Sistem Kuruluşu, BKKKK.m.3 f hükmüne göre "banka kartı veya kredi kartı sistemini kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşları" belirtmektedir.

Üye İşyeri, BKKKK.m.3 i hükmüne göre "üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlarla yaptığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal veya hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek veya tüzel kişiyi" belirtmektedir.

Üye İşyeri Anlaşması Yapan Kuruluş, BKKKK.m.3 h hükmüne göre "banka kartı veya kredi kartı kabulünü sağlamak amacıyla işyerleriyle anlaşma yapan bankalar ya da kuruluşları" belirtmektedir.

BKHK m.3 hükmünde ayrıca kredi kartı sistemiyle ilgili diğer tanımlara da yer verilmiştir. Kurul, Kurum, harcama belgesi, nakit ödeme belgesi, son ödeme tarihi, dönem borcu, asgari tutar, alacak belgesi, bildirim, talep, şikayet ve itirazların neyi ifade ettiği düzenlenmiştir.

IV. Kredi Kartlarının Hukuki Niteliği

Kredi kartının tüketici hukuku, banka hukuku ve kuymetli evrak hukuku bakımından kredi²⁰ niteliği doktrinde tartışmalara yol açmıştır.

Kredi kartı uygulamasının hukuki bakımdan tüketici kredisi niteliğine sahip olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. 4077 sayılı TKHK'da Değişiklik Yapan 4822 sayılı Yasadan önce bu konu tartışmalıydı. Bu konu ,Bankacılık Kanunundaki kredi limitlerine, TKHK'daki tüketici kredilerine ilişkin hükmün uygulanıp uygulanmayacağı bakımlarından önemlidir.²¹

1.TKHK.'da Değişiklik Yapan 4822 Sayılı Yasadan Önce

TKHK'da Değişiklik Yapan Yasadan Önce 3182 sayılı Bankalar Kanunu 'na ilişkin 11 Nolu Tebliğ 'in düzenlemesi esas alınarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu düzenleme şöyledir : "... kredi kartlarına tahsis edilen limitler gayrinakdi kredi kartlarının kullanımından doğan ve buna ilişkin ödemenin bankalarca gerçekleştirilmesi sonucunda kredi kartı hamilinden talep edilen tutar tahsil edilene kadar nakdi kredi olarak değerlendirilecek ve bu halde tahsil edilen limit ile nakdi kredi haline dönüşen tutar arasındaki fark gayrinakdi kredi olarak izlenmeye devam edilecektir". Burada 11 Nolu Tebliğ , bu ilişkiyi kredi olarak nitelemiştir. Tebliğ'de kullanılan „bu Kanunun uygulamasında“ ifadesinden ve kredi kartının banka bakımından risk doğurup doğurmadığı esas alındığından kredi kartı ilişkisi, sadece 3182 sayılı Kanun bakımından da kredi olarak düşünölmelidir.²²

²⁰ Kredi, nakdi-gayrinakdi kredi, açık-teminatlı keridi, doğrudan-dolaylı kredi, Türk parasıyla-yabancı parayla açılan kredi, kısa-orta-uzun vadeli kredi ve zirai, ticari ve tüketici kredisi olarak çeşitlere ayrılmaktadır. Cengiz Kostakoğlu, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartından Doğan Uyuşmazlıklar –Akreditif, İstanbul 2006, s.241

²¹ Kuntalp, kredi kartı, s, 273.

²² Ömer Teoman, Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, 2. Bası, İstanbul 1996 s.233.

Kuntalp,²³ kredi kartı ilişkisinde kredi işlevinin ikincil nitelikte olduğunu ileri sürerek gayrinakdi kredi niteliğinin tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Kredi kartının nakdi kredi niteliği için kart hamilinin harcama tutarını taksitle ödemesi veya nakit çekmesi durumlarında nakdi kredi ilişkisi kurulduğunu açıklamıştır. Ancak daha sonraki çalışmasında²⁴ kredi kartının nakdi kredi niteliğinin kuşkulu olduğunu ileri sürmüştür. Kredi kartı, gayrinakdi kredi olarak değerlendirildiğinden dolayı tüketici kredisi sayılmaması gerektiğini belirtmiştir.

Teoman,²⁵ kredi kartı sisteminde kredi açma ilişkisi olmadığını çeşitli gerekçelerle ileri sürmüştür. Kredi alan kişinin aslında malvarlığında olmayan bir satın alma gücünü kazandığını, halbuki kredi kartında ise böyle bir durumun olmadığını, kart hamilinin nakit kullanma zorunda kalmadan malvarlığında olan bir satın alma gücünü kullandığını belirtmiştir. Satın alma gücünün, kredi olarak değerlendirilmesi için kredi karşılığında kredi borçlusunun faiz ve komisyon gibi bir değeri de ödemesi gerektiğini ve bu durumun da kredi kartında olmadığını, hamilin kredi kartıyla ilgili yaptığı harcama tutarını ödediğini ifade etmiştir. Ayrıca tarafların amacının, kredi ilişkisi olmadığını, kart hamilinin kartı kullanacağını kesin olmadığını ve nakit çekse de bunu hangi amaçla kullanacağını bilinmediğini belirtmiştir.

Kredi kartı ile sağlanan kredinin niteliği konusunda doktrinde, Teoman²⁶ ve Kuntalp,²⁷ kredi kartı hamilinin kullandığı kredinin "*tüketici kredisi*" olmadığını²⁸ görüşünü²⁸ ileri sürmüştür. Bu görüşe göre kredi kartı sisteminde bir kredi açma olgusu yoktur, kredi kartı nakit para ile alışveriş yapma zorunluluğunu ortadan kaldıran bir ödeme aracıdır.²⁹

Çeker'e³⁰ göre, ise kart hamilinin nakit ödemediği mal satın alarak ve hizmetleri kullanarak harcama yaptığı tarih ile borcun ödendiği tarih arasındaki sürede faizsiz krediden yararlanmaktadır.

²³ Kuntalp, kredi kartı, s.280-281.

²⁴ Erden Kuntalp, Kredi Kartının Hukuki Yapısı BKM A.Ş. Hukuki Açısından Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu 11-13 Ekim 1996 Abant Bolu, s.7.

²⁵ Teoman, s.230.

²⁶ Teoman, s.233.

²⁷ Kuntalp, kredi kartı, s,284.

²⁸ Teoman, s.233.

²⁹ Teoman, s.228.

³⁰ Mustafa Çeker, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 1997, s.33-34.

Akipek,³¹ kredi kartının tüketici kredisi olduğunu, sadece birbirlerinden işleyiş bakımından farklı olduklarını belirtmiştir.

2. TKHK. 'da Değişiklik Yapan 4822 Sayılı Yasadan Sonra

TKHK.'da Değişiklik yapan 4822 sayılı Yasa , kredi kartı ilişkisinin kredi niteliğinde olup olmadığı konusunda tartışmayı sona erdirmiştir. TKHK.m.10/A hükmünde „Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile çekim suretiyle kullanılan krediler de 10. madde hükümlerine tabidir. Ancak a,b,h,ı bentleri ile dördüncü fıkra hükmü uygulanmaz“. Bu madde, kredi kartının “ tüketici kredisi“ olduğunu belirtmiştir.

Kredi kartıyla ilgili işlemlere TKHK.'nun uygulanması için kart hamilinin tüketici olması ve mal veya hizmetin TKHK. kapsamına giren bir mal veya hizmet olması gerekir. Kredi kartının kredi niteliğinde olup olmadığı değerlendirilirken kredi kartı sözleşmesinde tarafların amaçları, kredi kartının sağladığı menfaatler ve sistemin işleyişi bir bütün olarak incelenmelidir.

Kart hamili, kart çıkaran kuruluşa kredi kartını kullandıktan sonra harcamanın bedelini ödemektedir. Kart hamilinin alışveriş sonundaki harcama bedelini daha sonra ödeme imkânına sahip olması, mevcut bir satın alma gücünün uzun süre korunması anlamındadır, çünkü kredi kartı olmasaydı harcama anında bu satın alma gücünü tüketenekti.³² Kart çıkaran kuruluş, kredi kartının kullanımı durumunda bir menfaat elde etmektedir. Bazı kart çıkaran kuruluşlar kredi kartıyla yapılan harcama tutarı dışında sisteme giriş ücreti ve yıllık aidat da almaktadır. Kart hamili, kredi kartı borcunu taksitle ödemek imkanına sahip olması durumunda alacağı taksitlendirilmiştir. *Kanımızca kredi kartı kullanarak mal veya hizmet edinen kart hamili harcama tutarını taksitlerle ödemesi satın alma gücünün bir süre daha korunmasını sağlamaktadır.*

³¹ Şebnem Akipek, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Doktora Tezi, Ankara 1999, s.10.

³² Kuntalp, kredi kartı, s.277.

İşgüzar³³, kredi kartının ödeme aracı ve kredi sağlama işlevleri olduğunu belirtmektedir. Aslan³⁴ ise kredi kartının tüketici kredisi sayıldığını, üst kavram olduğunu ve bu kavramın içine kart çıkaran kuruluşun sağladığı kredilerin yanında taksitli satışlar yoluyla satıcının sağladığı kredilerin de girdiğini belirtmektedir.

Kanımızca kredi kartındaki kredi, kart hamiline ödeme yapma aracı olmanın yanında kredi de sağlamaktadır. Ayrıca TKHK. ve BKHK' da bu husus açıkça belirtilmiştir. Kredi kartı almak isteyen kişi, kart çıkaran kuruluşa başvurmalıdır. Kart çıkaran kuruluş, başvuruyu inceledikten sonra kredi kartını verebilir. Kart hamili, kredi kartı sistemine dahil olan üye işyerlerinden kredi kartını kullanarak alışveriş yapmaya yetkilidir. Kart hamili, alışveriş sonunda üye işyerinde düzenlenen harcama belgesini imzalar ve bu belgeyi üye işyeri, kart çıkaran kuruluşa verince ödemesini alır. Kart çıkaran kuruluş, kart hamiline hesap ekstresi göndererek bu miktarı talep eder³⁵.

3. 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunundan Sonra

5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Kanunu'nda kredi kartının tüketici kredisi olduğuna dair bir düzenleme içermektedir. Ancak kanunun amacından kredi kartlarına tüketici kredisi yönünde bir bakışa sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu Kanunun yaklaşımı kart hamili gerçek kişi ise kredi sağladığı yönündedir. Ancak tüzel kişi tacir adına düzenlenen kredi kartlarıyla ilgili olarak ticari iş karinesi gereği tacirlerin borçları ticaridir, tüzel kişi tacirler tüketici nitelendirilemez. *Kanımızca da ticari kredi kartları tüketici kredisi olarak değil , ticari kredi olarak düşünülmelidir.*

V. Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kredi kartı sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşmenin tarafları olan kart hamili ve kart çıkaran kuruluşun sözleşme ilişkisine girerken taşıdıkları amaçları ve karşılıklı sahip oldukları hakları ve borçları incelenerek belirlenmelidir.

³³ Hasan İşgüzar, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s.155.

³⁴ İ. Yılmaz Aslan, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014, s. 393,394.

³⁵ Aslan, s.387.

Kredi kartı sözleşmesi, tüketici hukukunda 6502 sayılı yeni TKHK.m.3 1 bakımından bir tüketici sözleşmesidir. Tüketici sözleşmesinin ayırıcı özellikleri, mal veya hizmet arzına yönelik bir sözleşme olması, mal veya hizmetin tüketici tarafından ticari veya mesleki amaçlarla değil, kişisel, ailevi veya özel amaçlarla elde edilmesi ve taraflardan birinin tüketici olmasıdır.³⁶ Kredi kartı sözleşmesi, bireysel sözleşme değildir, standart sözleşmedir. Standart sözleşme,³⁷ çok sayıda içerikleri tamamen veya kısmen genel işlem koşullarıyla belirlenen sözleşme modeli olup, sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan biri tarafından hazırlanan diğer tarafın ise sözleşmenin içeriğine etki edemediği bir modeldir. Bu sözleşmede tüketici, sözleşme kurulurken sözleşme şartlarına etki edemediğinden sözleşme yapma özgürlüğü sınırlanmıştır.

Kredi kartı sözleşmesinde, taraflar karşılıklı edimler üstlendiğinden bu sözleşme *"tam iki tarafa borç yükleyen"* bir sözleşmedir. Kart çıkaran kuruluş, kredi kartı düzenleme ve teslim etme, üye işyerlerinin kart hamiline verilen kredi kart kabul etmesini sağlama, kredi kartıyla yapılan harcama tutarlarının üye işyerlerine ödeme yükümlülükleri karşısında kart hamilinin de giriş aidatı, harcama belgesi tutarlarını ödeme yükümlülüğü gibi asli yükümlülükleri bulunduğundan iki tarafa da borç yüklemektedir. Bu sözleşme, tarafların bir kerede borçlarını ifa etmeleri sonucunda sona ermediğinden *"süreklili"* bir sözleşmedir.

5464 sayılı Kanundan önceki dönemde kredi kartı sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışılmıştır. Üçüncü kişi yararına sözleşme, eser, hizmet, alacak temliki ve garanti sözleşmesi görüşleri ileri sürülmüştür. Baskın olan görüş,³⁸ kredi kartı sözleşmesinin atipik³⁹ bir sözleşme olduğu ve kendine özgü yapısı olduğu yönündeydi.

³⁶ Hasan Seçkin Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı) *AÜHFD*, Yıl :2001 C.50, S.1, s.67.

³⁷ Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 1999, s.33-34.

³⁸ Zevkliler/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı Ankara 2004,s.303-304, İşgüzar, s.66, Şener Akyol, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul, 2001,s.221-222.

³⁹ Atipik sözleşme, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde gerek Yasada düzenlenmiş bulunan çeşitli sözleşmelere ilişkin öge ve koşulları bir araya getirerek yaratılan, gerekse yasada düzenlenen sözleşmelerin öğelerine yabancı kendine özgü öğelerden oluşan sözleşmelerdir. Murat Aydoğdu /Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014,s.24.

5464 sayılı Kanundan önceki dönemde kart hamili ile kart çıkaran kuruluş arasındaki kredi kartı sözleşmesinden doğan ilişkinin üst kavram olan “iş görme sözleşmesi” olması doktrinde kabul edilmesine rağmen iş görme borcu doğuran sözleşmelerden hangisi olduğu konusunda çeşitli görüşler ilere sürülmüştür.

Birinci görüşe göre,⁴⁰bu ilişkinin kart çıkaran kuruluşun hamilin yaptığı harcamayı ödemesi nedeniyle “eser sözleşmesi” olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş, kredi kartı sözleşmesinin konusunun objektif bir sonuç doğurmak olmadığından eleştirilmiştir.⁴¹ *Kanımızca kredi kartı sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir, çünkü bu sözleşme üye işyeri sözleşmesine de ihtiyaç duyduğundan tek başına bütünlük sağlamamaktadır. Kredi kartı sözleşmesinde kart çıkaran kuruluş, kart hamilinin kart kullanacağı işletme sayısını artırmak için çaba göstermek borcu altındadır. Kart çıkaran kuruluşun bu faaliyeti sonucunda bazı işyerleri sisteme girerken bazıları ise sistemden çıkabileceğinden kart çıkaran kuruluş belirli bir sonucu ortaya çıkarmayı garanti etmemektedir. Kart sahibi kredi kartını hiç kullanmazsa kart çıkaran kuruluşun üye işyerine ödeme yapma borcu doğmayacağından somut bir ödeme borcu olmayacaktır.*

İkinci görüşe göre,⁴² bu ilişkinin kart çıkaran kuruluşun temel borcunun kartı kullanmak için gerekli şartları oluşturmak olduğuna dayanılarak “hizmet sözleşmesi” olduğudur. Hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli unsur, işçinin işverenin emirlerine uygun olarak işini görmesidir. Kredi kartı sözleşmesinin “hizmet sözleşmesi” olduğunu ileri süren görüş, kart çıkaran kuruluşun kart hamilinin kredi kartını kullanarak mal veya hizmeti edinmesinde elverişli ortamı sağlaması borcunu temel almaktadır. *Kanımızca kredi kartı sözleşmesi “hizmet sözleşmesi” niteliğinde değildir, çünkü kart çıkaran kuruluş, kart hamilinin işvereni değildir, aralarında altlık-üstlük ilişkisi yoktur.*

Üçüncü görüş ise⁴³ kart çıkaran kuruluşun sadece kartı kullanmak için gerekli şartları oluşturma borcu yanında kart düzenlemek

⁴⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Teoman, s.165 dn.16; Çeker, kart çıkaran kuruluşun harcama belgesi tutarını ödemeyi garanti ettiği için bu ilişkinin eser sözleşmesi olduğunu ileri sürmüştür. Çeker, s.68.

⁴¹ Teoman, s.167.

⁴² Teoman, s.168.

⁴³ Kuntalp, s.9; İşgüzar, s.69; İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, 3.Baskı, Bursa 2006, s.368.

ve hamilin harcamalarını üye işyerine ödemek gibi diğer borçları bulunduğundan “vekalet sözleşmesi” hükümlerinin bu sözleşmeye uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. *Kanımızca kart çıkaran kuruluşun kartı kullanmak için gereken şartları hazırlama yanında diğer borçları da olduğundan vekalet sözleşmesi hükümleri kredi kartı sözleşmesine bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanabilir.*⁴⁴

Dördüncü görüş⁴⁵ ise bu sözleşmenin “kendine özgü bir sözleşme” olduğunu ileri sürmüştür.

5464 sayılı Kanundan sonra *kanımızca kredi kartı sözleşmesi, unsurları, tarafların yükümlülükleri, şekli yasada düzenlenmiş olduğundan atipik değildir. Kredi kullandırma, iş görme, teminat sağlama amaçlı özel bir sözleşmedir. Sürekli borç doğuran tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeveye sözleşmedir.*⁴⁶

VI. Üye İşyeri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kart çıkaran kuruluş ile üye işyeri arasındaki üye işyeri sözleşmesi, daha sonra kurulacak bireysel sözleşmelerden doğacak edimler öngörülerek oluşturulan sürekli borç ilişkisi şeklinde atipik karma muhtevalı bir çerçeve sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁴⁷ *Kanımızca 5464 sayılı Kanun'dan sonra üye işyeri sözleşmesine ilişkin hükümler özel olarak düzenlendiğinden bu sözleşmeyi atipik değil, kanuni bir tip olarak düşünmek daha uygundur.*

Üye işyeri sözleşmesi, üye işyerinin kart kullanıcılarının ibraz edeceği kredi kartlarını herhangi bir süre ve sınırlama olmadan kabul etme yükümlülüğü altında olduğundan sürekli bir sözleşmedir. Bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, çünkü üye işyerinin temel borcu yetkili hamilin ibraz ettiği kredi kartını kabul etme borcuna karşılık kart çıkaran kuruluş, harcama belgesi tutarını ödeme borcu altındadır.

Kart çıkaran kuruluş, üye işyeri için genel işlem koşulları hazırlamaktadır. Tip bir sözleşme olan bu sözleşmeden üye işyeri için kart hamilinin kredi kartını ödeme aracı olarak kullanmasını kabul

⁴⁴ Ceylan, Tez, s.90.

⁴⁵ Zevkliler/Aydoğdu, s.303-304; Akyol, s.221.

⁴⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s.303-304, İsgüzar, s.66 vd.

⁴⁷ İsgüzar, s.71 dn.34 'de sayılan yazarlar.

etmek borcu doğar. Bu sözleşme, bu yönüyle *katıldığımız görüşe göre*⁴⁸ *“tam üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak kabul edilmektedir.* Üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşme konusu edimlerden birini sözleşme dışındaki üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyen “vaad ettiren”, bu edimi ifa edeceğini belirten “vaad eden” ve lehine vaade bulunulan üçüncü kişi olan “lehtar” olarak üç taraf vardır. Kart hamili üçüncü kişi, sözleşmenin kuruluşunda sözleşmenin tarafı değildir. Kredi kartıyla ödemenin kabul edilmesini sağlayan “vaad ettiren”, üye işyerinin kredi kartını ödeme aracı olarak kabul etmesi “vadeden” ve kart hamili üçüncü kişi “lehtar” dır. İki taraf arasında sözleşme ile sözleşme dışında üçüncü kişi lehine hak kararlaştırılır.⁴⁹ Kart çıkaran kuruluş, üye işyerine -kart hamili- yararına kredi kartını nakitsiz ödeme aracı olarak kabul ettirme borcunu yüklediğinden, bu borcun ifasını kart hamiline karşı isteyebilir. Kart hamili tarafı olmadığı bu sözleşmeden doğan hakkını, üye işyerine karşı ileri sürebilme hakkına sahiptir.⁵⁰

Doktrinde üye işyeri sözleşmesinin “adi ortaklık” olduğu görüşü⁵¹ ileri sürülmüştür. *Kanımızca üye işyeri sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemez, çünkü taraflar arasında ortaklık kurma iradesi yoktur, tarafların amaçları ortaklaşa elde edilen sonucu paylaşmak değildir. Bu sözleşmede, adi ortaklıktaki ortak amaca uygun davranma, özen gösterme, rekabet etmeme yükümlülükleri üye işyeri sözleşmesinde yoktur. Ortaklık sözleşmesi, ortakların eşitliği temeline dayalıdır. Bu nedenle amaç, yükümlülük, sözleşmenin niteliği ve sözleşmenin dayandığı temel bakımlarından iki sözleşme arasında farklar vardır.*

Üye işyeri sözleşmesi “dernek” ilişkisi de kanımızca değildir. Üye işyerinin ve kart çıkaran kuruluşun amaçları kartlı sistemden kazanç sağlamaktır, ayrıca dernekteki gibi bir tüzüğü yoktur.

Üye işyeri sözleşmesinin kart çıkaran kuruluşun temel yükümlülüğü olan harcama belgesi tutarlarını ödemek borcu nedeniyle hukuki bakımdan genel bir talimat, factoring, tahsil amacıyla yapılan temlik, kefalet, itibar emri, borcun yüklenilmesi, borca katılma, alacağın dev-

⁴⁸ Şener Akyol, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul 1976,s.10 vd, İşgüzar, s.72.

⁴⁹ Akyol, üçüncü kişi, s.100.

⁵⁰ Arif Kocaman, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989, s.102.

⁵¹ Teoman, s.65 vd.

ri, garanti sözleşmesi, üçüncü kişi yararına ifanın üstlenilmesi, belgeli akreditif, havale olduğu görüşleri⁵² ileri sürülmüştür.

Kart hamilinin kredi kartıyla yaptığı harcamaların üye işyerine ödenmesi konusunda kart çıkaran kuruluşa verdiği çerçeve sözleşmeden doğan bir “genel talimat” olduğu görüşü *kanımızca kredi kartının üçüncü kişilerce hukuka aykırı kullanılmasından doğan bütün riskin kart hamiline ait olmasını gerektireceğinden, bu durum üye işyeri sözleşmesinin üçüncü kişi yararına olma özelliğine aykırıdır.*

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca “factoring sözleşmesi” olarak da nitelendirilemez, çünkü her iki sözleşme arasında birçok fark vardır. Kartlı sistemde kart hamilinin amacı, karttan bir kredi olarak yarar sağlamak değildir, factoringde ise müşteri nakit para elde etmek amaçındadır; üye işyerinin kart hamillerinin mali durumları hakkında bilgisi yokken, factoringde factör müşterisinin mali durumunu denetleyerek güvenilir bulunduğu borçlularından alacaklarını satın alır; kart hamili ancak üye işyeri olan işletmede kartını kullanacağını bildiği halde, factoringde borçlu, factör ile mal ithal ettiği alacaklısı arasındaki ilişkiyi bilmediği ve geçerli bir satış sözleşmesinden sonra factöre ödeme yapmak zorundadır; kart çıkaran kuruluş hem kart hamilinden hem üye işyerinin ödediği komisyonlardan gelir kazanırken, factör ise sadece müşterisinden kazanır.⁵³

Kart çıkaran kuruluş, üye işyerinin kart hamilinden olan alacağını üye işyeri adına tahsil etmediğinden aralarındaki ilişki *kanımızca “ahsil amacıyla yapılan temlik” değildir.*

Üye işyeri sözleşmesi, kanımızca “kefalet sözleşmesi” değildir. Kefalet sözleşmesinin sebebi, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya borcu ödemek istemesine karşı alacaklıya bir teminat sağlamaktır. Kredi kartı sisteminde daha başında kart hamilinin kredi kartıyla yaptığı harcamaların tutarının, kart çıkaran kuruluş tarafından ödeneceği kararlaştırıldığından burada bir teminat yoktur.

Üye işyeri sözleşmesi, kanımızca “itibar emri” değildir. Kartlı sistem bakımından kredinin verilmesi üçüncü kişinin, vekilin borçlusu olması ve ayrıca ifasının vade olarak ertelenmiş olması zorunludur, borçlu

⁵² İşgüzar, s.97 dn.47 ‘deki yazarlar.

⁵³ Teoman, s.284.

kart hamili gibi borcunu ifa etmekle sorumlu değilse, itibar emri yoktur, çünkü vekalet veren ancak üçüncü kişinin kredinin verilmiş olması nedeniyle doğan borcundan kefil sıfatıyla sorumludur.⁵⁴

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "borcun yüklenilmesi" de değildir. Borcun yüklenilmesinde üçüncü kişinin borçlunun yerine geçmiş olması ve bu kişinin alacaklıya karşı taahhüdünden kurtarılmış bulunması gerekir. Bu durum, kredi kartı sistemindeki tarafların iradesine uygun değildir. Kartlı sistemde üye işyerinin kendisinden mal veya hizmet satın alan hamili gerektiğinde takip etmek hakkından vazgeçtiğini ileri süremez.⁵⁵

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "borca katılma" da değildir, çünkü borca katılmada borca katılan kişi borçlu gibi aynı sebeple borç altına girdiğinden üye işyerine karşı kart hamilinin sahip olduğu tüm def'ileri ileri sürebilir. Kart çıkaran kuruluşlar, kart hamilleri ve üye işyerleriyle yaptıkları sözleşmelere mal satımı veya hizmet sunumundan doğan tüm def'ilerin kart çıkaran kuruluşa ileri sürülemeyeceği yönünde hükümler koyarlar, böylece üye işyeri ile kart hamilinin aralarındaki bedel ilişkisinden doğan edim ihlallerini kendi aralarında çözerler, bu durum borca katılma olmadığını göstermektedir.⁵⁶

Üye işyeri sözleşmesi "alacağın devri" kanımızca değildir, çünkü alacağın devrinde alacağı devreden alacağın varlığından sorumludur, böylece devralan sonradan alacağın olmadığı anlaşılınca borcu ifadan kaçınır veya daha önceden ödeme yapmışsa bunu geri isteyebilir. Kartlı sistemde ise üye işyeri harcama belgelerinin ödenebilirliğine güvenmek ister, bu nedenle bu türde iade talebi kartlı sisteme uymaktadır. Ayrıca alacağın devrinde alacağı, ivaz karşılığında devralan ancak alacak güvenilirse kazanç sağlayabilir, devreden alacağını indirimli devretmesi için alacağını güvenilir bulması gerekir. Kartlı sistemde alacağın temlikinden farklı olarak iki taraf değil, üç taraf ve üç ayrı sözleşme ilişkisi vardır. Kart çıkaran kuruluşun üye işyerine ödeme yapmak istemesi üçüncü kişiye karşı takip yapabilme hakkı veren bir alacağı devralması değildir.⁵⁷ Üye işyerinde tarafların amacı,

⁵⁴ Teoman, s.85.

⁵⁵ Teoman, s.85.

⁵⁶ Teoman, s.88.

⁵⁷ Teoman, s.91.

devir değildir.⁵⁸ Üye işyeri, bu sözleşmeyi daha fazla müşterinin kendi işyerinde alışveriş yapacağı ve kart çıkaran kuruluşun kartla yapılan ödemelerin bedelini ödeyeceği beklentisi içindedir. Kart çıkaran kuruluşun amacı da kart hamiline karşı bir iş görme sözleşmesine göre üye işyerinden alacağı komisyonlarla kâr elde etmektir.

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "garanti sözleşmesi" değildir, çünkü iki sözleşme birbirlerinden birçok açıdan farklıdır. Garanti görüşüne göre kart çıkaran kuruluşun garanti veren sıfatıyla üye işyerine ödeme yükümlülüğü edimini garanti ettiği kart hamilinin garanti verdiği üye işyerine karşı edimini ifa etmeme şartına bağlanmış olacaktır. Garanti sözleşmesinde, asıl sorumlu olan kişi lehine garanti verilen üçüncü kişidir, garanti verenin sorumluluğu ikinci sıradadır.⁵⁹ Halbuki üye işyeri sözleşmesinde kart çıkaran kuruluş, kart hamili tarafından üye işyerine harcama belgesi tutarını ödemesini garanti etmez, kart çıkaran kuruluş bizzat kendisi üye işyerine ödeme vaadinde bulunmaktadır. Üye işyeri sözleşmesine göre kart hamilinin yükümlülüğü edimini üye işyerine değil, kart çıkaran kuruluşa karşı ifa etmektir, kart çıkaran kuruluşun üye işyerine ödeme yapması kart hamilinin kendisine ödeme yapmasına bağlı değildir.

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "üçüncü kişi yararına sözleşme gereği borcun üstlenilmesi" niteliğinde değildir, çünkü kart çıkaran kuruluşun üye işyerlerine karşı çok kapsamlı ödeme yükümlülüğüne girmesi sonucudur. İfayı üstlenmede ifayı üstlenen, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden doğan tüm def'ileri ileri sürebilir. Bu durumda kart çıkaran kuruluşun kart hamiliyle yaptığı bir sözleşmedeki def'ileri ileri sürmesi, sistemi çalışamaz hale getirir. Kart çıkaran kuruluş her zaman ifayı üstlenen durumda değildir, çünkü ilgili kişi veya yerler bakımından parasal sınırlar sözleşmelerde olabilir. İfayı üstlenen kişi, borçluya yardım etmek amacını taşıırken, kart çıkaran kuruluş kart hamilinin harcama tutarını öderken komisyon kazanmaktadır.⁶⁰

Üye işyeri sözleşmesi, kanımızca "vekalet sözleşmesi" değildir, vekalet verenin kart kuruluşu, vekilin de üye işyeri olduğu düşünüldüğünde vekaletin konusu harcama belgesinin imzalanması karşılığında nakit talep

⁵⁸ Ceylan, Tez , s.63.

⁵⁹ Teoman, s.96-97.

⁶⁰ Teoman, s.99.

etmekten vazgeçmek, kart çıkaran kuruluştan aynı harcama belgesinin ibraz edilmesi halinde ödemede bulunmayı istemektir. Vekalet sözleşmesinde yapılacak işin vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun yapılması gerekir. Üye işyerinin kredi kartını kabul etmesi, kart çıkaran kuruluşun menfaatine ve iradesine uygundur. Ancak vekalet sözleşmesinde sonuç alınamamasında sorumluluk vekile ait değildir, üye işyeri sözleşmesinde ise bu sorumluluk üye işyerine yüklenebilir. Vekilin talimatına uymak ve dürüst hareket etmekle yükümlüyken, üye işyeri kendi edimini kart hamiline sunmak yükümlülüğü altında değildir.⁶¹

*Üye işyeri sözleşmesi, kanımızca "belgeli akreditif" değildir, çünkü akreditifte satış konusu mal hemen teslim edilmediği halde, kartlı sistemde üye işyeri sattığı malı hemen kart hamiline vermektedir. Belgeli akreditifte, mal üzerinde tasarrufu sağlayan belge mal bedelinin ödenmesinin güvencesi olduğu ve banka alıcıya bu belgeleri ancak satış parasının kendisine ödenmesinden sonra teslim ettiği halde, kartlı sistemde kart çıkaran kuruluş edimler değişiminde aracı değildir.*⁶²

*Üye işyeri sözleşmesi, kanımızca "havale" değildir, çünkü havalede kabulün bildirilmesi kartlı sisteme uymamaktadır, havalede gönderilenin havaleyi kabul etmesi için öncelikle kendisine havalenin bildirilmiş olması gerekir, kartlı sistemde kart çıkaran kuruluş üye işyeri henüz kendisine harcama belgesini ibraz etmemiş olsa bile kart hamilinin ödemesini kabul edebilir.*⁶³

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "soyut borç vaadi" değildir, çünkü soyut borç vaadinde bulunulması sırasındaki şekil ve irade sakatlıkları ileri sürülmesi kartlı sistem için zorluklar yaratır, bazı borçların kredi kartı ile ödenmesinde ahlâka, adaba veya kanuna aykırılığa sebep olabilir, soyut borç vaadi niteliği gereği bir kerelik somut bir edime ilişkindir, halbuki kredi kartı sisteminde sürekli borç ilişkisi söz konusudur, soyut borç ilişkisiyle tek taraflı borç altına girilirken, kart sisteminde tarafların yükümlülükleri karşılıklıdır.

Üye işyeri sözleşmesi kanımızca "ibra sözleşmesi" niteliğinde değildir, çünkü ibra sözleşmesinin var olduğu takdirde kart hamilinin borcu

⁶¹ Teoman, s.72.

⁶² Teoman, s.103.

⁶³ Teoman, s.106.

üye işyeriyle kart çıkaran kuruluş arasındaki kendi lehine imzalanan sözleşme uyarınca sona ermiş olacaktır, üye işyerinin kart hamiline karşı olan yükümlülüğü geçerliliğini korur, üye işyeri kart hamiline kesinlikle rücu edemez. Kart çıkaran kuruluş ödemelerini tatil veya iflas etmiş olması durumunda çelişki doğacaktır.

VII.Kredi Kartı Uygulamasında Kart Hamili ile Üye İşyeri Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kart hamili ile üye işyeri arasında sözleşme satış, kira veya eser gibi veya bunlardan birini veya birkaçını içeren bileşik veya karma veya kendine özgü bir sözleşme olabilir.⁶⁴ Üye işyeri, mal satıcısı veya hizmet sağlayıcısı olarak kredi kartı sistemi içinde yer aldığından bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerinde bir değişiklik olmaz. Bu sözleşmenin diğer tarafı olan kart hamilinin borcu ise para borcudur. Kart hamili, borcunu kredi kartıyla ödemek zorunda değildir, ancak üye işyeri kart hamilinin nakit yerine kredi kartıyla ödemesini kabul etmek zorundadır.⁶⁵

VIII. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'da Tüketici Kredisi Olarak Kredi Kartı Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Tüketici kredisi, 4077 s. TKHK. m.10 hükmünde, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredi iken, 6502 s. TKHK. m.22 hükmünde ise kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmedir. Yeni TKHK. 'da tüketici kredisinin tanımı genişletilmiştir. Böylece sadece bir mal veya hizmet edinmek amacıyla nakit olarak kredi kullanılması dışında benzer finansman metotları da bu kapsama girmiştir.⁶⁶

⁶⁴ Teoman, s.198.

⁶⁵ Ceylan,Tez , s.187.

⁶⁶ İbrahim Murat Haznedar, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi* ,Mayıs-Haziran , C. 88 , s.2014/3, s.9.

Kanun koyucu, m.22/II hükmünde faiz veya faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi sözleşmesi olacağını belirlemiştir. Tüketicinin ödemelerinin üç ayı aşmayacak şekilde ertelendiği kredi kartlarına ilişkin sözleşmeler ise tüketici kredisi sayılmamaktadır. Böylece Yeni TKHK.'na göre kredi kartı sözleşmesinin iki temel unsuru vardır. Birincisi, faiz veya menfaat karşılığında düzenlenmesidir. İkincisi ise ödemenin üç ay ve daha fazla ertelenmesi veya taksit imkanının sağlanmasıdır. Kredi veren tarafından tüketicinin kredi kartıyla yaptığı alışveriş bedellerini herhangi bir faiz, komisyon veya kredi kartı aracılığıyla kullanılan krediler, diğer tüketici kredilerinden farklıdır. Bu nedenle tüketici kredisi sözleşmesindeki bazı hükümler kredi kartı sözleşmesinde uygulanmayacaktır. Nakit tüketici kredilerinde tüketici, krediyi belirli bir süre içinde kullanıp kapatır ama kredi kartı kredisinde kapattıktan sonra tekrar tekrar kullanılabilir⁶⁷.

Eski TKHK.m.10/A hükmünde, kredi kartıyla mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartıyla nakit çekim suretiyle kullanılan krediler de m.10 hükmündeki tüketici kredileri hükümlerine tabiydi⁶⁸. Ancak kredi kartı sözleşmesi bakımından bünyesine uygun olmayan bazı hükümler uygulanamazdı. Bunlar, m.10/II a (tüketici kredisi tutarı), m.10/II b (faiz ve diğer unsurlarla beraber toplam borç tutarı), m.10/II h (kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar), m.10/II ı (kredinin yabancı para cinsinden kullanılabilmesi durumunda geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar) ve dördüncü fıkra (erken ödemeye ilgili) hükümleriydi. Kredi kartı sözleşmesinde faizin hesaplandığı yıllık oran, ödeme tarihleri, anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı, istenecek teminatlar, akdi faiz oranının % 30 fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları yer alması gerekliydi.

⁶⁷ Aslan, s.430.

⁶⁸ Ebru Ceylan, "Tüketicinin Kredi Kartlarından Korunması", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, İstanbul 2007, s.27 vd.

2. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinin Şekli

Kredi kartı sözleşmesinin şeklinin, 4077 sayılı TKHK.m.10 'da tüketici kredilerini düzenleyen madde gereği yazılı şekilde yapılması düzenlenmiştir.

Yeni TKHK.m.22/I 'e göre tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde, tüketici kredisi sözleşmesinin şekil şartları geçerli olacaktır. Tüketici kredisi sözleşmelerinde şekil şartları geçerlilik şartıdır⁶⁹. Tüketici kredisi sözleşmesi, 6502 s. TKHK.m.22/III hükmüne ve m.4 /I hükmüne göre yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmaz. Sözleşmede zorunlu şekil şartları eksikse yaptırımı kesin hükümsüzlüktür. Kredi veren geçerli bir sözleşme yapmamışsa sonradan sözleşmenin geçersiz olduğunu tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyecektir.

Kredi kartı sözleşmesi bir tüketici sözleşmesi olduğundan, 6502 sayılı yeni TKHK.m.4 hükmündeki temel ilkelere göre bu sözleşme yazılı şekilde, bilgilendirmelerin en az on iki punto olarak, anlaşılabilir dilde ve açıklıkta ve okunabilir şekilde düzenlenmelidir ve sözleşmenin bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmelidir. Kredi kartı sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu olmayan şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik, sözleşmenin geçerli olmasını etkilemeyecektir. Bu eksikliği sözleşmeyi düzenleyen derhal gidermesi gereklidir. Eğer kredi veren bu yükümlülüğünü yerine getirmese m.77/I hükmü gereği 200 TL idari para cezası ödemek zorunda kalacaktır. Kredi kartı sözleşmesinde yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması durumunda bu hüküm tüketici lehine yorumlanmalıdır.⁷⁰

BKHK.m.24 hükmünde ayrıntılı şekilde kredi kartlarında şekil şartları düzenlenmiş olduğundan TKHK.'da ayrıntılı bir şekil düzenlemesine ihtiyaç duyulmamıştır. BKHK.m.24 hükmüne ve BKHKY. m.17 hükmüne göre, kredi kartı sözleşmesi en az on iki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanacak yazılı sözleşme ile düzenlenir. Sözleşmenin bir örneği kart hamilini ve varsa kefile verilir. Sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında kart hamiline ayrıntılı bilgi verilmesi

⁶⁹ Akipek, s.113, Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. bası, Ankara 2013, s. 393, 394.

⁷⁰ Aslan, s.315.

zorunludur. Kredi kartı sözleşmelerinde puntoları belirleyecek kadar şekil zorunluluğu getirilmesini nedeni, kredi verenin tüketiciyi aldatmasına karşı korumaktır. *Kanımca tüketicinin korunması bakımından sözleşmenin yazılı şekilde ve okunabilecek düzeyde koyu renkte yazılması tüketicinin dikkatini çekmek için olumludur.⁷¹ Zira BKKKK. yürürlüğe girmeden önce geçmişte pek çok banka kredi kartı sözleşmelerini küçük harflerle yazarak tüketicileri yanıltmıştır ve zarar görmesine neden olmuştur. Bu nedenle bu sözleşmelerde şekil zorunluluğu kanımca tüketiciyi korumaktadır.*

BKKKK.m.24 hükmüne göre kart çıkaran kuruluşların kart hamilleri ile kuracağı sözleşmelerin şekli ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar Kurul tarafından belirlenir.

3. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü

6502 sayılı yeni TKHK. kapsamında tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmeleri için sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece kredi veren ve varsa kredi aracısı tüketiciye sözleşme öncesi bilgi formunu sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermek zorundadır (TKHK.m.23). Eğer tüketiciye karşı kredi veren ve varsa kredi aracısı bilgi verme yükümlülüğüne aykırı hareket ederlerse TKHK.m.77 /I hükmü gereği 200 TL idari para cezası uygulanacaktır. Bilgilendirme formunun makul bir süre önce verilmesinin sebebi, tüketicinin sözleşmeyle ilgili düşünme süresine sahip olması ve bilinçli şekilde sözleşmeyi kurması içindir.⁷² *Kanımca, bu yeni düzenleme tüketicinin korunması bakımından isabetli olmuştur.*

Tüketicinin sözleşme şartları hakkında bilgilendirilmesi sözleşmenin kurulmasından önce etki altında kalmadan iradesini serbestçe oluşturması ve kullanması bakımından tam ve doğru bilgilendirilmesi önemlidir. Avrupa Adalet Divanı bilinçli tüketici modelini geliştirmiştir. Bunun anlamı tüketicinin bilinçli seçim yapabilmesi için ürünler hakkında bilgiye sahip olmasıdır. Bu nedenle AB Tüketici Kredileriyle ilgili Direktif 'nde de tüketicini bilgilendirilmesi düzenlenmiştir⁷³.

⁷¹ Ebru Ceylan, "Banka Kredi Kartları, 9. Panel -Banka Kredileri ve Tüketiciler", Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, Mart 2009, s.932.

⁷² Önal, s.36.

⁷³ Ebru Ceylan, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri

4. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinin Unsurları ve Şartları

Tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinin unsurları krediyi kullanan kişinin tüketici olması, kredi verenin ise mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi olması ve kredinin faiz veya faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde kullanılmasıdır. Bu sözleşmenin tarafları, tüketici ve kredi verendir.⁷⁴ Tüketici, 6502 s. TKHK.m.3k hükmüne göre ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Yeni TKHK. 'da eski TKHK.'dan farklı olarak edinen, kullanan ve yararlanan ifadeleri kullanılmamıştır.

Kredi veren ise 6502 s. TKHK.m.3ğ hükmüne göre mevzuatı gereği tüketicilere kredi veren gerçek veya tüzel kişidir. Yeni TKHK.'da kredi vermeye yetkili olanlar tek tek sayılmamıştır. Kanımca yeni tanım eskisine göre daha kapsayıcı olmuştur.

Tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinin kurulması için tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamaları gereklidir. Bu sözleşmede faiz veya benzeri menfaat ile kredi verme veya kredi verme taahhüdü karşılıklı değişime konu olan edimlerdir. Kredi veren tüketicilere kredi verecektir, tüketici de kredi verene faiz veya benzeri bir menfaat sağlayacaktır.

Kredi kartı sözleşmelerini düzenleyen kart çıkaran kuruluşların sözleşmeye haksız şartlar koyarak tüketicilere zarar vermeleri uygulamada görülen en önemli sorunlardan biridir. Kredi kartı sözleşmesi hukuki nitelik olarak bir "tüketici sözleşmesi" niteliği taşıdığından tüketici sözleşmelerinde haksız şartları düzenleyen m.5 hükmündeki korumadan kredi kartı kullanan bütün tüketiciler yararlanacaktır. Kredi kartı düzenleyen kart çıkaran kuruluşun tek yanlı, soyut ve genel olarak önceden psikolojik baskı altında olmadan bütün olasılıkları düşünerek dilediği gibi sözleşme şartlarının hazırlanması durumunda tüketici pazarlık ve görüşme imkanından yoksun olarak sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek veya reddetmekten başka seçeneğe sahip de-

⁷⁴ -II" , *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80 Ocak-Şubat 2009 , s.127.
Ebru Ceylan, *Banka ve Kredi Kartları*, 20.03.2006 Günlü Sempozyumun Notları, İstanbul Barosu Yayınları , İstanbul 2006 , s.41.

ğildir. Tüketici, genel işlem şartlarını içeren standart sözleşme metnini değiştirme yetkisine sahip değildir.⁷⁵ Bu durum, taraflar arasındaki sözleşmede eşit olmaları prensibini, sözleşme özgürlüğü prensibini ve sözleşme adaletini bozmaktadır.⁷⁶ Tüketicinin güçlü şirketler karşısında ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz, bilgisiz, tecrübesiz olması, sonuçta sömürülmesi sonucunu doğurmaktadır.

Standart bir sözleşme olan kredi kartı sözleşmesinin içeriğine tüketicilerin etki edememesi nedeniyle tüketici aleyhine hüküm doğuran ve müzakere edilme imkanı bulunmayan şartları "haksız şart" niteliğinde olup kesin olarak geçersizdir. 6502 s. Yeni TKHK. m.5 hükmünde düzenlenen "haksız şartlar" bütün tüketici işlemleri için geçerlidir. Bu hükme göre tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan şartlar böyle şartlardır.

Haksız şartlar ile genel işlem şartları aynı kavramı ifade etmez. Taraflardan birinin tüketici olmadığı sözleşmelerde genel işlem şartlarının sınırlandırılması ilk kez hukukumuzda yeni Türk Borçlar Kanunu'nun m.20-25 hükümleriyle düzenlenmiştir.⁷⁷ Bir genel işlem şartı haksız şart niteliğinde olabilir veya olmayabilir⁷⁸. Tanım bakımından her iki düzenleme karşılaştırıldığında TBK.m.20 hükmünde "ileride çok sayıda sözleşmede kullanma amacı" arandığından TKHK.m.5 hükmüne göre daha geniştir. Ayrıca TKHK. ile sadece içerik denetimi ve yorum denetimi düzenlendiği halde, TBK. ile fazladan yürürlük denetimi de düzenlenmiştir. TKHK'ndeki haksız şart düzenlemesi, TBK. hükümlerine göre özel hüküm niteliğindedir.⁷⁹

⁷⁵ Ebru Ceylan, "Genel İşlem Koşulları", Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, s.172 vd.

⁷⁶ Mehmet Bahtiyar, "Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Sözleşmenin Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26 Maddelerinin Değerlendirilmesi", 5464 Sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Yol Açtığı Sorunlar, İstanbul 2009, s.83, 84.

⁷⁷ M. Kemal Oğuzman /Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. bası, İstanbul 2013, s.164.

⁷⁸ Ceylan, Genel İşlem, s. 184; Ebru Ceylan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s.25.

⁷⁹ Ebru Ceylan,"6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik⁸⁰ m.7 hükmüne göre tüketiciyle kurulan sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Bu Yönetmeliğin haksız şartların denetimini düzenleyen m.8 hükmüne göre Bakanlığın, haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alacağı, Bakanlığın sözleşmeyi düzenleyene otuz gün süre vereceği, Bakanlığın bu süreyi gerekli görürse doksan güne kadar uzatacağı düzenlenmiştir. Ayrıca haksız şart olarak tespit edilen şartların sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi durumunda, tespit tarihinden önce kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilecektir. Sözleşmeyi düzenleyen Bakanlığın verdiği sürenin bitimine kadar haksız şartları sözleşme metninden çıkarmazsa her bir sözleşme için m.77 hükmü gereği para cezası uygulanacaktır. Diğer kredi kartı sözleşmelerindeki haksız şartların da sözleşme metninde bulunması BKKKK.m.24/IV'de yasaklanmıştır.

TKHK.m.22 /II hükmünde, tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesine uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesindeki orandır. Bu orandan daha fazla olamayacağını m.22/II hükmü belirtmektedir.

Doktrinde Reisoğlu,⁸¹ bankalar tarafından kullanılan kredilerin TTK.m.19/II 'ye göre ticari iş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, ticari işlerde faizin TTK.m.8/II gereği serbestçe belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Reisoğlu, tüketici kredisi sözleşmesinin ve kredi kartı sözleşmesinin ticari iş sayılmasını engelleyen bir maddenin Kanunlarda yer almadığından hareketle ve bankaların tüm işlem ve fiillerinin ticari iş olması nedeniyle tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşme-

Kredisi Hakkında Yeni Düzenlemeler" , *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı* , C. 88 , 2014 Özel Sayı : 1 , s.70.

⁸⁰ RG. T. 17.09.2014. S.29033. Bu Yönetmeliğin yayımı tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 13.06.2003 tarihli ve 25137 sayılı RG. 'de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği yürürlükten kalkmıştır.

⁸¹ Seza Reisoğlu, "Tüketici Kredilerinde ve Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları" , *Bankacılar Dergisi* , S.90, 2014, s.112 vd.

sine uygulanacak faizler hakkında TTK.m.8 ve m.9 hükümlerinin göz önünde tutulması gerektiğini ileri sürmüştür.⁸² TTK.m.8/III hükmünde belirtilen “Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır” fıkrasının tüketici kredisinin ticari iş sayılmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Ancak doktrinde⁸³ ve pek çok Yargıtay kararlarında⁸⁴ TKHK. çerçevesindeki kredilerde akdi faiz ve temerrüt faizinin TBK.m.88 ve m.120 hükümlerinde belirtilen sınırlamalara uygun olarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

6502 sayılı yeni TKHK. m.4/VII hükmüne, tüketici kredisi sayılan kredi kartları tüketici işlemi olduğundan tabidir. Bu hüküm gereği temerrüt hali de dahil olmak üzere tüketici işlemlerinde bileşik faiz uygulanması yasaklanmıştır. Diğer kredi kartı sözleşmeleri için de 5464 sayılı K.m.26 hükmü de bileşik faizi yasaklamıştır.

Tüketici kredisi sayılmayan diğer kredi kartı sözleşmelerinde sözleşme şartlarını düzenleyen BKKKK.m.24 hükmüne göre, kart çıkaran kuruluşların kart hamilleri ile kuracağı kredi kartı sözleşmelerinin şekli ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar ise BDDK tarafından belirlenir (m.24/II).

Tüketici kredisi sayılmayan diğer kredi kartı sözleşmelerinde sözleşmede belirlenen asgari tutar dönem borcunun % 20'sinden aşağı olamaz. Kurul, Hazine Müsteşarlığı ve T.C. Merkez Bankasının olumlu görüşünü alarak bu oranı % 40'a kadar arttırmaya, arttırdığı oranı % 20 ye kadar düşürmeye veya belirtilen sınırlar içinde bu oranı kart hamili grupları itibariyle farklılaştırmaya yetkilidir. Hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarı son ödeme tarihinde ödenmediği takdirde kart hamili ödenmeyen tutar için sözleşmede öngörülen gecikme faizi dışında bir yükümlülük altına sokulamaz (BKKKK. m.24/III).

Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle kendisinden sadece sözleşmede yer alan faiz, masraf istenebilir, sözleşmede yer almayan faiz ve masraf ise talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesilemez.

⁸² Reisoğlu, s.115.

⁸³ Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiziyle İlgili Düzenlemeler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S.1, 2010 , s.122.

⁸⁴ Y.13. HD. T. 09/12/2013 E. 2013/18014 K.2013/30720 (Reisoğlu, s.118) ; Y.13. HD.T.16.04.2013/30885 K.2014/1935 (Reisoğlu, s.118). Bu kararlarda, TBK.m.88 ve TBK.m.120 hükümlerinin emredici niteliği nedeniyle getirilen sınırlamalar dikkate alınmıştır.

Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilmesi yasaktır (BKKKK. m.24/IV)

Tüketici kredisi sayılmayan kredi kartı sözleşmelerinde, sözleşmede faiz oranı, BKKKK.m.26 hükmünde⁸⁵ düzenlenmiştir. Faiz hesabıyla ilgili BKKKK.m.26/III hükmüne dayanılarak çıkarılan son Tebliğ olan Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanacak Azami Faiz Oranları Hakkındaki Tebliğ'e göre,⁸⁶ kredi kartı işlemlerinde uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranlarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir. Bu Tebliğ'in m.4 hükmünde azami faiz oranları,⁸⁷ m.5

⁸⁵ BKKKK.m.26 hükmüne göre "Bir hesap dönemine ilişkin toplam borç tutarı veya hesap bakiyesi üzerinden o döneme ilişkin hesap özeti düzenlendiği hesap kesim tarihinden önceki bir tarih itibarıyla faiz yürütüleceğine ilişkin kayıtlar hükümsüzdür. Nakit kullanımına ilişkin borçlar hakkında işlem tarihi esas alınabilir. Nakit kullanımı kapsamında değerlendirilecek işlemler Kurulca belirlenir. Dönem borcunun bir kısmının ödenmesi halinde hesap bakiyesi üzerinden faiz hesaplanır. Kalan hesap bakiyesine asgari tutar ve üzerinde ödeme yapılması durumunda akdi faiz, asgari tutarın altında ödeme yapılması durumunda ise gecikme faizi uygulanır. Temerrüt hali de dahil olmak üzere kart uygulamasından doğan borçlarda bileşik faiz uygulanmaz. Türkiye Cumhuriyeti merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar. Hesap kesim tarihi ile son ödeme tarihi arasında on günden az bir süre olamaz. Katılım bankaları açısından bu kanun uygulamasında yer alan faiz kar payı, gecikme faizi ise gecikme cezası olarak uygulanır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrasının f bendi kredi kartları için uygulanmaz."

⁸⁶ RG. T. 22. 10. 2014 S.29153.

⁸⁷ Azami akdi faiz oranlarının belirlenmesi

MADDE 4 - (1) Kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranlarının belirlenmesinde, bankalar tarafından Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasına haftalık olarak bildirilen ve ilgili hafta içinde Türk lirası cinsinden kullanılan ihtiyaç kredilerine uygulanan diğer maliyetler dâhil ağırlıklı ortalama efektif yıllık faiz oranları esas alınır. Bu oranlar bankacılık sektörü için toplulaştırılır ve aylık basit faiz oranı karşılığı hesaplanır. Bu oranın son on üç haftalık basit aritmetik ortalaması alınarak "ihtiyaç kredisi aylık faiz oranı" hesaplanır.

(2) Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranı, birinci fıkrada belirtilen esaslara göre hesaplanan ihtiyaç kredisi aylık faiz oranı;

a) Yüzde 1,15 ve yüzde 1,59 aralığında ise yüzde 2,02,

b) Yüzde 1,59'dan büyük ise, ihtiyaç kredisi aylık faiz oranına 43 baz puan eklenmesiyle bulunan oran,

c) Yüzde 1,15'ten küçük ise, ihtiyaç kredisi aylık faiz oranına 87 baz puan eklenmesiyle bulunan oran, olarak belirlenir.

(3) Yabancı para cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranı, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranının yüzde 80'i olarak belirlenir.

hükmünde azami gecikme faiz oranları ⁸⁸ belirtilmiştir. Bu sözleşmelerde yer alması gereken zorunlu unsurlar, BKKKY.m.17 hükmünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

5. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Cayma Hakkı

Kredi kartlarına ilişkin bütün sözleşmeler tüketici kredisi sayılmadığından bütün kredi sözleşmelerinde cayma hakkı yoktur, sadece tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde cayma hakkı vardır. Cayma hakkı, tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde tüketicinin lehine olarak yeni TKHK. 'nun getirdiği en önemli düzenlemelerden biridir. *Tüketicinin korunması bakımından tüketiciye cayma hakkının tanınması kanımızca olumlu bir gelişmedir.* Tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde cayma hakkı m.24 hükmünde düzenlenmiştir.

Cayma hakkıyla ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüşse de⁸⁹ hakim görüş kanundan doğan bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu görüşüdür. ⁹⁰ Cayma hakkı bir yenilik doğuran hak olduğundan kullanılmakla tüenecektir, geri alınamayacaktır ve kanunda belirtilen hak düşürücü süreye bağlı olacaktır. Cayma hakkı kullanıldığında yeni bir hukuki durum doğmaktadır. Bu hakkın kullanılmasıyla sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkmaktadır.⁹¹ Yeni TKHK.m.24

⁸⁸ Azami gecikme faiz oranlarının belirlenmesi

MADDE 5 - (1) Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami gecikme faiz oranı, Türk lirası cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranına 50 baz puan eklenerek belirlenir.

(2) Yabancı para cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami gecikme faiz oranı, yabancı para cinsinden kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi faiz oranına 50 baz puan eklenerek belirlenir.

⁸⁹ Serozan, cayma hakkının geri alma hakkının aksine sadece borçlandırıcı işlemi kapsadığını, tasarruf işlemi kapsamadığını belirtmiştir. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, İstanbul 200, s.144.

⁹⁰ Serozan, *Dönme*, s.124; Çağlar Özel, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Ankara 1999, s.74 vd., Tamer İnal, *Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 3. baskı İstanbul 2014, s.334;M. Alper Gümüş, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C. I , İstanbul 2014, s.186.

⁹¹ Davut Gürses, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'a Göre Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Cayma Hakkı", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 140, Yıl 2014, s.274.

hükmünde, tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde “cayma hakkı” ifadesi kullanılmıştır. *Cayma hakkı ifadesinin kullanılması kanımca isabetli olmuştur, çünkü tüketici sözleşmeden caydıktan sonra krediyi geri ödeyecektir. Burada geçmişe etki vardır, fesih ise ileri etkili sona erdirdiğinden kullanılmaması kanımızca daha isabetli olmuştur.*

Cayma hakkı, tüketicinin korunmasına hizmet eden bir haktır. Bu hak, Kanunda sadece tüketiciye verilmiştir, kredi verene verilmemiştir. Cayma hakkının tüketiciye tanınmasının sebebi, sözleşme kurulduktan sonra ekonomik olarak altından kalkamayacağı kredi borçlarından kurtulması için kendisine bir şans verilmesi içindir.⁹²

Kredi verenin cayma hakkıyla ilgili kredi vereni bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük kapsamına cayma hakkının varlığı, hakkın kullanım süresi, kredi kullanılmış ise bu hakkın nasıl kullanılacağı ve iade konusu ve iletişim bilgilerini vermek girmektedir⁹³. AB Tüketici Kredileri Direktifi m.14 hükmüne göre bilgilendirme eksikliği devam ettiği sürece cayma hakkına ilişkin süre işlemeyecektir.⁹⁴ Yeni TKHK’nda, AB Tüketici Kredileri Direktifi m.14’ün aksine cayma hakkının sözleşmenin kurulmasıyla mı yoksa kredi verenin edimini ifa etmesiyle mi başlayacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Ancak Yeni TKHK.m.24/III hükmünde tüketicinin krediden yararlandığı durumlarda caymaya ilişkin kuralların düzenlenmesi nedeniyle bu hakkın sözleşmenin kurulmasıyla doğduğu anlaşılmaktadır. Cayma hakkı konusunda kredi veren, tüketiciye bilgi verdiğini ispatla yükümlüdür. *Kanımca ispat yükünü kredi vereni yüklemesi isabetlidir.*

Tüketici, cayma hakkını tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasından itibaren kredi verene yönelteceği bir irade beyanıyla kullanacaktır. Tüketicinin cayma hakkıyla ilgili bildirim cayma süresi içinde kredi verene yöneltmiş olması yeterlidir. Cayma bildiriminin şekliyle ilgili Yeni TKHK’nda bir şekil belirtilme-

⁹² Gürses, s.277.

⁹³ Gürses, s.278.

⁹⁴ Yeşim Atamer, “Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum”, Türk İsviçre Hukuk Günleri, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s.257.

diğinden tüketici cayma bildirimini yazılı veya sözlü olarak yapabilir. Ancak tüketicinin cayma bildirimini yazılı yapması ispatlamada kolaylık bakımından tüketicinin daha fazla menfaatine olacaktır.

Tüketicinin cayma hakkını kullanması için kredi verenle tüketici arasında bir kredi kartı sözleşmesinin kurulmuş olması ve hak düşürücü süre olan on dört gün içinde hakkını kullanması gereklidir. Tüketici, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin bu hakkını kullanabilir.

Tüketici, krediyi kullanmadan cayma bildiriminde bulunmuşsa, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erecektir.

Tüketici, krediyi kullandıktan sonra cayma hakkını kullanmışsa krediden yararlandığı hallerde anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri ödemelidir. Bu süre içinde ödeme yapılmazsa tüketici kredisinden cayılmamış sayılmaktadır. Faiz, akdi faiz oranına göre hesaplanır. Bu faiz oranı, cayılan sözleşmede belirtilen ve tarafların anlaştığı orandır. Tüketiciden, kredi veren hesaplanan akdi faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep etmeyecektir. Bu hüküm gereği kredi veren tarafından kredi kullanımı sebebiyle üçüncü kişilere ödenen masrafların da tüketiciden istenebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması tüketicinin üzerine bu masrafları ödemeye yükümlü olması tüketicinin aleyhine olmuştur. *Kanımızca kamu kurum ve kuruluşları bir hizmet ifa etmişse bu durumda tüketiciden masraf talep edilmelidir, eğer bir hizmet ifa etmemişse masraf talep edilmemelidir.*

Tüketici kredisi sayılmayan diğer kredi kartı sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili hükümler, BKKKK.m.25/II ve BKKKY. m.18/II'de düzenlenmiştir. Kart hamili kredi kartını veren kuruma başvurarak fesih hakkına sahiptir. Kredi kartı sözleşmesinin sona ermesinde ifade olarak "fesih" ifadesi kullanılmıştır. Fesih hakkı, sürekli borç doğuran sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran haktır⁹⁵.

⁹⁵ Oğuzman/Öz, s.452.

6. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Değişiklikler

a.Faiz Dışı Değişiklikler

6502 sayılı TKHK.m.26 hükmünde, tüketici kredisi sözleşmesinde değişiklik yapılması düzenlenmiştir. Bu hükümde belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesinin şartlarının tüketici aleyhine değiştirilmesi yasaklanmıştır.

Belirsiz süreli sözleşme niteliğinde kabul edilen kredi kartı sözleşmesinde, faiz dışı yapılacak değişiklikler Yeni TKHK.'da düzenlenmemiştir. Belirsiz süreli sözleşme olan kredi kartı sözleşmesinde BKKKK.m.25 hükmünde sözleşmede yapılacak değişikliklerin kart hamiline bildirileceği, bu değişikliklerin bildirim yapıldığı döneme ilişkin hüküm doğuracağı, bildirim ait olduğu döneme ilişkin son ödeme tarihinden sonra kartın kullanılmaya devam edilmesi durumunda sözleşmede meydana gelen değişikliklerin kabul edildiğinin sayılacağı düzenlenmiştir. Kart hamili, sözleşme değişiklikleri durumunda kredi kartını talep ederek iptal ettirebilir ve sözleşmeyi feshedebilir. *Kanımızca Yeni TKHK.'nun amacı gereği kredi kartı faiz değişiklikleriyle ilgili bir düzenlemenin yapılmasında tüketiciler bakımından yarar vardır, çünkü BKKKK. kapsamında yapılacak olan sözleşme değişikliklerinin daha çok kredi veren lehine yapılması ihtimali yüksektir.*

b.Faiz Oranının Artırımıyla İlgili Değişiklikler

Ülkemizde kredi kartı kullanımında en önemli sorunlardan biri kart çıkaran kuruluşların sözleşme faizi oranlarını değiştirmesiydi. Bu keyfi uygulamayı önlemek amacıyla Eski TKHK. m.10 A /III hükmünde bir düzenleme getirilmişti. Bu hükümle kredi veren otuz gün önce faiz artırımını tüketiciye bildirmek zorundadır. Kredi veren tarafından artırılan faiz oranı geriye dönük uygulanamaz. Tüketici bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcu ödeyip kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmediği düzenlenmişti. Bu hükümle kanun koyucu kart çıkaran kuruluşun faiz oranını keyfi olarak değiştiremeyeceğini, bu nedenle tüketicinin zarar görmesini engellemeyi amaçlamıştı⁹⁶.

⁹⁶ Akipek, s.115.

6502 sayılı Yeni TKHK.m.26/II hükmünde kredi kartı sözleşmesinde faiz oranının artırılmasıyla ilgili değişiklik yapılmasını açıkça düzenlemiştir.

6502 sayılı Yeni TKHK.4 hükmüne göre tüketici sözleşmelerinde belirlenen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Bu yasağın istisnası niteliğindeki yeni TKHK.m.26/II hükmünde bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak tüketiciye bildirilmesi gerektiği, bu bildirimde yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verileceği, faiz oranının artırılması halinde, yeni faiz oranının geriye dönük olarak uygulanmayacağı, tüketicinin en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmeyeceği düzenlenmiştir. Faiz artırımına ilişkin bildirimde yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile ödeme aralıkları belirtilmelidir.⁹⁷

Bu hükümde bildirim şekliyle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu konu özellikle taraflar arasında faiz artışı konusunda çıkabilecek ihtilaflarda ispat hukuku bakımından önem taşımaktadır.⁹⁸ *Bildirim hesap döneminden ne kadar önce yapılmasının gerektiği düzenlenmemesi kanımızca bir eksiklik.*⁹⁹

Tüketici kredisi sayılmayan kredi kartı sözleşmeleriyle ilgili uygulanacak BKKKK.m.25 hükmünde de faiz oranının artırılmasıyla ilgili değişikliğin hüküm doğurması için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi gerektiği, kart hamilinin faiz artırımına ilişkin bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmeyeceği düzenlenmiştir.

⁹⁷ Önal, s. 41.

⁹⁸ Ceylan, Panel, s. 937.

⁹⁹ Aynı kanaatte Önal, s.42.

7. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Erken Ödeme

4077 sayılı TKHK.m.10 hükmünde erken ödeme, tüketici kredileri için düzenlenmişti. Ancak kredi kartlarını düzenleyen TKHK. m.10/A hükmünde ise tüketici kredisi düzenlemesinin uygulanmayacak hükümleri düzenlenmişti. Erken ödeme düzenlemesi, kredi kartları için uygulanmayacak düzenlemelerden biriydi.¹⁰⁰

Kredi kartları, hizmet çeşitliliği ve taraf sayısı dikkate alındığında çeşitli ayırımlara ayrılmaktadır.¹⁰¹ Erken ödeme, debit kartlar bakımından ve kredilendirme özelliği olan kartlar bakımından incelenmelidir. Debit kartlar, kredi kartı özelliğini taşımadıkları için TKHK. anlamında kredi kartı olarak kabul edilmez. Ancak kredilendirme özelliği taşıyan kredi kartları ise tüketicinin yapmış olduğu alışverişte ödemeyi üç ay ve daha fazla süreyle ileriye erteleme veya taksitle ödeme imkanı sunan kartlardır.

6502 s. Yeni TKHK. 'da tüketici kredileri için erken ödeme m.27 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hüküm, - eski TKHK. 'dan farklı olarak -tüketici kredisi niteliği taşıyan kredi kartları içinde uygulanacaktır. Bu hükme göre, tüketici vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hallerde kredi veren, erken ödeme miktarına göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür. Böylece kredi verenin kredi kartı borcunu kısmen veya tamamen önceden ödemesi durumunda tüm faiz ve giderler hakkında indirim yapması tüketici lehine olmuştur. *Kanımca bu hüküm tüketici lehine olup olumlu bir değişikliktir.*

8. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Temerrüt Faizi

Kart çıkaran kuruluşların keyfi olarak farklı oranlarda faiz uygulamaları nedeniyle tüketici uzun yıllar zarar görmüştür. Temerrüt faizi sorunu tüketiciler bakımından önemli bir sorundur. Temerrüde

¹⁰⁰ Ceylan, 2007 , s.25 vd.

