

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

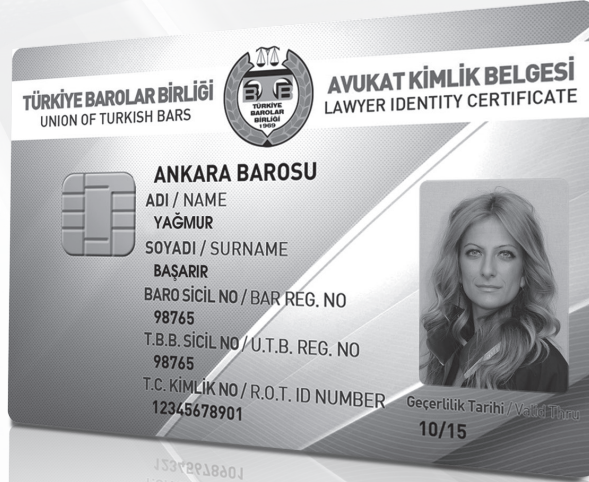




TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

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. 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. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Gizem Özkan
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. 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 Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 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

Basım Tarihi / Printing Date : 21. 12. 2015

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. 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.
4. **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 İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırri”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırri”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
9. 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.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Semih Batur KAYA

Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkeleri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi / The Approach of the Constitutional Court to Political Parties on the Axis of Laicism and Indivisible Integrity Principles and Hegemonic Preservation Thesis and the Significance of Political Parties in Modern Pluralistic Democracies

47 Didem YILMAZ

Seçim Döneminde Cumhurbaşkanının Konuşmalarının Yüksek Seçim Kurulu Tarafından Denetimi Ve Bireysel Başvuru Yolu / Audit of the President's Speeches by Supreme Board of Election During the Electoral Period and Individual Application

73 Taylan BARIN

Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasaya Aykırılığı / Unconstitutionality and Incompatibility of General Principles of Law of The Institution of Unclaimed/ Dormant Bank Accounts and Other Values Subjected to the Lapse of Time

99 Yusuf Ziya POLATER

Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Devlet Sırrı / The Borders of Right to Information and Official Secret

141 D. Çiğdem SEVER

Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı / The Authority of Prison Administrations and the Rights of Imprisoned Persons

193 Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kanun Yararına Bozma / Reversal in Favor of the Administration of Justice in Turkish Criminal Procedure Code

235 Hasan YESİLYURT

Bazı Açılardan Türk Vergi Sistemi Eleştirisi: Kirli Yaşıyoruz, Temizmiş Gibi Yapıyoruz / From Some Aspects, Criticism of the Turkish Tax System: We Live Dirty, Pretend to Be Clean

259 Süha TANRIVER

Sayıştay ve Bilirkişilik

281 Süleyman TOPAK

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları/ The Results of the Unfair Terms that are not Binding in Consumer Contracts

315 Esra CENKÇİ

Kayıtlı Sermaye Sisteminde Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Sınırlandırılması Bağlamında Genel Kurulun Yetkileri -Alman ve İsviçre Hukuku İle Karşılaştırmalı- / The Powers of the General Assembly in Terms of Restriction on Pre-Emptive Right in Registered Capital System -Comparatively with German and Swiss Laws-

337 Rezzan İTİŞGEN

Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu / The Offence of Making Incorrect or Misleading Statement in Turkish Commercial Code

369 Ayhan DOLUNAY

Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi / The Evaluation of the Principles of Nationality Law in Turkish Law and Cypriot Turkish Law

417 Recep TAYFUN / Aylin ERDEM TÜRK

Arbuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği) / A Survey Regarding the Implementations of Mediation in Ankara

439 AÜHF 2014-2015 Öğretim Yılı 4. Sınıf Öğrencileri

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismarı Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Klinikleri Hakkında

459 Talih UYAR

Mahkemelerce Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir Mi?
(İİK. m. 257)

Hain bir saldırı sonucunda kaybettığımız
Diyarbakır Barosu Başkanımız

AVUKAT
TAHİR ELÇİ

için tek vücut, tek yüreğiz.

Avukat Tahir Elçi'ye sıkılmış olan bu kurşun aslında tüm Türkiye'yi hedef almıştır.

Yetmiş sekiz milyon vatandaşımızı hukukun üstünlüğü ve adalet paydasında
kucaklaştırmak için yürüttüğümüz mücadelemiz aynı kararlılıkla devam edecektir.

Dost düşman bilsin ki, bir gider bin geliriz. Asla doğru bildiğimiz yoldan dönmeyiz.

Başkanımızın ve saldırı sırasında kaybettığımız
polis memurlarımızın aileleri ile sevenlerine sabırlar diliyoruz.

Tüm meslektaşlarımızın ve Milletimizin başı sağ olsun.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Metin Feyzioğlu
Adana Barosu Başkanı Av. Mengücek Gazi Çitink
Adıyaman Barosu Başkanı Av. Hasan Demir
Afyonkarahisar Barosu Başkanı Av. Turgay Şahin
Ağrı Barosu Başkanı Av. Ali Artuk
Aksaray Barosu Başkanı Av. Levent Bozkurt
Amasya Barosu Başkanı Av. Ahmet Melik Derindere
Ankara Barosu Başkanı Av. Hakan Canduran
Antalya Barosu Başkanı Av. Alper Tunga Bacanlı
Artvin Barosu Başkanı Av. Ali Uğur Çağal
Aydın Barosu Başkanı Av. Gökhan Bozkurt
Balıkesir Barosu Başkanı Av. Yaşar Meyvacı
Bartın Barosu Başkanı Av. Ferhat Parlatır
Batman Barosu Başkanı Av. Ahmet Sevim
Bilecik Barosu Başkanı Av. Halime Aynur
Bingöl Barosu Başkanı Av. Abdullah Alakuş
Bitlis Barosu Başkanı Av. Enis Gül
Bolu Barosu Başkanı Av. Ferit Atalay
Burdur Barosu Başkanı Av. Ramazan Gedik
Bursa Barosu Başkanı Av. Ekrem Demiröz
Çanakkale Barosu Başkanı Av. Bülent Şarlan
Çankırı Barosu Başkanı Av. Erkan Köroğlu
Çorum Barosu Başkanı Av. Altan Akpınar
Denizli Barosu Başkanı Av. Müjdat İlhan
Diyarbakır Barosu
Düzce Barosu Başkanı Av. Ali Dilber
Edirne Barosu Başkanı Av. Özgür Yıldırım
Elazığ Barosu Başkanı Av. Adnan Demir
Erzincan Barosu Başkanı Av. Cemalettin Özer
Erzurum Barosu Başkanı Av. Talat Gögebakan
Eskişehir Barosu Başkanı Av. Rıza Öztekin
Gaziantep Barosu Başkanı Av. Bektaş Şarklı
Giresun Barosu Başkanı Av. Gültekin Uzunaloğlu
Gümüşhane-Bayburt Barosu Başkanı Av. İsmail Taştan
Hakkari Barosu Başkanı Av. Serdar Işık
Hatay Barosu Başkanı Av. Ekrem Dönmez
İğdir Barosu Başkanı Av. Özgür Kurban Gül
Isparta Barosu Başkanı Av. Gökmen Hakkı Gökmenoğlu
İstanbul Barosu Başkanı Av. Ümit Kocasakal
İzmir Barosu Başkanı Av. Aydın Özcan

Kahramanmaraş Barosu Başkanı Av. Vahit Bağcı
Karabük Barosu Başkanı Av. Rıdvan Erdoğan
Karaman Barosu Başkanı Av. Oktay Yılmaz
Kars Barosu Başkanı Av. İbrahim Baştimar
Kastamonu Barosu Başkanı Av. Mehmet Çiftci
Kayseri Barosu Başkanı Av. Fevzi Konaç
Kırıkkale Barosu Başkanı Av. Erol Çakır
Kırklareli Barosu Başkanı Av. Harun Saygılı
Kırşehir Barosu Başkanı Av. Mehtap Karaburçak Tuzcu
Kilis Barosu Başkanı Av. Hayri Muammer Fazlağaoğlu
Kocaeli Barosu Başkanı Av. Sertif Gökçe
Konya Barosu Başkanı Av. Fevzi Kayacan
Kütahya Barosu Başkanı Av. Ahmet Atam
Malatya Barosu Başkanı Av. Enver Han
Manisa Barosu Başkanı Av. Ali Arslan
Mardin Barosu Başkanı Av. Çelebi Araz
Mersin Barosu Başkanı Av. Alpay Antmen
Muğla Barosu Başkanı Av. Cumhur Uzun
Muş Barosu Başkanı Av. Feridun Taş
Nevşehir Barosu Başkanı Av. Necmi Öncül
Niğde Barosu Başkanı Av. Hüseyin Demirbilek
Ordu Barosu Başkanı Av. İlhan Kurt
Osmaniye Barosu Başkanı Av. Dilem Aksoy
Rize Barosu Başkanı Av. Yunus Çoruh
Sakarya Barosu Başkanı Av. Zafer Kazan
Samsun Barosu Başkanı Av. Kerami Gürbüz
Siirt Barosu Başkanı Av. Mehmet Cemal Acar
Sinop Barosu Başkanı Av. Hicran Kandemir
Sivas Barosu Başkanı Av. Hakan Bahadır
Şanlıurfa Barosu Başkanı Av. Hikmet Delebe
Şırnak Barosu Başkanı Av. Nuşirevan Elçi
Tekirdağ Barosu Başkanı Av. Huriye Altay Erol
Tokat Barosu Başkanı Av. Faruk Bostancı
Trabzon Barosu Başkanı Av. Orhan Öngöz
Tunceli Barosu Başkanı Av. Uğur Yeşiltepe
Uşak Barosu Başkanı Av. Baki Kantar
Van Barosu Başkanı Av. Murat Timur
Yalova Barosu Başkanı Av. Hakan Gergeroğlu
Yozgat Barosu Başkanı Av. Mehmet Şimşek
Zonguldak Barosu Başkanı Av. İbrahim Kerem Ertem



HALİT ÇELENK HUKUK ÖDÜLLERİ

1- ÖDÜLÜN AMACI

Ödülün amacı, yaşamda ve hukukta devrimci duruşun, adaletsizliğe karşı mücadelenin simgelerinden olan Halit Çelenk'in hukuk mücadelesi ve eserleri doğrultusunda, toplumsal ilişkiler ile hukuk arasında bağlantı kuran yayın, tez veya diğer eserler üretilmesini teşvik etmektir.

2- ESER KONUSU

Eser konusu serbesttir. Değerlendirmede; Halit Çelenk'in yaşamı, eserleri, mesleki ve yaşam mücadelesi, fikirleri ile hukuk ve/veya hukuk/toplumsal ilişkiler bağlantısının kurulması esas alınır.

3- ESER VE KATILIMCI

A- Yarışmaya 1 Ocak 2014 ile 1 Ocak 2016 arasında basılmış veya henüz basılmamış yukarıda belirtilen amaç ve konulu yayın, tez veya her türlü diğer eserler katılabilir. Katılımcılar yalnız bir eser ile yarışmaya başvuru yapabilir. Son başvuru tarihi 1 Şubat 2016'dır.

B- Katılımcılar hukukçu olacağı gibi farklı disiplinlerden gelen herkes olabilir. Eserin, hukuk alanında ya da diğer alanlar ile hukuk alanı arasında bağlantı kurarak, bilimsel özgünlüğe sahip olması, akade-

mik yazım ve etik kurallarına uygun olması gerekmektedir. Eserin, (A4) kâğıda bilgisayarla, 14 punto büyüklüğünde, Times New Roman ve 1,5 satır aralığı ile yazılması gerekmektedir. Bir (A4) sayfayı geçmemek üzere, katılımcının (ortak çalışmalarda tüm katılımcıların) adı ve soyadını, özgeçmişini, eserin oluşturulduğu tarihi, katılımcının iletişim adresini (telefon ya da e-posta adresi ile birlikte) içeren bilgiler, eserle birlikte ayrıca gönderilmelidir. Eserin yayınevi tarafından Seçici Kurula iletilmesi durumunda eser sahibinin, birden fazla yazarlı ve/veya derleme eser olması durumunda yazarların tümünün "yarışmaya katılıma ilişkin olurlarının" yazılı olduğu muvafakat belgesinin gönderilmesi zorunludur.

C- Yukarıda belirtilen kurallara uygun olarak hazırlanmış eserler, biri (1) Word programıyla CD'de kopyalanmış, dört yazılı nüsha biçiminde, 1 Şubat 2016 tarihine kadar, kargo yoluyla "HALİT ÇELENK HUKUK ÖDÜLÜ Göreme Sokak No:8/4 Cinnah Caddesi Kavaklıdere Ankara" adresine iletilmelidir.

4- ÖDÜL VE ÖDÜL TÖRENİ

Ödül töreni 5 Mayıs 2016 tarihinde yapılacaktır.

SEÇİCİ VE DÜZENLEYİCİ KURUL

Prof. Dr. Rona Aybay • Prof. Dr. Korkut Boratav • Prof. Dr. Ali Murat Özdemir
Yrd. Doç. Dr. İlker Kılıç • Av. Erşen Sansal • Av. Başar Yaltı • Av. Barış Aybay
Serpil Çelenk Güvenç • Av. Bilgütay H. Durna • Ali Rıza Aydın • Av. Özlem Şen Abay



Türkiye Barolar Birliği'nin katkılarıyla

🌐 www.halitcelenk.org ✉ bilgi@halitcelenk.org ✉ halitcelenkhukukodulu@gmail.com
📘 www.facebook.com/halitcelenkhukukodulu 🐦 www.twitter.com/halitcelenkodul

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN LAİKLİK VE BÖLÜNMEZ BÜTÜNLÜK İLKELERİ VE HEGEMONİK KORUMA TEZİ EKSENİNDE SİYASİ PARTİLERE YAKLAŞIMI VE ÇAĞDAŞ ÇOĞULCU DEMOKRASİLERDE SİYASİ PARTİLERİN ÖNEMİ

THE APPROACH OF THE CONSTITUTIONAL COURT TO POLITICAL
PARTIES ON THE AXIS OF LAICISM AND INDIVISIBLE
INTEGRITY PRINCIPLES AND HEGEMONIC PRESERVATION
THESIS AND THE SIGNIFICANCE OF POLITICAL PARTIES IN
MODERN PLURALISTIC DEMOCRACIES

Semih Batur KAYA*

Özet: Siyasi partiler siyasal alanda yükledikleri iki ana işlevleri bakımından önemlidir. İlk olarak, siyasi partiler çağdaş çoğulcu demokratik bir siyasal mekanizma için kaçınılmaz bir şekilde gereklidirler. Zira bu şekilde toplumsal zeminde bireylerin anlam dünyaları etrafında gelişen çoğulculuk ve çeşitlilik siyasal sisteme ve devlet mekanizmasına taşınabilmektedir. Böylece toplumsal dinamizm devlet ve iktidar pratiğine aktarılabilmektedir. Bu durumda, siyasi partiler devlet ile birey-toplum arasında adeta siyasal iletişim kanalı görevi görmektedirler. İkincisi, siyasi partiler aracılığı ile bireyler ortak düşünce ve görüş etrafında örgütlü bir şekilde toplanabilmektedirler. Bu şekilde bir yandan hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerle etkin bir mücadele sergilenenilme imkânı yakalanmakta, diğer yandan siyasal muhalefet aracılığı ile devlet mekanizmasında iktidar tortusu oluşmasının önüne geçilebilmektedir. Dolayısıyla, siyasi partilerin bu yönü ile çağdaş çoğulcu demokrasilerin gerçek anlamda işlevliğini sağladığı söylenebilir. O halde, Anayasa Mahkemesi sahip olduğu anayasal denetim sonucunda siyasi sistemi sınırlandırmamalı; aksine toplumsal ve dolayısıyla siyasal çoğulculuk için alan açmalıdır. Böylece Mahkeme, devletçi ideolojik veya belirli elit toplumsal grupların çıkar ve tercihlerinin yürütücüsü şeklindeki tavrını bir kenara bırakmalı, bütün motivasyonu insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi etrafında şekillenen bir siyasal ortamın kurulması için yoğunlaşmalıdır. Gerçekten de, evrensel bilgi akışının yoğunlaştığı günümüz dünyasında sosyolojik değişim ve dönüşümlerin siyasete aktarılması siyasi partilerle sağlanabilmektedir.

* Araştırma Görevlisi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, semih.batur@yahoo.com,

Anahtar Kelimeler: *Çoğulcu Demokrasi, Türk Anayasa Mahkemesi, Siyasi Partiler, Hegemonik Koruma Tezi, Anayasa Yargısı*

Abstract: Political parties are significant for the two functions they bear in political field. Firstly, political parties are inevitably necessary for a modern pluralistic democratic political mechanism. Yet in this way, pluralism and diversity shaped by individuals' world of meaning on social ground can be moved to political system and state mechanism. Thus, social dynamism can be transferred to state and government practice. In this case, political parties function as political communication channels between state and individual-society. Secondly, via political parties, individuals can gather around common opinion and view in an organised manner. In this way, on one hand, an effective struggle against the violence of rights and liberty is shown; on the other hand, via political opposition, the establishment of an authoritarian structure in state mechanism can be avoided. Accordingly, it can be said that political parties ensure the operability of modern pluralistic democracy in real terms. In that case, the Constitutional Court should not restrict political system as a consequence of constitutional oversight it has; on the contrary, it should give way to social -hence political- pluralism. Thus the Court must leave its behaviour as the executive of benefit and preferences of statist ideological and particular elite social groups and, with its whole motivation, focus on establishment of a political atmosphere shaped by state of law and pluralistic democracy in line with human rights and liberty. So indeed, in today's world in which universal data flow gets dense, the transfer of sociological changes and transformation to politics can be achieved via political parties.

Keywords: Pluralistic Democracy, Turkish Constitutional Court, Political Parties, Hegemonic Preservation Thesis, Constitutional Judgement

Giriş

Toplumsal hayatta bireylerin anlam dünyalarının çeşitliliğine dayanan düşünce ve değerlerin çoğulculuğu ve farklılığı ekseninde belirli bir dinamizm söz konusudur denilebilir. Toplumsal zemindeki evrensel bilgi akışı ve dinamizm beraberinde sosyolojik değişimi ve dönüşümü gerçekleştirmektedir. Gerçekten de küresel alanda toplumlar ve bireyler arası iletişim kanallarının her geçen gün artması sosyal hayattaki devinimi arttırmakta ve var olan değer, düşünce ve yaşam tarzını farklılaştırabilmektedir. Ancak bu farklılaşmanın ve çoğulcu-

luğun gerçek anlamda bir anlama kavuşması için siyasal alana da taşınabilmesi gerekir. Dolayısıyla siyasal partilerin esas işlevlerinden biri de burada ortaya çıkmaktadır; zira siyasal partiler aracılığı ile bireyler ortak düşünce ve görüş etrafında örgütlü bir şekilde toplanabilmekte ve böylece bir yandan sosyal hayattaki dinamizmi siyasal hayatta aktarırken diğer yandan hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallere karşı etkin bir şekilde mücadele edebilmektedirler.

İşte bu makalede siyasal partilerin sosyal hayattaki çoğulculuğu ve farklılıkları, siyasal alana ve iktidar pratiğine taşımaları sonucunda gerek hak ve özgürlüklerin ihlalleri ile etkin mücadele edebilmeleri bakımından gerekse çoğulcu demokratik bir siyasal ve devlet mekanizmasının kurgulanmasındaki işlevleri bakımından önemi vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin siyasal partilere ilişkin kararları incelenerek Mahkeme'nin siyasal partilere ve bunun üzerinden genel olarak siyasal ve toplumsal hayattaki çoğulculuğa yaklaşımı belirlenmeye çalışılmıştır. Burada Anayasa Mahkemesi'nin paradigmasını dayandırdığı üç önemli konum tespit edilmiştir.