¹⁰¹ Teoman, s.41 vd.

düşen borçlunun hangi tarihten itibaren temerrüde düştüğü konusunda farklı uygulamalar vardır.¹⁰²

4822 sayılı TKHK değişikliği ile 4077 sayılı TKHK. 'a kredi kartlarıyla ilgili geçici hüküm¹⁰³ kabul edilmiştir. Eski TKHK.m.10 A/II hükmünde dönemsel hesap özetinde yer alan asgari ödeme tutarının vadesinde ödenmemesi halinde tüketiciye sadece, sözleşme faizinin % 30 'unu geçmeyen gecikme faiz oranını uygulanacağı düzenlenmişti.

Kredi kartı kullanımı nedeniyle doğan borçların ödenmesi hakkında ilk yeniden yapılandırma 4822 sayılı Kanunu geçici m.1 hükmüyle yapılmıştır. Bu Kanunun yayımından önce borçlunun temerrüdü nedeniyle ödenmeyerek icra takibi aşamasına gelen veya icra takibine konu edilen kredi kartı borçları temerrüt tarihindeki ana paraya yıllık % 50'yi geçmemek üzere gecikme faizi uygulanarak 12 taksitle ödenir. 5915 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹⁰⁴ ile kredi kartı borçlarının yeniden yapılandırılması düzenlenmiştir.

Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmesi ile belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesinin ayırt edilmesi gereklidir. Kredinin miktarı ve geri ödeme süresinin sözleşme yapılırken belli olması, sözleşmenin belirli süreli olduğunu göstermektedir. Kredilerin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belli olması belirli süreli olduğunu göstermemektedir.¹⁰⁵ Kredi kartlarında kredi miktarının ve geri ödeme süresinin belirli olmaması nedeniyle belirsiz süreli sözleşme olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁶

6502 sayılı Yeni TKHK. m. 28 hükmünde temerrüt, belirli kredi sözleşmeleri için düzenlenmiştir. Bu hükme göre belirli süreli kredi sözleşmeleri için düzenlenmiştir. Bu hükme göre belirli süreli kredi sözleşmeleri için düzenlenmiştir.

¹⁰² Aslan, s.421.

¹⁰³ Geçici madde 1 " Bu Kanunun yayımından önce borçlunun temerrüdü nedeniyle ödenmeyerek icra takibi aşamasına gelen veya icra takibine konu edilen kredi kartı borçları, temerrüt tarihindeki ana paraya, yıllık yüzde elliyi geçmemek üzere gecikme faizi uygulanmak suretiyle on iki eşit taksitte ödenir.

Kredi kartı borçları nedeniyle gerçekleştirilen her türlü takip, yukarıda yer alan hükme göre ilk taksitin ödenmesiyle durur ve son taksitin ödenmesiyle birlikte tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.

Bu madde hükümleri, tüketicinin kredi verene, Kanunun yayımı tarihinden itibaren otuz gün içinde yazılı müracaat etmesi halinde uygulanır".

¹⁰⁴ RG.T.7 Temmuz 2009, S.27281.

¹⁰⁵ Aslan, s.413.

¹⁰⁶ Aslan, s.413.

leşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, belirli şartlarla kredi veren borcun tamamını isteme hakkını kullanabilir. Bu şartlar, kredi verenin borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutması ve bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmüş olması ve kredi verenin tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması şartlarıdır. Muaccel kılınan taksitlerin hesabında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmayacaktır.

Bu düzenleme, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri için geçerli olduğundan kredi kartları “belirsiz süreli sözleşme” olarak kabul edildiğinden temerrüt hükümleri bakımından bu sözleşmede bir değişiklik yoktur. Kredi veren, tüketicinin kullanacağı kredi miktarını tam olarak bilmemektedir, bu nedenle geri ödeme süresi tam olarak hesaplanamaz. *Bu nedenle kanımızca m.28 hükmünün kredi kartına uygulanmaması gerekir.*

Kredi kartı sözleşmelerinde temerrüt tarihi ve temerrüt faiziyle ilgili bir düzenleme yeni TKHK.’da olmadığından Yargıtay içtihatları dikkate alınmalıdır. Temerrüt faizinin işleme anı bakımından kredi kartı sözleşmelerine geçmiş Yargıtay ‘ın yerleşmiş içtihatlarına göre temerrüt tarihi bankanın kredi kartı sahibine gönderdiği ihtarnamenin tüketiciye ulaştığı tarihten itibaren başlayacağı yönündedir.¹⁰⁷

9. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı Sözleşmesinde Sigorta Yaptırılması

6502 sayılı yeni TKHK. m. 29 hükümde, kredi verenin sigorta yaptırması düzenlenmiştir. Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılması yasaklanmıştır. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir.

4077 sayılı TKHK. zamanında kredi veren, tek taraflı olarak tüketici lehine hayat sigortası yaptırdığında tüketici kendi rızası dışında primleri ödemek zorunda kalıyordu. Ayrıca bazen banka hayat sigor-

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylan, Tez, s. 139 vd.

tasını kendisi yapmakta veya belirli komisyonlar karşılığında anlaşığı sigorta şirketiyle yapmaktaydı. Bu durum ise tüketici aleyhine haksızlıklara yol açıyordu.¹⁰⁸ Artık Yeni TKHK. m.29 düzenlemesi ile tüketicinin rızası dışında kredi verenin sigorta yaptırması mümkün olmayacaktır. Bu hüküm, kredi kartları için de geçerli olacaktır. *Kanımızca tüketicinin rızasının sigorta yapılmasında aranması tüketicinin korunması bakımından isabetli olmuştur.*

10. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı sözleşmelerinde Kart Aidatları ve Hesap İşletim Ücreti

Günümüzde tüketiciler bakımından kredi kartı aidatları ve hesap işletim ücretleri en çok uyuşmazlık yaşanan konulardan biridir.

6502 sayılı yeni TKHK.m. 31 hükmüne göre kart çıkaran kuruluşlar ,tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı sunmak zorundadır. Böylece kart çıkaran kuruluşlara ücretsiz kredi kartı çıkarma yükümlülüğü yeni Kanunda kabul edilmiştir.

Kredi kartı sözleşmelerinde, 5464 s. BKKKK. m.13 /II ve m.24/IV hükümleri gereği kart çıkaran kuruluşun yıllık üyelik ücreti almasının mümkün olup olmadığı geçmişte tartışılmıştır. Bazı kredi kartı sözleşmelerinde bankanın dilediği zaman kredi kartıyla ilgili taleplerde bulunabileceği ve tek taraflı belirleyebileceği düzenlenmekteydi. Bazı kredi kartı sözleşmelerinde ise BKKKK.'un aradığı on iki punto şekilde yazılmış olmasına rağmen kart bedelinin ilk yılı için açıkça düzenlenmiş olduğu, daha sonraki yıllarda tek taraflı bedeli artıracağına ilişkin düzenlemeler vardı. Özellikle yenilenme döneminde ilk yılki bedelin iki katı oranında kart aidat bedelini hesap ekstresine yansıtılması tüketicinin aleyhine oluyordu. Kredi kartından yararlanmak isteyen tüketici sözleşmeyi dikkatli incelemediğinden ve yeterli bilgi sahibi olamadığından ekonomik kayba uğruyordu. Tüketicinin bu kayıpları gerek BKKKK.m.8 /IV ve gerekse BKKKK.m.24/I hükümlerine göre kart çıkaran kuruluşun tüketiciyi sözleşme hükümleri ve kartın kullanımı hakkında ayrıntılı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğmaktaydı.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Önal, s.49.

¹⁰⁹ Oya Şahin, "Bankalar Tarafından " Kredi kartı Üyelik Ücreti -kart iadesi adı altın-

Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartlarına uyguladıkları faiz, gecikme faizi, yıllık ücret ve her türlü komisyon oranları ile istenilen diğer bilgileri kamuoyuna yayınlanmak üzere aylık olarak Kuruma iletir. Yayınlanacak bilgi ve belgelerin içeriği ve yayınlama usul ve esasları Kurulca belirlenir (BKKKK.m.13/II).

Kart çıkaran kuruluşun kart hamili tüketiciden kredi kartı yıllık kart ücretini alması için bazı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır.¹¹⁰ Öncelikle BKKKK.m.24/IV hükmü¹¹¹ gereği kredi kartı sözleşmesinde, bu ücretin alınacağına dair açık bir hüküm konulması gerekir. Ayrıca kart çıkaran kuruluşun bu hususu tüketiciyle müzakere etmiş ve ayrıntılı bilgi vermiş olması gerekir. Aksi takdirde bu ücretin alınması "haksız şart" sayılır. Kredi kartının kart çıkaran kuruluş tarafından tek taraflı belirleneceği yönünde bir hüküm kredi kartı sözleşmesinde varsa bu hüküm haksız şart kabul edilmelidir. Kredi kartı ücretiyle ilgili değişiklik yapılması durumunda bu tür değişikliklerin kart hamiline hesap özetiyle bildirilmesi gerekir. Ayrıca kredi kartı sözleşmesinde sözleşmenin şeklinin BKKKK. m.24/I hükmüne uygun olarak en az 12 punto ve koyu siyah harflerle yazılması zorunludur. Yıllık kart ücretinin kredi kartı sözleşmesinde açık şekilde belirtilmesi gereklidir, aksi takdirde haksız şart sayılacaktır. Kart hamili tüketici, haksız kart ücretiyle ilgili talebini kart çıkaran kuruluşun sözleşme ilişkisine dayandığından 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde isteyebilir¹¹².

Kart çıkaran kuruluşun hesap işletim ücretleri alması, tüketicilerin ekonomik bakımdan çıkarlarını etkilemektedir. Bu nedenle tüketicilerin korunması gereklidir. Hesap işletim ücretleriyle ilgili düzenlemeler de yapılmıştır.

da Tahsil Edilen Bedellerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısındaki Durumu", *İstanbul Barosu Dergisi* Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku Özel Sayısı İstanbul 2007, s. 89, 90.

¹¹⁰ Mehmet Akif Tutumlu, "Kredi Kartı Üyelik Ücretinin Tüketiciden Tahsili ve Haksız Alınan Ücretin İstirdatı Koşulları", *Legal Hukuk Dergisi*, C.10, S.109, Yıl : 2012, s.111.

¹¹¹ "Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz. Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez".

¹¹² Y.13. HD. 18.07.2011 T.E.2011/4736, K. 2011/11576 sayılı Kararı (RG. 06.12.2011-S. 28134).

6502 sayılı yeni TKHK. m.4/III hükmünde getirdiği temel ilkeler, tüketici kredisi sayılan ve sayılmayan bütün kredi kartı sözleşmeleri için de geçerlidir. Bu hükümde, tüketiciden kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati için yapmış olduğu masraflar için ek bedel talep edilemez. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmet için faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde BDDK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.

Yeni TKHK. m.4 /IV hükmüne göre bu Kanunda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin sözleşmenin eki olarak kağıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilecektir. Bu bilgilerin tüketiciye verildiğinin ispatı, sözleşmeye düzenleyene aittir.

Böylece tüketiciden bir ücret veya masraf talep edebilmesi için bu ücretin veya masrafın Yeni TKHK. 'da belirtilen ilkelere uygun olması gereklidir ve sözleşmenin eki olarak kağıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmiş olması gereklidir. *Bu düzenlemede BDDK 'nın insiyatifi mutlak değildir, çünkü bu belirlemeyi yaparken Bakanlığın görüşünü alması gerektiği ve kanunun ruhuna uyacak şekilde ve tüketiciyi koruyacak şekilde belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak kanımızca bu düzenleme ile gereksiz yere alınan ücretlere karşı tam bir sınırlama getirildiği söylenemez.*¹¹³ BDDK 'nın taraf olduğu, bankaların lehine tavır alacağı ve bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu, iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁴

Kredi kartı sözleşmesinde geçersiz sözleşme hükmüne dayanılarak haklı, makul ve belgeli olmayan giderlerin avans faiziyle birlikte tüketiciye iade edilmesi gerekir. Yargıtay'ın uygulaması bu yöndedir.¹¹⁵

¹¹³ Aynı kanaatte İlhan Kara, "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, C. 88, 2014 Özel Sayı : 1, s.82; Haznedar, s.7,8; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara 2015, s.199.

¹¹⁴ Şükran Eroğlu, "6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Koruyacak mı?" *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, C. 88, 2014 Özel Sayı : 1, s.16.

¹¹⁵ Y. 13. HD.27.06.2011 E.2011/3576 K.2011/10221 sayılı kararı, Y.13. HD. 01.03.2012

6502 sayılı TKHK.m.4 /III hükmüne dayanılarak çıkarılan Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹¹⁶'in amacı, kuruluşlar tarafından finansal tüketicilere sunulan ürün veya hizmetlere ilişkin olarak faiz veya kâr payı dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usûl ve esasları belirlemektir (m.1). Bu Yönetmelik kapsamına bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar ile bu kuruluşlar tarafından finansal tüketiciye sunulan ürün veya hizmetleri girmektedir. Ancak ilgili mevzuat çerçevesinde finansal tüketicilerin menkul kıymet ve sigortacılık işlemleri ile çek, senet ve teminat mektubu işlemleri karşılığında kuruluşların talep edebilecekleri ücretler işbu Yönetmelik kapsamında değildir (m.2). Bu Yönetmelik m.4 d hükmüne göre "finansal tüketici", 6502 sayılı TKHK.'un m.3'de tanımlanan tüketicilerden kuruluşlarca kendisine ürün veya hizmet sunulan tüketiciyi ifade etmektedir. Bu Yönetmeliğin m.5/III hükmüne göre sözleşme kapsamında ücret alınabilecek her bir ürün veya hizmet için finansal tüketicinin onayı alınması zorunludur. Kuruluşlar tarafından finansal tüketicinin onayının alındığı ispat edilemediği takdirde onay alınmamış sayılacaktır.

Bu Yönetmelikte banka ve kredi kartı ücretleri, m.11 hükmünde düzenlenmiştir. Birinci fıkrasında, yeni TKHKm.31/III hükmünde olduğu gibi kart çıkaran kuruluşların yıllık üyelik ücreti ve benzeri ad altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorunda oldukları, finansal tüketiciler tarafından yapılan ücretsiz kredi kartı başvurularının kuruluşlarca reddedilmesi hâlinde, bu başvuruya istinaden yıllık üyelik ücreti olan kredi kartı verilemeyeceği, kart çıkaran kuruluşların yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı limiti belirlerken, yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartı değerlendirme kriterlerini aynen uygulamakla yükümlü olduğu, finansal tüketicilerin yıllık üyelik ücreti bulunan kredi kartını limiti aynı kalmak kaydıyla yıllık üyelik ücreti bulunmayan kredi kartı ile değiştirme taleplerini kart çıkaran kuruluşların yerine getirilmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında, finansal tüketicinin kredi kartı iptal taleplerinin, ilgili kredi kartıyla ilişkilendirilen herhangi bir borç bakiyesi bulunduğu gerekçe gösterilerek reddedilemeyeceği, bu şekilde iptal edilen

E.2012/1386 K. 2012/5231 sayılı kararı (Kara, s.96).
¹¹⁶ RG. T.3.10.2014 S.29138.

kredi kartlarının borç geri ödeme dönemlerinde yıllık üyelik ücreti tahsil edilemeyeceği belirtilmiştir. Üçüncü fıkrasında, banka kartları ile sanal kredi kartlarından yıllık üyelik ücreti alınması yasaklanmıştır. Dördüncü fıkrasında ise hükmün birinci ve ikinci fıkrada yer verilen kartlar dışındaki kredi kartlarının özelliklerine göre yıllık olarak belirlenen tutar kadar ücretlendirilebileceği, asıl karta bağlı olarak sunulan her bir ek kredi kartının yıllık üyelik ücreti, asıl kartın yıllık üyelik ücretinin yüzde ellisini geçemeyeceği düzenlenmiştir. Beşinci fıkrasına göre kredi kartı yıllık üyelik ücreti, ancak finansal tüketiciyi borçlandırıcı nitelikteki ilk kullanımı müteakip ve yıllık olarak tahakkuk ettirilebilir. Altıncı fıkrasına göre kesintisiz olarak, en az yüzseksen gün süreyle hareket görmeyen kredi kartları hareketsiz kart kabul edilir ve bu kartlara hareketsiz kaldığı müddetçe yıllık üyelik ücreti yansıtılamaz. Kuruluşlar, finansal tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla veya kaydı tutulan telefon ile önceden bilgi vermek suretiyle bu nitelikteki kredi kartlarını kapatma hakkına sahiptir. Yedinci fıkrasına göre hareketsiz kartlarda tahsil edilemeyen kredi kartı yıllık üyelik ücretleri, tahakkuk tarihinden itibaren en fazla son oniki aylık dönem için sonradan tahsil edilmek üzere bekletiler. Bu dönem zarfında yıllık üyelik ücretlerinin tahsili için icra takibi yapılamaz. Bu ücretler için faiz veya kâr payı işletilemez ve Kredi Kayıt Bürosu ile Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi bildirimleri yapılmaz. Anılan oniki aylık dönem sonunda kredi kartı yıllık üyelik ücretlerinin tahsil edilememesi hâlinde ise bu ücretler iptal edilir. Finansal tüketici kredi kartı yıllık ücretinin tahsili amacıyla kredilendirilemez. Sekizinci fıkrasına göre hesap özeti gönderimi, sanal kart oluşturma ve kullanımı ile bir takvim yılı içerisinde kayıp, çalıntı ve benzeri nedenler dolayısıyla gerçekleştirilen iki adete kadar kart yenileme karşılığında ücret alınmaz.

Bu Yönetmeliğin m.10 hükmünde, tüketici ve konut finansmanı kredilerine ilişkin ücretler düzenlenmiştir. Bu hükümde kredi kartlarıyla ilgili olarak kredi kartlarından yapılan taksitli nakit avans işlemleri için ücret tahsil edilemeyeceği düzenlenmiştir.(m.10/VI).

Yönetmeliğin m.6 hükmüne göre kuruluşlar tarafından ücretlendirilebilecek olan ürün veya hizmetler Ek-1'de sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmanın işlemlerin finansal niteliklerine göre ayrımı Kurumun uygun görüşü alınarak Birlikler tarafından yapılır. Bu Yönetme-

lik ve ekinde yer alanların dışında herhangi bir ürün veya hizmet için ücret alınmaz. Ek-m.1'de kredi kartları bakımından ücretlerin sınıflandırılması içinde yıllık üyelik ücreti, ek kart yıllık üyelik ücreti, kart yenileme ücreti ve nakit avans çekim ücreti girmektedir.

Kanımızca kart çıkaran kuruluşlar, bu Yönetmelik hükümlerine tam anlamıyla uygun hareket ederlerse tüketicilerin ekonomik menfaatlerinin korunması sağlanacaktır.

11. Tüketici Kredisi Sayılan Kredi Kartı sözleşmelerinde Teminatlar

Eski TKHK.m.10 /III hükmünde, tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi verenin asıl borçluya başvurmadan kefinden borcun ifasını isteyemeyeceği düzenlenmişti¹¹⁷. Bu hüküm, kredi kartları bakımından da geçerliydi. *Böylece kanun koyucunun kanımızca isabetli olarak koyduğu bu hükümle uygulamada yaşanan kart çıkaran kuruluşların doğrudan kefile başvurarak kefil e etkileyen olumsuz sonuçları sona ermiştir.*

6502 sayılı yeni TKHK.m.4 hükmünde, tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı düzenlenmiştir. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafın vereceği teminatların ise diğer kanunlarda aksine bir düzenleme olmadıkça mütesesil kefalet sayılacağı düzenlenmiştir.

6502 sayılı yeni TKHK.'na göre tüketici kredisi sayılmayan diğer kredi kartı sözleşmelerinde BKKKK.m.24/son hükmü gereği kefilin temerrüdü ancak kart hamilinin borcunun kendisine bildirilmesiyle oluşur. Kefilin sorumluluğunu artırıcı değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak kefilin ek şartlara ilişkin sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayı gereklidir. Kredi kartı kullanımındaki kefalet adi kefalet hükümlerine tabidir.

Uygulamada kart çıkaran kuruluşlar, tüketiciye teminat olarak kıymetli evrak imzalattıkları durumlarda tüketici sorunlar yaşamaktaydı. Bu sorunların önüne geçilmesi amacıyla eski TKHK.m.10/son

¹¹⁷ Ceylan, 2007, s. 28.

hükmünde önemli bir yasak getirilmişti. Böylece kredi verenin ödemelerini kıymetli evraka bağlaması veya krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmıştı. Yeni TKHK. m. 4/V hükmüne göre, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersiz kabul edilmiştir.

IX. Kredi Kartıyla Sorunlarda İlgili Çözüm Mercileri

4822 sayılı yasayla değişik 4077 sayılı TKHK. döneminde m.23 hükmüne göre dava açanın sıfatına bakılmaksızın bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinde görüleceğini düzenlemişti. BKKKK.m.44 hükmü ise yetkili mahkeme ve mercileri 4077 sayılı TKHK.'dan farklı olarak dava açanın sıfatına göre değişen bir görev düzenlemiştir. Bu hükme göre BKKKK. ile ilgili uyuşmazlıklarda kart hamilinin tüketici olması durumunda 4077 sayılı TKHK. m.22 ve m.23 hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir. Kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 1086 sayılı HUMK. 'nun görev ve yetkiye ilişkin hükümleri uygulanır.

6502 sayılı yeni TKHK. m.87 hükmü, 28.11.2013 tarihinde RG. 'de yayımlandıktan sonra altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. 6502 sayılı yeni TKHK. Geçici m.1/I hükmüne göre bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam edecektir. Tüketici Hakem Heyetine başvuru şartları, m.68 hükmünde düzenlenmiştir. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği¹¹⁸ yeni 6502 sayılı TKHK.m.72 ve m.84 hükümlerine dayanılarak çıkarılmıştır. Bu Yönetmelikte, Hakem heyetinin görev alanındaki parasal sınırlar m.6/I hükmünde¹¹⁹ düzenlenmiştir. Tüketici mahke-

¹¹⁸ RG. T. 27 .11.2014 S.29188.

¹¹⁹ Madde 6- (1) Tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurularda değeri:
a) İki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyeti,
b) Büyükşehir statüsünde olan illerde iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti,
c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti,
ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyeti,

meleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda görevlidir (yeni TKHK.m.73). Yeni TKHK.m.83 /II hükmü gereği taraflarından birinin tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin uygulanmasını engellemez. Bu nedenlerle tüketici mahkemelerinin görev alanının iş yoğunluğunun yeni TKHK. ile artacağı kanımızca da haklı olarak belirtilmektedir.¹²⁰

Uygulamada da Yargıtay kararlarıyla görev belirlenmesiyle ilgili kararlara rastlanmaktadır. Nitekim, Y. 19 .HD. 'nun 03.04.2014 tarih ve 2014/3056 E. 2014/6481 K. sayılı kararında görevin belirlenmesiyle ilgili önemli şu açıklamalar yapılmıştır ¹²¹ :*“Görevin belirlenmesinde 01.10.2011 tarihine kadar yürürlükte kalan 1086 sayılı HUMK. Dönemi ile bu tarihten sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK. Döneminde açılan davalar bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmanın gereklidir. 01.10.2011 tarihine kadar olan dönemde bankalarca kredi kartı hamilleri aleyhine açılan ve yukarıdaki istisnalar dışında kalan davalarda görevli mahkeme, dava değerine göre genel mahkemeler sıfatıyla sulh veya asliye hukuk mahkemeleri olarak belirlenecektir.*

Bu tarihten sonraki davalarda ise 6100 sayılı HMK'nun m.2 /I gereği dava değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bu maddeye göre kanunlarda aksine bir düzenleme varsa bu kural uygulanmayacaktır. Aksine düzenleme 5411 sayılı Bankacılık kanununun.142/I ve 5464 sayılı BKKKK. m.43 'de vardır.

BKKKK.m.43 hükmüne göre bu kanunun m.8 /II , m.9 , m.12, m.24, m.25 , m.26, m.44 hükümleri tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz.Burada görüldüğü gibi kanun koyucu tacirlere verilen kredi kartları ile tüketiciye verilen kredi kartları hakkındaki uyuşmazlıklarda görev yönünden farklı bir düzenleme getirmiştir. Böylece tacirlere verilen kredi kartları bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu düzenlemiştir.

görevlidir. Bu fıkrada belirtilen parasal sınırların üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

¹²⁰ Rüştü Germeyan,“ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri”, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, C. 88, 2014 Özel Sayı : 1, s.137.

¹²¹ *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S.140 ,Ağustos 2014 , s.441-445.

6502 sayılı TKHK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra oluşacak banka kredi kartı uyuşmazlıklarında görevli mahkeme, bu Kanununun m.3/1k-j, 4/III , 73/I , m.83/II ve geçici 1 'deki hükümlere göre belirlenmelidir. 6100 sayılı HMK.'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m.5 hükmünde 6335 sayılı yasayla değişiklik yapılarak asliye ticaret mahkemesiyle asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki, işbölümü ilişkisi olmaktan çıkarılıp görev ilişkisine dönüştürülmüştür.6335 sayılı Kanunla 6102 sayılı TTK 'ya eklenen geçici m.10 hükmüne göre bu kanunun yürürlüğünden önce açılmış olan davaları etkilemeyecektir."

SONUÇ

Ülkemizde kredi kartı kullanımı hızla yaygınlaşmıştır. Tüketicinin korunmasında temel amaç, taraflar arasındaki dengenin bozulmadan kredi veren karşısında zayıf durumda kalmamasıdır. BDDDK 'nın tüketiciden kredi kartlarında alınabilecek masraflarla ilgili yargı kararlarındaki temel ilkelere dayanarak hak ve menfaat dengesine uygun şekilde belirlemesi toplumdaki ihtilafların azalmasına neden olacaktır.

6502 sayılı yeni TKHK. kredi kartları ayrı bir hükümle düzenlenmiştir, tüketici kredisi başlığı altında düzenlenmiştir. Eski TKHK. m.10 A hükmünde ise ayrı bir maddeyle düzenlenmişti. Kredi kartı sözleşmesi bakımından yeni TKHK., eski TKHK.'dan farklı bir düzenleme yapmıştır. Eski TKHK. 'na göre kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan krediler tüketici kredisi kabul edilmişken, yeni TKHK. 'na göre faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkanı sağlanması halinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Kredi kartı sözleşmesine tüketici kredisini düzenleyen hükümlerden bünyesine uygun olan hükümler uygulanacaktır. Tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinin yazılı şekilde düzenlenmesi gereklidir. Bu sözleşmenin en az oniki punto büyüklükte yazılması ve bir nüshasının tüketiciye verilmiş olması gereklidir. Bu sözleşmede uygulanacak faiz oranı, kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen faiz oranından daha fazla olamaz. 5464 sayılı BKKKK. ile kredi kartı sözleşmelerine uygulanacak faiz özel olarak düzenlenmiştir.

Tüketici kredisi sayılan kredi kartı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, en az on iki punto düzenlenmesi okunabilir olması, dilinin açık, anlaşılır olması ve tüketiciye sözleşmenin bir nüshasının verilmesi tüketicinin korunmasında etkili olacaktır. Ayrıca bu sözleşme bir tüketici sözleşmesi olduğundan kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak tüketici aleyhine neden olan sözleşme şartları koyması durumunda bu şartlar haksız şart olarak kabul edilecek ve kesin hükümsüz sayılacaktır.

Belirsiz bir tüketici kredisi sözleşmesi niteliğinde olan kredi kartı sözleşmesinde faiz dışı yapılacak değişikliklerle ilgili bir hüküm yeni TKHK.'da düzenlenmemiştir. Kanımızca bu konuda bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Faiz oranıyla ilgili değişikliklerde kredi verenin tüketiciyi değişiklik yürürlüğe girmeden otuz gün önce ayrıntılı bilgilendirilmesi ve en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödeyerek faiz artışından etkilenmemesi kuralı tüketicinin ekonomik olarak zarar görmesini önlemektedir. Ancak kanımızca bildirim şeklinin yeni TKHK.'da yazılmasında ve hesap döneminden ne kadar önce yapılmasının gerektiğinin düzenlenmesinde tüketicinin yararı vardır.

Kredi kartı sözleşmesinde geçersiz sözleşme hükmüne dayanılarak haklı, makul ve belgeli olmayan giderlerin avans faiziyle birlikte tüketiciye iade edilmesi gerekir. Tüketiciden bir ücret veya masraf talep edebilmesi için bu ücretin veya masrafın Yeni TKHK.'da belirtilen ilkelere uygun olması gereklidir ve sözleşmenin eki olarak kağıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciye verilmiş olması gereklidir. Bu düzenlemede BDDK'nın insiyatifi mutlak değildir, çünkü bu belirlemeyi yaparken Bakanlığın görüşünü alması gerektiği ve kanunun ruhuna uyacak şekilde ve tüketiciyi koruyacak şekilde belirlemesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kaynakça

Akipek Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi , Doktora Tezi, Ankara 1999.

Akipek Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52,S. 3,Yıl: 2003,s.103-119.

- Akyol Şener, Banka Sözleşmeleri , Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen 'e Armağan, İstanbul 2001.
- Akyol Şener, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul 1976. (üçüncü kişi)
- Aslan İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku, 3.Baskı, Bursa 2006. (Aslan, tüketici)
- Aslan İ. Yılmaz, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.
- Aydoğdu Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- Aydoğdu Murat /Kahveci Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Aydoğdu Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiziyle İlgili Düzenlemeler" , *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S.1, 2010 , s.85-136.
- Atamer Yeşim, "Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum", *Türk İsviçre Hukuk Günleri* , Banka ve Tüketici Hukuku Söylenişleri Sempozyumu, İstanbul 2010 , s.241-274.
- Bahtiyar Mehmet, "Banka ve Kredi Kartları Kanunu 'nun Sözleşmenin Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26 Maddelerinin Değerlendirilmesi", 5464 Sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun Değerlendirilmesi ve Yol Açtığı Sorunlar, İstanbul 2009, s.70-86.
- Ceylan Ebru, "4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s.267-297.
- Ceylan Ebru, *Banka ve Kredi Kartları*, 20.03.2006 Günlü Sempozyumun Notları , İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s.41-55.
- Ceylan Ebru, Tüketicinin Kredi Kartlarından Korunması, *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, İstanbul 2007, s.25-38 (Kredi kartlarında ifadesi yanlışlıkla kredi kartlarından şeklinde çıkmıştır). (Ceylan, 2007)
- Ceylan Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri -I", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.79, Kasım-Aralık 2008, s.35-60.
- Ceylan Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri - II", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80 Ocak-Şubat 2009 , s.121-148.
- Ceylan Ebru, "Banka Kredi Kartları, 9. Panel -Banka Kredileri ve Tüketiciler", Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayını, Mart 2009, s.930-939. (Ceylan , panel)
- Ceylan Ebru, Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu, Doçentlik Tezi, İstanbul 2010 (Ceylan , Tez).
- Ceylan Ebru, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 'nun Getirdiği Önemli Yenilikler ve Değişiklikler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.
- Ceylan Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Tüketici Kredisi Hakkında Yeni Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88 , 2014 Özel Sayı: 1, s. 61-80.
- Ceylan Ebru, "Genel İşlem Koşulları", *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I* , Prof. Dr. İsmet Sungurbey 'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, s.172 -188.(Ceylan, Genel İşlem)

- Çeker Mustafa, Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı, Ankara 1997.
- Eroğlu Şükran, "6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Koruyacak mı ?" *İstanbul Barosu Dergisi* , C. 88 , 2014 Özel Sayı : 1, s.15-17.
- Germeyan Rüştü, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemelerine İlişkin Hükümleri", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı* , C. 88 , 2014 Özel Sayı : 1, s.129-141.
- Gümüş M. Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul 2014 .
- Güney Alptekin, Banka İşlemleri, İstanbul 2007
- Gürses Davut, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Cayma Hakkı" , *Legal Hukuk Dergisi* , C. 12, S. 140 Ağustos 2014, s. 265-304.
- Havutçu Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 1999.
- Haznedar İbrahim Murat, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi* , Mayıs-Haziran, C. 88, s.2014/3, s.5-33.
- İnal Tamer, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri , 3. baskı İstanbul 2014.
- İşgüzar Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.
- Kara İlhan, "Bireysel Bankacılık İşlemleri Alanında Tüketici Hakları Kanuna Aykırı Uygulamalar ve Çözüm Yolları", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı* , C. 88, 2014 Özel Sayı : 1, s.81-101.
- Kocaman Arif, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989.
- Kostakoğlu Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartından Doğan Uyuşmazlıklar -Akreditif, İstanbul 2006.
- Kuntalp Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIII, 5-6 Nisan 1996, s. s.284 vd. (Kuntalp, kredi kartı)
- Kuntalp Erden, Kredi Kartının Hukuki Yapısı , BKM A.Ş: Hukuki Açından Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu 11-13 Ekim 1996 Abant Bolu, s.5-9.
- Oğuzman M. Kemal Oğuzman/ Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu 'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 11. bası, İstanbul 2013.
- Ozanoğlu Hasan Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı) *AÜHFD*, Yıl :2001 C.50, S.1, s.55-90.
- Önal Ali, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında Kredi Kartlarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi" , *İstanbul Barosu Dergisi* , Temmuz-Ağustos 2014, C. 88 , S. 2014/4 , s. 32-54.
- Özel Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı , Ankara 1999.

- Reisoğlu Seza, "Tüketici Kredilerinde ve Kredi Kartı İşlemlerinde Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları", *Bankacılar Dergisi*, S.90, 2014, s.112-120.
- Serozan Rona, *Borçlar Özel Hukuku*, İstanbul 2006. (Serozan ,Borçlar Özel)
- Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme* , 2. Baskı, İstanbul 2007.
- Şahin Oya, "Bankalar Tarafından Kredi Kartı Üyelik Ücreti -Kart İadesi Adı Altında Tahsil Edilen Bedellerin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısındaki Durumu", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabetin Korunması Hukuku Özel Sayısı* İstanbul 2007 , s. 83-91.
- Teoman Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, 2. bası, İstanbul 1996.
- Tutumlu Mehmet Akif, "Kredi Kartı Üyelik Ücretinin Tüketiciden Tahsili ve Haksız Alınan Ücretin İstirdatı Koşulları", *Legal Hukuk Dergisi*, C.10 , S.109, Yıl : 2012, s.108-126.
- Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Baskı Ankara 2004.
- Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. bası, Ankara 2013.

KREDİ KARTI ÜYELİK AİDATI HAKKINDA BİR YÜKSEK MAHKEME KARARI İNCELEMESİ

A SUPREME COURT DECISION REVIEW ABOUT THE CREDIT CARDS MEMBERSHIP FEES

Doğukan ALGAN*

Özet: Bu çalışmada, taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu kredi kartı üyelik sözleşmelerinde, bankaların kredi kartı üyelik aidatı talebi ele alınmıştır. Tüketici ile banka arasındaki sözleşme banka standart sözleşmesi olup, içeriğinde yer alan kredi kartı üyelik aidatı talebine ilişkin hüküm, genel işlem koşulu olarak vasıflandırılmaktadır. Taraflardan birinin tüketici olması hasebiyle mezkûr düzenleme haksız şart kavramı altında denetime tabi tutulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi; Üyelik Aida-tı; İltihakî Sözleşme; Standart Sözleşme.

Abstract: In this study, the claim of the credit card membership fee of the banks as set out in credit card membership contracts, in which one of the parties is a consumer, is discussed. The contract between the consumer and the bank is a standard contract and the provision of the claim of the credit card membership fee as laid down within the terms of the contract is described as one of the standardized terms of the contract. Due to the fact that one of the parties to this contract is a consumer, the said term must be subjected to an examination under the concept of unfair term.

Keywords: Credit Cart Membership Contract; Membership Fee; Adhesion Contract; Standart Contract.

I. OLAYIN ÖZETİ

İnceleme konusu Yargıtay kararında,¹ tüketici sıfatını haiz kişi, kendisinden kredi kartı üyelik aidatı adı altında bir bedel alındığı iddiası çerçevesinde bu bedelin iadesi talebiyle Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuruda bulunmuştur. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin alınan ücretin iadesine karar vermesi üzerine kredi kartı çıkarma yetkisine haiz banka, verilen kararın iptalini sağlamak amacıyla dava açmıştır. Davanın yerel mahkemece reddedilmesini takiben karar davacı banka tarafından temyiz edilmiştir.

* Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

¹ 13. HD. 11.04.2012, 2012/7979, 2012/9930 (www.legalbank.net).

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

İnceleme çerçevesinde izah olunan olay ve yargı mercilerinin görüşleri dikkate alındığında karşımıza iki aşamalı bir hukuki problem çıkmaktadır. İlk olarak bankalar ile tüketiciler arasında akdedilen kredi kartı üyelik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Söz konusu hukuki ilişki çerçevesinde bankalarca talep edilen kredi kartı üyelik aidatının Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel işlem koşulları kavramı ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında düzenlenen haksız şart kavramı dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmesi ve mezkûr mesele açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun çözümlenmesi gerekmektedir.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A. YEREL MAHKEMENİN KARARI

Kredi kartı çıkarma yetkisine haiz banka, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin menfi yönde vermiş olduğu kararın iptaline yönelik dava açmıştır. Mezkûr davada yapılan yargılamada yerel mahkeme, davalı kendisinden alınan kredi kartı üyelik aidatının, külfete soktuğunu ifade etmiş olup, bu hususun kendisi ile müzakere edilerek kararlaştırıldığının ispat edilemediğini belirtmiştir. Bu çerçevede yerel mahkeme, kredi kartı üyelik aidatı adı altında tüketiciden bir bedel alınacağına ilişkin olarak kararlaştırılan sözleşme hükmünün haksız şart teşkil ettiğini kabul ederek davanın reddine karar vermiştir.

B. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİNİN KARARI

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi davacının temyiz itirazlarını dikkate alarak, yerel mahkeme kararını usul ve yasaya aykırı bulmuş ve bozmuştur. Bozma kararında, taraflar arasında kurulan özel hukuk ilişkilerinin sözleşme serbestisi ilkesi temelinde şekillendiği ifade edilerek, banka ile tüketici arasında kurulan sözleşmenin bir iltihakî sözleşme olmadığı düşüncesine yer verilmiştir. Bu tespit öncülüğünde iltihakî sözleşmeler; kamu hizmeti görmekte olan kamu idare ve müesseseleri ile bunlardan hizmet alan şahıslar arasında kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca iltihakî sözleşmelerin bünyesinde sözleş-

me yapma zorunluluğunu barındırdığı hususu da karar gerekçesinde vurgulanmıştır.

Gerekçede yer verilen bir diğer husus ise; kredi kartı üyelik aidatı adı altında talep edilen bedelin, bankaların bu kartları çıkartarak üstlendikleri risk ve katlandıkları maliyet göz önünde bulundurulduğunda, yerinde olduğu düşüncesidir. Nitekim söz konusu bedelin, bankaların gördükleri hizmetin uygun bir karşılığını isteme hakkı kapsamında değerlendirileceği ifade olunmuştur.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

A.BANKA İLE KART HAMİLİ TÜKETİCİ ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Kredi kartı sözleşmesi, kredi kartı çıkartmaya yetkili kuruluş ile kredi kartı almak isteyen kişi arasındaki ilişkinin çerçevesini çizmektedir. Kredi kartı sözleşmeleri günümüzde, kredi kartı çıkartmaya yetkili kuruluş tarafından tek taraflı olarak tanzim edilen matbu metinler olarak karşımıza çıkmakla birlikte; sözleşmesel ilişki kredi kartı almak isteyen kişinin matbu olarak düzenlenen kredi kartı sözleşmesini imzalamasıyla kurulmaktadır.²

Kredi kartı sözleşmesi doktrinde şu şekilde tanımlanmıştır: *“Kart çıkaran kuruluş ile kredi kartı almak isteyen kişi arasında kurulan, çerçeve niteliğini haiz kendine özgü yapısı olmakla birlikte sürekli edim içeren bir sözleşme olup, bununla kartı çıkaran kuruluş, kredi kartının üye işyerlerinde nakitsiz ödeme aracı olarak kabul edileceğini ve kart sahibinin yaptığı harcamaları üye işyerine ödeyeceğini, buna karşılık kredi kartı sahibi de kredi kartı ile yapılan harcamaları kart çıkaran kuruluşa ödemeyi taahhüt etmektedir.”*³

2. Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Taraflar arasında çeşitli borçların kaynağını teşkil eden hukuki ilişkiyi ifade eden geniş anlamda borç ilişkisi, aslı borçların dikkate

² Hasan İşgüzar, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s. 63.

³ İşgüzar, s. 63.

alınması suretiyle nitelendirilmektedir.⁴ Dolayısıyla kredi kartı sözleşmesinin nitelendirilmesi için öncelikle tarafların asli edimlerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Kredi kartı sözleşmesi ile kart çıkaran kuruluş, sözleşmenin devamı süresince, üye işyerlerinin kredi kartını nakit kullanılmaksızın ödeme aracı olarak kabul etmesi için faaliyette bulunma borcunu üstlenmektedir. Kredi kartı çıkaran kuruluşun üstlendiği bir diğer borç ise, kredi kartı sahibinin üye işyerlerinden yaptığı alışverişlerin tutarının üye işyerlerine ödenmesidir. Buna karşılık, kredi kartı sahibi de kredi kartı vasıtasıyla yaptığı harcamaların tutarını, kredi kartı sözleşmesinde kararlaştırılan şartlar altında, ödeme borcunu üstlenmektedir. Bu çerçevede kart çıkaran kuruluşun borçları, kredi kartı sahibinin borcunun karşılığını teşkil etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde bu sözleşmeler için "*karşılıklı borç yükleyen sözleşme*" ifadesi kullanılmıştır. Nitekim tarafların borçlarını sürekli bir davranışla ifa edebileceği hususu dikkate alındığında kredi kartı sözleşmesi; sürekli edim içeren ve karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olarak zuhur etmektedir.⁵

Kredi kartı sözleşmesi hukukumuzda herhangi bir yasada düzenlenmiş değildir. Kredi kartı sözleşmesinin içerdiği edimler incelendiğinde kendisine özgü bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmakla birlikte, kredi kartı çıkaran kuruluşun esas yükümlülüğünün bir iş görme edimi olması Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır*" hükmüne dayanılarak kredi kartı sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi başlığı altında değerlendirilebileceği sonucunu doğurmaktadır.⁶

⁴ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012, s. 3 vd.

⁵ Hami Şener Oruç, Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi (EFTPOS) ve Hukuki Niteliği, İstanbul 2000, s. 357.

⁶ İşgüzar, s. 69, "Bu edim yükümlülüklerinde iş görme sözleşmesine (özellikle vekâlete) ilişkin unsurlar yoğunlukla hissedilmektedir. Ayrıca sözleşmenin temelinde bir cari hesap sözleşmesi bulunmakta ve banka kendisine düşen edimleri bu cari hesap sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirmektedir. (...) Ayrıca kart hamilinin verdiği talimatın havale yapısı da gözden uzak tutulmamalıdır. (...) Bütün bu özellikler dikkate alındığında isimsiz (a-tipik) bir sözleşmeyle karşı karşıya olduğumuzu söylemek mümkündür. Bu sözleşmenin değişik unsurlarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde, cari hesap, havale, iş görme (vekâlet) ve de

3. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Kredi Kartı Sözleşmesinin Nitelendirilmesi

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10/A maddesi kredi kartına ilişkin düzenleme getirmiş olup, tüketici kredisine ilişkin 10. maddenin burada uygulama alanı bulacağı hususunu hüküm altına almıştır. Kredi kartı sözleşmesi ile harcama limiti belirlenerek bir hizmet yahut malın temini amacıyla kredi kartı sahibi lehine kredi açılmakta ve bu dayanak noktasından hareketle kredi kartının ödeme aracı olma işlevinin yanı sıra kredi sağlama işlevini de bünyesinde barındırdığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁷ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un mezkûr sözleşmeye uygulanabilmesi için kredi kartı sahibinin tüketici sıfatını haiz olması ve kredi kartı ile temin edilen mal yahut hizmetin ticari ve mesleki olmayan amaçlar ile edinilmiş olması gerekmektedir.⁸

İnceleme konusu kararda, kredi kartlarının kart çıkaran kuruluş açısından bir riski barındırması ve maliyetinin bulunması sebebiyle kart hamili tüketiciden kredi kartı üyelik aidatı alınmasının yerinde olduğu ileri sürülmüştür. Kredi kartının kart çıkaran kuruluş açısından bir riski barındırması, kredi kartının kredi sağlama işlevinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu durumun açıklığa kavuşturulması kredi kavramının izahı ile mümkün olacaktır.

Kredi, bir miktar paranın kullanımının devrini içerecek şekilde "nakdi", bir başkası lehine sorumluluk yüklenilmesi suretiyle "gayrinakdi" ve taksitle bir mal satmak yoluyla "mal" kredisine olarak sınıflandırılabilir olan hazır bir satın alma gücünden belli bir süreyle başka bir kimse lehine vazgeçilmesi halidir.⁹ Bireyler lehine satın alma gücü sağlayan bu üç tür kredi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde bankalar açısından bir risk üstlenilmesi durumu şeklinde izah edilmiştir.¹⁰ Nitekim kredi kartı çıkaran kuruluş, kart hamili le-

kredi açma sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir" Şener, s. 355.

⁷ İşgüzar, s. 155.

⁸ Şebnem Akipek, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2003, S. 3, C. 52, s. 111.

⁹ Erden Kuntalp, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, S. XIII, 5-6 Nisan 1996, s. 277.

¹⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinde şu ifadelerle yer verilmiştir:

hine satın alma gücü sağlamak amacıyla bir üçüncü kişiye karşı borç altına girerek kart hamilinin yapacağı mal yahut hizmet alımlarının bedellerini ödemeyi yüklenmek suretiyle gayrinakdî bir kredi olanağı yaratmaktadır.¹¹ Keza Yargıtay kararlarında da, kart çıkaran kuruluşun kart hamiline, üçüncü kişiye ödeme yapacağı hususunda garanti verdiği saptamasında bulunularak üstlenilen risk dolaylı şekilde ifade edilmiştir.¹² Kanaatimizce, kart çıkaran kuruluşun üstlenmiş olduğu risk ve maliyet çerçevesinde bir ücret talebinde bulunması yerinde olup, sonraki süreçte ilgili kanun hükümleri dikkate alınmak suretiyle, mezkûr ücret talebinin tek taraflı düzenlenen kredi kartı üyelik sözleşmesinde ileri sürülmesinin hukuka uygun olup olmadığı meselesi ele alınacaktır.

İncelemeye konu karar açısından, kredi kartı sahibi tüketici ile kredi kartını çıkaran kuruluş olan banka arasında akdedilen sözleşmeye tüketici kredisine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmakla birlikte, kararda da değinildiği üzere, işbu sözleşme sürekli edim içeren ve karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu çerçevede kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanan hukuki uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri ile bu kanuna nazaran sonraki yürürlük tarihli genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹³

"Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır."

¹¹ Kuntlap, s. 278, Şener, s. 361.

¹² "Öbür yandan banka provizyon almak suretiyle ya da belli limit altındaki miktarlar için işyeriyle yaptığı anlaşma suretiyle provizyon istemeksizin ödemeleri güvence altına almaktadır. Bir başka deyişle, müşteriye karşı garanti etmektedir" 19. HD., 12.07.1994, 1993/6656, 1994/7631 (www.legalbank.net); "Banka ile müşterisi arasındaki ilişkide, banka provizyon almak suretiyle ya da olaya özgü 400.000 lira altında işyerleriyle yaptığı anlaşma uyarınca provizyon istenmesine gerek olmadan ödemeleri güvence altına almaktadır. Bir başka deyişle ödemeyi müşteriye karşı garanti etmektedir" 19. HD., 02.06.1994, 1993/5800, 1994/5618 (www.legalbank.net).

¹³ Önceki yürürlük tarihli özel yasa ile sonraki yürürlük tarihli genel yasa arasında

B. 4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ve 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE KONUNUN İNCELENMESİ

1.Kredi Kartı Aidatı Talebinin İltihakî Sözleşmeler, Standart Sözleşmeler, Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şart Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Özel hukuk çatısı altında akdedilen sözleşmelerde irade serbestisi prensibi hâkim olmakla birlikte, bu serbesti Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi¹⁴ çerçevesinde değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle sözleşme özgürlüğü her ne kadar hâkim prensip addediliyor olsa da, söz konusu özgürlüğün tek taraflı olarak kullanıldığı durumlar da mevcuttur. Nitekim istisnâî kanun hükümleri, iltihakî sözleşmeler, standart sözleşmeler ve genel işlem koşulları bu durumlar dâhilinde yer almaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün temelinde tarafların iradesinin serbestçe oluşması amaçlanmakta ve bu minvalde sözleşmenin hükümlerinin taraflarca tartışılarak tayin edildiği varsayımında bulunmaktadır. Ancak sosyal yaşantıda genellikle, sözleşme hükümleri taraflardan birinin önceden belirlemesi suretiyle ortaya konmakta ve sözleşme özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır. Bu sebeple iltihakî sözleşme, standart sözleşme ve genel işlem koşulu ile haksız şart kavramlarının tanımlanmasını takiben, aralarındaki nüans izah edilmeye çalışılarak, inceleme konusu kararın gerekçesi irdelenecektir.

bir çelişkinin bulunması durumunda önceki özel yasa, sonraki genel yasa yürürlükten kaldırmayacaktır. Böylece, sonraki genel yasanın kurallarının düzenlediği hususlarda bu yasa uygulanacaktır. Ancak sonraki genel yasanın düzenlemediği ve düzenlediği hususlara aykırılık oluşturmayan konularda, önceki özel yasanın uygulanmasına devam edilecektir. Bu çerçevede sonraki genel yasanın bünyesinde o konuya ilişkin özel bir kural olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Keza sonraki genel yasa o konuya ilişkin olarak özel bir kural içeriyorsa, bu kural önceki özel yasa hükmüne nazaran öncelikle uygulanacaktır.

¹⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında şu ifadelerle yer verilmiştir: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

b. İltihakî Sözleşmeler

İltihakî sözleşmeler, sözleşmenin bütün hükümlerinin önceden bir tarafça belirlendiği, diğer tarafın sözleşmenin içeriği veya koşulları üzerinde görüşüp tartışmadığı ve sözleşmeyi kendisine önerilen şartlarda kabul etmekten yahut sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmekten başka seçeneğinin bulunmadığı sözleşmelerdir.¹⁵ İltihakî sözleşmelerin genellikle; su, elektrik, doğalgaz gibi kamu hizmeti niteliğindeki edimleri bünyesinde barındırdığı kabul edilmekte olup, banka ile yapılan sözleşmelerin genel işlem koşullarına yollama yapılan sözleşmeler olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶ Bu çıkarıma paralel olarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir kararında iltihakî sözleşmeleri şu şekilde tanımlamıştır: *“Bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fülen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazı ya da PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmelerdir.”*¹⁷

İltihakî sözleşmeler açısından kamu hizmeti ifa etmeyi üstlenmiş olan taraf aynı zamanda sözleşme yapma zorunluluğunu da bünyesinde barındırmaktadır.¹⁸ Oysaki inceleme konusu kararda da belirtil-

¹⁵ Oğuzman/Öz, s. 26, Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s. 214.

¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 26, Banka ile yapılan sözleşmelerin iltihakî sözleşme teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz.: Eren, s. 214; İşgüzar, s. 179.

¹⁷ 3. HD. 02.06.1998, 4263/6098 (www.legalbank.net); Aynı yönde bkz.: 4. HD., 16.06.1975, 3743/7667 (www.legalbank.net); *“Muayyen bir bedel mukabilinde ve bazı şartlar altında istifade edilen hizmetlerde umumilik vasfa olmayıp akti bir mahiyet vardır, Fertlerin muayyen şartlara intibak etmek ve bir bedel vermek suretiyle istifade ettiği bu nevi akitler iltihakî akitlerdir. Taraflardan biri olan idarenin evvelden bir takım şarttan ihzar ile bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin de bu şartları zımnen kabul suretiyle hizmetten istifade etmesi şeklinde tecelli eden ve hususî hukuk sahasında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu akitler de onların tamamen aynıdır. Bunlar bilhassa ticarî veya sınaî mahiyeti daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakli vasıtaları, su, havagazı, telefon ve radyo gibi faaliyetler bu sınıfa dâhil bulunmaktadır”* İBK, 05.04.1994, 4/12 (khyk.kazancihukuk.com).

¹⁸ Murat Aydoğdu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 2011, s. 7 vd. *“Teşebbüsün, yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devamlı bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınmaz ve hele tekel durumunun kötü niyetle istismarı niteliğinde şartlar ileri süremez”* 4. HD. 20.03.1980, 1671/3675 (www.legalbank.com).

diği üzere, bankalar ekonomik amaçlar doğrultusunda kurulmuş olan ve kâr sağlama amacı çerçevesinde hizmet veren müesseselerdir. Dolayısıyla kanaatimizce bankalar tarafından tek taraflı olarak düzenlenen sözleşmelerin iltihakî sözleşme niteliğinde olduğunu ileri sürmek yerinde değildir. Keza iltihakî sözleşmelerin konusunu insanlar açısından vazgeçilmez nitelikte olan ve zorunluluk teşkil eden, yani ihtiyaç düzeyine ulaşmış şeyler oluşturmaktadır.¹⁹ Bu çerçevede kredi kartının ihtiyaç teşkil ettiği yahut vazgeçilmez nitelikte olduğunun kabulü mümkün değildir.

c. Standart Sözleşmeler ve Genel İşlem Koşulları

Tek taraflı olarak sözleşme hükümlerinin belirlendiği durumlardan olan iltihakî sözleşmelerin uygulama alanı belli başlı kabuller çerçevesinde kısıtlanmıştır. Bu durum içeriğinin tamamı veya bir kısmı önceden matbu olarak düzenlenen diğer sözleşmelerin standart sözleşme olarak isimlendirilmesi suretiyle aşılmaktadır. Banka standart sözleşmeleri, içeriğinin tamamının yahut bir kısmının önceden banka tarafından düzenlendiği ve kuruluşu için diğer tarafın imzalamasının yeterli olduğu sözleşmelerdir.²⁰ Söz konusu sözleşmeler, içeriğinde genel işlem koşullarını barındırmakta yahut genel işlem koşullarına doğrudan atıfta bulunmaktadır.²¹ Genel işlem koşulları²² ise Türk

¹⁹ “Sanayileşmenin sonucu olarak ve gelişen toplumsal yaşam nedeniyle ortaya çıkan iltihakî sözleşmeler toplum hayatını büyük ölçüde etkilemektedir. Elektrik su telefon vs. gibi ihtiyaçların temini için düzenlenen bu sözleşmelerin içerik ve şartları taraflardan biri tarafından hazırlanır. İhtiyaç sahibi tarafından bu sözleşmelerin içerik ve şartlarının görüşülmesi ve tartışılması olanağı yoktur. Sunulan hizmetten yararlanmak zorunda olan tarafın seçeneği yoktur. Şartları ve sözleşme içeriğini ya kabul edecektir. Veya bu hizmetten yararlanmaktan vazgeçecektir” 13. HD. 28.09.2000, 6801/7597 (www.legalbank.net); Aynı yönde bkz.: 13. HD., 25.03.2003, 2002/14168, 2003/3469 (www.legalbank.net); 13. HD., 19.12.2005, 11148/18836 (www.legalbank.net).

²⁰ İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, s. 76; Cemal Oğuz, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 İle 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/1, s. 25, Aydoğdu, s. 6 vd.

²¹ İşgüzar, s. 180, “Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup (...)” 13. HD., 26.02.2013, 924/4474 (www.legalbank.net).

²² Doktrininde ise genel işlem koşulları, “gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak genel ve soyut

Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenmiş olup, "(...) bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir" şeklinde tanımlanmıştır.²³

İnceleme konusu karar açısından, akdedilen kredi kartı üyelik sözleşmesi genel işlem koşulları içeren bir banka standart sözleşmesidir.²⁴ Mezkûr sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarınının 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlıklı 6. maddesi çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir.²⁵ Dolayısıyla olayımızda, genel işlem koşulu mahiyetinde olan kredi

biçimde hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşülmeden sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını istediği sözleşme koşulları" şeklinde tanımlanmıştır: Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 74; Ayrıca bkz.: Eren, s. 214; Hüseyin Hatemi / Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 60; Genel işlem koşulları ile ilintili diğer hükümlere ilişkin bkz.: Aydoğdu, s. 3 vd.

²³ A. Lâle Sirmen, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2014, s. 111 vd.; Aydoğdu, s. 12 vd.; Ayrıca bkz.: Umut Yeniocak, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 107, 2013, s. 78 vd.; Mustafa Sencer Kara, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 731; Başak Görgeç, Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, s. 404 vd.

²⁴ İşgüzar, s. 186; Standart sözleşmelerin kontrolüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuz, s. 31 vd.; İbrahim Kaplan, "Banka Standart Sözleşmeler ve Banka Genel İşlem Şartları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVI, S. 2, Aralık 1991, s. 56 vd.; Erden Kuntalp, "Bankalar Ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, s. 90 vd.

²⁵ Sirmen, s. 110; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Sözleşmedeki Haksız Şartlar" başlığı altında düzenlenen 6. maddesine değindiği bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: "Bu açık hüküm karşısında, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur. Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem koşullarının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir. Genel işlem şartlarının unsurları ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp belirlenerek tüketiciyle müzakere edilmemesi, genel ve soyut nitelikte olması ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasıdır" HGK., 28.03.2012, 13-23/255 (www.legal-bank.net)

kartı üyelik aidatı talep edilmesine ilişkin sözleşme hükümünün haksız şart teşkil edip etmediği meselesi incelenerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

d. Haksız Şart

Haksız şart, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında, *"Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları"* şeklinde tanımlanmıştır.²⁶ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yapılan tanımda "kredi veren" ibaresine yer verilmemiş olup, bu kanuna dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te yer verilen haksız şart tanımında bu eksiklik giderilmek istenmiştir.

Genel işlem koşulları içerisinde yer alan *"haksız şartların"* yaptırımı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasında, *"Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir"* denilmek suretiyle izah edilmiş olup, bu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüst davranma ilkesinin somut bir uygulaması mahiyetindedir.²⁷

İncelemeye konu karar açısından, tüketiciden kredi kartı aidatı talep edilmesine ilişkin genel işlem koşulunun haksız şart sayılabilmesi için üç unsurun varlığı gerekmektedir. Bu unsurlar; söz konusu koşulun tüketici ile müzakere edilmemiş olması, bankanın söz konusu koşulu tek taraflı olarak sözleşmeye koymuş olması ve bu koşulun iyiniyet kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması şeklinde izah edilebilecektir.

²⁶ Sirmen, s. 122; Haksız şart kavramının aslında "kötüye kullanılabilir sözleşme şartları veya hükümleri" şeklinde algılanması gerektiğine ilişkin bkz.: M. İlhan Ulusan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul Aralık 2004, S. 1-2, C. 3, s. 35.

²⁷ İlgüzar, s. 188.

Yukarıda izah edilen unsurların banka standart sözleşmeleri açısından değerlendirilmesinde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrası önem arz etmektedir. Nitekim söz konusu hükümde, *"Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir"* ifadesine yer verilmek suretiyle banka standart sözleşmeleri açısından, tüketici ile müzakere edilme koşulu ile kredi kartı üyelik aidatına ilişkin hükmün tek taraflı olarak sözleşmeye konulmuş olması hususu incelenmeksizin bu koşulun iyiniyet kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığına bakılması gerekecektir.²⁸

İnceleme konusu kararda, tüketiciden kredi kartı üyelik aidatı talep edilmesine ilişkin sözleşme hükmünün iyiniyet kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığı meselesi, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; *"Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve/veya onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır"* ifadesi göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır.

Bu çerçevede *"mal veya hizmetin niteliği"* ifadesinin, sözleşme şartlarının, barındırdığı hükümlerin içeriği itibariyle tarafların hukuk alanlarında yapacağı etki olarak anlaşılması gerekmektedir.²⁹ Nitekim kart çıkaran kuruluş; kredi kartı sahibine mal yahut hizmet temini için üye işyerleri sağlamak, kredi kartı sahibi adına kredi kartı düzenlemek ve kredi kartının kullanılmasının yasaklanması halinde bu durumu üye işyerine bildirmek borçları altına girmektedir. Kredi kartı sahibi ise; sözleşmede kararlaştırılan giriş ve üyelik aidatının ödenmesi ile kredi kartı ile yapılan harcama tutarını ödeme borcunu üstlenmektedir. Taraflar arasındaki edimler dikkate alındığında, inceleme konusu kararda da izah edildiği üzere, bankalar ekonomik amaçlar doğrultusunda faaliyet gösteren kuruluşlar olup, kredi kartı hizmeti ile bir riski ve

²⁸ Aydoğdu, s. 31.

²⁹ Ülusan, s. 39.

maliyeti üstlenmiş vaziyettedirler.³⁰ Kredi kartının bir ödeme aracı olması haricinde kredi sağlama işlevini de barındırması üstlenilen riskin hukuki ilişkideki somut görünümü olarak tezahür etmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki edim dengesi dikkate alındığında, bankanın kredi kartı üyelik aidatı adı altında talep etmiş olduğu ücrete ilişkin sözleşme hükmünün haksız şart teşkil ettiğini söylemek güçtür.³¹

³⁰ Kuntalp, Banka, s. 87 vd.

³¹ “Öte yandan sözleşmede üyelik ücreti alınacağına kararlaştırıldığı da sabittir. Davacı, davalıya ait kredi kartını kullanması nedeniyle, davalı banka tarafından bildirilen ücreti, sözleşmede hüküm olsun ya da olmasın ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, davalı banka üyelik ücreti ödenmeden kart verme yükümlülüğünde olmayıp, sözleşmedeki buna dair kararlarında haksız şart niteliğinde bulunmamaktadır” 13. HD., 05.04.2011, 2010/13722, 2011/5258 (www.legalbank.net); “Sözleşme özgürlüğü yasalarca güvence altına alınmış olup, bu özgürlüğün ancak kamu yararı ile sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Kural olarak herkes dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest olduğu gibi, istemediği bir sözleşmeyi sürdürmek zorunda da değildir. Bunun istisnası “iltihaki sözleşmeler” olarak adlandırılan kamu hizmeti görmekte olan (Elektrik, su işletmeleri gibi) kamu idare ve müesseseleri ile bunlardan hizmet alan şahıslar arasında kurulan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde kamu idare ve müesseseleri kâr amacından ziyade kamu hizmeti görmekle yükümlü olduklarından talep eden her şahısla sözleşme yapma zorunlulukları vardır. Bankalar bunun aksine kâr amacıyla kurulan müesseselerdir. Bu yüzden gördükleri hizmetin karşılığını da isteyebilirler. Ayrıca çok sayıda banka bulunduğu göre de, davacı kendi yükümlülüklerini yerine getirmek kaydıyla dilediği bankadan kredi kartı kullanma imkânına da sahiptir. Bu durumda davacı ile davalı banka arasındaki sözleşmenin iltihaki bir sözleşme olmadığı kabul gerekir. Bankalar gördükleri hizmetin uygun bir karşılığını istemek hakkına sahiptir. Kredi kartı hizmetinin banka için riski bulunduğu gibi bir maliyeti de bulunmaktadır. Bankanın bu maliyeti kredi kartı kullanıcılarına yansıtması doğaldır. Bankaların 5464 sayılı Yasa’nın 25. maddesi gereğince belirledikleri bu ücreti kart kullanıcılarından istediklerinde, bunu ödemeye yanaşmayan kişilerle sözleşme yapmaya zorlanamayacakları gibi, mevcut sözleşmeleri de bundan sonra sürdürmeye zorlanamazlar. Taraflar arasında mevcut sözleşme hükümlerine göre davalı bankanın davacıdan üyelik ücreti isteminin kabul edilmemesi nedeniyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarındaki sözleşmeyi feshetmesi ve kredi kartını kullanıma kapatmasına engel bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” 13. HD., 07.02.2011, 2010/3958, 2011/1717 (www.legalbank.net); Aksi yöndeki kararlar için bkz.: “Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi haksız şart niteliğinde olduğu kabul edilen ve tüketiciden kredi kartı ücreti, kredi kartı aidatı vb. isimler altında alınan bedelleri tüketicinin bir süre ödemesi, sözleşmedeki haksız şarta icazet verdiği ve bundan sonra da ödemeye devam edeceği anlamına gelmez. Kredi kartı hamili belli bir süre ödeme yaptıktan sonra, haksız şart niteliğinde olan sözleşme hükmüne uygulanması gereken “haksız şartın bağlayıcı olmayacağına” ilişkin müeyyide gereği talepte bulunabilir. Hal böyle olunca tüketici haksız şart niteliğinde olan kredi kartı aidatını bir süre ödedikten sonra gelecek dönemler için sözleşmedeki hükmün haksız şart olması nedeniyle ileriye yönelik olarak talepte bulunabileceği

Göz önünde bulundurulması gereken diğer bir husus ise “sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar” olarak ifade edilmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde salt olarak sözleşme içeriğinin dikkate alınması yeterli olmayıp, tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında içinde buldukları hal ve şartlar ile taraf menfaatleri ve sözleşmenin kurulmasına eşlik eden tüm olguların gözetilmesi gerekmektedir.³² İnceleme konusu kararda sözleşme serbestisi ilkesine vurgu yapılmak suretiyle çok sayıda banka bulunduğu ve bireyin diğer bankalarla da kredi kartı üyelik sözleşmesi akdedebileceği ifade edilmiştir. Kredi kartı kullanımının sosyal yaşantı açısından bir zorunluluk teşkil etmediği gerçeği tarafın söz konusu sözleşmeyi akdetmesinde herhangi bir zorlayıcı neden olmadığını da ortaya çıkartmaktadır.

Son olarak bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken sözleşmede yer alan diğer şartların da dikkate alınması gerekmektedir. Aslında bu inceleme, “mal veya hizmetin niteliği” başlığı altında, sözleşmede yer alan şartların tarafların hukuk alanına ne şekilde etki edeceğine yönelik olarak yapılan inceleme ile paralellik teşkil etmektedir. Bu minvalde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “Şartların haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmış olmak koşuluyla, gerek sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki, gerekse mal veya hizmetin gerçek değeri ile sözleşmede belirlenen fiyatı arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz” hükmü dikkate alınarak taraflar arasındaki menfaat dengesi irdelenmelidir. İnceleme konusu kararda,

gözetilmeksizin aksine düşüncelerle bu talebin iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğine dair mahkeme kararı usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir” 13. HD., 13.10.2011, 5605/14474 (www.legalbank.net); “Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında taraflar arasındaki sözleşme incelendiğinde; sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımı ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla davalı bankanın bu sözleşme hükmüne dayalı olarak kredi kartı kullanıcısı davacıdan ücret istemesi olanaklı değildir” 13. HD. 12.10.2009, 12552/11294 (www.legalbank.net).

32 Uluşan, s. 39.

kredi kartı üyelik aidatı alınmasına ilişkin hükmün, anlaşılabilirlik arz edecek mahiyette sözleşmede yer aldığı belirtilmiş olup, bu çerçevede edimler arasındaki menfaat dengesine ilişkin bir değerlendirme yapılması isabetli olmayacaktır.

2. Kredi Kartı Üyelik Aidatı Talebinin Mevzuattaki Diğer Yansımaları

Bankalar tarafından talep edilen kredi kartı üyelik aidatı, açık bir şekilde çeşitli kanun, yönetmelik ve tebliğler aracılığıyla düzenleme alanı bulmuştur. Nitekim 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında, "*Kart çıkaran kuruluşlar, kredi kartlarına uyguladıkları faiz, gecikme faizi, yıllık ücret ve her türlü komisyon oranları ile istenilen diğer bilgileri kamuoyuna yayınlanmak üzere aylık olarak Kuruma iletir*" hükmüne yer verilerek banka tarafından ücret alınabileceği ifade edilmiştir. Keza 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 24. maddesinin 4. fıkrasında, "*Kart hamilinin yaptığı işlemler nedeniyle, sözleşmede yer almayan faiz, komisyon veya masraf gibi adlar altında hiçbir şekil ve surette ödeme talep edilemez ve kart hamilinin hesabından kesinti yapılamaz*" ifadesine yer verilerek, sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla ücret alınabileceği bir kez daha vurgulanmıştır.³³ Buna ek olarak Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının 2006/1 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları İle Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ'in³⁴ 4. maddesinin 1. fıkrasında, "*Banka-*

³³ Nitekim 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'na dayanılarak hazırlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik'te de paralel düzenlemelere yer verilmiştir. Yönetmeliğin 17. maddesinin 5. fıkrasında, "*Sözleşmeye bağlı olarak kart hamillerinden alınabilecek ücret, komisyon, masraf ve vergilerin neler*

olacağına dair açıklamaların ve bunların tutarlarının ve sözleşmede yer alan ücret, komisyon, masraf ve vergiler dışında kart hamilinden herhangi bir isim altında ödeme talep edilemeyeceği ve hesabından kesinti yapılamayacağına" ilişkin hükümlerin kredi kartı sözleşmesinde yer alacağı hususu düzenlenmiştir. Buna ek olarak Yönetmeliğin 19. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde, "*Kredi kartlarına ilişkin olarak ilgili hesap özetinde tahakkuk ettirilen yıllık ücret, faiz ve diğer her türlü ücret ve komisyon tutarlarına*" ilişkin bilgilerin kart hamillerine gönderilecek hesap özetlerinin içeriğine yazılması zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

³⁴ RG, 09.12.2006, Sayı 26371.

larca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları ile faiz dışında sağlanacak diğer menfaatlerin ve tahsil olunacak masrafların nitelikleri ve sınırları serbestçe belirlenir” ifadesine yer verilmiş olup, bankalarca diğer menfaatler başlığı altında istenecek ücretlerin serbestçe belirleneceği hususu vurgulanmıştır.

Bankalar tarafından kredi kartı aidatının istenebileceğine ilişkin getirilen bu düzenlemeler haksız şart çerçevesinde yapılan inceleme ile içeriksel olarak paralellik oluşturmaktadır. Nitekim 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda kredi kartı aidatına ilişkin talebe sözleşmede açıkça yer verilmesi gerektiği öngörülmüş olup, aksi halde kart hamilinden herhangi bir talepte bulunulamayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar kredi kartı üyelik sözleşmesine kart aidatı talebine ilişkin bir hüküm konulabilecek olsa da, mezkûr hükmün genel işlem koşullarına ve haksız şarta ilişkin getirilen düzenlemeler çerçevesinde ele alınması gerekecektir.

Kredi kartı üyelik aidatı talebinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde yer alan “Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” ifadeleri eşliğinde bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu düzenleme temelde bir içerik denetimi kuralı getirme amacını taşımamakta daha ziyade haksız rekabet olgusu yaratmaktadır.³⁵ Genel işlem koşulları kullanılarak haksız rekabet yaratılabilmesi için piyasada bu koşullara başvuranların bir kısmının hukuk kurallarını gözeten, tarafların hak ve menfaatlerine uygun genel işlem koşullarını benimserken, diğer kısmının hukuk kurallarını gözetmeyen, bireylerin hak ve menfaatlerini kısıtlayan koşulları benimsemesi ve bunun bir sonucu olarak işlem maliyetlerini düşürmesi durumu akla gelmektedir.³⁶ Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 55/1, (f) hükmünün 56. maddesinin 1. fıkrası

³⁵ Yeşim M Atamer, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 Ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011, s. 67.

³⁶ Atamer, s. 69.

sında yer alan, “Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse” ifadesi ile birlikte değerlendirilmesi ve hükmün koruma kapsamının bu şekilde belirlenmesi daha isabetli olacaktır.³⁷ Nitekim söz konusu düzenleme ile birlikte haksız rekabet hükümlerinin koruma kapsamına rakipler, tedarikçiler, alıcılar ve bil-hassa tüketiciler alınmış bulunmaktadır.³⁸

C. TÜRK TİCARET KANUNU’NUN 20. MADDESİNİN MEVCUT HUKUKİ UYUŞMAZLIĞA UYGULANMASI SORUNU

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinde, “*Tacir olan veya olmayan bir kişiye, ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet görmüş olan tacir, uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm tamamlayıcı hukuk kuralı teşkil etmekte olup, tacirin ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmetin görülmesini düzenleyen sözleşmede, söz konusu iş yahut hizmet karşılığında ücret ödenmesine ilişkin bir açıklığın bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulacaktır.³⁹

İnceleme konusu karar açısından, kredi kartı üyelik sözleşmesinde kredi kartı aidatı alınmasına yönelik olarak bir düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 24. maddesinin 4. fıkrasında da sözleşmede yer verilmeyen ücretlerin kart hamilinden alınamayacağı hususu açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak inceleme konusu kararın gerekçesinde

³⁷ Mustafa Sencer Kara, “Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 728.

³⁸ Kara, s. 730.

³⁹ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, Ankara 2012, s. 141; “Banka bir ticari işletmedir ve ücretsiz veya karşılıksız teminat mektubu vermesi düşünülemez. TTK’nun 22. maddesi (6102 sayılı TTK m. 20) hükmü gereğince görmüş olduğu hizmet karşılığında bir ücret istemekte haklıdır. Mahkemece gerekli inceleme yapılarak o tarihte bir sözleşme var ise sözleşme hükümleri dairesinde, şayet sözleşme yok ise bankacılık uygulaması, hak nesafet kuralları dairesinde ilk teminat mektubu için dahi banka yararına komisyon ücreti vs. hesaplanması gerekirken bilirkişi raporlarına uyularak bu hususun ihmal edilmesi doğru değildir” 11. HD., 01.06.1989, 6283/3313 (www.legalbank.net).

yer alan, “bankalar gördükleri hizmetin uygun bir karşılığını istemek hakkına sahiptir” ifadesi sözleşmede herhangi bir kararlaştırma olmasa dahi kart hamilinden ücret alınabileceği şeklinde bir algıya yol açmaktadır.⁴⁰ 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik’te bankaların kart hamillerinden talep edecekleri ücretlerin, her ne ad altında olursa olsun, sözleşmede kararlaştırılmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla kredi kartı üyelik aidatı adı altında ücret talep edilebilmesi için bu hususa sözleşmede açıklıkla yer verilmesi gerekmektedir. Emredici hukuk kuralının bulunduğu bir alanda, bu kural görmezden gelinerek tamamlayıcı hukuk kuralı olan Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinin uygulama alanı bulması isabetli değildir.

D. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE KONUNUN İNCELENMESİ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 07.11.2013 tarihinde kabul edilmiş olup, 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Kanunun 87. maddesi uyarınca Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Kredi kartı üyelik aidatı adı altında kart hamili tüketiciden ücret talep edilemeyeceği sorunu 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da açıklığa kavuşturulmuştur. Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinin (I) bendinde “tüketici işlemi” kavramı tanımlanmış olup, bu tanımlama kapsa-

⁴⁰ Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi önceki tarihli bir kararında sözleşmede hüküm olmasa dahi kart hamilinin banka tarafından talep edilen ücreti ödemek ile yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu karar, kart aidatına ilişkin talebin sözleşmede yer almadığı durumlarda da ileri sürülebileceği algısına yol açsa da, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 24. maddesinin 4. fıkrasında sözleşmede yer almayan ücret taleplerinin kart hamiline karşı ileri sürülemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla tamamlayıcı hukuk kural mahiyetindeki Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinin mezkûr mesele açısından uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir. Söz konusu karar için bkz.: “Davacı, davalıya ait kredi kartını kullanması nedeniyle, davalı banka tarafından bildirilen ücreti, sözleşmede hüküm olsun ya da olmasın ödemekle yükümlüdür” 13. HD. 05.04.2011, 2010/13722, 2011/5258 (www.legalbank.net).

mında gerçek yahut tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan bankacılık sözleşmelerine de yer verilmiştir. Bu hükmü takiben 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasında, " Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir" ifadesine yer verilmek suretiyle, banka tarafından tüketiciden ücret talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Son olarak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 31. maddesinin 3. fıkrasında, "Kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık üyelik aidatı ve benzeri isim altında ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmak zorundadır" ifadesine yer verilerek bankaların tüketicilerden ücret tahsil edebileceği hüküm altına alınmış olup, bankalara da masrafsız bir kredi kartı türü çıkarma yükümlülüğü getirilmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, kredi kartı aidatı adı altında bankalar tarafından tüketicilerden alınan ücretlerin, sözleşmede yazılmış olması ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na belirlenen meblağı aşmamış olması kaydıyla, haksız şart teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılabilecektir.

V. SONUÇ

Yargıtay'ın vermiş olduğu karar doğru olmakla birlikte kararda yer verilen gerekçelerin kısmen eksik ve kısmen de doğruyu yansıtmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki:

Kredi kartı sözleşmeleri sürekli edim içeren ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Tüketici sıfatına haiz kart hamili ile banka arasında akdedilen bu sözleşmeye 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması gerekmektedir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere bankalar kredi kartı çıkararak, maliyet ve risk barındıran bir edimi üstlenmektedir. Banka ile kart hamili tüketici arasında akdedilen kredi kartı üyelik sözleşmesinin iltihakı

sözleşme teşkil etmediği yönündeki tespit yerindedir. Nitekim iltihakî sözleşmelerde bir taraf, kamu hizmeti ifa etmeyi üstlenerek sözleşme yapma zorunluluğu taşımaktadır. Ancak Yargıtay kararında, banka ile tüketici arasında akdedilen sözleşmenin niteliğinin tespiti yoluna gidilmemiştir. Banka ile tüketici arasında akdedilen sözleşme, içeriğinde genel işlem koşulları barındıran yahut genel işlem koşullarına doğrudan atıfta bulunan, tamamının yahut bir kısmının önceden banka tarafından düzenlendiği banka standart sözleşmesidir. Olayımızda, banka standart sözleşmesinin içeriğinde yer alan kredi kartı üyelik aidatı talebine ilişkin hüküm, genel işlem koşulu mahiyetindedir.

Genel işlem koşulları, taraflardan birisinin tüketici olduğu sözleşmeler açısından haksız şart kavramı altında incelemeye tabi tutulmaktadır. Olayımızda, banka standart sözleşmesi yer aldığından ötürü haksız şart incelemesi salt olarak “şartın iyiniyet kuralına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığı” unsuru çerçevesinde yapılmalıdır. Söz konusu unsurun inceleme konusu olaya nüfuz edebilmesi için Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrası temel alınmak suretiyle kredi kartı üyelik aidatı talebine ilişkin hüküm değerlendirilmelidir.

Kredi kartı üyelik aidatı adı altında tüketiciden ücret talep edilebilmesi, bu durumun sözleşmede kararlaştırılmış olmasına bağlıdır. Şayet sözleşmede kredi kartı aidatı talebine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediyse, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda yer alan emredici hüküm gereği, tüketiciden bu yönde bir talepte bulunulamayacaktır. Dolayısıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinde yer alan tacirin ücret isteme hakkına ilişkin tamamlayıcı hukuk kuralının, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu kredi kartı üyelik sözleşmesinde uygulanabilmesi mümkün değildir.

Bu sebeple yukarıda izah edilen değerlendirme aşamaları dikkate alınarak söz konusu hadisenin incelenmesi gerekirken, banka ile tüketici arasında akdedilen sözleşmenin iltihakî sözleşme olmadığıнын tespiti ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinde yer

alan tacirin ücret isteme hakkına ilişkin tamamlayıcı hukuk kuralının uygulanması suretiyle uyuşmazlığın çözülmeye çalışılması isabetli olmuştur.

Kaynakça

- Akipek Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, S. 3, C. 52, s. 103-119.
- Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 17. Bası, Ankara 2012.
- Atamer Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 Ve TTK m. 55, f. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 8 Nisan 2011, s. 1-73.
- Aydoğdu Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 2011, s. 1-50.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 2012.
- Görgeç Başak, Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 1, s. 403-440.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Havutçu Ayşe, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003.
- İşgüzar Hasan, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, Ankara 2003.
- Kaplan İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, C. I, Ankara 1996.
- Kaplan İbrahim, "Banka Standart Sözleşmeler ve Banka Genel İşlem Şartları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVI, S. 2, Aralık 1991.
- Kuntalp Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, S. XIII, 5-6 Nisan 1996, s. 273-310.
- Kuntalp Erden, "Bankalar Ve Genel İşlem Koşulları", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 8 Nisan 2011, s. 81-102 (Banka).
- Oğuz Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 İle 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 1998/1, s. 25-37.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 10. Bası, İstanbul 2012.
- Kara Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 723-742.

- Kara Mustafa Sencer, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 723-742.
- Sirmen A. Lâle, "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, 8 Nisan 2014, s. 109-133.
- Şener Oruç Hami, *Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi (EFTPOS) Ve Hukuki Niteliği*, İstanbul 2000.
- Uluslan M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul Aralık 2004, S. 1-2, C. 3, s. 27-48.
- Yeniocak Umut, *Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 107, 2013 s. 75-96.

**GENEL YATIRIM TAVSİYESİ SUNABİLECEK KİŞİLERE
VE SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN III-37.1 SAYILI
TEBLİĞ'DE BELİRLEDİĞİ ESASLARI MEDYA VE
ELEKTRONİK ORTAMDA SUNULAN GENEL YATIRIM
TAVSİYELERİNE UYGULAMA YETKİSİNE İLİŞKİN BAZI
DEĞERLENDİRMELER**

**SOME COMMENTS ON WHO MAY PERFORM ANCILLARY SERVICE OF
GENERAL RECOMMENDATION AND ON THE AUTHORITY OF CAPITAL
MARKETS BOARD TO APPLY THE OBLIGATIONS AT COMMUNIQUE
NO. III-37.1 FOR ALL OF THE GENERAL RECOMMENDATIONS
INTENDED FOR DISTRIBUTION CHANNELS OR FOR THE PUBLIC**

Burçak YILDIZ*

Özet: Genel yatırım tavsiyesi sunma ve bunu meslek edinme hakkı, hukukumuzda ilk kez 6362 sayılı Kanun'la birlikte yan hizmet ve sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirilmiştir. Ancak söz konusu faaliyet sermaye piyasası kurumlarının tekelinde olmayıp, herhangi bir kurumsal yeterlik şartı aranmaksızın herkes bu faaliyeti yürütebilir. III-37.1 Sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ ise, sadece sermaye piyasası kurumlarının yan hizmetlerini düzenlemek için yetkilidir. Bu itibarla medya ve elektronik ortamda sunulan her tür genel yatırım tavsiyesini düzenlemeye yönelik hükümler, Tebliğ'in yetkisinin dışında kalmaktadır.

Anahtar Kelimeler: genel yatırım tavsiyesi, genel tavsiye, yatırım tavsiyesi, yorum ve tavsiye, yan hizmet, medya ve elektronik ortam

Abstract: General recommendation for investment and having the right to perform it as a profession is characterized as an ancillary service and a capital market activity by Code no. 6362 for the first time in the Turkish law. However, the investment firms do not have an exclusive right to perform this service on a professional basis. Any person may perform this service; no organizational standards are required. The scope of Communiqué on Principles Regarding Investment Services, Activities and Ancillary Services no. III-37.1 is limited to regulating the activities of the investment firms. Therefore, the provisions of Communiqué do not cover all kind of general recommendations for investment provided through electronic mediums or mass media channels.

Keywords: general recommendation, investment recommendation, recommendation, comment, ancillary service, distribution channels

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, burcakyildiz@gmail.com.

GİRİŞ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, bazı faaliyet türlerini hukukumuzda ilk kez sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirmiştir. Bunlardan birisi de, genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetidir.

Belirli bir kişinin risk ya da getiri kıstaslarını dikkate almaksızın, anonim bir yatırımcıyı temel alarak oluşturulmuş olan yorum ve tavsiyeler, genel yatırım tavsiyesi olarak adlandırılmaktadır. Genel yatırım tavsiyesi kavramının ayırt edici özelliklerinden biri, tavsiye konusunun somutlaştırılmış ve tavsiyeye konu sermaye piyasası aracının ya da ihraççının adının açıkça ifade edilmiş olmasıdır.

Piyasa eğilimleri hakkındaki yönlendirici şekilde sunulmuş ifadeler, finansal bilgi ya da yatırım araştırması olarak adlandırılmış da olsa, içinde yorum ve tavsiye içeren her tür yönlendirici beyan, bu kapsamdadır. Anılan faaliyet, özellikle, basından, medya ve elektronik ortamdan, örneğin gazetelerden, tv'den, internetten sunulan yorum ve tavsiyeleri kapsamaktadır.

Genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyeti, Kanun'da, sermaye piyasası faaliyetinin alt türlerinden "yan hizmetler" kapsamında sayılmıştır. Kanun'da "yan hizmetlerin yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın" yürütüleceğinden söz edilmektedir. III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de de benzer ifadelere yer verilmiştir.

Kanun'da ve Tebliğ'de kullanılan bu tarz ifadeler, hukukumuz için yeni bir kavram olan genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetini yürütebilecek kişilere ilişkin olarak tereddüt doğurabilecek niteliktedir. Üstelik yan hizmet kavramı da anılan düzenlemelerde açıklanmamıştır. Bu kavrama tanınan sermaye piyasası faaliyeti niteliği, 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu'ndan beri yerleşik olan dar kapsamlı anlayış çerçevesinde değerlendirildiğinde ise, yanlış sonuçlar doğabilecektir. Acaba yan hizmetler ve bu kapsamda genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetini yürütme hakkı, sadece Kanun'da ve Tebliğ'de sözü edilen tipte kurumlara mı (yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerine mi) tanınmıştır?

Çalışmamızda mehz AB hukuku ile karşılaştırma yaparak açık-

layacağımız gibi; sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşımasına rağmen genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetini herkes yürütebilmekte ve medya ve elektronik ortamda sunabilmektedir. Üstelik bunun için herhangi bir kurumsal yeterlik şartı da aranmamaktadır.

Tebliğ'de genel yatırım tavsiyesi hazırlanırken ve sunulurken uyulması gereken bazı esaslar öngörülmüştür. Ancak -her ne kadar açıkça ifade edilmemişse de- bu esaslar sadece sermaye piyasası kurumlarına uygulanabilmektedir. Zira -tıpkı mehz Yönerge gibi- Tebliğ'in kapsamı, sadece sermaye piyasası kurumlarının yürüttüğü sermaye piyasası faaliyetleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, sermaye piyasası kurumu dışında kalan kişilerin genel yatırım tavsiyelerine Tebliğ'deki esaslar uygulanamaz.

Basında, medya ve elektronik ortamda sunulan her tür genel yatırım tavsiyesinin, kim tarafından sunulduğuna bakılmaksızın, Tebliğ'deki esaslara tâbi olması gerektiği yönündeki Tebliğ m. 73.3 hükmü ise bu yapıya ters düşmektedir. Hüküm, -sermaye piyasası kurumu niteliği taşıyıp taşımadığına bakmaksızın- tavsiye sunanların ve yayın organlarının belirtilen esaslara uyma yükümlülüğünden söz etmektedir. Dahası hükümde yer alan belirsiz ifadeler, basında, medya ve elektronik ortam dışında sunulan genel yatırım tavsiyelerinin dahi Tebliğ'e ve söz konusu esaslara tâbi olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

Yan hizmet kavramının yapısı ve Kurul'a bu Tebliğ'e ilişkin tanıyan düzenleme yetkisinin sadece sermaye piyasası kurumlarının yürüttükleri faaliyetler ile sınırlı olması karşısında, Tebliğ m. 73.3 hükmünde yer alan düzenlemenin yetki sınırını aştığını görülmektedir. Basında, medya ve elektronik ortamda yer alan genel yatırım tavsiyelerinin belirli esaslara bağlanması, gerek piyasanın kötüye kullanılmasının önlenmesi gerek AB'ye uyum taahhüdümüz kapsamında zorunlu olmakla beraber, III-37.1 sayılı Tebliğ'in kapsamı dışında kalmaktadır.

Çalışmamızda sağlıklı bir karşılaştırma yapılabilmesi için öncelikle, 6362 sayılı SPK ve III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ öncesinde, genel yatırım tavsiyesine karşılık gelebilecek tavsiyelerin hangi hükümlere tâbi olduğu incelenecektir. Ardından yan hizmet kavramının ve dolayısıyla da genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetinin sermaye piyasası

kurumlarının tekelinde olup olmadığı hususu, mevcut düzenlemeler ışığında ve mehz AB Yönergesi ile bağlantı kurulacak açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'in medya ve elektronik ortamdan sunulan yatırım tavsiyelerinin esaslarını belirleme yetkisi bulunup bulunmadığı hususu değerlendirilecektir.

I. 6362 SAYILI KANUN VE III-37.1 SAYILI YATIRIM HİZMETLERİ VE FAALİYETLERİ İLE YAN HİZMETLERE İLİŞKİN ESASLAR HAKKINDA TEBLİĞ'DEN ÖNCEKİ DURUM

6362 sayılı yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nun¹ yürürlükten kaldırdığı 2499 sayılı -eski- Sermaye Piyasası Kanunu'nda² (eSPK) da "sermaye piyasası faaliyeti" kavramı kabul edilmekteydi. 2499 sayılı eSPK sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşıyan faaliyetleri sıralamakta³; ardından da bu faaliyetleri yürütecek sermaye piyasası kurumlarının Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin almalarının zorunlu olduğunu ifade etmekteydi⁴. 2499 sayılı eSPK açıkça, Kurul'dan yetki belgesi almayanların veya belgeleri iptal olunanların sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunamayacaklarını belirtmekteydi⁵. Anılan düzenlemelerden çıkan sonuç; "tüm" sermaye piyasası faaliyetlerinin belirli tipte kurulmuş sermaye piyasası kurumlarının tekeline verilmiş faaliyetler olduğu, sadece söz konusu tipteki kurumlar tarafından yürütülebilecekleri, bu tipteki kurumlar dışında kalan kişi ve kurumların sermaye piyasası faaliyeti yürütmeye yetkili olmadıkları şeklindeydi. Dolayısıyla eSPK döneminde bir gerçek kişinin ya da sermaye piyasası kurumu dışında kalan bir tüzel kişinin herhangi bir sermaye piyasası faaliyetini yürütme yetkisi bulunmadığı hususu açık olup, bu konuda herhangi bir tereddüt bulunmamaktaydı.

2499 sayılı eSPK döneminde "genel yatırım tavsiyesi" şeklinde bir kavram yer almamaktaydı. 2499 sayılı eSPK'da yatırım tavsiyelerinin

¹ RG. 30.12.2012, S. 28513. 2499 sayılı mülga Kanun için bkz. RG. 30.07.1981, S. 17416.

² RG. 30.07.1981, S. 17416.

³ Bkz. eSPK m. 30.

⁴ Bkz. eSPK m. 31/II, c. 1.

⁵ Bkz. eSPK m. 31/III.

bir sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşıması, ancak bunların yatırım danışmanlığı faaliyeti⁶ kapsamında sunuldukları durumlar ile sınırlı şekilde söz konusu olmaktadır.

Ancak eSPK, Kurul'u, sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil -her tür- yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşların uyacakları ilke ve esasları belirlemekle görevlendirmekteydi.⁷ Bu görevin kapsamına hem bir sermaye piyasası faaliyeti⁸ olan yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında sunulan yatırım tavsiyelerini hem de bu faaliyet dışında kalan yatırım tavsiyelerini düzenleme görevi dâhildi.

Kurul, bir sermaye piyasası faaliyeti olan yatırım danışmanlığı faaliyetini düzenlemiş ve bu kapsamdaki yatırım tavsiyelerini de belirli esaslara bağlamıştı. Yatırım danışmanlığı faaliyeti dışında kalmakta olan yatırım tavsiyelerinden yönlendirici nitelikte olanlar, özellikle de medya ve elektronik ortamda sunulmakta olanlar da, -sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşıyamamalarına rağmen- Kurul'un Kanun'dan doğan yetkisine dayanılarak bazı esaslara bağlanmıştı. Ancak her iki tür yatırım tavsiyesine ilişkin esaslar (hem bir sermaye piyasası faaliyeti olan yatırım danışmanlığı faaliyeti kapsamında sunulan yatırım tavsiyelerine hem de bunun dışında kalan, özellikle de medya ve elektronik ortamdan sunulan yönlendirici yatırım tavsiyelerine ilişkin esaslar), tek bir tebliğ çatısı altında toplanmıştı. Bu doğrultuda Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 55) yayımlanmıştı.⁹

Her ne kadar söz konusu Tebliğ'in başlığı, kapsamının yatırım danışmanlığı faaliyeti ile sınırlı izlenimi doğurmakta ise de, Tebliğ'in ilgili hükmünde, kapsamının bundan daha geniş olduğu açıkça ifade

⁶ Yatırım danışmanlığı faaliyetinde de sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyeler sunulmaktadır. Ancak bu faaliyetin ayırt edici yönü belli bir kişinin veya bir grubun mali durumları ile risk ve getiri tercihleri dikkate alınması ve sunulan yorum ve tavsiyelerin bu kişi veya gruba uygun şekilde hazırlanmış olmasıdır.

⁷ Bkz. eSPK m. 22/s.

⁸ 2499 sayılı eSPK, Sermaye Piyasası Kurulu'na sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemlerini düzenlemek ve denetleme yetkisi vermekte idi. Bkz. eSPK m. 22/u. Kurul bu kapsamda -şimdiki düzenleme tarzından farklı olarak- her bir sermaye piyasası faaliyeti için ayrı ayrı tebliğler düzenlemiştir.

⁹ RG. 22.04.2002, S. 24734.

edilmişti. “Amaç ve Kapsam” başlıklı m. 1 hükmünde, “Bu Tebliğin amacı, yatırım danışmanlığı faaliyeti ve bu faaliyeti yapacak olan kurumlar ile sermaye piyasasında medya ve elektronik ortam da dahil yatırım tavsiyelerinde bulunacak kişi ve kuruluşlara ilişkin ilke ve esasları düzenlemektir” ifadelerine yer verilmişti. Böylelikle Tebliğ’in yetkisinin bir sermaye piyasası faaliyeti olan yatırım danışmanlığı faaliyetinin esaslarını düzenlemenin yanı sıra, sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşımayan yatırım tavsiyelerine ilişkin olarak da düzenleme getirmek olduğu hususunda herhangi bir belirsizlik bırakılmamıştı.

-Mülga- Seri: V, No: 55 Tebliği, yatırım danışmanlığı sermaye piyasası faaliyetine ilişkin esasları düzenledikten sonra; dördüncü bölümünü “yönlendirici nitelikte yorum ve tavsiyeler” olarak adlandırdığı yatırım tavsiyelerine ayırmıştı. 6362 sayılı SPK’dan önceki dönemde hukukumuzda genel yatırım tavsiyesi şeklinde bir kavram ve sermaye piyasası faaliyeti türü bulunmadığı dikkate alındığında ve bu kavramın unsurları incelendiğinde, anılan düzenlemelerin -bugünkü tanımla- genel yatırım tavsiyelerine karşılık gelen tavsiyeleri de kapsadığı anlaşılmaktadır.

Mülga Tebliğ, medya ve elektronik ortamda sunulan yatırım tavsiyelerinin belirli esaslarda hazırlanması ve sunulması şeklinde zorunluluk öngörmekteydi.¹⁰ Tebliğ’in ilgili düzenlemelerinde “yorum ve tavsiyelerde bulunacak kişi ve kuruluşlar”dan söz edilmekte olup; bu tür tavsiyeleri sunabilecek kişilere ilişkin (örneğin sermaye piyasası kurumu tarafından sunulmuş olmak şeklinde) herhangi bir sınırlama da öngörülmemekteydi.

Bu itibarla, 6362 sayılı SPK’dan önce bir sermaye piyasası kurumu dışındaki kişilerin somut bir sermaye piyasası aracına ya da ihraççıya işaret eden tavsiyeleri sunma yetkisine sahip olduklarına ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktaydı. Benzer şekilde medya ve elektronik ortam üzerinden sunulan yorum ve tavsiyelere ilişkin esasları düzenleme konusunda mülga Tebliğ’in yetkili olduğu, Tebliğ’in amaç ve kapsam maddesi uyarınca açıktı. Dolayısıyla medya ve elektronik ortam üzerinden sunulan belirtilen özellikteki tavsiyelerin mülga Tebliğ’deki esaslara tâbi olduğu hususunda da herhangi bir yetki sorunu bulunmamaktaydı.

¹⁰ Bkz. mülga Seri: V No: 55 Tebliğ m. 18; m. 7, m. 17-20.

II. GENEL YATIRIM TAVSİYESİ SUNMA FAALİYETİNİ YÜRÜTME YETKİSİ HAKKINDA

A- Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nda Sermaye Piyasası Faaliyeti Kavramına İlişkin Olarak Kurum Bazlı Yaklaşımın Terk Edilmiş Olduğu Hususunda

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun kabul edilmiş gerekçeleri arasında; sermaye piyasası faaliyetine ilişkin olarak 2499 sayılı eSPK'da yer alan "kurum bazlı düzenleme yerine faaliyet bazlı düzenleme esası(nun) benimsenmesi" de yer almaktadır¹¹. Buna göre; eSPK'daki sermaye piyasası kurumunu temel alan ve sermaye piyasası faaliyetini de sadece sermaye piyasası kurumlarınca yürütülebilen faaliyetler olarak değerlendiren anlayış, yeni Kanun'a alınmamıştır.

Sermaye piyasası faaliyetlerinin hangileri olduğu 2499 sayılı eSPK'da da -6362 sayılı SPK'da olduğu gibi- sayılmaktaydı.¹² Ancak isimleri açıkça sayılanlar dışında kalan sermaye piyasası faaliyetleri "diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleri" şeklinde nitelendirilmekteydi¹³. Dolayısıyla açıkça adı sayılmayan bir faaliyet, ancak bir sermaye piyasası kurumunun faaliyeti ise, sermaye piyasası faaliyeti olarak değerlendirilmekteydi. Bu itibarla sermaye piyasası faaliyeti sayılabilmek için temel ölçüt olarak sermaye piyasası kurumu ile ilintili olma şartı alınmaktaydı. Bir başka ifadeyle, bir faaliyet, bir sermaye piyasası kurumunun faaliyeti değilse, sermaye piyasası faaliyeti niteliği kazanmamaktaydı.

6362 sayılı Kanun ise, bu açıdan yeni bir anlayış benimsemiş; sermaye piyasası faaliyetlerini nitelerken, bir sermaye piyasası kurumu ile ilgili olma kriterini tek kriter olmaktan çıkarmıştır. Kanun'un bu yaklaşımında Avrupa Birliği hukukunun ve özellikle de 2004/39 sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi'nin temel alındığı görülmektedir¹⁴.

¹¹ Bu yöndeki bir değişikliğin nedeni; "gerek AB düzenlemelerinde gerekse finansal kriz sonrasında dünya genelinde görülen düzenleme yaklaşımındaki yeni eğilimlerin bu yönde olması" şeklinde gösterilmiştir. Bkz. Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/638), Sıra Sayısı: 337, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, s. 16 (www.tbmm.gov.tr).

¹² Bkz. eSPK m. 30/I.

¹³ Bkz. eSPK m. 30/I- h.

¹⁴ Kısaca MiFID olarak anılan Yönerge için bkz. Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on Markets in Financial Instruments Amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and

Aynı yaklaşım Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de (III-37.1)¹⁵ de sürdürülmüştür.¹⁶

Kurum bazlı yaklaşımın terk edilmiş olması ile hukukumuzda yan hizmet (ve dolayısıyla genel yatırım tavsiyesi sunulması) kavramının sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirilebilmesi olanağı doğmuştur.

B- 6362 Sayılı Kanun'da Sermaye Piyasası Faaliyeti Kavramının Kapsamı

1. Sermaye Piyasası Faaliyeti Kavramı

2499 sayılı eSPK'da olduğu gibi 6362 sayılı Kanun'da da sermaye piyasası faaliyeti kavramı korunmuş; ancak kavramın kapsamı eski Kanun'a oranla büyük ölçüde genişletilmiştir. Kanun'a göre sermaye piyasası faaliyeti kavramı; "sermaye piyasası kurumlarının bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri, bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ek olarak sunulan yan hizmetlerden oluşur".¹⁷

Bu kavramın kapsamına temel olarak yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetler girmektedir¹⁸. Aşağıda değinileceği gibi, eSPK'da

Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 93/22/EEC, OJ 30.4.2004, L. 145/1-44.

Kurum bazlı düzenleme yerine faaliyet bazlı düzenleme esasının 2004/39 sayılı Yönerge'deki görünümünün değerlendirilmesi için bkz. Nusret Çetin/H. Ebru Töremiş, "AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi ve Yönergenin Yatırımcı-Yatırım Şirketi Arasındaki İlişkiye Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2010, C. XIV, S. 2, (s. 45-70), s. 49.

¹⁵ RG. 11.07.2013, S. 28704. Bu Tebliğ, çalışmamızda "Tebliğ" olarak anılacaktır.

¹⁶ Kurul, SPK m. 39.8 ve 128.1.a hükümleri uyarınca yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlerin sunulmasına ilişkin usule ve esasları belirleme görevini yerine getirmek üzere bu Tebliğ'i düzenlemiştir. Ancak -eSPK dönemindeki Tebliğlerden farklı olarak- her bir sermaye piyasası faaliyeti için ayrı bir tebliğ çıkarmaması, tüm faaliyetler için ortak bir tebliğ çıkarmayı tercih etmiştir.

Tebliğ'e büyük ölçüde 2004/39 sayılı Yönerge'nin mehzaz teşkil ettiği görülmektedir. Yönerge ise, AB üyesi ülkelerin ulusal hukuk sistemlerinde yıllar içinde ve kökleşmiş yargı içtihatları ile yerleşmiş temel ilkeleri dikkate alarak oluşturulmuştur. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar ve örnek yargı kararları için bkz. Olha O. Cherednychenko, "European Securities Regulation, Private Law and the Investment Firm-Client Relationship", *European Review of Private Law* 2009, Vol. 17, No. 5, (s. 925-952), s. 931 vd.

¹⁷ Bkz. SPK m. 34.1.

¹⁸ Sermaye piyasası faaliyeti kapsamına "sermaye piyasası kurumlarının bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri"nin de dahil olduğu belirtilmişse de, sermaye piyasası

sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirilen faaliyetler, 6362 sayılı Kanun'da yatırım hizmet ve faaliyetleri olarak nitelendirilmiştir. Bunun yanı sıra eSPK'da sermaye piyasası faaliyeti niteliği tanınmamış (genel yatırım tavsiyesi sunulması faaliyeti gibi) bazı faaliyetler de, yan hizmet sıfatıyla ilk kez sermaye piyasası faaliyeti kavramının kapsamına dahil edilmiştir.¹⁹

2. Sermaye Piyasası Faaliyetinin Türleri

a- Yatırım Hizmet ve Faaliyeti

Sermaye piyasası faaliyetinin alt başlıklarından biri olan yatırım hizmet ve faaliyeti kavramı, Kanun'da veya Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'de (III-37.1) tanımlanmamış, anılan düzenlemelerde sadece bu kavram kapsamına giren sermaye piyasası faaliyetlerinin neler olduğu sayılmıştır²⁰. Hangi faaliyetlerin yatırım hizmet ve faaliyeti olarak nitelendirileceği, mehzaz 2004/39 sayılı Yönerge dikkate alınarak oluşturulmuştur²¹. 2499

19 kurumlarının "6362 sayılı Kanun kapsamındaki" faaliyetleri zaten hemen her zaman yatırım hizmet ve faaliyeti ya da yan hizmet niteliğinde olacağından, burada ayrı bir başlık açılmasına gerek duyulmamıştır.

20 Sermaye piyasası hukukumuzda 6362 sayılı SPK ile giren bu kavramlar, 2004/39 sayılı Yönerge'den alınmıştır. Yönerge'de sadece hukukumuzdaki yatırım hizmet ve faaliyetlerine karşılık gelen faaliyet tipi (investment services) ile hukukumuzdaki yan hizmetlere karşılık gelen faaliyet türü (ancillary services) bulunmaktadır; ikisini de kapsayan üst kavram bulunmamaktadır. Sermaye piyasası hukukumuzda ise, bu tür bir üst kavram tercih edilmiştir.

21 SPK m. 37.1: "Bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri şunlardır:

- a) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin alınması ve iletilmesi
- b) Sermaye piyasası araçlarıyla ilgili emirlerin müşteri adına ve hesabına veya kendi adına ve müşteri hesabına gerçekleştirilmesi
- c) Sermaye piyasası araçlarının kendi hesabından alım ve satımı
- ç) Portföy yöneticiliği
- d) Yatırım danışmanlığı
- e) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunularak satışa aracılık edilmesi
- f) Sermaye piyasası araçlarının halka arzında yüklenimde bulunmaksızın satışa aracılık edilmesi
- g) Çok taraflı alım satım sistemlerinin ve borsa dışı diğer teşkilatlanmış pazar yerlerinin işletilmesi
- ğ) Sermaye piyasası araçlarının müşteri namına saklanması ve yönetimi ile portföy saklanması
- h) Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması".

21 Bkz. 2004/39 sayılı Yönerge m. 4.1.3. Mehzazda yan hizmet olarak sayılmış olan

sayılı eSPK döneminde sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirilen temel faaliyetlerin, 6362 sayılı SPK döneminde yatırım hizmet ve faaliyeti olarak nitelendirildiği görülmektedir.²²

Yatırım hizmet ve faaliyetleri, ancak belirli tipteki sermaye piyasası kurumları tarafından yürütülebilmektedir. Kanun, bu tür faaliyetlerin sadece yatırım kuruluşları tarafından yerine getirilebileceğini, ayrıca yatırım ortaklıkları ile portföy yönetim şirketlerine ve borsalara ilişkin hükümlerin de saklı tutulduğunu ifade etmiştir.²³ Kanun, bir yatırım hizmet ya da faaliyetinin “düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için” Kuruldan faaliyet izni alınmasının zorunlu olduğunu, söz konusu izni göstermek üzere Kurul’dan yetki belgesi alınması gerektiğini de açıkça belirtmiştir.²⁴

Bu düzenlemeler ışığında, 6362 sayılı SPK’daki yatırım hizmet ve faaliyetine ilişkin esasların 2499 sayılı eSPK’daki sermaye piyasası faaliyeti kavramına ilişkin anlayışla paralel olduğu, sermaye piyasası kurumları dışındaki kişilerin bu tür faaliyetleri yürütemeyecekleri konusunda herhangi bir tereddüt bulunmadığı görülmektedir.

b- Yan Hizmet

aa- Kavram Hakkında

Sermaye piyasası hukukumuz için yeni bir kavram olan yan hizmet kavramı, Kanun’da veya Tebliğ’de tanımlanmamıştır. İlgili düzenlemelerde ise sadece bu niteliği haiz olduğu kabul edilen sermaye piyasası faaliyeti türlerinin adlarının sayılması ile yetinilmiştir.

Kanun’da yan hizmetler;

“a) Sermaye piyasaları ile ilgili danışmanlık hizmetleri sunulması

b) Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile sınırlı olarak kredi ya da ödünç verilmesi ve döviz hizmetleri sunulması

faaliyetlerden sadece “sermaye piyasası araçlarının müşteri namına saklanması” faaliyeti hukukumuzda yatırım hizmet ve faaliyeti olarak nitelendirilmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Nusret Çetin/Hatice Ebru Töremiş/Zeynep Cantimur, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemantik Analizi, Ankara, Yetkin 2014, s. 82-84.

²² Bkz. eSPK m. 30.

²³ SPK m. 39.1, c. 2, c. 3.

²⁴ SPK m. 39.1, c. 1, 39.3, m. 40.

c) Sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerle ilgili yatırım araştırması ve finansal analiz yapılması veya genel tavsiyede bulunulması

c) Aracılık yükleniminin yürütülmesi ile ilgili hizmetlerin sunulması

d) Borçlanma veya başka yollardan finansman sağlanmasında aracılık hizmeti sunulması

e) Servet yönetimi ve finansal planlama yapılması

f) Kurulca belirlenecek diğer hizmet ve faaliyetlerde bulunulması” şeklinde sıralanmıştır²⁵.

Yan hizmet olarak sıralanan bu faaliyetler ve bu kapsamda çalışmamızın konusunu oluşturan genel yatırım tavsiyesi sunulması faaliyeti de, 6362 sayılı Kanun’la birlikte hukukumuzda ilk kez sermaye piyasası faaliyeti olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu tercihin temelinde 2004/39 sayılı Yönerge ile uyum sağlama çabası olduğu görülmektedir.

bb- Yan Hizmetleri Yürüten “Sermaye Piyasası Kurumlarının” Kurul’a Bildirim Şartı Hakkında

Kanun’da ve Tebliğ’de yan hizmetlere ilişkin olarak belirtilen temel husus; yan hizmeti yürütecek sermaye piyasası kurumlarının bu faaliyetleri “ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde” yürütecekleridir²⁶. Buna göre, -yatırım hizmet ve faaliyetlerinin aksine- yan hizmeti yürüten sermaye piyasası kurumlarının Kurul’dan söz konusu yan hizmeti yürütebilmek için faaliyet izni alma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bununla birlikte söz konusu kurumlar için Kurul’a bildirim yapma yükümlülüğü öngörülmüştür²⁷. Eğer söz konusu sermaye piyasası kurumunun anılan yan hizmeti yürüteceği, yatırım hizmet ve faaliyetleri için Kurul’a faaliyet izni için başvuracağı sırada belli ise, bu durumda yan hizmet bildiriminin bu yatırım hizmet ve faaliyet izni için yapılacak başvuru ile birlikte yapılması gerekmektedir. Eğer yan hizmet yürütülmesi yönündeki karar sermaye piyasası kurumunun faaliyet

²⁵ Bkz. SPK m. 38.1.

²⁶ Bkz. SPK m. 39.2; Tebliğ m. 7.1.

²⁷ Bkz. Tebliğ m. 7.2, c. 1.

izni almasından sonra verilirse, bu durumda söz konusu yan hizmet için faaliyet izninden ayrı olarak bildirimde bulunulmaktadır.²⁸

Tebliğ'de öngörülmüş olan söz konusu bildirim şartı, sadece yan hizmet yürüten sermaye piyasası kurumları için öngörülmüş olup; sermaye piyasası kurumu dışındaki kişiler yan hizmet yürüttükleri takdirde bu yükümlüğe tâbi olmayacaklardır. Bu hususu, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.²⁹

cc- Yan Hizmetleri Yürütebilecek Kişiler Hakkında

Yan hizmete -ve dolayısıyla çalışmamızın konusunu oluşturan genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetine- ilişkin olarak öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, bu tür faaliyetleri yürütme konusunda sermaye piyasası kurumlarının -yatırım hizmet ve faaliyetlerinde olduğu gibi- bir tekel hakkı bulunup bulunmadığı hususudur. Diğer bir deyişle, belirli tip sermaye piyasası kurumları dışındaki kişi ya da kurumların yan hizmetleri yürütmesi konusunda herhangi bir engel bulunup bulunmadığı hususunun ortaya konulması gerekmektedir.

Yan hizmet türlerini sıralayan düzenlemesinde Sermaye Piyasası Kanunu, "Yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerinin yapabilecekleri yan hizmetler" ifadesini kullanmıştır³⁰. Tebliğ ise, yan hizmetler için bildirim zorunluluğuna ilişkin düzenlemesinde, "Yatırım kuruluşlarının yetkili oldukları yatırım hizmet ve faaliyetlerine bağlı olarak yapabilecekleri yan hizmetler" ifadesine yer vermiş³¹; ardından da portföy yönetim şirketlerinin yürütebilecekleri yan hizmetlere ilişkin mevzuat hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir.³²

Söz konusu ifadeler, ilk bakışta, yan hizmetlerin de, yatırım hiz-

²⁸ Bkz. Tebliğ m. 7.2, c. 2.

Bkz. Tebliğ m. 7.3: "Kurula yapılan bildirim takiben 20 iş günü içinde Kurulca aksi yönde görüş bildirilmedikçe, bildirimde bulunulan yan hizmetler bu Tebliğ'de belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmeye başlanır. Kurulca istenecek eksik bilgi ve belgelerin tamamlanması için geçen süreler bu sürenin hesabında dikkate alınmaz".

²⁹ Bkz. aşağıda "III. A- Tebliğ'in Kapsamı Hakkında Tüm Yan Hizmetlere İlişkin Genel Açıklamalar" başlığı altındaki açıklamalar.

³⁰ Bkz. SPK m. 33.1: "Yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerinin yapabilecekleri yan hizmetler şunlardır:...".

³¹ Bkz. Tebliğ m. 6.1: "Yatırım kuruluşlarının yetkili oldukları yatırım hizmet ve faaliyetlerine bağlı olarak yapabilecekleri yan hizmetler şunlardır:..."

³² Bkz. Tebliğ m. 6.2.

met ve faaliyetleri gibi yatırım kuruluşlarının (ve ismen sayılan diğer sermaye piyasası kurumlarının) tekelinde olduğu şeklinde bir izlenim doğurmaya müsaittir. Üstelik uygulamada eSPK'dan beri süregelen sermaye piyasası faaliyeti anlayışı ile yukarıda sözü edilen sonucu doğuracak şekilde dar yorum yapılması muhtemeldir.

Ancak -aşağıda açıklanacağı üzere- böyle bir sonuç kanun koyucunun amacına ve mehaza aykırı olacaktır. Konu, mehaz 2004/39 sayılı Yönerge ışığında AB hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde bu konudaki tereddütler de ortadan kalkacaktır.

Şöyle ki; yatırım kuruluşlarının aslı, temel kuruluş amaçları, en azından bir tane yatırım hizmet ve faaliyetini yürütmektir³³. Yatırım kuruluşları, söz konusu aslı, temel şartı sağladıktan sonra, bu hizmet ve faaliyetin yanı sıra, ayrıca, yan hizmetleri de yürütebilmektedirler. Ancak bu tipteki kuruluşlara -yukarıda belirtildiği gibi- yatırım hizmet ve faaliyetine ilişkin faaliyet izni için yaptıkları başvurular sırasında, sunmayı planladıkları yan hizmetleri de Kurul'a bildirmek yükümlülüğü yüklenmiştir.³⁴

İşte yukarıda sözü edilen düzenlemeler (SPK m. 33.1; Tebliğ m. 6.1), yatırım kuruluşlarının (ve diğer tipteki sermaye piyasası kurumlarının) yan hizmet yürütebilmeleri için, -yatırım hizmet ve faaliyetlerinin aksine-, izin (ve yetki belgesi) almalarının şart olmadığını; Kurul'a bildirim yapmalarının yeterli görüldüğünü ifade etmek için kabul edilmiştir. Buna karşın söz konusu hükümlerin, yan hizmeti yürütebilecek kişileri belirli sermaye piyasası kurumu tipleri ile sınırlama şeklinde bir işlevi bulunmamaktadır. Bu itibarla, yatırım kuruluşları dışındaki gerçek ve tüzel kişiler de yan hizmetleri yürütebilmektedirler.

³³ Yatırım kuruluşu kavramı; aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları ifade etmektedir. (SPK m. 3/v).

Yatırım hizmet ve faaliyetlerinin yatırım kuruluşlarının aslı konusu olduğu hususuna, Kanun'da bu faaliyet izni dolayısıyla değinilmiştir. Kanun: yatırım hizmetlerinin ve faaliyetlerinin "düzenli uğraşı, ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için" Kurul'dan izin alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Bkz. SPK m. 39.1.

Aynı yönde bkz. Yönerge m. 6.1; Ek I, Bölüm B. Ayrıca bu konudaki açıklamalar için bkz. EC, Your Questions on MiFID, Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC and Implementing Measures, Questions and Answers, ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/.../questions_en.pdf, s. 19, 50, 125.

³⁴ SPK m. 39; Tebliğ m. 7.2.

C- Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyetini Yürütebilecek Kişiler ve Bildirim Şartı Gerekip Geremediği Hususunda

Yukarıda açıklandığı üzere, bir yan hizmet niteliği taşıyan genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetini yürütme yetkisi, yatırım kuruluşlarının ve portföy yönetim şirketlerinin tekelinde değildir; bunlar dışında kalan kurum ve kişiler de anılan yan hizmeti yürütebilirler. Buna göre herkesin sermaye piyasası ile ilgili konularda, yönlendirici yorum yapma ve yatırım tavsiyelerini sunma hakkı bulunmaktadır.

Ayrıca söz konusu yan hizmete ilişkin herhangi bir kurumsal yeterlik şartı da aranmamaktadır. Örneğin -genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyetinin büyük benzerlik gösterdiği- yatırım danışmanlığındaki yatırım danışmanı gerçek kişiler için aranan şartlardan farklı olarak,³⁵ herhangi bir standart ya da eğitim, tecrübe, yeterlik, asgari şart vs. aranmamaktadır.

Sonuç itibariyle, bu yan hizmeti yürütme konusunda belirli tipteki sermaye piyasası kurumlarının tekel hakkından söz edilemez.

III. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN III-37.1 SAYILI TEBLİĞ'DE BELİRLEDİĞİ ESASLARI MEDYA VE ELEKTRONİK ORTAMDA SUNULAN GENEL YATIRIM TAVSİYELERİNE UYGULAMA YETKİSİNİN BULUNMADIĞI HUSUSUNDA

A- Tebliğ'in Kapsamı Hakkında Tüm Yan Hizmetlere İlişkin Genel Açıklamalar

III-37.1 sayılı Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, 1. maddesinde, amacının, "yatırım kuruluşlarının faaliyet izni almasına ilişkin esasları, yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetleri ve bunların sunumu sırasında uyulacak ilke ve esasları düzenlemek" olduğunu belirtmektedir.³⁶

Yukarıda belirtildiği gibi yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetlere ilişkin olarak benzer bir düzenleme tarzı, 2004/39 sayılı mehz AB Yönergesi'nde de söz konusudur. Tebliğ'e temel teşkil eden bu

³⁵ Karş. yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin Tebliğ m. 47.

³⁶ Bkz. Tebliğ m. 1.

Yönerge'de de -hukukumuzdaki sermaye piyasası kurumuna karşılık gelen- belli tipteki kurumların³⁷ yatırım hizmet ve faaliyetlerini yürütmek için izin almaları gerektiği ve yan hizmet yürütmek için ise bildirimde bulunmalarının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Mehaz Yönerge'nin belirtilen tipteki sermaye piyasası kurumlarına uygulanmak üzere düzenlemeler getirdiği hususu, "Kapsam" maddesinde açıkça ifade edilmiştir.³⁸

Bu doğrultuda AB Hukukunda mehaz Yönerge'de düzenlenen sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerin belirtilen tipteki kuruluşlar ile sınırlı etki doğuracağı, bu tip kuruluşlar dışındaki kişilere uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Özellikle de yan hizmetlere ilişkin düzenlemelerinin sadece Yönerge'de belirtilen tipteki kuruluşlar için öngörüldüğü kabul edilmektedir.³⁹

Benzer bir yaklaşım, -açıkça belirtilmiş olmasa da-, Yönerge mehaz alınarak oluşturulmuş Tebliğ için de geçerlidir. Tebliğ, sadece yatırım kuruluşlarının ve açıkça saklı tutulan diğer sermaye piyasası kurumu tiplerine uygulanabilmek üzere yetkilendirilmiştir. Tebliğ'in düzenlediği konulardan yatırım hizmet ve faaliyetlerini zaten sadece sermaye piyasası kurumları yürütebildiğinden, Tebliğ'in anılan tür faaliyetlere ilişkin kapsamının bu tür kurumlarla sınırlı olduğu hususu açıktır.

Yan hizmetlere ilişkin olarak ise; Tebliğ'in getirdiği düzenlemeler, sadece yatırım kuruluşlarına ve açıkça saklı tutulan diğer sermaye piyasası kurumu tiplerine uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Bu itibarla, sermaye piyasası kurumu dışındaki kişiler yan hizmet yürüttükleri takdirde, Tebliğ'e tâbi olmamakta; bu kişilere Tebliğ'de yer alan esaslar uygulanmamaktadır. Örneğin yan hizmet yürütmesi halinde Sermaye Piyasası Kurulu'na bildirim yapma zorunluluğu, sadece sayılan tipteki

³⁷ Bkz. 2004/39 sayılı Yönerge m. 1.1; ayrıca "investment firm" olarak adlandırılan kurumların tanımı için bkz. 2004/39 sayılı Yönerge m. 4.1. Yönerge'nin kapsamı için bkz. Emilios Avgouleas, "A Critical Evaluation of the New EC Financial-Market Regulation: Peaks, Troughs, and the Road Ahead", The Transnational Lawyer 2004-2005, Vol. 18, (s. 179-229), s. 194 vd.

³⁸ Bkz. 2004/39 sayılı Yönerge m. 1.1. Kapsamda ayrıca teşkilatlanmış pazarlardan da söz edilmektedir.

³⁹ EC, s. 19, 50, 125. Ayrıca bkz. Financial Regulator, Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), Feedback on Discussions of Conduct of Business Industry, Working Group, October 2007, <https://www.centralbank.ie>, s. 2; Wilco Oostwouder, "The Implementation of the MiFID in the Netherlands: Mission Accomplished?", European Company Law 2008, Vol. 5, No. 2, s. 58-67.

sermaye piyasası kurumları için söz konusudur. Bu tip kuruluşlar dışında kalanlar yan hizmet yürütse bile bildirim yükümlülüğüne tâbi değildirler. Nitekim Tebliğ'in yan hizmete ilişkin hükümlerini düzenleyen maddelerinde kullanılan ifadeleri de, -mehaz 2004/39 sayılı Yönerge'de olduğu gibi- kural olarak,⁴⁰ sadece yatırım kuruluşlarını ve diğer sermaye piyasası kurumu tiplerini dikkate alarak oluşturulmuştur.

Sonuç itibariyle; sadece yan hizmet yürütüyor olmak, bir kişi veya kurumun - Tebliğ'in yan hizmeti düzenleyen hükümlerine tâbi tutulması için yeterli değildir. Tebliğ'deki yan hizmete ilişkin düzenlemeler, sadece sermaye piyasası kurumlarına uygulanmak üzere getirilmiş düzenlemelerdir. Buna karşın anılan düzenlemelerin, yan hizmet yürütmekte olan diğer kişilere uygulanma yetkisi yoktur.

B- Genel Yatırım Tavsiyelerine İlişkin Esasların, Sermaye Piyasası Kurumu Dışındaki Kişilerce Sunulsa Bile, Özellikle Medya ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yatırım Tavsiyelerine de Uygulanması Gerektiği Yönündeki Tebliğ Düzenlemesine İlişkin Değerlendirmeler

1. Tebliğ m. 73.3 Düzenlemesi Hakkında

Tebliğ, yan hizmetleri sıralandığı onuncu bölümde, diğer yan hizmetlerin arasında m. 73'de genel yatırım tavsiyesi sunulması faaliyetine de yer vermektedir. Söz konusu kavram, Tebliğ'de daha sonra "Genel Yatırım Tavsiyelerine İlişkin Esaslar" başlıklı ayrı bir bölüm başlığı altında m. 78 ve takip eden hükümlerde ele alınmaktadır. İşte bu hükümlerden Tebliğ m. 73 hükmünün ilk iki fıkrasında, söz konusu faaliyeti tanımlamaya ve faaliyetin unsurlarını belirlemeye yönelik düzenlemeler yer almaktadır.⁴¹

⁴⁰ Bu kuralın -hukuka aykırı şekilde ve yetkisiz biçimde- istisnası olan m. 73.3 hükmünün değerlendirmesi için bkz. aşağıda "III. B. 1. Tebliğ m. 73.3 Düzenlemesi Hakkında" başlığı altındaki açıklamalar.

⁴¹ Bkz. Tebliğ m. 73. 1 ve m. 73.2:

"(1) Genel yatırım tavsiyesi sunulması, Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, belli bir kişiye veya mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olmamak kaydıyla, bir veya daha fazla sermaye piyasası aracı veya ihraççı hakkında, müşterilere veya dağıtım kanallarına yönelik olarak hazırlanan ve sermaye piyasası araçlarının mevcut veya gelecekteki fiyat veya değerlerine ilişkin yorum da dâhil, açıkça veya zımnen bir yatırım stratejisini öneren veya tavsiye eden yönlendirici nitelikteki her türlü araştırma veya diğer bilgi sunulması faaliyetidir.

(2) Genel yatırım tavsiyesi faaliyeti kapsamında hazırlanan ve belli bir kişiye veya

Tebliğ m. 73.3 hükmünde ise, genel yatırım tavsiyelerinin özellikle basında, medya ve elektronik ortamda sunulması hali ele alınmış; anılan durumlarda söz konusu tavsiyelerin –hazırlayan, sunan ve yayınlayan kişinin bir sermaye piyasası kurumu niteliği taşıdığına bakılmaksızın - Tebliğ’de belirtilmiş esaslara uygun şekilde sunulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Tebliğ m. 73.3 düzenlemesi şu hükmü içermektedir:

“Yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren medya hizmet sağlayıcıları, 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu çerçevesinde süreli yayın yapanlar tarafından sunulanlar ile medya ve elektronik ortamda yer alanlar dahil her türlü genel yatırım tavsiyesinin 78 inci ve 79 uncu maddelerde yer alan esaslara uygun olarak sunulması zorunludur”.

2. Tebliğ m. 73.3 Düzenlemesinin Medya ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yatırım Tavsiyeleri İçin de Uyulması Zorunluluğu Öngördüğü Esaslar

Genel yatırım tavsiyeleri sunan sermaye piyasası kurumlarının bu tavsiyeleri hazırlarken ve sunarken uymaları gereken belirli esaslar Tebliğ’de belirlenmiştir. Bu esaslardan bazıları yatırım danışmanlığı faaliyeti için düzenlenmiş olan esasların kıyasen uygulanacağını belirtmesi şeklinde oluşturulmuş; bazıları ise genel yatırım tavsiyesine münhasır şekilde oluşturulmuştur.

Tebliğ m. 73.3 hükmünde ise, basın, medya ve elektronik ortamda sunulan genel yatırım tavsiyelerinde de, sermaye piyasası kurumları tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri için öngörülmüş -yukarıda sözü edilen- esaslara uyulması zorunluluğu getirilmiştir.

Aşağıda m. 73.3 düzenlemesinin medya ve elektronik ortamda sunulan genel yatırım tavsiyeleri için de uyulması zorunluluğu öngördüğü esaslar incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak yatırım danışmanlığı faaliyeti ile ortak esaslar, ardından da genel yatırım tavsiyesi sunulması faaliyetine özgü esaslar ele alınacaktır.

mali durumları, risk ve getiri tercihleri benzer nitelikteki bir gruba yönelik olmak kaydıyla müşterilere veya dağıtım kanallarına sunulan bilgilerin müşteri ile bire bir paylaşılması da bu faaliyet kapsamındadır.”.

a- Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti ile Ortak Esaslar

aa- Tavsiyenin Hazırlanmasına ve Sunumuna İlişkin Esaslar

Yatırım danışmanlığı faaliyeti için öngörülmüş esaslardan, genel yatırım tavsiyeleri için de kıyasen uygulanacak olan esaslar şunlardır⁴²:

Sunulan yorum ve tavsiyelerde yatırımcıları yanıltıcı, aldatıcı, bilgi ve tecrübe eksikliklerini istismar edici, yanlış, gerçek dışı veya "en sağlam", "en iyi", "en güvenilir" gibi subjektif ve abartılı ifadelerle yer verilemez⁴³.

Yorum ve tavsiyelerin özenle hazırlanması ve objektif olması zorunludur⁴⁴.

Sunulan yorum ve tavsiyeler güvenilir kaynak, belge, rapor ve analizlerle desteklenmeli; söz konusu kaynakların kesinliği hakkında şüphelerin bulunması durumunda bu hususa açıkça yer verilmelidir⁴⁵.

Herhangi bir sermaye piyasası aracının halka arzına ilişkin olarak yapılan yorum ve analizlerde, yatırımcıların doğru ve eksiksiz bilgilendirilmesini teminen, yayımlanmışsa izahname ve satışa ilişkin belgelerde yer alan bilgiler kullanılmalıdır. Aksi takdirde söz konusu halka arza ilişkin ayrıntılı bilgilerin yer aldığı izahname ve satışa ilişkin diğer belgelerin yayımlanacağını belirtilmelidir⁴⁶.

Belirli bir getirinin sağlanacağına dair herhangi bir vaat veya tahhütte bulunulması kesinlikle mümkün değildir⁴⁷.

Her türlü öngörü, tahmin ve fiyat hedeflerine yer verirken, bunların öngörü, tahmin ve fiyat hedefi olduğunun açıkça belirtilmesi şarttır. Üstelik bunların oluşturulmasında kullanılan tüm önemli varsayımların belirtilmesi de zorunludur⁴⁸.

Tebliğ'in öngördüğü bir diğer esas da; Kurul'un faaliyet alanına giren sonuçlanmış ya da sonuçlanmamış konular hakkında yalan,

⁴² Bkz. Tebliğ m. 78.1: "Genel yatırım tavsiyelerinde bulunan kuruluşların sundukları yorum ve tavsiyeler, 48 inci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c), (ç), (d), (e), (f), (g), (ğ) bentleri ile üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan esaslara tabidir."

⁴³ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.b.

⁴⁴ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.c.

⁴⁵ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.ç.

⁴⁶ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.d.

⁴⁷ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.e.

⁴⁸ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.f.

yanlış, yanıltıcı ve mesnetsiz bilgi, haber ve yorum sunulmaması şeklindedir⁴⁹.

Yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikte olan araştırma sonuçlarının, yatırımcılara duyurulmadan önce tavsiyeyi hazırlayan ve sunan tarafından kendisinin veya üçüncü şahısların lehine kullanılmaması da, bir diğer esastır⁵⁰.

Ancak Tebliğ bu bilgilerin sunulmasında bir kolaylık getirmiştir. Eğer söz konusu bilgiler, genel yatırım tavsiyesinin kendisine oranla önemli ölçüde uzun ise, bu durumda söz konusu bilgilerin verilmeyip, sadece kamu tarafından bilgilere kolayca ve doğrudan ulaşılabilecek bir yere açıkça ve dikkat çekici şekilde atıfta bulunulması da yeterlidir. Kolayca ve doğrudan ulaşılabilecek bir yere örnek olarak; ilgili yatırım kuruluşu veya basın yayına yetkili kuruluşun internet sitesi gösterilebilmektedir. Ancak bu atıf olanağının uygulanabilmesi için, değerlendirme ve yöntemlerde herhangi bir değişiklik olmaması şarttır⁵¹.

bb- Finansal İlişki veya Çıkar Çatışmalarının Açıklanmasına İlişkin Esaslar

Genel yatırım tavsiyelerinin sunulması sırasında, yatırım danışmanlığı faaliyeti için öngörülmüş olan finansal ilişki veya çıkar çatışmalarının açıklanmasına ilişkin esaslara da uyulması zorunludur⁵².

Buna göre, genel yatırım tavsiyesi sunan yetkili kuruluşlar, söz konusu faaliyet sırasında sunulan yorum ve tavsiyelerin “objektifliğini etkilemesi muhtemel nitelikteki tüm ilişki ve koşulları” müşteriye açıklamakla yükümlüdürler.

Bu kapsamda özellikle yorum ve tavsiyenin ilgili olduğu sermaye piyasası aracına ilişkin önemli finansal çıkarlarını veya ihraççı ile olan önemli çıkar çatışmalarını açıklama yükümlülükleri önem taşımaktadır.⁵³

Genel yatırım tavsiyesi sunan yetkili kurumun finansal ilişki veya çıkar çatışmalarının açıklanmasına ilişkin açıklama yükümlülüğü, sa-

⁴⁹ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.g.

⁵⁰ Bkz. Tebliğ m. 78.1'in atıf yaptığı Tebliğ m. 48.2.ğ

⁵¹ Bkz. Tebliğ m. 78.3.

⁵² Bkz. Tebliğ m. 78.4.

⁵³ Bkz. Tebliğ m. 78.4'ün atıf yaptığı Tebliğ m. 50.1.

dece kendisi ile ilgili olanları değil; aynı zamanda kendisi ile istihdam ilişkisi doğuracak bir sözleşme çerçevesinde veya herhangi bir sözleşme olmaksızın çalışan ve tavsiyenin hazırlanmasına katılan tüm gerçek veya tüzel kişileri de kapsamaktadır.⁵⁴

Yukarıda belirtildiği gibi, genel yatırım tavsiyesi sunan kurum, tavsiyeye konu ihraççı ile olan önemli çıkar çatışmalarını ve objektifliğini etkilemesi muhtemel nitelikteki tüm ilişkilerini, müşterisine açıklamakla yükümlüdür. İhraççı ile ilişkinin hangi durumda "objektifliği etkilemesi muhtemel nitelik" kazanacağı hususu her somut durumda belirlenecek olmakla beraber, bazı durumlarda objektifliğin etkilenmiş olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Buna göre, sunulan yorum ve tavsiyelere konu ihraççı ile yetkili kuruluşun karşılıklı olarak ödenmiş sermayelerinde veya oy haklarında %1 veya daha fazla oranda sahip oldukları paylara, sahip oldukları yönetim imtiyazına, aralarındaki kredi sözleşmesi, kira kontratları gibi diğer önemli finansal ilişkiler bulunması durumunda, bunlara ilişkin bilgilerin müşteriye açıklanması zorunludur.⁵⁵

Söz konusu bilgilerin genel yatırım tavsiyesinin kendisine oranla önemli ölçüde uzun olduğu durumlarda, ilgili yatırım kuruluşunun internet sitesinde ilan edilebilmesi mümkündür.⁵⁶

b- Genel Yatırım Tavsiyesi Sunulması Faaliyetine Özgü Esaslar

aa- Tavsiyenin Hazırlanmasına ve Sunumuna İlişkin Esaslar

Tebliğ sadece genel yatırım tavsiyesi faaliyetine özgü bazı esasları da düzenlenmiştir⁵⁷. Buna göre; öncelikle tavsiyenin yenilenme sıklığına yer verilmesi zorunlu kılınmıştır⁵⁸. Bunun yanı sıra, eğer tavsiyelerin güncellenmesine ilişkin politikaların belirlenmiş olması halinde, söz konusu politikalara ilişkin özet bilgiler ile daha önce ilan edilen politikalarda ortaya çıkan önemli değişikliklere de yer verilmelidir.