Birincisi Cumhuriyet ideolojisi etrafında şekillendirilen homojen bir toplum ve siyasal alan yakalanarak ulus devletin korunması ile ilgilidir. Dolayısıyla “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü” ilkesi bu bağlamda Anayasa Mahkemesi tarafından oldukça katı bir şekilde benimsenmiş ve bu ilkeyi tahrip eden veya edebilecek her türlü düşünce, söz, eylem yasak kapsamına alınmıştır.

İkincisi “laiklik ilkesi” ile ilgilidir. Burada da Mahkeme yine bölünmez bütünlük ilkesinde olduğu gibi katı bir tutum sergilemiştir. Anayasa Mahkemesi, ülkenin tarihsel geçmişi ve içinde bulunduğu koşulları vurgulayarak sınırları çizilmiş ve kendisinin geliştirdiği laiklik anlayışının dışına çıkmayan gerek toplumsal ilişkiler bakımından gerek devlet ile ilişkisi açısından adeta bir din anlayışı ve pratiği oluşturmaya çalışmıştır.

Üçüncüsü ise Anayasa Mahkemesi'nin siyasete ve toplumsal hayata yaklaşımı dikkate alındığında çeşitli siyasal, bürokratik, askeri ve iktisadi elit yapıların çıkar ve tercihlerini koruma güdüsünün ortaya konulmasına ilişkindir. Gerçekten de 1961 Anayasası'na gidilen süreçte anayasa yargısının düzenlenmesini hazırlayan koşullara bakıldığında ve anayasa yargısı kurumsallaştıktan sonra Anayasa Mahkemesi tara-

findan verilen kararlara bakıldığında bu durum açık bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla Hirschl'in "hegemonik koruma tezi"nin sağlamlasının Türk Anayasa Mahkemesi için de söz konusu olduğu söylenebilir.

Makalenin son bölümündeki değerlendirmede ise Anayasa Mahkemesi'nin siyaseti bu üç koldan sınırlandırmasının ve deyim yerindeyse siyaset üstünden sosyal hayattaki değişim ve dönüşüm üzerinde hâkimiyet kurmasının bir taraftan sakıncaları vurgulanırken diğer taraftan öneri sunulmaktadır. Gerçekten de günümüz çağdaş ve çoğulcu demokrasi anlayışı ve hak ve özgürlükler doğrultusunda gelişim gösteren hukuk devleti ilkesi dikkate alındığında Mahkeme'nin sözü edilen tuhaf ve kısır döngüden kurtarılması gerekmektedir. Burada Mahkeme siyaset üzerinde tahakküm kurmayı ve resmi olsun veya olmasın çeşitli ideolojilerin bekçiliğini yapmayı bırakması ve bütün motivasyonu insan hak ve özgürlüklerinin korunması doğrultusunda erkler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi anlayışına vereceği kararlara ortam hazırlaması gerekmektedir. Şu halde çağdaş ve çoğulcu demokrasi için Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere ve siyasete ilişkin sınırlayıcı, kuşkucu ve niyet okuyucu tavrını bir kenara bırakması gerektiği söylenebilir.

I. Çoğulcu Demokrasi Ekseninde Siyasi Partilerin Önemi ve Anayasa Yargısı

A. Siyasi Parti: Anlam ve Önem

Terim olarak parti kelimesinin kökeni Latince "pars" kelimesi olup Türkçeye Fransızcadan girmiştir.¹ Türk Dil Kurumu güncel sözlüğünde ise parti kavramı "ortak düşünce ve görüşteki kişilerin oluşturdıkları siyasal topluluk" olarak tanımlanmıştır.² Bu tanımda iki öge dikkat çekmektedir; birincisi "ortak düşünce ve görüş", ikincisi ise "siyasal topluluk". Demek ki siyasi parti kavramının içeriğini dolduran düşünce ve buna bağlı olarak gelişen görüşler arasında ortak bir bağın olması gerekmektedir. Demokratik çoğulculuğun önemli bir

¹ Murat Yanık, Parti İçi Demokrasi, Adalet Yayınları, b.2, Ankara 2013, s.5.

² Bkz. (http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.55507bbb166c49.46647331 erişim 11/05/2015).

unsurunu oluşturan siyasi partiler için bu durum her ne kadar üyelerinin anlam dünyasının dışavurumundaki göreceliği kısıtlama ile sonuçlanma riski taşısa da belli bir bütünlük ve program tutarlılığı sağlama açısından olumlu karşılanabilir. Bu aynı zamanda tanımdaki ikinci öge olan siyasal bir topluluk oluşturulması açısından da önem ifade etmektedir; zira böylece siyasal anlamda topluluk olma bilinci için zemin hazırlanmaktadır denebilir.

Doktrinde siyasi partilere ilişkin çok çeşitli tanımlar söz konusu olmuştur. Bu tanımlamalardan her biri siyasi partilerin bir veya birkaç özelliğini vurgulaması bakımından önemlidir. Bülent Daver'e göre siyasi partiler belli bir program, felsefe ve görüşe sahip olan ve bu doğrultuda bir pratik sergileme için iktidara sahip olmayı amaç edinen örgütlü bir insan topluluğudur.³ Başka bir tanıma göre, iktidar yetkilerine sahip veya buna sahip olmak için demokratik bir ortamda, serbest seçimlerde özgürce yarışan ve belli bir program çerçevesinde toplanan insanların oluşturduğu siyasi bir örgütlenmedir.⁴

Öte yandan doktrinde siyasi parti kavramı ile ilgili iki önemli tartışma konusu söz konusudur. İlk olarak kendi yapılanmasını parti olarak adlandıran her oluşum bu anlamda siyasi parti olur mu? Her ne kadar Epstein buna olumlu yaklaşıp da siyasi parti kavramının ancak "sürekli ve istikrarlı" bir örgütlenme ile söz konusu olabileceği söylenebilir.⁵ İkincisi, tek parti de bu bakımdan siyasi parti olarak nitelendirilebilir mi? Bu konuda da doktrinde olumlu görüşler ortaya atılmıştır.⁶ Kanımızca günümüz çağdaş çoğulcu demokrasisi karşısında bu soruya olumlu cevap vermek mümkün gözükmemektedir. Zira siyasi parti gerçekliğini ortaya çıkaran siyasal gelişime bakıldığında günümüzde varılan demokratik alanda çoğulculuğun dinamik hareketliliğini siyasi partilerin sağladığı söylenebilir.

Siyasi partiler, hukuksal alanda, ülkemizde 1961 Anayasası ile birlikte anayasal anlamda bir düzenlemeye konu olmuştur ve terim olarak siyasi parti kavramı kullanılmıştır. Fakat İkinci Meşrutiyet ile

³ Bülent Daver, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Bir Kaç Örnek Olay", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.2, Ankara 1985, s.97.

⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, "Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 16, Ankara 1999, s.96.

⁵ Yanık, s.10

⁶ Yanık, s.9-10.

birlikte Kanun-i Esasi'nin 120.maddesinde yapılan değişiklik neticesinde yasal düzenleme olarak "cemiyet kurma özgürlüğü" söz konusu olmuştur.⁷ İlerleyen dönemde siyasi parti olarak nitelenebilecek pek çok oluşum "cemiyet" veya "fırka" adı altında Türk siyasi hayatında belirmiştir. Örneğin Birinci Dünya Savaşı'ndan sonraki kurtuluş mücadelesi sürecinde kurulan Müdafai Hukuk Cemiyeti 23 Ekim 1923 tarihinde Halk Fırkası olarak adını değiştirmiştir. Daha sonra Cumhuriyet Halk Fırkası olarak isim alan söz konusu siyasi parti 1935 yılında isim değişikliği ile birlikte CHP olarak anılmıştır.⁸ Tek parti döneminde Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası ve Serbest Cumhuriyet Fırkası ile çok partili siyasi yaşama geçme doğrultusunda iki önemli kalkışma olsa da çeşitli nedenlerle başarılı olunamadı ve ancak 1945 yılında Milli Kalkınma Partisi kurulması ile birlikte Türk siyasi hayatında çok partili siyasal sisteme geçilebilmiştir. 1946 yılında da Demokrat Parti kurulmuştur.⁹ Özellikle DP'nin 14 Mayıs 1950 seçimlerinde iktidarı uzun süredir tek parti olarak üzerinde taşıyan CHP'den alması ile birlikte ülkemizde çok partili siyasi hayatın demokratik kurumsallaşması bakımından boyut atladığı söylenebilir.

1961 Anayasası, siyasi partileri hukuksal bağlamı ile birlikte anayasal bir zemine oturtmuş ve Anayasa'nın 56.maddesine göre "vatan-daşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir" denilmiştir. Ayrıca yine aynı maddeye göre siyasal partilerin kurulması için önceden izin almaya gerek yoktur; dolayısıyla siyasi partiler serbestçe kurulurlar. Öte yandan "siyasi partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" şeklindeki düzenleme ile demokratik hayatta siyasi partilerin önemi vurgulanmıştır. 1961 Anayasası'nda siyasi parti kavramının bir tanımlaması söz konusu değildir; fakat siyasi partilerle ilgili düzenlemeleri içermek üzere 13.07.1965 tarihinde Siyasi Partiler Kanunu kabul edilmiştir.¹⁰ 1982 Anayasası'nda da siyasi partilerle ilgili düzenleme söz konusu olmuş ve 68.maddede "siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" düzenlemesi yine yer almıştır.

⁷ Yanık, s.25.

⁸ Yanık, s.26.

⁹ Yanık, s.27-28.

¹⁰ Yanık, s.50.

2820 sayılı SPK'nın üçüncü maddesinde "siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır" denilerek siyasi partiler tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya Bülent Tanör iki açıdan öneri sunmaktadır. İlk olarak "milli iradenin oluşmasını sağlamak" ifadesi yerinde olmakla birlikte eksiktir; zira eski SPK'daki gibi "toplum ve devlet düzenini ve kamu faaliyetlerini yönetme, denetleme ve etkileme" şeklinde bir düzenleme de yer almalıdır.

İkinci olarak "çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma amacı gütmek" ifadesi siyasi partilerin niteliği ile ilgili bir düzenleme olmamakla birlikte bir şart da değildir. Dolayısıyla "ideolojik-politik" nitelikte olan ve "siyasal ve partisel çoğulculuk ilkesi" ne uygun olmayan bu gereksiz ifadenin çıkarılması gerekmektedir.¹¹ Doktrinde Burhan Kuzu ise tanımda "siyasi iktidarı ele geçirmeyi hedef tutma unsuru"nun yer almamasını bir eksiklik olarak değerlendirmiştir; zira bu unsur siyasi partileri diğer teşkilatlanmalardan ayırır. Aksi halde bu unsuru taşımayan bir teşkilat siyasi parti değildir.¹²

Siyasi partilerin öneminin ortaya konulması bakımından 1982 Anayasası'nın 68.maddesinde belirtildiği üzere siyasi partiler, demokratik siyasi yaşamda vazgeçilmeyecek bir öneme sahiptir.¹³ Doktrinde

¹¹ Bülent Tanör, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", Birinci Bölümün İçinde, TÜSİAD Raporu, İstanbul 1997.

¹² Burhan Kuzu, "1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasi Parti Kanunlarında Siyasi Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi(Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C. 52, S. 1-4, İstanbul 1986-1987, s.148-149. 2820 Sayılı Kanun'un tanımlamasında da siyasi partilerin iktidarı ele geçirme amacına açık bir şekilde değinilmediğini belirten Kuzu, "milli iradenin oluşmasını sağlayarak" ve "milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yolu ile" ifadelerinden belki iktidarı ele geçirme amacına ulaşılabilir demektir. Kuzu, s.150. Ayrıca bkz. Yanık, s.15.

¹³ Schattschneider'in dediği gibi gerçekten de "modern demokrasi siyasi partiler olmadan düşünülemez". J. Russell Dalton, ve Steven A., Weldon, "Public Images of Political Parties: A Necessary Evil?", West European Politics, C. 28, S. 5, Kasım 2005, s. 931. Fakat Dalton ve Weldon "siyasi partiler her ne kadar temsili demokrasilerin temeli olsalar da bugün az kişi siyasi partilere güvenmekte ve bu durum demokratik siyasetin şeklini değiştirmektedir" demektedirler. Dalton ve Weldon,

de siyasi partilerin siyasi hayattaki önemi değişik açılardan belirtilmiştir. Siyasi partilerin özgür bir şekilde kurulup iktidara sahip olmak için yarışabilmeleri demokratik bir yönetim için gereklidir.¹⁴ Siyasi partilerin çatısı altında ortak düşünce ve görüşe sahip insanlar toplanabilmekte ve kendi değer ve düşüncelerini şekillendirip ortaya koyabilmektedirler. Siyasi partiler aracılığı ile siyasi partiyi destekleyen seçmen ve üyelerin menfaatleri bütünlük kazanabilmektedir. Ayrıca gerek ulusal gerek uluslararası alanda demokratik yönetim biçiminin işlerliliği için yönetici kadrosu vb. insan kaynağı siyasi partiler aracılığı ile söz konusu olabilmektedir.¹⁵

Gelenen bu noktada siyasi partilerin önemine ilişkin, olan ile olması gerekenin iç içe geçtiği alanda bir değerlendirme yapmak gerekir. Gerçekten de belirli ortak düşünce ve görüşe sahip insanların örgütlü bir şekilde hareket etmeleri, siyasi partileri hak ve özgürlüklerin güvencesinin sağlanması doğrultusunda işlevsel birer mekanizmaya dönüşürebilmektedir. Çünkü bireysel hak ihlalleri karşısında yeterince maddi ve teknik donanıma sahip olmayan bireyler bu şekilde seslerini duyurarak kamuoyunu oluşturma ve etkileme imkânına kavuşabilmekte ve idari veya yargısal sistemi etkileyebilmektedirler. Öte yandan hak ve özgürlük ihlali iktidar ve türevlerinden kaynaklandığında yine siyasi partiler etkili muhalefet ile iktidarı denetleyebilmekte ve dengeleyebilmektedir. Bu şekildeki siyasi denetim ve denge, siyasal sistem içerisinde iktidar birikimini ve tortulaşmasını engelleyebilir. Böylece iktidarın muhtemel otoriter ve totaliter eğilimlerinin sebep olacağı siyasal ve hukuksal basınca karşı direnç gösterilebilir.

Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin gerek gelişiminde gerek iktidar pratiğinin çerçevelenmesinde siyasi partilerin önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Öte yandan siyasi partiler, günümüz çoğulcu demokrasi anlayışının siyasal yaşam pratiğindeki belki de en önemli araçlarıdır. Çeşitli ideolojik, dinsel, politik düşünce ve görüşler farklı yapılanmalar ile siyasal ve sosyal ortamda özgürce kendilerini ifade edebilmekte ve taraftar kazanarak kendi anlam dünyalarını oluşturan

s. 931.

¹⁴ Oktay Uygun, , "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Ankara 2000, s.256.

¹⁵ Kuzu, s.152.

değer ve düşüncelerin iktidar pratiğini sergileyebilme fırsatını yakalayabilmektedirler. Böylece siyasi partilerin en önemli işlevlerinden biri ortaya çıkmış bulunmaktadır. Gerçekten de siyasi partiler devlet mekanizması ile birey arasında açık iletişim kanalları açmakta, bir diğer anlamda devlet yapılanması birey ile buluşmaktadır. Dolayısıyla siyasi partiler aracılığıyla bireysel ve toplumsal alanda gelişen evrensel kültür dinamizmi ve devinimi ve buna bağlı olarak gelişen bilgi değişim ve dönüşümü devlet yönetimine taşınabilmektedir. Böylelikle aktarılan demokratik hareketlilik ve çoğulculuk, devleti yaşayan ve siyasi güncelliğini koruyan bir mekanizmaya dönüştürebilmektedir.

B. Çoğulcu Demokrasi ve Siyasi Partiler

Latince kökenli demokrasi kavramı ilk olarak M.Ö Heredot tarafından kullanılmış olup halk anlamına gelen “demos” ile yönetmek, hükmetmek anlamında olan “kratein” kelimelerinden oluşmuştur.¹⁶ Genel ve geniş anlamda demokrasi kavramı Abraham Lincoln’un söylemiyle “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi” şeklinde tanımlanabilir.¹⁷ Demokrasi ile ilgili pek çok tanımın bağlı bulunan yaklaşıma göre geliştirilmiş olduğu söylenebilir. Karl Popper, demokrasiyi diktatörlükten kaçınılabilecek, şiddete ve buna bağlı olarak kan dökülmeye başvurulmadan kötü yöneticilerin devlet yönetiminden alaşağı edilebileceği bir yönetim olarak görmektedir. Peter Berger ise demokrasiyi iktidar sahiplerinin seçimlerle değiştirilebileceği ve iktidar sahiplerinin her şeyi yapamamasının güvencesini oluşturduğu bir yönetim biçimi olarak görmektedir.¹⁸ Başka bir açıdan, Barry Holden demokrasiyi, kamuyu ilgilendiren önemli siyasal sorunlara ilişkin temel olarak, belirleyici nitelikteki kararların alınmasında bütün halkın pozitif veya negatif olacak şekilde etkili olabilmesi olarak değerlendirmektedir.¹⁹

Görüldüğü gibi demokrasi kavramına birçok yaklaşım sergilenebilmekte ve buna bağlı olarak geliştirilen tanımlama ve nitelemelerle demokrasinin belirli bazı yönleri ön plana çıkarılabilmektedir. Fakat

¹⁶ Mustafa Erdoğan, , Anayasa Hukuku, Orion Yayınevi, b.3, Ankara 2005, s.106.

¹⁷ Hasan Tunç, , “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Ankara 2008, s.1115.

¹⁸ Erdoğan, s.106.

¹⁹ Yanık, s.86.

belirtmek gerekir ki demokrasiye birbirinden bağımsız ve hatta kimi zaman çelişik anlam yüklenmesinde aşırıya kaçıldığında veya demokrasi olgusunun kendisi mistifikasyona uğratıldığında anlamsızlaşma ve dolayısıyla siyasal yaşam pratiğinde uygulanamama ya da yanlış uygulanma tehlikesinin söz konusu olacağı söylenebilir. O halde gökyüzünde ide olarak bulunan demokrasinin yeryüzündeki uygulamasında mükemmelliğinin ve estetiğinin siyasal ve sosyal yaşam pratiğinde ne kadar mümkün olduğunun sorgulanması gerekmektedir. Dolayısıyla demokrasi algısına ilişkin gerçeklik olarak var olan ile ideal olarak var olması gereken arasındaki fark belirecek ve bir anlamda demokrasinin yeryüzündeki sınırlılığı ortaya çıkmış olacaktır.

Nitekim Dahl, demokrasi kavramına bu anlamda gerçekçi yaklaşmaktadır. Dahl, demokrasi kavramı yerine “poliarşi” kavramını kullanmakta ve demokrasinin tanımını buna göre şekillendirmektedir. Burada “poliarşi” kavramı “muhalafet” ve “katılma” olarak iki etken üzerine temellenmektedir. Bu iki sacayağından olan muhalafetin söz konusu olabilmesi için iktidar olma yolunda siyasi örgütlenmelerin özgür bir ortamda, dürüstçe ve düzenli bir şekilde seçimlerin yapılması ile bir yarış olmalıdır. Katılma durumunun gelişimi için ise yetişkin vatandaşların oy vermesi ve iktidar sahibi olmaları doğrultusunda yarışma durumları söz konusu olmalıdır. Ancak bu iki etkenin siyasal yaşam pratiğinde işlevsel olması ve dolayısıyla anlam kazanması için fikir ve ifade özgürlüğünün, örgüt kurma ve var olan örgütlere katılma hakkının ve bireylerin bilgi kaynaklarına ulaşabilmesinin söz konusu olması ve bunun güvenceye bağlanmış olması gerekmektedir.²⁰

O halde demokrasi kavramının kapsamına ilişkin belirlenmenin daha net bir şekilde ortaya koyulması gerekmektedir. Nitekim Diamond liberal demokrasiyi bu bağlamda değerlendirmektedir.²¹ Öte

²⁰ Ergun Özbudun, Türkiye’de Demokratikleşme Süreci, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, b.1, İstanbul 2014, s.194.

²¹ Diamond’a göre liberal demokrasinin on unsuru bulunmaktadır. Bunlar: “1) Devletin temel kararlarının, demokratik yönden hesap verirliliği olmayan aktörler ya da yabancı devletler tarafından değil, seçilmiş görevliler tarafından alınması; özellikle silahlı kuvvetlerin, seçilmiş sivil yöneticilerin denetimine tabi olması. 2) Yürütme yetkisinin, bağımsız yargı organı, parlamento ve yatay hesap verirliliğin diğer mekanizmalarının özerk gücü ile sınırlandırılmış olması. 3) Muhalafetin önemli oy gücüne sahip olması ve iktidarın el değiştirmesi ihtimalinin bulunması nedeniyle, seçim sonuçlarının önceden belli olmaması ve anayasa ilkelerine bağlı her grubun parti kurma ve seçimlere katılma hakkının bulunması. 4) Kültürel,

yandan Sartori liberal demokrasinin halkın özgürleştirilmesi ve halkın yetkilendirilmesi olarak iki yönü üzerinde durmaktadır. Bu bakımdan liberal demokrasi, halkın zorbalıktan korunması (demo-protection) ve halkın yönetimdeki etkinliğini sağlamasının (demo-power) birleşimidir denilebilir.²² Bu durumda halkın devletin sınırlandırılması ile gelişen özgürlüğü, yönetimde söz sahibi olunması ile güvenceli bir siyasal sisteme dönüşmektedir; böylelikle negatif ve pozitif özgürlük sağlanmış olunur ve negatif özgürlük bu anlamdaki demokrasinin ön şartıdır.²³ Bu doğrultuda Diamond'ın da belirttiği gibi liberal demokrasinin üst norm olarak bağlayıcı bir anayasanın varlığını gerektirdiği ve liberal demokrasinin bu anlamda anayasal demokrasi olduğu söylenebilir.²⁴

Gerçekten de Paquino'nun da belirttiği gibi demokrasi iktidarda olan parti veya partilerin seçimlerde kaybedebildiği veya nihayetinde bir noktada öyle bir durum varlık bulur ki kaybetmek zorunda kaldığı bir siyasal düzen şeklinde gelişmektedir. Dolayısıyla demokrasilerde yapılan seçimler de "kaybedenlerin cehenneme gönderildiği kutsal bir karar değildir; aksine azınlığın isteği doğrultusunda hükümlerin iptal edilebildiği hakem altında kazananların siyasal gücün bir kısmını kullanabilmesidir."²⁵

etnik, dinsel ve diğer azınlık gurupların kendi menfaatlerini siyasi süreçte ifade etme, kendi dillerini konuşma ve kültürlerini yaşama hakkından hukuken veya fiilen yasaklanmaması. 5) Partilerin ve seçimlerin dışında vatandaşların kendi menfaat ve değerlerini, çeşitli bağımsız dernekler ve hareketler vasıtasıyla ifade ve temsil edebilecekleri kanalların varlığı. 6) Vatandaşların engellenmeksizin ulaşabilecekleri, bağımsız medya dahil, alternatif bilgilenme kaynaklarının varlığı. 7) Bireylerin, inanç, düşünce, tartışma, konuşma, yayın, toplanma, gösteri ve dilekçe haklarına geniş ölçüde sahip olmaları. 8) Vatandaşların, kanun karşısında siyaseten eşitliği. 9) Bireysel ve kolektif hürriyetlerin, bağımsız ve ayrımcılık gütmeyen bir yargı organı tarafından etkin şekilde korunması ve yargı kararlarının diğer iktidar merkezleri tarafından saygı görmesi ve yerine getirilmesi. 10) Hukuk devletin, vatandaşları haksız tutuklamalardan, sürgünden, terörden, işkenceden ve bireysel hayatlarına diğer haksız müdahalelerden sadece devlete karşı değil, aynı zamanda örgütlü devlet-dışı veya devlet-karşıtı güçlere karşı koruması." Dİ-AMOND, Larry, *Developing Democracy; Toward Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore ve Londra, 1999, s.11-12.'den aktaran Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme*, s. 194.

²² Erdoğan, s.111.

²³ Erdoğan, s.111.

²⁴ Özbudun, *Türkiye'de Demokratikleşme*, s.195.

²⁵ Pasquale Pasquino, , "Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy", *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, s. 47.

Gelinen bu alanda çoğulcu demokrasi anlayışlarından ve özellikle siyasi partilerin çoğulcu demokrasi bakımından öneminden, bir diğer anlamda işlevselliğinden söz edilmesi gerekir. Tanör'ün belirttiği gibi demokrasi, iktidarın kaynağı olarak halk veya millet egemenliği ile gelişen tarihsel koşullar bağlamında değerlendirilen bir kavram olmuştur. Fakat gelişen siyasal şartlar altında demokrasinin salt bir iktidar kaynağı sorunu olmadığı, aksine iktidarın sınırlandırılması ile de ilintili olduğu görülmektedir.²⁶ Dolayısıyla demokrasi salt seçim sonucu olarak bir sayısal işlemin toplamından ibaret değildir²⁷; aynı zamanda insan hak ve özgürlüklerine dayanan bir ilkeler ve değerler bütünüdür. Bu durumda özgürlükçü ve liberal temeli olan çoğulcu demokrasi anlayışına varılmaktadır. Şu halde çoğulcu demokrasi insan hak ve özgürlüklerine bağlı olarak siyasal iktidarın sınırlandırılmasına ve evrensel hukuk ve demokrasi ilkeleri bağlamında hukukun üstünlüğünün olduğu hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır.²⁸

²⁶ Tanör, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 18-19. İnceoğlu'nun belirttiği gibi "Çoğulculuk, çoğunluktan farklı olma hakkının korunması ve bu çerçevede çoğunluk iktidarının sınırlanması olarak özetlenebilir." Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editör: Ece Göztepe, Ankara 2010, s. 125.

²⁷ Gerçekten de Esen'in belirttiği gibi "Demokrasi sayı çoğunluğu ile oynanabilecek bir nevi cambazlık değildir" denilebilir. Bülent Nuri Esen, "Türkiye'de Anayasal Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, Ankara 1968, s. 46. Fakat demokrasiyi elitist bir değerlendirmeye tabi tutup, rejim bekciliği veya aydın despotluğu olarak görmek de anakronik bir bakış açıdır. Esen'in anayasal görüşleri veya genel olarak Türk anayasal tezleri için bkz. Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, Yapı Kredi Yayınları, b. 1, İstanbul 2008.

²⁸ Tanör, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 19. Dolayısıyla "Görüldüğü gibi demokrasi ya da demokratikleşme/demokratikleşememe, siyasal boyutları olan, insan hakları ve hukuk devleti gibi unsurları da zorunlu olarak içeren, çok kapsamlı ve karmaşık bir süreçtir." Tanör, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 19. Dolayısıyla çoğulcu demokrasideki çoğulculuğun gerçekliği bireyin anlam dünyasını oluşturan ahlaki, dini, siyasi, düşünsel veya duygusal alandaki göreceliğinden, bir diğer anlamda çeşitliliğinden kaynaklandığının vurgulanması gerekir. Özellikle siyasal alandaki çoğulculuğun sağlanmasının diğer alanlardaki çoğulculuğun söz konusu olmasındaki garantörlüğünü yaptığı siyasal iktidar ile bireyin ilişkisine bakıldığında söylenebilir. Gerçekten de siyasal anlamda beliren çoğulcu demokrasi kültürü ile ancak bireyin anlam dünyasını oluşturan değerlerin çoğulculuğu ve böylece bireyin yaşam pratiğindeki özerk alanı güvenceye bağlanabilir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına yansıyan çoğulcu demokrasi değerlendirmeleri ve siyasal alandaki ifade özgürlüğünün sağlanmasının çoğulcu demokrasideki önemine ilişkin benzer doğrultudaki yaklaşım için bkz. İnceoğlu, 83-129.

Bu noktada bir diğer açıdan Dworkin'in çoğulcu demokrasi anlayışına değinilebilir. Dworkin burada "otaklık demokrasisi" kavramını geliştirmektedir. Adından da belli olduğu üzere ortaklık demokrasisi bir şirket veya ortaklığın yönetim biçimine benzemektedir; yöneticiler sadece kendilerine oy verenlerin değil bütün toplum kesimlerinin çıkarlarını düşünmek durumundadırlar.²⁹ Ortak demokrasisi için üç şart aranmaktadır. İlk olarak bütün yurttaşlar siyasal kararların alım sürecine eşit şekilde söz sahibi olmaları gerekir; böylece farklı, hatta rahatsız eden düşüncelere sahip olduğundan dolayı siyasal katılım sürecinin dışına atılmamalıdır. Dolayısıyla bu durum eşit oy hakkının ötesinde anlamlar taşır. İkinci olarak ise herkesin varoluşunun siyasi kararlara yansıtıldığı "eşit özen ilkesi" söz konusu olmalıdır; zira kimsenin hayatı bir diğerinden üstün değildir. Üçüncü şart ise "onur şartı"dır ve böylece bireylerin onurlarını korumaları doğrultusunda sadece kendilerinin vermeleri gerektiği kararların çoğunluk tarafından alınamaması gerekmektedir.

O halde siyasal kararlar ancak bireylerin onurlarına aykırı olmadığı, bir diğer deyişle uyuşma gösterdiği oranda ortak bir şekilde alınabilmelidir.³⁰ Çünkü gerçek anlamda hakkaniyet, bir diğer anlamda "siyasal eşitlik", çoğunlukçu demokrasi anlayışındaki eşit oy ilkesi ile sağlanamaz; zira diğer insanları etkileme gücü olarak "siyasal nüfuz", eşit oy ilkesinin simetriği olarak siyasal alana tezahür etmez.³¹ Şu halde siyasal eşitliği çoğunlukçu demokrasi anlayışı ile sağlamak mümkün gözükmemektedir; çünkü bireylerin eşit söz hakkının söz konusu olduğu, siyasal kararların alım sürecinde tüm bireylerin çıkarlarının eşit bir şekilde dikkate alındığı ve bireylerin kişisel onurlarına aykırı ortak kararların alınması noktasında baskı ve dayatmaya maruz kalmadıkları bir toplumda ancak siyasal eşitlik söz konusu olabilir.³²

Günümüzde demokrasi Antik Yunan'da var olduğu şekilden çok farklı anlamlar kazanmakta ve bu şekilde boyut atlamaktadır. Kavram olarak gökyüzünde bulunan ide haliyle demokrasi yeryüzüne indirildiğinde yaşam pratiğinde estetikle yoğrulmuş mükemmelliğini, bir

²⁹ Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, Ankara 2008, s. 28.

³⁰ Dworkin, s. 30.

³¹ Dworkin, s. 36-38.

³² Dworkin, s. 39.

diğer anlamda sınırsızlığını ve sonsuzluğunu kaybetmekte ve yozlaşma gösterebilmektedir. Nasıl ki adalet ve eşitlik gibi ide ve ideallerin, yaşam pratiğindeki görelige bağlı olarak gelişen pürüzleri ve eksikliklerinin hukuksal düzenlemelere konu edilerek mümkün olduğunca tamamlanması söz konusu olmaktaysa benzer şekilde, demokrasinin de siyasal ve sosyal hayatın işleyişindeki aksaklıklarının gerçekçi bir anlam ile giderilmesi gerekmektedir. O halde ideal olana varma tırmanışında demokrasi reel hayata uyarlandığı ve siyasal alanda dinamik bir şekilde gelişimini devam ettirdiği ölçüde fonksiyonel olmaktadır.

Dolayısıyla devletin sınırlandırılıp insan hak ve özgürlüklerinin gerek biçimsel gerek maddi anlamda nitelikli normlarla sağlandığı bir sistem olarak beliren hukuk devletinin oluşturduğu siyasal mekanizmanın hareket yeteneğini demokrasinin ortaya koyduğu söylenebilir. İşte bu mekanizmaya işlevsellik katan çoğulcu bir siyasal ve sosyal yaşam alanından beslenen çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Gerçekten de çoğulcu demokrasi anlayışının yaşam pratiğindeki göreceliği ve gerek siyasal gerek sosyal anlamda toplumsal hayatta beliren heterojenliğin siyasal mekanizmayı rehabilite ettiği ve böylece yönetsel işlerliği arttırdığı söylenebilir.

Dolayısıyla hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kurgulanan siyasal alanda çoğulcu demokrasinin, toplumsal alanda var olan siyasal ve sosyal farklılıkların yönetim sistemine ve iktidar pratiğine izdüşümünü sağladığı söylenebilir. İşte çoğulcu demokrasideki çoğulculuğun reel düzlemde gerçekliği ise siyasal partilerin varlığı ile söz konusu olmaktadır. Böylece toplumsal olarak var olan gerek düşünsel gerek duygusal çeşitlenmeler, politik alanda olsun veya olmasın siyasal partiler aracılığı ile siyasal alana taşınıp iktidar pratiğine yansıtılmaktadır. Gerçekten de çoğunluk olarak herhangi bir sayısal aritmetiğe bağlı olmaksızın bütün bireylerin anlam dünyasındaki zenginliklerin yasama faaliyetine taşınabilmesi, demokratik yönetimin iktidar pratiğini bireyin algısında rehabilite etmekte, bir diğer anlamda iktidarın meşruiyetini sağlamaktadır. Meşruiyet algısının tarihsel süreçte iyi yöneticiden iyi yönetime evrilmesindeki demokrasinin olumlu anlamdaki işlevi, çoğulcu demokrasi anlayışı ve siyasal yaşam pratiğindeki siyasal partilerin bu doğrultudaki varlığı ile söz konusu olabilir.

Öte yandan bu durumun özellikle iki yönden önem kazandığı söylenebilir. İlk olarak, bireyin anlam dünyasını oluşturan ve şekillendiren düşünsel ve duygusal devrim politik alana taşınabilir ve böylece politik alan ile politik alanın dışında olan alan arasında bir iletişim kanalı açılmış olunur. Bu yolla sosyal hayatta gelişen düşünsel ve duygusal hareketlilik siyasal alanda gerçeklik kazanabilir. İkinci olarak, bu şekilde meşruiyetini bulan yönetim sistemi, bireyin varoluşu ile insan hak ve özgürlüklerinin çoğulcu demokratik bir ortamda birleşimi sonucunda gelişen hukuk devleti süreklilik ve olumlu anlam kazanacaktır.

Bununla birlikte çoğulcu demokrasi anlayışının hukuk ve politik alanın kesişiminde yer alan sosyolojik işlevinden de söz etmek gerekir. Sanayi İnkılabı, Reform ve Rönesans ile gelişen modernleşme akımı rasyonel aklı öne öngörerek birey olgusunu ortaya çıkarmış ve ortaya çıkan bireyi mümkün olduğunca meta ötesi alandan soyutlamaya çalışmıştır. Önceki zamanlardan farklı bir iktidar ilişkisine tabi tutulan birey yeni düzende gerek siyasal ve sosyal gerek hukuksal yönden statü değişikliğine uğramıştır. Böyle bir ortamda sahip olduğu değer yargılarına yabancılaşan birey özellikle modern sonrası zamanların ilişki karmaşasında yalnızlaşmıştır. Anayasacılık ve hukuk devleti düşüncesi ile tasarlanan yeni siyasal sistemde birey bir yandan hak ve özgürlükler elde etmiş fakat diğer yandan otoriter, totaliter ve türevi faşist ideolojilere kapılma tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. İşte burada çoğulcu demokrasinin varlık ve uygulama bulduğu bir siyasal mekanizma ancak bu tür tehlikeleri bertaraf edebilir. Zira Mardin'in de belirttiği gibi modern demokrasinin, bireyi "kütle adamı"³³ olmaktan kurtarması gerekir. O halde bireyin toplumsal alandaki rolü ve etki gücü arttırılmalıdır. Dolayısıyla böylesine bir boşlukta kalan ve "kütle kompleksleri" içerisinde yaşayan bireye "birkaç senede bir oy sandığı-

³³ Modern dünyada, sanayileşme, nüfus artışı ve benzeri değişkenler neticesinde geleneksel toplum yapılarının erimesi ile birlikte "kütle adamı" ortaya çıkmıştır. Toplumsal hayatta beliren bu "tip" eskiden bağlı olduğu aile, kabile, cemaat gibi toplumsal yapıların kişi için sağladığı güven ve bağlanmadan yoksundur. İşte "kütle adamı" bu yoksunluğu gidermek istediği zaman ise kendisini birey olmanın aksine kütlenin bir parçası olarak bulduğu sendika veya siyasi parti gibi oluşumlar ile karşı karşıya bulmaktadır. Fakat bu haldeki "kütle adamı" samimiyeti sahte olan demagoglara veya sembolere bağlı olarak gelişen faşizan rejimlere kolay bir şekilde tabi olabilmektedir. "Kütle adamı" için bkz. Şerif Mardin, , Türk Modernleşmesi, İletişim Yayınları, b. 20, İstanbul 2011, s. 330.

nın başına gelip oyunu kullanmak fırsatını vermek, açıklıktan ölmekte olan bir adama simidin üstündeki susamı teklif etmeye benzer.”³⁴ O zaman bireyin içerisinde yer aldığı toplumsal alanın küçük birimlerinden büyüklerine doğru katılım göstermesi gerekmektedir.³⁵

C. Anayasa Yargısı ve Siyaset

Anayasa yargısının düşünsel izlerini antik Yunan'a kadar sürmek mümkün olmasına rağmen somut olarak günümüz uygulaması son iki yüz yıllık bir serüvende gelişmiştir.³⁶ Anayasa yargısı, kanunların ve kanun dışındaki diğer bazı yasama işlemlerinin kanunlardan daha üst bir norm olarak anayasaya uygunluğunu ifade eden yargısal denetimdir.³⁷ Fransız İhtilali ile birlikte gelişen devredilmez, bölünmez, yanılmaz ve temsil edilmez genel irade anlayışı nedeniyle seçim ile oluşturulan yasama organının insan hak ve özgürlüklerine yönelik ihlallerde bulunabileceği ve dolayısıyla hak ve özgürlüklere ilişkin koruma mekanizmasının yasama faaliyetleri için de söz konusu olması gerektiği önceleri düşünülemedi; dolayısıyla yazılı ve katı anayasalar on sekizinci yüzyıl ve sonrası yaygınlaşmaya başladığı halde Amerika Birleşik Devletleri'nin tecrübesi bir tarafa bırakılırsa anayasa yargısının yirminci yüzyıl ortalarından itibaren yaygın olarak kurum-sallaşmasını sağladığı söylenebilir.³⁸ Böylece ilk defa ABD'de somut uygulaması yapılan anayasa yargısı, yasama organı karşısında insan hak ve özgürlüklerinin korunması doğrultusunda geliştirilmiştir.³⁹

³⁴ Mardin, s. 332.

³⁵ Mardin, s. 332.