Tavsiyenin dağıtım için ilk hazırlandığı tarih ile tavsiyede yer alan tüm fiyatların tarih ve zamanı, açık ve dikkat çekici bir şekilde belirtilmelidir.⁵⁹

⁵⁴ Bkz. Tebliğ m. 78.4'ün atf yaptığı Tebliğ m. 50.2.

⁵⁵ Bkz. Tebliğ m. 78.4'ün atf yaptığı Tebliğ m. 50.3.

⁵⁶ Bkz. Tebliğ m. 78.3.

⁵⁷ Bkz. Tebliğ m. 78.

⁵⁸ Tebliğ m. 78.2.a.

⁵⁹ Tebliğ m. 78.2.b.

Eğer tavsiye, aynı sermaye piyasası aracı veya ihraççı için aynı kurum tarafından geçmiş 12 aylık sürede yayımlanmış olan tavsiyeden farklı bir yatırım stratejisini içeriyorsa, bu durumda, söz konusu değişikliğe, değişikliğin gerekçesine ve daha önce yayımlanan tavsiyenin tarihine de açıkça ve dikkat çekici şekilde yer verilmelidir.⁶⁰

Tebliğ m. 73.4 hükmü ile, basın yayına yetkili kuruluşlarca sunulan genel yatırım tavsiyeleri için bazı ek esaslar da öngörülmüştür. Buna göre söz konusu tavsiyelerin, ayrıca 6112 sayılı Kanun'da belirtilen ilke ve esaslara uygun olması gerekmektedir.

Ancak söz konusu bilgilerin genel yatırım tavsiyelerine oranla önemli ölçüde uzun olması şartıyla, ilgili yatırım kuruluşu veya basın yayına yetkili kuruluşun internet sitesinde yer verilmesi ve açıkça ve dikkat çekici şekilde bu sitelere atıfta bulunulması yeterlidir.⁶¹

bb- Uyarı Notu Sunulmasına İlişkin Esaslar

Genel yatırım tavsiyesine özgü esaslardan bir diğeri de, yatırımcılara (ya da müşteriye) tavsiyenin niteliği konusunda uyarı notu sunulmasıdır. Uyarı notu, yatırım tavsiyesinin genel nitelik taşıdığını, bir başka deyişle yatırımcının risk-getiri kıstasına göre uyarılama yapılmamış olduğunu ifade etmektedir. Uyarı notu, yatırımcıları (müşterileri) açıkça, söz konusu tavsiyelerin uygulanmasının yatırımcının (müşterinin) malî durumu ile risk ve getiri tercihlerine uygun olmaya bileceği ve anılan söz konusu tavsiyede yer alan bilgilere dayanılarak yatırım kararı verilmesinin yatırımcının beklentilerine uygun sonuçlar doğurmayabileceği konusunda uyarılmaktadır.

Uyarı notu, genel yatırım tavsiyesinin dağıtım kanallarından yatırımcılara dağıtılmasına ya da müşteriye bire bir sunulmasına göre farklı içerikte olmaktadır. Notun içeriği, Tebliğ'in ekinde yer alan standart içeriktir⁶².

⁶⁰ Bkz. Tebliğ m. 48.2.c.

⁶¹ Bunun için değerlendirme ve yöntemlerde herhangi bir değişiklik olmaması da şarttır. Bkz. Tebliğ m. 78.3.

⁶² Bkz. Tebliğ Ek 3: "Sermaye Piyasası Kurulunun "Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"i Uyarınca Yayımlanan Uyarı Notu: 'Burada yer alan yatırım bilgi, yorum ve tavsiyeleri yatırım danışmanlığı kapsamında değildir. Yatırım danışmanlığı hizmeti, yetkili kuruluşlar tarafından kişilerin risk ve getiri tercihleri dikkate alınarak kişiye özel sunulmaktadır. Burada yer alan yorum ve tavsiyeler ise genel niteliktedir. Bu tavsiyeler mali durumunuz

3. Mehzadaki İlgili Düzenlemeler

Mehaz AB hukukunda, medya ve elektronik ortamdan sunulan ve diğer yollardan kamuya açıklanan genel yatırım tavsiyeleri, bağımsız bir düzenlemenin konusunu oluşturmaktadır. Yatırım Tavsiyelerinin Adil Sunumuna ve Çıkar Çatışmalarının Açıklanmasına ve 2003/6 sayılı Yönerge'nin Uygulanmasına İlişkin 2003/125 sayılı Yönerge⁶³, sadece bu tür tavsiyeleri düzenlemektedir⁶⁴.

2003/125 sayılı Yönerge, yukarıda sözü edilen 2004/39 sayılı Finansal Araç Piyasaları Yönergesi'nden farklı olarak, genel yatırım tavsiyelerinin sermaye piyasası faaliyeti (yan hizmet) yönü ile ilgilenmemektedir. Yönerge, İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Piyasa Manipülasyonuna (Piyasanın Kötüye Kullanılması) ilişkin 2003/6/EC sayılı Yönerge'nin tamamlayıcısıdır⁶⁵. Söz konusu düzenleme, konuyu piyasanın kötüye kullanılmasının (*market abuse*) önlenmesi kapsamında ele almaktadır.⁶⁶

ile risk ve getiri tercihlerinize uygun olmayabilir. Bu nedenle, sadece burada yer alan bilgilere dayanılarak yatırım kararı verilmesi beklentilerinize uygun sonuçlar doğurmayabilir”.

Bkz. Tebliğ Ek 4: “Sermaye Piyasası Kurulunun “Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”i Uyarınca Yapılacak Uyarı: ‘Size sunduğum yatırım bilgi, yorum ve tavsiyeleri yatırım danışmanlığı kapsamında değildir. Bu tavsiyeler genel nitelikte olup, özel olarak sizin mali durumunuz ile risk ve getiri tercihlerinize uygun olarak hazırlanmadı. Bu nedenle, sadece burada yer alan bilgilere dayanılarak yatırım kararı verilmesi beklentilerinize uygun sonuçlar doğurmayabilir.’”

⁶³ Commission Directive 2003/125/EC of 22 December 2003 Implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as Regards the Fair Presentation of Investment Recommendations and the Disclosure of Conflicts of Interest, OJ 24.12.2003, L 339/73-77.

⁶⁴ Bkz. 2003/125 sayılı Yönerge m. 1.3, 1.4. Yönerge’de yer alan genel yatırım tavsiyesi kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. CESR (Committee of European Securities Regulators), “Question & Answers, Understanding the Definition of Advice under MiFID”, Date: 19 April 2010, Ref.: CESR/10-293, www.cesr.eu.

⁶⁵ Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse), OJ 12.4.2003, L 96/16-25.

Genel yatırım tavsiyelerinin piyasanın kötüye kullanılması bakış açısıyla taşıdığı önem için bkz. Avgouleas, s. 197 vd.

⁶⁶ Bu konuda bkz. Staikouras Panagiotis, “The Conundrum of the Market Abuse Directive Preventative Measures for EU Financial Services’ Integration: In Search of Equilibrium between Market Integrity Enhancement and Undue Regulatory Encumbrance”, Legal Issues of Economic Integration 2008, Vol. 35, No. 4, (s. 351-374), s. 351, 366 vd.

Bu itibarla bir genel yatırım tavsiyesinin 2003/125 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilebilmesi için bir sermaye piyasası kurumu tarafından sunuluyor olup olmadığı önem taşımaz. 2003/125 sayılı Yönerge kapsamına girebilmek açısından ayırt edici olan, yatırım tavsiyelerinin hangi ortamdan sunulmuş olduğudur.

Yönerge “dağıtım kanallarından” sunulmak amacıyla hazırlanan tavsiyeleri temel almıştır. Dağıtım kanalları kavramı, özellikle medya, elektronik ortam, basın gibi, bilgiye geniş bir kitle tarafından ulaşılmasına imkân sağlayan veya sağlayabilecek nitelikte olan her türlü iletişim aracını ifade etmektedir⁶⁷. Bunun yanı sıra kamuya açıklanmak amacıyla hazırlanan tavsiyeler de, Yönerge kapsamındadır.

Yönerge, bu tür tavsiyeleri hazırlayan kişilerin kimliğine ilişkin sınırlayıcı bir ayırım yapmamaktadır. Hukukumuzdaki sermaye piyasası kurumlarına benzerlik gösteren belirli tipteki kuruluşlar tarafından ve/veya bunlar dışında kalan kişi veya kuruluşlar tarafından kamuya sunulan tüm genel yatırım tavsiyeleri, düzenleme kapsamına alınmaktadır.⁶⁸

4. Tebliğ m. 73.3 Düzenlemesinde, Genel Yatırım Tavsiyelerine İlişkin Esaslara Tâbi Olacağı Belirtilen Tavsiyeler

a- Genel Olarak

Tebliğ m. 73.3 hükmünde, Tebliğ’de belirtilen esaslara uygun sunulma zorunluluğunun söz konusu olduğu haller şöyle sayılmıştır:

- aa- Yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri,
- bb- medya hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri,
- cc- süreli yayın yapanlar tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri,
- dd- medya ve elektronik ortamda yer alanlar dahil her türlü genel yatırım tavsiyesi.

Bunlardan yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tara-

⁶⁷ Bkz. 2003/125 sayılı Yönerge m. 1.7.

⁶⁸ Bkz. 2003/125 sayılı Yönerge m. 1.3, 1.4, 1.5.

findan sunulan genel yatırım tavsiyelerinin söz konusu esaslara tâbi olacakları hususu, zaten Tebliğ'in amacını ve kapsamını sınırlayan hükümlerle⁶⁹ uyum içindedir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, yan hizmetlere ilişkin olarak Tebliğ'in kapsamı; yatırım kuruluşlarının ve saklı tutulan diğer sermaye piyasası kurumlarının tâbi olacakları esasları düzenlemektedir. Bu itibarla yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri, hem bir sözleşme çerçevesinde müşteriye hem de dağıtım kanallarından (anonim) yatırımcılara sundukları genel yatırım tavsiyelerine ilişkin olarak belirtilen esaslarla bağlıdır.⁷⁰

Diğer ihtimalleri ise kendi içinde ikiye ayırarak ele almak uygun olacaktır.

Hükümde sayılan genel yatırım tavsiyelerinden;

“medya hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri, süreli yayın yapanlar tarafından sunulan genel yatırım tavsiyeleri ile medya ve elektronik ortamda yer alan genel yatırım tavsiyeleri”nin ilk alt grubu,

“... her türlü genel yatırım tavsiyesi”nin diğer alt grubu oluşturduğu kabul edilebilir.

b- Basında, Medya ve Elektronik Ortamda Sunulan Genel Yayın Tavsiyelerine İlişkin Olarak

Bu başlık altındaki ilk alt grubun medya hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan genel yatırım tavsiyelerin ifade ettiği görülmektedir. Medya hizmet sağlayıcısı kavramı; “radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi” ifade etmektedir⁷¹. Bu itibarla söz konusu düzenlemeye göre, bir tv programına -yatırım danışmanı niteliği taşımayan- gerçek kişi bir danışmanın konuk olarak katıldığı ve genel yatırım tavsiyesi sunduğu durumlarda, konuşun sunacağı genel yatırım tavsiyeleri hükmün kapsamında olacaktır. Benzer şekilde 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun⁷² çer-

⁶⁹ Bkz. Tebliğ m. 1.

⁷⁰ Anılan sonuç, Tebliğ m. 73.3 hükmünde belirtilmiş olmasaydı da, zaten Tebliğ m. 1 hükmünden açıkça anlaşılacaktır.

⁷¹ Bkz. 6112 sayılı Kanun m. 3/1.

⁷² RG. 03.03.2011, S. 27863.

çevesinde faaliyet gösteren medya hizmet sağlayıcıları da bu esaslarla bağlı kabul edilmektedir. Tebliğ'deki düzenleme uyarınca söz konusu kişilerin özellikle de uyarı notunu yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir.

Tebliğ, süreli yayın yapanlar tarafından sunulan genel yatırım tavsiyelerini de söz konusu esaslara tâbi tutmuştur. Süreli yayın kavramı, Basın Kanunu'nda "belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınları" şeklinde tanımlanmıştır⁷³. Buna göre -yine kim tarafından hazırlandığına bakılmaksızın- süreli yayın organlarında yayınlanan genel yatırım tavsiyelerinin Tebliğ m. 78'deki esaslara uygun olması zorunlu kılınmıştır. Bir başka ifadeyle, sınırları sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerini düzenlemek ile çizilmiş olan bu Tebliğ'e göre, bir gerçek kişi süreli bir yayın organında, örneğin bir gazetede köşe yazısında hazırladığı genel yatırım tavsiyesini sunarsa, bu durumda yazar da, yayın organı da, Tebliğ'deki esaslara tâbi olacaktır.

Tebliğ'in sözünü ettiği üçüncü alt grup ise, "medya ve elektronik ortamda yer alan genel yatırım tavsiyeleri"dir⁷⁴. Yorum ve tavsiyeler açısından medya kavramı; her türlü yazılı, görsel ve işitsel kitle iletişim aracını ifade etmektedir. Elektronik ortam kavramı kapsamına ise, başta internet olmak üzere, elektronik posta gibi bilgisayarlarla oluşturulan her türlü iletişim ağı ile telefon, faks ve benzeri iletişim araçları ve ayrıca malî piyasalara ilişkin haber ve bilgi akışı sağlayan haber ajanslarının girdiği kabul edilebilir⁷⁵.

⁷³ RG. 26.06.2004, S. 25504, m. 2/c.

⁷⁴ Medya ve elektronik ortam kavramı, Tebliğ'de tanımlanmamıştır. Bu kavram, aslında mülga Tebliğ'de kullanılan kavram olup, yeni tebliğ'de terk edildiği ve yerine AB Yönergesi'ndeki dağıtım kanalları teriminin tercih edilmiş olduğu görülmektedir. Ancak kanun koyucu bu hükümde terminolojiye ilişkin bir özensizlik göstermiş ve mülga Tebliğ'deki terminolojiyi devam ettirmiştir. Dağıtım kanalları kavramı ise, "bilgiye geniş bir kitle tarafından ulaşılmasına imkân sağlayan veya sağlayabilecek nitelikte olan her türlü iletişim kanalları"nı ifade etmektedir. Söz konusu kavram, hem medya hem de elektronik ortam kavramlarını kapsamaktadır. Bkz. Tebliğ m. 3.d. Ayrıca bkz. 2003/125 sayılı Yönerge m. 1.3; 2006/73 sayılı Yönerge m. 52.3.

⁷⁵ Bkz. mülga Seri: V no: 55 Tebliği m. 3. Yatırım Hizmetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ ile dağıtım kanalları kavramı benimsenmeden önce yorum ve tavsiyelere ilişkin olarak, mülga Seri: V No: 55 Tebliği m. 3 hükmünde, "medya ve elektronik kavramı" kullanılmakta idi. Söz konusu mülga Tebliğ'de yer alan medya ve elektronik ortam kavramlarının tanımları ise güncelliğini korumakta olup, yeni Tebliğ yürürlükteyken

Görüldüğü gibi, Tebliğ'in düzenlemesine göre, internet üzerinden sunulan genel yatırım tavsiyelerinde, sunan kişinin kimliğine bakılmaksızın, Tebliğ m. 78'deki esaslara uyulması zorunluluğu söz konusu olmaktadır.

Yukarıda sayılan durumların ortak özelliği, genel yatırım tavsiyesinin basın yayın organlarında sunuluyor olması halidir.

c- "... Her Türü Genel Yatırım Tavsiyesi" İfadesine İlişkin Olarak

Tebliğ'de "medya ve elektronik ortamda yer alanlar dahil *her türlü genel yatırım tavsiyesi*"nin belirtilen esaslara uymasının zorunlu olduğundan söz edilmektedir. Öncelikle hükümde geçen "her türlü genel yatırım tavsiyesi" ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği konusu üzerinde durulması gerekmektedir.

İlk bakışta söz konusu ifadenin basın ile sınırlı bir anlam taşımadığı düşünülebilir ve hangi ortamdan sunulduğuna bakılmaksızın her türlü genel yatırım tavsiyesinin bu kapsama girdiğini kabul edecek şekilde geniş bir yorum yapılması savunulabilir.

Ancak söz konusu düzenleme mehzaz 2003/125 sayılı Yönerge ile karşılaştırmalı olarak ele alındığında, bu türden bir geniş yorumun hükümün amacına ve mehaza aykırı olacağı anlaşılacaktır. Bu Yönerge'nin kapsamı, medya ve elektronik ortamdan veya diğer yollardan kamuya açıklanan genel yatırım tavsiyeleri ile sınırlıdır. Dolayısıyla Tebliğ m. 73.3 hükmünde yer alan "medya ve elektronik ortamda yer alanlar dahil *her türlü genel yatırım tavsiyesi*" ifadesi de, amacını aşan bir tercüme hatası olup, bu ifadenin medya ve elektronik ortamda veya kamuya sunulan her tür genel yatırım tavsiyesini ifade ettiği kabul edilmelidir. Hüküm " medya ve elektronik ortamda yer alanlar dahil kamuya yönelik *her türlü genel yatırım tavsiyesi*" şeklinde anlaşılmalıdır.

5. Medya ve Elektronik Ortamdan Sunulan Genel Yatırım Tavsiyelerine İlişkin Hukukumuzdaki Düzenleme Eksikliğinin Nedeni Hakkında

6362 sayılı SPK'nın kabulünün ardından, Kanun'a uygun yeni tebliğler çıkarılması ve mevcut tebliğlerin yürürlükten kaldırılması

gündeme gelmiştir. Söz konusu aşamada önceki Kanun döneminde olduğu gibi her bir sermaye piyasası faaliyetinin bağımsız tebliğlerle düzenlenmesi şeklinde değil, mehz AB Yönergesi'nde⁷⁶ olduğu gibi, tüm sermaye piyasası faaliyetlerinin tek bir tebliğ çatısı altında toplanması yönünde bir tercih söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda 2499 sayılı eSPK döneminde kabul edilmiş olan ve sermaye piyasası faaliyetlerini düzenleyen tebliğler yürürlükten kaldırılmış; söz konusu tebliğlerdeki düzenlemeler, -aynen ya da değiştirilerek- Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ'e aktarılmıştır.

Yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin düzenlemeler de -diğer sermaye piyasası faaliyetleri gibi- III-37.1 sayılı Tebliğ'e aktarılmış, dolayısıyla Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V, No: 55) yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu aşamada önemli bir husus gözden kaçırılmıştır: Seri: V No: 55 Tebliği, yukarıda da belirtildiği gibi, -adının dar kapsamlı bir izlenim yaratıyor oluşunun aksine-, sadece yatırım danışmanlığı faaliyetini düzenleyen bir tebliğ değildi. Tebliğ, bunun yanı sıra, yatırım danışmanlığı faaliyetinden bağımsız olarak, özellikle medya ve elektronik ortamdan sunulan yönlendirici yorum ve tavsiyelere ilişkin esasları da düzenlemekteydi. Yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin hükümler, mehz 2004/39 sayılı Yönerge'ye uyum sağlamak amacıyla III-37.1 sayılı Tebliğ'e alındığında ve yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin mükerrer düzenlenme olmasını önleme olmasını önleme amacıyla Seri: V, No: 55 Tebliği yürürlükten kaldırıldığında, Tebliğ'deki medya ve elektronik ortamdaki yönlendirici yatırım tavsiyelerine ilişkin hükümler de yürürlükten kaldırılmış oldu.

6362 sayılı Kanun sonrasında kanun koyucu, medya ve elektronik ortamdan sunulan yatırım tavsiyelerini, 2499 sayılı eSPK döneminde olduğu gibi, sermaye piyasası faaliyeti niteliği taşıyan yatırım tavsiyelerini düzenleyen Tebliğ kapsamında ele almanın yeterli olacağını düşünmüştür. Bu kapsamda III-37.1 sayılı Tebliğ m. 73.3 hükmünü bu tür tavsiyelere ilişkin esaslar için ayırmıştır. Aşağıda ele alınacağı üzere, söz konusu düzenlemeler hem yetersiz hem de Tebliğ'in dokusu ile uyumsuzdur.

⁷⁶ Bkz. 2004/39 sayılı Yönerge m. 12.2; Ek I, A.

6. Tebliğ m. 73.3 Hükümünün Sermaye Piyasası Kurumları Dışındaki Kurumlar Üzerinde Uygulama Alanı Bulunmadığı Yönündeki Değerlendirme

Tebliğ m. 73.3'deki düzenlemelerin, medya ve elektronik ortamda sunulan her tür genel yatırım tavsiyesini, sermaye piyasası kurumu tarafından sunulup sunulmadığına bakmaksızın düzenleme kapsamına aldığı ve belirli esaslara bağladığı görülmektedir. Yatırımcıların korunması kapsamında, kamuya sunulan yatırım tavsiyelerine ilişkin olarak bu tür genel kapsamlı düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu açıktır. Üstelik de AB müktesebatına uyum taahhüdümüz, 2003/125 sayılı Yönerge'deki düzenlemelere paralellik sağlanmasını zorunlu kılmaktadır⁷⁷.

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, III-37.1 sayılı Tebliğ sadece belirli tipteki sermaye piyasası kurumlarının yatırım hizmet ve faaliyetleri ile yan hizmetleri yürütürken tâbi olacakları esasları düzenlemek için kabul edilmiştir. Tebliğ'in kapsamı ve korumayı hedeflediği amaç bunlarla sınırlıdır. Söz konusu sınırlama gerek Tebliğ'in ilk maddesinde belirtilmiştir, gerekse mehaz 2004/39 sayılı Yönerge'nin kapsamından anlaşılmaktadır. Üstelik Tebliğ'de kullanılan ifadeler de bu sınırlamayı destekler nitelikte olup, düzenleme konusu yatırım hizmet ve faaliyetinin ya da yan hizmetin "kuruluş" (yatırım kuruluşu/sermaye piyasası kurumu) tarafından yürütüleceğini açıkça ifade etmektedir. Bu nedenle de Tebliğ hükümleri -yan hizmetler açısından değerlendirildiğinde- yan hizmet yürüten herkese değil, sadece sermaye piyasası kurumlarına uygulanabilecek niteliktedir.

Tebliğ m. 73.3 hükmü ise, Tebliğ'in yapısına ters ve uyumsuzdur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu düzenleme açıkça Tebliğ m. 1 hükmüne aykırıdır. Zira anılan hüküm medya ve elektronik ortamda genel yatırım tavsiyesi hazırlayan ve sunan herkesi ve bu tür tavsiyeleri yayınlayan iletişim organlarını bağlayıcı esaslar içermektedir. Bu kişilerin sermaye piyasası kurumu niteliği taşıdığı durumlarda, örneğin bir aracı kurumun temsilcisinin tv'de genel yatırım tavsiyesi sunduğu veya aracı kurumun kendi internet sayfasında araştırma raporu yayınladığı durumlarda bu hükmün kapsamına girdiği hususu açıktır.

⁷⁷ Bu konuda bkz. 2003/5930 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 24.07.2003, S. 25178 Mükerrer.

Ancak hükme göre belirli esaslarla bağlı olduğu kabul edilen kişilerin sermaye piyasası kurumu niteliği taşımadığı durumlarda, Tebliğ, III-37.1 sayılı Tebliğ'i çıkarmak için kendisine tanınan yetkinin dışında düzenleme yapmış olmaktadır. Dolayısıyla m. 73.3-4 hükümlerine ilişkin olarak yetkisizliğin ileri sürülebilmesi mümkün olabilecektir. Söz konusu yetkisizlik, hem tavsiyeyi hazırlayan ve sunan kişiler hem de hükümde sözü edilen basın kurumları için söz konusudur.

SONUÇ

SPK'da ve III-37.1 sayılı Tebliğ'de "yan hizmetlerin yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketleri tarafından ayrıca bir yetki belgesine tâbi olmaksızın" yürütüleceğinden söz eden düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bu tip ifadeler, yan hizmetlerin belirli tip sermaye piyasası kurumlarının tekelinde olduğu anlamına gelmemektedir. Yan hizmetler, herkes tarafından yürütülebilmektedir. Mevaz AB Yönergeleri ile karşılaştırıldığında Kanun ve Tebliğ'deki söz konusu ifadelerin tekel oluşturmayı değil; sayılan türdeki kurumların, yan hizmet yürütmek için yatırım hizmet ve faaliyetlerinde olduğu için Kurul'dan izin almasına gerek olmadığını belirtmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla bir yan hizmet niteliği taşıyan genel yatırım tavsiyesi sunma faaliyeti, herkes tarafından yürütülebilmekte ve medya ve elektronik ortamda sunulabilmektedir. Üstelik bunun için herhangi bir kurumsal yeterlik şartı da aranmamaktadır. Sermaye piyasası kurumları dışındaki kişilerce yürütülmesi halinde ise, Kurul'a bildirim şartı dahi söz konusu olmamaktadır.

III-37.1 sayılı Tebliğ'in amacı ve kapsamı incelendiğinde, bu düzenlemenin sadece sermaye piyasası kurumlarının sermaye piyasası faaliyetlerini düzenlemek ile sınırlı bir alanı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla Tebliğ'de yan hizmetler için öngörülmuş yükümlülükler, sadece Tebliğ'in kapsamına giren sermaye piyasası kurumları için uygulanabilmektedir. Bu tip kurumlar dışında kalan kişiler yan hizmet yürüttükleri takdirde, Tebliğ'de öngörülmuş esaslara uymak zorunda değildirler.

Durum böyle olmakla birlikte Tebliğ m. 73.3 hükmü, basın, medya ve elektronik ortamdan sunulan genel yatırım tavsiyelerini -kim tarafından hazırlanıyor ve sunuluyor olursa olsun- belirli esaslara bağ-

lamıştır. Ancak bu şekildeki bir düzenleme, Tebliğ'in amaç ve kapsamıyla uyumsuz olup, söz konusu hükmün sermaye piyasası kurumu dışındaki kişileri bağlamadığı ileri sürülebilecektir. Üstelik hükümde kullanılan "her tür genel yatırım tavsiyesinin belirtilen esaslara tâbi olacağı" yönündeki ifade de, mehzazın özensiz ve yanlış bir tercümesidir. Söz konusu ifadenin sadece "kamuya yönelik sunulmuş her tür genel yatırım tavsiyesini" ifade ettiği şeklindeki bir yorum, amaca uygun düşecektir.

Kaynakça

- Avgouleas Emiliios, "A Critical Evaluation of the New EC Financial-Market Regulation: Peaks, Troughs, and the Road Ahead", *The Transnational Lawyer* 2004-2005, Vol. 18, s. 179-229.
- CESR (Committee of European Securities Regulators), Question & Answers, Understanding the Definition of Advice under MiFID, Date: 19 April 2010, Ref.: CESR/10-293, www.cesr.eu.
- Cherednychenko Olha O., "European Securities Regulation, Private Law and the Investment Firm-Client Relationship", *European Review of Private Law* 2009, Vol. 17, No. 5, s. 925-952.
- Çetin Nusret / Töremiş H. Ebru, "AB Finansal Araç Piyasaları Yönergesi ve Yönergenin Yatırımcı-Yatırım Şirketi Arasındaki İlişkiye Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2010, C. XIV, S. 2, s. 45-70.
- Çetin Nusret / Töremiş Hatice Ebru / Cantimur Zeynep, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemantik Analizi, Ankara, Yetkin 2014.
- EC, Your Questions on MiFID, Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC and Implementing Measures, Questions and Answers, ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/isd/.../questions_en.pdf.
- Financial Regulator, Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), Feedback on Discussions of Conduct of Business Industry, Working Group, October 2007, <https://www.centralbank.ie>.
- Panagiotis Staikouras, The Conundrum of the Market Abuse Directive Preventative Measures for EU Financial Services' Integration: In Search of Equilibrium between Market Integrity Enhancement and Undue Regulatory Encumbrance, *Legal Issues of Economic Integration* 2008, Vol. 35, No. 4, s. 351-374.
- Oostwouder Wilco, "The Implementation of the MiFID in the Netherlands: Mission Accomplished?", *European Company Law* 2008, Vol. 5, No. 2, s. 58-67.

İŞ HUKUKUNDA ŞUA İZİN ALACAĞI ÜZERİNE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A GENERAL CONSIDERATION ABOUT DEMAND TO RAY VACATION WITHIN THE SCOPE OF THE SUPREME COURT DECISIONS, IN THE LABOR LAW

Samet Can OLGAÇ*

Özet: İnceleme konumuzda, dayanağını 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun” ve bu Kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname” hükümlerinden alan şua izin hakkının şartları ve bu çerçevede konuyla ilgili olarak uygulamada yaşanan bazı sorunlar üzerinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Şua, izin alacağı, şua izin hakkı, radyolojik ışınlara maruz kalma

Abstract: In our article, conditions of demand for ray vacation based on ‘Law on Radiology, Radium, Electrical Cure and other Physiotherapical Treatments’ no 3153 and ‘The Regulation on Radiology, Radium and Electrical Cures’ are examined. In this respect, the problems seen in the practice concerning this issue are analyzed.

Keywords: Ray, demand vacation, demand to ray vacation, exposure to radiological rays

I- ŞUA İZİN ALACAĞININ TANIMI VE HUKUKÎ DAYANAKLARI

Şua izni, hastaların genel anlamda yatarak tedavi edildiği bir sağlık kuruluşunun radyolojik ışınlarla bağlı birimlerinde, bu ışınlarla maruz kalarak çalışan personeline, yıllık ücretli izni dışında dört hafta daha ek çalışma izni verilmesine denilmektedir. Başka bir deyişle, sağlık izni olarak tanımlanacak şua izni; sağlık kuruluşlarının radyolojik ışınlarla maruz kalınan veya maruz kalma riski yüksek olan

* Avukat, Ankara Barosu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi.

bölümlerinde çalışan sağlık personeline, sağlık hakkını dikkate alarak yıllık izin hakkına ek olarak dört hafta tatil hakkı veren izindir. Bu iznin kullandırılmaması veya bir şekilde kullanılmaması durumunda çalışan sağlık personeline ödenecek ücrete ise şua izin alacağı denilmektedir.

Şua izin hakkının yasal dayanağı 19.04.1937 tarih ve 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”¹ ve bu Kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname”² hükümleridir.

Anılan Nizamnamenin 21. maddesine göre “Röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışılmaz. Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır”. Bu maddeyle radyolojik ışınlara maruz kalan sağlık personelinin günlük azami çalışma süresi ve yarım günlük ek tatil hakkı düzenlenmiştir.

İyonlaştırıcı radyasyonla yapılan tedavilerde çalışanlar bakımından ise özel bir düzenleme yapılmıştır. 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle, 3153 sayılı Kanuna eklenen, ek 1. madde hükmünde “İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre; 30.01.2010 tarihinden önceki şua izin hakkı bakımından haftalık 25 saatlik çalışma süresine ilişkin hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır.³

Nitekim Yargıtay bir kararında “Somut olayda davacı işçi, davalı işyerinde radyoloji teknikeri olarak çalışmaktadır.

3153 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunla 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde “İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir” hükmünü içermektedir.

¹ 19.04.1937, R.G. Tarihi: 28.04.1937, R.G. No: 3591

² Tarih: 6.5.1939; Sayı: 4201

³ Danıştay 5. Daire, Esas No: 2013/1504, Karar No: 2014/2214, Karar Tarihi: 19.03.2014.

Davaya konu olayda davacının talep ettiği fazla çalışma alacağı tanık beyanları doğrultusunda hesaplanan bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla mesai alacağı hesaplanırken 3153 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunla 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde dikkate alınmaksızın, yukarıda anılan nizamnamenin 21. maddesine göre hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu Kanun yürürlüğe girmeden önceki çalışma dönemi için günlük beş saati aşan çalışmalar için, anılan Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için ise Kanunun ek 1. maddesi uyarınca haftalık otuzbeş saati aşan çalışmalar fazla mesai alacağı hesaplanması gerekmektedir. Davacının nöbet tuttuğu günlerde günlük ondört saat çalışma yaptığı kabul edilerek ve nöbet sonrası izin kullanıp kullanmadığı açıklığa kavuşturulduktan sonra yukarıda anlatılan esaslara göre hesaplama yapılmalıdır. Eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” denilmiştir.⁴

Gerek kanuni düzenleme gerek Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, 30.01.2010 tarihinden önceki izin hakları bakımından haftalık 25 saatlik çalışma süresine ilişkin hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır. Hükümde belirtilen süreler dikkate alınmadan, bu sınırlamayı aşan çalışma yapılması/yaptırılması halinde, fazla çalışmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yani kanun koyucu burada, radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan sağlık personeli bakımından çalışma süresi konusunda İş Kanunu madde 63'e istisnai bir düzenleme getirmiş ve belirtilen saatten fazla sürelerde çalışma yapılması halinde fazla çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir.

Yine anılan Nizamnamenin 22. maddesinde “Hastahanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler, hastahanenin başka işlerinde kullanılamaz. Bunlara gece uykularını ihlal edecek iş verilmemelidir” denilerek günde en fazla beş saat çalışacak olan sağlık personelinin bu azami saat dışında başka işte çalıştırılmayacağı ve aynı işle ilgili olsa bile geceleri, uykularını tam olarak almalarını engelleyecek herhangi bir iş verilemeyeceği düzenlenmiştir.

⁴ Yargıtay 22. Hukuk Daire, Esas No: 2012/16684, Karar No: 2013/5360, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

Aynı Nizamnamenin 24. maddesinde ise *“Bu gibi müesseselerde, her röntgen mütehasssının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin sene- de dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir”* denilerek, bu gibi müesseselerde çalışan sağlık personelinin yıllık ücretli izin süresi dışında ayrıca dört haftalık ek tatil hakkı olduğu belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 103. maddesinde şua izin- lerine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre *“Yıllık izinler, amirin uygun bulacağı zamanlarda, toptan veya ihtiyaca göre kısım kısım kullanılabilir. Birbirini izliyen iki yılın izni bir arada verilebilir. Cari yıl ile bir önceki yıl hariç, önceki yıllara ait kullanılmayan izin hakları düşer.*

Öğretmenler yaz tatili ile dinlenme tatillerinde izinli sayılırlar. Bunlara, hastalık ve diğer mazeret izinleri dışında, ayrıca yıllık izin verilmez.

Hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni verilir”.

Maddede, devlet memurları açısından özel bir düzenleme getiril- miştir. Buna göre radyolojik ışınlarla maruz kalınan bir bölümde çalı- şan ve devlet memuru olan sağlık personeli, her yıl, yıllık izinlerine ek olarak bir ay sağlık izni, yani 3153 sayılı Kanunda belirtildiği şekilde şua izni kullanacaktır.

Bu açıklamalarımızı ayrıntılı bir şekilde inceleyecek olursak;

II- ŞUA İZİN HAKKI VE ALACAĞININ ŞARTLARI

a) Hastanelerde çalışma söz konusu olmalıdır.

Adı geçen Nizamnamenin 22. maddesinde *“Hastahanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler...”* denilerek, şua izin hakkından yararlanabilmek için öncelikle hastane gibi bir sağlık kuruluşunda iş sözleşmesine veya kamusal ilişkiye dayalı olarak çalış- manın gerekliliği belirtilmiştir.

Hastane, kelime anlamıyla hastaların yatırılarak tedavi edildiği yer anlamına gelmektedir.⁵ Buradan hareketle, sadece adı hastane olan kurumların değil, Kanun kapsamında hastaların tedavisi amacıyla

⁵ Mehmet Doğan, Büyük Türkçe Sözlüğü, Vadi Yay. 2001(15.Baskı) s.536

radyolojik ışınlarla bağlı çalışmanın söz konusu olduğu bütün sağlık birimlerinde çalışan personel bu haktan yararlanabilecektir.

Kanunda hastane konusunda hiçbir şekilde ayırım gözetilmediğinden özel hastanede ve kamu hastanelerinde çalışan ve maddedeki nitelikleri haiz bütün sağlık çalışanları bu haktan yararlanabilecektir. Buradaki ayırım sadece uygulama maddelerinde kendisini gösterecektir. Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personeli devlet memuru statüsünde çalıştığından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 103 çerçevesinde bu haktan yararlanacaktır. Özel hastane veya özel sağlık birimlerinde çalışan sağlık personeli ise 3153 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulanmasını içeren Nizamnamenin 22. maddesi çerçevesinde şua izin hakkından yararlanabilecektir. Yani özetle, şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapılan kuruluşların tamamında çalışan sağlık personeli bu haktan yararlanabilecektir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir onama kararına konu olayda "Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre davacının 06.03.2008 tarihli belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine göre davalı şirkete ait hastane işyerinde 06.03.2008-06.03.2009 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) nükleer tıp uzmanı ve röntgen teknisyeni olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin 06.03.2009 tarihi itibariyle mesai saati sonunda davalı işverenlikçe sona erdirildiği bunlara göre davacının davalı şirket işyerindeki hizmet süresinin 06.03.2008-06.03.2009 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) 1 yıl 1 gün olduğundan kıdem tazminatı talebinin sübuta erdiği, davacının nükleer tıp uzmanı ve röntgen teknisyeni olarak çalıştığı, 3153 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanunun münhasıran röntgen şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut *radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapacak kuruluşları kapsadığı, bu kuruluşlarda çalıştırılanlar açısından, kamu veya özel işletme ayrımı yapılmadığı, Kanunun 3. maddesine dayanılarak çıkarılan "Rödyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri hakkındaki Tüzük"*te de kapsama giren tüm kamu ve özel işyerleri için düzenlemeler getirildiği, bu nedenle davacının Tüzüğün 24. maddesindeki 4 haftalık izin hakkından yararlandırılması gerektiği, gerekçesi ile kıdem tazminatı ve şua izni

taleplerinin kabulüne ve sübut bulmadığı gerekçesi ile fazla mesai ücreti talebinin reddine karar verilmiştir” denilmiştir.⁶

b) Hastanelerde röntgen ve radyom ile çalışma söz konusu olmalıdır.

Sağlık kuruluşlarında çalışan her sağlık personeli değil, sağlık kuruluşunun sadece röntgen ve radyom ile çalışan birimde çalışan ve aktif olarak bu ışınlara maruz kalan sağlık personeli bu haktan yararlanabilecektir.

16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Kararname ekinde 12. maddede “Röntgen, radyum ve benzeri işlerde çalışan ve *fiilen şua*ya maruz kalan işçilere yılda 30 gün şua izni verilir” hükmü yer almaktadır.

Nitekim Danıştay 12. Dairenin bir kararında “Bu durumda röntgenle ortalama günde 3 adet diş filmi çekerek çalışan ve bu nedenle sağlık izni verilmesini gerektirecek oranda radyoaktif ışınlara maruz kalmayan ve ayrıca iyonizan ışınlarla çalıştığı anlaşılan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” denilmiştir.⁷

Danıştay’ın bu kararından da anlaşılacağı üzere; sadece sağlık kuruluşunun radyolojik ışınlarla bağlantılı bölümünde çalışmak, şua izni kullanma hakkını elde etmek bakımından yeterli değildir. Sağlık çalışanının radyolojik ışınlara maruz kalması gereklidir. Bu nedenle uygulamada, keşif yapılarak çalışan işçinin radyolojik ışınlara maruz kalma riskinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

⁶ Y. 9. HD. Esas No: 2011/5954, Karar No: 2013/11484, Karar Tarihi: 09.04.2013 (Yayınlanmamıştır)

⁷ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 1995/4317, Karar No: 1996/3220, Karar Tarihi: 15.10.1996. Danıştay 5.Dairesi Esas No: 1993/4219, Karar No: 1993/4014, Karar Tarihi: 27.10.1993. Danıştay’ın bu kararında “Bu durumda, röntgenle daimi olarak günde beş saat çalışmayan ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere kendisine sağlık izni verilmesini gerektirecek biçimde radyoaktif ışınlara maruz kalmayan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” denilmektedir.

Bu çerçevede kanaatimizce; sağlık kuruluşlarında, sadece teknikerler tarafından yapılan çekimler üzerinde bilgisayar başında inceleme yapan ve bu nedenle de aktif bir şekilde radyolojik ışınlarla maruz kalma riski bulunmayan sağlık personeli şua izninden yararlanamayacaktır. Aynı şekilde ileri teknolojik gelişmeler neticesinde her türlü olumsuz ışınlarla karşı gerekli koruma önlemlerini alan sağlık kuruluşlarında da radyolojik ışınlarla maruz kalma söz konusu olmayacağından şua izin hakkından yararlanma mümkün olmayacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında “Somut olayda; Mahkemece, davacının çalıştığı süre içerisinde yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağına tespit edilmesi sebebiyle davacının şua iznine hak kazanamayacağı kanaatine varılmış ve şua izninin reddine karar verilmiş ancak davacının fazla çalışma yaptığı sonucuna varılarak fazla mesai alacağı hüküm altına alınmıştır. 3153 sayılı Kanununun 6. maddesi uyarınca röntgen cihazlarının çalıştırılması radyoloji uzmanları veya onların nezareti altındaki personel tarafından yapılabilir. Buna göre radyoloji uzmanı doktor veya röntgen teknisyenliği konusunda mesleki eğitimi ve diploması olmayan şahısların radyasyon riski olan işlerde çalıştırılması mümkün değildir. Mahkemece yapılan keşif sırasında davacının görev yaptığı yerler olarak gösterdiği alanların röntgen cihazlarının kurulu olduğu ve radyasyon güvenliği yönetmeliğinde “denetimli alanlar” olarak tanımlanan radyasyona maruz kalma riski taşıyan yerler içerisinde olmadığı bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine aynı keşifte adı geçen hastanede bulunan röntgen cihazlarının Kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş olduğu, radyasyon güvenliği yönetmeliğine uygun olarak korunma tedbirlerinin alınmış olduğu, TAEK tarafından incelendiği ve radyasyon güvenliği lisansı verildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken röntgen cihazlarının “yakınında bulunmak” suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilendiğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dosyada davalı iş yerinde yetkili bulunan *radyoloji uzmanı doktorun yazısında, davacının çalışmaları sırasında aktif radyasyon alanı dışında, sekreterlik ve filmleri hastalara verme göreviyle çalıştığı* belirtilmiştir. Davacı

bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır. Davacının çalışma saatleri değerlendirildiğinde 08:00-16:00 saatleri arası haftanın beş günü çalıştığı, bir saat ara dinlenme kullandığı zaman davacının fazla çalışma yapmadığı tespit edilmiştir. Mahkemece davacının şua iznine ilişkin alacağı, yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağını tespit edilmesi nedeniyle hak kazanamayacağı kabul edilmişken fazla çalışma alacağının röntgen ve radyom ile daimi olduğu varsayılarak günde beş saatten fazla çalışmalarının fazla çalışma sayılması çelişki oluşturmuştur. Hal böyle olunca davacının, fazla çalışma yapmadığı anlaşıldığından fazla mesai ücretine ilişkin talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir.⁸

Fiili hizmet zammını düzenleyen 5510 sayılı Kanununun 40. maddesinde “Çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç sigortalının kapsamındaki işyerleri ile birlikte belirtilen işlerde fiilen çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalması şarttır” denilmiştir. Fiili hizmet zammından sadece röntgen, radyum ve benzeri iyonizan radyasyon laboratuvarlarında fiilen çalışanların yararlanacakları kabul edilmiştir. Bu nedenle, sadece bilgisayar üzerinden yorumlama yapan hekim, herhangi bir riske maruz kalmadığından fiili hizmet zammından yararlanamayacaktır.

c) Çalışma en az bir yıl sürmelidir.

Nizamnamenin 24. maddesinde “..kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek şua izin hakkının doğması için en az bir yıllık çalışmanın gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle bir yıldan daha kısa süre çalışan sağlık personeli bu haktan yararlanamayacaktır. Şua izninin kazanılması en az bir yıllık çalışmaya bağlı olduğundan belirtilen bu süreden az çalışanlar orantılı olarak dahi bu haktan yararlanamayacaktır.

⁸ Y. 22. HD. Esas No: 2013/6451, Karar No: 2014/5011, Karar Tarihi: 06.03.2014 (Yayınlanmamıştır)

d) Şua izni, kısım kısım değil devamlı bir şekilde kullandırılmalıdır.

Nizamnamenin 24. maddesinde “...senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek senede dört hafta kullanılacak olan şua izninin muntazam bir şekilde devamlı olarak kullandırılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu izin, bağlı olduğu sene içerisinde kullandırılmalıdır. Başka bir yıla aktarılamaz.

III- ŞUA İZİN ALACAĞININ DOĞMASI

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; şua izni, hastaların genel anlamda yatarak tedavi edildiği sağlık kuruluşlarının radyolojik ışınlarla bağlı çalışan birimlerinde, bu ışınlarla maruz kalan sağlık personeline, yıllık ücretli izni dışında dört hafta daha ek çalışma izni verilmesine ilişkin olup, bu iznin kullandırılmaması veya bir şekilde kullanılmaması durumunda çalışan sağlık personeline şua izin alacağı denilen ücret ödenecektir.

Nizamnamenin 24. maddesinde hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle çalışılan birimlerde “...her röntgen mütehasssınının veya röntgen ve radyom ile iştiğal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek bu gibi müesseselerde çalışan sağlık personelinin yıllık ücretli izin süresi dışında ayrıca dört haftalık ek tatil hakkı olduğu belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 103. maddesinde ise “Hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaöeten bir aylık sağlık izni verilir” denilerek radyolojik ışınlarla maruz kalan bölümlerde çalışan sağlık personelinin, her yıl, yıllık izinlerine ek olarak bir ay sağlık izni kullanacağı belirtilmiştir.

Her iki düzenleme ile amaçlanan, zararlı ışınlarla maruz kalarak veya kalma riski yüksek birimlerde çalışarak kendi sağlıklarını hiçe sayarcasına sağlık hizmeti veren sağlık personelinin, kendi sağlığının korunması amacıyla günlük en fazla beş saat çalıştırılması ve yıllık izinlerine ek olarak dört hafta(devlet memurları açısından bir ay) şua(sağlık) izni kullanması gerektiğidir. Bu iznin kullandırılmaması halinde, belirlenen döneme ilişkin ücreti tutarında personele ödeme yapılmalıdır. Diğer bir deyişle, izin kullanması gereken sürede izin

kullandırılmadan çalışmaya devam eden personele, çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücretinin de ödenmesi gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının şua izin alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden *davacının üroloji uzmanı olarak çalıştığı*, davalı kurum tarafından 2005 yılından sonra şua izinlerinin kullandırıldığı, önceki çalışmalar için şua izni kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. 3153 sayılı Nizamnamenin 21 ve 22. maddesinde röntgen ve radyom ile çalışanların günlük azami çalışma süresi günlük 5 saat olarak belirlenmiştir. İşçinin çalışmasının yasaklandığı dönemde çalışma karşılığı olmaksızın ücret hakkı bulunmaktadır. Aynı dönemde işçinin çalıştırılması halinde, işverence işçinin zararının da karşılanması gerekir. Sözü edilen çalıştırma yasağı, yıllık izin olarak değerlendirilemeyeceğinden iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine son ücretten izin ücreti olarak talep mümkün olmasa da, işçinin çalıştırılmasının yasaklandığı dönemde çalışması halinde işçinin zararının tazmin edilmesi gerekir.

Mahkemece davacının son ücreti üzerinden yapılan hesaba göre alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve İş Kanununun da açıkça düzenlenmediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir. Mahkemece çalışılan dönem ücretine göre yeniden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir.

Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihten itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamanaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden de hatalıdır.” denilmiştir.⁹

⁹ Y. 9. HD. Esas No: 2009/36989, Karar No: 2012/5590, Karar Tarihi: 23.02.2012 (Yayınlanmamıştır)

IV- ŞUA İZİN ALACAĞININ TESPİTİNDE İSPAT USULÜ

Şua izin alacağı bakımından ilk önce bakılması gereken husus, davacının şua hakkına sahip olup olmadığıdır. Bunun için ise sağlık personelinin üzerine takılan bir cihaz yoluyla ışınlar maruz kalıp kalmadığı veya ne oranda maruz kaldığı tespit edilebilmektedir. Bu cihazın olmaması durumunda veya çok açık bir durum söz konusu değilse keşif yapılarak çalışanın radyasyona maruz kalıp kalmadığı konusunda inceleme yapılması gerekecektir.

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında “Davacı işverene verdiği 29.03.2003 günlü dilekçesinde MR teknisyeni olduğunu belirterek radyasyon izni talebinde bulunmuştur. Belge ve ifadelerden de Radyoloji bölümünde fiilen MR teknisyeni olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosyada Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun başka bir hastaneye yazdığı, manyetik rezonans cihazıyla çalışan personelin radyasyon görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin yazı mevcuttur. Böyle olunca MR cihazının radyasyon yayıp yaymadığı ve 3153 sayılı Nizamnamenin kapsamında olup olmadığı konusunda tereddüt oluşmuştur. Böyle olunca davacının çalıştığı yerde bu konuda uzman bilirkişi heyetince keşif yapılarak davacının çalıştığı makine ve yerin anılan ve günde beş saat çalışmayı gerektiren nitelikte bir yer olup olmadığı belirmeden avukat bilirkişi beyanı ile 3153 sayılı Tüzük kapsamında olduğunun eksik araştırma ile kabul edilmesi hatalıdır. Mahkemece bozma ilamının 2 nolu bendi gereğinin yerine getirilmediği anlaşıldığından, bu husus bozmayı gerektirmiştir” denilmektedir.¹⁰

“Ayrıca davacının mesleğine ilişkin, diploma ve sair mesleki yetkinlik belgesinin celp edilmesi, ardından taraf tanıklarının beyanlarına başvurularak, davacının hastanede fiilen yaptığı iş ve işlemler hakkındaki bilgi ve görgüleri ayrıntılı şekilde tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra esasa ilişkin ispat kurallarına başvurulmalıdır”.¹¹

Şua izin alacağı, şua izninin kullandırılmaması halinde işçiye bu süre için ödenmesi gereken ücret olduğundan, şua izninin kullandırıldığını ispat yükü işverene ait olacaktır. Yargıtay uygulamasında,

¹⁰ Y. 22. HD. Esas No: 2013/9782, Karar No: 2013/12165, Karar Tarihi: 24.05.2013 (Yayınlanmamıştır)

¹¹ Y. 22. HD. Esas No: 2012/14065, Karar No: 2013/3350, Karar Tarihi: 19.02.2013 (Yayınlanmamıştır)

şua izin alacağı fazla çalışma benzeri bir alacak kalemi olarak değerlendirildiğinden burada fazla çalışmaya ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerini incelemek gerekecektir. Fazla çalışma alacağına ispat yükü fazla çalışma yapıldığını iddia eden işçiye düşecektir.¹² Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerli olup işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliğine göre de çalışmanın fazla çalışma niteliğinde olup olmadığı itinayla araştırılmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin başka bir kararında da “Davacının şua izninin 3153 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 24. maddesi uyarınca senede dört haftadan 84 gün yerine 75 gün üzerinden hesaplanması davacı temyizi olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

İşçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş ve taraflar arasında imzalanan 28.05.2008 tarihli iş sözleşmesi de dikkate alınarak ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek davacının ücretinin tespiti gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır” denilmiştir.¹³

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin konuya yaklaşımı da aynı yöndedir: “Davaya konu olayda davacının talep ettiği fazla çalışma alacağı tanık beyanları doğrultusunda hesaplanan bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki davalı belediye bir kamu kuruluşu olduğundan tüm işlemlerin kayıt ve belge altına alınması esas alınmıştır. Bu esas göz önünde bulundurularak davacının günlük ve haftalık çalışma saatini belirtir nöbet çizelgeleri, işyeri puantaj kayıtları ve varsa imzalı devam defterleri, ayrıca asıl işveren olan Dicle Üniversitesinin alt işverenin yaptığı işe yönelik olarak yaptığı düzenleme bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve varsa belgeleri getirilmeli, hakediş evrakları dosya kapsamına alınmalı, yine dosya-

¹² Uğur Ocak, İşçi Alacakları, Kalkan Yay. Ankara 2013 s.901

¹³ Y. 9. HD. Esas No: 2013/11986, Karar No: 2014/7494, Karar Tarihi: 10.03.2014 (Yayınlanmamıştır)

da mevcut tanık beyanlarına göre davacının üç-dört günde bir nöbet tuttuğu kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de davacının nöbetin ertesi günü izin kullanıp kullanmadığı ve kullanıyor ise ne kadar süre izin kullandığı, davacıya çalışma şekline göre şua izini verilip verilmediği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı ile şua izin ücreti alacağı olup olmadığı yönünde bir karar verilmelidir.

Salt davacı tanıklarının beyanlarına göre yapılan hesaplama itibarla hüküm kurulması hatalı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir¹⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin başka bir kararında ise "Öncelikle belirtmek gerekir ki davalı işveren bir kamu kuruluşu olduğundan tüm işlemlerin kayıt ve belge altına alınması esas alınmıştır. Bu esas gözönünde bulundurularak davacının günlük ve haftalık çalışma saatini belirtir nöbet çizelgeleri, işyeri puantaj kayıtları ve varsa imzalı devam defterleri, ayrıca asıl işveren olan Dicle Üniversitesinin alt işverenin yaptığı işe yönelik olarak yaptığı düzenleme bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve varsa belgeleri getirilmeli, hakediş evrakları dosya kapsamına alınmalı, yine dosyada mevcut şahit beyanlarına göre davacının üç dört günde bir nöbet tuttuğu kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de davacının nöbetin ertesi günü izin kullanıp kullanmadığı ve kullanıyor ise ne kadar süre izin kullandığı, davacıya çalışma şekline göre şua izini verilip verilmediği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı ile şua izin ücreti alacağı olup olmadığı yönünde bir karar verilmelidir. Salt davacı tanıklarının beyanlarına göre yapılan hesaplama itibarla hüküm kurulması hatalıdır" denilmiştir.¹⁵

Kanaatimizce, şua izin alacağını ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir. Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamdaki ispata ilişkin kurallar çerçevesinde inceleme yapılmalıdır. Buna bağlı olarak ispat yükü işçide olup işçi, yukarıda açıklanan şekilde beş saatten fazla çalıştığını ispatla yükümlü olacaktır. Ancak

¹⁴ Y. 22. HD. Esas No: 2012/16688, Karar No: 2013/5344, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

¹⁵ Y. 22. HD. Esas No: 2012/16684, Karar No: 2013/5360, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalemi, fazla çalışma olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü fazla çalışma, işçinin günlük ve haftalık dilimleri halinde dinlenme süresini tespit te dikkate alınan bir husus iken senelik kullanmaya bağlı şua hakkı yıllık ücretli izinle aynı amaca hizmet etmektedir. Kaldı ki bu şekilde çalışan işçinin günlük çalışması fazla çalışma sistemi içerisinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle yıllık kullanmaya bağlı şua izin alacağında, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede yıllık şua izinlerinin kullanıldığını işveren ispat emekle yükümlü olacaktır.

V- ŞUA İZİN ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI VE FAİZ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay uygulamasına göre şua izin alacağı fazla çalışma benzeri bir işçi alacağıdır. Bu nedenle fazla çalışma ücretine ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Hem mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 126/3, hem de 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 147/1 ve 4857 sayılı İş Kanununu 32/son maddesine göre işçi ücretlerine, fazla çalışma ücretlerine ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir.¹⁶

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulaması da aynı yödedir: “Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamanaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden de hatalıdır” denilmiştir.¹⁷

Kanaatimizce, şua izin alacağı için zamanaşımı süresi ve faiz türünü burada da ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir:

Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamda fazla çalışmaya ilişkin beş yıllık zamanaşımı ve mevduat faizi uygulanacaktır.

¹⁶ Y. 9. HD. Esas No: 2007/13183, Karar No: 2008/5524, Karar Tarihi: 20.03.2008. Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi Cilt II, İstanbul 2008 s.603

¹⁷ Y. 9. HD. Esas No: 2009/36989, Karar No: 2012/5590, Karar Tarihi: 23.02.2012 (Yayınlanmamıştır)

Yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalemi, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerle amaç ve içerik bakımından benzerlik gösterdiğinden yıllık ücretli izin alacağına ilişkin on yıllık zamanaşımı ve yasal faizin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Görüşümüzü destekler nitelikte bir Yargıtay kararına göre “Şua izin alacağına yasal faiz yerine mevduat faizi yürütülmesi hatalıdır”.¹⁸

VI- ŞUA İZİN ALACAĞI BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLİR Mİ?

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 107. maddeye göre “(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir”.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi davanın açıldığı tarihte dava konusu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin bir şekilde belirlenmesinin taraftan beklenmesinin imkânsız olduğu durumlarda asgari bir miktar ya da değer belirtilmek suretiyle belirsiz alacak davası açılabilir.¹⁹ Yani belirsiz alacak davası açılabilmesinin temel koşulu alacak miktarının belirli olmaması ve bunun belirli halinin tespitinin davacıdan beklenmemesidir. Ayrıca belirsiz alacak davasının sadece para alacaklarında söz konusu olacağı kabul edilmektedir.²⁰ Kanaatimizce maddedeki “miktar ya da değer” ifadesi

¹⁸ Y. 9. HD. Esas No: 2010/3062, Karar No: 2012/9626, Karar Tarihi: 22.03.2012

¹⁹ Kısmi davadan farkları için bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Yetkin Yay. Ankara 2012 s.745- 746

²⁰ Şahin Çil/Bektaş Kar, İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yay. Ankara 2012 s.17. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Yetkin Yay. Ankara 2011 s.303. Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu Seçkin

gereğince, para alacakları dışındaki davalar da belirsiz alacak davası olarak açılabilir.

Böyle bir dava türünün getirilmesiyle amaçlanan, davacının muhatabı, aradaki hukuki ilişkiyi ve bu ilişkiden doğan parasal değeri bilmesine rağmen alacağın tamamını tespit edememesi halinde tahkikat aşamasında davayı genişletme yasağına tabi olmaksızın hak arama özgürlüğünü kullanmasına olanak sağlamaktır.²¹

Belirsiz alacak davasının inceleme konumuz bakımından en önemli sonucu, zamanaşımının davanın başında tüm miktar bakımından kesilmiş olmasıdır.²² Yani tartışmasız olan asgari bir miktar belirtilerek belirsiz alacak davası açılmış olmasına rağmen zamanaşımı, ileride artırım yapılacak miktar bakımından da davanın açıldığı tarihte kesilmiş olacaktır. Bu durum, davacının alacağın tamamını dava etmesinin ve tümü hakkında karar verilmesini talep etmesinin bir sonucudur.²³ Bu nedenle belirsiz alacak davasında davanın başında tüm miktar bakımından zamanaşımı kesilmiş olduğundan faiz de tüm miktar açısından dava tarihinden itibaren işletilecektir. Ayrıca belirsiz alacak davasında, tahkikat aşamasında miktarın belirli hale gelmesi durumunda ıslaha gerek olmaksızın talep sonucu artırılabilirliği gibi artırılan miktara karşı da zamanaşımı defi ileri sürülemeyecektir.²⁴ Bu durumda başlangıçta belirsiz alacak davası olarak açılan davanın, tahkikat aşamasında alacağın belirli hale gelmesiyle eda davasına dönüştüğü kabul edilmektedir.²⁵

Yay. Ankara 2012 s.109. Aksi görüşte: İsmail Ercan, Medeni Usul Hukuku XII Levha Yay. İstanbul 2011 s.102 vd.

²¹ Ercan s.206. Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası XII Levha Yay. İstanbul 2013 s.38

²² Baki Kuru/ Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler" *İstanbul Barosu Dergisi* Sayı: 5, Cilt: 85, 2011 s.13. Budak'a göre, alacağın tamamı bakımından zamanaşımı kesilmiş olsa da faiz, artırım tarihinden itibaren hesaplanmalıdır. (Ali Cem Budak, "Belirsiz Alacak Davası" *Bankacılar Dergisi*, 2013 s.84)

²³ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası Yetkin Yay. Ankara 2011 s.59-60.

²⁴ Aksi görüşte: Kılıçoğlu s.865 vd. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, tahkikat aşamasında alacağın belirli hale gelmesiyle birlikte davacı tarafından belirlenen miktara göre alacağın eksik yükseltilmesi halinde daha sonra ikinci defa yükseltim yapılamayacaktır. Çünkü bu durum alacağın belirsizliğinden değil, davacının kendi ihmali ve kusurundan kaynaklanmaktadır. (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes s.303)

²⁵ Zekeriya Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Getirdiği Yenilikler Adalet Yay. Ankara 2012 s.305.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde açılmış ve halen derdest olan davalara belirsiz alacak davasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.²⁶ Ancak karşı tarafın muvafakati ve ıslah halleri saklıdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Esas No: 2013/8-1013, Karar No: 2013/816, Karar Tarihi: 12.06.2013 olan kararında da “Bu açıklamalar karşısında eldeki davanın karara bağlandığı tarihte 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmiştir. HMK. nun 448 ve geçici 1. maddesi gereği HMK hükümleri eldeki davada uygulanacaktır. Ancak bu uygulamada tamamlanmış işlemlerin etkilenmemesi gözetilecektir. Dava açılırken HMK yürürlükte olmadığına, dolayısı ile belirsiz alacak davasından söz edilemeyeceğine, davacı tarafça dava dilekçesindeki miktar ıslah edilerek artırıldığına göre artık bu işlemlerin tamamlanmasından sonra yürürlüğe giren HMK. nun 107. maddesi gereği davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilme imkânı bulunmamaktadır. Birlikte incelemesi sonunda davacının muhtemel katılma alacağı miktarı belirlenmiş olup bu tarihte HMK yürürlükte değildir. Bu miktara göre davacı ıslah isteğinde bulunmuş olup bu tarihte de henüz HMK yürürlüğe girmemiştir. Bu işlemlerin tamamlanmış işlemler olduğu hususunda da duraksamamak gerekir. 1 Ekimden önce açılan ve devam eden eldeki davada 1 Ekim 2011’den sonra yeni bir işlem de yapılmamıştır. Yeni HMK ile hukukumuzda giren belirsiz alacak davasına ilişkin hükümlerin devamında uygulanma imkânı yoktur” denilmiştir. Ancak gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesi gerekse de sonrası kısmi dava şeklinde açılan davaların belirsiz alacak davasına dönüştürüleceği, karşı tarafın muvafakat etmemesi halinde ise kısmi davanın ıslah yoluyla belirsiz alacak davasına dönüştürülebileceği kabul edilmektedir.²⁷

Şua izin alacağı bakımından belirsiz alacak davasına ilişkin HMK madde 107’nin uygulanabilirliğine bakacak olursak;

Yargıtay uygulamasında da kabul gördüğü gibi günlük beş saatten fazla çalışma yapılması halinde fazla çalışmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu çerçevede fazla çalışma alacağının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı önemli bir sorundur.

²⁶ Mustafa Ateş, HMK Yargıtay İlke Kararları Turhan Kitabevi, Ankara 2014 s.588 vd.

²⁷ Budak s.83

Fazla çalışma alacağı, işçinin Kanunda belirtilen saat kotasından fazla çalıştırılması halinde çalıştırılan bu ek sürelerle ilişkin işçiye ödenmesi gereken ücreti ifade etmektedir. Doktrinde haklı olarak, fazla çalışma ücretinin belirlenebilir olduğu, işçinin kural olarak kaç saat fazla çalışma yaptığını bilebilecek durumda olduğu, buna karşılık işçinin fazla çalışma süresini belirleyebilmesi için bir takım kayıtlara başvuru ihtiyacının olması halinde davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği, bazı durumlarda da hakkaniyet indirimi yapıldığından işçi tarafından dava konusunun tespit edilmesinin imkânsız olduğu dikkate alındığında davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.²⁸

Yargıtay uygulamasına göre de “Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hâkime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51, 56.) hâkimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına

²⁸ Simil, s.418 vd.

bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 414). Keza aynı şey kısmî dava için söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Davacı tarafından bilirkişi raporu doğrultusunda belirgin hale gelen taleplerine ilişkin tamamlama harcı yatırdığı, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp faizin başlangıç tarihinin de buna göre belirlendiği görülmektedir. Şu halde davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırıldığı şüphesizdir. *Oysa yukarıda açıklandığı üzere somut olay bakımından davacının fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücreti dışındaki talepleri belirsiz alacak davasının konusunu oluşturmayacağından bu taleplere yönelik davaların hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken söz konusu taleplerin hüküm altına alınması hatalıdır*.²⁹

Aynı mantık şua izin alacağı bakımından da geçerli olduğundan günlük beş saatten fazla ve haftada tatil gününden ayrı olarak yarım günden fazla çalışma yapan sağlık personeli fazla çalışma ve yarım günlük tatil alacağına ilişkin olarak belirsiz alacak davası şeklinde dava açabilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yıllık olarak, dört hafta(bir ay) olarak kullanılacak olan şua izin hakkı ise yıllık izinli ücret alacağı ile benzerlik gösterdiğinden buna ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde, işçi ücret alacakları bakımından belirsiz alacak davası açılmayacağı kabul edilmektedir.³⁰

Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin Esas No: 2014/194, Karar No: 2014/18778, Karar Tarihi: 24.06.2014 olan kararında "Dava dilekçesinde, esasen çalışma süresinin kesintisiz olmasına rağmen işyeri kayıtlarında aralıklı gösterildiği, işverenin hileli işlemleriyle davacının aylık ücret miktarının ve ikramiye hake-

²⁹ Y. 22. HD. Esas No: 2013/15525, Karar No: 2014/19218, Karar Tarihi: 25.06.2014

³⁰ Simil, s.415 vd.

dişlerinin düşürüldüğü, toplu iş sözleşmesiyle getirilen ücret zamlarından yararlandırılmadığı vakıalarına dayanılmış, geçersiz sayılması gereken bu işlemler nedeniyle gerçekte olması gereken ücret miktarının esas alınarak fark aylık ücret ve fark ikramiye alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

Öncelikle, taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı tartışmalı ise de, salt söz konusu tartışmanın varlığı alacağı belirsiz hale getirmez. Keza davacı, çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. Davacının ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi aynı zamanda hayatın olağan akışına da aykırıdır. Davacı işçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farzetmek ispat kurallarına da hayatın olağan akışına da aykırıdır. Keza tarafın yeterli şekilde somutlaştırıp kendisinin bilgisinde dahi olmadığını belirttiği bir hususu mahkemeye bilinmesini beklemek de mümkün değildir.

Diğer taraftan davacı, dava konusu alacakların miktarlarının belirlenmesinde, işverenin elinde bulunan bilgi ve belgelere dayanmamakta, aksine işverence tutulan kayıtların muvazaalı olduğu gerekçesiyle nazara alınamayacağını iddia etmektedir. İşverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, davadan önce işçinin alacaklarını inkâr etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkânını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz (Simil, s. 412).

Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir.

Genel olarak yapılan bu açıklamadan sonra, objektif dava birleşmesi şeklinde açılan eldeki dava taleplerinin her birinin belirsiz alacak olup olmadığının değerlendirilmesine gelince:

Fark alacaklar hakkında, çalışma süresinin kesintisiz kabul edilmesiyle aylık ücret miktarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine uygun şekilde esas alınarak yapılacak hesaplamayla, işverence öncesinde yapılan ödemelerin mahsup edilerek fark tutarların hüküm altına alınması talep edilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, davacı, çalışma

süresini, kendisine ödenen aylık ücret miktarını, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını ve kendisine işverence yapılan ödemeleri belirleyebilecek durumdadır. Bu haliyle, anılan alacakların her biri belirsiz alacak değildir.

Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşıl-makla, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektir-miştir” denilmiştir.

Kanaatimizce de yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı, işçinin ücretine bağlı hesaplanacağından ve işçinin aldığı ücreti bilmemesi mümkün olmadığından yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı be-lirsiz alacak davası olarak açılmayacaktır. Kaldı ki sağlık personeli-nin devlet memuru olması halinde bu tutar zaten kesin bir değer ola-cağından belirsiz alacak davası koşullarının oluşmayacağı çok açıktır. Ancak yine de ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa ve bir ta-kım belgelerin, kayıtların temininden sonra ücreti tespit mümkün ise davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi gerekir.

VII-ŞUA İZİN ALACAĞI İLE FAZLA ÇALIŞMA ÜCRET ALACAĞININ KARŞILAŞTIRILMASI

Bu bölümde fazla çalışma alacağı ile şua izin alacağı arasındaki farklar konusunda açıklamalarda bulunacağız.

Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresi-nin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır(Türk Borçlar Ka-nunu md. 398). İş Kanununda ise 41. Maddede düzenlenmiştir.

Kanundaki tabiriyle haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Ancak denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, ortalama 45 saatlik çalışma çerçevesinde bazı haftalarda 45 sa-atin üzerinde çalışma yapılabilecektir. Bu durumda 45 saatten fazla ça-lışma yapılan haftalar için fazla çalışma alacağı talep edilemeyecektir.³¹

Bazı durumlarda haftalık çalışma süresi 45 saatin altında karar-laştırılabilir. Bu durumda karşılaştırılan haftalık saatten fazla çalışma

³¹ Sarper Süzek, İş Hukuku Beta Yay. İstanbul 2012 s.811 vd.

yapılması halinde, 45 saate kadar yapılan çalışma fazla sürelerle çalışma, 45 saatten sonraki çalışmalar ise fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Bu durumda fazla sürelerle çalışma halinde her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/3).³² 45 saatten fazla çalışma yapılması halinde de her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/2).

Maddeye yeni ek düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre zorunlu bir halin olması(İş Kanunu md. 42) veya seferberlik gibi olağanüstü hallerin varlığı(İş Kanunu md. 43) halleri dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

Yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, 42 ve 43. maddede belirtilen hallerde dahi haftalık otuz altı saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/9-10).

Fazla çalışmayı belirlemek için öngörülen çalışma süreleri İş Kanunu 63. maddede düzenlenmiştir:

“Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için yer altındaki çalışma süresi; haftada en çok otuz altı saat olup günlük altı saatten fazla olamaz.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabilir”.

Buna göre, denkleştirme esası öngörülse bile işçinin günlük çalışma süresi hiçbir şekilde 11 saati aşamayacaktır. Aksi halde 11 saa-

³² Süzek s.812

ti aşan her bir saat, fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Ayrıca 11.09.2014 tarih ve 6652 sayılı kanunla maden işçileri açısından özel düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, yer altında çalışan maden işçileri için yer altındaki çalışma süresi, haftada en çok otuz altı saat olup günlük altı saatten fazla çalıştırılmayacaktır. Günlük 6 saatten fazla yapılan çalışma fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

Bu kısa açıklamalardan sonra fazla çalışma alacağı ile şua izin alacağı karşılaştırması yapabiliriz:

a) Kanuni Dayanakları Farklıdır: Fazla çalışma alacağı İş Kanunu 41, 42, 43, 63 hükümlerinde düzenlendiği halde, şua izin alacağı 3153 sayılı *“Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”* ve bu kanunun uygulanmasını içeren *“Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname”* hükümlerinde(memurlar açısından Devlet Memurları Kanunu md. 103) düzenlenmiştir.

b) Uygulama Alanları Farklıdır: İş Kanunu hükümlerine göre İş Kanununa tabi olsun veya olmasın tüm işçiler fazla çalışma ücret alacağı hakkına sahiptir. Fakat şua izin alacağı hakkından yararlanabilmek için sağlık personeli olmanın yanında ilgili sağlık kuruluşunda, radyoaktif ışınlara maruz kalma veya kalma riskine bağlı bir çalışmanın varlığı gereklidir.

c) Çalışma Süreleri Farklıdır: Genel anlamda fazla çalışma süresi günlük azami 11 saat olarak kararlaştırılmış olmasına rağmen şua izninde çalışma süresi günlük azami 5 saat olarak kararlaştırılmıştır(2010 yılında yapılan değişiklikle birlikte, 30.01.2010 tarihinden önceki izin alacakları bakımından haftalık 25 saatlik hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır). Dolayısıyla radyoaktif ışınlara maruz kalarak çalışan sağlık personelinin günlük beş saatten fazla çalışması, fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

d) Kıdem Farkı Vardır: Fazla çalışma alacağına hak kazanılabilmesi için işçinin belli bir süre çalışması şartı aranmaz. Fakat yıllık dört haftalık ücret tutarındaki şua izin alacağından yararlanabilmek için işçinin en az bir yıl çalışmış olması gerekecektir.

VIII- SONUÇ

3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun” ve bu kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname” hükümlerinde düzenlenen şua izin hakkı ve bu hakkın kullanılması halinde ödenmesi öngörülen şua izin alacağı, radyolojik ışınlar maruz kalan sağlık çalışanlarının, çalışma koşullarına bağlı olarak ek dinlenmelerini öngörmektedir.

Madde hükümleri incelendiğinde karşımıza çıkan üç hak vardır.

Bunlardan birincisi, günlük azami beş saatlik çalışma yapılacak olmasıdır. Buna göre radyolojik ışınlar bağlı çalışmaların söz konusu olduğu hallerde, günlük beş saatten fazla yapılacak çalışma fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle, 3153 sayılı Kanuna eklenen, ek madde 1 hükmünde, bu süre haftalık 35 saate çıkarılmıştır. Bu nedenle 30.01.2010 tarihinden sonraki çalışmalar bakımından 35 saatlik uygulama çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

İkincisi ise, belirtilen hukuki düzenlemeler çerçevesinde çalışan personelin, haftalık tatil süresine ek olarak bir günde daha yarım gün tatil yapması gerektiğidir. Bu kurala riayet edilmemesi halinde çalışılan bu süre için de işçiye ücret ödenecektir.

Üçüncü bir hak ise sağlık hakkı olarak da tanımlanan şua izin hakkıdır. Buna göre ise, şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapacak kuruluşların tamamında çalışan sağlık personeli, yıllık izinli ücretlerine ek olarak dört hafta daha tatil yapacaktır. Bu tatilin yıllık ücretli izinden farkı, şua izninin muntazam bir şekilde, yani aralıksız olarak kullanılmasıdır. Bu dört haftalık süre 657 sayılı DMK 103.maddede 1 ay olarak, 16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Kararname ekinde 12. Madde 30 gün olarak belirlenmiştir. Bu süreçte işçinin çalıştırılması halinde, şua izin alacağı, normal çalışma ücretine ek olarak ödenmelidir.

Şua izin hakkı ve bu kapsamda da şua alacağı bakımından en önemli husus, çalışmanın radyolojik ışınlarla maruz kalarak gerçekleştirilmesinin gerekliliğidir. Nitekim düzenlemelerde de *fiilen şuaya maruz kalan işçilerin* bu haktan yararlanabileceği açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla bilgisayar başında sadece yorumlama yapan hekim, radyolojik ışınlarla maruz kalmayacaktır. Bu nedenle de şua hakkından yararlanamayacaktır. Aynı şekilde yoğun teknolojik gelişme ve her türlü olumsuz ışınlarla karşı gerekli korumayı alan sağlık kuruluşlarında da radyolojik ışınlarla maruz kalma söz konusu olmayacağından şua izin hakkından yararlanma mümkün olmayacaktır.

Bu konuda tereddüt olması halinde keşif yapıp alanında uzman bilirkişilerden rapor alındıktan sonra hüküm kurulmalıdır. Ayrıca tespit davacının mesleğine ilişkin, diploma ve sair mesleki yetkinlik belgesinin celp edilmesi, ardından, taraf tanıklarının beyanlarına başvurularak, davacının hastanede fiilen yaptığı iş ve işlemler hakkındaki bilgi ve görgüleri ayrıntılı şekilde tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra esasa ilişkin ispat kurallarına başvurulmalıdır.

Tüm bu araştırmaların yapılmasından sonra şua izin hakkının bulunduğu anlaşılmaya üzerine, çalıştırılan sürelerle ilişkin brüt ücret dâhilinde hesaplama yapılacaktır. Kişisel kanaatimizce, şua izin alacağını ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir. Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamda fazla çalışmaya ilişkin beş yıllık zamanaşımı ve mevduat faizi uygulanacaktır.

Yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalemi, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerle amaçsal ve içerik olarak benzerlik gösterdiğinden yıllık ücretli izin alacağına ilişkin 10 yıllık zamanaşımı ve yasal faizin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Her iki alacak kalemi için de dava tarihinden önce işveren temerrüde düşürülmemişse, dava veya ıslah tarihinden itibaren faiz uygulanacaktır.

Nihayet günlük beş saatten fazla ve haftada tatil gününden ayrı olarak yarım günden fazla çalışma yapan sağlık personeli fazla çalışma ve yarım günlük tatil alacağına ilişkin olarak belirsiz alacak davası şeklinde dava açabilecektir. Ancak yıllık dört hafta (bir ay) izin ücret

alacağı, işçinin ücretine bağlı hesaplanacağından ve işçinin aldığı ücreti bilmemesi mümkün olmadığından yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı belirsiz alacak davası olarak açılmayacaktır. Ancak yine de ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa ve bir takım belgelerin, kayıtların temininden sonra ücreti tespit mümkün ise davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi gerekir.

Kaynakça

- Ateş Mustafa, HMK Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi Ankara 2014
- Budak Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, *Bankacılar Dergisi*, 2013
- Çil Şahin/Kar Bektaş: İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası Ve Kısmi Dava, Yetkin Yay. Ankara 2012
- Doğan Mehmet, Büyük Türkçe Sözlüğü, Vadi Yay. 2001(15.Baskı)
- Ercan İsmail, Medeni Usul Hukuku, Xı Levha Yay. İstanbul 2011
- Ercan İbrahim, Medeni Usul Ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı S. 102- 175, Türkiye Adalet Akademisi 1- 2 Ekim 2012 İzmir
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 2008
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi Sayı: 5, Cilt: 85, 2011
- Ocak Uğur: İşçi Alacakları, Ankara 2013
- Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yay. Ankara 2011
- Pekcanitez Hakan, "Belirsiz Alacak Davası", Deühfd Cilt:11, Sayı:2009(Basım:2010)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay. Ankara 2011
- Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, XII Levha Yay. İstanbul 2013
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Yay. İstanbul 2012
- Tutumlu Mehmet Akif, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni Ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yay. Ankara 2012
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yay. Ankara 2012
- Yılmaz Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ve Getirdiği Yenilikler, Adalet Yay. Ankara 2012

DOPİNGLE MÜCADELE KURAL İHLALİ HALİNDE KUSURSUZ SORUMLULUK VE İSPAT KÜLFETİ

STRICT LIABILITY AND THE BURDEN OF PROOF IN ANTI-DOPING VIOLATION CASE

Alparslan ŞİMŞEK*

Özet: Spordaki bir anti-doping kural ihlali yaptırımı ceza hukuku anlamında bir yaptırım değildir; spordaki disiplin yaptırımı, normalde özel hukuk içerisinde. Bu sebeple ceza hukukunun ilkeleri uygulanmaz. Bir yarışmayla ilgili olarak veya yarışma sırasında dopingle mücadele kural ihlalinin meydana gelmesi, adı geçen yarışmanın yönetim organının kararına bağlı olarak sporcunun o yarışmada elde ettiği tüm ferdi sonuçların geçersiz sayılması yanında tüm madalyaların, puanların ve ödüllerin ceza olarak geri alınmasına yol açar. Bu yaklaşım neticesinde, yasaklanmış madde veya metabolitlerin veya belirteçlerin bulunması ile anti-doping kural ihlali olduğu ve sporcunun kusursuz sorumlu olduğu ortaya çıkmıştır. Sporcu güvenilir delillerle yasaklı maddeyi uygulamadığını, başka sebeplerden meydana geldiğini ispat ederek bu karineyi çürütebilir.

Anahtar Kelimeler: Sporcu, Anti-doping, Kusursuz Sorumluluk, İlk Görünüşte Kanıt.

Abstract: The sanction for an anti-doping rule violation within sport is not a criminal punishment in the sense of criminal law. It is a disciplinary sanction within sport, normally under private law. The principles of criminal law are not applicable. An anti-doping rule violation occurring during or in connection with an event may, upon the decision of the ruling body of the event, lead to disqualification of all of the athlete's individual results obtained in that event with all consequences, including forfeiture of all medals, points and prizes. The approach that the objective finding of a forbidden substance or its metabolites or markers in the body fluids of an athlete is grounds for a sanction for an anti-doping rule violation has been - somewhat misleading - labeled "strict liability." The athlete can defend himself and rebut the presumption by providing evidence that the finding of the substance may have other causes than the application of the substance.

Keywords: Athlete, Anti-doping, Strict Liability, Prima Facie.

* Avukat, Erzurum Barosu

I. Giriş

Belirli kurallar çerçevesinde yapılan her spor müsabakasında, tarafların müsabaka organizasyonuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya sporcuların veya diğer ilgililerin oyun kurallarını ihlal etmeleri halinde uygulanmak üzere disiplin kurallarına ihtiyaç duyulur. Sporcu ise yapmış olduğu sporun bütün kurallarına uymakla yükümlüdür. Spor müsabakalarında disiplin kuralları ile korunmak istenen hukuksal değer ise spor faaliyetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak sportif, ekonomik ve toplumsal değerlerin ve düzenin korunmasıdır.

Kural olarak herkes kusuru ile sorumludur. Kusursuz sorumluluk istisnai durumlarda geçerlidir. Dopingle mücadelenin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için de kusursuz sorumluluk getirilmiştir. Mevcut olayda anti-doping kural ihlalinin varlığı sabit olduktan sonra, sporcunun kusuru olup olmadığına bakılmaksızın ceza tayin edilmektedir. Ancak uygulanacak olan cezanın türünde sporcunun kusuru dikkate alınmaktadır.

Yasaklanmış olan maddelerin veya metabolitlerinin veya belirteçlerinin sporcunun vücudundan alınan örneklerde var olması halinde dopingle mücadele kural ihlalinin oluştuğu kabul edilir ve sporcu oyundan diskalifiye edilir ve sporcunun ferdi sonuçları iptal edilir. Sporcunun men cezası alabilmesi için ise kusurlu olması gerekir. Bu durumda ilk görünüşte kanıt ilkesi yani, ispat külfetinin yer değiştirmesi söz konusu olacaktır. Sporcu, kusuru olmadığını ispat etmelidir ki süreli veya ömür boyu men cezası verilmesin.

Çalışmamız Dünya Anti-Doping Kodu (World Anti-Doping Code)¹ eksenlidir. Nitekim ülkemizde ve dünyanın büyük bir kısmında anti-doping düzenlemeleri WADC ile uyumlu hale getirilmiş ve yeknesak bir uygulama sağlanmıştır.

II. Dopingle Mücadele Kural İhlali

WADC'nin "Dopingin Tanımı" başlıklı 1. maddesinde doping, "2.1 den 2.8'e kadar olan maddeler arasında ortaya konan bir veya birden fazla Dopingle Mücadele kural ihlalinin meydana gelmesi" olarak tanımlanmıştır.

¹ Bundan böyle WADC olarak anılacaktır.

Yasaklanmış olan maddelerin veya metabolitlerinin veya belirteçlerinin sporcunun vücudundan alınan örneklerde var olması; yasaklanmış olan bir maddenin veya yöntemin kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi; uygulanabilir dopinge mücadele kurallarında belirtilen yetkiye dayanarak haklı neden sunmadan bildirim sonrası numune alma işlemini reddetmek veya kaçmak; sporcunun nerede bulunduğu bilgisi ve geçerli sebeplere dayanan duyurusu yapılmış eksik testleri de içine alan yarışma dışı test etme için sporcunun hazır olması ile ilgili gerekli bilgilerin temin edilememesi konusunda uygulanan kuralların ihlali; doping kontrolünün herhangi bir kısmını değiştirmek veya değiştirmeye kalkışmak; yasaklanmış olan maddelere ve yöntemlere sahip olmak; yasaklanmış herhangi bir maddenin veya yöntemin ticaretini yapmak; herhangi bir sporcuya yasaklanmış bir maddenin veya yöntemin uygulanması veya uygulanma girişimi veya bir dopinge mücadele kural ihlalini veya ihlal girişimini içine alan diğer suç ortaklığı unsurunu örtbas etme veya bu unsuru **kışkırtma**, yardımcı olma, teşvik etme, destekleme dopinge mücadele kural ihlalleri olarak belirtilmiştir.

Bir sporcu yarışmalara katılmak isterse, o spor kuruluşu ile bir sözleşme ilişkisine girmiştir ve bu sözleşmeye dayalı çeşitli zorunlu önlemlere katılmak zorundadır². Bu husus dikkate alındığında, sporcu ile kuruluş arasındaki doping soruşturması bir özel hukuk karakterine sahiptir³. Dopinge ilişkin CAS⁴ değerlendirmelerine bakıldığı zaman, dopingin bir Medeni Hukuk ilişkisi olduğunun vurgulandığı görülmektedir⁵.

Numunesinde yasaklı madde bulunan sporcu diskalifiye edilir ve disiplin prosedürüne tabi tutulur. Bu durumda sporcu, ilgili spor kuruluşunun talimatları ile verilen haklar doğrultusunda disiplin prosedürüne tabi olur. Yoksa Ceza Hukukundan kaynaklı bir soruşturma yürütülmez. Bu sebeple devletin yaptırım sistemi içerisinde gelişen ilkeler uygulanmaz. Bu nedenle de adil yargılanma hakkını düzenleyen

² Janwillem Soek, "The Legal Nature of Doping Law", *International Sports Law Journal*, 2002/2, (ss. 2-7), s. 2

³ Soek, s. 2

⁴ Court of Arbitration for Sport; Çalışmamızın diğer bölümlerinde de CAS kısaltması kullanılacaktır.

⁵ CAS, 2001/A/317 (Kismet Erkiner, Hukuk Boyutunda Doping, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 63,64).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin burada uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶.

Doping yargılamasında Ceza Hukukunun prensiplerinin tamamen saf dışı bırakıldığı da söylenmez. Örneğin, anti-doping kural ihlalleri ancak talimatlarla düzenlenebilir; talimatlarda yer alan düzenlemeler dışında anti-doping kuralı ihdas edilemez ve geniş yorumlanamaz. Bu, bir Ceza Hukuku ilkesidir.

Doping yargılamasında genel olarak Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku karışımı bir yargılama sürdürülmektedir⁷. Ancak Medeni Hukukta ve Ceza Hukukunda olmayan bir takım düzenlemeler de yer almaktadır. Örneğin, dopingle mücadele kural ihlali halinde aranan ispat standardı ne Medeni Hukukta ne de Ceza Hukukunda aranan bir standardıdır. Olasılık düzeyinden yüksek, makul şüphenin ötesindeki standarttan düşük bir ispat standardı aranmaktadır. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, dopingde Ceza Hukukundan ve Medeni Hukuktan bir takım ilkeler yer alsada her iki dalın dışında kendine ait özellikleri vardır. Bu sebeple doping, nevi şahsına münhasır bir hukuki ilişkidir.

III. Kusursuz Sorumluluk

Sportdaki bir anti-doping kural ihlali yaptırımı ceza hukuku anlamında bir yaptırım değildir; spordaki disiplin yaptırımı, normalde özel hukuk içerisindedir⁸. Bu sebeple ceza hukukun bazı ilkeleri, özellikle "in dubio pro reo" ve "nulla poena sine culpa" spor disiplin hukukunda uygulanmaz⁹. Bu yaklaşım neticesinde, sporcunun vücudunda yasaklanmış madde veya metabolitlerin veya belirteçlerin bulunması ile anti-doping kural ihlalinin oluştuğu ve sporcunun kusursuz sorumlu olduğu ortaya çıkmıştır¹⁰.

Hukukta kusursuz sorumluluk kastın veya ihmalin olmadan so-

⁶ Soek, s. 2.

⁷ Soek, s. 3.

⁸ Klaus Vieweg, "The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence (Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position" *Marguette Sports Law Review*, 2004/15-1, (ss. 37-48), s. 41.

⁹ Vieweg, s. 41; CAS, 2001/A/317 (Erkiner s. 63,64).

¹⁰ Vieweg, s. 41.

rumlu olmak anlamına gelmektedir¹¹. Dopingde kusursuz sorumluluk ise eğer bir anti-doping kural ihlali varsa, sporcunun kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın disiplin yaptırımının uygulanmasıdır¹². Yani, sporcunun numunesinde yasaklı madde veya metabolitlerin veya belirteçlerin bulunması halinde, yasaklı maddenin sporcunun vücuduna nasıl girdiğine veya sporcunun kastının veya ihmalinin olup olmadığına bakılmaksızın müeyyide uygulanması kusursuz sorumluluğu ifade eder¹³.

WADC'nin beş yerdeki düzenlemesi kusursuz sorumluluk hali ile ilgilidir¹⁴. Bunlardan ilki WADC'nin 2. maddesidir¹⁵. Bu düzenleme ile

¹¹ Vieweg, s. 41.

¹² Vieweg, s. 41; Klaus Vieweg, Christian Paul, "The Definition Of Doping and the Proof of a Doping Offence", *The International Sports Law Journal*, 2002/1, (ss.2-6), s. 3.

¹³ Ryan Connolly, "Balancing the Justices in Anti-Doping Law: The Need to Ensure Fair Athletic Competition Through Effective Anti-Doping Programs vs. the Protection of Rights of Accused Athletes", *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, 2006/5-2, (ss. 41-80), s. 59,60.

¹⁴ Vieweg, s. 41; Kusursuz sorumluluk hali sadece WADC'nin 2. maddesinde yer almaktadır. Ancak CAS'ın antrenörlerin de kusursuz sorumlu olduğuna ilişkin kararlarına rastlanmaktadır. Örnek bir olay şu şekildedir: 29 Kasım akşamı davacı, R'nin otel odasına gidip nasıl olduğunu sormuştu ve sporcu, başının ağrıdığını söylemişti. Panadol alıp almadığını sormuş, R'de kalmadığını söylemiş, davacı da odasından bir tablet alıp geleceğini belirtmiştir. Sporcu tableti almış ancak antrenörünün kendisine Panadol'den başka tablet vermiş olabileceğini düşünmemiştir. Ancak tablet Panadol değil, yasaklı madde içeren bir tablettir. Davacı, odasında bir tablet bulunduğunu, üzerindeki yazının okunmadığını, ancak sonradan hatırladığı kadarıyla bir kaç yıl önce karısına verdiği "Di Gestic" markasını taşıdığını belirtmiştir. Eski den etkili bir baş ağrısı ilacı olduğunu ve Panadol'e eş değer bir ilaç olduğunu narkotik analjezik ya da yasaklı madde içerdiğini düşünmediğini açıklamıştır. «Di Gestic» gibi ilaçlarda propoksifen maddesinin mevcudiyeti saptanmıştır. Bunun üzerine, antrenöre 2 yıl müsabakalardan men cezası verilmiştir. Karar CAS önüne gelmiş ve CAS, antrenörün eyleminin (sporcusuna yasak madde vermiş olmak) suçun maddi unsurunu oluşturacağını ve kişisel kasıt bulunmasa da böylece eylemlerde anti-doping kural ihlali olacağını belirtmiştir [CAS, 95/150 (www.tas-cas.org, Erişim Tarihi:02.12.2013)]; Türkiye Atletizm Federasyonu Disiplin Kurulu tarafından antrenörlerin kusursuz olduğunu belirterek men cezası vermiş ancak, karar Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kuruluna (SGMTK) taşınmış ve Kurul, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiş ve kusursuz sorumluluğu antrenörler hakkında uygulamamıştır (SGMTK, 2013/234 Esas, 2014/39 Karar, 13.02.2014 Tarih). Aynı karar CAS'a taşınmış ve kararda, CAS 95/150 davasında antrenör yasaklı madde içerdiğini bilmeden sporcuya ağrı kesici verdiğini, niyetinin olmaması ya da ilacın yasaklı madde içerdiğini bilmemesi kusursuz sorumluluktan kaçmasını engellemeyeceğini, mevcut davamızda antrenörün sporcuya herhangi bir şey verdiğine dair bir kanıt olmadığını belirterek kararı iptal etmiştir (CAS 2014/A/3480, 20 Haziran 2014).

¹⁵ Aslında WADC düzenlemelerinden önce CAS tarafından kusursuz sorumlu-

anti-doping kural ihlali olan haller belirtilmiş ve kusursuz sorumluluk (strict liability) hali şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sporcunun yasaklanmış olan bir maddenin vücuduna girmesi kendisinin sorumluluğundadır. Sporcular herhangi bir yasaklanmış olan maddenin veya ilgili metabolitlerinin veya belirtilerinin vücutlarında bulunmasından kendileri sorumludurlar. Buna dayanarak 2.1 maddesine göre bir Dopingle Mücadele kuralının ihlalinin meydana gelmesi için Sporcu tarafından yasaklı maddenin kullanılmaya niyet edilmesi, hatalı veya ihmali sonucu olarak veya bilerek kullanılmış olmasının belirlenmesi önemli değildir.

Yasaklı maddeler listesinde özel olarak tanımlanıp nicel olarak başlangıç miktarı belirtilmiş maddeler hariç herhangi miktarda bir yasaklı maddenin veya metabolitinin veya belirtilerinin sporcudan alınan örneklerde bulunması Dopingle Mücadele kural ihlalinin meydana gelmesi demektir.”

Herhangi bir yasaklanmış maddenin veya ilgili metabolitlerin veya belirteçlerinin sporcuların vücutlarında bulunması anti-doping kural ihlalinin oluşması için yeterlidir¹⁶. Yasaklanmış bir madde sporcunun bilgisi dışında kendi vücuduna zerk edilmiş olabilir veya sporcunun yediği yiyeceklerde bu yasaklı madde olabilir. Bu durumda sporcunun kusurundan bahsedilemez. Ancak spordaki adil rekabetin sağlanabilmesi için sporcunun kusuruna bakılmaksızın anti-doping kural ihlali olduğu kabul edilir¹⁷. Cezalandırma ile kasıt arasında herhangi bir bağlantı bulunmamaktadır¹⁸. Bu durumda WADC'nin 3.1, 9, 10.1 ve 10.5. maddelerinin uygulanması gündeme gelecektir.

Kusursuz sorumluluğun varlığı halinde uygulanacak yaptırımın nevi WADC'nin 9. ve 10. maddelerinde düzenlenmiştir. WADC'nin 9. maddesine göre, bireysel sporlarda müsabaka sırasında yapılan bir doping kontrolünde tespit edilen bir dopingle mücadele kuralı ihlali, o müsabaka elde edilen sonuçların otomatik olarak iptal edilmesine ve verilen madalyaların, puanların ve ödüllerin geri alınmasına yol açar.

luk içtihatlarla getirilmişti (Richard McLaren, “Exceptional Circumstances: Is it Strict?”, *ISLR*, 2005/2, (ss.32-37), s. 32 vd.).

¹⁶ Vieweg, s. 42; Connolly, s. 58.

¹⁷ Vieweg, s. 43; Connolly, s. 58; CAS, 95/147 (Erkiner s. 49,50).

¹⁸ CAS, 95/147 (Erkiner s. 49).

Yani, yarışma içi test ile bağlantılı bir anti-doping kuralının ihlal edilmesi, söz konusu yarışmada elde edilen sonuçların otomatik olarak geçersiz sayılmasının yanında, alınan unvanların, ödüllerin, madalyaların, puanların ve katılım ve ödül paralarının ceza olarak kaybedilmesine sebep olur. Sporcu oyundan diskalifiye edilir. WADC'nin 10.1. düzenlemesi gereği, bir anti-doping kural ihlali olduğunda sporcunun o turnuvada elde ettiği bütün sonuçlar ortadan kalkar. Bu durumda, sporcunun numunesinde yasaklı madde bir kez bulundu mu suçluluk karinesini çürütmek için herhangi bir ihtimal olmadan sporcu diskalifiye edilmektedir¹⁹. Ancak, sporcu söz konusu ihlalin ortaya çıkmasında kusurunun olmadığını (hatasının veya ihmalinin olmadığını) ispat eder ise, dopinge mücadele kural ihlalinin meydana geldiği yarışma dışındaki diğer yarışmalarda sporcu tarafından elde edilen sonuçların, meydana gelen dopinge mücadele kural ihlali tarafından etkileneyeceği ihtimali olmadıkça, sporcunun diğer yarışmalardaki ferdi sonuçları geçersiz sayılmayacaktır.

Kusursuz sorumluluk hali ile ilgili bir diğer düzenleme ise WADC'nin 10.5.maddesidir. WADC'nin 10.5. düzenlemesine göre, bir anti-doping kural ihlali olduğunda sporcu, kusurunun olmadığını ispat ederse men cezası uygulanmayacaktır. Bu **düzenlemede suçun sınırlı etkisi**²⁰ **gündeme gelmektedir. Yani**, sporcuya belirli süreli veya ömür boyu müsabakalardan men cezası verebilmek için sporcunun kusuru değerlendirmeye alınır. Doktrine ve CAS'a **göre, sporcunun kusuru varsa** süreli veya ömür boyu men cezası uygulanacaktır²¹. Aksi halde sporcunun kişilik haklarına saldırı söz konusu olur. Spordaki adil rekabet için kusursuz sorumluluk getirilmiş olsa da men cezasının uygulanmasında kusursuz sorumluluk halinin uygulanması doğal adalet ilkeleri ile çelişir ve sporcunun kişilik haklarına saldırı teşkil eder. Bu hususta Alman mahkemesi, sporcuya kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak verilen cezanın sporcu haklarını ihlal ettiğini ve Alman kanunları ile bağdaşmadığını belirtmiştir²². Aynı şekilde CAS

¹⁹ Vieweg, s. 44.

²⁰ Jannia Houben, "Proportionality in the World Anti-Doping Code: Is There Enough Room for Flexibility?", *International Sports Law Journal*, 2007/1-2, (ss.10-18), s. 12.

²¹ Vieweg, Paul, s. 3.

²² OLG Frankfurt/Main, 13 W 29/00 (Judgement from May 18, 2000), (Vieweg, s. 44); Ayrıca bkz. CAS, 2001/A/317 (Erkiner, s. 63,64).

tarafından da bu ilke benimsenmiştir. Örneğin CAS, 09.07.2001 tarihli kararında bu hususu şöyle belirtmiştir:

“Bu itibarla federasyonların, bir sporcunun dopingli olduğu saptanan yarışmadan diskalifiye edilmesi kuralını, suçluluk olsun olmasın doğrulamaktadır. Bu sonuç sporda, rakiplerine karşı adil davranma prensibinin uygulanmasıdır. Ancak CAS, sporcunun ilerdeki yarışmalara katılabilmekten men edilmesi cezası için farklı düşünmektedir. Burada söz konusu olan kusursuz sorumluluk prensibinin sorgulanmasıdır. CAS, sadece sporcunun bedeninde yasak madde tespit edildiği diye bir süre veya süresiz olarak yarışmalara katılmaktan yasaklanması sporcunun kişilik haklarına bir tecavüz olarak görmektedir. CAS, bir sporcu ile bir federasyon arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durmakta ve bir medeni hukuk ilişkisi olduğunu, bu nedenlerle ceza hukuku prensiplerinin uygulanmasına imkan tanımadığını vurgulamaktadır. Kusursuz sorumluluk prensibinin bu durumda uygulanmasının uygun olup olmadığına karar verirken, sporcunun hakları ile federasyon hakları ve özellikle kişilik hakları adalet terazisine konmalıdır. Unutulmamalıdır ki profesyonel sporda bir doping cezası, kişinin mesleğini bir süre için engellemek gibi bir etkisi de vardır. Ayrıca bu doping cezasının, ferdin haysiyetini yaralamak, sosyal yaşamını etkilemek ve ilerisi için bir handikap oluşturmak gibi sonuçları da bulunmaktadır. Bütün bunlar göz önünde tutulduğunda CAS sporcunun menfaati ile federasyonun kusursuz sorumluluk prensibini uygulamadaki menfaat dengesinin sporcunun lehine işlemesi gerektiği kanısındır. CAS bu kanaatini doğrulayan başka örneklerde vermekte ve Alman Frankfurt Temyiz Mahkemesinin aynı doğrultuda bir kararında “Alman Kanunlarına göre bir sporcunun kusuru olmaksızın suçlu sayılmasının Alman yasaları ile bağdaşmadığı” kendi görüşünü doğrular nitelikte belirtmektedir. Bütün bunların sonucunda, federasyon sporcunun doping suçunda objektif unsuru açıklıkla ortaya koyabilmektedir ancak sübjektif unsur açısından sporcuyla savunmasız bırakmakta ve vücudunda bulunan yasaklı madde için kastı veya kusuru bulunmadığını ispatlamak hak ve imkanını tanımaktadır.”²³

²³ “Bir sporcunun vücudunda yasaklı maddenin bulunmasının iki sonucu vardır. Birincisi, doping kontrolünün yapılmış olduğu yarışmadan sporcu diskalifiye edilir. Bu ceza, yarışmaya katılmış olan diğer sporculara karşı hakkaniyeti sağlamak amacıyla yöneliktir. İkinci sonuç ise, sporcu tarafından tersine çevrilebilecek, maddenin bulunmuş olmasından ileri gelen suçluluk karinesidir. CAS içtihatları uyarınca, doping halinde uygulanacak sabit ceza sistemi arzu edilen bir durum değildir; sporcunun suçluluk derecesine göre uygulanabilecek bir ceza süreleri yelpazesi daha uygundur.” [CAS, 2001/A/317 (Erkiner s. 63,64)].

CAS kararında da vurgulandığı gibi, federasyon hakları ve sporcu hakları karşılaştırıldığında, kusursuz sorumluluk halini sporcu lehine yorumlamalı ve disiplin suçunun sübjektif unsuru açısından sporcu savunmasız bırakılmamalıdır. Sporcunun kusurunun olmadığını ispatlama hakkının elinden alınmaması gerekir. Sporcuya, yasaklanmış olan bir maddenin veya metabolitlerinin veya belirteçlerinin WADC'nin 2.1 maddesinin ihlali olarak alınan numunelerde ortaya çıkması durumunda men cezasının uygulanmaması için bu maddelerin kendi vücuduna nasıl girdiğini açıklama fırsatı verilmelidir.

IV. İspat Külfeti

WADC'nin 3. maddesi gereği, anti-doping kural ihlalinin oluştuğunu ispat edecek olan dopingle mücadele organizasyonudur yani, herhangi bir doping uyuşmazlığında suçluluğu ispat edecek olan spor organizasyonunu yapan kişidir²⁴. Olasılıktan büyük ve makul şüphenin ötesinden az ve iddianın ciddiyeti de dikkate alınarak yargılama kurumunu tam olarak ikna edecek düzeyde bir ispat standardı ile anti-doping kural ihlalinin oluştuğu ispatlanmalıdır²⁵.

²⁴ Vieweg, s. 41.

²⁵ Olasılık dengesi (balance of probabilities), iddiaların var olma olasılığının olmama olasılığından daha büyük olması üzerine kurulmuş bir ispat kıstasıdır. İddia eden taraf, iddia edilen ihlalin meydana gelmesi durumunun olmamasından daha çok olasılık taşıdığına ispat ederse ispat yükünü yerine getirmiş olacaktır. Yani, bir vakianın ispat edilmiş olabilmesi için bu vakianın gerçek olmasının gerçek olmamasına oranla daha fazla bir olasılık içinde görülmesidir. Hâkimin kesin bir kanaate varmasına gerek yoktur. Bu husus medeni yargılama hukukunda geçerlidir. Ceza yargılamasında ise her türlü makul şüpheden arınmış, kesine yakın bir ispat standardı aranmaktadır. Doping yargılamasında ise olasılık düzeyinden yüksek, makul şüphenin ötesindeki ispat standardının altında bir ispat standardı aranmaktadır. Dopingin Medeni Hukuk ilişkisi olduğu ileri sürülerek ispat standardında olasılık dengesi ele alınmaz. Nitekim gerek federasyonlar gerekse IOC düzenlemelerinde aranan ispat düzeyi olasılık dengesinden yüksektir. CAS bu hususu şöyle belirtmiştir: "Cezalandırıcı kurumun, bulunan yasak maddelerin dışardan uygulanmış olduğu varsayımı ile suçlamada bulunamayacağı ve bu durumu ispatlayacak ilave deliller sunulması gerektiği veya en azından diğer ihtimalleri bertaraf etmesi zorunludur." [CAS, 98/222 (Erkiner, s. 56)]; "IOC'nin ispat yükü yüksek olup ceza hukuku standardından az medeni hukuk standardında fazla, suçlamanın ciddiyeti göz önünde buldurularak CAS dairesinin kuşkusuz kanaat getireceği derecede kesin olmalıdır." [CAS, 2001/A/310 (Erkiner, s. 60)]. CAS, bu davalarda kural olarak masumiyet varsayımı veya yeterli delil olmaması hali gibi ceza hukuku kavramlarına itibar etmemektedir; zira uygulanan hukuk tamamen medeni hukuktur [CAS, 2001/A/337, (Erkiner s. 67,68,69)]. CAS'ın benimsediği yargılama ilkesine göre, ispat standardı, yargılama kurumunu tam ikna

Normalde, sporcunun numunesinde yasaklanmış madde veya metabolitlerin veya belirteçlerin bulgusu dışında hiçbir delil yoktur²⁶. Ancak bir anti-doping kural ihlalinin ispatı için güvenilir olması şartıyla sporcunun itirafı ve tanık beyanı da yeterlidir. Kusursuz sorumluluk halinde dopinge mücadele organizatörünün ispat yükünü CAS şu şekilde ifade etmiştir:

*“Kusursuz sorumluluk hallerinin geçerli olduğu durumlarda genel kural, Federasyonunun, sporcunun idrarında yasaklı maddenin bulunmuş olduğunu ve test sonucunun pozitif çıkmasının, laboratuvarında meydana gelebilecek herhangi bir usul hatası ile sakatlanmamış olduğunu ortaya koyabilmesidir.”*²⁷

Dopingle mücadele organizatörü, sporcunun vücudunda yasaklı bir madde, belirteçlerin veya metabolitlerin bulunmasını ispat ettiğinde ispat külfetini yerine getirmiş olacaktır. Bundan sonra sporcu kusurlu olmadığını ispat edecektir. Bu durum ise ilk görünüşte kanıt karinesini ortaya çıkarmaktadır. İlk görünüşte kanıt (Prima Facie, Anscheinsbeweis), kusurlu bir davranışın varlığını ve buna dayanak bulguların varlığı anlamına gelmektedir²⁸. Bulgular tipik bir davranışın sonucu olarak kabul edilmektedir ve bu bulgular davranışın kusurlu olduğunu ortaya koymaktadır²⁹. Diğer bir deyişle, bulgular belirli bir davranışın tipik sonucu olarak kabul edilir³⁰. Sporcunun vücudunda yasaklı bir madde bulunmuş ise sporcunun bunu bilerek ve isteyerek almış olduğu kabul edilir³¹.

Sporcunun vücut sıvısında yasaklı madde bulunur ise genel tecrübe göre, uygulanmış veya kullanılmış madde ve bunun kusurlu bir şekilde yapılmış olduğu kabul edilir. Aslında yasaklı maddenin bu-

(comfortable satisfaction) edecek düzeyde disiplin ihlali iddiasının altında yatan gerçeklerin kanıtlanmasıdır. Herhangi bir olumsuz analitik bulgu yokluğunda diğer kanıt türleri olan sporcunun itirafı veya diğer güvenilir kanıtlarla yapılan ispatta, önemli olan iddianın ciddiyeti ile orantılı olarak yargılama kurumunun tam ikna edilmesidir (CAS, 2012/A/2699; CAS, 2008/A/1594; CAS 2004/0/649). Ancak mutlak güvence önemli olmayıp olasılıkları ortadan kaldıracak, yeterli bilimsel kanıt yeterli görülecektir [CAS, 2002/A/403; CAS, 2002/A/408; CAS, 2001/A/345; CAS, 2004/A/607; CAS, 2009/A/1913 (www.tas-cas.org, Erişim Tarihi:02.12.2013)].

²⁶ Vieweg, s. 41.

²⁷ CAS, 2000/A/281 (Erkiner s. 58,59); CAS, 98/222 (www.tas-cas.org, Erişim Tarihi:02.12.2013).

²⁸ Vieweg, s. 45.

²⁹ Vieweg, s. 45.

³⁰ Vieweg, Paul, s. 3

³¹ Vieweg, Paul, s. 3,5.

lunması, buna sebep olan davranışın varlığını göstermektedir. Bu sebeple, ilk görünüşte kanıt iki karineyi oluşturmaktadır. Bu karinelerin birincisi maddenin kullanıldığına veya uygulandığına, ikincisi ise sporcunun kusurlu olduğuna ilişkindir³². İlk görünüşte delil sadece bir karinedir. Sporcu kendini savunarak bu karineleri çürütebilir³³. Örneğin, yediği besinlerden bu maddenin vücuduna girdiğini belirtebilir. Ancak bu karineleri çürütmek çok sıkı kurallara bağlıdır. Bu bulgunun olası nedenini iddia etmek yeterli değildir, bu iddiayı destekleyen gerçek, inandırıcı bulgular konmalıdır³⁴. Sporcu tarafından sunulan kanıtların spesifik olması ve sporcunun kendisinden beklenen davranış standardından neden uzaklaştığını açıklar nitelikte olmalıdır.

Bu karinelerin, inandırıcı gerçekleri sunmak zor olduğu için sporcu tarafından çürütüldüğüne nadiren rastlanmıştır³⁵. Sporcu, üzerine düşen ispat yükümlülüğünü yerine getirerek kendini temize çıkarmak için bu zor kurallarla mücadele edecektir³⁶. Sıkı bir kusursuz sorumluluk sistemi getirilmiş olsa da sporcu tarafından kusurunun olmadığı ispat edilebilecektir³⁷. Ancak WADC'nin 9. maddesi gereği, diğer sporcular üzerinde sporcunun avantajlı olmaması için, kastın veya ihmalin olmadığı ispat edilse dahi, sporcu diskalifiye edilecektir³⁸. Yani, kasıt veya ihmal sadece men cezasının belirlenmesinde devreye girmektedir³⁹.

Pozitif bulgunun ispatından sonra, ispat külfetinin sporcuya kaydığı görülmektedir⁴⁰. Ancak doping yargılamasında ispat yükünün yer değiştirmesi sadece sporcunun kusurunun var olup olmadığı noktasındadır. Bunun dışında, masumiyetin veya suçluluğun ispatı için

³² Vieweg, s. 45; Houben, s. 12; Vieweg, Paul, s. 5; CAS, 98/222(www.tas-cas.org, Erişim Tarihi:02.12.2013).

³³ Vieweg, s. 45.

³⁴ Vieweg, s. 45; Vieweg, Paul, s. 5; CAS, 1999/A/234; "Dopingle mücadele organizatörü, sporcunun kastının bulunduğunu ispatla mükellef değildir. Bu durumda ispat yükü sporcuya geçer ve sporcu, varsayıma dayalı suç tespitini çürütmek için numune analizlerini şüpheli hale getirecek laboratuvar yanlışlarının yapıldığı gibi ispat vasıtalarını ileri sürecektir" [CAS, 2001/A/310 (Erkiner, s. 60)].

³⁵ Vieweg, Paul, s. 5.

³⁶ Vieweg, s. 45,46.

³⁷ Houben, s. 11.

³⁸ Houben, s. 10.

³⁹ Houben, s. 10; Richard Mclanen, "CAS Doping Juriprudence: What Can We Learn?", *ISLR*, 2006/1, (ss. 4-22), s. 4; Frank Oschütz, "Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration: The Case Law of the Court of Arbitration for Sport", *Marguette Sports Law Review*, 2002/12-2, (ss. 675-702), s. 685.

⁴⁰ Houben, s. 11.

bu kural uygulanamaz. Yani, doping yapıldığı iddiasında bulunan kuruluş sporcunun anti doping kuralını ihlal ettiğini ispat edecek ve tipik sonuç oluşacaktır. Bu aşamadan sonra sporcu tarafından kusurlu olmadığı ispat edilir ise uzaklaştırma cezası verilmeyecektir. CAS, yasaklı maddenin bulunuş derecesi suçlamanın ciddiyeti ile orantılı derecede yüksekse bu durumda beyyine **külfetinin** yarışmacıya geçtiğini, ispat yükünün yer değiştirmesi kavramı, sadece uygulanacak olan cezanın derecesini tayinde önemli olup, asla suçluluk ve masumiyeti ispat için kullanılamayacağını belirtmiştir⁴¹. **Örneğin, bir sporcunun kan değerlerinde değişimler** bir yasaklı madde alınması veya yöntemin kullanılmasına bağlı olduğu kanıtlanamıyorsa sporcunun kusursuz sorumluluğundan bahsedilemez ve sporcuya, yasaklı madde veya yöntem kullanmadığını ispat et denemez. Yani, suçun ispatı için ihtimalden daha öteye gidilmelidir. Nitekim Medeni Hukukta, adalete aykırı davranış ile ortaya çıkan sonuç arasındaki sebep - sonuç ilişkisinin genel karinesi yoktur. Ancak kan değerlerindeki anormal değişiklikler, yargılama kurumunu ikna edecek düzeyde anti-doping kural ihlali olduğu yönünde şüphe oluşturur ise ispat yükümlülüğü yer değiştirecektir. Bu durumda sporcunun daha düşük seviyede getirmiş olduğu delil, dopingle **mücadele kurumunun getirmiş olduğu delile nazaran daha üstün tutulacaktır**. Bu hususa ilişkin temel ilkelere ortaya koyan CAS kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

“Mevcut vakadaki durum diğer bazı davalardan farklıdır. Konu, Davacının yasaklı maddeyi kasten kullanma niyeti ya da ihmali değildir, Davacının söz konusu maddeyi kullanıp kullanmadığıdır. Kusursuz sorumluluk prensibi, spor federasyonlarını doping suçunun varlığını ispat etmekten muaf tutmaz. Sporda doping karşıtı kurallar, spor yarışmaları ve antrenmanlarında uygulanan bazı yöntemler ile mücadele etmektir. Gramatik olarak “doping” bir sporcunun ya da ilgili kişinin belirli bir davranışdır. IOC Sağlık Yasasına göre de (1) yasaklı madde kullanımı ve (2) muhtelif yasaklı yöntemlerin kullanılmasıdır. Ancak sporcunun “davranış” olarak adlandırılmayacak fiili bulguları doping suçu olarak listelemek spor yönetim birimleri arasında alışılmış hale gelmiştir. ITU doping kurallarında tanımlar bölümünde “dopingün tanımı” “sporcunun sıvısında ya da dokusunda yasaklı maddenin bulunması” olarak geçer. Bu tanım, federasyonların bakış açısından ve dopingle mücadele açısından kabul edilebilir olsa da, bu uygulamaların ve sonuçlarının genel hukuk prensipleri ve suçlanan sporcunun savunma hakkı ve yasal hakları

⁴¹ CAS, 98/208 (Erkiner s. 56).

açısından incelenmesinde fayda vardır. Kurul'a göre, genel hukuk prensipleri açısından adalete aykırı bir eylem yerine yasaklanmış bir maddeyi (sonucu) cezalandıran yasal hüküm, suçlanan madde- nin var olduğuna dair bir şüphe yoksa ve kuralın kapsamında ada- lete aykırı davranış sonucunda meydana gelmişse kabul edilebilir. Diğer deyişle, eğer yönetici birim bir eylem (yasaklı maddenin uy- gulanması) yerine bir maddeyi (sonucu) cezalandırmayı tercih eder- se (yasaklı maddenin mevcudiyeti), ikincisi ile birincisi arasındaki sebep sonuç ilişkisi çok net ve tartışmasız olmalıdır. *Medeni hukukta adalete aykırı davranış ile ortaya çıkan sonuç arasındaki sebep - sonuç ilişki- sinin genel karinesi yoktur. Suçun ispatlanmasının gerekli olmadığı kusursuz sorumluluk vakalarında dahi, birinci ile ikinci arasındaki sebep sonuç ilişkisi bu yükümlüğe başvuran tarafça kanıtlanmalıdır. Kanuna aykırı eylem ile sonucu arasındaki sebep sonuç ilişkisinin varlığı argümanları bu sonuca dayanan ta- rafça kanıtlanmalıdır. Her ne kadar neden sonuç ilişkisi hukuksal bir konu olsa da (ve olmalı) bazen hukuk bir olay ile sonucu arasındaki ilişkiyi belirlemek için bilime dayanır. Eğer tıp bize bir sonucun (örneğin hastalık) sadece bir dış et- menden dolayı kaynaklanabileceğini söylüyorsa, bu hastalığın kanıtı daha fazla neden -sonuç ilişkisi bağı gerektirmez. Ancak eğer bu hastalık farklı nedenlerle ortaya çıkabiliyorsa, o zaman o hastalığın dış etmenlerden kaynaklandığı ka- nıtlanmalıdır. Bilimin herhangi bir şüphe bırakmadığı yerde adalete aykırı bir eylemin sonucu cezalandırılabilir. Başlarda anti-doping kuralları da böyleydi ancak son yıllarda, özellikle düşük konsantrasyonlu anabolik ajanların mevcu- diyetinde, artık bilimsel karine kesin ve çürütülemez olarak görülmektedir. Kurul'a göre bir maddenin mevcudiyetini cezalandırmak ve neden mevcut ol- duğunu tartışmamak artık meşru değildir. Bu vakaya uygulandığında, sporcu- nun kati yükümlülüğü, ceza veren birimi sporcunun bir maddeyi dışarıdan uy- guladığına dair suçu kanıtlamaktan muaf tutar, ancak aynı kural metabolitlerin varlığının dışarıdan uygulama sonucu oluştuğunu kanıtlamaz. Kurul'a göre, ITU kurallarının yorumlanması da bizi benzer sonuçlara götürmektedir. ITU kuralları da "dışarıdan uygulama" bizzat kanıtlanmalıdır olarak yorumlanabi- lir. Bu bağlamda, kusursuz sorumluluk kuralı ancak "tamamen net ve şüphe- siz" durumlar için uygulanmalıdır. Herhangi bir belirsizlik suçlanan sporcunun lehine yorumlanmalıdır. Yukarıdakiler ışığında ve son bilimsel gelişmelere dayalı olarak, Kurul, kusursuz sorumluluk kuralı yerine metabolitlerin mevcudiyetine sebep olan gerçek nedenin araştırılması gerektiğini düşünmektedir. Ancak yasaklı maddenin uygulanması ile idrarda metabolitlerin mevcudiyeti arasındaki bağı kimin kanıtlayacağı dikkate alınma- lıdır. Bu bağlamda da hem hukuki hem de prensiplere dayalı mülahazat hesaba katılmalıdır. Kurul'a göre, Genel hukuk kuralları kapsamında her bir tarafın*

ispat yükümlülüğü vardır. “Gri bölge”nin oluştuğu ve bilme göre belirsizliklerden kaynaklanan durumda, metabolitlerin **dış kaynaklı olduğu yargısı sürdürülemez. Böyle bir karinenin yokluğunda ispat yükümlülüğü eşit şekilde paylaşılır. Suç karinesinin ana konusu olan davalar ile endojene üretilen maddelere bağlı davaları ayırmak doğru olacaktır. Bilindiği üzere, bilime göre birden fazla sebebin aynı sonuca götürdüğü durumda, sebep sonuç ilişkisini kimin kanıtlayacağı konusunda problemler çıkabilir. Gerçek hayatta birçok vakada herhangi taraf bunu kanıtlayabilir. Bu yüzden sebep sonuç ilişkisini kanıtlamak için alternatif yöntemler olmalıdır, örneğin, diğer sebeplerin elimine edilmesi gibi. Mevcut davamızda, yasaklı maddenin mevcudiyetine götüren muhtemel paralel sebepler olabileceğinden, Davacıdan metabolitlerin dış kaynaklı nandrolon uygulamasından oluşmadığını kanıtlanmasını beklemek gerçek dışı olur. Ancak ceza veren birimin diğer bilimsel sebeplerin buna sebep olmayacağını kanıtlanmasını bekleyebiliriz. Örneğin, ilgili spor federasyonu sporcunun ekstra yarışma dışı teste tabi olmasını talep edebilir, böylece elde edilen yeni bulgular yasaklı maddenin sporcunun vücudu tarafından üretilip üretilmediğini ortaya çıkarır. Kurul’a göre, “gri bölge” sınırlarında çıkan miktarlardaki yasaklı maddeler için ceza biriminin artık yasaklı maddenin kesin dış kaynaklı olduğuna güvenmemesi ve varsayımını güçlendirecek ek belge sağlaması gerekmektedir. Sporcu tarafından sağlanan daha düşük seviyede bir kanıtın “gri bölge”ye giren vakalarda neden yeterli kabul edileceğine dair başka bir sebep de vardır. Bu sebep, bir tarafta medeni hukuk ile diğer tarafta ceza ve disiplin işlemleri arasındaki farkın dikkate alınmasıdır. Medeni hukukta ispat yükümlülüğü kesin bir şekilde tanımlanmıştır ve dava gerekli kanıtı sağlamayan tarafın aleyhine sonuçlanır. Bu, hem ispat yükümlülüğünün taraflara paylaştırıldığı durumlar hem de yükümlülüğün bir taraftan diğerine aktarıldığı durumlar için doğrudur. Sporda doping gibi benzer prosedürlerin uygulanmasında ise, masumiyet karinesi prensibinden dolayı, her iki tarafın eşit ispat yükümlülüğüne sahip olmayacağı ve suçlayan tarafın iddialarını ispatlaması gerektiği, diğer tarafın ise sadece şüphe sebeplerini ispatlamasının yeterli olduğu bir durum ortaya çıkar. Sporda doping ile etkin şekilde mücadele edilmesi ya da adil olmayan rekabetin önlenmesi gibi önemli gereklilikler olmasına rağmen, bu gereklilikler temel yasal ve prosedürel garantilerin (şüpheden sanığın faydalanması gibi) önüne geçemez. Bir yandan bilimin şüpheye yer vermediği durumlarda kesin kurallar koyulabilir ancak şüpheden sanığın faydalanması prensibi IOC Sağlık Komisyonunun belgelerinin doğasına aykırı değildir.”⁴²**

⁴² CAS, 98/222 (www.tas-cas.org, Erişim Tarihi:02.12.2013).

Benzer nitelikteki değerlendirmeler Türkiye Atletizm Federasyonu Ceza Kurulunun 2013/4 Esas, 2013/79 Karar, 19.12.2013 Tarihli kararında da yer almaktadır. Karara konu olayda, sporcunun biyolojik pasaportunda kan değerlerinde anormal değişimler olduğu, yasaklı madde kullanılmasının belirteçlerinin olabileceği iddiası ile sporcunun hakkında soruşturma başlatılmıştır. Sporcunun tarafından geçirilmiş olduğu rahatsızlıklar, yüksek rakımda çalışmanın etkisi ve numune incelemesindeki prosedüre uyulmadığı hususları üzerinden savunma yapılmış ve belirteçlerin yasaklı madde kullanımına dayalı olmadığı ileri sürmüştür. Kurul, masumiyet ilkesini de dikkate alarak ispat yükünü her iki tarafa da yüklemiş ve sporcunun savunmalarının bilimsel verilere dayalı ve inandırıcı olduğu kanaatine vararak, sporcunun üzerine düşen makul ispat yükümlülüğünü yerine getirdiğini belirterek kan değerlerindeki değişimin yasaklı madde kullanımından kaynaklanmadığını (yasaklı madde belirteci olmadığını) belirterek ceza tayinine yer olmadığına dair karar vermiştir.

V. Sonuç

Sportadaki bir anti-doping kural ihlali yaptırımı ceza hukuku anlamında bir yaptırım değildir; sportadaki disiplin yaptırımı, normalde özel hukuk içerisindedir. Bu sebeple, kural olarak, ceza hukukun ilkeleri, özellikle “in dubio pro reo” ve “nulla poena sine culpa” ilkeleri uygulanmaz.

Sporada adil rekabetin sağlanabilmesi için kusursuz sorumluluk ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeye göre, herhangi bir yasaklanmış maddenin veya ilgili metabolitlerin veya belirteçlerinin sporcuların vücutlarında bulunması anti doping kural ihlalinin oluşması için yeterli sayılmıştır. Sporcunun kastının veya ihmalinin olmaması anti doping kural ihlalinin oluşmasında etken değildir. Sporcunun, gerekli dikkat ve özeni gösterse de meydana gelen sonuçtan kusuru olmaksızın sorumludur. Cezalandırma ile kasıt arasında herhangi bir bağlantı aranmamaktadır.

Yasaklanmış maddenin veya ilgili metabolitlerin veya belirtilerinin sporcunun vücudunda bulunması halinde sporcunun diskalifiye edilir ve edinmiş olduğu kazanımlar geri alınır. Ancak men cezası verebilmek için sporcunun kusurunun bulunması gerekmektedir.

Sporcunun vücudunda yasaklı madde bulunur ise maddenin kullanıldığı veya uygulandığı ve kasten veya ihmali olarak yapılmış olduğu kabul edilir. Ancak sporcunun sorumluluğu genel bir sorumluluk

olmadığı için sporcu, maddenin kullanıldığına veya uygulandığına ve kusurlu olduğuna ilişkin bu iki karineyi çürütebilecektir. Ancak bu ispat yükünün yer değiştirmesi sadece sporcunun kusurunun var olup olmadığı noktasındadır. Bunun dışında, masumiyetin veya suçluluğun ispatı için bu kural uygulanamaz. Anti-doping kural ihlali iddiasında bulunan dopingle mücadele kuruluşu, sporcunun anti doping kuralını ihlal ettiğini ve tipik sonucun oluştuğunu ispat edecektir. Ayrıca gri bölge olarak adlandırılan vakalarda ispat yükü eşit dağıtılacak ve sporcu tarafından sağlanan daha düşük seviyede bir kanıt, dopingle **mücadele** kuruluşunun getirmiş olduğu kanıta nazaran daha üstün kabul edilecektir.

Kaynakça

- Erkiner **Kısmet**, Hukuk Boyutunda Doping, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- Connolly Ryan, "Balancing the Justices in Anti-Doping Law: The Need to Ensure Fair Athletic Competition Through Effective Anti-Doping Programs vs. the Protection of Rights of Accused Athletes", *Virginia Sports and Entertainment Law Journal*, 2006/5-2, (ss. 41-80).
- Houben Jannia, "Proportionality in the World Anti-Doping Code: Is There Enough Room for Flexibility?", *International Sports Law Journal*, 2007/1-2, (ss.10-18).
- Mclanen Richard, "CAS Doping Juriprudence: What Can We Learn?", *ISLR*, 2006/1, (ss. 4-22).
- Mclaren Richard, "Exceptional Circumstances: Is it Strict?", *ISLR*, 2005/2, (ss.32-37)
- Soek Janwillem, "The Legal Nature of Doping Law", *International Sports Law Journal*, 2002/2, (2-7).
- Oschütz Frank, "Harmonization of Anti-Doping Code Through Arbitration: The Case Law of the Court of Arbitration for Sport", *Marguette Sports Law Review*, 2002/12-2, (ss. 675-702).
- Vieweg Klaus, "The Definition of Doping and the Proof of a Doping Offence (Anti-Doping Rule Violation) Under Special Consideration of the German Legal Position" *Marguette Sports Law Review*, 2004/15-1, (ss. 37-48).
- Vieweg Klaus, Paul, Christian, "The Definition Of Doping and the Proof of a Doping Offence", *The International Sports Law Journal*, 2002/1, (ss.2-6).

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ VE YARGI YETKİSİNİ GENİŞLETME ÇABALARININ ELEŞTİRİSİ

THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND CRITIQUE OF THE EFFORTS TO BROADEN ITS JURISDICTION

Yahya Berkol GÜLGEÇ*

Özet: Uluslararası hukuktaki klasik anlayış olan devlet egemenliği ilkesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kısıtlasa da, Divan içtihadında ve doktrinde yargı yetkisi oldukça geniş yorumlanmaktadır. UAD'nın çekişmeli yargı yetkisinin istisna olduğu ve dar yoruma tabi tutulması gerektiği unutulmamalıdır. Divan'ın BM organlarının kararlarını temyizden incelemesi hususu da Statü ile BM Şartı'nın sarih hükümleri uyarınca yorumlanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, zorunlu yargı yetkisi, danışma görüşü verme yetkisi.

Abstract: Although the principle of national sovereignty imposes restrictions on the contentious jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ), such jurisdiction is broadly interpreted in the case law of the ICJ and legal literature. It should be kept in mind though that the contentious jurisdiction of the Court is an exception; therefore it must be interpreted narrowly.. The ICJ's authority to review the decisions of the UN organs must also be interpreted in accordance with the explicit provisions of the Statute and the UN Charter.

Keywords: International Court of Justice, contentious jurisdiction, advisory jurisdiction.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Bu makalenin amacı, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde en önemli rollerden birini üstlenen Uluslararası Adalet Divanı'nın ("UAD" veya "Divan") yargı yetkisini incelemek ve bunu yaparken de yargı yetkisi ile ilgili bazı tartışmalı hususlarda yazarın düşüncesini sunmaktır.

Konuyla ilgili yerli ve yabancı kaynakların incelemesinin ardından özellikle de yabancı doktrinde UAD'nın çekişmeli yargı yetkisinin ve danışma görüşü verme yetkisinin genişletilmesi yönünde genel bir eğilime rastlanmıştır. Genel olarak Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisi incelendikten sonra bu eğilimlerin hukuka uygunluğu tartışılacaktır.

UAD'nın yargı yetkisi bakımından çeşitli tasniflere gitmek mümkün olmakla birlikte temel olarak çekişmeli yargı yetkisi ("*contentious jurisdiction*") ve danışma görüşü verme yetkisi ("*advisory opinion jurisdiction*") olarak ikiye ayrıldığı¹ söyleyebiliriz.² Bunun dışında Divan'ın yetkisinin birinci derece yargı yetkisi ("*mainline jurisdiction*") ve ikinci derece yargı yetkisi ("*incidental jurisdiction*") olarak ayrıldığına da rastlanmaktadır. Bu ayrımı kısaca açıkladıktan sonra asıl konumuz olan çekişmeli yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisinin incelenmesine geçeceğiz.

Buna göre, Divan'ın birinci derece yetkisini davanın taraflarını bağlayıcı karar verme yetkisi olarak tanımlayabiliriz³. Divan'ın ikinci derece yetkisi ise, genellikle usule ilişkin işlemlerdeki yargı yetkisi-

¹ Bizim de benimseyeceğimiz bu ayrım için bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Dispute Settlement, General Topics, 1.2 International Court of Justice, 2003, s. 11.

² Bu hususta birkaç terminolojik farklılıktan bahsetmekte yarar var. Bleichert ve Aloysius P. Llamas gibi bazı yazarlar UAD'nın yargı yetkisini zorunlu yargı yetkisi ("*compulsory jurisdiction*") ve gönüllü yargı yetkisi ("*voluntary jurisdiction*") başlıkları altında incelemişlerdir (Bkz. Aloysius P. Llamas, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", The European Journal of International Law, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, s. 816; Maura A. Bleichert, "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point", Fordham International Law Journal, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992, s. 804). Keza Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı da doğrudan çekişmeli yargı yetkisi ve tavsiye görüşü verme yetkisi terimlerini kullanmamış ve "devletlerarası davalarda karar yetkisi" ve "danışma görüşü verme" yetkisi tasnifine gitmiştir (Bkz. Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, 12.b., Turhan, Ankara, 2013, s.481, 483).

³ Bkz. UNCTAD belgesi s. 11.

dir. Divan'ın kendi yetkisi üzerinde karar vermesi ("*competence de la competence*"), usulî işlemlerin genel kontrolünü sağlaması gibi yetkileri ikinci derece yetkilere örnek olarak verilebilir.⁴

Divan'ın birinci ve ikinci derece yetkilerinden söz ettikten sonra çekişmeli yargı yetkisinin incelenmesiyle devam edebiliriz.

I. Uluslararası Adalet Divanı'nın Çekişmeli Yargı Yetkisi

UAD'nın öncelikli görevi Statü'nün 38(1) maddesinde devletlerce önüne getirilen uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmek olarak belirtilmiştir.⁵ Uluslararası hukukçular devletlerarası uyuşmazlıkların UAD'nın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında çözülmesini, uluslararası uyuşmazlık çözümü metodlarının en önemlilerinden biri olarak görmüşlerdir.⁶

A. *Rationae Personae* (Kişi Bakımından Yetki)

Bu kısmın amacı, UAD önündeki davalarda kimlerin taraf olabileceğini belirlemektir ve bu sorunun cevabı UAD Statüsü'nün 34(1) maddesinde açıkça ortaya konmuştur: "*Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler.*". Özellikle UAD Statüsü'nün 20. yüzyılın ilk yarısında hazırlandığını ve yürürlüğe girdiğini düşünürsek, uluslararası hukukun sujelerinin devletler olduğunu belirten klasik görüşün UAD Statüsü'nde de yer bulduğunu söyleyebiliriz. Buna göre, hükümetler dışı örgütler, kişiler ve diğer kuruluşlar UAD nezdinde dava açamayacaklardır.⁷ Özellikle de UAD'nın ardından kurulan uluslararası mahkemelerin yapısı incelendiğinde bu görüşün yavaş yavaş değiştiği öne sürülmektedir.⁸ Daha yenilikçi bir bakış açısıyla uluslararası hukukun devlet dışı sujelerine de yer veren mahkemelere Uluslararası Deniz

⁴ Ibid.

⁵ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhan, 2008, s. 473.

⁶ Aloysius P. Llamamom, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *The European Journal of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008, s. 816.

⁷ David Schweigman, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer, La Haye, 2001, s. 211.

⁸ Lu Bingbin, "Reform of the International Court of Justice - A Jurisdictional Perspective", *Perspectives*, Cilt: 5, Sayı: 2, 30 Haziran 2004, s. 2.

Yatağı Otoritesi⁹ ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi örnek gösterilebilir.

Yukarıda sözü geçen devletler hangi devletlerdir? Her devlet UAD önünde bir uyuşmazlığın tarafı olabilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki UAD Statüsü'ne taraf olan her devlet, UAD önündeki uyuşmazlıklara da taraf olabilir.¹⁰ Yukarıda BM üyesi olan bütün devletlerin *ipso facto* olarak Statü'ye de taraf olduğunu zaten belirtmiştik, bu sebeple bu devletler açısından taraf ehliyeti bakımından bir problem bulunmamaktadır. Benzer şekilde, eğer bir devlet BM üyesi olmayıp Statü'ye dışarıdan taraf olmuşsa da taraf ehliyetini haizdir.¹¹ Bunun yolu, BM üyesi olmayan devletlerin Statü'ye taraf olma koşullarının Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından belirleneceğini düzenleyen BM Şartı'nın 93/2 maddesi ile açılmıştır.¹² Son olarak, ne Statü'ye taraf ne de BM'e üye olan devletlerin de UAD önündeki uyuşmazlıklarda Güvenlik Konseyi tarafından belirlenecek koşullarla taraf olabilmesi mümkündür.¹³ 15 Ekim 1946 tarihli ve 9 (1946) Sayılı BM Güvenlik Konseyi kararının birinci maddesi Divan'ın Yazı İşleri Müdürlüğü'ne yapılacak bir bildirimle bu kategorideki ülkelerin de Divan'ın önündeki uyuşmazlıklarda taraf olabileceğini kararlaştırmıştır.¹⁴ Kısacası, öngörülen usule uyulduğu takdirde her devlet Divan önündeki uyuşmazlıklara taraf olabilmektedir.