³⁶ Bülent Tanör, ve Necmi Yüzbaşıoğlu, , Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, b. 14, İstanbul 2014, s. 469.

³⁷ Ergun Özbudun, , Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, b. 15, Ankara 2014, s.403.

³⁸ Özbudun, Türk Anayasa, s. 403. Anayasa yargısı ilk olarak 1787 ABD Anayasasında buna ilişkin bir düzenleme olmadığı halde 1803 yılında Marbury v. Madison davasında ortaya çıkmıştır. Mahkeme başkanı yargıç Marshall anayasal normların kanunlardan daha üstün olduğunu vurgulayarak yasama organının anayasaya aykırılık teşkil eden işlemlerinin kanun olmayacağını belirtmiştir. O halde bir anayasa normu ile bir kanunun birbiriyle çatışması halinde olay anayasaya göre çözümlenmelidir; zira aksi takdirde yazılı ve katı olan bir anayasanın hiçbir anlamı söz konusu olmaz. Özbudun, Türk Anayasa, s. 405. Gerçekten de anayasaların üstünlüğü eğer bir gerçeklik ifade edecekse anayasal normların diğer normlardan üstün olduğu ve dolayısıyla herhangi bir çatışma halinde üst normların uygulanması gerektiği söylenebilir.

³⁹ Yavuz Atar, , Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, b. 7, Konya 2012, s. 296.

Bu anlamda anayasa yargısının gerçekleşme koşullarının ise yazılı ve katı olan üstün ve bağlayıcı bir anayasanın varlığı ile birlikte anayasal denetimin yargısal denetim olarak öngörülmesi gerektiği olduğu söylenebilir.⁴⁰

Gelinen bu noktada siyaset ve hukukun kesişiminde yer alan anayasa yargısının işlevi üzerinde durmak gerekir. Anayasa yargısının, Özbudun'un da deyimiyle "hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale" olduğu söylenebilir.⁴¹ Gerçekten de anayasa yargısı ile bir yandan anayasanın üstünlüğü sağlanırken diğer yandan gerek biçimsel gerek maddi olarak insan onuru ve insan hak ve özgürlüklerini koruyan hukuk devletinin gereklilikleri sağlanmaktadır.⁴² Öte yandan anayasa yargısının, yaşamada oluşan çoğunluğun veya çoğunluğa bağlı olmadan geliştirilen insan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin, deyim yerindeyse yasama faaliyetinin yan etkilerini önleyebilmesi önemlidir. Zira böylece çoğulcu demokrasideki çoğulculuğun garantörlüğü işlevi görülmektedir.

Siyasetin bilgi değişim ve dönüşümü esas alan, siyasal ve sosyal anlamda küresel bilgi akışının gerçekleştiği kanalların inceldiği yerde gerçekleşen bir faaliyet olduğu söylenebilir. Bu durumda politik alanın belirli bir dinamizm ve devinime sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. İşte anayasal normların önceliğindeki hukuk normları politik alandaki siyasal eylemselliği gerçekleştirme aracı olarak yer almaktadır. Burada hukuk ilkesel tutarlılık ve normlar bütünüdür. Bu açıdan yargısal denetimin siyaseti bir kaç açıdan etkilediği ileri sürülebilir. İlk olarak yargısal denetim ile birlikte siyasal alan belirlenme süreci geçirir; böylelikle siyasi faaliyetin varoluşsal dayanağı, bir diğer deyimle meşruiyeti sağlanır. Bir diğer açıdan anayasal denetim sonucunda gelişen hukuk kültürü siyaseti niteler; dolayısıyla hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin özellikleri bu şekilde politik alana yüklenir. Bununla birlikte yargısal denetim aracılığı ile aynı zamanda siyasal alan sınırlandırılır; böylece hukuk devleti ve demokratik kültürle oluşturulan

⁴⁰ Özbudun, Türk Anayasa, s. 403-404.

⁴¹ Özbudun, Türk Anayasa, s. 403.

⁴² Hukuk devletinin maddi ve biçimsel yönlerini ve hukuk devletindeki hukukun maddi yönden de insan hak ve özgürlüklerinin korunması doğrultusunda nitelikli olması gerektiği konusunda bkz. Mithat Sancar, , "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, b. 6, İstanbul 2012, s. 34 vd.

alandan siyasetin olası savrulmaları önlenmektedir. İşte gerçekten hukuk ile siyasetin kesişim kümesinde anayasa yargısının, bu haliyle adeta anayasal düzenin operasyonel gücünü teşkil ettiği söylenebilir. Fakat anayasa yargısı bu işlevi görürken siyasal dinamizmi engelleyici veya siyasal kültür üzerinde vesayet kurucu bir yapılanmaya da sebep vermemesi gerekir; şu halde, ancak ilkesel tutarlılık ve anayasal kültürün dışına çıkıldığı zaman belirli ölçüde müdahale yapılması yerinde olabilir.

II. Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Siyaset Karşısında Konumlandığı Alan

A. Genel Olarak

1961 Anayasası'nda anayasal tarihimizde ilk defa normlar hiyerarşisi doğrultusunda anayasanın üstünlüğünün yargısal sağlaması olarak Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin düzenleme öngörülmüş ve böylece anayasa yargısı kurumsallaşma evresine girmiştir. İnsan hak ve özgürlükleri doğrultusunda geliştirilen hukuk devleti, erkler ayrılığı ve çoğulcu demokrasinin siyasal ve sosyal yaşam pratiğine dökülmesi amacıyla öngörülen anayasal bağlamdaki yargısal denetimin ve bu yöndeki yargısal aktivizmin, içtihatları değerlendirildiğinde Türk Anayasa Mahkemesi için pek söz konusu olmadığı söylenebilir. 1961 Anayasası döneminde evrimini tamamlayan Anayasa Mahkemesi'nin çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti özelinde genel olarak siyaset karşısındaki bu anakronik tavrı 1982 Anayasası döneminde de devam etmiştir. Gerçekten de 1982 Anayasası'nın özgürlük ve insan hakları bağlamındaki kuşkucu, ketum ve sınırlayıcı niteliği Yüksek Mahkemenin bu meyandaki tavrında pekiştirici bir rol oynamıştır.⁴³ Dolayısıyla Tanör'ün deyiimiyle "katmerli sınırlandırma sistemi"nin Anayasa'nın adeta karakterine işlendiği ve siyasi parti yasaklarında bu durumun tezahür ettiği söylenebilir.⁴⁴

⁴³ Nitekim bu doğrultuda Yokuş'un da belirttiği gibi "1982 Anayasası'nın özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından öngördüğü 'özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna' olması ilkesinden söz edilemeyecek sistemi, Siyasi Partiler Kanunu'na da yansımıştır" denilebilir. Sevtap Yokuş, , "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 127.

⁴⁴ Yokuş, s. 107.

Bu anlamda 2001'deki anayasa değişikliklerinin, özgürlük ve sınırlandırma sarkacında anayasal mekanizmayı özgürlük lehine çevirse de genel olarak 1982 Anayasası'na hâkim olan otoriter yığılmayı, deyim yerindeyse özgürlükler üzerindeki puslu havayı yeterince dağıtmadığı, Yüksek Mahkemenin sonraki kararlarına bakıldığında ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Anayasa'nın 68.maddesinin dördüncü fıkrasında "Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez." şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Anayasa m.69'un beşinci fıkrasına göre ise "Bir siyasî partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir." denilmektedir.⁴⁶ Bu bağlamda aynı maddenin hemen bir sonraki fıkrasında ise "Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir." denilmiştir.

İşte 2001'deki değişiklikler sonrası Anayasanın 69.maddesinin altıncı fıkrasına "odak olma"nın adeta gerçekleşme koşulları niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁴⁷ Gerçekten de yapılan değişikliklerle

⁴⁵ Doktrinde Hakyemez, 2001 Anayasa değişikliklerinin genel olarak siyasal partiler için özgürlükçü bir düzenleme olduğunu belirtmiş fakat gerçek anlamda bu olumlu değişimin siyasal yaşam pratiğine yansımaları için Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükçü yaklaşımının gerekli olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19, Ankara 2002, s. 550-571.

⁴⁶ Bununla birlikte 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası parti kapatmaya ilişkin yaptırım yanında bir diğer yaptırım öngörülmüştür. Nitekim Anayasa m. 69'un yedinci fıkrası "Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir." şeklinde bir düzenlemeye yer vermektedir. Şüphesiz söz konusu düzenleme 2001 Anayasa değişikliklerinin siyasal özgürlük açısından olumlu yanlarından biridir.

⁴⁷ Buna göre(69.maddenin 6. Fıkrası) "Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya

siyaset düzlemindeki skalada ibrenin olumlu anlamda kısmen özgürlüğe doğru kaydırılma noktasına bir eğilimin söz konusu olduğu, bir diğer açıdan siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılmak istendiği gözlenebilir.⁴⁸ Ancak değişikliklerden bu yana varılan alanda Anayasa Mahkemesi'nin gerek siyasi partilere ilişkin olsun gerek farklı açılardan insan hak ve özgürlükleri bağlamında olsun verdiği kararlar incelendiğinde özgürlük ve insan hakları karşısında mesafeli ve temkinli duruşunu koruduğu, ve böylece birey ile devlet arasında devletten veya başka bir deyişle resmi ideolojiden yana tavır takındığı söylenebilir.

Gerçekten de değişiklikler sonrası Yüksek Mahkeme'nin oldukça sert bir bildiri ile "parti kapatılmasının olanaksız hale getirilmesinin Cumhuriyeti korumasız bırakacağını" söylemesi "merkez değerleri" korumaya yönelik bir dışavurumu göstermekte ve özgürlük ve çoğulculuk karşısındaki konumunu ele vermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu yöndeki değişiklikleri iki kez iptal etmiştir.⁴⁹ Bu bağlamda aşağıda Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarında siyaset düzlemindeki özgürlüğe yönelik çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti paradigmasını mı temel referans aldığı, yoksa aksine ideolojik ve devletçi bir yaklaşıma mı sahip olduğu özellikle 1982 Anayasası döneminde verilen kararlar değerlendirilerek ve olan ile olması gereken göz önünde bulundurularak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Partiler Üzerinden Siyasetteki Toplumsal Çoğulculuğa Yaklaşım Biçimi ve Hegemonik Koruma Tezi

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar incelendiğinde siyasetin iki ana eksen üzerinde sınırlandırıldığı söylenebilir. Bunlardan birincisi devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesi çerçevesinde şekillenmekte iken ikincisi din ve devlet ilişkileri temelinde laiklik ilkesi kapsamında söz konusu olmaktadır. Yüksek Mahkeme

açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarıncı kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."

⁴⁸ Yokuş, s. 108.

⁴⁹ Ozan Ergül, , Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 307.

burada bir yandan Cumhuriyet ile birlikte inşa edilen ulus-devlet ve onun korunmasını güderken diğer yandan yeni devletin siyasal, iktisadi ve sosyolojik bağlamında bir değer ve düşünce bütünü olarak paradigmasını oluşturan siyasal ve iktisadi elitlerin siyasal tercihlerini ve yaşam biçimi bakımından sosyal çıkarlarını devam ettirmek istemiştir. Dolayısıyla 1961 Anayasası ile birlikte anayasal anlamda bir düzenlemeye kavuşturulan anayasa yargısı Türkiye’de hak ve özgürlüklerin korunmasını esas amaç olarak referans almadığını, aksine ideolojik, devletçi ve elit bir yapılanmaya sahip olduğu söylenebilir.

a. Devletin Ülkesi ve Milleti İle Bölünmez Bütünlüğü

Anayasanın 68.maddesinin dördüncü fıkrasında değinilen söz konusu ilke Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal ilke olarak konumlandığı hukuksal alanın dışına taşınmakta ve sosyolojik olarak anlam genişlemesine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla “bölünmez bütünlük” bakımından beliren parti yasaklama gerekçesi geniş yorumlanarak, devlet yapılanması veya toplumsal zeminde gelişen farklılıklar yasaklama ile karşı karşıya kalmaktadır.⁵⁰ Bu durum anayasal sistemin siyasal alan üzerinde olumsuz bir etkiyle sonuçlanmasına yol açmaktadır. Zira toplumsal katmanlarda gelişen yaşam pratiğindeki çeşitlilik ve dinamizmin siyasal ortama taşınması engellenmektedir. Böylece toplum ile siyaset arasında yaşanan kopukluk, toplumsal düzlemde gelişen evrensel bilgi akışının, düşünsel ve duygusal anlamda sosyolojik dönüşümün siyaset alanına yansımaları engellenmekte ve siyasal ortam, toplumsal devinimden kopuk olarak statik bir yapılanmaya dönüşmektedir. Bu şekilde siyaseti kendi kalebentliğine alan anayasal kültür toplumsal gelişmelere direnebilmektedir.

Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ilkesi kapsamını geniş bir şekilde yorumlayan Anayasa Mahkemesi, bu ilke bağlamında çeşitli dokunulmaz alanlar tespit etmiş ve siyasal alanı oldukça daraltmıştır. Bu anlamda söz konusu ilkeyi katı bir üniter devlet anlayışına indirgeyen Mahkeme, örneğin federalizm veya buna benzer

⁵⁰ Zühtü Arslan, , “ Anayasa Mahkemesi’ nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve çağı’nda ‘Ya-ya da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme” , *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 6, S. 22, Bahar 2001, s. 8.

siyasal önerileri yasak kapsamında değerlendirmiştir.⁵¹ Bu doğrultuda bir kararında Mahkeme “Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınamaz. Devlet ‘TEK’dir, ülke ‘TÜM’dür, ulus ‘BİR’dir.” diyebilmiştir.⁵² Öte yandan Mahkeme’nin siyasal partilere ilişkin bu tür kısıtlayıcı yaklaşımı, nihayetinde birer siyasal aktör olan kanun koyucunun siyasi üretkenliğini de sınırlandırmaktadır. Zira kanun koyucu mensup olduğu siyasi partinin ilkeleri çerçevesinde siyaset yapabil-

⁵¹ Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “Bölünmez bütünlük ilkesi, devletin bağımsızlığını, ülke ve ulus bütünlüğünün korunmasını da kapsar. Kuruluşundan beri tekil devlet olan Türkiye Cumhuriyeti’nin, bu tarihsel niteliği Anayasa’lara yansımış olup, korunması konusunda güçlü yaptırımlar getirilmiştir. Özen ve duyarlılıkla sürdürülen yapı, ulusun varlık nedeni olup başka çok uluslu ülkelerin koşulları ile bir tutulamaz. Bu temel ilkeden ödün verilemez. Gerçekte olmayan bir insan hakkı sorunu ileri sürülerek, devleti parçalamaya yönelik girişime, azınlık bulunduğu bahanesi dayanak yapılamaz. Tekil devlet esasına göre düzenlenen Anayasa’da federatif devlet sistemi benimsenmemiştir. Bu nedenle siyasî partiler, Türkiye’de federal sistem kurulmasına programlarında yer veremezler ve bu yapıyı savunamazlar. Devlet yapısında ‘bölünmez bütünlük’ ilkesi; egemenliğin, ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünleşmesini gerektirir. Ulusal devlet ilkesi, çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi böyle düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil devlet sisteminde ise, birden çok egemenlik yoktur. ‘Devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğü’ kuralı, azınlık yaratılmamasını, bölgecilik ve ırkçılık yapılmamasını ve eşitlik ilkesinin korunmasını içermektedir. ‘Egemenlik’ ve ‘devlet’ kavramlarının, ‘ulus’ kavramıyla bütünleşmesi, devletin herhangi bir etnik kökenden gelenlerle ya da herhangi bir toplumsal sınıfla özdeşleştirilmesine engeldir. Bunun nedeni; ulusun çeşitli toplumsal sınıflardan oluşmasına karşın sınıflar üstü bir kavram olmasıdır. Bunun için, egemenliğin kullanılmasını tek bir toplumsal sınıfa bırakan ya da bir toplumsal sınıfı egemenliğin kullanılmasından alıkoyan veya egemenliği bölen düzenlemeler bölünmez bütünlük ve tekil devlet ilkesine ters düşer. Anayasa’da ki ‘Türk Milleti’ tanımı içinde dinsel inanç ve etnik kökeni ne olursa olsun her yurttaş tam eşitlikle yer almakta, bu tanım köken özelliklerinin açıklanıp kullanılmasını asla yasaklamamaktadır. Tersine savlar, yapay halk ulus nitelermeleri, bölücülük ve ayrımcılık özendirmeleri olmaktan öteye geçemez. Demokrasi, demokrasiyi yıkarak savunulamayacağı gibi demokrasi, demokrasiye karşı ve onu yok etmek için de kullanılamaz. Demokratik haklar, despotizme araç yapılamaz.” Karar için bkz. E. 1993/3, K. 1994/2, K. T. 16/6/1994.

⁵² Karar için bkz. E. 1993/1, K. 1993/2, K.T. 23/11/1993. Öte yandan doktrinde Anayasa Mahkemesi’nin “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü” ilkesi çerçevesinde verdiği kararlar federalizm açısından tartışmaya konu olmuştur. Çünkü Sevinç’in de belirttiği gibi Mahkeme federal devleti bölünmüş olarak görüyor; halbuki bölünme esas olarak ayrılma hakkı ile ilgili bir konudur. Murat Sevinç, Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, b. 1, Ankara 2010, s. 334.

mektedir. Kanun koyucunun bu sorunu ancak anayasa değişikliği ile çözümleyebileceği söylenebilirse de Anayasanın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen hükümlerinin bu yöndeki girişimleri etkisiz kılabilceği söylenebilir.⁵³

Bu doğrultuda Mahkeme tarafından geliştirilen bir diğer koruma alanı ise dil çeşitliliğine yönelik takınılan tavidir. Mahkeme burada dil farklılıklarının ve bu farklılıkların azınlık kavramı çerçevesinde dillendirilmesinin azınlık statülerine yol açmasına sebep olacağını belirtmiş ve söz konusu durumu yine sert bir dille reddetmiştir. Nitekim Özgürlük ve Demokrasi Partisi'ne ilişkin verdiği kararda Mahkeme "İrk ve dil farklılıklarına göre azınlık statüsü tanımak, ülke ve millet bütünlüğü kavramıyla bağdaşmaz." demiştir.⁵⁴ Mahkeme yine bir başka kararında belli bir büyüklüğe sahip ülkelerde sosyolojik bakımdan dil, din ve mezhep temelinde farklılıkların olmasının doğal olduğunu belirtmiştir. Ancak bu farklılıklar esas alınarak çeşitli topluluklar için kültürel haklar geliştirilmesine ise oldukça kuşkucu ve dar bir yaklaşım sergilemiştir. Yüksek Mahkeme "Bu toplulukların her birine azınlık statüsü tanımak ülke ve ulus bütünlüğü kavramları ile bağdaşmaz. Öte yandan, başlangıçta kabul edilebilir istekler gibi görünen ve 'kültürel kimliğin tanınması istemleri' adı altında geliştirilen bu bölücü çabalar, zamanla azınlık yaratma ve bütünden kopma eğilimine girer"⁵⁵ şeklindeki ifade ile hukuksal değerlendirmeyi aşır adeta siyasi niyet okumaya varmıştır.

Dolayısıyla Arslan'ın da belirttiği gibi siyasi partilerin "Kürt halkı-Türk halkı"ndan, "Kürt ulusal varlığı"ndan veya "halkların barış içinde birlikteliği"nden söz etmesi, "herkesin kendi dilinde eğitim görme hakkı"nı savunması ya da yukarıda değinildiği gibi "federatif bir devlet yapısı"nı benimsemesi, "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü" ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle kapatma sebebi olmuştur.⁵⁶ Zira Mahkeme'ye göre bu tür hak taleplerindeki esas gaye Türkiye Cumhuriyeti'nde azınlıklar yaratmak ve ulusal bütünlüğü

⁵³ Ergül, s. 326.

⁵⁴ Karar için bkz. E. 1993/1, K. 1993/2, K.T. 23/11/1993.

⁵⁵ "AYM'nin, 14.7.1993 günlü, E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, AYMKD, S. 29, C. 2, s.1162-3" ten aktaran Ergül, s. 327.

⁵⁶ Arslan, Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler, s. 8.

bozmaktır. Bu bakımdan, Kürtlere dil ve kültürel hakların verilmesini savunan partiler kapatılmıştır.⁵⁷ Hatta mahkeme devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğü ilkesi konusunda o kadar hassastır ki bu ilkeyi tahrip edebilecek her yazı, söz ve davranışı siyasi partiler için yasak olarak değerlendirmiştir. Nitekim Türkiye Birleşik Komünist Partisi "komünist" kelimesinden ve parti programında bölünmez bütünlüğe uyuşmayan ifadelerin yer almasından dolayı kapatılmıştır.⁵⁸

b. Laiklik İlkesi

Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesi çerçevesinde şekillendirdiği değerlendirmelerinde de geniş yoruma başvurmuştur. Mahkeme laikliğin içeriğini oluşturan değer ve düşünce bütününe diğer ilkelere de olduğu gibi öncelikle tanımlama, sonra nitelendirme ve nihayet belirleme evrelerinden geçirmiştir. Şüphesiz bu yöndeki bir yorum tarzı siyasal ve sosyal ortamda çeşitlenen değer ve düşünceleri ideolojik temelli bir paradigmaya oturtmaktadır.⁵⁹ Nitekim Mahkeme Refah Partisi'nin kapatılmasına yönelik verdiği kararda laiklik ilkesinden neler anlaşılması gerektiğini belirtmekten kaçınmamıştır.

Bu doğrultuda Mahkeme laiklik ilkesini şu şekilde koşullandırmaya tabi tutmuştur: *"'Lâiklik', ortaçağ doğmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışının, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli olan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik yorumları yapılsa da, lâikliğin gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik, ulusal egemenliğe, demokrasiye, özgürlüğe ve bilime dayanan siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-din ve inanç ayrımını gerekli kılarak din ve vicdan özgürlüğünü sağlayan ilkedir."*⁶⁰

⁵⁷ Ergül, s. 327.

⁵⁸ Arslan, Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler, s.8. Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasına ilişkin karar için bkz. E. 1990/1, K. 1991/1, K.T. 16/7/1991.

⁵⁹ Arslan, Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler, s. 9.

⁶⁰ Karar için bkz. E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16/1/1998.

Başka bir kararında Mahkeme laiklik ilkesini demokrasiye geçiş doğrultusunda bir araç ve Türkiye için ise bir yaşam felsefesi olarak görmüştür.⁶¹

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kendi benimsediği laiklik ilkesini hukukun ötesinde yorumlamış, Türkiye'nin tarihsel ve sosyolojik kültürüne değinerek kabul ettiği laiklik anlayışını Batı'daki laiklik anlayışından ayırmıştır. Mahkemeye göre her ülkenin kendi bulunduğu koşullarda, benimsenen dinin karakteristik özelliklerinden kaynaklı farklı laiklik yorumlarının uygulanması söz konusudur. Dolayısıyla esas alınması gereken laiklik anlayışı klasik din ve devlet ayırımının ötesinde anlamlar taşır; zira İslam ile Hristiyanlık dinlerinin özellikleri birbirinden farklıdır. Zaten Batı ülkelerinde de tek tip bir laiklik anlayışı ve uygulamasından söz edilemez.⁶²

Mahkeme'nin laiklik bağlamındaki aktivist tavrı ve buna bağlı olarak geliştirdiği refleksleri başörtüsü konusunda da söz konusu olmuştur. Nitekim Mahkeme 1989 yılında öğrencilerin yükseköğretim kurumlarında başörtüsü takabilmelerine olanak sağlayan yasa kuramını iptal etmiştir. İptale ilişkin kararda farklı bir mantıksal kurgu ile

⁶¹ Bu durumun değerlendirmesi için bkz. Arslan, Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler, s.9. Ayrıca karar için bkz. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 7/3/1989.

⁶² Nitekim Mahkeme laiklik ilkesine dair şu ifadeleri kullanmıştır: "Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansiyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, islam ve hristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dinî ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde lâiklik uygulamasının, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki, aynı dinî benimseyen batılı ülkelerde de lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmektedir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişiminin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan lâiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir." Karar için bkz. E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16/1/1998. Benzer açılardan laiklik ilkesine ait yorumlar için bkz. Huzur Partisi'nin kapatılması davası E. 1983/2, K: 1983/2, K.T: 25/10/1983.

hareket ederek dinsel alandaki özgürlüğü anayasal bağlamda laiklik ilkesi üzerinde temellendirmiştir. Mahkemeye göre üniversitelerde başörtüsü serbestisi sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtacak niteliktedir ve ulus-devlet bütünlüğünü ve kamu düzeni ve güvenliğini bozacak derecede tehlikelidir; zira böylece din özgürlüğünü şekillendiren anayasal sınırlar kaldırılmış olmaktadır.⁶³ Mahkemenin bu tavrı doktrinde hak kaybının giderilmesi doğrultusunda getirilen bir düzenlemenin hak ve özgürlüklerin korunması açısından değerlendirilmesinin aksine hukukun dışındaki etmenler bağlamında yorumlanarak iptal edilmesi, eleştirilmektedir.⁶⁴

Bununla birlikte 25.10.1990 tarihli bir diğer karar 3670 sayılı kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" şeklindeki düzenleme "EK MADDE 17" olarak girmiş ancak Mahkeme bu düzenlemeyi iptal etmek yerine getirilen hükmü yorumlayıp "serbesti"nin benimsenen laiklik anlayışı açısından değerlendirildiğinde başörtüsünü kapsamadığını belirtmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla Mahkeme burada önceki kararında takındığı tavrı devam ettirmiştir. Buna göre "yürürlükteki kanunlar" ifadesi Anayasayı da kapsamakta,

⁶³ Karar için bkz. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 7/3/1989.

⁶⁴ Ergül, s. 331.

⁶⁵ Doktrinde Erdoğan Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde yorumlu ret kararı veremeyeceğini düşünmektedir. Verse dahi yapacağı yorumun mevcut kanun üzerinde bir etkisi söz konusu olmaz. Nitekim bu konuda "(...) bir kanuna karşı iptal davası açılması halinde söz konusu olan ve Anayasa mahkemesi'nce çözülmesi gereken uyumsuzluk o kanunun -veya kimi hükümlerinin- Anayasa karşısında hukuken geçerli olup olmadığı sorundur. Anayasa Mahkemesi bu sorunu ya kanunun Anayasaya aykırı bularak iptal etmek, ya da aykırı bulmayarak davayı reddetmek yoluyla çözer. Başörtüsü ile ilgili davada Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü iptal etmeyip davayı reddettiğine göre, kanunun geçerliliğini tespit etmek şeklinde çözülmüştür. Bu duruma göre de Ek 17.madde hükmü geçerliliğini korumaktadır. (...) Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla beraber, bu bağlayıcılık bir yasanın veya yasa hükmünün geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır". Erdoğan Mustafa, Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Ankara, (2000), s. 184.5'ten aktaran Ergül, s. 331. Yorumlu ret kararları hakkındaki Ergül ise Erdoğan'ın yukarıdaki değerlendirmesine kısmen katılmamaktadır. Bu konuda bkz. Ergül, Türk Anayasa Mahkemesi, s. 31-33. Özbudun'a göre bu şekildeki kararların yasama organının hareket serbestisini ve buna bağlı olarak manevra alanını basit iptal kararları ile karşılaştırıldığında daha çok kısıtladığı ve dolayısıyla yasama organına yöneltilmiş "pozitif direktifler" niteliğinde olduğu söylenebilir. Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 128.

başörtüsünün önceki kararda Anayasa'nın laiklik ilkesine aykırılığı saptandığından yeni düzenleme bu yöndeki yasağı kaldırmamaktadır ve kaldırması da söz konusu değildir.⁶⁶

c. Hegemonik Koruma Tezi ve Anayasa Mahkemesi

Hegemonik koruma tezinin, siyaset ve hukukun kesişiminde yer bulan bir alanda anayasa yargısının işlevselliğinin ortaya koyulması ve bu işleve bağlı olarak meşruiyetinin sağlamanın yapılması için uygun veriler taşıdığı söylenebilir. Ran Hirschl yaptığı bir çalışmada İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasal gelişmeleri mercek altına almış ve bu ülkelerdeki anayasal hareketlerin yaygınlaşan anayasal değişim ve dönüşüm eğiliminden ibaret olmadığını ortaya koymuştur. Nihayetinde Hirschl, bu dört ülkedeki anayasal devrimlerin salt yargısal bir güçlendirme yönünde ve niyetinde olmadığını belirtmiştir; aksine bu yöndeki eğilim çoğunluk karşısında korku ve tehdit altında olduğunu düşünen siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli bir stratejisidir. Burada elitlerin "çevre"nin çoğunluk olarak siyasal alanda önemli bir aktör haline gelmeleri karşısında kendi hakiyetlerini koruma güdüsü söz konusudur.⁶⁷

Dolayısıyla hukuksal alan üzerinde büyük etkiye sahip olan elit grup, anayasal düzeyde hak ve özgürlüklere ilişkin normları sağlamlaştırarak görünürde anayasa yargısını bireyin hak ve özgürlükleri doğrultusunda bir forma sokuyor gibi gözükse de esasında çoğunluğun siyaset üretimini sınırlandırma amacını taşımaktadır. Bu şekilde elitler politik tercihlerinin daha fazla destek bulması doğrultusunda iktidar araçlarını ve karar alım sürecindeki manevra kabiliyetini çevreden alıp ulusal yüksek mahkemelere taşınmaktadırlar. Tabi yargısal yetkilendirme ve güçlendirmenin bu doğrultuda bir anlam kazanması için yargı erkinin siyasal tarafsızlık ve dürüstlük açısından halk nezdinde bir itibara sahip olması gerekir. Bununla birlikte, şüphesiz, yargılama sürecinde varılan kararların elitlerin kültürel eğilimleri ve politik tercihleri ile uyumlu olması da gerekmektedir.⁶⁸ Dolayısıyla

⁶⁶ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 110-111.

⁶⁷ Ran Hirschl, , "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", Law and Social Inquiry, C. 25, S. 1, 2000, s. 91.

⁶⁸ Hirschl, s. 91.

siyasal hayata hakim olan siyasi aktörler kendi tercihleri ve ihtiyaçlarına hizmet eden bir yargı mekanizması için gerçek anlamda yargı bağımsızlığına da istikrarlı bir şekilde karşı çıkmaktadırlar ve yargı ağını kendi çıkar ve tercihleri doğrultusunda kullanılabilen uyumlu bir araç haline getirmek istemektedirler.⁶⁹

Burada hak ve özgürlüklerin giderek yaygınlaşan bir şekilde anayasallaşması ile birlikte yargı organı ile yasama ve yürütme ilişkisinin farklı bir boyutta konumlanmasına sebep olmaktadır. Çünkü hakların anayasallaşma sürecini geçiren ülkelerde yargının yasama ve yürütme politikaları üzerinde belli bir müdahale alanına sahip olduğu ve bu şekilde yürütme ve yasamanın öncelikli siyasal faaliyetlerinde belirleyici olduğu gözlemlenmektedir. Dolayısıyla siyasal alanın bu süreçle birlikte gittikçe yargısallaştığı söylenebilir.⁷⁰ Nitekim Hirschl'e göre "yeni anayasacılık" ile birlikte siyasal ve ahlaki anlaşmazlıkların nihayetinde yargısal bir ihtilaf haline gelmeleri kaçınılmazdır. O halde bu durumda bir "yargı iktidarı" (juristocracy) söz konusu olmaktadır ve yargı iktidarına yönelik bu şekildeki küresel eğilimin yirminci yüzyılın sonları ve yirmi birinci yüzyılın başlarında devletlerin yönetim mekanizmalarında çok önemli gelişmelerden biri olduğu söylenebilir.⁷¹

Bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin katalog olarak anayasalarda yer alması ve anayasaya uygunluk denetimi doğrultusunda anayasa yargısının geliştirilmesi yargının siyasal alan üzerindeki denetimini arttırmakta ve böylece hukuk ile siyasetin sınırları belirsizleşmektedir. Dolayısıyla kimi zaman siyasetin yargısallaştığı kimi zaman yargının siyasallaştığı bu muğlak zeminde, hukuk ile siyaset arasında çeşitli gerilimler ortaya çıkabilmektedir.⁷² Çünkü hak ve özgürlüklere

⁶⁹ Keith E. Whittington, "Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review", Oxford University Press and New York University School of Law, I. CON, C. 1, S. 3, 2003, s. 446.

⁷⁰ Ergül, s. 122.

⁷¹ Ergül, s. 122-123.

⁷² Anayasa yargısının yasama üzerindeki veto rolü ve siyaset alanına doğrudan veya dolaylı etkilene biçimi için bkz. Volcansek, s.349 vd. Gerçekten de anayasa yargısının siyaset ile ilişkisinden ve siyaseti etkilene biçiminden dolayı kimi zaman veto rolünde anlam ifade edebilmektedir. Christoph Hönnige, , "Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics", International Word Congress, Santiago de Chile 2009, s. 2.

yönelik ifadelerin belli bir yorum dinamiğini gerektirmesi anayasaları esnekleştirmekte ve anayasaya bağlı olarak yapılan yargısal denetimin manevra alanını ise genişletebilmektedir.⁷³ Anayasalardaki muğlak ve esnek ifade tarzı kullanıldığı ölçüde anayasalar gerek bir normlar bütünü olarak gerek bir değer ve düşünce bütünü olarak anlam genişlemesine uğrayabilmektedirler.⁷⁴

Peki, anayasalarda görünüşte hak ve özgürlüklerin korunması doğrultusunda elitler tarafından hakların anayasalarda katalog olarak tanınması ve anayasa yargısı ile bu yönde bir yargısal denetimin getirilmesinin altında yatan itki nedir? Yargısal gücün bu denli genişletilmesinin altında yatan motivasyonu açıklama doğrultusunda birtakım teorilerin söz konusu olduğu söylenebilir. Fakat en önemlisi

⁷³ Gerçekten de çeşitli değer ve ilkelerin anayasalarda yer alması bunlara yönelik yorumu değişik yönleri olan bir "fenomen"e dönüştürmüştür. Zühtü Arslan,, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court, Critique: Critical MiddleEastern Studies", C. 11, No. 1, Bahar 2002, s. 9-10. Özellikle hak ve özgürlüklere ilişkin normların anayasalarda yer almasından dolayı mahkeme kararlarının sonucunda olumlu veya olumsuz anlamda yargısal aktivizm söz konusu olabilmekte ve dolayısıyla yerine göre sınırlayıcı tavır ile aktivist tavırlar arasında gerilimler yaşanabilmektedir. Yargısal aktivizm konusunda bazı önemli çalışmalar için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009; A. Ernest Young, , "Judicial Activism and Conservative Politics", Colorado Law Review, C. 73, S. 4, 2002, s. 1139-1216; Keenan D. Kmiec, "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", California Law Review, C. 92, S. 5, 2004, s. 1441-1478; Roger Craig Green, , "An Intellectual History of Judicial Activism", (http://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ erişim 07/05/2015), 2008, s.1-54; Ozan Ergül, , "Berraklaştırmayacak Bir Kavram: 'Yargısal Aktivizm'", TBB Dergisi, S. 104, 2013, s.37-54; Serdar Korumcu, Yargısal Aktivizm, Seçkin Yayıncılık, b. 1, Ankara 2014.

⁷⁴ Öte yandan hak ve özgürlüklerin anayasal bağlamda bir yargısal denetim ile korunmasının gerekliliği ve işlevselliğine de değinmek gerekir. Bu noktada Sweet şu şekildeki bir değerlendirmede bulunmuştur: "Devlet, anayasal haklar olmaksızın daha iyi durumda mı olacaktır? Anayasal haklardan nasıl yararlanılacağı ve bunların hukuken nasıl korunacağına, yasama organı üyeleri tek başlarına mı karar vermelidir? Bugün Avrupa'nın çok büyük bölümünde her iki sorunun da cevabı, açık ve kararlı bir hayırdır... Anayasa hakimlerinin hakları korurken kanun koyup koymadıkları sorusunun ötesine geçerse, gerçekte anayasa hakimlerinin hakları hükümetlerden ve parlamentolardan daha iyi koruyup korumadıklarını veya anayasa denetiminin yokluğunda daha iyi koruyup koruyamayacaklarını sorarsak, gerçeğe daha fazla yaklaşmış oluruz. Bu sorunun cevabı, olumlu olduğu ölçüde, anayasal denetimin meşruluğu da o ölçüde güçlenir." ALEC Stone Sweet, Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 151'den aktaran Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 144-145.

olarak burada iyi organize olmuş elitlerin, çoğunluğun politik tercihlerini sınırlandırmasının veya çoğunluğa bağlı olarak siyasal sistem üzerinde gelişen muhtemel yan etkilerin, örneğin politik açıdan yönetimin dağılmasının, çoğunluklara liderlik eden politik aktörlerin yararlı ve iyi yöndeki girişimleri ile birlikte anayasal düzenin oydaşmacı bir hale getirilerek engellemesi olduğu söylenebilir.⁷⁵ Bununla birlikte Hirschl'in belirttiği gibi burada rol oynayan esas etkenin politika yapım sürecine hakim olan ve kurumsal yapıyı idare eden elit grupların kendi çıkarları doğrultusunda siyasal mekanizmayı dizayn etme güdüsü olduğu görülmektedir.⁷⁶

Hirschl'in bu tezinin, özellikle Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davaları üzerinden genel olarak siyasete yaklaşımı açısından değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin paradigmasının ortaya konulması bakımından ilgi çekici veriler taşıdığı söylenebilir. Tanzimat sürecinden Cumhuriyet'e kadar asker ve bürokrasi üzerinden şekillenen iktidarlarını bir şekilde koruyabilen siyasal ve iktisadi elitlerin, 1950 seçimleri sonucu "çevre"nin siyasal temsilcileri olarak görülen Demokrat Parti'ye bu üstünlüklerini kaybetmişlerdir.⁷⁷ 1924 Anayasası'nda çoğulcu demokrasi anlayışını ve bu anlayışın siyasi iktidar pratiğini dizginleyebilecek, denetleyebilecek ve dengeleyebilecek araçların düzenlenmemesi, DP'nin arkasına aldığı çoğunluğun gücüyle siyasal ve sosyal elitlerin iktidar üzerindeki nüfuzunu oldukça düşürdüğü söylenebilir.

Nitekim söz konusu elit yapılanmaların siyasal temsilcisi niteliğindeki Cumhuriyet Halk Partisi'nin 1961 Anayasası'nda ısrarla anayasa yargısına yer verilmesini istemesinin altında "çevreyi" kontrol altında tutma güdüsünün olduğu açıkça görülebilir.⁷⁸ Dolayısıyla Özbudun'un da belirttiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan itibaren verdiği kararlarla hak ve özgürlüklerin savunuculuğundan çok resmi ideolojinin ve bu ideolojinin iki esas dayanağı olarak laiklik ve milliyetçilik anlayışlarının savunuculuğunu yapması, bir başka

⁷⁵ Hirschl, s. 94.

⁷⁶ Hirschl, s. 94.

⁷⁷ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 145-146.