B. Divan'ın Çekişmeli Yargı Yetkisinin Tanınması

Yukarıdaki şartlar doğrultusunda taraf ehliyetini haiz devletler üzerinde Divan'ın yargı yetkisi otomatik değildir.¹⁵ UAD'nın bir uyuşmazlık üzerinde çekişmeli yargı yetkisini kullanabilmesi için uyuşmazlığa taraf devletlerin rıza göstermesi gerekmektedir.¹⁶ Ulusal

⁹ Ibid.

¹⁰ Pazarıcı, s. 473.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/9\(1946\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/9(1946))
Erişim Tarihi: 19.01.2015.

¹⁵ Bingbin, s. 2.

¹⁶ Maura A. Bleichert, "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point", Fordham International Law Journal, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992, s. 803-804.

hukuk düzenlerinin aksine uluslararası toplum nezdinde üstün bir otorite mevcut olmadığı için, uluslararası hukuk kuralları, bu hukukun uygulanacağı kişilerin, yani uluslararası hukukun sujelerinin iradesi ile oluşmakta ve bu kuralların bağlayıcılığı da devletlerin rızasına dayalı olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁷ Bu rızanın açıklanmasının dört temel şekli olduğundan bahsedilebilir: 1) tahkimname yolu, 2) önceden akdedilen bir uluslararası andlaşma, 3) tek taraflı bir bildirim ile ve 4) *forum prorogatum* yoluyla.¹⁸ Hemen belirtilmelidir ki Divan içtihadına göre, yargılamaya rıza gösterilmesi şekle ilişkin bir husus değildir.¹⁹ Dolayısıyla, Divan, başka yollarla da yargı yetkisinin kabul edildiğine karar verebilir. Bu rıza açıklama şekillerini ayrı ayrı inceleyeceğiz. Daha önce belirtmek gerekir ki rıza konusunda Divan içtihadı oldukça geniş yorum yapmaktadır. Ayrıca görüleceği üzere, tarafların rızalarının bulunup bulunmadığının açık olmadığı durumlarda kendisini yetkili gördüğü durumlar bulunmaktadır. Bu durum, rıza şartının mahkeme içtihadı ile bertaraf edilmesine²⁰ yol açmakta ve hukukî belirsizlik sonucunu doğurmaktadır.²¹

1. Tahkimname

Bu yolda Divan'ın yargı yetkisi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tanınmaktadır.²² Tahkimname ("*compromis*") yolunu düzenleyen Statü'nün 26(1) maddesi şu şekildedir: "*Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Andlaşması'na ya da yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar*". Bu maddedeki "tarafların kendisine sunacağı bütün işler" ifadesi tahkimnameye işaret etmektedir. Kısacası, aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar bu uyuşmazlığı Divan'a taşımak amacıyla özel bir andlaşma akdetmekte ve bu andlaşmayı Divan'ın Yazı İşleri Müdürlüğü'ne

¹⁷ Yücel Acer, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımadaki Çekinceler ve Geçerlilikleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1, s. 12.

¹⁸ Pazarıcı, s. 473.

¹⁹ Elühu Leuterpacht, "Partial Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 465.

²⁰ Leuterpacht, s. 467.

²¹ Leuterpacht, s. 486.

²² Bkz. UNCTAD belgesi, s. 12.

ibraz etmektedirler.²³ Bu tür tahkimnamelerde uyuşmazlığın konusunun ve taraflarının belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir.²⁴ *Korfu Kanalı* davası²⁵ ve Slovakya ile Macaristan'ın 7 Nisan 1993 tarihli bir anlaşma ile Divan önüne taşıdıkları *Gabcikovo Nagymaros Projesi* davası²⁶ bu yolla Divan'ın önüne götürülen uyuşmazlıklara örnek teşkil etmektedir. Bir başka örnek ise *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği* davası²⁷ oluşturmaktadır. Bu davada Almanya ve Hollanda tarafından paylaşılan kıta sahanlığının sınırlarının belirlenmesi maksadıyla iki devlet aralarında anlaşarak uyuşmazlığı UAD'na taşımışlardır.²⁸ Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere tahkimname yolu ile Divan'ın yargı yetkisinin tanınması genellikle sınır uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır.²⁹

2. Önceden Akdedilmiş Uluslararası Andlaşma

Statü'nün 36(1) maddesindeki "ya da yürürlükteki andlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmuş bütün durumlar" ibaresi Divan'ın yetkisinin önceden akdedilmiş bir uluslararası andlaşma ile tanınmasına hukukî kaynak teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan tahkimname yolundan en temel farklılığı burada bahsi geçen uluslararası andlaşmanın uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce akdedilmiş olmasıdır. Bazı uluslararası andlaşmalar, andlaşmanın uygulanması ve yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceğini belirtmekte ve bu andlaşmaya taraf devletler de önceden Divan'ın bu konudaki yetkisini kabul etmektedir.³⁰ 23 Eylül 1971 tarihinde imzalanıp 26 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren *Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanunsuz Hareketlerin Önlenmesi Sözleşmesi*³¹ (1971 Montreal Sözleşmesi) bu andlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Bu sözleşme-

²³ Bingbin, s. 2.

²⁴ Pazarıcı, s. 474.

²⁵ *Korfu Kanalı Davası* (Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda v. Arnavutluk Halk Cumhuriyeti), 9 Nisan 1949, UAD Raporları 1949, s. 4 - 169.

²⁶ *Gabcikovo Nagymaros Projesi Davası* (Macaristan v. Slovakya), 25 Eylül 1997, UAD Raporları 1997, s. 7 - 84.

²⁷ *Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası* (Almanya Federal Cumhuriyeti v. Hollanda), 20 Şubat 1969, UAD Raporları 1969, s. 3-56.

²⁸ Gideon Boas, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012, s. 358 - 359.

²⁹ Boas, s. 359.

³⁰ Unctad, s. 13.

³¹ Bu andlaşmanın İngilizce resmi metni için bkz. <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv3.pdf>. Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

nin 14. maddesinde andlaşmanın uygulanması ve yürürlüğü ile ilgili uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceği açıkça düzenlenmiştir. Nitekim, bu sözleşmeden kaynaklanan ve bir tarafında Libya'nın, diğer tarafında ise Birleşik Krallık ile Amerika Birleşik Devletleri'nin yer aldığı *Lockerbie* davası 1971 Montreal Sözleşmesi'nin 14. maddesine dayanılarak Divan önüne getirilmiştir.³² Bir başka örnek ise Nikaragua ile Amerika Birleşik Devletleri arasında akdedilmiş olan 1956 tarihli Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Andlaşması³³ olarak gösterilebilir. Bu sözleşmenin 24(2) maddesi de sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Divan nezdinde çözüleceğine hükmetmiştir. İki devlet arasında bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık *Nicaragua Davası*'nın³⁴ konusu olmuş ve Divanca çözümlenmiştir.³⁵ Kısacası, Divan'ın yetkisinin önceden akdedilmiş bir andlaşma ile tanındığı durumlarda taraflardan birinin UAD'na başvurusu ile Divan'ın uyuşmazlık üzerindeki çekişmeli yargı yetkisi doğmuş olmaktadır.³⁶

3. Tek Taraflı Bildirim

Divan'ın yargı yetkisinin bu yolla tanınmasına doktrinde ihtiyarî kabul maddesi bildirim³⁷ yolu veya ihtiyari kabul maddesi sistemi³⁸ adının da verildiği görülmektedir.³⁹ Biz burada Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı'nın terminolojisini izlemeyi tercih ettik.

UAD Statüsü'nün 36(2) maddesi tek taraflı bir bildirim ile Divan'ın çekişmeli yargı yetkisinin tanınmasını düzenlemektedir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

“İşbu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirirler: a) Bir andlaşmanın yo-

³² Bingbin, s. 3.

³³ Andlaşmanın İngilizce metni için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=244365. Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

³⁴ Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri), 17 Haziran 1986, UAD Raporları 1986, s. 14-150.

³⁵ Boas, s. 360.

³⁶ Pazarcı, s. 474.

³⁷ Optional clause declaration.

³⁸ Optional clause system.

³⁹ Acer, s. 13.

rumlanması; b) Uluslararası hukuka ilişkin her konu; c) Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği;d) Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı.”

Yukarıdaki maddeden anlaşılacağı üzere, devletler hukukî uyumsuzluklarına ilişkin bir bildirim yaparak aynı bildirim yapan devletlere karşı Divan'ın çekişmeli yargı yetkisini kabul etmektedir⁴⁰.

Statü'nün 36(3) maddesi ise 2. paragraf kapsamında yapılacak olan bildirimlerin şarta bağlı olmaksızın yahut da mütekelilik şartına bağlı olarak, *rationae personae* olarak sınırlandırılmış şekilde veya belli bir zaman için yapılabileceğini belirtmektedir.⁴¹ Dolayısıyla, Divan'ın bir uyumsuzlukla ilgili yargı yetkisinin 36. madde kapsamında doğup doğmadığı bakımından inceleme yapılırken, tarafların tek taraflı bildirimlerine ilişkin - varsa - öne sürdükleri şartlar da değerlendirilmeli ve bildirimlerin birbirleriyle uyduğu teyit edilmelidir.⁴²

Ayrıca, Statü'nün 36(4) maddesi uyarınca bu tür bir bildirim daha sonra bu bildirim Statü'nün taraflarına ve Divan Yazı İşleri Müdürlüğü'ne gönderecek olan BM Genel Sekreteri'ne yapılması gerektiği⁴³ ve bu usulle yapılmayan bildirimlerin geçersiz sayılacağı belirtilmelidir.

Tek taraflı bildirim yoluyla Divan'ın yargı yetkisinin tanınmasının devletler açısından pek de tercih edilen bir yöntem olmadığı ve bu sebeple de bu yola başvuran devletlerin Statü'nün 36(3) maddesi kapsamındaki çekince koyma hakkından geniş anlamda faydalandığı düşünülmektedir.⁴⁴ Bu sebeple de koyulabilecek çekincelerin neler olduğunu ve uygulamada ne tür sorunlarla karşılaşılacağını incelemek icap edecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere 36. maddenin 3. paragrafında tek taraflı bildirim sırasında konulabilecek çekincelerin mütekelilik koşuluna bağlanabileceği veya belirli süre ile sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Peki ama bildirim sahibi devlet bu çekince sebepleri dışında sebeplere

⁴⁰ Pazarıcı, s. 474.

⁴¹ Boas, s. 360.

⁴² Boas, s. 361.

⁴³ Pazarıcı, s. 474.

⁴⁴ Acer, s. 14.

dayanabilecek midir yoksa bu sebepler 3. paragrafta münhasıran mı sayılmıştır? Bir görüşe göre tek taraflı bildirimle devletin Divan'ın yargı yetkisini tanıması asılken, çekinceler istisna teşkil ettiğinden dar yorumlanmalı ve bu sebeple de bu çekince sebeplerinin münhasıran sayıldığı kabul edilmelidir. Nitekim hukukta istisnalar dar yorumlanmalıdır.⁴⁵ Ancak Uluslararası Adalet Divanı İçtihadı aynı yönde değildir. Her ne kadar UAD içtihadı bağlayıcı olmasa ve Divan'ın bu içtihattan dönmesi mümkün olsa da başka sebeplerin de çekinceye temel oluşturabileceği, bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmiştir.⁴⁶ Yücel Acer ise asıl ve istisna yorumunu madde içerisinde değil genel anlamda UAD'nın yargı yetkisi konusunda yaparak, UAD'nın yargı yetkisinin istisna teşkil ettiğini ve bu sebeple başka çekincelerin mümkün olması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁷ Belki de Yücel Acer'in çekincenin geniş yorumlanması gerektiği yönündeki düşüncesini bu şekilde açıklamak mümkün olabilecektir. Ancak, kendi temellendirmesi bu yönde bir kanaate yol açacak kadar açık değildir. Ona göre, *"hiçbir koşula bağlı olmadan yapılabileceği gibi... karşılıklı olma koşuluna bağlı olarak..."* ifadesi *"karşılıklılık şartı çerçevesinde değişik tür çekincelerin de konabilme iznini"* ifade etmektedir.⁴⁸ Maddede geçen karşılıklılık ilkesi ile kastedilenin 36(2) uyarınca tek taraflı bildirimde bulunan diğer devletler olduğu kanımızca açıktır. Yani, devletler bu madde uyarınca ya bildirim yapmayan devletlerin de kendilerine karşı dava açabileceğini (*"hiçbir koşula bağlı olmadan"*) yahut ancak aynı bildiri yapan devletlerin kendileriyle ilgili uyuşmazlıkları Divan önüne getirebilmelerini (*"karşılıklılık"*) kabul ederler. Netice itibarıyla Yücel Acer'in bu açıklamasının farklı sebeplere dayanan çekincelerin öne sürülmesine temel teşkil etmesi kanımızca pek mümkün değildir. Belirttiğimiz gibi, burada istisnayı ve kuralı belirlerken yapılacak bir tercih söz konusudur ve bizim düşüncemiz bir kere tek taraflı bildirimde bulunmayı tercih eden devlet açısından çekincelerin istisna olarak yorumlanmasını öngören ilk görüşe daha yakındır. Hatta, Yücel Acer tarafından da alıntılanan *"hiçbir koşula bağlı olmadan yapılabileceği gibi..."* ifadesi de aslolanın koşulsuz bildirim olduğu görüşünü destekler niteliktedir.

⁴⁵ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin, 11. Baskı, Bursa, 2011, s. 91.

⁴⁶ Acer, s. 14 - 15.

⁴⁷ Acer, s. 14.

⁴⁸ Ibid.

Bu husustaki görüşümüzü bildirdikten sonra devletlerin tek taraflı bildirimlerinde koyacakları çekincelerin uygulamada ne gibi sorunlara yol açabileceği konusuna gelmekteyiz.

Statü Madde 36(2) uyarınca bir bildirim BM Genel Sekreteri'ne ulaştığında bu madde uyarınca bildirim yapan bütün devletler birlikte ve birbirlerine karşı Divan'ın yetkisini kabul etmiş olmaktadır. Bu durumda bu devletler ile UAD arasında bir sözleşme ilişkisi doğduğu düşünülmektedir.⁴⁹ Dolayısıyla Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 19. maddesi uyarınca bu sözleşme ilişkisinde devletlerce koyulan çekincelerin andlaşmanın konu ve amacı ile iyi niyet ilkesine aykırı olmaması icap etmektedir.⁵⁰

Şimdi de çeşitli çekince türlerinin tek taraflı bildirimle Divan'ın yargı yetkisinin tanınmasında nasıl sorunlara yola açabileceğini Yücel Acer'in makalesi doğrultusunda inceleyeceğiz.

a) Mütakabiliyet Çekincesi

Karşılıklılık çekincesinden dolayı uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlardan en önemlisi kendi bildiriminde süre şartına yer vermeyen bir devletin, bildirimindeki karşılıklılık şartına dayanarak, Divan'ın yargı yetkisinin belli süre ile tanındığına veya bildirimimin her an belli bir süre verilmeksizin geri alınabileceğine yer veren bir başka devlet karşısında yetki itirazında bulunup bulunamayacağına ilişkindir.⁵¹ *Nicaragua* davasında Divan, karşılıklılık kavramının bildirim süresi, sona erme veya oluşturulması ile değil, karşılıklı olarak üstlenen yükümlülüklerin kapsam ve konusu ile ilgili olduğuna hükmetmiştir.⁵² Dolayısıyla, bildirim sürelerinin farklılığının karşılıklılık kavramı kapsamında öne sürülerek Divan'ın yargı yetkisinin ortadan kaldırılması söz konusu olmayacaktır. Bu durumun bildirimlerin sözleşme niteliği kapsamında iyi niyet ilkesi ile konu ve maksada aykırı olmama şartları ile uyumlu olduğu düşünülmektedir.⁵³

⁴⁹ Acer, s. 15.

⁵⁰ *Nicaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Paramiliter Faaliyetler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)*, 26 Kasım 1984, UAD Raporları 1984, s. 420-421.

⁵¹ Acer, s. 16 - 17.

⁵² Acer, s. 17.

⁵³ Acer, s. 18.

b) Rationae Temporis (Süre ve Zaman Bakımından) Çekinceler

Uygulamada bazı devletler bildirim tarihinin öncesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar konusunda çekince koymaktadırlar.⁵⁴ Bazı devletler ise daha ileri gitmekte ve aynı zamanda bildirim tarihi öncesindeki olay ve durumlara dayanan uyuşmazlıkları da kapsam dışında bırakmaktadırlar.⁵⁵ Bu çekincelerin kapanmış anlaşmazlıkların nüksetmesini önlemek ve kritik dönemlerde yaşanan sorunların Divan önüne gelmesini engellemek gibi amaçlar güttüğü açık olmakla beraber, uygulamada bu tür çekincelerin kapsamının belirlenmesinde sorunlar ortaya çıkabilmektedir.⁵⁶

Genel olarak Divan'ın zaman bakımından çekinceleri dar yorumladığı görülmektedir.⁵⁷ Dar yorumun sebebi olarak, geniş yorum halinde karşılıklılık ilkesinin de etkisiyle uyuşmazlığın her iki tarafının da zaman bakımından çekinceleri öne sürerek, Divan'ın yargı yetkisini büyük ölçüde sınırlayabileceği gösterilmiştir.⁵⁸ UAD, anlaşmazlığın kendisi ile anlaşmazlığa yol açan gerçek durumların karıştırılmaması gerektiğini vurgulayarak belli bir uyuşmazlığın bildirim tarihinden önce mi sonra mı gerçekleştiğinin belirlenmesinde ilkinin esas alınacağını belirtmiştir.⁵⁹ Öte yandan, hem bildirim tarihinden önce ortaya çıkmış olan uyuşmazlıkları hem de bildirim tarihinden sonra ortaya çıksalar dahi dayandığı olay ve gerçekleri bildirim tarihinden önceye rastlayan bildirimler açısından daha karmaşık bir durum söz konusu olmaktadır.⁶⁰ Bununla ilgili olarak da UAD, hakka kaynaklık eden durum ve gerçeklerle soruna kaynaklık eden durum ve gerçekler arasında bir ayrıma gidileceğini ve buna göre karar vereceğini belirtmiştir.⁶¹

c) Rationae Personae (Kişi Bakımından) Çekinceler

Bu tür çekincelerde bildirimde bulunan devletler kendisine karşı bildirimde bulunabilecek olan devletlere ilişkin olarak sınırlama getir-

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Douglas J. Ende, "Reaccepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Proposal For a New United States Declaration", Washington Law Review, Cilt: 61, Temmuz, 1986, s. 1158.

⁵⁶ Acer, s. 18 - 19.

⁵⁷ Interhandel Davası (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri), 21 Mart 1959, UAD Raporları 1959, s. 20-22.

⁵⁸ Ende, s. 1158.

⁵⁹ Acer, s. 19.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

mektedir⁶². En sık ortaya çıkış biçimlerinden bir tanesi Divan'ın yargı yetkisini kabul eden devletin bildirimini müteakip 12 ay veya daha kısa bir süre içerisinde bildirimde bulunan devletlerle ilgili uyuşmazlıkların kapsam dışında bırakılmasıdır.⁶³ Böylelikle, bazı devletlerin keyfi olarak Divan'ın yargı yetkisini tanıyarak halihazırda 36(2) kapsamında bildirimde bulunmuş bir devleti mahkeme önüne çıkarma çabaları engellenmektedir.⁶⁴ Bir başka deyişle, Divan'ın yargı yetkisini tek taraflı bir bildirim ile kabul eden devlet, hazırlanma fırsatı bulmadan başka bir devlet tarafından mahkeme önüne çekilme riskini bertaraf etmektedir.⁶⁵ Bir başka örnek olarak, İngiltere'nin İngiliz Milletler Topluluğu ("*Commonwealth*") üyesi ülkelerle olan uyuşmazlıklarını UAD'nin yargı yetkisi kapsamının dışında bırakmasıdır⁶⁶. Doktrinde kişi bakımından konulan çekinceler ile ilgili ciddi bir tartışma yaşanmamaktadır.

d) *Rationae Materiae (Konu Bakımından) Çekinceler*

Devletler bildirimde bulunurken belli konulara ilişkin sınırlamaların Divan'ın yargı yetkisi kapsamına girmeyeceğini düzenleyebilirler. Bu konuda herhangi bir sorun çıkmamaktadır.⁶⁷ Yunanistan ve Türkiye arasındaki kıta sahanlığına ilişkin olan *Ege Kıta Sahaneliği*⁶⁸ davasında Divan, Yunanistan'ın 1925 tarihli Genel Senetle UAD'nin yargı yetkisini tanıdığını belirttiikten sonra ülkesel haklara ilişkin uyuşmazlıkları saklı tuttuğunu tespit ederek yetkisizlik kararı vermiştir.⁶⁹ Bu konudaki sorun Divan'ın yargı yetkisine ilişkin olarak birbiri ile çelişki halinde birden fazla irade açıklandığında ortaya çıkmaktadır.⁷⁰ Varsayalım ki A Devleti, deniz hukukuna ilişkin bir anlaşma ile bu anlaşmanın yorumlanması ve uygulanması ile ilgili hususlardan doğan uyuşmazlıkların UAD nezdinde çözüleceğini kabul etmiş olsun. Daha sonra tek taraflı bir bildirim yaparak Divan'ın yargı yetkisini deniz hukukundan doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere kabul etti-

⁶² Ende, s. 1158.

⁶³ Acer, s. 20.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Acer, s. 20.

⁶⁶ Ende, s. 1158.

⁶⁷ Acer, s. 21.

⁶⁸ Ege Denizi Kıta Sahaneliği (Yunanistan v. Türkiye), UAD Raporları 1978, s. 3-45.

⁶⁹ Acer, s. 21.

⁷⁰ Ibid.

ğinde Divan'ın yargı yetkisine nasıl karar vermek gerekecektir? Bizim de katıldığımız görüşe göre, sorunun iyi niyet kuralları çerçevesinde çözülmesi mümkündür.⁷¹ Aslen, bahsi geçen devletin iki irade beyanı da geçerlidir, ancak ikincisinin iyi niyet kuralları gereği olarak deniz hukuku sözleşmesine taraf devletlere uygulanmaması gerekecektir.⁷² Bu sözleşmenin tarafı olmayan ülkelere karşı ise tek taraflı bildirim geçerli olacağını kabul etmek makuldür.

Bununla birlikte, devletlerin iç hukuku kapsamında kalan konuları da Divan'ın yargı yetkisi dışında kalacağına dair çekinceler öne sürdükleri görülmektedir.⁷³ Bu tür çekincelerin bir özelliği de bir konunun o devletin iç hukukuna dahil olup olmadığına devlet tarafından karar verileceğinin belirtilmesidir. Doktrinde bu tür çekincelere "Connally Çekincesi" adı verilmekte olup,⁷⁴ bunların ne derece geçerli olduğu tartışmalıdır.⁷⁵ Bununla birlikte, Divan'ın dolaylı yoldan da olsa bu tür çekincelere geçerlilik sağladığı görülmektedir.⁷⁶ Bu tür çekincelerin tartışmalı olmasının ana sebebi UAD Statüsü'nün 36. maddesinin 6. fıkrasında bir uyumsuzluğa ilişkin olarak yetkili olup olmadığına Divan'ın kendisinin karar vereceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Buna dayanarak, bu tür çekincelerin geçerliliğinin Divan tarafından değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir.⁷⁷ Kanımızca, bu düşünce yerindedir. Nitekim, normatif geçerlilik ilişkisi açısından değerlendirme yapıldığında da tek taraflı bildirimlerde çekincelere yer verilebilmesi, UAD Statüsü'nden kaynaklanmakta, bu tür çekinceler geçerliliğini Statü'den almaktadır. Dolayısıyla, Statü, tek taraflı bildirimlerin geçerlilik şartını düzenleyen bir üst norm niteliğindedir. Alt norm konumundaki tek taraflı bildirimlerin üst norm konumundaki Statü'nün Divan'a münhasır olarak kendi yetkisi hakkında karar verme gücü tanıyan maddesine aykırı olması mümkün değildir.

⁷¹ Acer, s. 22.

⁷² Ibid.

⁷³ Ende, a.g.e., s. 1158.

⁷⁴ Susan W. Tiefenbrun, "The Role of the World Court in Settling International Disputes: A Recent Assessment", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, Cilt: 20, Kasım 1997, s. 11.

⁷⁵ Ende, s. 1159.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Interhandel Davası (İsviçre v. Amerika Birleşik Devletleri), 21 Mart 1959, UAD Raporları 1959, Yargıç Lauterpacht'ın Muhalefet Şerhi, s. 111-119.

e) Bildirimlerin Geri Alınması Sorunu

Devletlerin tek taraflı bildirimlerinde bildirimün geçerlilik süresi veya geri alınması söz konusu olduğunda, bu yönde bir irade açıklamasının tespitinden itibaren ne kadar sürenin geçmesi ile etkili olacağına dair bir ifade bulunmadığı durumlarda bu bildirimlerin derhal ve gecikmeksizin geri alınabileceğini mi kabul etmek gerekmektedir? UAD içtihadına göre böyle tek taraflı bildirimlerin hemen etkili olacak şekilde geri alınması iyi niyet ilkesine aykırı olacağı için mutlaka makul bir ön bildirim süresinin öngörülmesi gerekmektedir.⁷⁸ Öncelikle doktrinde savunulan ve uluslararası sözleşmeler açısından geçerli olan ilkelerin kıyas yoluyla uygulanması ile ulaşılan⁷⁹ bu görüş, Divan tarafından benimsenmiştir⁸⁰. Aynı zamanda, aksi bir varsayımın her devlete, sakıncalı bulunan hallerde bildirimini derhal geri çekme olanağı vereceği ve çekişmeli yargı sisteminin uygulanmasını neredeyse imkansız kılacağı için Statü'nün 36. maddesinin amacına aykırı olacağı da düşünülmektedir.⁸¹

4. Forum Prorogatum

Bir devletin Divan'a bir uyuşmazlıkla ilgili başvuruda bulunduğu durumların bazılarında karşı tarafın Divan'ın yargı yetkisini dolaylı yoldan kabul ettiği sonucuna varılabilmektedir.⁸² Bu durumda bir taraf diğer tarafı mahkeme önüne çekmeye çalışmaktadır.⁸³ İşte Divan'ın yargı yetkisinin bu şekilde dolaylı olarak tanınmasına *forum prorogatum* veya "ertelenmiş yargı yetkisi"⁸⁴ adı verilmektedir.⁸⁵ Bu yöntem UAD Statüsünde veya İctüzüğünde yer almamaktadır ve Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ("USAD") ve Divan'ın içtihadı neticesinde geliştirilmiştir.⁸⁶ Buna karşın Divan İctüzüğü'nün 38. maddesinin 5. fıkrası

⁷⁸ Acer, s. 25.

⁷⁹ Ilene R. Cohn, "Nicaragua v. United States: Pre-Seisin Reciprocity and the Race to The Hague", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 46, Yaz - 1985, s. 721.

⁸⁰ Matthew Lister, "The Legitimizing Role of Consent in International Law", *Chicago Journal of International Law*, Cilt: 11, Kış-2011, s. 689-690.

⁸¹ Claud Humphrey Meredith Waldock, "Decline of the Optional Clause", *British Yearbook of International Law*, Cilt: 32, 1955-1956, s. 243'ten aktaran Acer, s. 25.

⁸² Boas, s. 359.

⁸³ Pazarıcı, s. 474.

⁸⁴ Boas, s. 359. bkz. "prorogated jurisdiction".

⁸⁵ Pazarıcı, s. 474.

⁸⁶ Pazarıcı, s. 475.

sında şu şekilde bir ibare yer almakta ve bu ibarenin *forum prorogatum* temel oluşturduğu ileri sürülmektedir.⁸⁷

“Başvuru sahibi Devlet Divan’ın yargı yetkisinin aleyhinde başvuru yapılan Devlet’in rızasına dayalı olarak kurulmasını teklif ettiğinde, başvuru bu Devlet’e iletilecektir. Ancak, aleyhinde başvuru yapılan Devlet Divan’ın yargı yetkisine bu dava bakımından rıza göstermedikçe Genel Liste’ye kaydedilmeyecek veya dava ile ilgili herhangi bir işlem yapılmayacaktır.”⁸⁸

Öten yandan, İctüzüğü’nün 38(5) maddesi aleyhine başvuru yapılan tarafın açık rızasını aradığı için, bu maddenin aslen *forum prorogatum* yolunun uygulanabilirliğini zayıflatan bir unsur olduğunu iddia eden yazarlar da vardır.⁸⁹

Bunun yanında, UAD İctüzüğü madde 40 ile Divan’ın yargı yetkisinin önceden kabul edilmediği durumlarda avukat atamanın *forum prorogatum* teşkil edeceğinin üstü kapalı biçimde belirtildiği ileri sürülmektedir.⁹⁰ İctüzüğü’nün 40. maddesinin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

“2. Bir başvuru ile işlemlerin başlatılması halinde, başvuru sahibinin avukatı belirtilecektir. Bu başvurunun onaylı bir nüshasını alması üzerine veya olabildiğince çabuk şekilde aleyhinde başvuru yapılan Devlet de Divan’a avukatının ismini bildirecektir.”⁹¹

Aşağıda bu iki maddenin ve genel olarak *forum prorogatum*un ne derece Statü’ye ve İctüzüğe uygun olduğu tartışılacaktır.

Divan’ın içtihadı incelendiğinde belli başlı şu durumlarda *forum prorogatum* yolu ile Divan’ın yargı yetkisinin kabul edildiğine karar verildiği görülmektedir: 1) Karşı taraf tarafından Divan’a verilen dilekçede uyuşmazlığa ilişkin yetkisinin kabul edildiğinin bildirilmesi, 2) Davanın esasına ilişkin sorunların Divan nezdinde cevaplanması veya esasa ilişkin karar alınmasına karşı çıkılmaması, 3) Divan’ın yetkisizliğinin öne sürülmemesi veya yetkisizlik savından vazgeçilmesi.⁹²

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ İngilizce metin için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&>, Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015

⁸⁹ Boas, s. 359.

⁹⁰ Pazarcı, s. 475.

⁹¹ İngilizce metin için bkz. <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&>, Erişim Tarihi: 19 Ocak 2015.

⁹² Pazarcı, s. 475.

*Korfu Kanalı Davası*⁹³ forum prorogatumun Divan içtihadındaki ilk örneğidir. Bu davada, Güvenlik Konseyi iki devlet arasındaki Korfu Kanalına ilişkin uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı'na taşınması yönündeki danışma görüşü üzerine Birleşik Krallık Divan'a başvurmuştur⁹⁴. Her ne kadar Arnavutluk, Birleşik Krallık'ın tek taraflı başvurusu ile Divan'ın yetkilendirilemeyeceğini iddia etmişse de, Güvenlik Konseyi'nin kararına uyma niyetinde olduğunu vurgulayarak Divan'ı yetkilendirmeyi kabul ettiğini belirtmiş; Divan da bu yetkilendirmeyi "açık rıza" olarak yorumlayarak rızanın hangi şekilde verileceğine dair şekli bir şartın bulunmadığını belirttikten sonra söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir⁹⁵.

Forum Prorogatum yönteminin belli başlı avantajları olduğu öne sürülmüştür. Buna göre, bu avantajlardan en önemlisi Divan'ın gerçekten yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunu incelemeyi önce aleyhine başvuru yapılan devletin davaya rıza gösterip göstermeyeceğinin beklenmesi ve bu süre zarfında da ihtiyatî tedbire hükmedilebilmesidir.⁹⁶ İhtiyatî tedbir kararının mahiyeti ve Divan'ın bu husustaki yetkisine aşağıda kısaca değinilecektir.

Yukarıda Divan'ın çekişmeli yargı yetkisinden bahsederken özünde rıza unsurunun yattığını belirtmiştik. Doalyısıyla, uluslararası hukukta aslolan Divan'ın yetkisizliği, istisna olan ise yetkili olmasıdır. Bu sebeple, öncelikle belirtilmelidir ki Divan'ın yargı yetkisi ile ilgili hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir.

UAD Statüsü'nün 36(6) maddesi "*Divan'ın yetkili olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Divan karar verir.*" demektedir. Dolayısıyla, Divan'ın yetkisizliğinin ancak taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğu durumlarla sınırlı olduğu düşünülebilir. Burada dar veya geniş yoruma imkan tanıyan bir belirsizlik olduğunu söylemek zordur. Bu sebeple de Statü'nün 36(6) maddesinin taraflar ara-

⁹³ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 4-169.

⁹⁴ Rauf Versan, "Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 769.

⁹⁵ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 16-29.

⁹⁶ Boas, s. 359.

sında yetkiye ilişkin bir uyumsuzluk olmadığı durumlarda Divan'ın yetkili olacağı yönünde yorumlanması kanımızca mümkündür. Statü yetki hususunun Divanca re'sen incelenmesi gerektiğini belirtmemiştir. Dolayısıyla da *forum prorogatum*a açık kapı bıraktığı düşünülebilir. Ancak, UAD İçtüzüğü'nün 38(5) maddesi de incelendiğinde, Statü'nün 36(6) maddesinin *forum prorogatum*a zemin hazırlamaktan ziyade, yetki veya yetkisizlik konusunda nihai kararı verecek olanın Divan olduğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla, bu hükmün *forum prorogatum* uygulamasına ne derece izin verdiği kanımızca tartışmalıdır.

Yukarıda UAD İçtüzüğü'nün 38(5) maddesi kapsamında Hüseyin Pazarcı ile Gideon Boas arasında bir görüş ayrılığı bulunduğunu belirtmiştik. Hüseyin Pazarcı bu maddenin *forum prorogatum*a izin veren bir uygulanam olduğunu söylerken, Gideon Boas aksini iddia etmekte ve aleyhine dava açılan devletin açık rızasının aranmasının *forum prorogatum* uygulamasını sınırlandıracağını belirtmekteydi. Yine, istisnaların dar yorumlanması ilkesinden yola çıkarak, bu maddenin yalnız ve yalnız aleyhine dava açılan devletin Divan'ın yargı yetkisine açıkça rıza gösterdiği durumlarda UAD'nın yetkili olacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu yorum doğrultusunda hareket ederek uygulamada *forum prorogatum*un kabul edildiği üç durumu ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

İlk durumda aleyhine dava açılan devlet cevap dilekçesinde Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini belirtmekteydi. Bu durumda devletin açık rızasının ortaya konduğu kabul edilebilir ve UAD'nın yargı yetkisinin doğduğu söylenebilir. *Korfu Kanalı Davası*⁹⁷ *forum prorogatum*un Divan içtihadındaki ilk örneğidir ve devlet tarafından açık rıza verilmesi haline örnek gösterilebilir. Bu davada, Güvenlik Konseyi iki devlet arasındaki Korfu Kanalına ilişkin uyumsuzluğun Uluslararası Adalet Divanı'na taşınması yönündeki danışma görüşü üzerine Birleşik Krallık Divan'a başvurmuştur⁹⁸. Her ne kadar Arnavutluk, Birleşik Krallık'ın tek taraflı başvurusu ile Divan'ın yetkilendirilemeyeceğini iddia etmişse de, Güvenlik Konseyi'nin kararına uyma niyetinde olduğunu vurgulayarak Divan'ı yetkilendirmeyi ka-

⁹⁷ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 4-169.

⁹⁸ Versan, s. 769.

bul ettiğini belirtmiş; Divan da bu yetkilendirmeyi "açık rıza" olarak yorumlayarak rızanın hangi şekilde verileceğine dair şekli bir şartın bulunmadığını belirterek söz konusu uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir⁹⁹. Açık rıza yoluyla Divan'ın yetkilendirilmesini örneklendiren bir başka dava da Cibuti ve Fransa arasındaki *Cezaî Hususlarda Ortak Yardımlaşma Hakkında Belirli Sorular*¹⁰⁰ Davasıdır¹⁰¹. Bu davada da, *Korfu Kanalı* Davasına benzer şekilde, Cibuti'nin başvurusu üzerine, Divan'ın yargı yetkisi, Fransa tarafından açıkça kabul edilmesi ile tesis edilmiştir.

Buna karşın, aleyhinde dava açılan devletin davanın esasa ilişkin sorunları Divan nezdinde cevaplaması ve esasa ilişkin karar alınmasına karşı çıkmamasının ne derecede açık rıza teşkil ettiği şüphelidir. Aleyhine dava açılan devlet yetki konusunda rıza gösterdiğinin esasa ilişkin yaptığı savunma ile yahut da esasa ilişkin birtakım sorulara açıklık getirmesi ile kabul edilmesi, kanımızca İttüzüğün 38(5) maddesinin dar yorumlanması gerektiği gerçeği ile çelişmektedir.

Üçüncü durumda ise aleyhinde dava açılan devlet yetki itirazında bulunmamaktadır. Bu durumun devletin rızasının varlığı yönünde yorumlanması ise kanımızca açıkça İttüzüğün 38(5) maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Maddede aranan koşul, dava sürecinin devam edebilmesi için devletin rıza göstermesidir. Dolayısıyla dava yetkisinin doğması için aleyhine dava açılan devletin rızası olumlu şart teşkil etmektedir. Ancak bu şartın varlığı halinde dava süreci devam edebilecektir. Buna karşın, devletin Divan'ın yetkisiz olduğuna dair itirazda bulunmamasının rıza olarak yorumlanması açıkça İttüzük madde 38(5)'in dar yorumlanması ilkesine aykırıdır. Bu yorum ilkesinin kabul edilmediği durumlarda bile bu üçüncü yol ile İttüzüğün 38(5) maddesinin amacının örtüşmediği görülecektir. Madde metni uluslararası hukukta devletlerin uluslararası bir mahkemenin yargı yetkisine tâbi olmasının istisna olduğu ve devletin rızasını gerektireceği yönündeki genel düşünce doğrultusunda hazırlanmıştır. Dolayısıyla yetki itirazında bulunulmamasının yargı yetkisinin kabulü sonucunu do-

⁹⁹ Korfu Kanalı Davası (Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı v. Arnavutluk), 25 Mart 1948, UAD Raporları 1948, s. 16-29.

¹⁰⁰ İng. "Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters".

¹⁰¹ Cezai Hususlarda Ortak Yardımlaşma Hakkında Belirli Sorular (Cibuti v. Fransa), UAD Raporları 2008, s. 177-247.

ğurması bu maddenin maksadı ile bağdaşmamaktadır. Bu durum ile Statü'nün 36(5) maddesini birlikte değerlendirecek olursak, Statü'nün 36(5) maddesinde yetkiye ilişkin itirazlar hakkında Divan'ın karar vereceğinin düzenlendiği, fakat yetkiye ilişkin bir itirazın bildirilmediği her durumda Divan'ın yetkili kabul edilemeyeceğini anlamaktayız.

Yukarıdaki yorum kuralından yola çıkarak İtüzüğü'nün 40. maddesinin *forum prorogatum*a hiçbir şekilde işaret etmediğini belirtmek yerinde olacaktır. Madde metnine bakıldığında Divan'ın yargı yetkisine ilişkin doğrudan veya dolaylı bir hüküm bulunduğunu söylemek zordur. Burada zımnen Divan'ın yargı yetkisinin aleyhinde dava açılan tarafın avukat ataması ile kabul edileceği ifade edilmiş olsa dahi, Divan'ın yargı yetkisinin bu derece geniş yorumlanması yukarıda açıkladığımız istisnaların dar yorumlanması ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Divan'ın çekişmeli yargı yetkisini yukarıda inceledikten sonra çekişmeli yargı yetkisi ile alakalı iki hususa kısaca yer vermek istiyoruz. Bunlar üçüncü tarafın görülmekte olan davaya müdahil olması, ihtiyatî tedbir kararı alma konusunda Divan'ın yetkisi ile Divan kararlarının bağlayıcılığı ve uymamaya bağlanan yaptırımlardır.

5. Üçüncü Devletin Müdahalesi

UAD Statüsü görülmekte olan bir davada Divan tarafından verilecek bir kararın hukukî menfaatini etkileyebileceği devletlere müdahil olma hakkı tanımıştır.¹⁰² Statü'nün 62. maddesi şöyle demektedir: "1. Bir devlet bir uyuşmazlıkta kendisi bakımından hukuksal nitelikte bir çıkarın söz konusu olduğunu görürse, davaya katılmak amacıyla Divan'a başvurabilir. 2. Bu istemi karara bağlamak Divan'a düşer." Bu ilk tür müdahale ihtiyarî müdahale ("*arbitrary intervention*") olarak adlandırılmaktadır.¹⁰³

Bunun yanında, uyuşmazlık bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasına ilişkin ise bu anlaşmaya taraf diğer ülkelerin de davaya müdahil olma hakkı bulunmaktadır.¹⁰⁴ Bu ikinci tür müdahaleye ise

¹⁰² Pazarıcı, s. 475. Boas, s. 358.

¹⁰³ J. M. Ruda, "Intervention Before the International Court of Justice", Fifty Years of the International Court of Justice, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 487.

¹⁰⁴ Hans - Jürgen Schlochauer, "International Court of Justice", Encyclopedia of Public International Law, North Holland, Amsterdam, 1981, s. 82.

hak dolayısıyla müdahale ("*intervention as of right*") adı verilmektedir.¹⁰⁵ Bu konuyla ilgili Statü'nün 63. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Uyuşmazlığın taraflardan başka devletlerin de katıldığı bir andlaşmanın yorumlanması sözkonusu olduğu zaman, Yazman¹⁰⁶ bu devletlere hemen durumu bildirir. 2. Kendisine duyuruda bulunulan her devlet yargı sürecine katılma hakkına sahiptir; ancak bu hakkı kullanırsa, yargının varacağı hüküm o devlet için de aynı ölçüde bağlayıcı olur."

Görüldüğü gibi iki tür müdahale arasında şartları ve sonuçları arasında belli başlı farklılıklar bulunmaktadır.¹⁰⁷ Statü'nün 62. maddesi uyarınca gerçekleştirilmek istenen bir müdahalede müdahaleci tarafın hukukî menfaatlerinin etkilenip etkilenmeyeceği hususuna Divan karar vermekteyken 63. madde uyarınca gerçekleştirilmek istenen bir müdahale konusunda bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Divan içtihadına göre 62. madde uyarınca gerçekleştirilen bir müdahale başvurusuna ilişkin olarak sınırsız ve genel bir takdir yetkisine sahip olmadığını düşünmektedir.¹⁰⁸

Statü'nün 62. maddesi kapsamındaki müdahaleye ilişkin olarak Divan İçtüzüğü'nün 81. maddesi de incelenmelidir. Bu madde, konuyla ilgili geniş Statü hükmünü detaylandırmakta ve başvurular için belli şartlar belirlemektedir. Bu bağlamda, özellikle İçtüzüğün 81/2 maddesi önem arz etmektedir. Buna göre, başvuru sahibi devlet, a) devletin davadaki karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukukî menfaatini, b) müdahalenin tam olarak neye ilişkin olduğunu belirtmeli ve c) taraf devletler ile arasında ihtilaf olduğunu göstermelidir.

Ayrıca, Divan'ın kararı 63. madde uyarınca müdahalede bulunan devletler için bağlayıcı iken ilk durumdaki devletler için bu bağlayıcılık bulunmamaktadır. Müdahale talebi kabul edilen bir devlet uyuşmazlığın tarafı haline gelmemektedir ve bu devletin *ad hoc* yargıç atama hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Bunun gerçekleşmesi ancak dava

¹⁰⁵ Ruda, s. 487.

¹⁰⁶ Bkz. İng. "Registrar".

¹⁰⁷ Schlochauer, s. 82.

¹⁰⁸ Ruda, s. 488.

¹⁰⁹ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 19.

taraflarının mutabakatı ile mümkündür.¹¹⁰ Statü'nün 62. maddesi uyarınca müdahalede bulunan bir devlet bu şekilde davanın tarafı haline gelirse Divan kararının onu da bağlayacağı aşikardır.

6. İhtiyatî Tedbir Kararı

UAD Statüsü'nün 41. maddesi “*Divan durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin haklarını korumak için hangi geçici önlemlerin alınması gerektiğini belirtme yetkisine sahiptir.*” demek suretiyle iç hukuktaki ihtiyatî tedbir uygulamasını benimsemiştir.¹¹¹ Divan içtihadının gösterdiği üzere telafi edilmesi mümkün olmayan zararların doğabileceği durumlarda ihtiyatî tedbir kararı verilebilir ve bu karar tarafları bağlayıcı niteliktedir.¹¹² Bunula birlikte, ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi için UAD'nın yetkili olduğuna karar vermesi gerekmemektedir. Ancak, Divan içtihadına göre, ihtiyatî tedbir kararına hükmedilebilmesi için UAD'nın en azından *prima facie* olarak yetkili olduğuna kanat getirmesi gerekmektedir.¹¹³ Birçok durumda Divan öncelikle ihtiyatî tedbir kararı vermiş ancak ardından yetkisizliğine hükmetmiştir.¹¹⁴ Divan İctüzüğü'nün 75(1) maddesi uyarınca ihtiyatî tedbirlerin gerekip gerekmediğini *proprio motu* değerlendirmeye yetkilidir.¹¹⁵ Ancak, belirtilmelidir ki ihtiyatî tedbir kararı BM Şartı'nın 94. maddesi kapsamında bir UAD kararı olarak değerlendirilmemektedir ve dolayısıyla da aşağıda göreceğimiz gibi bu karara uymamak Güvenlik Konseyi yaptırımına tabi olmamaktadır.¹¹⁶ Yine de bu kararlara uyulmaması tazminat yükümlülüğüne yol açabilmektedir.¹¹⁷ Yine, UAD İctüzüğü'nün 75(2) maddesi uyarınca Divan taraflarca istenen ihtiyatî tedbirlerle sınırlı değildir ve başka önlemlerin alınmasını da talep edebilir.¹¹⁸

¹¹⁰ Ibid.; Ruda, s. 501.

¹¹¹ Boas, s. 362.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Shigeru Oda, “Provisional Measures: The Practice of the International Court of Justice”, *The Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998, s. 549.

¹¹⁴ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 17.

¹¹⁵ Pazarıcı, s. 478.

¹¹⁶ Bkz. UNCTAD belgesi, s. 18.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Pazarıcı, s. 478.

7. UAD Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yaptırım

UAD Statüsü'nün 59. maddesi "*Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır*" demek suretiyle davanın taraflarıyla sınırlı şekilde de çekişmeli yargı yetkisi kapsamındaki kararların bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır ve bu durumun *stare decisis* ilkesinin uygulanmadığı UAD için uygun olduğu söylenebilir.¹¹⁹ UAD, aynı hususta farklı taraflar arasındaki bir dava söz konusu olduğunda önceki kararıyla bağlı olmayacağından, davadaki kararın taraflar dışındaki devletleri bağlaması mantıksız olurdu. İhtiyatî tedbir kararlarının da aynı şekilde davanın taraflarını bağladığı, ancak bu kararların Güvenlik Konseyi kapsamında yaptırımının bulunmadığı yukarıda belirtilmişti.

UAD kararlarına uymamanın yaptırımı içinse BM Şartı'nın 94(2) maddesine bakılmalıdır. Madde metni aşağıdaki gibidir:

"Bir uyuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, öbür taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir Konsey de gerekli görürse, hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir."

Dolayısıyla, bir UAD kararının taraflardan biri tarafından uygulanmadığı durumlarda diğer tarafın Güvenlik Konseyi'ne başvurma imkanı bulunmaktadır. Güvenlik Konseyi de takdir yetkisi dahilinde kararın uygulanması için tavsiyelerde bulunacak veya belirli önlemlerin alınmasına karar verecektir.¹²⁰ Bu çerçevede verilen kararların VI. Bölüm kapsamında alınan ve bağlayıcılığı olmayan kararlar olduğunu vurgulamakta fayda vardır.¹²¹ Bu durum UAD kararlarının bağlayıcı niteliğinin sorgulanmasına sebep olmuştur. Yaptırımı bağlayıcı olmayan bir kararın bağlayıcı olduğundan bahsetmek ne derece mümkündür? Gideon Boas'ın bu konudaki gözlemi çekişmeli yargı yetkisi kapsamındaki kararlara uyulan durumlar kadar uyulmayan durumların da olduğu, ancak ihtiyatî tedbir kararlarına uyumun daha düşük olduğu yönündedir.¹²²

¹¹⁹ Boas, s. 363.

¹²⁰ Schlochauer, s. 85.

¹²¹ Ibid.

¹²² Boas, s. 363.

Bu kısmın tamamlanmasıyla birlikte UAD'nın çekişmeli yargı yetkisi ile ilgili planladığımız tartışmalara yer vermiş bulunuyoruz.

II. Danışma Görüşü Verme Yetkisi

Danışma görüşü *“bir soru veya konunun otoriter ancak bağlayıcı olmayan bir şekilde açıklanması”* olarak tanımlanmaktadır.¹²³ Bu görüşler her ne kadar bağlayıcı olmasalar da uluslararası hukukun gelişiminde önemli rol oynamaktadırlar.¹²⁴ Bu sebeple de UAD'nın yargı yetkisinin incelenmesinde danışma görüşü verme yetkisinin dışarıda bırakılması düşünülemezdi.

A. Hukukî Kaynağı

Danışma görüşü verme yetkisi USAD zamanındaki başarılı uygulanmasından sonra San Fransisco Konferansında genişletilerek UAD bünyesinde muhafaza edilmek istenmiştir.¹²⁵ Divan'ın danışma görüşü verme yetkisi BM Şartı ve UAD Statüsü'nden kaynaklanmaktadır. Divan önünde devlet dışındaki varlıklar davaların tarafı olmadığı için BM örgütünün aslî organlarına ve kimi uzmanlık kurumlarına UAD'ndan danışma görüşü isteme yetkisi verilmiştir.¹²⁶ Bu yeki BM Şartı'nın 96. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni aşağıdaki gibidir:

“1. Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi herhangi bir hukuksal sorun konusunda Uluslararası Adalet Divanı'ndan görüş isteyebilir. 2. Genel Kurul'ca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm öteki Birleşmiş Milletler organları ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanları içinde karşılıklarına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilirler.”

Öte yandan, UAD Statüsü'nün 65. maddesi de Divan'ın BM sistemi içerisinde yetkilendirilmiş olan organ ve kuruluşların isteği üzerine

¹²³ Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, s. 29'dan aktaran Mahasen M. Aljaghoub, *Advisory Function of the International Court of Justice*, Springer, Leipzig, 2006, s. 12.

¹²⁴ Aljaghoub, s. 12.

¹²⁵ Aljaghoub, s 1.

¹²⁶ Pazarıcı, s. 475.

herhangi bir hukukî sorun hakkında danışma görüşü verebileceğini düzenlemektedir.¹²⁷

B. *Rationae Personae* (Kişi Bakımından Yetki)

BM Şartı madde 96(1) incelendiğinde Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulu'un bizzat BM Şartı tarafından danışma görüşü isteme hususunda yetkili kılındığını görmekteyiz.¹²⁸ BM Şartı 96(2) uyarınca ise Genel Kurul tarafından yetkili kılınan diğer organlar ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanlarında ortaya çıkan hukukî sorunlarla ilgili danışma görüşü isteyebilmektedir.¹²⁹ BM Şartı'nın 47. maddesinde ihtisas kuruluşları "Hükümetlerarası anlaşmalarla kurulan ve kendi kuruluş belgeleri gereğince ekonomik, sosyal, kültürel alanlarla eğitim ve sağlık alanlarında ve bunlarla ilgili başka alanlarda geniş uluslararası yetkileri bulunan" kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır. Bu kuruluşlar ise BM Şartı 63. madde uyarınca BM'ye sözleşmelerle bağlanacaktır. Bu şekilde yetkilendirilen organ ve ihtisas kuruluşlarından bazıları şunlardır: Ekonomik ve Sosyal Konsey, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Uluslararası Para Fonu, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü, Gıda ve Tarım Örgütü ile Uluslararası Mülteci Örgütü'dür.¹³⁰

İhtisas kuruluşlarının Genel Kurul tarafından yetkilendirilmesi, BM ile bu kuruluşlar arasında imzalanan anlaşmalarla gerçekleştirilmiştir.¹³¹ Bu durumda Genel Kurul'un tek taraflı olarak tanıdığı bu yetkiyi geri alıp alamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.¹³² Genel Kurul'un alt komitelerinden Hukuk Komitesi bu hususta Genel Kurul'u yetkili görmüştür; ancak, bu şekilde sözleşmenin BM tarafından ihlal edilmesi söz konusu olabilir.¹³³ Kanımızca, ihtisas kuruluşlarıyla akdedilen sözleşmelerde Genel Kurul'un bu yetkiyi tek taraflı olarak geri alabileceği düzenlenmemişse, BM Şartı'nda da bu tür bir durumun düzen-

¹²⁷ Aljaghoub, s. 1.

¹²⁸ F. Baline Sloan, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 31 Aralık 1950, s. 832-833.

¹²⁹ Pazarıcı, s. 475.

¹³⁰ Sloan, s. 834.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

lenmediğini göz önünde bulundurursak, bu yetkinin geri alınması sözleşme ihlali teşkil edecek ve BM'in sorumluluğu doğacaktır. Her sözleşmenin içeriği ve mahiyetine göre ayrı yorum yapmak gereklidir.

Bununla birlikte devletlerin de danışma görüşü isteyebilmesi için yapılan bir öneri San Fransisco Konferansında reddedilmiştir.¹³⁴ Bunun sebebi ise devletlerin BM organları aracılığıyla bu görüşü isteme olanağının bulunmasıdır, ancak elbette mevcut durumda son kararı verecek olan merci söz konusu BM organı veya ihtisas kuruluşu olacaktır.¹³⁵ Son olarak her ne kadar belli sorunların aydınlatılması açısından BM Genel Sekreteri'nin danışma görüşü isteme konusunda yetkilendirilmesinin faydalı olacağı düşünülmüşse de mevcut durumda doğrudan bu tür bir yetki söz konusu değildir.¹³⁶

C. *Rationae Materiae* (Konu Bakımından Yetki)

BM Şartı'nın 96(1) maddesinin lafzına bakıldığında Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin danışma görüşü isteme yetkisinin "herhangi bir hukukî sorun" üzerine olduğu, fakat Genel Kurul tarafından yetkilendirilecek diğer organ ve kuruluşların kendi çalışma alanları içinde çıkan sorunlarla ilgili görüş isteyebileceği düzenlenmiştir.¹³⁷ Bu durum da Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisi sınırsızken, diğer organ ve kuruluşlarının sınırlandırıldığı düşüncesine yol açmıştır.¹³⁸ Öte yandan Hans Kelsen, her uluslararası kuruluş ve organ kendi yetkilerini belirleyen hukukî dayanak kapsamında hareket edebileceğinden, BM Şartı'nın 96(1) maddesinin Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisini genişletme maksadı taşımadığını ve BM Şartı 96(2)'de diğer organ ve ihtisas kuruluşları için öngörülen sınırın gereksiz olduğunu, danışma görüşü isteme yetkisinin zaten her organ ve kuruluş için sınırlandırıldığını ifade etmiştir.¹³⁹ Bununla birlikte, katı bir lafzî yorum ilkesinden yola çıkan yazarlar aksi görüşte olup, BM Şartı 96(1)'in Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul açısın-

¹³⁴ Sloan, s. 836.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Sloan, s. 833.

¹³⁷ Aljaghoub, s. 40.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Hans Kelsen, *The law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londra, Steven and Sons, 1951, s 546'dan aktaran Aljaghoub, s. 40 - 41.

dan ulusal düzeyde ortaya çıkan uluslararası hukuk sorunlarına ilişkin olarak dahi danışma görüşü istenmesine cevaz verdiğini belirtmişlerdir.¹⁴⁰ Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul halihazırda konu bakımından geniş bir hareket alanına sahip bulunan organlardır. Özellikle de Genel Kurul açısından bakılacak olursa, belirli bir anda Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan konular dışında, hareket alanı açısından pek de sınırlı değildir. Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan bir konu hakkında Genel Kurul tarafından tavsiyede bulunulmasını yasaklayan BM Şartı'nın 12(1) maddesinin danışma görüşü isteme konusunda da Genel Kurul için bir sınır teşkil ettiği belirtilmiştir.¹⁴¹ Çünkü, Güvenlik Konseyi'nin görüşmekte olduğu bir konu Genel Kurul'un görev konusu bakımından sınırını oluşturacaktır. Bu hususla ilgili bir UAD kararını kısaca işlemeyi hem konunun somutlaştırılması hem de Divan'ın konuya yaklaşımını göstermek bakımından önemli buluyoruz.

İsrail'in Filistin topraklarında duvar inşa etmesi olayıyla alakalı olarak Güvenlik Konseyi'nin konuyla ilgilendiği bir sırada Genel Kurul tarafından UAD'ndan duvarın hukukiliği ile ilgili görüş istenmesine İsrail tarafından BM Şartı'nın 12(1) maddesine dayanılarak karşı çıkmıştır.¹⁴² *Duvar*¹⁴³ danışma görüşü olarak bilinen davada danışma görüşü istenmesinin 12(1) kapsamında bir tavsiyede bulunma olmadığına hükmederek İsrail'in itirazını reddetmiştir.¹⁴⁴

Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi'nin görüşmekte olduğu bir konunun içeriğine ilişkin Genel Kurul tarafından danışma görüşü istenmesinde Divan bir sakınca görmemektedir. Nitekim, BM Şartı'nın 12(1) maddesindeki sınırlandırma, Genel Kurulun kendi organı çevresinde alacağı kararlara ilişkindir. Bu madde Divan'ın hangi konularda danışma görüşü verebileceğine veya Genel Kurul'un hangi konularda danışma görüşü isteyebileceğine ilişkin bir hüküm değildir. Bu durum ayrıca Divan İçtüzüğü'nün 102(2) ve 102(3) maddelerinde de benimsenmiştir.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Aljaghoub, s. 40.

¹⁴¹ Aljaghoub, s. 41.

¹⁴² Aljaghoub, s. 42.; 9 Temmuz 2004 tarihli UAD danışma görüşüne şu adresten ulaşılabilir: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (24.10.2014), s. 16.

¹⁴³ İşgal Altındaki Filistin Topraklarında bir Duvar İnşa Edilmesinin Hukukî Sonuçları, Danışma Görüşü, 9 Temmuz 2004, UAD Raporları 2004, s. 136-203.

¹⁴⁴ Aljaghoub, s. 42

¹⁴⁵ Schweigman, s. 213-214.

UAD'nın konu bakımından danışma görüşü verebilmesi için gereken bir başka şart da sorunun hukukî nitelik taşımasıdır.¹⁴⁶ Özellikle de danışma görüşü taleplerinin politik organlardan geldiği düşünüldüğünde tamamen siyasî unsurlar taşıyan bir danışma görüşü isteminin UAD tarafından reddedilmesi gerekecektir.¹⁴⁷ Bu konuda Divan'ın içtihadı hukukî bir yönü olduğu sürece politik unsurlar içeren bir danışma görüşü isteğini reddetmemek yönündedir.¹⁴⁸ Öyle ki, isteğin lafzı açık olmasa bile UAD yorumuyla bu isteği netleştirip hukukî bir soruna ilişkin olup olmadığını değerlendirebilecektir.¹⁴⁹

Bir başka tartışma konusu ise UAD'nın iki devlet arasında sürmekte olan bir duruma ilişkin danışma görüşü verip veremeyeceği ve bu hususta devletlerin rızasının aranıp aranmayacağı yönündedir. Bu tartışmanın esas kaynağı Milletler Cemiyeti Misakı'nın 14. maddesinde danışma görüşünün herhangi bir hukukî soru veya uyuşmazlık konusunda istenebilirken BM Şartı'nın 96. maddesinde herhangi bir hukukî sorudan bahsedilmesidir.¹⁵⁰ Bu duruma rağmen UAD İçtüzüğü'nün 102. maddesinin 1. paragrafında danışma görüşüne ilişkin olarak BM Şartı'nın 96. maddesi ve UAD Statüsü'nün dördüncü kısmına ilaveten İçtüzüğü'nün hükümlerinin uygulanacağı düzenlendikten sonra ikinci paragrafta şu anlatıma yer verilmiştir:

“Divan ayrıca uygulanabilir gördüğü ölçüde çekişmeli yargı yetkisine ilişkin Statü ve İçtüzük hükümlerinden de yararlanabilecektir. Bu maksatla, her şeyden önce bir danışma görüşü talebinin iki devlet arasında sürmekte olan bir uyuşmazlığa ilişkin olup olmadığını değerlendirecektir.”

Dolayısıyla, Divan İçtüzüğü'nde iki devlet arasında sürmekte olan uyuşmazlıklara ilişkin olarak da danışma görüşü verilebileceği açıkça kabul edilmiştir, meğer ki söz konusu istem tamamen politik karakterli olsun. Sürmekte olan uyuşmazlıklara ilişkin olarak UAD İçtüzüğü'nün 102(3) maddesi Statü'nün 31. maddesinin uygulanacağını belirterek

¹⁴⁶ Aljaghoub, s. 56.

¹⁴⁷ D. W. Gerig, “The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes between States”, ICLQ, Cilt: 15, 1966, s. 339'dan aktaran Aljaghoub, s. 56.

¹⁴⁸ Aljaghoub, s. 57.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Aljaghoub, s. 58.

uyuşmazlığın tarafı olan devletlere danışma görüşü verilmesi sırasında da *ad hoc* yargıç atama imkanı tanımaktadır. İçtüzüğü'nün 102(3) maddesi ise bu çerçevede kıyas yapılmasını olanaklı kılmaktadır.

Sonuç olarak, her ne kadar siyasî hususlarda Divan'ın danışma görüşü vermesinin UAD'nın yargısal rolünü zedeleyeceği ileri sürülmüşse¹⁵¹ de UAD, hukuk kurallarının uygulanması yoluyla aydınlatılabilecek her sorunun hukukî unsur taşıdığını ve danışma görüşü kapsamında kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir.¹⁵² Ancak, isabetle belirtildiği gibi Divan'ın siyasî bir bağlamda gelişen hukukî bir sorunu çözmemenin daha yerinde olacağını düşünerek yargı yetkisini kullanmaktan çekinebilir.¹⁵³ Burada Divan yetkisiz olduğuna karar vermemekte, yalnızca mevcut problemin hukukî kuralların uygulanması ile çözülemeyeceğine karar vermektedir.¹⁵⁴

D. Danışma Görüşü Verme Konusunda UAD'nın Takdir Yetkisi

UAD Statüsü'nün 65. maddesinin lafzı incelendiğinde danışma görüşü verilmesi konusunda UAD'na bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir.¹⁵⁵ Bu durumda UAD öncelikle danışma görüşü konusunda yetkili olup olmadığını inceleyecek ve eğer yetkili olduğu kanaatine varırsa bu yetkisini kullanıp kullanmayacağını takdir edecektir.¹⁵⁶ Bu durumun *Duvar* davası ve *Batı Sahra*¹⁵⁷ davası gibi daha pek çok kararda UAD tarafından da vurgulanmıştır.

Öte yandan, BM'nin temel organlarından birisi olan UAD, kararlarında danışma görüşü isteminin mücbir sebepler olmadıkça reddedilmemesi gerektiğini de vurgulamıştır.¹⁵⁸ *Duvar* danışma görüşünde belirtildiği gibi bu durum UAD'nın BM'in temel organlarından birisi olarak örgütün amacının gerçekleştirilmesine katılma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁹ Ancak, bu konuda içine düşülen bir hata

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Aljaghoub, s. 60.

¹⁵³ Schweigman, s. 265.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Aljaghoub, s. 64.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Batı Sahra, Tavsiye Kararı, 16 Ekim 1975, UAD raporları 1975, s. 12-82.

¹⁵⁸ Aljaghoub, s. 64.

¹⁵⁹ Aljaghoub, s. 65.

UAD'nın mücbir sebepler dışında danışma görüşü vermeyi reddetmesinin bir kural olarak yorumlanmasıdır. Bu hataya düşen yazarlardan birisi olan Yargıç Abi Saab bu sebepten dolayı *Batı Sahra* danışma görüşünde belirtilen Divan'ın yetkili olsa bile danışma görüşü vermeyi reddedebileceği yönündeki ifade ile prensip olarak reddedilmemesi gerektiği yönündeki ifadeyi çelişik bulmaktadırlar.¹⁶⁰ UAD Statüsü'nün 65. maddesi danışma görüşü verilmesi konusunda Divan'a açık bir takdir yetkisi tanımaktadır. *Batı Sahra* görüşünde geçen danışma görüşü isteminin ilke olarak reddedilmemesi gerektiği ibaresi bu husustaki mevcut Divan yargıçlarının politikasını yansıtmaktadır. UAD'nın danışma görüşü istemlerini reddetmemesi yönünde ciltler boyu sürebilecek bir tartışma ortaya konsa bile, *stare decisis* ilkesi UAD bakımından geçerli olmadığı için, yargıçların *Batı Sahra* görüşünde öne sürülen bu "gereklilik" ile bağlı olmadığı aşikardır. Kısacası, UAD'na bu hususta bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hiçbir durumda icra edilmese dahi bu takdir yetkisi Divan'a ait kalacaktır. Belirtmek gerekir ki burada savunulan görüş takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılabilmesi değil, UAD'nın politik sebeplerle yahut halin bir başka gereğine dayanarak danışma görüşü vermeyi reddetmesinin hukukî olduğudur.

E. Danışma Görüşünün Mahiyeti

Bu kısımda danışma görüşlerinin bağlayıcılığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlayıcılık tartışması kapsamında danışma görüşünün BM organlarının kararları üzerinde temyizen inceleme etkisi yaratabileceğini savunan yazarların görüşleri de tartışılacaktır.

Danışma görüşünün "bir soru veya konunun otoriter ancak bağlayıcı olmayan bir şekilde açıklanması" olarak tanımlanabileceğine yukarıda yer vermiştik. Buradan da danışma görüşünün iki önemli niteliği "otoriterlik" ve "bağlayıcı olmama" unsurlarına ulaşmak mümkündür.¹⁶¹ Otoriterlikten kasıt saygı duyulacak bir özellik arz etmesini belirtirken kararların bağlayıcı güce sahip olduğu anlamına

¹⁶⁰ Georges Abi Saab, "On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice", *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, s. 36-51'den aktaran Aljaghoub, s. 66.

¹⁶¹ Sloan, s. 850.

gelmemektedir.¹⁶² Daha ziyade, UAD danışma görüşlerine BM organları ve uluslararası hukukçular tarafından verilen öneme dayanarak bu otoriterlik özelliği kazandırılmıştır.