⁷⁸ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 146.

söylemle politik sisteme hâkim olan eski elitlerin tercihleri yönünde tavır takınması yukarıda belirtilen durumu açıklayıcı niteliktedir.⁷⁹ Gerçekten de yukarıda değinilen siyasi parti kapatmalarında Mahkemenin refleksleri dikkate alındığına Hirschl'in tezinin pratikte sağlamanın söz konusu olduğu söylenebilir.

C. Değerlendirme

Gelinen noktada Anayasa Mahkemesi'nin hukuk ve siyasetin kesişim kümesinde etkili bir aktör olarak işlevinden ve etrafında paradigmasını şekillendirdiği değerler dizisinden söz etmek gerekir. Bu bakımdan Mahkeme'nin kararlarında takındığı tavır incelenerek paradigmasının oturduğu zemin keşfedilebilir. Gerçekten de siyasi partilerin programlarında ve eylemlerindeki düşünce ve söylemlerin dokunduğu yere göre Mahkeme çeşitli refleksler ve buna bağlı olarak tepkiler geliştirmiştir. Mahkeme kendisini, adeta etrafını çitlerle çevirdiği bu alanda yer alan değer ve düşüncelerin ve bu doğrultuda geliştirilen eylemlerin yegane belirleyicisi konumunda görmüştür. Yukarıda değinilen kararlarında görüldüğü gibi Mahkeme, bu alandaki eylemleri ve bu eylemin altyapısını oluşturan değer ve düşünceleri önce tanımlama, ardından niteleme ve nihayet belirleme aşamalarından geçirmiş ve ancak bu doğrultuda siyasetin şekillenmesine izin verebilmiştir.

Dolayısıyla, Mahkeme'nin kural ve konumunu belirlediği ve kendisini burada yer alan her düşünce ve harekete müdahale etmek zorunda hissettiği zemini önce değerlendirmek gerektiği söylenebilir. İşte burada Cumhuriyet paradigmasını oluşturan değer ve düşünceler ve bu kapsamda temellendirilen resmi ideolojiden söz etmek gerekir. Cumhuriyet ideolojisinin en önemli amaçlarından birinin bir yandan geleneksel Osmanlı devlet sisteminin çözülmesini sağlamak diğer yandan ise gerek siyasal gerek sosyal ve hukuksal anlamda zihinsel kırılmayı gerçekleştirmek olduğu söylenebilir.⁸⁰ Nitekim

⁷⁹ Özbudun, Türkiye'de Demokratikleşme, s. 146.

⁸⁰ Gerçekten de Berkes'in deyimiyle Cumhuriyet'le birlikte yaşanan süreç "kutsallaşmış gelenek boyunduruğundan kurtulma" sorunu olarak görülmüyordu. Niyazi Berkes, , Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ed. Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi Yayınları, İstan-

Cumhuriyet'le birlikte şekillenen yeni devlet mekanizması bu doğrultuda ulus-devlet çatısı altında homojen bir toplum ve bu anlamda tek kültür tiplemesi yapmak istedi. Dolayısıyla buradaki geçişin çağdaş ve Batı'lı anlamda seyretmesi için toplumun hem kültürel düzlemde hem de siyasal düzlemde homojenleşmeye tabi tutulması gerekiyordu.

Şu halde Anayasa Mahkemesi'nin neden sınırlarını belirlediği alanda özellikle resmi ideoloji ve türevleri konularında aktivist tavırlar ve katı refleksler sergilediği açıklanabilir. Örneğin yukarıda belirtildiği gibi, "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü" ilkesi Mahkeme tarafından hukuksal bir normun ötesinde kültürel alanda yer alan bir değer olarak görülmüş ve siyasi partilerin kendi yorumuna uymayan her ideoloji ve eylemi yasak kapsamına almıştır. Dolayısıyla siyasi partilerin anayasal anlamın dışında başka halklardan ve azınlıklardan söz etmesinin sert bir üslupla ötelenmesi, toplumda var olan dil çeşitliliğinin vurgulanmasının yasaklanması, federatif devlet yapılanması ile ilgili her türlü öneriye kapıların kapatılması ve adı üzerinde bile olsa her türlü iktisadi ve sosyolojik sınıf ve zümre söyleminin katı bir şekilde reddedilmesi bu durumu açık bir şekilde ortaya koyar niteliktedir.

Bununla birlikte laiklik ilkesi konusunda da anayasa Mahkemesi katı bir tutum benimsemiştir. Bu tutumun Cumhuriyet ideolojisinin dinsel alanı hâkimiyeti altında tutması, dini siyasal hayattan soyutlaması ve kontrollü bir şekilde kültürel anlamda seküler bir ortam oluşturulması yönünde geliştirildiği söylenebilir. Burada amaç yargı yolu aracılığıyla homojen ulus devletin inşası sürecinde rasyonel olmayan geri dönüşlerin önüne geçilmesi olmuştur. Nitekim yukarıda görüldüğü gibi laiklikle ilgili konularda Mahkeme ısrarla Türkiye'nin tarihi ve sosyolojik geçmişine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre laiklik anlayışının değerlendirilmesinde bulunduğu ülkenin tarihsel koşulları ve mevcut dinin karakteristik belirleyici etkenlerdir. Dolayısıyla İslam ve Hristiyanlık arasındaki farklılıklar hukuksal bakımdan din ve devlet ayrılığının ötesinde görülerek dinin toplumsal zemindeki hareket

alanını kontrol altına alan ve katı bir laiklik anlayışı Mahkeme tarafından geliştirilmiştir. Nitekim Mahkeme hızını alamayarak üniversitede başörtüsü özgürlüğünü, ulus-devlet bütünlüğü ve kamu düzeni ve bütünlüğü için tehlike yaratacak derecede görülmüştür.

Öte yandan Mahkeme'nin tavrının sadece yukarıda bahsedilen "devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü" ve "laiklik" ilkele-ri açısından değerlendirilmesi açıklayıcı olmaz. Bu noktada Hirschl'in "hegemonik tez"inin Anayasa Mahkemesi kararlarının sağlaması bakımından incelenmesi gerekmektedir. Gerçekten de anayasa yargısı-nın 1961 Anayasası'nda gerçekleşmesini sağlayan koşullara bakıldı-ğında bu durum açıkça görülebilir. Tanzimat'tan Cumhuriyet'e kadar anayasal ve siyasal değişim ve dönüşümün dinamiğini oluşturan ge-rek Cumhuriyet öncesinde siyasal temsilciliğini İttihat ve Terakki'nin yaptığı gerek Cumhuriyet sonrası siyasal temsilciliğini CHP'nin yapı-tığı askeri, iktisadi, bürokratik elitler 1961 Anayasa'sında anayasa yar-gısını düzenlenmesini ısrarla istemelerinin bu durumu gösterdiği söy-lenebilir.

Gerçekten de gerek seçim sistemindeki demokratik uyumsuz-luktan gerek çoğulcu demokrasiye ortam hazırlayan araçların 1924 Anayasası'nda yer almamasından dolayı DP iktidarını pekiştirmiş ve CHP'nin siyasi temsilciliğini yaptığı bürokratik ve seçkin elitleri siyasal nüfuzunu oldukça azaltmıştır. Hatta bu durumdan hareket-le DP iktidarı ile seçkin elit muhalefeti arasında gerilimler yaşan-mıştır. Nitekim tırmanan siyasal gerilim 1960 Askeri Müdahalesi ile sonuçlanmış ve böylece elitler siyasal alanda eski hâkimiyetlerini ye-niden ele geçirmişlerdir. Dolayısıyla kuruluşundan bu yana Anayasa Mahkemesi'nin özellikle siyasi partiler ve hak ve özgürlüklere ilişkin verdiği kararlara baktığımızda Mahkeme'nin genellikle elit grupların siyasi, sosyal ve iktisadi çıkar ve tercihleri doğrultusunda tavır takın-dığı söylenebilir.⁸¹

⁸¹ Şüphesiz Anayasa Mahkemesi'nin bütün kararlarını bu şekilde nitelendirmek mümkün değildir. Mahkeme konjonktürel pragmatizm sergileyerek mümkün ol-duğunca manevra alanını genişletmek istemesinin yanında bazen hak ve özgür-lükler doğrultusunda kararlar da vermiştir. Örneğin Twitter kararı her ne kadar usul yönünden bazı sıkıntılar içerse de genel olarak içerik yönünden hak ve öz-

Ancak günümüz çağdaş çoğulcu demokrasi anlayışı ve hak ve özgürlükler etrafında şekillenen hukuk devleti anlayışı dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen söz konusu tuhaf kısır döngüden kurtarılması gerekir. Gerçekten de günümüz dünyasında çağdaş çoğulcu demokrasilerde olduğu gibi, anayasa yargısının siyasal ve sosyal düzen üzerinde temellendirilen "resmi ideoloji"nin bekçiliğini bir taraf bırakması ve her türlü iktidar tortusunun önüne geçebilecek ve insan hak ve özgürlüklerinin savunuculuğunu yapacak bir mekanizmaya doğru evrilmesi gerekmektedir.

İşte bu şekilde inşa edilecek bir siyasal ortam için siyasal parti özgürlüğünün gerçek anlamda sağlanması gerekmektedir. Gerçekten de yapısal olarak aynı veya benzer görüşe sahip olan bireyleri bünyesine toplayabilmesi ve onları siyasal anlamda örgütleyebilmesi siyasal partilerin hak ve özgürlüklerin korunması için birer fonksiyonel ve anlamlı aktöre dönüşmelerini sağlamaktadır. Zira aksi takdirde bireyin tek başına hak ihlalleri karşısında yeterince müdahale edebilmesi söz konusu değildir. Bir başka açıdan hak ve özgürlüklerin ihlalleri iktidar ve türevleri tarafından gerçekleştiğinde yine siyasal partiler etkili muhalefet sergileyerek bu durumu engelleyebilmektedir. Bu şekilde siyasal sistem içerisinde oluşabilecek muhtemel güç birikmesi ve iktidar tortusunun önüne de geçilebilmektedir.

Öte yandan siyasal partiler çoğulcu demokratik bir ortamın kurulması ve devamı için de önemli bir rol oynayabilmektedirler; zira toplumsal zeminde gerçekleşen çeşitli ideolojik, dinsel, dilsel, siyasal, düşünsel ve duygusal farklılıklar siyasal partiler ile varoluşlarını koruyabilmekte ve kendi değer ve düşünceleri ile şekillenen anlam dünyalarını diğer bireylere aktararak onları ikna ederek iktidara sahip olabilmektedirler. Böylece siyasal partilerin önemli işlevlerinden biri daha ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de siyasal partiler devlet ile toplumsal zemin arasında kültürel anlamda adeta bir iletişim kanalıdır. Böylelikle toplumsal çoğulculuk ve dinamizm devlet mekanizmasına aktarılmakta ve devlet statik bir yapılanma olmaktan kurtarılmakta-

gürlüklerin korunması bakımından olumlu bir anlama sahip olduğu söylenebilir. Bireysel başvuru üzerine verilen karar için bkz. B.N. 2014/3986, K.T. 2/4/2014.

dır. Böylece toplumsal düzlemde evrensel anlamda gelişen bilgi akışı ve devinim siyasi partiler aracılığı ile bulundukları devlet sistemine taşınmakta ve bu sayede devlet sosyolojik dönüşüm ile birlikte güncelliğini koruyabilmektedir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli ideolojik ve resmi doktrinlerin bekçiliğini veya çeşitli seçkin elitlerin çıkarlarını önsel olarak korumayı bırakması gerekmekte ve çağdaş-çoğulcu demokratik toplumlarda olduğu gibi bireyin hak ve özgürlükleri doğrultusunda tavır geliştirmesi gerekmektedir.⁸²

Sonuç

Görüldüğü gibi ilk olarak 1961 Anayasası ile birlikte anayasal anlamda bir düzenlemeye kavuşturulan siyasi partilerin, siyasal ve sosyal hayattaki işlevine bakıldığında büyük bir öneme sahip olduğu söylenebilir. 1982 Anayasası ile de anayasal düzenlemeye konu olan siyasi partiler, 68.maddede belirtildiği gibi demokratik siyasal hayatta vazgeçilemeyecek derecede öneme sahiptir. Gerçekten de siyasi partiler aracılığı ile bireyler ortak düşünce ve görüşler etrafına örgütlü bir şekilde toplanma imkânına sahip olabilmektedirler. Böylece bireylerin anlam dünyalarını oluşturan değer, düşünce ve duyguların özgürlükçü ve demokratik bir ortamda, siyasi kanalların açılmasıyla iktidar pratiğine dökülebilmeleri sağlanabilmektedir.

Bu şekilde örgütlenen bireyler hak ve özgürlüklerin ihlallerine karşı etkili bir mücadele de sergileyebilmektedirler. Bu doğrultuda siyasi partiler üzerinden geliştirilen denetleme ve denge mekanizması aynı zamanda siyasal sistem içerisinde olan veya olması muhtemel iktidar birikimi ve tortulaşmasını da önleyebilmektedir. Böylece iktidardan gelebilecek otoriter ve totaliter basınca hukuk ve demokrasi içerisinde direnç geliştirme imkânı doğmaktadır.

O halde siyasi partilere ilişkin yasaklar geniş yorumlanarak siyasi hayatın daralmasının önüne geçilmesi gerektiği söylenebilir. Çünkü toplumsal zeminde gelişen çoğulculuk ve çeşitlilik siyasi partilerin

⁸² Özellikle 2010 Referandumu ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun açılması insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda olumlu anlamda paradigmatik dönüşümü gerektirdiği ve bu yöndeki umutları arttırdığı söylenebilir.

işlerliği sonucunda ancak siyasal ortama ve devlet mekanizmasına taşınabilmektedir. Dolayısıyla evrensel bilgi birikim ve akışına açık çağdaş ve çoğulcu demokrasi ve insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda vücut bulan hukuk devleti ilkesinin siyasal hayatta bir anlam ifade edebilmesi için siyasi partilerin özgürlüğü sağlanmalıdır. İşte bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen "bölünmez bütünlük", "laiklik" ilkelerine ilişkin anakronik bakış açısından vazgeçmesi gerekmektedir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi sahip olduğu yargısal denetim gücünü hiçbir şekilde askeri, bürokratik, iktisadi, siyasi ve türevi elit grupların çıkarları ve tercihleri doğrultusunda araçsallaştırmamalıdır. Şu halde sonuç olarak, Mahkeme resmi veya gayri resmi hiçbir ideolojinin bekçiliğine soyunmamalı ve insan onuruna dayanan ve evrensel anlamda insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda gelişen çoğulcu demokrasi anlayışına öncelik vermelidir. Bu durum ise demokratik bir ortamda Mahkeme'nin toplumsal ve siyasal çoğulculuğa olumlu yaklaşım sergilemesi ile ancak sağlanabilir.

Kaynakça

- Aliefendioğlu Yılmaz, "Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 16, Ankara 1999, s. 95-115.
- Arslan Zühtü, "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: "Ve çağı"nda "Ya-ya da" cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 6, S. 22, Bahar 2001, s. 5-14.
- Arslan Zühtü, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical MiddleEastern Studies*, C. 11, No. 1, Bahar 2002, s. 9-25.
- Atar Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, b. 7, Konya 2012.
- Berkes Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Ed. Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2012.
- Dalton J. Russell ve Weldon Steven A., "Public Images of Political Parties: A Necessary Evil?", *West European Politics*, C. 28, S. 5, Kasım 2005, s. 931-951.
- Daver Bülent, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler: Bir Kaç Örnek Olay", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.2, Y. Ankara 1985, s.93-140.
- Diamond Larry, *Developing Democracy; Toward Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore ve Londra, 1999.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, Ankara 2008, s. 27-39.

- Erdoğan Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, b.3, Ankara 2005.
- Erdoğan Mustafa, *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji, Liberte Yayınları*, b. 2, Ankara 2000.
- Ergül Ozan, *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- Esen Bülent Nuri, "Türkiye'de Anayasal Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, Ankara 1968, s. 35-58.
- Hakyemez Yusuf Şevki, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 19, Ankara 2002, s. 550-571.
- Hirschl Ran, "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000, s. 91-149.
- Hönnige Christoph, "Constitutional Courts and the Challenges They Present to Comparative Politics", *International Word Congress*, Santiago de Chile 2009, s.1-21.
- Kuzu Burhan, "1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasal Parti Kanunlarında Siyasal Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi(Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, C. 52, S. 1-4, İstanbul 1986-1987, s.145-184.
- Mardin Şerif, *Türk Modernleşmesi*, İletişim Yayınları, b. 20, İstanbul 2011.
- Özbudun Türkiye'de Demokratikleşme Süreci, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, b.1, İstanbul 2014.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, b. 15, Ankara 2014.
- İnceoğlu Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk", *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editör: Ece Göztepe, Ankara 2010, s. 83-129.
- Pasquino Pasquale, "Constitutional Adjudication and Democracy, Comparative Perspectives: USA, France, Italy", *Ratio Juris*, C.11, S.1, 1998, s.38-50.
- Sancar Mithat, "Devlet Aklı" Kısacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, b. 6, İstanbul 2012.
- Sevinç Murat, *Anayasa Yazıları*, İmaj Yayınevi, b. 1, Ankara 2010.
- Sweet Alec Stone, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Tanör Bülent, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", *Birinci Bölümün İçinde*, TÜSIAD Raporu, İstanbul 1997.
- Tanör Bülent, *Anayasal Gelişme Tezleri*, Yapı Kredi Yayınları, b. 1, İstanbul 2008.
- Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, b. 14, İstanbul 2014.
- Tunç Hasan, "Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1-2, Ankara 2008, s.1113-1132.
- Uygun Oktay, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, Ankara 2000, s.256-272.

- Whittington Keith E., "Legislative Sanctions an the Strategic Environment of Judicial Review", Oxford University Press and New York University School of Law, I. CON, C. 1, S. 3, 2003, s. 446-474.
- Volcansek L. Mary, "Constitutional Courts as Veto Players: Divorce and Decrees in Italy", European Journal of Political Research, C.39, 2001, s.347-372.
- Yanık Murat, Parti İçi Demokrasi, Adalet Yayınları, b.2, Ankara 2013.
- YokuşSevtap, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı", *Ankara Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 107-128.

SEÇİM DÖNEMİNDE CUMHURBAŞKANININ KONUŞMALARININ YÜKSEK SEÇİM KURULU TARAFINDAN DENETİMİ VE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

AUDIT OF THE PRESIDENT'S SPEECHES BY SUPREME BOARD
OF ELECTION DURING THE ELECTORAL PERIOD
AND INDIVIDUAL APPLICATION

Didem YILMAZ*

Özet: Cumhurbaşkanının seçim döneminde yaptığı konuşmaların seçme ve seçilme hakkını ihlal ettiği yönünde iddialar önce Yüksek Seçim Kurulu'nun daha sonra da Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen başvuruların konusunu oluşturmaktadır. Her iki Yüksek Mahkemenin reddettiği bu başvurularda yer alan hukuki meseleler hem anayasa hukukunu hem de seçim hukukunu ilgilendirmektedir. Bu makalede, parlamenter rejimlerde cumhurbaşkanının seçim döneminde yaptığı konuşmaların sorumluluk doğurup doğurmadığı sorusuna anayasa hukuku; Yüksek Seçim Kurulunun bu konuşmaları nasıl denetleyebileceği ve Kurulun kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılıp yapılamayacağı sorularına da seçim hukuku çerçevesinde cevap verilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Seçim, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu, Yüksek Seçim Kurulu, Bireysel Başvuru

Abstract: The allegations regarding violation of the right to vote and to be elected when the President of Republic makes speeches during the election period are the subjects of the cases which are first of all brought to the Supreme Board of Election and then to the Constitutional Court. These cases that are rejected by both of these High Courts involve important legal issues related to both constitutional law and election law. This article first of all elaborates on whether the President is irresponsible when making speeches during election period from the perspective of constitutional law. Then, it examines if it is possible for the Election Board to audit these speeches considering the election law. Finally, this article further elaborates on whether an individual application can be submitted to the Constitutional Court following the Election Board's.