Tartışmada daha fazla ilerlemeden bir eleştiri sunmayı doğru buluyoruz. Doktrinde her ne kadar danışma görüşleri bağlayıcı olmasa da bağlayıcı kararlara eşit ağırlıkta oldukları iddia edilmektedir.¹⁶³ Kanımızca bu görüşe anlam vermek mümkün değildir. Her ne kadar danışma görüşü de uluslararası hukukta çok değerli bir fonksiyon üstlense de, uyulması zorunlu olan bir kararla bağlayıcılık arz etmeyen bir görüşün aynı hukukî etkiyi uyandıracığını düşünmek anlamlı değildir.

Divan kararlarının Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarının temyizen incelenmesi sonucunu doğurabileceği görüşü hem Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi hem de danışma görüşü verme yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Her iki yargı yetkisine ilişkin olduğu için bu sorunu ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

III. UAD'nın Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Kararlarını Temyizen İnceleme Yetkisi

BM organlarının kararlarının temyizen incelenmesi hususu en güçlü şekilde *Lockerbie* davasında gündeme gelmiştir. Bu davada Divan, Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan hukukun andlaşmalarından doğan diğer bağlayıcı yükümlülüklerden daha üstün olduğuna karar vermiş ve bunu yaparken de Konsey kararlarının temyizen incelenmesi hususunu tartışmıştır.¹⁶⁴ Bu tartışmanın ardından doktrinde UAD'nın diğer BM organları üzerinde yargısal bir denetim kurmaya doğru ilerlediği düşüncesini yaratmıştır.¹⁶⁵ Ancak, burada Divan'ın doğrudan Güvenlik Konseyi kararlarını temyizen inceleyip hukuka uygun olup olmadığına karar verebileceğini belirtmemiştir. Zaten yukarıda işlenen danışma görüşü verme yetkisinin mahiyeti de göz

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Sloan, s. 851.

¹⁶⁴ Kathleen Renee Cronin-Furman, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, Cilt: 106, Sayı: 435, s. 445.

¹⁶⁵ Ibid.

önünde bulundurulduğunda Divan'ın danışma görüşü ile hiçbir organı bağlayamayacağı, dolayısıyla da bağlayıcı karar verme yetkisini haiz olmayan bir mahkemenin temyizen inceleme yapmasının da mümkün olmadığını söylemek mümkündür. Bu husus doktrinde de vurgulanmış bulunmaktadır.¹⁶⁶ BM Şartı'nın 92. maddesinin Divan'ın temyizen inceleme yapabilmesine dayanak oluşturduğu iddia olunmakla beraber¹⁶⁷ Birleşmiş Milletler'in başlıca adli organı olma özelliğinin doğrudan temyiz yetkisini doğuracağını düşünmek doğru değildir. Kaldı ki bir tavsiyenin bağlayıcı olduğunu iddia etmek de aynı şekilde mantıksız olacaktır. Kuşkusuz, Divan'ın "tavsiye" ve yahut "danışma" görüşü verme yetkisi, bunu ancak ve ancak yetkili organın talebi üzerine yapabilmesi ve benzeri hususlar, Divan'ın bu türden kararlarının bağlayıcı olmayacağına işaret etmektedir. Kaldı ki BM Şartı'nın oluşturulması için yürütülen hazırlık çalışmalarını¹⁶⁸ ve UAD'nın Genel Kurul'un bütçe belirleme yetkisinin kısıtlanması ile ilgili 1962 tarihli danışma görüşünü inceleyen bir kimse UAD'nın danışma görüşü verme yetkisinin BM organları için bir temyiz mercii olarak hareket etmesini sağlayacak ölçüde geniş olmasının amaçlanmadığını ve UAD'nın kendisinin de bu tür bir yetkiye sahip olmadığını belirttiğini görecektir.¹⁶⁹ UAD'nın danışma görüşleri veya çekişmeli yargı yetkisi kapsamında Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını temyizen inceleme gücüne sahip olup olmadığını belirlemek için, UAD, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'a ilişkin BM Şartı ve UAD Statüsü'ndeki düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir.

BM Şartı'nın 1. maddesine göre Birleşmiş Milletler'in uluslararası barış ve güvenliği sağlarken adalet ilkeleri ve uluslararası hukuka uygun olarak hareket etmesi gerekmektedir.¹⁷⁰ Güvenlik Konseyi'nin de görevlerini yerine getirirken hem BM Şartı'na hem de 1. maddede belirtilen adalet ilkeleri ile uluslararası hukuka uygun hareket etmesinin beklendiği söylenebilir. Ayrıca, Şart'ın 24. maddesinin 2. fıkrası bu

¹⁶⁶ Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", Am. J. International Law, Cilt: 1, s.6'dan aktaran Cronin-Furman, s. 445.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Cronin-Furman, s. 445.

¹⁶⁹ Cronin-Furman, s. 446.

¹⁷⁰ Deborah D'Angelo, "The 'Check' On International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice And Judicial Review of Security Council Resolutions", *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt: 23, Yaz-2000, s. 566-567.

hususlu Güvenlik Konseyi açısından ayrıca belirtmiştir.¹⁷¹ Bu hükme olası bir aykırılığın UAD tarafından denetlenip denetlenemeyeceği ise cevabını aradığımız sorudur.

BM Şartı'nın 25. maddesi "*Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır*" demektedir. BM Şartı'nın İngilizce metni ise şu şekildedir: "*The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter*". Dolayısıyla, her şeyden önce maddenin Türkçe metnindeki "...*uyarınca...*" ifadesinden sonra eklenen virgül bir anlam değişikliğine yol açmış olabilir. Nitekim, maddenin İngilizce metninden anlaşılan Üye Devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarına uyma ve bunları kabul etmesinin BM Şartı'na uygun olarak gerçekleştirileceği iken¹⁷², Türkçe metnindeki virgül sebebiyle Üye Devletlerin BM Şartı uyarınca görüş birliğine vardığı anlaşılabilir. Kanımızca bu noktada İngilizce metnin esas alınması uygun olacaktır. Bu durumda ise UAD'nın bir taraf devletin hukukî yükümlülüğünü belirlerken Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı'na uygun olup olmadığını denetleyebileceği düşünülmektedir.¹⁷³

BM Şartı'nın 6. maddesi Genel Kurul'u BM'in başlıca organları arasında saymıştır. 10. maddesinde Genel Kurul'un 12. madde saklı tutularak BM Şartı kapsamındaki her konuda danışma görüşü alabileceği belirtilmiş ve 11. maddede bu konulara uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren konuların dahil olduğu belirtilmiştir. Genel Kurul'un gündeme alamayacağı tek konu başlığı BM Şartı'nın 12. maddesi uyarınca o sırada Güvenlik Konseyi'nin gündeminde bulunan konulardır.¹⁷⁴

Uluslararası Adalet Divanı ise BM Şartı'nın 94. maddesi uyarınca "başlıca yargı organı"dır. Şart'ın 94. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Divan'ın kararları uyuşmazlığın tarafları açısından bağlayıcıdır.¹⁷⁵ BM Şartı'nın Uluslararası Adalet Divanı'nın görev ve yetkilerini düzen-

¹⁷¹ Ken Roberts, "Second-Guessing The Security Council: The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, Cilt: 7, Bahar-1995, s. 287.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Pazarıcı, s. 498.

¹⁷⁵ D'Angelo, s. 567.

leyen XIV. Kısımında Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul ile Divan'ın ilişkilerine ilişkin mevcut olan tek husus danışma görüşü yetkisi istenmesine ilişkindir. BM Şartı'nın 96. maddesi Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin UAD'ndan danışma görüşü isteyebileceğini belirtmişse de, bu konuda bir zorunluluk öngörmemiştir.¹⁷⁶ Son olarak, BM Şartı'nın 36. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hukukî uyumsuzlukların Güvenlik Konseyi tarafından UAD'na gönderilmesi gerektiği belirtilmelidir.¹⁷⁷

Görüldüğü üzere, BM Şartı'nda UAD'na Güvenlik Konseyi'nin kararlarını temyizen inceleme yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. BM Şartı ile benzer şekilde UAD Statüsü'nde de bu tür bir yetkiden doğrudan ya da dolaylı olarak bahsedilmediği tespit edilmiştir.¹⁷⁸ UAD Statüsü'nün hazırlık çalışmalarında Belçika delegasyonu tarafından UAD'na Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını temyizen inceleme yetkisinin verilmesini önermesi, ancak bu önerinin reddedilmiş olması da BM Şartı ve UAD Statüsü kapsamında bu yetkiye yol açacak bir hükmün bulunmadığı yönündeki iddiayı güçlendirmektedir.¹⁷⁹ Son olarak konuyla ilgili UAD içtihadını incelemek gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler'in Belirli Masrafları danışma görüşü incelendiğinde Divan'ın BM Şartı kapsamında diğer organların kararlarını temyizen inceleme kudretine sahip olmadığını düşündüğü anlaşılmaktadır.¹⁸⁰ Öte yandan, aynı kararın 157. sayfasında danışma görüşleri verilirken Genel Kurul kararlarının hukuka uygunluğunun da göz önünde bulundurulacağı belirtilmesi¹⁸¹, Divan'ın sınırlı şekilde de olsa temyizen inceleme yetkisine açık kapı bıraktığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁸² Danışma görüşlerinin bağlayıcılığının bulunmadığını

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Vera Gowlland-Debbas, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *The American Journal of International Law*, Cilt: 88, Ekim-1984, s. 648.

¹⁷⁸ Roberts, s. 289.

¹⁷⁹ Mark Angehr, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009, s. 1025; Cronin-Furman, s. 446; Roberts, s. 292-293; D'Angelo, s. 576-577.

¹⁸⁰ *Birleşmiş Milletlerin Belirli Masrafları* (Şart'ın 17. maddesinin 2. fıkrası), Tavsiye Kararı, 20 Temmuz 1962, UAD Raporları 1962, s. 156 - 157.

¹⁸¹ Ibid, s. 157.

¹⁸² D'Angelo, s. 579.

belirtmiştik. Bir danışma görüşü verirken UAD'nın bir Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygun olmadığını belirtmesi halinde dahi, danışma görüşünü talep eden organ bununla bağlı olmayacaktır. Dolayısıyla, kanımızca burada bir "temyizen incelemeden" bahsetmek doğru değildir. UAD'nın seçkin bir mahkeme olması dolayısıyla danışma görüşlerinin dahi ciddiye alınıp, BM'in diğer organları tarafından bu kararlara uyulacak olması, UAD'nın hukuken diğer organların kararlarını inceleme kudretine sahip olmadığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu durum Divan'ın *Namibya Davası*'nda¹⁸³ benimsediği görüşle de birebir uyumaktadır. Her ne kadar Divan söz konusu Genel Kurul kararının hukuka uygunluğu ile ilgili görüş vermişse de, bu durumun Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarının temyizen incelenmesi gibi bir sonucu olmayacağını belirtmiştir.¹⁸⁴ *Zaten, Birleşmiş Milletlerin Belirli Masrafları* kararı açısından belirtildiği gibi, bağlayıcılığı olmayan danışma görüşlerinin Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını geçersiz kılması mümkün değildir. Ancak buna rağmen, bir BM kararında alınması planlanan önleme ilişkin olarak "hukuka uygun olmaz" görüşü veren Divan'ın bu kararın geçersiz olmasına yol açtığı düşünülebilmektedir.¹⁸⁵

Yukarıdaki örnekler UAD'nın danışma görüşlerindedir. BM organlarının kararlarının temyizen incelenmesi hususu, Divan'ın zorunlu yargı yetkisi kapsamında incelediği *Lockerbie Davası*'nda¹⁸⁶ da gündeme gelmiştir. Bu dava, özellikle de karşı oy yazıları ile, Divan yargıçlarından önemli bir kısmının temyizen incelenmenin mümkün olduğuna işaret etmesi sebebiyle, zorunlu yargı yetkisi kapsamındaki davalarda organ kararlarının temyizen incelenmesi açısından önemli görülmektedir.¹⁸⁷ 21 Aralık 1988 tarihinde İskoçya, Lockerbie üzerindeki uçağın infilak etmesinde Libyalı ajanların rol oynadığı anlaşılmış ve ABD ile Birleşik Krallık bu ajanların iadesini Libya'dan talep etme-

¹⁸³ Güney Afrika'nın Namibya'da Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) Sayılı Kararına Rağmen Devam Eden Varlığının Devletler Açısından Hukuki Sonuçları, Tavsiye Kararı, 21 Haziran 1971, UAD Raporları 1971, s. 16-66.

¹⁸⁴ Ibid., s. 45.

¹⁸⁵ Schweigman, s. 278.

¹⁸⁶ Lockerbie'deki Hava Hadisesinden Kaynaklanan 1971 Tarihli Montreal Sözleşmesi'nin Yorumlanması ve Uygulanması Sorunu (Libya Arap Cumhuriyeti v. Birleşik Krallık), 27 Şubat 1998, UAD Raporları 1998, s. 9-31.

¹⁸⁷ Roberts, s. 299.

sine rağmen taleplerine olumlu bir karşılık alamamışlardır.¹⁸⁸ Bunun üzerine Güvenlik Konseyi 731 sayılı kararı ile Libya'nın iade talebine olumlu yanıt vermesini istemiştir.¹⁸⁹ Daha sonra iki şüphelinin iadesi konusunda ısrarcı olan ABD ve Birleşik Krallık'ın 1971 tarihli Montreal Sözleşmesi'ni ihlal ettikleri gerekçesiyle UAD nezdinde dava açan Libya¹⁹⁰, bu dava sırasında ayrıca 731 sayılı Güvenlik Konseyi kararının da hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.¹⁹¹ Libya'nın başurusunun ardından, ancak henüz herhangi bir karar vermeden 748 sayılı kararı alan Güvenlik Konseyi, birtakım ihtiyatî tedbirler kararlaştırmış ve Libya'ya şüphelileri iade etmesini emretmiştir.¹⁹² İhtiyatî tedbir kararına hükmettiği davada UAD, Güvenlik Konseyi kararlarının hukuka uygunluğunu denetlemekten kaçınmıştır.¹⁹³ Libya'nın Divan'a başvuru tarihinden sonra alınan Güvenlik Konseyi'nin 748 (1992) ve 883 (1993) sayılı kararlarının, Montreal Sözleşmesi'ndeki hükümlerden üstün nitelikte olduğunu savunan Birleşik Krallık'ın yetkisizlik kararı talebini reddeden Divan, bu kararı kararların hukuka aykırılığına değil, Libya'nın Divan'a başvuru tarihinden sonra alınmalarına bağlamıştır: "...eğer o tarihte Divan yetkili ise, yetkili kalmaya devam eder."¹⁹⁴ Dolayısıyla, Lockerbie Davası'nda çoğunluğun Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygunluğunu denetlemeyi reddettiği görülmektedir.¹⁹⁵ Doktrinde UAD'nın temyizen incelemeye açık kapı bıraktığı yönündeki görüşler, genellikle yargıçların karşı oy yazılarındaki muğlak ifadelerle veya yargıçların şahsen yayınladıkları deklarasyonlara dayanmaktadır.¹⁹⁶

Lockerbie Davası'nın ışığında, Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında temyizen incelemenin mümkün olup olamayacağı, bir şekilde mümkünse dahi bu incelemenin nasıl bir hukukî sonucunun olacağı incelenmelidir.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Roberts, s. 300.

¹⁹¹ Roberts, s. 301.

¹⁹² D'Angelo, s. 584.

¹⁹³ D'Angelo, s.

¹⁹⁴ Lockerbie'deki Hava Hadisesinden Kaynaklanan 1971 Tarihli Montreal Sözleşmesi'nin Yorumlanması ve Uygulanması Sorunu (Libya Arap Cumhuriyeti v. Birleşik Krallık), 27 Şubat 1998, UAD Raporları 1998, s. 23.

¹⁹⁵ Roberts, s. 304.

¹⁹⁶ Muhalefet serhleri ve deklarasyonlardaki ifadelerden dolayı olarak UAD'nın temyizen inceleme gücüne işaret edildiğini çıkaran görüşler için bkz. Roberts, s. 302-307.

Münferit olay açısından Divan'ın hangi hukuk normunu uygulayacağını seçmekte serbest olduğu ve dolayısıyla yetki aşımı içeren, yahut hukukî temelini olmadığını düşündüğü Güvenlik Konseyi kararlarının dava konusu olaya uygulamamaya karar verebileceği doğrudur.¹⁹⁷ Ancak, Divan'ın çekişmeli yargı yetkisi kapsamında verdiği kararların yalnızca tarafları bağladığı ve tarafların dışında bir sonuç doğurmadığı hatırlanırsa, Divan'ın Güvenlik Konseyi veya Genel Kurul kararını, hangi sebeple olursa olsun, uygulanmaması, Konsey veya Kurul kararının geçerliliği açısından hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Üstelik Konsey kararı diğer devletleri bağlamaya devam edecektir. Bu durumun ideal olduğunu söylemek zordur. Nitekim, BM organları arasında dayanışma ve işbirliği bulunması gerekmektedir. Ancak, UAD ve diğer BM organları tarafından yetkilerin çakıştığı alanlarda farklı tespitlerde bulunmanın her zaman için bu ilkeyi zedelediğini de söyleyemeyiz. Dayanışma ve işbirliği her zaman aynı doğrultuda hareket etmek ve aynı görüşü benimsemek anlamına gelmemelidir. Bu tespite karşı çıkılsa bile, UAD Statüsü'nün lafzı karşısında farklı bir yorum mümkün olmamaktadır.

Mark Angehr, BM Şartı'nın veya Statü'nün BM organlarının kararlarının temyizden incelenmesi, yorumlanması veya geçersiz kılınması ile ilgili hüküm içermediklerini belirttikten sonra BM organlarının kararlarının hukukî etkisinin BM yapısına ilişkin ilkeler ve UAD içtihadı ile çözülmesi gerektiğini düşünmektedir.¹⁹⁸ Ona göre, BM Şartı'nın 92. maddesinde belirtildiği üzere UAD'nın "başlıca yargı organı" olarak kurulmuş olması Divan'ın kararlarının yargısal anlamda diğer organların kararlarından önce gelmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁹⁹ Ancak, burada sıkıntılı bir muhakemenin izlerini görmekteyiz. UAD'nın hukukî tespitlerinin diğer organlarınkinden öncelikli olması başlıca yargı organı olarak kurulmanın doğal bir sonucu mudur? Öncelikli olmak ile kastedilen nedir? Yüksek ihtimalle öncelikli olmasından kasıt üstün tutulması, dolayısıyla çatışma halinde UAD'nın tespitinin geçerli kabul edilmesidir. Kanımızca, başlıca yargı organı olmaktan

¹⁹⁷ Schweigman, s. 270.

¹⁹⁸ Mark Angehr, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009, s. 1022.

¹⁹⁹ Angehr, s. 1022.

yola çıkararak UAD'nın hukukî tespitlerinin üstün tutulması gerektiği kanısına doğrudan ulaşmak yanlıştır. Bu sonuca ulaşılsa ve uygulamada UAD'nın kararına uyularak, Güvenlik Konseyi'nin kararı gözardı edilse dahi, buna dayanarak Güvenlik Konseyi kararının hukuken ortadan kalktığını söyleyebilir miyiz?

Kanımızca, ne çekişmeli yargı yetkisi bakımından ne de danışma görüşleri açısından UAD'nın diğer BM organlarının kararlarını temyizen inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Böyle bir yetki ne ilgili mevzuatta ne de Divan içtihadında benimsenmiştir. Divan'ın belirli bir temyizen inceleme kudretine sahip olmasının uluslararası hukukta hukukun üstünlüğünün geçerli olması için faydalı olacağı açıktır. Ancak, böyle bir yetki mevzuatta gerekli tadiller gerçekleştirilmeden UAD tarafından kullanılamaz. Bu yetkinin UAD içtihadı tarafından benimsenmesi Divan'ın yetki aşımında bulunduğunu gösterir. Dolayısıyla, doktrindeki hukuken UAD'nın Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarını temyizen inceleyebileceği yönündeki görüşler, kanımızca isabetsizdir.

SONUÇ

Forum prorogatum UAD'nın çekişmeli yargı yetkisini kişi bakımından genişleten bir uygulamadır. UAD'nın dayandığı pozitif hukuk metinleri olan BM Şartı ve UAD Statüsü'nde bu uygulamaya açık temel oluşturacak bir hüküm bulunmasa da yukarıda belirtildiği üzere Statü'nün 36(6) maddesinin dolaylı olarak bu uygulamaya açık kapı bıraktığı savunulabilir. Böyle düşünüldüğünde dahi, uyuşmazlığa taraf bir ülkenin Divan'a hitaben yazdığı dilekçede davanın esasına ilişkin savunmalara yer vermiş olması, çekişmeli yargı yetkisinin doğması için tarafın "açık" rızasını arayan İchtüzük uyarınca yeterli değildir. Bununla beraber sırf yetki itirazında bulunulmadığından ötürü çekişmeli yargı yetkisinin kabul edildiğini varsaymak da isabetsizdir. Özellikle *forum prorogatum*un bu iki uygulamasının hukuksuz olduğu kanaatindeyiz.

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine ilişkin de genişletme çabaları bulunsa da bu çabalar çoğunlukla doktrin çevrelerinde ortaya çıkmakta ve Divan tarafından içtihat yoluyla benimsenmemektedir.

Bu görüş, genellikle muğlak ve genel ifadelerden yola çıkarak – “başlıca yargı organı”, “işbirliği ve dayanışma ilkesi” vb. - danışma görüşüne belli bir bağlayıcılık kazandırmaya çalışmaktadır. Öte yandan, çekişmeli yargı yetkisi kapsamında da Genel Kurul veya Güvenlik Konseyi kararlarının temyizen incelenebileceği düşünülmektedir. Bu görüş de poitif dayanaktan yoksundur. Kaldı ki, çekişmeli yargı yetkisi kapsamında, anılan organların kararlarının uygulanmaması da temyizen inceleme sonucunu doğurmayacak, bu kararlar bağlayıcılıklarını ve geçerliliklerini sürdüreceklerdir. Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarının temyizen bir argı organı tarafından incelenebilmesine yönelik bütün bu çabaların amacı uluslararası latformda hukukun üstünlüğünü hakim kılmaktır. Özellikle de BM Güvenlik Konseyi'nin belli hadiseleri hukuken nitelendirirken (“saldırı”, “savaş”, “etnik temizlik” vb.) siyasi davranması uluslararası hukukun yeknesak bir şekilde uygulanmasını ve yorumlanmasını kuşkusuz ki olumsuz yönde etkilemektedir. Ancak, bu sorunu aşmanın yolu zorlama yorumlarla Divan'ın yetkilerinin hukuka aykırı şekilde genişletilmesi değil, Statü ve BM Şartı'nda gerekli tadillerin yapılmasıdır. Aksi halde, UAD'nın kararlarının Güvenlik Konseyi üzerinde hukuken bağlayıcı olduğuna karar verip bu yönde içtihat geliştirmesi, iddia edildiği gibi BM organları arasında dayanışma ve işbirliği ortamı yaratmaktan ziyade anlamsız bir çekişmeye yol açabilir.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ve İçtüzüğü devlet egemenliğinin uluslararası hukukun temeline oturtulduğu bir anlayış ile düzenlenmiştir. Yukarıda yaptığımız yoruma ilişkin açıklamalar da bu anlayıştan kaynaklanmaktadır. UAD'nın yargı yetkisi bir istisna teşkil etmektedir. Tabii ki uluslararası hukuk geliştikçe ihtiyaçların da değişmesi mümkündür. Uluslararası barış ve güvenliğin, uluslararası toplum menfaatlerinin devlet egemenliğinden daha üstte tutulduğu bir anlayışla hazırlanan bir uluslararası mahkeme statüsü açısından, mahkemenin yetkili olmasının esas, yetkisiz olmasının istisna olduğu söylenebilecektir. Lakin, bu konuda gelişmeler yaşanmakla birlikte, mevcut durumda bu yönde yorum yapılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu sebeple, okuyucunun bizi klasik görüşün ebedi savunucusu olarak görmemesini rica ederiz.

Kaynakça

Kitaplar

- Aljaghoub Mahasen M., *Advisory Function of the International Court of Justice*, Springer, Leipzig, 2006.
- Boas Gideon, *Public International Law Contemporary Principles and Perspectives*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2012.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 11. Baskı, Bursa, 2011.
- Mendes Errol, *Peace and Jurisdiction at the International Criminal Court: A Court of Last Resort*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan, Ankara, 2008.
- Schweigman David, *The Authority of the Security Council Under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, Kluwer, La Haye, 2001.

Makaleler

- Acer Yücel, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1.
- Angehr Mark, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, Cilt: 103, Sayı: 2, 2009.
- Bingbin Lu, "Reform of the International Court of Justice - A Jurisdictional Perspective", *Perspectives*, Cilt: 5, Sayı: 2, 30 Haziran 2004.
- Bleichert Maura A., "The Effectiveness of Voluntary Jurisdiction in the ICJ: El Salvador v. Honduras, A Case in Point", *Fordham International Law Journal*, Cilt: 16, Sayı: 3, 1992.
- Cohn Ilene R., "Nicaragua v. United States: Pre-Seisin Reciprocity and the Race to The Hague", *Ohio State Law Journal*, Cilt: 46, Yaz - 1985.
- Cronin-Furman Kathleen Renee, "The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship", *Columbia Law Review*, Cilt: 106, Sayı: 435.
- D'Angelo Deborah, "The 'Check' On International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice And Judicial Review of Security Council Resolutions", *Suffolk Transnational Law Review*, Cilt: 23, Yaz-2000, s. 566-567.
- Ende Douglas J., "Reaccepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Proposal For a New United States Declaration", *Washington Law Review*, Cilt: 61, Temmuz, 1986.
- Gowlland-Debbas Vera, "The Relationship Between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *The American Journal of International Law*, Cilt: 88, Ekim-1984.
- Lister Matthew, "The Legitimizing Role of Consent in International Law", *Chicago Journal of International Law*, Cilt: 11, Kış-2011.

- Llazarom Aloysius P., "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice", *The European Journal of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 5, 2008.
- Lowe Vaughan ve Fitzmaurice Malgosia, "Intervention Before the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice*, Cambridge, 2. Baskı, Melbourne, 1998.
- Roberts Ken, "Second-Guessing The Security Council: The International Court of Justice and Its Powers of Judicial Review", *Pace International Law Review*, Cilt: 7, Bahar-1995.
- Sloan F. Blaine, "Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice", *California Law Review*, Cilt: 38, Sayı: 5, 31 Aralık 1950.
- Schlochauer Hans-Jürgen, "International Court of Justice", *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, Amsterdam, 1981.
- Tiefenburn Susan W., "The Role of the World Court in Settling International Disputes: A Recent Assessment", *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, Cilt: 20, Kasım 1997.
- Versan Rauf, "Milletlerarası Adalet Divanının Forum Prorogatum İlkesine Göre Yetki Kazanması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı:1-2, 2004.

Diğer Kaynaklar

- United Nations Conference on Trade and Development (Unctad), *Dispute Settlement, General Topics*, 1.2 International Court of Justice, 2003.

DEMOKRATİK REJİM VE SEÇİM SİSTEMLERİ*

Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK

I. GİRİŞ

Demokratik rejim, devleti yönetenlerin yönetilenler tarafından özgürce seçildiği siyasî rejimdir. Anayasa'mıza göre Türkiye Cumhuriyeti'nin değişmez, değiştirilmesi teklif edilemez niteliklerinden biri, "demokratik" bir hukuk devleti olmasıdır (m. 2, 4). Vatandaşlar, kanunda gösterilen koşullara uygun olarak, seçme ve seçilme hakkına sahiptirler. Seçimler, "serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır." (m. 67/I-II). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1. Protokol ile -aralarında Türkiye'nin de bulunduğu- "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak koşullar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapılmayacağı taahhüt" etmişlerdir (m. 3).

Böylece "serbest seçimler", demokratik rejimlerde yönetim yetkisinin kaynağı, meşruiyetin temelidir¹. Çok partili demokratik rejimlerde yasama organı seçimlerinde uygulanan seçim sistemlerinin iki temel işlevi vardır:

1. Bir ülkede yapılan seçime katılan siyasî partilerden hangisi veya hangilerinin hükümet kurmaya yeterli bir parlamento çoğunluğu kazanacağını, hangi parti veya partilerin muhalefet olarak denetim göre-

* Türkiye Barolar Birliği'nin 25 Aralık.2013 günü Ankara'da düzenlediği Temiz ve Adil Seçim Sempozyumu'nda Adalet E. Bakanı Prof. Dr. Hikmet Sami Türk tarafından yapılan konuşmanın daha sonra genişletilmiş, ara başlıkları konmuş ve dipnotları eklenmiş metni

¹ Bu konuda daha geniş açıklama için bk. Hikmet Sami Türk, "Türkiye İçin Nasıl Bir Seçim Sistemi?", Hikmet Sami Türk/Erol Tuncer, Türkiye İçin Nasıl Bir Seçim Sistemi? Sistem Önerileri, Seçim Uygulamaları, Ankara 1995 (TESAV Yayınları No. 6), 3 vd.

vi yapacağını belirlemek. Seçim sisteminin bu işlevine “fayda (yarar)” ilkesi denir. Yapılan seçimin ülkeyi istikrar içinde yönetecek bir hükümetin kurulmasına olanak verecek bir parlamento çoğunluğunun ortaya çıkmasını sağlaması açısından bu işlev, “yönetilebilirlik”, başka bir deyişle, “istikrar” ya da –her iki terimi bir araya getirerek– “yönetimde istikrar” ilkesi olarak da adlandırılır.

2. Seçime katılan siyasî partiler ve bağımsız adayların seçmenlerden aldıkları oy sayıları oranında parlâmentoda temsiline olanak sağlamak. Seçim sisteminin bu işlevine “adalet” ya da “temsilde adalet” ilkesi denir.

Seçimle iş başına gelen devlet organları hakkında da örnekseme yoluyla uygulama alanı bulan, aslında ters yönde işleyen, birine üstünlük verildiğinde diğerinin etkisi zayıflayan iki amacı ifade eden bu ilkeler, her ülkenin koşullarına uygun bir sentez içinde dengelenmek istenir. Bu sentezde “yönetimde istikrar” ve “temsilde adalet” ilkelere yer aldığı ölçülere göre çeşitli seçim sistemleri ortaya çıkmıştır².

Bu sistemler, çoğunluk sistemleri, nispî (orantılı) temsil sistemleri ve karma sistemler olarak üç ana grupta toplanabilir. Çoğunluk sistemlerinde “fayda (yarar)” ya da “yönetimde istikrar” ilkesi, nispî (orantılı) temsil sistemlerinde “adalet” ya da “temsilde adalet” ilkesi ön plândadır. Karma sistemler ise, çoğunluk ve nispî temsil sistemlerini –onların olumlu ve olumsuz yönlerini dengelemek amacıyla– belirli ölçülerde birlikte uygulayan, dolayısıyla her iki ilkeyi birlikte değerlendiren sistemlerdir³.

Anayasa’mızın 67. maddesine 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun’la eklenen VI. fıkra da seçim kanunları için her iki ilkeyi birlikte vurgulayan bir sentez öngörmektedir. Bu fıkraya göre; “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.” Aynı ilkeler, yerel yönetimler seçimlerinde de uygulanır (m. 127/III).

² Bu konuda daha geniş bilgi için bk. Türk/Tuncer, age, s. 4 vd (Türk); Hikmet Sami Türk, Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 1997 (TE-SAV Yayınları No. 13), s. 3 vd, 118; Hikmet Sami Türk, “Seçim, Seçim Sistemleri ve Anayasal Tercih”, Anayasa Yargısı, S. 23, Ankara 2006 (Anayasa Mahkemesi Yayınları: 54), s. 77 vd.

³ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bk. Türk, agb, s. 99-101.

II. TÜRKİYE'DE YASAMA ORGANI SEÇİMLERİNDE UYGULANAN SEÇİM SİSTEMLERİ

Türkiye'nin ilk yazılı anayasası niteliğindeki Kanun-i Esasî ile I. Meşrutiyet'in 23 Aralık 1876 günü ilânından sonra 1877'den başlayarak II. Meşrutiyet, TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet dönemlerinde yasama organı için basit ve mutlak çoğunluk sistemleriyle önceleri iki dereceli, 1946'dan itibaren tek dereceli seçimler yapılmıştır⁴. II. Meşrutiyet döneminde çeşitli siyasi partiler kurulmuş⁵; Anadolu ve Rume- li Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nin devamı niteliğindeki Halk Fırkası ile girilen Cumhuriyet'in ilk yıllarında 1924'ten itibaren Cumhuriyet Halk Fırkası (1935'te Cumhuriyet Halk Partisi) yanında başka partile- rin kurulması denemeleri, uzun süreli olmamıştır⁶. Çok partili rejimin kalıcı bir biçimde Türk siyasal yaşamının bir parçası hâline gelmesi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra olmuştur.

II. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra 1945'te Türkiye'de çok partili yaşama geçilmiş⁷ ve 1946'dan bu yana milletvekili seçimleri tek

⁴ (4) I. ve II. Meşrutiyet, TBMM Hükümeti dönemleri ile Cumhuriyet döneminde 1946'ya kadar basit ve mutlak çoğunluk sistemleriyle iki dereceli olarak yapılan yasama organı seçimleri hakkında ayrıntılı genel bilgi için bk. Servet Armağan, *Türk Esas Teşkilât Hukuku*, İstanbul 1979 (İÜHF Yayınları No. 2584/580), s. 175-177, 188, 195 dn. 95); Erol Tuncer, *Osmanlı'dan Günümüze Seçimler*, Ankara 2002 (TESAV Yayınları No. 17), s. 19-21; ayrıca A. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilât Huku- ku Dersleri*, C. 2, Türkiye'nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri, 1. Kitap, İstanbul 1976 (İÜHF Yayınları No.2134/475), s. 83 vd; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 6. bası, İstanbul 1986 (Gerçek Yayınevi, 100 Soruda Dizisi: 12), s. 30; Emi- ne Yavaşgel, *Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum*, Ankara 2004 (Nobel Yayın No. 738, Hukuk Yayınlar Dizi No. 31), s. 153 vdd, 156.

İlk kez tek dereceli olarak yapılan 1946 milletvekili genel seçimi hakkında bu yö- nüyle bk. Erol Tuncer, *1946 Seçimleri*, Ankara 2008 (TESAV Yayınları No. 32), s.123 vd.

⁵ Bu konuda geniş bilgi için bk. Erdoğan Teziç, *Siyasi Partiler (Partilerin Hukukî Rejimi ve Türkiye'de Partiler)*, İstanbul 1976 (Gerçek Yayınevi, 100 Soruda Dizisi: 47), s. 176-208; toplu bilgi için bk. Ahmet N. Yücekök, *Siyaset Sosyolojisi Açısın- dan Türkiye'de Parlatentonun Evrimi*, Ankara 1983 (AÜSBF Yayınları: 533), s. 83-88.

⁶ 1924'te kurulan, fakat 1925'te Hükümetçe kapatılan Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası, 1930'da kurulan, fakat aynı yıl kurucusu Fethi Bey (Okyar) tarafından fes- hedilen Serbest Cumhuriyet Fırkası ile yine 1930'da kurulan, fakat Hükümetçe ça-lışmasına izin verilmeyen Türkiye Cumhuriyet Amele ve Çiftçi Partisi ve 1930'da kurulan, fakat 1931'de Hükümetçe kapatılan Ahali Cumhuriyet Fırkası hakkında geniş bilgi için bk. Teziç, *age*, s. 242-251.

⁷ 18 Temmuz 1945 günü Nuri Demirağ tarafından kurulan Millî Kalkınma Partisi

dereceli olarak yapılmıştır. Demokratik süreç, 1960 ve 1980’de darbe veya askerî müdahalelerle iki kez kesintiye uğrasa da, 1946’dan bu yana değişik seçim sistemleriyle halkımız sandık başına gitmektedir. 68 yılı aşkın bir süre boyunca Türkiye’de yapılan milletvekili ve 1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Senatosu üyeleri seçimlerinde uygulanan seçim sistemleri şöyle sıralanabilir:

1. İller itibariyle liste usulü çoğunluk sistemi. 1960’a kadar milletvekili seçimlerinde uygulanan bu sistem, bir ilde oyların çoğunluğunu alan siyasi parti aday listesindeki isimlerin -istisnai durumlar dışında- tamamının seçilmesini sağlıyordu. Adaletsiz sonuçlar doğuran bu sistem, ülke genelinde oyların çoğunluğunu kazanarak iktidar olan siyasi partinin Meclis’te oy oranının çok üstünde bir sandalye sayısı ile yer almasına karşılık, daha az oy alan muhalefet partilerinin oy oranlarının altında kalan sandalye sayıları ile temsil edilmelerine yol açıyordu. Bu durum, muhalefetin Meclis’te etkili bir denetim yapmasını engelliyor; sonuç olarak, özellikle 1950’li yılların ikinci yarısında iktidar partisinin antidemokratik gidişi frenlenemiyordu. 1960’ta devrim olarak adlandırılan darbe ortamına böyle gelinmiştir.

1961 Anayasası döneminin çift meclisli parlamento yapısı içinde Millet Meclisi için nispi temsil sisteminin değişik türleri uygulanırken; Cumhuriyet Senatosu için başlangıçta “çoğunluk usulü” kabul edilmiş, 1964’te nispi temsil sistemine geçilmiştir⁸.

2. Nispi (orantılı) temsil sistemleri: Çoğunluk sisteminin 1960 öncesindeki olumsuz sonuçlarına bir tepki olarak, 1961 Anayasası döneminde Millet Meclisi seçimlerinin hepsinde, Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde ise 1964’ten itibaren nispi temsil sisteminin değişik türleri uygulanmıştır. 1961’de basit seçim sayılı çevre barajlı⁹ *d’Hondt* sistemiyle başlayan nispi temsil uygulaması, 1965’te millî bakiye (ulusal artık)

ile 7 Ocak 1946 günü Celâl Bayar, Adnan Menderes, Refik Koraltan ve Fuat Köprülü tarafından kurulan Demokrat Parti hakkında toplu bilgi için bk. Teziç, age, s. 251-255 (MKP), 255-262 (DP); DP’nin kuruluşu ve muhalefet yılları hakkında geniş bilgi Cem Eroğul, Demokrat Parti (Tarihi ve İdeolojisi), Ankara 1970 (AÜSBF Yayınları No. 294), s. 9-62.

⁸ Bu konuda bk. Tuncer, age (Osmanlı’dan Günümüze Seçimler), s. 30, Erol Tuncer, Cumhuriyet Senatosu Seçimleri, Ankara 2010 (TESAV Yayınları No. 35), s. 74.

⁹ “Basit seçim sayılı baraj” kavramı için bk. Türk/Tuncer, age, s. 37 (Türk); Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 8; Türk, age, s. 96 vd.

sistemi¹⁰ olarak, ondan sonra 1961 Anayasası dönemi sonuna kadar barajsız *d'Hondt* sistemi olarak devam etmiştir. 1968'de yeniden basit seçim sayılı çevre barajı konmak istenmiş, ancak bu amaçla 20.3.1968 tarih ve 1036 sayılı Kanun'la Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin çok eleştirilen bir kararıyla, "engelli seçim düzeninin" demokratik hukuk devleti, seçimlerin serbestliği ve çok partili siyasal düzen ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir¹¹.

Nispi temsil sistemi uygulamasının siyasî sonuçları ise, 1961 Anayasası döneminde Millet Meclisi'ne giren veya yeni kurulan parti sayısının artması, yapılan beş milletvekili genel seçiminden sadece ikisinden (1965 ve 1969 milletvekili seçimlerinden) bir tek parti iktidarının çıkması; geri kalan üçünde hiçbir partinin tek başına hükümet kurabileceği bir parlamento çoğunluğuna ulaşamaması, o yüzden iki veya üç¹², hatta dört partili olarak¹³, bazen bağımsız ya da milletvekili seçildikleri partiden ayrılarak bakan olmuş milletvekilleriyle birlikte koalisyon hükümetleri kurulmasının¹⁴ bir zorunluluk hâline gelmesidir.

¹⁰ Millî bakiye (ulusal artık) sistemi hakkında bilgi ile bu sistemin uygulandığı 1965 milletvekili genel ve 1966 Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimleri sonuçları için bk. Erol Tuncer/Necati Danacı, Çok Partili Dönemde Seçimler ve Seçim Sistemleri, Ankara 2003 (TESAV Yayınları No. 21), s. 15-19. Millî bakiye sisteminin uygulanışı hakkında bilgi ve bu sistemin uygulandığı 1965 milletvekili genel seçimi sonuçları için bk. Sonnur Bakır/Semra Küçükoglu/Sevgi Pehlivan (Haz.), Seçim, Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Uygulamaları, Ankara 1982 (TBMM Kütüphane ve Dokümantasyon Müdürlüğü Yayınları: 5), s. 104-106.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 3, 4 ve 6.5.1968, E. 1968/15, K. 1968/13 (AYMKD, S. 6, s. 169-175, 177). Bu Kararla ilgili eleştiriler için bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 9+dn. 18, 19.

¹² 1961'de CHP Genel Başkanı Malatya Milletvekili İsmet İnönü'nün Başbakanlığında kurulan CHP-AP Koalisyon Hükümeti, Türkiye'de iki partili koalisyon hükümetlerinin ilk örneği, 1962'de yine CHP Genel Başkanı Malatya Milletvekili İsmet İnönü'nün Başbakanlığında TBMM dışından da bakan atanarak kurulan CHP-YTP-CKMP-Bağımsızlar Koalisyon Hükümeti de, Türkiye'de bağımsızlarla birlikte üç partili koalisyon hükümetlerinin ilk örneğidir. Bu konuda bk. Türker Sanal, Türkiye'nin Hükümetleri, Ankara 1997, s. 27 vd, 28 vd, 142, 143 vd.

¹³ 1965'te Cumhuriyet Senatosu Kayseri Üyesi Suat Hayri Ürgüplü'nün Başbakanlığında kurulan AP-CKMP-MP-YTP Hükümeti ile 1975'te AP Genel Başkanı Isparta Milletvekili Süleyman Demirel'in Başbakanlığında kurulan ve "1. Milliyetçi Cephe Hükümeti" olarak anılan AP-MSP-CGP-MHP Koalisyon Hükümeti, bir dörtlü koalisyon örneğidir. Bu konuda bk. Sanal, age, s. 49, 167 vd.

¹⁴ 1978'de CHP Genel Başkanı Zonguldak Milletvekili Bülent Ecevit'in Başbakanlığında kurulan CHP-CGP-DP-Bağımsızlar Koalisyon Hükümeti, AP'den ayrılan 11 milletvekilinden 10'unun Hükümette Bakan olarak yer almasıyla gerçekleşti.

Genellikle uzun müzakereler sonucunda kurulabilen bu hükümetler, –bu dönemde işçi haklarını güvence alan çalışma mevzuatı gibi birçok yeni kanunun iki meclisli bir parlâmento tarafından çıkarılmış, arada iki darbe girişimi önlenerek demokratik rejim korunmuş, 1974’te Kıbrıs Barış Harekâtı gibi önemli işlerin başarılmış olmasına rağmen– koalisyon ortakları arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle fazla uzun ömürlü olmamış; hükümet krizlerinden partiler üstü hükümet¹⁵ ya da azınlık hükümeti¹⁶ formülleriyle çıkılabilen, bazen de güven oyu alamayan hükümetlerce¹⁷ yönetilen ara dönemler yaşanmıştır. Partiler arasında

-
- Bu konuda bk. Sanal, age, s. 55 vd, 173 vd.
- 15 1971’de CHP’den ayrılıp bağımsız olarak hükümet kurmakla görevlendirilen Kocaeli Milletvekili Nihat Erim’in Başbakanlığında AP, CHP ve MGP’li milletvekili ve Cumhuriyet Senatosu üyeleri ile TBMM dışından teknokratlarla kurulan iki hükümet, ilk partiler üstü hükümet örnekleri olarak kabul edilebilir. Bu konuda bk. Sanal, age, s. 37-39, 155-158.
- 16 1963’te CHP Genel Başkanı Malatya Milletvekili İsmet İnönü’nün Başbakanlığında TBMM dışından da bakan atanarak kurulan CHP-Bağımsızlar Hükümeti, 15 Ekim 1961 milletvekili genel seçimi sonuçları dikkate alındığında “azınlık hükümeti” olarak nitelenebilir. Başbakan İsmet İnönü tarafından kurulan 10. ve sonuncu hükümet hakkında bilgi için bk. Sanal, age, s. 29 vd. 15 Ekim 1961 milletvekili genel seçimi sonuçları tablosu için bk. Tuncer, age (Osmanlı’dan Günümüze Seçimler), s. 324; Tuncer/Danacı, age, s. 35; Erol Tuncer, 1961 Seçimleri, Ankara 2012 (TESAV Yayınları No. 39), s. 147.
- 1979’da AP Genel Başkanı Isparta Milletvekili Süleyman Demirel tarafından kurulan ve 1961 Anayasası döneminin son hükümeti olan AP Hükümeti de bir azınlık hükümetidir. Bu konuda bk. Sanal, age, s. 57 vd, 175 vd. 1961 Anayasası döneminin son milletvekili genel seçimi olan 5 Haziran 1977 milletvekili genel seçimi sonuçları için bk. Tuncer, age (Osmanlı’dan Günümüze Seçimler), s. 328; Tuncer/Danacı, age, s. 39.
- 17 1974’te Cumhuriyet Senatosu Kontenjan Üyesi Sadi İrmak’ın Başbakanlığında ağırlıklı olarak TBMM dışından teknokratlarla kurulan Hükümet için yapılan güven oylamasında kabul oyları 17’de kalmış, 358 ret oyu kullanılmıştır. Böylece Cumhuriyet tarihinde ilk kez yeni kurulan bir hükümet, Meclis’ten güvenoyu alamadı. Cumhurbaşkanı Fahri S. Korutürk tarafından bir kez daha hükümeti kurmakla görevlendirilen İrmak, bir “Milli Koalisyon Hükümeti” kurma çabalarında başarılı olamadı. Meclis’ten güvenoyu alamayan İrmak Hükümeti, yerine AP Genel Başkanı Isparta Milletvekili Süleyman Demirel’in Başbakanlığında “1. Milliyetçi Cephe Hükümeti” kuruluncaya kadar 4 ay 14 gün görevde kalmıştır. Bu konuda bk. Sanal, age, s. 47 vd, 165 vd.
- 5 Haziran 1977 milletvekili genel seçiminden 213 sandalye ile birinci parti olarak çıkan CHP’nin Genel Başkanı Zonguldak Milletvekili Bülent Ecevit tarafından kurulan ve Cumhurbaşkanı Fahri S. Korutürk’ün Millet Meclisi Başkanlığına gönderdiği 21.6.1977 tarihli yazısıyla Bakanlar Kurulu listesi onaylanan CHP Azınlık Hükümeti için 3.7.1977 günü Millet Meclisi’nde yapılan güven oylamasında kabul oyları 217’de kalmış, ret oyları 229’a ulaşmıştır. Böylece Başbakan Ecevit tarafından kurulan 2. Hükümet, Cumhuriyet tarihinde güvenoyu alamayan ikinci hükümet oldu. Aynı gün istifa eden Ecevit’in yerine 21.7.1977 günü Cumhurbaşkanı

aşırı derecede bölünmüş sandalye dağılımı nedeniyle Meclislerin başkanlarını seçmekte zorlandığı, sonuç vermeyen oylamalarla yeni Cumhurbaşkanını seçemediği, istikrarsız hükümetlerle sorunlara çözüm arandığı 1961 Anayasası döneminde özellikle 1960'lı ve 1970'li yılların sonlarında anarşik olayların yaygınlaşması, ülkeyi önce 12 Mart 1971 askerî müdahalesi, sonra 12 Eylül 1980 darbesi ortamına sürüklemiştir.

3. Barajlı nispi (orantılı) temsil sistemleri: 1961 Anayasası döneminin 12 Eylül 1980 öncesinde 19 yıl içinde 18 hükümet değiştiren istikrarsız siyasal ortamının faturası, büyük ölçüde o dönemde yapılan beş milletvekili genel seçiminin sadece ikisinde bir tek parti hükümetine olanak veren, üçünde ise buna olanak vermeyen sonuçlarıyla -1961 milletvekili genel seçiminde uygulanan basit seçim sayılı çevre barajı dışında- barajsız uygulanan nispi temsil sistemine çıkarılmıştır.

O nedenle 1982 Anayasası döneminin 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, *d'Hondt* usulü nispi temsil sistemini korumakla birlikte; tek parti iktidarını kolaylaştırmak amacıyla, 1995'e kadar uygulanan basit seçim sayılı çevre barajı ile ülke genelinde kullanılan geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partilerin milletvekili çıkarılmasını önleyen ve günümüzde de yürürlükte olan seçim barajını getirmiştir. Bu iki barajın yanında 1995'e kadar seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının önce 7, sonra 6 ile sınırlanması, hatta 6 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde *d'Hondt* sistemindeki bölme işleminin bir eksiğiyle yapılması da küçük partilerin milletvekili çıkarılmasını zorlaştırmak amacına yönelikti.

Bu dönemde yapılan seçimlerin çoğu, bekleneni vermiştir. Gerçekten bu dönemde yapılan sekiz milletvekili genel seçiminin beşinden bir tek parti iktidarı, üçünden koalisyon hükümeti çıkmıştır. Nitekim bu dönemin ilk iki milletvekili genel seçimi, bir tek parti hükümeti kurulmasına yeterli parlamento çoğunlukları getirmiştir:

Yeni dönemde kurulan 3 siyasî parti ve bağımsız adayların katılımıyla yapılan 6 Kasım 1983 milletvekili genel seçiminde o tarihte 400

Korutürk tarafından yeni Hükümeti kurmakla görevlendirilen AP Genel Başkanı Isparta Milletvekili Süleyman Demirel'in Başbakanlığında "2. Milliyetçi Cephe Hükümeti" olarak anılan AP-MSP-MHP Koalisyon Hükümeti kurulmuştur. Bu konuda bk. Sanal, age, s. 51 vdd. Arada geçen bir aylık süre içinde Ecevit Hükümeti görev başında kalmıştır.

üyeli TBMM'de ANAP 212, HP 117 ve MDP 71 sandalye; 7 parti ve bağımsız adayların katıldığı 29 Kasım 1987 milletvekili genel seçiminde bu kez 450 üyeli TBMM'de ANAP 292, SHP 99 ve DYP 59 sandalye kazanmış; böylece ANAP, her iki seçimde de tek başına iktidar olmuştur¹⁸.

Bundan sonraki üç milletvekili genel seçiminde ise hiçbir parti tek başına hükümet kurmaya yeterli bir parlamento çoğunluğu kazanamamış, koalisyon hükümetleri birbirini izlemiştir. 6 siyasî parti ve bağımsız adayların katılımıyla yapılan 20 Ekim 1991 milletvekili genel seçiminde oyların partiler arasında dağılması sonucunda Meclis'e giren partilerin sayısı artmış, 5 partinin Meclis'e girdiği bu seçimde DYP 178, ANAP 115, SHP 88, RP 62 ve DSP 7 sandalye kazanmış; iktidar el değiştirmiştir¹⁹. O dönemin siyasal koşulları içinde DYP-SHP (CHP) Koalisyon, DYP Azınlık ve DYP-CHP Koalisyon Hükümetleri kuruldu²⁰.

¹⁸ (18) 6 Kasım 1983 ve 29 Kasım 1987 milletvekili genel seçimleri sonuçları için bk. Tuncer, age (Osmanlı'dan Günümüze Seçimler), s. 329 vd; Tuncer/Danacı, age, s. 40 vd.

¹⁹ 20 Ekim 1991 milletvekili genel seçimi sonuçları için bk. Tuncer, age (Osmanlı'dan Günümüze Seçimler), s. 331; Tuncer/Danacı, age, s. 42.

²⁰ 20 Ekim 1991 milletvekili genel seçiminden sonra önce DYP Genel Başkanı İsparta Milletvekili Süleyman Demirel'in Başbakanlığında DYP-SHP Koalisyon Hükümeti, Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ın 17 Nisan 1993 günü ölümünden sonra Demirel'in Cumhurbaşkanı seçilmesi üzerine DYP yeni Genel Başkanını seçinceye kadar Koalisyon Hükümeti SHP Genel Başkanı, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı İzmir Milletvekili Erdal İnönü'nün Başbakan Vekilliğinde devam etti. 13 Haziran 1993 günü toplanan DYP Olağanüstü Büyük Kongresi'nde Genel Başkan seçilen İstanbul Milletvekili Tansu Çiller, Türkiye'nin ilk ve şimdiye değin tek kadın Başbakanı oldu. Çiller'in Başbakanlığında II. DYP-SHP Koalisyon Hükümeti kuruldu. Fakat SHP Kurultayı'nda yeniden Genel Başkan adayı olmayan İnönü, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı görevinden çekildi. Yerine Genel Başkan seçilen Murat Karayalçın, Meclis dışından aynı göreve getirildi. SHP ve CHP'nin CHP çatısı altında birleşmesinden sonra Genel Başkanlığa Gaziantep Milletvekili Hikmet Çetin seçildi ve bir DYP-CHP Koalisyonuna dönüşen Hükümette aynı görevi sürdürdü. 9.9.1995 günü toplanan CHP Kurultayı'nda Çetin'in yerine Genel Başkan seçilen Antalya Milletvekili Deniz Baykal ile Koalisyonun devamı konusunda anlaşamayan Başbakan Çiller istifa etti. Yeniden hükümeti kurmakla görevlendirilen Çiller'in DYP Azınlık Hükümeti hakkında 16.10.1995 günü yapılan güven oylamasında 191 kabul oyu karşılıklı 230 ret oyu kullanıldı.

Bunun üzerine istifa eden ve bir kez daha hükümeti kurmakla görevlendirilen DYP Genel Başkanı İstanbul Milletvekili Çiller ile CHP Genel Başkanı Antalya Milletvekili Baykal arasında erken seçim koşuluyla Çiller'in Başbakanlığında DYP-CHP Koalisyon Hükümeti Protokolü imzalandı.

27.10.1995 tarih ve 4125 sayılı Kanun'la 20. dönem milletvekili genel seçiminin tarihi 24 Aralık 1995 olarak belirlendi (geç. m. 7).

Yukarıdaki gelişmeler ile VII. Demirel ve I, II. ve III. Çiller Hükümetlerinin kuru-

20. yasama döneminde 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen ve demokratikleşme yolunda önemli bir adım niteliği taşıyan Anayasa değişiklikleri arasında 67. maddeye VI. fıkra olarak "Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir." hükmü eklendi (m. 5); TBMM üye sayısı, 75. maddenin I. fıkrası yeniden düzenlenerek 550'ye yükseltildi (m. 8).

27.10.1995 tarih ve 4125 sayılı Kanun'la Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yapılan değişiklikle daraltılmış seçim çevresi yönteminden vazgeçilmiş; 550 milletvekilinden 100'ünün % 10'luk ülke barajını aşan siyasi partilerin adaylarından [*d'Hondt* sistemine göre yapılacak] bölme işlemleriyle belirlenecek olanların "ülke seçim çevresi milletvekili" ya da -basında kullanılan niteleme ile- "Türkiye milletvekili" olarak seçilmesi öngörülmüş²¹; basit seçim sayılı çevre barajının 2 ve 3 milletvekili çıkararak seçim çevrelerinde % 25 olarak uygulanması hükmüne bağlanmıştı (4125 sayılı Kanun'la değiştirilen Milletvekili Seçimi Kanunu m. 3, 4 ve 34. ile yeni eklenen m. 34/A). Ancak bu Kanun'un ülke seçim çevresi ile ilgili hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 80 ve 75. maddelerine, çevre barajı ile ilgili hükümleri 67. maddedeki "temsilde adalet" ilkesi ile 76. ve bu yolla 2. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş; buna karşılık % 10 oranındaki ülke seçim barajı, 67. maddedeki "yönetimde istikrar" ilkesine uygun bulunmuştur²². Bunun üzerine 23.11.1995 tarih ve 4138 sayılı Kanun'la Milletvekili Seçimi Kanunu'na eklenen bir geçici madde ile yalnız 20. dönem milletvekili genel seçiminde uygulanmak üzere çevre barajı % 10 olarak belirlenmiş (m. 3 ile eklenen geç. m. 14); ancak bu düzenleme de Anayasa'nın 153. maddesinde ifadesini bulan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir²³.

luşu hakkında daha geniş bilgi için bk. Sanal, age, s. 73-81, 187-195.

²¹ "Türkiye milletvekilliği" ile ilgili olarak bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 100-103.

²² Anayasa Mahkemesi, 18.11.1995, E. 1995/54, K. 1995/59 (AYMKD, S. 31, C. 2, s. 800-867, özellikle s. 844 vd, 852 vd, 864 vd, 866; karşı oy gerekçe ve yazıları s. 867-889).

Bu konuda ayrıca bk. Hikmet Sami Türk, "Demokratik Açılımın Ön Koşulu: Seçim Barajını İndirmek", Cumhuriyet, 8.6.2010, s. 2; Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 103 dn. [1].

²³ Anayasa Mahkemesi, 1.12.1995, E. 1995/56, K. 1995/60 (AYMKD, S. 31, C. 2, s. 890-899, özellikle 898 vd; karşı oy gerekçe ve yazıları s. 900-903).

Bu konuda ayrıca bk. Türk, agm, Cumhuriyet, 8.6.2010, s. 2.

Böylece 24 Aralık 1995 milletvekili genel seçimi, 12 parti ve bağımsız adayların katılımıyla çevre barajı ortadan kalkmış olarak % 10 ülke barajı ile yapılmış ve artık 550 üyeli TBMM’de RP 158, ANAP 132, DYP 135, DSP 76, CHP 49 sandalye kazanmış²⁴; dolayısıyla hiçbir parti, tek başına hükümet kurmaya yeterli bir parlamento çoğunluğuna ulaşamamıştır.

24 Aralık 1995 milletvekili genel seçiminden sonra DYP Genel Başkanı *Tansu Çiller* ile ANAP Genel Başkanı *Mesut Yılmaz*, 3 Mart 1996 günü “dönüşümlü başbakanlık” temelinde bir Ortak Hükümet kurmak için bir protokol imzaladılar. 6 Mart 1996 günü *Mesut Yılmaz*’ın Başbakanlığında kurulan ANAP-DYP Koalisyon Hükümeti, 12 Mart 1996 günü yapılan güven oylamasında 257 kabul, 207 ret ve 80 çekimser oyla güvenoyu aldı. Fakat koalisyon ortakları ANAP ve DYP milletvekillerinin kabul, RP ve CHP milletvekillerinin ret, DSP milletvekillerinin çekimser oy kullandıkları bu güven oylaması sonucunun Anayasa’nın öngördüğü çoğunluğun altında kaldığı iddiasıyla Anamuhalefet Partisi RP’nin Anayasa Mahkemesi’nde açtığı dava, oylamaya ilişkin TBMM Kararının iptali ile sonuçlandı. “Bakanlar Kurulu’nun güvenoyu almış sayılabilmesi için toplantıya katılan 544 üyenin yarısının bir fazlası olan 273 kabul oyu” gerektiği, “Yeni bir İçtüzük kuralı niteliğindeki bu Karar[ın] Anayasa’nın 96. maddesine aykırı” olduğu gerekçesine dayanan, ancak yürürlüğün durdurulması istemini “sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız bir durum ve zarar söz konusu olmadığı” gerekçesiyle reddeden 14.5.1996 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı 6 Haziran 1996 günü Başbakan *Mesut Yılmaz*, Cumhurbaşkanı istifasını sundu²⁵.

Cumhurbaşkanı *Süleyman Demirel* tarafından yeni Hükümeti kurmakla görevlendirilen RP Genel Başkanı ve Konya Milletvekili *Necmettin Erbakan* ile DYP Genel Başkanı *Tansu Çiller* arasında ikişer yıllık sürelerle “dönüşümlü başbakanlık” temelinde bir Koalisyon Hükümeti

²⁴ 24 Aralık 1995 milletvekili genel seçimi sonuçları için bk. Tuncer, age (Osmanlı’dan Günümüze Seçimler), s. 332; Tuncer/Danacı, age, s. 43.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, 14.5.1996, E. 1996/19, K. 1996/13 (T. C. Resmî Gazete, 6.6.1996, s. 27-33, karşı oy yazısı ve değişik gerekçe s. 33-38; AYMKD, S. 32, C. 2, s. 686-695, özellikle 693-695, karşı oy yazısı ve değişik gerekçe s. 695-703. ANAP Genel Başkanı Rize Milletvekili *Mesut Yılmaz*’ın Başbakanlığında ANAP-DYP Ortak Hükümeti hakkında daha geniş bilgi için bk. Sanal, age, s. 85 vd, 197 vd.

ti kurulması konusunda anlaşmaya varıldı. Yeni Bakanlar Kurulu listesi, 28 Haziran 1996 günü Cumhurbaşkanı'nca onaylandı. 8 Temmuz 1996 günü 544 milletvekilinin katılımıyla yapılan güven oylamasında 278 kabul, 265 ret, 1 çekimser oy kullanıldı. RP-DYP Hükümeti döneminde lâik devlet anlayışına aykırı, toplum düzenini dinî temellere dayandırmaya yönelik kaygı verici hareketler ön plâna çıktı. 28 Şubat 1997 günü Cumhurbaşkanı *Demirel*'in başkanlığında yapılan Millî Güvenlik Kurulu toplantısında lâik Cumhuriyete yönelik eylemlere karşı alınması gereken önlemleri gösteren 18 maddelik bir tavsiye kararı oybirliğiyle kabul edildi. Bu arada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, bazı üyelerinin lâiklik ilkesine aykırı davranışları nedeniyle RP'nin kapatılması için Anayasa Mahkemesi'nde dava açtı. Ülkedeki lâiklik karşıtı hareketlerin toplumda yarattığı gerilim tırmanırken, TÜRK-İŞ, DİSK, TESK, TİSK ve TOBB gibi işçi ve işveren kuruluşları, sivil toplum örgütleri Hükümetin çekilmesi yönünde görüş açıklamaya başladılar. Bu gelişmeler üzerine Başbakan *Necmettin Erbakan*, RP-DYP Koalisyon Protokolü'ne uygun olarak Başbakanlığa DYP'nin geçebilmesi için Başbakanlık görevinden çekildiğini 18.6.1997 tarihli bir yazıyla Cumhurbaşkanı'na arz etti²⁶.

İstifayı kabul eden Cumhurbaşkanı *Demirel*, ülkenin içinde bulunduğu koşul-larda çekilen Hükümetin yarattığı bunalımın devamı anlamına gelebilecek bir görevlendirme yerine, *Mesut Yılmaz*'ı yeni Hükümeti kurmakla görevlendirdi. Cumhurbaşkanı *Demirel*, *Yılmaz*'ın görevi iade etmesi gerektiğini, O'nun kuracağı Hükümete ret oyu vereceklerini belirten RP, DYP ve BBP milletvekilleri ile 3 bağımsız milletvekilinin Cumhurbaşkanı'na Özel Kalem Müdürlüğüne 278 imzalı bir "deklarasyon" teslim etmeleri üzerine 28 Haziran 1997 günü kamuoyuna hareket tarzını ve bu konudaki gelişmeleri anlatan anayasal gerekçeleriyle açıklayan bir bildiri yayımladı. Cumhurbaşkanı *Demirel*, özetle, kendisinin bu sıfatla "Meclis'in ikinci plâna itilmesine razı" olmadığını, 21 yıl çatısı altında görev yaptığı ve Büyük *Atatürk*'ün "en büyük eserim" dediği TBMM'nin bunalıma en doğru çareyi bulacağından herkesin emin olması gerektiğini belirtiyordu.

²⁶ RP Genel Başkanı Konya Milletvekili *Necmettin Erbakan*'ın Başbakanlığında RP-DYP Koalisyon Hükümetinin kuruluşu ve *Erbakan*'ın çekilmesine yol açan olaylar hakkında geniş açıklamalar için bk. Sanal, age, s. 87-91, 199 vd.

ANAP Genel Başkanı Rize Milletvekili *Mesut Yılmaz*'ın Başbakanlığında 55. Cumhuriyet Hükümeti olarak kurulan ve ANAP, DSP, DTP ve 1 bağımsızdan oluşan Koalisyon Hükümetinin listesi 30 Haziran 1997 günü Cumhurbaşkanı'nca onaylandı. 12 Temmuz 1997 günü 539 milletvekilinin katılımıyla yapılan güven oylamasında III. *Yılmaz* Hükümeti, 55. Cumhuriyet Hükümeti olarak 281 kabul, 256 ret ve 2 çekimser oyla güvenoyu aldı²⁷.

1998 sonuna kadar iktidarda kalan üç partili Koalisyon Hükümeti, aslında bir azınlık hükümeti idi; CHP'nin desteğiyle görev başındaydı. CHP'nin bu desteği çekmesi üzerine; önce Devlet Bakanı *Güneş Taner*, hakkındaki gensoru önergesinin görüşülmesi sırasında güvensizlik önergesiyle düşürülmüş; arkadan Başbakan *Mesut Yılmaz* başkanlığındaki 55. Hükümet düşürülmüştür. 56. Hükümet ise, DSP Genel Başkanı ve İstanbul Milletvekili *Bülent Ecevit*'in Başbakanlığında ülkeyi seçime götürecektir bir DSP azınlık hükümeti olarak kurulmuştur.

Bu Hükümet zamanında 20 siyasî parti ve bağımsız adayların katılımıyla 18 Nisan 1999 günü yine çevre barajı olmaksızın % 10 ülke barajı ile yapılan 21. yasama dönemi milletvekili genel seçiminde 550 üyeli TBMM'de DSP 136, MHP 129, FP 111, ANAP 86, DYP 85, Bağımsızlar 3 sandalye kazanmış²⁸; dolayısıyla bu seçimde de hiçbir parti, tek başına hükümet kurmaya yeterli bir parlamento çoğunluğuna ulaşamamıştır. Böyle olduğu hâlde bu dönemde Meclis'te bulunan tüm siyasî partilerin uzlaşmasıyla kabul edilen ve temel hak ve özgürlükler konusunda Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri çizgisine getiren 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la 1982 Anayasası'nda şimdiye kadarki en kapsamlı değişiklikler yapıldı.

Yine 21. yasama döneminde DSP Genel Başkanı ve İstanbul Milletvekili *Bülent Ecevit*'in Başbakanlığında kurulan ve yaklaşık üç buçuk yıl devam eden DSP-MHP-ANAP Koalisyon Hükümeti de, bu dönemde siyasî uzlaşma kültürünün bir örneği olarak tarihe geçecektir.

²⁷ ANAP Genel Başkanı Rize Milletvekili *Mesut Yılmaz*'ın Başbakanlığında kurulan ve basında "Anasol-D" olarak adlandırılan ANAP-DSP-DTP Koalisyon Hükümetinin kuruluş süreci ile ilgili geniş açıklamalar için bk. Sanal, age, s. 91-100, 201 vd.

²⁸ 18 Nisan 1999 milletvekili genel seçimi sonuçları için bk. Tuncer, age (Osmanlı'dan Günümüze Seçimler), s. 334; Tuncer/Danacı, age, s. 44.