Keywords: Election, Irresponsibility of the President of the Republic, Supreme Board of Election, Individual Application

* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, didem.yilmaz@law.bahcesehir.edu.tr

Anayasa Mahkemesi'nin 14/7/2015 tarihinde verdiği 2015/8818 sayılı bireysel başvuru kararı, anayasa ve seçim hukukunda bugüne kadar pek tartışılmamış önemli meseleleri gün yüzüne çıkarmıştır. Mahkemenin oy çokluğuyla, konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddettiği bu başvuru,¹ bugüne kadar sınırlı sayıda başvuru² ile Anayasa Mahkemesi'nin gündemine gelmiş olan seçme ve seçilme hakkıyla ilgili olmasının yanında cumhurbaşkanının sorumsuzluğunun Yüksek Seçim Kurulu (YSK) ve söz konusu Anayasa Mahkemesi (AYM) kararında değerlendirilişinin anayasa hukukundaki etkisi açısından çifte bir öneme sahiptir.

Genel Kurul olarak karara bağlanan bu başvurudaki anayasa hukukuna ilişkin sorunlar öncelikle cumhurbaşkanının milletvekili genel seçimi döneminde yaptığı konuşmaların, Anayasanın 105. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Seçim hukukuna ilişkin olanlar ise YSK'nın cumhurbaşkanının konuşmalarının serbest seçim ilkesini ihlal edip etmediğine karar verme yetkisinin olup olmadığı ve Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrasındaki YSK kararlarına karşı başka mercilere başvurulamamasına ilişkin düzenlemenin, YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılmasını engelleyip engellemediğine ilişkindir.

Hukuki sorunlara değinmeden önce, bireysel başvuruya konu olan olayları hatırlamak gerekmektedir.

Başvuru, 7 Haziran 2015 genel seçiminde milletvekili adayları olan Oğuz Oyan tarafından 5/5/2015 tarihinde YSK'ya yapmış olduğu talebin, Yüksek Kurul tarafından 7/5/2015 tarihinde oy çokluğu ile reddedilmesi üzerine yapılmıştır. Oğuz Oyan, YSK'dan 25. *Dönem Milletvekili Genel Seçimi öncesi Cumhurbaşkanının çeşitli vesilelerle yaptığı konuşmalar da dile getirdiği yorumların, görevini tarafsızlıkla yerine getirme sorumluluğuna aykırı olduğunu ve bu konuşmaların yayımlanmasının YSK'nın 236, 290 ve 291 sayılı kararlarında belirtilen seçim sürecine uyulması istenen ya-*

¹ Resmi Gazete: 7/10/2015-29495.

² Diğer kararlar: İsmail Taşpınar, 2013/3912, kt: 6/2/2014; Nejdet Atalay, 2014/184, kt: 16/7/2014; Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, 2014/5425, 23/7/2014; Mustafa ekici, 2014/13675, kt: 8/9/2014; Ahmet Çalışkan, 2014/11717, kt: 4/11/2014; Atilla Sertel, 2015/6723, kt: 14/7/2015.

yın ilkelerine ve yayın adaletine ters düştüğünü, seçim hukukunun gerektirdiği eşitlik, serbestlik ve dürüstlük ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini belirterek Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak konuşmaların seçim sürecine ve vatandaşın oyuna herhangi bir şekilde tesir edecek kısımlarına radyo ve televizyon yayınlarında yer verilmemesini talep etmiştir (§6,7). YSK bu talebe verdiği cevapta, seçim döneminde yapılacak yayınlara ilişkin kuralları hatırlatmış ve bunlar içinde *Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna medya hizmet sağlayıcılarının Cumhurbaşkanının faaliyetleri ile ilgili yayınları izlemesi, raporlaması ve değerlendirmesi görevi verilmediği(ni), Anayasanın 79. maddesindeki düzenlemenin, Cumhurbaşkanının sorumsuzluk haline ilişkin 105. maddesini de kapsayacağı şekilde yorumlanması da mümkün (olmadığını)* bu itibarla da bu düzenleme nedeniyle Cumhurbaşkanının faaliyetlerine ait yayınların bu kapsamda değerlendirilmesi olanağı da bulunmadığını dile getirmiştir.

Bu karardan sonra Oğuz Oyan tarafından yapılan bireysel başvuru hakkında Birinci Bölüm Üçüncü Komisyon, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin yapılmasını Bölümden talep etmiş; Birinci Bölüm 7/7/2015 tarihinde, başvurunun niteliği itibarıyla Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, dosyanın Genel Kurula sevkine karar vermiştir (§2,3).

Şekil denetimine ilişkin açıklamaların bulunduğu değerlendirme kısmında Anayasa Mahkemesi'nin, başvuruyu öncelikle konu unsuru bakımından ele aldığı ve talebin hem 1982 Anayasası'nın hem de AİHS'nin koruma kapsamında yer alan yasama organı seçimlerine ilişkin olduğunu belirttiği görülmektedir. Sonucunda da, başvuruyu serbest seçim hakkı ile ilgili bularak kabul edilebilirlik kararı vermiştir.³

Mahkeme değerlendirmesinin devamında, ret kararına dayanak teşkil eden gerekçelerden biri olan 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hükmü hatırlatmaktadır. Söz konusu düzenleme,

³ Burada her ne kadar AYM milletvekili genel seçimleri ile ilgili olduğunu belirterek, başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı vermiş olsa da, AYM'nin, 1982 Anayasası'nın 67. maddesinde güvence altına alınmış olan seçme ve seçilme hakkına ilişkin ihlal iddialarını, AİHS'ne ek 1nolu Protokolün 3. maddesi karşısında sadece milletvekili genel seçimine ilişkin olacak şekilde değerlendirmesi, bireysel başvuruyu yolunu söz konusu haklar bakımından daraltmaktadır. Bu tercihin de, bireysel başvurunun amacı ile bağdaşmadığı gibi açık olarak anayasanın üstünlüğünü ihlal ettiğinin de altını çizmek gerekmektedir.

Anayasada yargı denetimine kapatılmış olan kararlar aleyhine bireysel başvuru yapılamayacağını düzenlemektedir. Bu konuya ilişkin değerlendirmesinin Anayasa'nın 79. maddesinin son fıkrasında yer alan hükümdeki YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz kuralı açısından yapmıştır. Sonuç olarak da, Anayasa'da yer alan hükmün ne idari ne de kanun yoluna başvuruyu mümkün kıldığı tespitini yaparak başvurunun konu bakımından yetkisiz sayılması gerektiğine karar vermiştir (§26-28). Mahkeme konu ile ilgili son olarak önemli bir hususa §30'ta oldukça kısa bir şekilde değinmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucunun cumhurbaşkanının konuşmaları ile ilgili olarak YSK karşısında dile getirdiği iddiaların bireysel başvuru konusu yapılamayacağına da karar vermiştir.

Mahkemenin iki üyesinin yazdığı karşı oy, AYM'nin bundan önce vermiş olduğu Atilla Sertel (B. No:2015/6723) kararına⁴ gönderme yapılarak açıklanmıştır. Atıf yapılan kararda söz konusu üyeler, YSK kararlarına karşı başka mercie başvurulamaması konusunda çoğunluk görüşünden ayrılmışlar. Bu üyeler, 2015/6723 sayılı kararda şu gerekçelere dayanmaktadırlar:

Anayasa'nın 79. maddesi, seçimlerin yönetim ve denetimini yargı organlarına bırakmakla, seçim kurullarının yargısal niteliklerini kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da, YSK seçim uyuşmazlıklarında en üst yargı yeridir. Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, YSK'nın bu niteliğinden kaynaklanan ve kararlarına karşı başka bir üst yargı makamına başvuramama anlamına gelmektedir. Bu durum, Anayasa'da yer alan diğer üst yargı organlarının kararlarının sahip olduğu özellikten farklı değildir.

Düzenlemeye ayrıca tarihsel yorum yöntemi ile de yaklaşan üyeler, bireysel başvurunun kabul edilmesinden 28 sene önce var olan bu düzenlemenin, yeni kabul edilmiş bir hak arama yolunu sınırlandırma amacına sahip olduğunu iddia etmenin de mümkün olmadığını dile getirmişlerdir.

6723 numaralı bireysel başvuru kararında yer alan bu karşı oyda ayrıca, çoğunluk görüşünün kabul edilmesi ile ortaya çıkacak sakıncalar da şu şekilde ortaya koyulmuştur: 2013/3912 sayılı bireysel baş-

⁴ kt: 14/7/2015; RG: 7/10/2015-29495.

vuru da AYM, ilçe seçim kurulu başkanının faaliyetini açık şekilde yargısal faaliyet olarak kabul etmiş ve bireysel başvuru kapsamında değerlendirmiş iken seçim uyumsuzluklarında en üst derece yargı organına YSK kararlarını bunun dışında bırakması bir çelişkidir. Ayrıca, itiraz veya şikayet yoluyla il veya ilçe seçim kurulu kararları YSK'nın önüne gelebilmekte ama bazı kararlar kesin olduğu için gelememektedir. Şu durumda, YSK'ya gelen kararlar bireysel başvuru kapsamı dışında kalmakta ama il veya ilçe seçim kurulunun kesin olan kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabilmektedir. Bu durum Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçme ve seçilme hakkı açısından bir ikilem yarattığı ve bireysel başvurunun anlam ve niteliği ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Karşı oy gerekçesinde ayrıca, seçim iş ve işlemleri hakkında başvuruların hızlı çözülmesi gereken konular olduğu, bu sebeple de bireysel başvuru sürecinin gecikme yaratacağı için bunların bireysel başvuruya konu olmayacağına ilişkin değerlendirmenin de temelsiz olduğuna değinilmiştir.

Sonuç olarak, Oğuz Oyan başvurusunun temelinde (B. No:2015/8818) milletvekili genel seçimi döneminde, cumhurbaşkanının konuşmalarının, halkı etkileyebilecek bölümlerinin çıkartılması talebi yer almaktadır. Önce YSK, hem ilgili kanunlarda kendisine bu yönde bir görev verilmediğini hem de 1982 Anayasası'nın 79. maddesinin, 105. maddeyi kapsayacak genişlikte olmadığını söylemiştir. AYM de, cumhurbaşkanının konuşmalarının bazı kısımlarının çıkarılmasına ilişkin talebin, bireysel başvurunun konusun olamayacağını belirtmiştir. Bu itibarla değinilmesi gereken ilk mesele, cumhurbaşkanının genel seçim döneminde yaptığı konuşmaların, 1982 Anayasası'nın 105. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

1- Cumhurbaşkanının genel seçim döneminde yaptığı konuşmaların, 1982 Anayasası'nın 105.maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün müdür?

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davada yer alan YSK kararında, cumhurbaşkanının faaliyetlerinin 79. madde çerçevesinde ele alınarak 105. maddedeki sorumluluğu kapsayacak şekilde değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu karar, sonucu

itibariyle doğru olan bir karardır. Zira cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunun düzenlendiğı 105. madde seçim döneminde işletilebilecek bir kural değildir. Bu madde, aşağıda ele alınacağı üzere, parlamenter sistemin işleyişine ilişkin kurallarından biridir. YSK, kendisine ait seçimlerin doğruluk ve dürüstlük ilkelerine uygun şekilde, serbest ve eşit oy kurallarına uyulmasını sağlamakla görevlidir. Bu kuralların cumhurbaşkanı tarafından ihlal edilip edilmediğinin tespiti ile onun cezai sorumluluğunu başlatma gibi bir yetkisi yoktur. Ancak bu sonuç, hiçbir şekilde cumhurbaşkanının seçim döneminde yaptığı konuşmaların hukuki olarak denetlenemeyeceğı anlamına da gelmemektedir.

Meseleyi daha net ortaya koyabilmek için, Anayasa'nın 105. maddesinin uygulanma alanını tespit etmek gerekmektedir.

a) 1982 Anayasası'nın 105. maddesinin uygulanma alanı

Bilindiğı üzere, parlamenter sistemde yürütme iki başlı bir yapıya sahiptir. Bir yanda yasama organına karşı siyasal sorumluluğı haiz bakanlar kurulu, diğer yanda sorumsuz bir devlet başkanı. Devlet başkanının görevi ile ilgili işlemlerinden mutlak olarak sorumsuz tutulduğu monarşilere benzer şekilde, cumhuriyet yönetimlerinde de tek istisna -vatana ihanet- dışında cumhurbaşkanının sorumlu olmadığı ilkesi kural olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple, devlet başkanının işlemlerinin sorumluluğı karşı imza kuralı ile Bakanlar Kurulu üyelerine devredilmiştir. Kamu hukukunda yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine dayanan karşı imza kuralı, klasik parlamenter sistemi benimsemiş olan 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 58. ve 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 89 maddesinde, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilme usulünü tercih etmiş olan 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın 67/2. ve 1999 Finlandiya Anayasası'nın kanunların yürürlüğe girmesine ilişkin 79. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 19. maddesi, halk tarafından seçilen devlet başkanının karşı imza kuralına tabi işlemlerini düzenlemektedir.

Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan tüm işlemlerinden ve kararlarından ise kişisel olarak sorumlu olduğu neredeyse oybirliğı ile kabul edilmiş olmakla birlikte, Türk Hukukunda yargılanabilmesinin görevden sonra mı olacağı, başka bir ifade ile yasama organı üyeleri

gibi dokunulmazlıktan faydalanıp faydalanamayacağı tartışmalıdır ve bu çalışmanın konusu dışında kalmaktadır.

1982 Anayasası'nın 105.maddesi, cumhurbaşkanının sorumluluk ve sorumsuzluk hallerini düzenlemektedir. Bu hükümde hukuki rejimi farklı 2 kategori işlem bulunmaktadır: ilki cumhurbaşkanının, Başbakan veya ilgili bakanın imzalayarak sorumluluğu üstlendikleri kararları; diğer ise cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri, resen imzaladığı kararları ve cumhurbaşkanının emirleri.⁵ İlk grup işlemde doğan sorumluluk, cumhurbaşkanının kararını imzalayan Başbakan veya ilgili bakana aittir. Diğer kategori işlemler içinse, 1982 Anayasası yargı yoluna gidilemeyeceğini kabul etmiştir. Bu düzenleme, cumhurbaşkanının görevi gereği yaptığı bu işlemlerin iptali için idari dava, suç oluşturduğu iddiasıyla ceza davası ya da hukuki sorumluluğu sebebiyle adli yargıda dava açılmayacağı anlamına gelmektedir. 1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi tarafından kabul edilen halinde, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler listesine yer verilmişti. Ancak bu liste MGK tarafından çıkarıldığı için, karşı-imzaya tabi olmayan ve aynı zamanda da yargı yoluna kapalı olan işlemlerin hangileri olduğu Anayasa'da açık değildir. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu ve 1982 Anayasası döneminde de devam ettirdiği içtihadı bu belirsizliğe bir ölçüde ışık tutmuştur.⁶ Mahkemeye göre, cumhurbaşkanının devleti temsil görevi gereği yapacağı işlemler ile yürütmenin bir kanadı olarak katıldığı işlemler arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. İlk durumda karşı imza kuralına gerek bulunmamakla beraber, ikinci durumda karşı imza olmazsa olmaz bir niteliği haizdir.

Ancak, 1982 Anayasası'nın 104. maddesine ve çeşitli yasalara baktığı zaman,⁷ cumhurbaşkanının tek başına yaptığı ancak karşı imza

⁵ Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz: Ali Ulusoy, Cumhurbaşkanının tek başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetim Sorunu, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S:3, Yıl: 2008, s:13-25. Yazar burada, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemleri, iradesinin başka makamlarla sınırlandırıldığı ve sınırlanmadığı işlemler şeklinde ikili ayırım getirmektedir. İlk gruba örnek olarak cumhurbaşkanının rektör atama işlemi; ikinci gruba örnek olarak da yüksek yargıya üye atama işlemi gösterilmektedir.

⁶ AYKM E. 1975/183, K. 1976/15, kt:16/3/1976; E. 1979/22, K. 1979/45, kt: 18/12/1979; E. 1992/37, K. 1993/18, kt: 27/4/1993.

⁷ Bu yasalara örnek olarak 2876 sayılı Atatürk, Dil, Kültür ve Yüksek Tarih Kurumu Kanunu ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu verilmekte-

kuralına tabi olmamakla beraber icrai etkileri olan işlemler türü bulunmaktadır. Başka bir ifade ile cumhurbaşkanının, devletin başı ve temsil görevinin gereği yaptığı işlemler dışında, siyasi tercih içeren ve bireyler üzerinde doğrudan etki doğuran işlemleri bulunmaktadır. Anayasa'ya göre bunlara karşı yargı yolu kapalıdır. Peki bunlardan dolayı cumhurbaşkanının sorumluluğundan bahsetmek mümkün değil midir?

1982 Anayasası'na göre cumhurbaşkanının tek sorumluluk hali vatana ihanettir ve parlamenter rejimlerde devlet başkanının siyaseten sorumsuz olması kuralına göre de bunun cezai sorumluluk doğurduğu konusunda genelde görüş birliği bulunmaktadır.⁸ Zira siyasal sorumluluk kısaca, yürütme organın veya üyesinin, yürüttüğü siyasal faaliyet sebebiyle yasama organı tarafından görevden alınması sonucunu doğurmaktayken, cezai sorumluluk yargılanmanın mümkün kılınmasıdır. Gensoru önergesinin ve meclis soruşturması raporunun kabul edilmesiyle Bakanlar Kurulunun ya da bakanın siyasal sorumluluğu doğmakta yani siyasal işlemleri ve kararları nedeniyle görevlerinden düşürülebilmekte, ikinci halde ayrıca cezai sorumluluğa gidilebilmekte yani ilgili bakanın veya başbakanın göreviyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından yüce divanda yargılanabilmektedirler. Oysaki cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlanmasıyla gündeme gelen cezai sorumluluğun, siyasal sorumluluğu da doğuran bir etki yaratmadığı kabul edilmektedir. Çünkü kural olarak, cumhurbaşkanının siyasi karar alma yetkisi bulunmamakta ve bundan dolayı da karşısında siyaseten sorumlu tutulduğu, hesap vermesi gereken bir makam bulunmamaktadır.

Dolayısıyla cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlemlerinden dolayı TBMM tarafından vatana ihanetle suçlandırılması, ancak onun göreviyle ilgili olarak yaptığı bir işlemin ceza kanunu çerçevesinde bir

dir. Ancak 1987 yılında 3386 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 2863 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik neticesinde, Cumhurbaşkanına tanınan atama yetkisi değiştirilmiş, Koruma Yüksek Kurulu üyeleri merkezi idare içinden yasama organı eliyle belirlenmiştir. Bu itibarla cumhurbaşkanının tek başına yatığı icrai-idari etkileri olan işlemler daha çok anayasada öngörülmüş olanlardır.