Henüz beş yıllık yasama döneminin bitmesine bir buçuk yıllık bir süre varken alınan erken genel seçim kararı nedeniyle 3 Kasım 2002 günü 18 siyasî parti ve bağımsız adayların katılımıyla yapılan ve –bir parti (AK Parti veya kısaca AKP) dışında– Meclis'teki tüm partilerin dışarıda kalması ve 21. dönemde Meclis dışında kalan CHP'nin yeniden Meclis'e girmesiyle sonuçlanan 22. dönem milletvekili genel seçimi, iki partili bir parlamento yapısı getirmiştir. Bu seçimde AKP 363, CHP 178, Bağımsızlar 9 sandalye kazanmışlardır²⁹. Bu seçimin dikkati çeken önemli bir özelliği, ülke genelinde geçerli oyların % 34.29'unu alan AKP, % 19.38'ini alan CHP ve % 1'ni alan Bağımsızların toplam oy oranlarının ancak 54.67'ye ulaşması, dolayısıyla toplam geçerli oyların % 45.33'ünün Meclis'te temsil edilmemesidir. Bu durum, bu oyların bir bölümünün siyasî partiler ve bağımsız adaylar arasında milletvekili çıkarmaya yetmeyecek kadar dağılması yanında önemli ölçüde % 10 oranındaki ülke seçim barajından kaynaklanmaktadır³⁰. Eğer ülke seçim barajı, örneğin % 5 olsaydı; 18 siyasî partinin katıldığı bu seçimde DYP % 9.56, MHP % 8.35, GP % 7.26, DEHAP % 6.23 ve ANAP % 5.12 oranındaki oylarıyla milletvekili çıkarabilir; böylece Meclis'te sandalye kazanan parti sayısı 7 olabilirdi.

Bu çarpıklık, 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçiminden sonra 2003 yılında iki vatandaşımız tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Protokol'ün [serbest seçim hakkı ile ilgili] 3. maddesine dayanılarak Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı açılan davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararda da dile getirilmiş; Türkiye'de uygulanan % 10 ülke barajının Avrupa'daki en yüksek oran olarak görüldüğü, istikrarlı parlamento çoğunluklarının oluşturulması amacından vazgeçmeksizin çeşitli siyasî eğilimlerin optimum temsilini sağlamak üzere baraj oranının düşürülmesi ve/veya düzel-

²⁹ 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimi sonuçlarına ilişkin 9.11.2002 tarih ve 883 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı için bk. T. C. Resmî Gazete, 10.11.2002, S. 24932, s. 41-44; 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimi sonuçları için ayrıca bk. Tuncer/Danacı, age, s. 46; Erol Tuncer/Coşkun Kasapbaş/Bülent Tuncer, Seçim 2002. 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimleri Sayısal ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2003 (TESAV Yayınları No. 20), s. 62; krş. Erdoğan Günel, Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri, Ankara 2005 (Turhan Kitabevi Yayınları), s. 149 (Bu sayfadaki Tablo XV'te 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimi sonuçları, AKP 365, CHP 177, Bağımsızlar 8 olarak gösterilmiştir.)

³⁰ Aynı yönde bk. Tuncer/Kasapbaş/Tuncer, age, s. 67 vd; Günel, age, s. 149 vd.

tici dengeler getirilmesi temenniye değer olmakla birlikte, bu konuda ulusal düzeyde karar verecek olanlara yeterli genişlikte bir takdir alanı bırakmak gerektiği, zaten Türk toplumunda çok tartışılan seçim sistemi konusunda gerek Parlâmento'da, gerek sivil toplumun önde gelen kişileri tarafından barajın etkilerini düzelterek çeşitli öneriler yapıldığı; Mahkeme'ce Türkiye'nin Ek 1. Protokol'ün [serbest seçim hakkı ile ilgili] 3. maddesi çerçevesindeki takdir hakkının dışına çıktığının düşünülmediği belirtilmiştir³¹.

3 Kasım 2002 seçiminden sonra 58. Hükümet, AKP Genel Başkan Yardımcısı ve Kayseri Milletvekili *Abdullah Gül* tarafından kuruldu. Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliği ve ara seçimleri ile ilgili 76 ve 78. maddeleri ve Siyasî Partiler Kanunu'nun siyasî partilere üyelikle ilgili 11., Milletvekili Seçimi Kanunu'nun ara seçimi, milletvekili seçilemeyecek olanlar ve bir seçim çevresinde yapılan seçimin seçim işlemleri nedeniyle iptaline karar verildiği takdirde yeniden seçim için oy verme günü ile ilgili 7, 11 ve 39. maddelerinde yapılan değişikliklerle *Recep Tayyip Erdoğan*'ı engelleyen siyasî yasaklar kaldırıldıktan ve milletvekili seçilmesine olanak sağlandıktan sonra³²; Yüksek Seçim Kurulu'nca Pervari ilçesinin bir köyünde toplam 706 seçmenin kayıtlı olduğu üç sandıkta sandık kurulları usulüne uygun olarak oluşturulmadığı için iptal edilen Siirt milletvekili seçimi³³, 9 Mart 2003 günü yenilendi. 4 partinin katılımıyla yapılan bu seçimde geçerli oyların % 84.8'ini alan AKP'nin adayı olarak milletvekili seçilen *Erdoğan*³⁴, Gül Hükümetinin 11 Mart 2013 günü çekilmesi üzerine aynı gün Cumhurbaşkanı *Ahmet Necdet Sezer* tarafından yeni Hükümeti kurmakla görevlendirildi. Böylece *Erdoğan*'ın Başbakan, *Gül*'ün Dışişleri Bakanı ve Başbakan Yardımcısı olduğu 59. Hükümet kuruldu.

³¹ European Court of Human Rights, 30.1.2007, Case of Yumak and Sadak v. Turkey, Judgment, s. 1, 17 vd. Bu Kararın daha geniş bir özeti için bk. Türk, agm (Demokratik Açılışın Ön Koşulu: Seçim Barajını İndirmek).

³² Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yapılan değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Tuncer/Kasapbaş/Tuncer, age, s. 83-85.

³³ Yüksek Seçim Kurulu'nun "3.11.2002 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçiminde Siirt İli seçim çevresinde yapılan seçimin 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 39/2-3. maddesi çerçevesinde seçim işlemleri nedeniyle iptaline" ilişkin 2.12.2002 tarih ve 978 sayılı Kararı için bk. T. C. Resmî Gazete, 8.12.2002, S. 24957; Tuncer/Kasapbaş/Tuncer, age, s. 81 vd.

³⁴ 9 Mart 2003 günü Siirt'te yapılan yenileme seçimi sonuçlarına ilişkin 11.3.2003 tarih ve 212 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı için bk. T. C. Resmî Gazete, 11.3.2003, S. 25045; bu konuda toplu bilgi için bk. Tuncer/Kasapbaş/Tuncer, age, s. 85 vd.

22. yasama döneminde Cumhurbaşkanı *Sezer*'in görev süresinin dolması üzerine, yeni Cumhurbaşkanı seçiminin TBMM toplantı yetersayısı konusunda ortaya atılan bir iddianın Anayasa Mahkemesi'nce de benimsenmesi ve seçimin Anayasa'nın 102. maddesinde öngörülen süre içinde sonuçlandırılmayacağına anlaşılması üzerine; aynı madde gereğince öne alınan milletvekili genel seçimi 22 Temmuz 2007 günü yapıldı³⁵. Ancak bu arada 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişiklikleri arasında Cumhurbaşkanının nitelikleri ve tarafsızlığı ile seçimine ilişkin 101 ve 102. maddeler yeniden düzenlendi; bu değişiklikler 21 Ekim 2007 günü yapılan halkoylamasıyla kabul edildi.

14 siyasi parti ve bağımsız adayların katılımıyla 22 Temmuz 2007 günü % 10 ülke barajı ile yapılan 23. yasama dönemi milletvekili genel seçiminde MHP İstanbul 3. No.lu seçim çevresi adayı *Atıla Kaya*'nın aday listelerinin kesinleşmesinden sonra ölümü (MvSK m. 25) nedeniyle 549 milletvekilinden oluşan TBMM üyeliklerinin seçime katılan 14 partiden 3'ü ile Bağımsızlar arasındaki dağılımı şöyledir: AKP 341,

³⁵ 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in 7 yıllık görev süresi 16 Mayıs 2007'de dolduğu için Anayasa'nın o tarihte yürürlükte olan 102. maddesi uyarınca bu tarihten 30 gün önce başlayan 11. Cumhurbaşkanı seçimi için ilk oylama, 10 günlük aday bildirim süresinden sonra, 27 Nisan 2007 günü yapıldı; fakat 102. maddede Cumhurbaşkanı seçiminde ilk iki oylama için öngörülen üçte iki çoğunluğa (367 oya) ulaşamadı. Konu, Cumhurbaşkanı seçiminde TBMM toplantı yetersayısı olarak da üçte iki çoğunluk aranması gerektiği yolunda önceki uygulamalara ters düşen bir iddia ile Anamuhalefet Partisi CHP tarafından Anayasa Mahkemesi'ne taşındı. Bu hatalı görüşü benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin ilk oylamayı iptal etmesi üzerine, 6 Mayıs 2007 günü ilk oylamanın yenilenmesine karar verildi. Fakat bu oylamada da Anayasa Mahkemesi'nce benimsenen hatalı yoruma göre toplantı yeter-sayısı olarak aranan üçte iki çoğunluk sağlanamadığı için; tek aday olarak kalan Abdullah Gül adaylıktan çekildi. Böylece Cumhurbaşkanı seçiminin 102. maddede öngörülen 30 günlük süre içinde sonuçlandırılmayacağı anlaşıldığı için, aynı madde gereğince öne alınan milletvekili genel seçimi 22 Temmuz 2007 günü yapıldı. Bu süreç hakkında toplu bilgi için bk. Erol Tuncer, Seçim 2007. 22 Temmuz 2007 Milletvekili Genel Seçimleri, Sayısal ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2007 (TESAV Yayınları No. 31), s. 3 vd. Cumhurbaşkanı seçiminde TBMM toplantı yetersayısı olarak 367 milletvekili gerektiği yolundaki hatalı görüşü benimseyen Anayasa Mahkemesi'nin 1.5.2007 tarih ve E. 2007/45, K. 2007/21 (Yürürlüğü Durdurma) ve 1.5.2007 tarih ve E. 2007/45, K. 2007/54 sayılı kararları için sırasıyla bk. T.C. Resmî Gazete, 3.5.2007, S. 26511, s. 70; AYMKD, S. 44, C. 2, s. 943 vd; T.C. Resmî Gazete, 27.6.2007, S. 26565, s. 107-120; AYMKD, S. 44, C. 2, s. 945-962, karşı oy ve ek gerekçe yazıları: 962-983). Bu konudaki tartışmalar için bk. Hikmet Sami Türk, Nasıl Bir Anayasa Değişikliği?, Ankara 2014 (Yetkin Yayınları), s. 131 vd+ dn. 3 "Anayasa Değişikliği, Yargı Denetimi ve Türban Kararı".

CHP 112, MHP 70, Bağımsızlar 26³⁶. Bu seçimde Meclis'e giren 3 parti ile Bağımsızların oy oranları AKP % 46.58, CHP % 20.88, MHP % 14.27, Bağımsızlar % 5.24 = Toplam % 86.97. Meclis'te temsil edilmeyen seçmen oylarının oranı ise % 13.03'tür³⁷. Eğer ülke seçim barajı, % 5 olsaydı; Meclis'e girecek parti sayısı, % 5.42 oranında oy alan DP ile 4 olacaktı.

Yeni Meclis, 28 Ağustos 2007 günü AKP Kayseri Milletvekili *Abdullah Gül*'ü 11. Cumhurbaşkanı seçti. 60. Hükümet, AKP İstanbul Milletvekili *Recep Tayyip Erdoğan* tarafından kuruldu.

31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun'la yapılan ve 21 Ekim 2007 günü halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişiklikleri arasında TBMM'nin seçim dönemi "dört yıl" olarak değiştirildiği için (AY m. 77/1); 24. yasama dönemi milletvekili genel seçimi 12 Haziran 2011 günü yapıldı. 15 siyasî parti ve bağımsız adayların katıldığı, % 10 ülke barajının uygulanmaya devam edildiği bu seçimde AKP 327, CHP 135, MHP 53, Bağımsızlar 35 milletvekilliği kazanmışlardır³⁸. Bu seçimde Meclis'e giren 3 parti ile Bağımsızların oy oranları AKP % 49.83, CHP % 25.98, MHP % 13.01, Bağımsızlar % 6.57 = Toplam % 95.39. Meclis'te temsil edilmeyen seçmen oylarının oranı ise % 4.61'dir³⁹. Eğer ülke seçim barajı, % 5 olsaydı; durumda herhangi bir değişiklik olmayacaktı. % 10 ülke seçim barajının çoğunluk sisteminin etkilerini gösterdiği, seçmenlerin oylarını zıyan etmemek için kazanma şansı olan parti ve adaylara yöneldikleri anlaşılmaktadır.

³⁶ 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçimi sonuçlarına ilişkin 30.7.2007 tarih ve 739 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı için bk. T. C. Resmî Gazete, 30.7.2007, S. 26598 Mükerrer, s. 1-3, MHP İstanbul 3 No. lu Seçim Çevresi adayı Atilla Kaya'nın ölümü ile ilgili olarak s. 40; krş. Tuncer, age (Seçim 2007), s. 67 (Yazar, MHP'nin milletvekili sayısını 71, TBMM toplam üye sayısını 550 olarak vermektedir.)

³⁷ Bk. Tuncer, age (Seçim 2007), s.74, 75+dn. 1.

³⁸ 12 Haziran 2011 milletvekili genel seçimi sonuçlarına ilişkin 23.6.2011 tarih ve 1030 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı için bk. T. C. Resmî Gazete, 23.6.2011, s. 3-5; 12 Haziran 2011 milletvekili genel seçimi sonuçları için ayrıca bk. Erol Tuncer, Seçim 2011. 12 Haziran 2011 Milletvekili Genel Seçimleri, Sayısal ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2011 (TESAV Yayınları No. 37), s. 59.

³⁹ Krş. Tuncer, age (Seçim 2011), s. 62 vd (Yazar, BDP destekli Bağımsızların oy oranını % 5.67, Parlâmento'da temsil edilmeyen oyların oranını % 5.51 vermekte, bunun % 4.61'inin siyasî partilere, % 0.90'ının Bağımsızlara ait olduğunu ifade etmektedir.)

12 Haziran 2011 milletvekili genel seçiminden sonra da yeni (61.) Hükümet, AKP İstanbul Milletvekili *Recep Tayyip Erdoğan* tarafından kuruldu. Seçimin önemli sonuçlarından biri, tek başına hükümet kurma konusunda rahat bir çoğunluk kazanan iktidar partisinin tek başına Anayasa değişikliği yapabileceği bir çoğunluğa ulaşmamış, bu konuda diğer partilerle geniş bir mutabakat zemininde buluşma zorunluluğunun ortaya çıkmış olmasıdır.

III. TÜRKİYE'DE UYGULANAN SEÇİM SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

Günümüz Türkiye'sinde çeşitli makamlarda görev yapan kişi organlar ve kurul organlar için yapılan seçimlerin türüne göre çoğunluk ve nispi temsil sistemlerinin değişik biçimleri uygulanmaktadır. Bunları ana çizgileriyle iki büyük grupta inceleyebiliriz:

A- Çoğunluk Sistemleri

Bu gruptaki sistemler, bir seçim çevresinde kaç kişi seçileceğine ve aranan çoğunluğun kaç oylamada elde edileceğine göre farklı özellikler gösterirler. Böylece tek veya çok adlı, tek veya iki turlu çoğunluk sistemleri karşımıza çıkar. Tek veya çok adlı çoğunluk sistemlerini temel ayırım, tek veya iki turlu çoğunluk sistemlerini ikincil ayırım olarak almak suretiyle hangi organların ya da hangi organların bir bölümünün nasıl seçildiklerini şöyle özetleyebiliriz:

Tek Adlı/Dar Bölgeli Çoğunluk Sistemi

Bir seçim çevresinde tek kişinin seçildiği durumlarda uygulanan sistem, zorunlu olarak çoğunluk sistemidir. Bir ülkedeki tüm seçim çevrelerinin buna göre düzenlenmesi, o ülkede "tek adlı çoğunluk sistemi" ya da -yaygın terimle- "dar bölge sistemi" olarak da adlandırılan "dar bölgeli çoğunluk sistemi" uygulandığı anlamına gelir⁴⁰. 2972 sayılı Kanun'a göre; belediye başkanı seçiminde her belde, büyükşehir belediye başkanı seçiminde -6.12.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun m.

⁴⁰ "Tek adlı çoğunluk" ya da "dar bölgeli seçim sistemi" hakkında bk. Türk/Tuncer, age, s. 9-14 (Türk); Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 5 vd; Türk, agb, s. 79.

29 ile değişik tanımla- "büyükşehir belediye sınırları", mahalle muhtarlığı için mahalle, köy muhtarlığı için köy, seçim çevresidir (m. 3/II, 4, 32/I). "Büyükşehir belediye sınırları", -6360 sayılı Kanun m. 4 ve 6 ile değişik- 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na göre "il mülkî sınırları" anlamına gelmektedir (m. 3/a, 5).

a) Cumhurbaşkanlığı Seçimi

Anayasa'mızın 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun'la değiştirilip 21 Ekim 2007 günü halkoylamasıyla kabul edilen hükümleri arasında Cumhurbaşkanlığı seçimi, öncelikli konu olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre Cumhurbaşkanı, artık doğrudan doğruya halk tarafından seçilecektir (m. 101/I). Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı seçiminde seçim çevresi, bütün Türkiye ve yurt dışında yaşayan vatandaşlarımız bakımından buldukları ülkelerdir.

Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olacaktır. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, onu izleyen ikinci Pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy alan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur (m. 102/II).

Aynı hükümler, 19.1.2012 tarih ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu'nda da yer almıştır (m. 4/1).

Görüldüğü gibi, halkın oylarıyla yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimi, gerek Anayasa'da, gerek Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu'nda tek turda nitelikli çoğunlukla sonuçlanabilen, bu olmazsa ikinci turda basit çoğunlukla tamamlanan bir seçim olarak düzenlenmiştir.

b) Belediye ve Büyükşehir Belediye Başkanlığı Seçimi

18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'a göre; "çoğunluk sistemi" uygulanan belediye başkanı seçimlerinde sandık kurullarınca gönderilen tutanaklar ilçe seçim kurulu tarafından birleştirilerek en çok oy alan aday, başkan seçilmiş olur (m. 2/II).

Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na göre; "Büyükşehir belediye başkanı, ilgili kanunda gösterilen esas ve usullere göre büyükşehir belediyesi sınırları içindeki seçmenler tarafından doğrudan seçilir."

(m. 17/I c. 2). İlgili Kanun olan 2972 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir belediye başkanı seçimlerinde ilçelerden gönderilen birleştirme tutanakları il seçim kurulu tarafından birleştirilerek en çok oy alan aday, büyükşehir belediye başkanı seçilmiş olur (m. 2/II, 22).

Görüldüğü gibi, ilçe veya illerde belediye ve büyükşehir belediye başkanları seçimleri, tek turda en çok oy alan adayların seçimiyle tamamlanan, nitelikli çoğunluk aranmayan, basit çoğunluğun yeterli olduğu tek adlı çoğunluk sistemine göre yapılmaktadır.

c) Mahalle ve Köy Muhtarları Seçimi

Yakın zamana kadar tek adlı çoğunluk sistemine göre yapılan mahalle ve köy muhtarları seçimleri, –aşağıda görüleceği gibi, 2972 sayılı Kanun’da 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun m. 30 ile yapılan değişiklikten sonra– çok adlı çoğunluk sistemi içinde gerçekleştirilecektir (m. 32/IV).

2 . Çok Adlı/Geniş Bölgeli Çoğunluk Sistemi

Bir seçim çevresinde aynı seçimde birden çok kişinin seçildiği durumlarda “çok adlı çoğunluk sistemi” ya da “geniş bölge sistemi” veya “geniş bölgeli çoğunluk sistemi” söz konusudur. Bu sistem, her seçim çevresinde adaylar genellikle bir liste hâlinde seçmenlere sunulduğu için (örneğin 2972 sayılı Kanun m. 10/IVc, 32/III); “listeli çoğunluk” veya “liste usulü çoğunluk sistemi” olarak da adlandırılır⁴¹. Seçim çevresi, yapılan seçime göre belde, mahalle veya köy olabilir. 2972 sayılı Kanun’a göre; belediye meclisi kontenjan adayları seçiminde her belde, ihtiyar heyeti seçiminde mahalle, ihtiyar meclisi seçiminde köy, seçim çevresidir (m. 3, 32/I).

a) Belediye Meclisi Seçiminde Kontenjan Adayları

2972 sayılı Kanun, siyasi partilerin üye sayısı 9’dan çok olan belediye meclisleri için her birinin üye sayısına göre artan sayıda kontenjan adayı göstermelerini öngörmektedir. Kural olarak onda bir oranında kesme barajlı *d’Hondt* usulü nispî temsil sistemi uygulanan belediye

⁴¹ Metinde belirtilen çeşitli adlarla ifade edilen çok adlı veya geniş bölgeli çoğunluk sistemi hakkında bk. Türk, agb, s. 79; ayrıca Türk/Tuncer, age, s. 5 (Türk).

meclisi seçimlerinde üye sayısının 9'dan çok olması durumunda belirli sayıda üyenin kontenjan adayı olarak çoğunluk sistemine göre seçilmesi düzenlenmiş, böylece karma bir seçim sistemi ortaya çıkmıştır. Bu düzenlemeye göre; "Siyasî partiler, belediye meclis üye sayısı 9 ve 11 olan beldelerde bir, 15 olan beldelerde iki, 25 ve 31 olan beldelerde üç, 37 olan beldelerde dört, 45 olan beldelerde beş, 55 olan beldelerde altı adet [!] kontenjan adayı gösterir-ler." Kontenjan adayları, aday listelerinde nispi temsil sistemine göre seçilen diğer adayların "sıralamasına dahil edilmeyerek kontenjan adayı" olarak ayrıca yazılırlar (m.10/IV c). Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde "geçerli oyların en çoğunu almış olan siyasî partinin kontenjan adayları belediye meclis üyeliğini kazanmış olurlar." (m. 23/a.VI c. 2). Böylece belediye meclisleri seçimlerinde nispi temsil yanında 1'den 6'ya kadar "kontenjan adayı" için tek adlı veya çok adlı (listeli) çoğunluk sistemine yer veren karma bir sistem uygulanmaktadır⁴².

b) Köy ve Mahalle Muhtarı, İhtiyar Heyeti ve İhtiyar Meclisi Seçimleri

2972 sayılı Kanun, köy ihtiyar meclisine, son genel nüfus sayımı sonuçlarına göre nüfusu 1.000'e kadar olan köylerde 8, 1.001'den 2.000'e kadar olan köylerde 10, 2.000'den çok olan köylerde 12 üye seçilmesini; oyların tasnifi sonucunda nüfusu 1.000'e kadar olan köylerde ilk 4 üyenin, 1.001'den 2.000'e kadar olan köylerde ilk 5 üyenin, 2.000'den çok olan köylerde ilk 6 üyenin asıl, geri kalanların yedek üye olmasını; mahalle ihtiyar heyetine 8 üye seçilmesini; oyların tasnifi sonucunda en çok oy alan 4 üyenin asıl, geri kalanların yedek üye olmasını öngörmektedir (m. 30/a-b).

2972 sayılı Kanun'un 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun m. 30 ile değişik düzenlemesine göre; muhtar ile ihtiyar meclisi veya heyeti seçimlerinde, muhtar ile ihtiyar meclisi veya heyeti üye sayısı kadar ismin birlikte yazılı olduğu oy pusulası kullanılır. Oy pusulası Yüksek Seçim Kurulu'nca hazırlanan özel zarfa konularak oy sandığına atılır (m. 32/III). Seçimler, -2972 sayılı Kanun'un ifadesiyle- "ekseriyet sistemine göre yapılır" (m. 32/IV). Farklı bir hüküm bulunmadığı için bu

⁴² Türk, age (Seçim Hukukununun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 298; Türk, agb, s.101.

seçimler, çok adlı çoğunluk sistemine göre tek turda basit çoğunlukla gerçekleşmektedir. Muhtar ile ihtiyar meclisi veya heyeti üyelerinin aynı oy pusulasıyla seçilmesini öngören bu düzenleme, liste usulü çoğunluk sisteminin yeni bir uygulamasıdır.

B - Nispî Temsil Sistemleri

1. Milletvekili Seçimleri

Yukarıda görüldüğü gibi, 1961 Anayasası döneminde nispî temsil sistemi, çevre barajlı *d'Hondt*, millî bakiye (ulusal artık) ve barajsız *d'Hondt* türleriyle uygulandıktan sonra; -o dönemin siyasi istikrarsızlıklarına bir tepki olarak- 1982 Anayasası döneminde önce daraltılmış seçim çevrelerinde % 10 ülke barajı ile birlikte çevre barajlı *d'Hondt* olarak; sonra Milletvekili Seçimi Kanunu'nda 23.11.1995 tarih ve 4138 sayılı Kanun'la yapılan ve bugün de yürürlükte olan düzenlemeye göre; çıkaracağı milletvekili sayısı 18'e kadar olan iller bir seçim çevresi sayılmak, 19'dan 35'e kadar olan iller iki, 26 ve daha çok olan iller üç seçim çevresine bölünmek suretiyle belirlenen seçim çevrelerinde (m. 4) ve Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1995 tarih ve E. 1995/54, K. 1995/59 Kararı'yla çevre barajının iptalinden sonra % 10 ülke barajlı *d'Hondt* olarak uygulanmaya devam etmektedir (m. 33-34).

Yerel Yönetimler Seçimleri

Seçim çevresi, yapılan seçime göre ilçe, belde veya il sınırları olabilir. 2972 sayılı Kanun'a göre; il genel meclisi üyeleri seçiminde her ilçe, belediye meclisi üyeleri seçiminde her belde, seçim çevresidir (m. 3, 32/I). Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na göre, "Büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülkî sınırlarıdır. İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülkî sınırlarıdır." (12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun'la değişik m. 5

a) İl Genel Meclisi ve Belediye Meclisi Seçimleri

1961 Anayasası döneminde il genel meclisi ve belediye meclisi seçimlerinde *d'Hondt* usulü nispî temsil sistemi herhangi bir baraj olmaksızın uygulanmıştır⁴³.

⁴³ 13 Mart 1329 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyet Kanunu'na 19.7.1963 tarih ve 306

1982 Anayasası döneminde çıkarılan 18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun ise, il genel meclisi ve belediye meclisi üyelikleri için yapılan seçimlerde “onda birlik baraj uygulamalı nispi temsil sistemi” uygulanacağını belirtmektedir. Şöyle ki: Bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oylar toplamının “onda birine tekabül eden sayı”, seçime katılan bütün partilerin ve bağımsız adayların aldıkları oy sayılarından ayrı ayrı çıkarılır. Bu Çıkarmadan sonra geriye oyu kalmayan partiler ve bağımsız adaylar, üyelik tahsisinde hesaba katılmaz. Diğer partiler ve bağımsız adayların oyları ise, *d'Hondt* sistemine göre bölünür ve elde edilen payların büyüklük sırasına göre üyelikler (belediye meclislerinde “kontenjan adayları” dışındaki üyelikler), ilgili partilere ve bağımsız adaya büyüklük sırasına göre tahsis edilir (m. 23/a). “Kesme baraj” olarak da adlandırılabilir onda bir indirimli baraj, klâsik çevre barajına oranla küçük partiler zararına daha etkili biçimde işleyen, büyük partilere bir ek prim veren bir yöntem niteliğindedir⁴⁴.

Seçime katılan bütün partilerin ve bağımsız adayların aldıkları oyları “onda birlik” geçersizlik indirimine tâbi tutan bu barajın Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası, Anayasa’nın belirli bir seçim sistemi öngörmediği, yapılan işlemlerin “birer hesap işi” olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nce reddedilmiştir⁴⁵.

b) Büyükşehir Belediye Meclislerinin Oluşumu

Büyükşehir Belediyesi Kanunu’na göre; “Büyükşehir belediye meclisi, büyükşehir belediyesinin karar organıdır ve ilgili kanunda gösterilen esas ve usullere göre seçilen üyelerden oluşur. Büyükşehir belediye başkanı büyükşehir belediye meclisinin başkanı olup, büyükşehir içindeki diğer belediyelerin başkanları, büyükşehir belediye meclisinin doğal üyesidir.” (m. 12/I-II). İlgili Kanun olan 2972 sayılı Kanun’un 6. maddesinde “Büyükşehir belediye meclisine katılacak

sayılı Kanun’la eklenen ek m. 9/A-B, 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu’na 19.7.1963 tarih ve 307 sayılı Kanun’la eklenen ek m. 9/A-B.

⁴⁴ Türk, agb, s. 98; 2972 sayılı Kanun ve “onda birlik baraj” hakkında eleştirel değerlendirmeler için bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s.278, 279, 281-288, 295-299.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 1.3.1984, E. 1984/1, K. 1984/2 (T.C. Resmî Gazete, 1.5.1984, S. 18388, s. 7-33, özellikle 19-24, 32; AYMKD, S. 20, s. 161-205, özellikle 181-192, 204.

üye sayısı" gösterilmiştir. Bu maddeye göre; büyükşehir belediye meclisleri, belediye sınırları içinde kalan ilçe seçim çevreleri için tespit edilen belediye meclisleri üye sayısının her ilçe için beşte biri alınmak suretiyle bulunacak toplam sayı kadar üyeden oluşur. Bu hesaplamada artık sayılar dikkate alınmaz. Yedek üyelikler de aynı usulle hesaplanır. (m. 6/a-b). 6. maddede tespit olunan büyükşehir belediye meclisi üyeleri, her ilçe ve ilk kademe belediyesi için seçilmiş olan asıl üyelerin seçiliş sırasına göre baştan başlayarak yeter sayıya kadar inilmek suretiyle bulunur. Yedek üyelikler de aynı usulle hesaplanır. (10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Kanun'la değişik m. 24/a-b).

Görüldüğü gibi, büyükşehir belediye meclisleri için ayrı bir seçim yapılması söz konusu değildir. Bu meclisler, büyükşehir belediye başkanının başkanlığında büyükşehir içindeki belediyelerin başkanları ile bu belediyelerin meclislerinden yukarıda belirtilen usule göre gelecek üyelerden oluşmaktadır. Dolayısıyla büyükşehir belediye meclisi üyeleri iki görevi birlikte yürütmek durumundadırlar.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

1982 Anayasası döneminde Türkiye'de uygulanan seçim sisteminin belirgin özelliği olan % 10 baraj, –şüphesiz her seçimi etkileyen siyasal, ekonomik ve sosyal ortam içinde seçim sisteminin payı ölçüsündeki etkileriyle değerlendirildiğinde– şu özellikler dikkati çekmektedir:

1. Ülkemizde *d'Hondt* usulü nispî temsil sisteminin % 10 ülke barajı ve çevre barajı ile birlikte uygulandığı 6 Kasım 1983 milletvekili genel seçiminde 3, 29 Kasım 1987 milletvekili genel seçiminde 3, 20 Ekim 1991 milletvekili genel seçiminde 5 parti; yine *d'Hondt* usulü nispî temsil sisteminin çevre barajı olmaksızın % 10 ülke barajı ile uygulandığı 24 Aralık 1995 milletvekili genel seçiminde 5, 18 Nisan 1999 milletvekili genel seçiminde 5, 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçiminde 2, 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçiminde 3, 12 Haziran 2011 milletvekili genel seçiminde 3 parti Meclis'e girmiş; 18 Nisan 1999 milletvekili genel seçiminden itibaren de bağımsız adaylar giderek artan sayılarla milletvekili seçilmişlerdir. Özetle 1982 Anayasası döneminde şimdiye değin yapılan 8 milletvekili genel seçiminin ilk ikisinde 3'er, izleyen üçünde 5'er, birinde yalnız 2, son ikisinde 3'er

parti Meclis'te yer almıştır. İlk iki milletvekili genel seçimi sonucunda Meclis'te 3 parti ile sınırlı kalan siyasî yelpaze, izleyen üç seçimde genişleyerek 5 partiye çıkmış, birinde daralarak 2 partiye düşmüş, son ikisinde sınırlı bir genişleme ile yeniden 3 partili olmuştur.

Bu arada tek başlarına % 10 ülke seçim barajını aşamayacak partilerin güçlü partilerin listelerinden adaylık yoluyla ya da bağımsız adaylarla Meclis'e girebildiklerini, böylece Meclis'te fiilen temsil edilen parti sayısının genellikle seçim kazanan parti sayısının üstünde olduğunu de unutmamak gerekir.

% 10 ülke barajının siyasî partileri zorladığı alternatiflerin sonucu olan bu durumlar bir yana bırakılırsa; açıkça görülen şudur: % 10 ülke barajı, çevre barajı olmasa da, oyların partiler arasında dağılması nedeniyle 5 partili, fakat çoğunlukla 3 partili, –şimdiye hükümet değin bir defa da olsa– 2 partili bir parlamento yapısı ortaya çıkarmaktadır.

2. 1982 Anayasası döneminde şimdiye değin yapılan 8 milletvekili genel seçiminin ilk ikisinde 3'er, izleyen üçünde 5'er, birinde yalnız 2, son ikisinde 3'er partinin Meclis'e girmesi, genelde seçmenlerin partiler arasındaki tercihlerinin bir seçimden ötekine kolayca değişmediğini, belirli bir kararlılık içinde kaldığını göstermektedir. Bu bağlamda kırılma çizgisi, yalnız 2 partinin Meclis'e girdiği 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçimidir.

3. 3 Kasım 2002 ve 22 Temmuz 2007 milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların sırasıyla % 45.33 ve 13.03'ünün Meclis'te temsil edilmemesi, % 10 ülke seçim barajının –diğer etkenler yanında– yalnız temsilde adalet ilkesine aykırılık bakımından değil, doğrudan doğruya seçimin mantığı bakımından çok ciddi sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu göstermektedir. Hele 3 Kasım 2002 milletvekili genel seçiminde yaklaşık her iki seçmenden birinin oyu parlamento aritmetiğine hiç yansı-mamış; Meclis dışında kalmıştır. Dolayısıyla % 10 ülke barajı, seçimleri en az belirli bir halk desteğine sahip siyasî partiler arasında bir yarış olmaktan çıkarıp, bu oran altında oy alan partileri saf dışı bırakan engelli bir koşuya dönüştürmektedir.

4. Böylece % 10 ülke seçim barajı, çoğunluk sistemlerine benzer iki veya üç partili bir parlamento aritmetiğinin oluşmasına yol açmaktadır. Üstelik bu durum, çoğunluk sistemlerinden daha adaletsiz bir biçimde gerçekleşmektedir. Çünkü çoğunluk sistemlerinde herhangi

bir baraj olmadığı için siyasî partiler, güçlü oldukları seçim çevrelerinde milletvekili çıkarma olanağını bulabilirler. % 10 ülke barajı, nispi temsil sisteminin temel işlevi olan adalet ilkesi ile çelişecek biçimde bu şansı ortadan kaldırmaktadır. Ülkemizde uygulanan seçim sistemi, böyle bir şans verecek, başka ülkelerde örnekleri bulunan bir emniyet supabından yoksundur⁴⁶.

5.1982 Anayasası döneminde şimdiye değin yapılan ve ilk üçü çevre barajı ile birlikte, izleyen beşi yalnız % 10 ülke barajı ile yapılan 8 milletvekili genel seçiminin beşi, bir tek parti hükümeti kurmaya elverişli bir parlamento çoğunluğu getirmiş; diğerlerinde ise milletvekillikleri, partiler arasında iki veya üç partili koalisyon ya da üç partili azınlık koalisyonu veya tek partili azınlık hükümeti kurulmasını zorunlu kılacak biçimde paylaşılmıştır. Demek ki % 10 ülke barajı da, milletvekili genel seçiminden bir tek parti hükümeti çıkmasını garanti etmemektedir. Dolayısıyla temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, yönetimde istikrar amacını aşan sonuçlar da getiren % 10 ülke seçim barajının bu oranda sürdürülmesi hiçbir biçimde savunulamaz.

6. % 10 ülke seçim barajı, seçmeni gerçek siyasî görüşüne uygun oy kullanmak yerine, bu barajı aşabileceğini düşündüğü partiler arasında tercih yapmaya zorlamaktadır. Böylece % 10 ülke barajının, seçmeni oyunu özgürce kullanmaktan alıkoyan; kazanma şansı olan, bu anlamda büyük partilerden kendi görüşüne yakın gördüğü birine oy vermek zorunda bırakan bir yönlendirme işlevi ortaya çıkmaktadır.

⁴⁶ Federal Almanya'da Bundestag (Federal Meclis) üyelerinin yarısının tek adlı çoğunluk sistemine, yarısının federe devletler düzeyinde eskiden d'Hondt, şimdi küçük partilere daha çok şans veren Hare/Niemeyer usulü nispi temsil sistemine göre seçilmesini öngören Federal Seçim Kanunu, partilerin ikinci yarıdan sandalye dağılımına ülke genelinde geçerli oy toplamının % 5'ini almaları veya birinci yarıdan en az üç seçim çevresinde birer sandalye kazanmaları koşuluna bağlanmıştır. Fakat bu koşul, ulusal azınlıklar tarafından tevdi edilen listeler hakkında uygulanmaz (Bundeswahlgesetz §§ 5-6). Federal Almanya'da uygulanan seçim sistemi hakkında ayrıntılı olarak bk. Klaus von Beyme, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland nach der Vereinigung, 6. Ausgabe, München/Zürich 1991, s.82-92.

İsveç'te bir partinin Riksdag (Devlet Meclisi) seçimlerinde sandalye dağılımına katılabilmesi için ülke genelinde kullanılan oyların en az % 4'ünü alması gerekir. Fakat ülke çapında daha az oy almış bir parti de, en az % 12 oy topladığı herhangi bir seçim çevresinde daimi seçim çevresi sandalyelerinin dağıtımına katılır (Regeringsformen, 3 kap. 7 §)

Gerek Federal Almanya, gerek İsveç seçim sistemleri hakkında toplu bilgi için ayrıca bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 12.

7. Anayasamız, siyasî partilere Devletin “yeterli düzeyde ve hakça malî yardım” yapmasını, bu yardımın tâbi olduğu esasların kanunla düzenlenmesini öngörmektedir (m. 68 sf). Siyasî Partiler Kanunu, Yüksek Seçim Kurulu’nca son milletvekili genel seçimine katılma hakkı tanınan ve Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 33. maddesindeki genel barajı aşmış bulunan partilere her yıl toplam geçerli oy sayıları ile orantılı Hazine yardımı yapılmasını; ayrıca –daha az miktarda olsa da– milletvekili genel seçiminde geçerli oyların % 7’sinden fazlasını alan siyasî partilere de Devlet yardım yapılmasını düzenlemiştir (Ek m. 1/I, IV). Bu yardımın da ülke seçim barajında yapılacak değişikliğe paralel olarak yeniden düzenlenmesi gerekir.

V. ÖNERİLER

Yukarıdaki açıklamaların ışığında Türk seçim mevzuatında öncelikle yapılması gereken değişiklikler şöyle sıralanabilir:

1. Gerek milletvekili, gerek il genel ve belediye meclisleri üyeleri seçiminde alışılmış bir yöntem olarak *d’Hondt* usulü nispi temsil sistemi uygulamasına devam edilmelidir (MvSK m. 34, 2972 sayılı Kanun m. 23/a).

Bu konuda 1961 Anayasası döneminin siyasal koşulları içinde barajsız *d’Hondt* sistemi uygulamasının getirdiği, Anayasa Mahkemesi’nin 1968’de çevre barajını iptal ederek⁴⁷ oluşmasına katkıda bulunduğu, birbirini izleyen genellikle kısa ömürlü koalisyon veya azınlık hükümetleriyle istikrarsızlığın dönemin belirgin özelliği hâline geldiği ortamdan büyük partilere daha çok prim veren bir sistemle çıkma arayışı ile *d’Hondt* sistemi yerine tarafımızdan ilk kez 1976 yılında önerilen, o nedenle doktrinde “*Türk sistemi I*” ve “*Türk sistemi II*” olarak adlandırılan, 1992 yılında Adalet Bakanlığı’nca oluşturulan Uzmanlar Komisyonu’nca hazırlanan ve 1995 yılında yayımlanan Seçim ve Siyasî Partiler Kanunları Değişiklik Öntasarısı’nda iki alternatif olarak kabul edilen “1.5’la başlayan yarımşar aralı aritmetik dizi ile bölme” veya “Azalan tam sayılı aritmetik dizi ile çarpma” formülleri üzerinde de durulabilir⁴⁸.

⁴⁷ Bk. yuk. dn. 11.

⁴⁸ (48) O tarihteki görev ve sıfatlarıyla Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Fulya Kantarcıoğlu, AÜHF Öğretim Üyesi Prof. Dr. Hikmet Sami Türk (Raportör),

Bu formüllerden “1.5’la başlayan yarımsar aralı aritmetik dizi ile bölme” başlıklı birincisinin, 1982 Anayasası ile ilgili hazırlık çalışmaları sırasında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakültelelerinin ilgili öğretim üyelerince hazırlanan “Gerekçeli Anayasa Önerisi” ile birlikte sunulan “Seçim Sisteminde Değişiklik Önerisi”nde “Türkiye koşullarına en uygun formül olabileceği” belirtilmişti⁴⁹. Daha önce Türkiye’de siyasetle ilgili uluslararası incelemelerde de üzerinde durulan bu formül⁵⁰, o dönemde Danışma Meclisi’nin üç üyesi tarafından

AÜHF Öğretim Üyesi ve Bakanlık Yüksek Müşaviri Prof. Dr. Oya Araslı, İÜHF Öğretim Üyesi Prof. Dr. Erdoğan Teziç, Ceza İşleri Genel Müdürü Yaşar Büken, Kanunlar Genel Müdürü Uygur Aktalay, Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı Ali Güven ve Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı Ali Em’den oluşan Uzmanlar Komisyonu’nca hazırlanan Öntasarı metni için bk. Seçim ve Siyasal Partiler Kanunları Değişiklik Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1995 (T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Özel Seri No. 2), s. 21 vd (Öntasarı m. 23 ile değiştirilmesi önerilen Milletvekili Seçimi Kanunu m. 34), 52 -56 (m. 23 Gerekçesi).

“1.5’la başlayan yarımsar aralı aritmetik dizi ile bölme” ve “Azalan tam sayılı aritmetik dizi ile çarpma” formülleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bk. Türk/Tuncer, age, s. 33-36 (Türk); Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 22-24, 33-35, 41-43, 53 vd, 119 vd; Türk, age, s. 93-95; ayrıca “Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İstanbul 1995 (Türk Hukukçu Kadınlar Derneği Yayınları: 3), s. 45-52, özellikle 48 vd (4 Haziran 1994 günü Türk Hukukçu Kadınlar Derneği’nce İstanbul’da düzenlenen Panel’de Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’ün yaptığı konuşma).

Bu formüller hakkında genel açıklamalar veya toplu bilgi için bk. Oya Araslı, Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987), Ankara 1989, s. 304 vd; Abidin Dursun Kaleli, Siyasetin Temel Unsurları, 2. bası, Ankara 1995, s. 105-108; Özer Gürbüz, “Seçim Sistemleri ve Parti İçi Demokrasi”, Ankara 1997 (Türk Parlamenterler Birliği Konferansları Yayın No. 3), s. 13 vd; Yavaşgel, age, s. 208-213; Hasan Buran, Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi, Ankara 2005 (Siyasal Kitabevi), s. 81 vd, 132, 172-179; Şeref İba, Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Ankara 2006 (Turhan Kitabevi Yayınları), s. 174 vd; Şeref İba, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, 2. bası, Ankara 2008 (Turhan Kitabevi Yayınları), s. 189; ayrıca İhsan Dede, Seçim Sistemi ve Yöneten Demokrasi “Altın Oy Sistemleri”, Kocaeli [2001], s. 152 vd.

24 Aralık 1995 milletvekili genel seçimi sonuçlarının bu formüllere göre hesaplanması ile ilgili bir çalışma TBMM Kütüphanesi ve Dokümantasyon Müdürlüğü Araştırma Servisi’nce yapılmıştır: Sevgi Korkut/Levent Bayraktar (Haz.), 24 Aralık 1995 Seçim Sonuçlarının “Buçuklu Bölme” ve “Azalan Tam Sayılı Aritmetik Dizi ile Çarpma” Formüllerine Uygulanması Durumunda Seçim Çevrelerinde ve Türkiye Genelinde Siyasal Partilerin Çıkaracakları Milletvekili Sayıları, Şubat 1996. Gerekçeli Anayasa Önerisi, Ankara 1982 (AÜSBF Yayınları: 497), s. 193-202, özellikle 199 vd.

⁴⁹

⁵⁰

(50) Durham Üniversitesi Siyaset Bölümü öğretim üyesi William Hale, International Journal of Middle East Studies (Ortadoğu İncelemeleri Uluslararası Dergisi) Mayıs 1980 sayısında yayımlanan “The Role of the Electoral System in Turkish Politics” (Türk Siyasetinde Seçim Sisteminin Rolü) başlıklı makalesinde “1.5’la baş-

Millet-vekili Seçimi Kanunu Tasarısı için “*Türk sistemi*” adıyla önerildiği gibi⁵¹, Meclis dışından da desteklenmiştir⁵². Aynı görüş, doktrinde

layan yarımsar aralı aritmetik dizi ile bölme” formülünü de incelemiştir. Makalenin “D’Hont System without Barrage, with altered Divisor” (Değiştirilmiş Bölümlü Barajsız d’Hondt Sistemi) ara başlığını taşıyan bir bölümü, –tarafımızdan yapılan Türkçe çevirisiyle birlikte– şöyledir:

“In an interesting address delivered to the Symposium organised by the Turkish Political Sciences Association to celebrate the 100th Anniversary of the first Ottoman Constitution, held in Ankara in April 1976, Dr. Hikmet Sami Türk put forward a number of proposals for possible alteration of the d’Hont system by changing the divisor used to determine the distribution of seats in each constituency. Among other things, Dr. Türk suggested that instead of dividing each party’s vote by 1, 2, 3, etc., as at present, the succession 1.5, 2.0, 2.5 etc., could be used, so as to increase the weighting in favour of the bigger parties.

Dr. Türk’s calculations suggest that, had this method been applied in 1973, no party would have won an overall majority, but that the Republican People’s Party would have been within twenty seats of one, which might have made coalition building an easier task. The advantage of this proposed system is that it would be easy to implement, since it would involve no alteration of the present constituency boundaries and (presumably) would not necessitate a reversal of its 1968 decision by the Constitutional Court. ...” (William Hale, “The Role of the Electoral System in Turkish Politics”, International Journal of Middle East Studies, Vol. 11, May 1980, No. 3, p. 413).

“Siyasi İlimler Türk Derneği tarafından ilk Osmanlı Anayasasının 100. Yılıni kutlamak için Nisan 1976’da Ankara’da düzenlenen Sempozyuma sunduğu ilginç bir bildiri de Dr. Hikmet Sami Türk, her seçim çevresinde sandalye dağılımını belirlemek için kullanılan bölünleri değiştirmek suretiyle d’Hondt sistemini değiştirebilecek bir dizi öneri ortaya koydu. Dr. Türk, diğerleri arasında, her partinin oylarını hâlen yapıldığı gibi 1, 2, 3 vb ile bölmek yerine büyük partilerin ağırlığını artırmak için 1.5, 2.0, 2.5 vb dizisinin kullanılmasını önerdi.

Dr. Türk’ün hesapları, eğer bu yöntem 1973’te uygulanmış olsaydı, hiçbir parti tam bir çoğunluk kazanamamakla birlikte, Cumhuriyet Halk Partisi’nin böyle bir çoğunluğa koalisyon kurulmasını daha kolay bir iş durumuna getirecek biçimde yirmi sandalye daha yakın olabileceğini gösteriyor. Önerilen sistemin avantajı, mevcut seçim çevreleri sınırlarının değiştirilmesinin ve (her hâlde) Anayasa Mahkemesi’nin 1968 kararını kaldırmasını gerektirmeyeceği için, uygulanmasının kolay olmasıdır. ...” (William Hale, “Türk Siyasetinde Seçim Sisteminin Rolü”, Ortadoğu İncelemeleri Uluslararası Dergisi, C. 11, Mayıs 1980, s. 413)

51 Üç Danışma Meclisi üyesinin Milletvekili Seçimi Kanunu Tasarısı için “*Türk sistemi*” önerisi ve bu konudaki tartışma ile ilgili olarak bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 56-63.

52 (52) Siyasal bilimci eski Maliye ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Doç. Dr. Deniz Baykal, o dönemdeki seçim sistemi tartışmaları sırasında şu açıklamayı yapmıştır: “... Koalisyon ihtiyacını ortadan kaldırmak amacıyla iki büyük partiye prim verecek yöntemin oluşumunu, bu seçim sisteminin hesaplama yönteminde küçük bazı değişikliklerle sağlamak mümkündür. Bu konuda Doç. Dr. Hikmet Sami Türk’ün değerli bir çalışması vardır. Son seçim sisteminde [barajsız d’Hondt sistemine] göre toplanan oylar, milletvekili sayısına dönüştürülürken, yapılan hesaplamada, bugün olduğu gibi 1’den başlayan birer aralıklı aritmetik dizi yerine, bir buçuktan başlayan ve yarımsar aralıklı bir dizi esas alınacak olursa örneğin 1977 seçim

ve basında her iki formül bakımından da ifade edilmiştir⁵³.

DSP, 4 Mayıs 1989 günü Merkez Karar ve Yürütme Kurulu'nda karara bağlanıp Genel Başkan *Bülent Ecevit* tarafından 5 Mayıs 1989 günü basına açıklanan Seçim Sistemini Adilleştirme Projesi çerçevesinde milletvekili seçimi için "Bağdaştırılması gereken amaçlar" olarak; "1. Ulusal iradenin gerçeğe yakın bir ölçüde Meclis'e yansması; 2. Koalisyon zorunluluklarıyla karşılaşma olasılığından korkma-makla birlikte, yüzde 45'e yakın oy alabilen bir partinin tek başına yeterli çoğunluk sağlayarak hükümet kurabilmesi; 3. Meclis içindeki muhalefetin, iktidarı etkin biçimde denetleyebilecek kadar güçlü ve ağırlıklı olabilmesi; 4. Gerek sağın gerek solun uç kesimlerindeki partilerin de Meclis'te temsil edilebilme olanağına, en azından umuduna kavuşabilmeleri" amaçlarını ilân ettikten sonra; "Oylara göre milletvekilliklerinin partilere dağılımını belirleyici aritmetik formüller[in] de" bu "dört amaçlı bağdaştırıp bir arada gerçekleştirecek nitelikte" olması gerektiğini; "Seçim sistemleri konusunda uzman olan Prof. Dr. *Hikmet Sami Türk*'ün 'Nasıl Bir Seçim Sistemi?' başlıklı çalışması[nın], aritmetik formüller konusunda ayrıntılı teknik bilgiler" içerdiğini ve "değişik seçenekleri" gösterdiğini anılan makalenin yayımlandığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne yollama yaparak belirtmiştir⁵⁴.

2. Milletvekili Seçimi Kanunu'nda "Genel baraj" olarak adlandırılan ülke seçim barajı, demokratik ülkelerde örneği bulunabilecek makul bir orana, % 5'e veya daha aşağıya çekilmelidir (m. 33).

3. Bu oranı tutturamamakla birlikte en az üç seçim çevresinde ayrı ayrı kullanılan geçerli oylar toplamının % 10'unu aşan oranda oy alan siyasi partiler, o çevrelerdeki sandalye dağılımında hesaba katılmalıdır.

sonuçlarında koalisyona gerek kalmayacaktı." (Milliyet, 18.10.1982: "Baykal: Bu Anayasanın betonarme hesapları yanlış").

1977 milletvekili genel seçiminin resmî sonuçları ile bu seçimde "1.5'la başlayan yarımşar aralı aritmetik dizi ile bölme" formülü uygulansaydı Millet Meclisi'ndeki sandalye dağılımı için bk. Türk, age (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 57.

⁵³ Bu yönde bk. Araslı, age, s. 304 vd; Gürbüz, age, s. 26 vd; Yavaşgel, age, s. 212 vd; Buran, age, s. 132, 178 vd; Yankı, 25 Nisan-1 Mayıs 1983, s. 66 "Seçim Kanunu ve Demokratik İstikrar".

⁵⁴ Bk. "Demokratik Sol Parti'nin Seçim Sistemini Adilleştirme Projesi", Güvercin, S. 7-8-9, Mart-Nisan-Mayıs 1989, s. 28 vd, 32.

4. İl genel ve belediye meclisleri seçimlerinde uygulanan onda birlik kesme baraj yönteminden vazgeçmeli (krş. 2972 sayılı Kanun m. 23/a), seçim çevreleri itibarıyla % 5 veya daha aşağıya çekilebilecek bir barajla yetinmelidir.

5. Siyasî partilerce milletvekili ve yerel yönetimler adaylarının belirlenmesinde parti örgütlerinin daha etkili olması sağlanmalıdır (krş. Siyasî Partiler Kanunu m. 37).

6. Anayasa ve seçim kanunlarına siyasî partilerin milletvekili ve yerel yönetimler meclisleri seçimleri aday listelerinde kadın ve erkeklerin kural olarak eşit oranlarda (% 50-50) yer almasını kolaylaştıracak hükümler konulmalıdır (krş. AY m. 10/II, 67/II c. 1)⁵⁵.

7. Anayasa ve seçim kanunlarına yabancı ülkelerde çalışan vatandaşlarımızın kendi aralarından seçecekleri milletvekillerini Meclis'e gönderebilmeleri için çıkaracağı milletvekili sayısı Yüksek Seçim Kurulu'nca belirlenecek bir yurt dışı seçim çevresi oluşturulmasına olanak sağlayacak hükümler konulmalıdır (krş. AY m. 67/II c. 2; 26.4.1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanun'la değişik m. 94/A-94/E)⁵⁶.

8. Milletvekili seçimlerinde siyasî partilerin işbirliği yapmalarına, ortak seçim programı ve ortak liste düzenlemelerine olanak sağlanmalı; böylece muvazaalı yollara gitmelerine gerek bırakılmamalıdır (krş. Milletvekili Seçimi Kanunu m. 16/I, Siyasî Partiler Kanunu m. 90/II)⁵⁷. Nitekim Anayasa, en son milletvekili genel seçiminde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu aşan partilerin ortak Cumhurbaşkanı adayı gösterebileceklerini hükme bağlamıştır (m. 101/III c. 2).

9. Oyların sayım ve dökümünde, ilçe ve iller ile Türkiye genelinde birleştirilmesinde seçim sonuçlarını herhangi bir biçimde değiştirebilecek elektronik hileleri de önleyici, seçimin dürüstlüğünü bu yönden

⁵⁵ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bk. Hikmet Sami Türk, "Anayasa Değişikliği İçin Öneriler", Parlamento, Eylül/Ekim 2011, S. 277, s. 33 vd.

⁵⁶ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bk. Türk, a.g.m. (Anayasa Değişikliği İçin Öneriler), Parlamento, Eylül/Ekim 2011, S. 277, s. Parlamento, Eylül/Ekim 2011, S. 277, s. 34).

⁵⁷ Bu konuda daha ayrıntılı olarak bk. Türk, a.g.e. (Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri), s. 144 vd.

de sağlayıcı bir denetim sistemi kurulmalıdır (krş. AY m. 79/II). Bu bağlamda son olarak 13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Kanun ile 8.4.2010 tarih ve 5980 sayılı Kanun'la 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da yapılan dört değişiklik önem kazanmaktadır:

a) 298 sayılı Kanun'un "Oy verme araçları ve teslimi" kenar başlıklı 68. maddesine eklenen aşağıdaki ilk iki fıkra, oy verme işlemlerinin saydamlığı ve karışıklığa yer vermeden yürütülmesi açısından önem taşımaktadır:

"Oy sandıkları, eni 40, boyu 55, yüksekliği 50 santimetre, şeffaf, ısıya ve kırılmaya dayanıklı sert plastikten mamül, kapağı iple bağlanıp mühürlenmeye elverişli ve kapağının üzerinde zarfların atılmasına uygun; boyu 25, eni 1 santimetre ebatlarında bir açıklık olacak şekilde yaptırılır.

Milletvekili, il genel meclisi üyeliği, belediye ve muhtarlık seçimlerinde oy sandıklarında kullanılır." (5980 sayılı Kanun m. 10).

b) 298 sayılı Kanun'un seçmen kimliğinin tespiti ilgili 87. maddesine eklenen ibare ve fıkralarla yapılan düzenlemeye göre; "Sandık seçmen listesinde yazılı seçmenin kimliği, nüfus hüviyet cüzdanı veya kimlik tespiti amacıyla düzenlenmiş ve Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını taşıyan resmî belgelerle belirlenir." (5749 sayılı Kanun m. 15). "Üzerinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası olmayan bir kimlik belgesi ibraz eden seçmenin oy kullanabilmesi için, bu belgelerin ayrıca seçmen bilgi kâğıdını veya Türkiye Cumhuriyeti kimliğini ispata elverişli Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilân edilen bir belgeyi de ibraz etmesi şarttır." (5980 sayılı Kanun m. 16). Bu hükümler aynı seçmenin birden çok oy kullanmasının, başka bir deyişle, aynı zamanda bir suç niteliği taşıyan mükerrer oy kullanmanın önlenmesi (krş. 298 sayılı Kanun m. 160/III), böylelikle seçimin dürüstlüğüne sağlanması bakımından önem taşımaktadır (krş. AY m. 79/II).

c) 298 sayılı Kanun'un siyasî partilerin il ve ilçe seçim kurullarında temsilci bulundurmaları ile ilgili 17. maddesine 2. cümle olarak şu hüküm eklenmiştir: "Ayrıca seçime katılan siyasî partilerden, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde en çok oy almış olan dört siyasî parti ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasî partiler, o siyasî parti genel başkanları tarafından yazılı olarak yetki veril-

miş olması şartıyla Yüksek Seçim Kurulunda da bir asil ve bir yedek üye bulundurabilir.” (5980 sayılı Kanun m. 1). Bu temsilciler, oy kullanamamakla birlikte; Kurul’un bütün çalışmalarına ve görüşmelerine katılma hakkına sahiptirler.

d) Yukarıdaki hükmü tamamlayan bir düzenleme, 298 sayılı Kanun’a “Ek madde 9” olarak eklenmiştir. Bu düzenleme şöyledir:

“İlçe seçim kurullarından Yüksek Seçim Kuruluna elektronik ortamda gönderilen sandık ölçekli sonuçlarını, talepleri hâlinde seçime katılan siyasî parti genel merkezlerinin de eş zamanlı olarak izleyebilmeleri ve aynı formatta bilgisayar ortamında saklayabilmeleri için gerekli her türlü tedbir, Yüksek Seçim Kurulu tarafından alınır. Siyasî parti genel merkezleri bu suretle elde ettikleri seçim sonuçlarını, Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen süre bitimine kadar kendi teşkilâtlarına veya üçüncü şahıslara gönderemez ve kamuoyuna açıklayamaz.

Yüksek Seçim Kurulu, siyasî parti genel merkezlerinin kullanımına açılacak veri tabanları ile ilgili her türlü güvenlik tedbirlerini alır.” (5980 sayılı Kanun m. 21).

10. Son milletvekili genel seçiminde en az % 3 oranında oy alan siyasî partilere aldıkları oy sayıları ile orantılı Devlet yardımı yapılması, ayrıca Yüksek Seçim Kurulu’nca milletvekili ve yerel yönetimler seçimlerine katılma hakkı tanınan partilere önceki seçimlerde aldıkları oy sayıları ile orantılı seçim dönemi yardımı yapılması yeniden düzenlenmelidir (krş. AY m. 68 sf, SPK ek m. 1).

VI. SONUÇ

Seçimler, demokratik rejimin olmazsa olmaz koşuludur. Siyasî partiler, -Anayasa’da belirtildiği gibi- “demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.” (m. 68/II). Bu bakımdan ülkemizde 70 yıla yaklaşan bir süre içinde, çeşitli sistemlerin denendiği çok partili seçimlerde edinilen deneyimlerin bir özeti olarak Anayasa’da ifadesini bulan “temsilde adalet” ve “yönetimde istikrar” ilkelerini makul bir sentez içinde gerçekleştirecek bir seçim sistemi ne kadar gerekli ise (m. 67/VI); seçimlerin dürüstlüğünü hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde sağlayacak önlemlerin alınması da o kadar önemlidir (AY m. 79/II). Ayrıca “seçim” dediğimiz demokratik yarışa katılan siyasî par-

tilere yeni bir anlayışla “yeterli düzeyde ve hakça malî yardım” yapılması, sistemi güçlendirecek bir uygulama olacaktır (AY m. 68 sf, SPK ek m. 1).

EK

2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı Temel Hak ve Hürriyetlerin Geliştirilmesi Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4. maddesi ile Siyasî Partiler Kanunu’nun ek 1. maddesinde değişiklik yapan düzenlemeye göre; “Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların % 3’ünden fazlasını alan siyasî partilere de Devlet yardımı yapılır. ... Bu fıkra uyarınca yapılacak yardım bir milyon Türk Lirasından az olamaz.”

Kaynakça

- Armağan Servet, Türk Esas Teşkilât Hukuku, İstanbul 1979 (İÜHF Yayınları No. 2584/580).
- Bakır Sonnur/Küçüköğlü Semra/Pehlivan Sevgi (Haz.), Seçim, Seçim Sistemleri Ve Türkiye’deki Uygulamaları, Ankara 1982 (TBMM Kütüphane Ve Dokümantasyon Müdürlüğü Yayınları: 5).
- Von Beyme Klaus, Das Politische System Der Bundesrepublik Deutschland Nach Der Vereinigung, 6. Ausgabe, München/Zürich 1991.
- Buran Hasan, Seçim Sistemleri Ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi, Ankara 2005 (Siyasal Kitabevi).
- “Demokratik Sol Parti’nin Seçim Sistemini Adilleştirme Projesi”, Güvercin, S. 7-8-9, Mart-Nisan-Mayıs 1989, S. 22-29, 32.
- Gereğçeli Anayasa Önerisi, Ankara 1982 (AÜSBF Yayınları: 497).
- Günel Erdoğan, Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Siyasal Kurumlar Üzerindeki Etkileri, Ankara 2005 (Turhan Kitabevi Yayınları)
- Gürbüz Özer, “Seçim Sistemleri Ve Parti İçi Demokrasi”, Ankara 1997 (Türk Parlamenterler Birliği Konferansları Yayın No. 3).
- Hale William, The Role Of The Electoral System İn Turkish Politics”, International Journal Of Middle East Studies, Vol. 11, May 1980, No. 3, P. 401-417.
- İba Şeref, Anayasa Ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda), Ankara 2006 (Turhan Kitabevi Yayınları).
- İba Şeref, Anayasa Hukuku Ve Siyasal Kurumlar, 2. Bası, Ankara 2008 (Turhan Kitabevi Yayınları).
- Kaleli Abidin Dursun, Siyasetin Temel Unsurları, 2. Bası, Ankara 1995.
- Korkut Sevgi/Bayraktar Levent (Haz.), 24 Aralık 1995 Seçim Sonuçlarının “Buçuklu Bölme” Ve “Azalan Tam Sayılı Aritmetik Dizi İle Çarpma” Formüllerine Uygulanması Durumunda Seçim Çevrelerinde Ve Türkiye Genelinde Siyasî Partile-

- rin Çıkaracakları Milletvekili Sayıları, Şubat 1996 (TBMM Kütüphane Ve Dokümantasyon Müdürlüğü Araştırma Servisi).
- “Nasıl Bir Seçim Sistemi”, İstanbul 1995 (Türk Hukukçu Kadınlar Derneği Yayınları: 3)
- Özçelik A. Selçuk, Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, C. 2, Türkiye'nin Siyasî Rejimi Ve Müesseseleri, 1. Kitap, İstanbul 1976 (İÜHF Yayınları No..2134/475).
- Sanal Türker, Türkiye'nin Hükümetleri, Ankara 1997.
- “Seçim Kanunu Ve Demokratik İstikrar”, Yankı, 25 Nisan-1 Mayıs 1983, S. 66.
- Seçim Ve Siyasî Partiler Kanunları Değişiklik Ön Tasarısı Ve Gereğçesi, Ankara 1995 (T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Özel Seri No. 2)
- Soyсал Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 6. Bası, İstanbul 1986 (Gerçek Yayınevi, 100 Soruda Dizisi: 12).
- Teziç Erdoğan, Siyasî Partiler (Partilerin Hukukî Rejimi Ve Türkiye'de Partiler), İstanbul 1976 (Gerçek Yayınevi, 100 Soruda Dizisi: 47).
- Tuncer Erol, Osmanlı'dan Günümüze Seçimler, Ankara 2002 (TESAV Yayınları No. 17).
- Tuncer Erol, 1946 Seçimleri, Ankara 2008 (TESAV Yayınları No. 32).
- Tuncer Erol, 1961 Seçimleri, Ankara 2012 (TESAV Yayınları No. 39)
- Tuncer Erol, Seçim 2007. 22 Temmuz 2007 Milletvekili Genel Seçimleri, Sayısal Ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2007 (TESAV Yayınları No. 31).
- Tuncer Erol, Seçim 2011. 12 Haziran 2011 Milletvekili Genel Seçimleri, Sayısal Ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2011 (TESAV Yayınları No. 37).
- Tuncer Erol, Cumhuriyet Senatosu Seçimleri, Ankara 2010 (TESAV Yayınları No. 35)
- Tuncer Erol/Danacı Necati, Çok Partili Dönemde Seçimler Ve Seçim Sistemleri, Ankara 2003 (TESAV Yayınları No. 21).
- Tuncer Erol/Kasapbaş Coşkun/Tuncer Bülent, Seçim 2002. 3 Kasım 2002 Milletvekili Genel Seçimleri Sayısal Ve Siyasal Değerlendirme, Ankara 2003 (TESAV Yayınları No. 20).
- Türk Hikmet Sami, “Anayasa Değişikliği İçin Öneriler”, Parlamento, Eylül/Ekim 2011, S. 277, S. 32-36.
- Türk Hikmet Sami, “Demokratik Açılımın Ön Koşulu: Seçim Barajını İndirmek”, Cumhuriyet, 8.6.2010, S. 2.
- Türk Hikmet Sami, Seçim Hukukunun Temel Sorunları Ve Çözüm Önerileri, Ankara 1997 (TESAV Yayınları No. 13).
- Türk Hikmet Sami, “Seçim, Seçim Sistemleri Ve Anayasal Tercih”, Anayasa Yargısı, S. 23, Ankara 2006 (Anayasa Mahkemesi Yayınları: 54), S. 75-113, Tartışma: 185-187.
- Türk Hikmet Sami /Tuncer Erol, Türkiye İçin Nasıl Bir Seçim Sistemi? Sistem Önerileri, Seçim Uygulamaları, Ankara 1995 (TESAV Yayınları No. 6).
- Yavaşgel Emine, Temsilde Adalet Ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri Ve Türkiye'deki Durum, Ankara 2004 (Nobel Yayın No. 738, Hukuk Yayınlar Dizi No. 31).
- Yücekök Ahmet N., Siyaset Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Parlamentonun Evrimi, Ankara 1983 (AÜSBF Yayınları: 533).