⁸ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Y. 14. Baskı, İstanbul, 2014, s. 336; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Y. 12. Baskı, Ankara, 2014, s. 335; Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, İmaj Y., 14. Baskı, Ankara, 2009, s:244.

suç sayılması iddiası durumunda söz konusu olmaktadır. Bu suçlandırma kabul edilirse, Cumhurbaşkanı yargılanmak üzere yüce divana sevk edilmektedir. Sevkedilmeyle cumhurbaşkanının görevinden ayrılmış mı yani düşürülmüş mü sayılacağı yoksa yargılama sonuna kadar makamın vekâletle mi temsil edileceği, anayasa hükümlerinin cevap vermediği sorulardır. Doktrinde, meclis soruşturması usulü ile paralellik kurularak kabul edilen, cumhurbaşkanının düşmüş sayılacağıdır.⁹ Bir başka görüşte ise ilişkin bir düzenlemenin Türk Hukukunda yer almadığına göre, yargılanan cumhurbaşkanının görevde kalması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, 1949 tarihli Alman Temel Kanunu'nun 61. maddesinde bu konuda açık bir düzenleme olduğu görülmektedir. Söz konusu maddenin ilk fıkrası, Cumhurbaşkanının, yasama organı tarafından Temel Kanun'un ya da federal yasalardan birinin açık şekilde ihlal edildiği iddiası ile suçlandırılmasını düzenlenmekte ardından ikinci fıkrada Anayasa Mahkemesi'nin, cumhurbaşkanının bu yönde açık bir ihlalden suçlu bulunması durumunda, Cumhurbaşkanının görevden düştüğünü açıklayacağı ikinci fıkrada düzenlenmektedir. Bu fıkrada ayrıca, yasama organı tarafından suçlandırılma sonrası Mahkemenin, geçici bir kararla cumhurbaşkanının görevinin "askıya" alındığına da karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Türk Hukukunda cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılmasının neticesini, 2007 öncesi ve sonrası olmak üzere iki farklı dönemde ele almak gerekmektedir. Zira 1982 Anayasası'nın kabul ettiği cumhurbaşkanı, parlamenter cumhuri rejimlerden farklılaşan yetkilere sahiptir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de yukarıda değinilen 1993/18 sayılı kararında bu durumu Anayasa tarafından *cumhurbaşkanı'na "güçlü" ve "etkili" bir konum verilmiş* olduğu şeklinde açık olarak ifade etmiştir.

⁹ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Y., 17. Baskı, 2014, s. 489; Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Y. 14. Baskı, İstanbul, 2014, s. 337; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Y.* 12. Baskı, Ankara, 2014, s. 336; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, İmaj Y., 14. Baskı, Ankara, 2009, s:245.

¹⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 2, Ekin Y., Bursa, 2011, s.97-98. Yazar, yargılama sonucunda cumhurbaşkanı hakkında beraat kararı verilmesinde sorun olmadığı belirtmekte, ancak mahkûmiyet kararı için ikili bir ayırım getirmektedir. Mahkûmiyet kararına bağlı hapis süresi, görevdeki cumhurbaşkanının görev süresinde daha uzun süre, bunun sürekli bir boşalma hali; daha kısa ise, geçici bir boşalma hali sayılabileceği ileri sürülmektedir.

1982 Anayasası'nın 2007 öncesi kabul ettiği cumhurbaşkanı, meclis tarafından seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı adayı, bir parlamento üyesi olabileceği gibi dışarıdan gösterilecek bir kişi de olabilmekteydi. Seçim yasama organı tarafından yapıldığında, parlamentodaki siyasi partilerin kural olarak uzlaştıkları kişinin cumhurbaşkanı seçilmesi söz konusu olmaktadır. Bunu da, seçilen kişinin her partiye aynı mesafede durmasını sağlayan bir unsur olarak değerlendirmek mümkündür. Buna bir de parlamento dışından aday gösterilme usulü eklenince, 2007 öncesi cumhurbaşkanının siyaset merkezli bir konuma sahip olduğunu iddia etmek güçleşmektedir. Bu sebeple de, icrai yetkilerini kullanırken bir politika tercihi yapması bir ölçüde törpülenmektedir. Ancak 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğinden sonra, cumhurbaşkanının partilerden ve siyasetten uzaklaştığını iddia etmek oldukça güçtür.

1982 Anayasasında 2007 yılında yapılan değişikliğin, cumhurbaşkanının niteliği ve sorumluluğu üzerinde yaptığı etkiyi incelemeden önce, kısaca bu değişikliğin neden gerçekleştiğini hatırlamak ve benimsenen düzenlemenin ortaya çıkardığı yeni durumu ele almak gerekmektedir.

Bilindiği üzere, 2007 yılının Mayıs ayında cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresi dolacak olması sebebiyle yapılan cumhurbaşkanlığı seçimi, parlamentoda bir siyasi kriz yaratmıştı. İlk tur seçimleri tamamlanmasının ve bu parlamento kararının anayasa mahkemesi tarafından eylemli içtüzük değişikliği sayılarak iptal edilmesinin¹¹ ardından gerçekleşen genel seçimler sonucu oluşan yeni yasama organınca bir anayasa değişikliği hazırlanmış¹² ve 21 Ekim 2007 günü yapılan halkoylamasında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini düzenlemektedir. Adaylık için ise bağımsız adaylık usulü benimsenmemiş, adayların siyasi partiler tarafından gösterilmesi yolu tercih edilmiştir. şu durumda, cumhurbaşkanı seçimleri, siyasi partilerin katılımını ve desteğini zorunlu hale getirmiş bulunmaktadır. Gerçi nceki düzenlemeye göre de cumhurbaşkanının siyasi partilerin gösterecekleri adaylar arasından seçilmesi ile siyasetin içinden çıktığı söylenebilir.

¹¹ AYMK E. 2007/45, K. 2007/54, kt: 01.05.2007; RG: 27.06.2007-26565.

¹² Kanun no: 5678, kt: 31.5.2007.

Ancak buradaki seçim usulünün küçük bir ayrıntı olarak görülmesi olanaksızdır. Cumhurbaşkanı önceki 102. maddeye göre yasama organı tarafından seçilmekteyken, artık halk tarafından seçilmektedir. 60 günlük süreye yayılmış bir yarışın galibi, cumhurbaşkanlık sıfatını kazanmaktadır. Her yarışta olduğu gibi seçimlerde de birden fazla yarışan vardır. Bu özellik ise yarışanları, onları destekleyenlerden bağımsızlaştırmamakta; tam tersine aralarında bir bütünlük kurarak yarışın kazanılmasını sağlamaya zorlamaktadır. Bu durumda da, 2007 yılından sonra halk oylaması ile seçilen bir cumhurbaşkanının siyasetten uzaklaşması ya da partiler üstü tutum sergilemesini beklemek gerçekçi değildir. Nitekim doktrinde bu anayasa değişikliğinin *partili bir cumhurbaşkanı realitesine doğru bir kayış anlamına geldiği* de dile getirilmektedir.¹³ Benzer şekilde seçim sisteminin cumhurbaşkanına yeni bir güç kazandırdığı tespiti ile *(s) seçilebilmek için seçim kampanyası yürütecek, vaatlerde bulunacak ve böylece ister istemez "taraf" olacak bir Cumhurbaşkanı'nın, parlamenter sisteme özgü gereklere uyumunu beklemek kolay olmayacağı gibi, bu yolla seçilen bir kişinin "milletin birliğini" temsil eden bir kişi olarak algılanmasını da zorlantıracağı*nın altı çizilmektedir.¹⁴

Ayrıca halk tarafından seçimin ikili bir işlevi bulunmaktadır: ilki seçilene demokratik meşruiyet sağlanması; ikincisi ise tekrar adaylık mümkün olduğunda, bir dönem önce seçilenin ikinci dönemde seçilememesi ihtimalinin bulunmasıdır. Son durum, oy verdikleri cumhurbaşkanının faaliyetlerinin seçmenler tarafından benimsenmediğini göstermektedir. Yöneticilerin halk tarafından seçilen sistemlerde, seçilenin görev süresi bitmeden de halk tarafından görevden alınması söz konusu olabilmektedir. "Recall" ya da halk tarafından azilin klasik uygulaması, ABD'de görülmektedir.¹⁵ Cumhurbaşkanı'na ilişkin olarak ise 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın 60. maddesinin 6. fıkrası bu yönde açık bir düzenleme içermektedir. Görev süresi dolmadan önce, halk tarafından seçilmiş olan cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Bu süreç, birinci Meclis olan Ulusal Konseyin, Cumhurbaşkanı aleyhine verilen önergeyi kabul etmesinden sonra gerçekleşmektedir. Önergenin kabul edilmesiyle, cumhurbaşka-

¹³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Y. 12. Baskı, Ankara, 2014, s. s: 327.

¹⁴ Yavuz Sabuncu, Anayasaya Giriş, İmaj Y., 14. Baskı, Ankara, 2009, s.234.

¹⁵ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Y., 17. Baskı, 2014, s. 287.

nı görevden alınmakta ve federal başbakan tarafından Federal Meclis referandum kararı için toplantıya çağrılmaktadır. Referandumda, sonuç cumhurbaşkanının lehine çıkması durumunda ise birinci meclis seçimleri yenilenmektedir.

1982 Anayasası'nın 2007 sonrası cumhurbaşkanının seçimi, görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler ele alındığında, cumhurbaşkanının, yürütmenin sorumlu kanadı tarafından imzalanan kararları dışında tek başına aldığı karar, verdiği emir ve yaptığı işlemlerin sadece devleti temsil yetkisinin kullanımından ibaret sayılamayacağı; bunların ulusal siyaset üzerinde önemli etkileri olduğunu söylemek mümkündür. Yargı denetimine kapalı olan bu alandaki tercihlerin siyasi olarak değerlendirilmesini ikinci dönem aday olması halinde elbette halk yapacaktır. Ancak, görev süresi içinde, cumhurbaşkanının göreviyle ilgili tek başına yaptığı işlemlerden sorumluluğu hala sadece vatana ihanetle sınırlıdır.

Yasama organı tarafından vatana ihanetle suçlandırıldıktan sonra görevde kalıp kalmadığını konusuna şu yönde bir çözüm önerisi sunulabilir: yasama organının suçlandırmasının kabulü, Anayasa'nın 106.maddesinde yer alan geçici boşalma hali sayılabilir. Hakkında yüce divana sevk kararı çıkmış bir cumhurbaşkanının hukuki herhangi bir faaliyette bulunması elbette beklenemez. Ancak onun suçlandırılmayla görevden düşeceğinin kabulü, hukukun temel ilkelelerinden olan masumiyet karinesine önemli bir aykırılık olacaktır. Yüce Divanın cumhurbaşkanını suçlu bulması halinde ise hukuki bir sorun bulunmamaktadır. Zira bu durum kalıcı boşalma halidir ve 102. madde gereği 60 gün içinde cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yapılması gerekir. Konunun belki de en çetferil tarafı, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanının, yasama organı tarafından suçlandırılmasının ardından, Yüce Divan yargılamasının beraatle sonuçlanmasıdır. Bu aşamada, Avusturya Anayasasında yer alan düzenleme, güçlü ve etkili bir cumhurbaşkanı tercihi yapan 1982 Anayasası için iyi bir örnek olabilir. Böyle bir değişiklik yapılmadığı sürece, yasama ve yürütme arasında hatta yürütmenin kendi içinde bakanlar kurulu ile cumhurbaşkanı arasında önemli siyasi krizlerin yaşanabileceğini öngörmek hiç de zor olmayacaktır.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Oğuz Oyan (B. No: 2015/8818) kararında ve buna sebep teşkil eden YSK kararında deği-

nilen, 1982 Anayasası'nın 79. ve 105. maddeleri arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Anayasa'nın 105. maddesi, siyasal rejimin işleyişine ait bir kural olup, uygulama alanı 1982 Anayasası'nın her ne kadar tek başına yapacağı işlemler kategorisi sebebiyle belirsizleşmekteyse de cumhurbaşkanının görev alanı ile sınırlıdır.

b) Genel seçim döneminde cumhurbaşkanınca yapılan konuşmaların Anayasanın 79.maddesi gereğince denetimi

Cumhurbaşkanının her ne kadar 104. maddesinde yer alan görevleri arasında genel seçimler öncesinde “propaganda yapmak” bulunmamaktaysa da, özellikle 1982 Anayasası'nın 2007 sonrası halinde bunu engelleyen bir hükmü bulunmamaktadır. Yeni anayasal tercihin sonucunda cumhurbaşkanının siyasetten bağının kopmadığı kabul edildiğinde, bu dönemde seçim yarışının bir tarafı haline gelmektedir. Bu itibarla da YSK'nın yetki alanına girmektedir. Bu konuya değinmeden önce, Türk hukukuna göre YSK ve seçim kurullarının hukuki niteliği bahsini ele almak gerekmektedir.

2- Seçim kurulları ve YSK'nın niteliği, görev ve yetkileri

İlk olarak 1961 Anayasası ile anayasal bir statüye kavuşan seçim kurulları benzer şekilde 1982 Anayasası'nın 79. maddesinde düzenlemiştir. Cumhurbaşkanının seçim usulüne ilişkin 5678 sayılı değişiklik dışında 79. maddenin hükmü, küçük ama özellikle konumuz açısından önemli bir farklılık dışında aynıdır. Bu farklılık, 1961 Anayasası'nın 75. maddesinde, YSK kararları aleyhine başka mercilere başvurulamayacağına ilişkin bir hükmün bulunmamasından kaynaklanmaktadır. YSK kararları aleyhine başka mercie başvuramama, 1961 Anayasası'ndan önce hazırlanan 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde yer almaktaydı ve aslında bu anayasa dönemi içinde anayasa aykırı bir hüküm olarak mevzuatta yer aldı. 1982 Anayasa koyucusu, bu kurala 79. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer vererek bu anayasaya aykırılığa bir son vermiştir.¹⁶ YSK kararlarına karşı başka mercie başvurmanın hukuki değerlendirilmesi aşağıda yapılacaktır.

¹⁶ Aslında Anayasa'nın 177. maddesine göre, anayasanın kabul edilmesinden sonra yeni bir seçim kanunu yapılması kabul edilmiş olmasına rağmen bu gerçekleşmemiş ve 1961 tarihli Seçim Kanunu günümüzde hala uygulanmaktadır.

Hem 1961 hem de 1982 Anayasaları, “seçimlerin dürüstlük ve doğruluk içinde” yapılmasını sağlama görevini seçim kurullarına bırakmıştır. Bu kurulların hukuki niteliğı de açık olarak 1961 Anayasası’nın 75., 1982 Anayasası’nın da 79. maddesinin ilk fıkrasında yargı organı olarak belirtilmiştir. Gerçekten, il seçim kurulu ve Yüksek Seçim Kurulu hâkimlerden oluşmaktadır ve 298 sayılı Kanun’da öngörülen itiraz ve şikâyet yollarıyla seçim uyuşmazlıklarını çözme görevleri bulunmaktadır. İlçe seçim kurulu için ise şu şekilde bir ayırım yapmak mümkündür. İlçe seçim kurulu bir hâkim ve siyasi parti temsilcilerinden oluşmaktadır. Bunların verdiği kararlara karşı son başvuru yeri, tıpkı il seçim kurulu kararları gibi Yüksek Seçim Kurulu’dur. Ancak 298 sayılı Kanun’da 2008 yılında yapılan değışiklikten¹⁷ önce seçmen kütüklerinin hazırlanması ve buna ilişkin uyuşmazlıklarda ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organ seçimini yönetmek, denetlemek ve uyuşmazlık halinde kesin karar verme görev ve yetkisi sadece ilçe seçim kurulu başkanına verilmiştir. 298 sayılı Kanun’da yapılan değışiklik, seçmen kütüklerinin hazırlanmasında adrese dayalı nüfus kayıt sisteminin esas alınacağına dair değışikliğe ilişkindir ve bu düzenleme, bu konuda münhasır ilçe seçim kurulu başkanına bırakılmış olan yetkiyi kaldırmıştır. Ne var ki, bu değışiklik ilçe seçim kurulu başkanının yargı yetkisini bertaraf etmemiştir. Keza oda seçimleri ile ilgili AYM’nin önüne gelen bireysel başvuruda, Mahkeme, ilçe seçim kurulu başkanının yargısal niteliğı açık olarak kabul etmiştir.

Seçim kurullarını klasik yargı organından ayıran bir takım unsurlar bulunmaktadır. Bunlar, seçimlerin gerçekleştirilmesine ilişkin belirli bazı görevlerden kaynaklanmaktadır. Genel olarak seçimlerin yönetim faaliyetleri şeklinde ifade edilebilecek bu işler de yargı organı niteliğine bu sahip kurullar tarafından yapılmaktadır. Bunun temel sebebi de “seçim yarışının doğruluk ve dürüstlük içinde yönetilmesi işlerinin de bağımsızlık güvencesine” sahip hâkimlere bırakılmasıdır.

Bu itibarla, seçim kurullarının, seçimlerin doğruluğı ve dürüstlüğünün sağlanması amacıyla yargısal yetkilerinin yanında yönetsel faaliyetlerde de bulunan bir teşkilat olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁷ 5749 sayılı Kanun, kt: 13.3.2008; RG: 22.3.2008-26824(mük).

YSK, her ne kadar ismi “mahkeme”olarak belirtilmemiş¹⁸ ve Anayasa düzenlendiği bölüm, diğer yüksek yargı organlarının da bulunduğu “yargı” kısmında değil, yasama kısmında bulunsa da, 1982 Anayasası’nın hem 2. maddesinde düzenlenen demokratik hukuk devleti kuralının, hem de 67. maddesinde yer alan seçme ve seçilme hakkının kurumsal güvencesidir. Karşılaştırmalı hukukta¹⁹ bir benzerinin bulunmadığı bu Kurul, seçimlerin yönetimi, yönetimin denetimi ve seçim uyumsuzluklarının çözümü olmak üzere farklı alanlarda anayasadan kaynaklanan yetkileri kullanmaktadır. Hem yönetsel hem de yargısal yetkilere sahip olması, Kurulun hukuki niteliğini tam olarak görmeyi bir ölçüde engellemektedir. Keza, Anayasa Mahkemesi 1992 yılında verdiği kararlar, seçim organlarının sui-generis özellikte olduğunu söyleyerek, ilçe seçim kurulu başkanının Anayasa’nın 152. maddesi uyarınca yaptığı başvuruyu yetkisizlik yönünden reddetmiştir.²⁰ Benzer şekilde farklı görüşler doktrinde de mevcuttur.²¹

¹⁸ İlk kez seçim kurullarını oluşturan 5545 sayılı Kanun’un hazırlık aşamasında ilim heyeti tarafından hazırlanan tasarıda, YSK’nın açık olarak bir seçim mahkemesi olarak düzenlendiği ancak Geçici komisyonda dönemin iktidar partisinin, mahkemeyi “kurul haline” dönüştürdüğü görülmektedir. Buna 1950 seçimlerini kazanacak olan Adnan Menderes karşı çıkmıştır. bkz: *TBMM Tutanak Dergisi*, Cilt 24/1, TBMM Basımevi, Ankara, 1950, s. 9-29, 48, 49, 112, 117 ve 118, 164-165.

¹⁹ Didem Yılmaz, *İçtihadî Hukukta ve Türk Hukukunda Seçimlerin Yönetim ve Denetiminden Sorumlu Daimi Kurullar*, yayınlanmamış doktora tezi:s: 8-68.

²⁰ AYMK E. 1992/12, K. 1992/7, kt: 18.2.1992.

²¹ Doktrinde, YSK’nın nasıl nitelendirildiğine bakılınca, Yüksek Kurulun daha çok yargısal faaliyeti bakımından bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Gerçekten kamu hukuku doktrininde yer alan ağırlıklı görüş, YSK’nın seçim uyumsuzluklarında nihai yetkili olması ekseninden hareketle, Yüksek Kurulun bir yüksek yargı olduğu hususunda birleşmektedir. YSK üyelerinin Yargıtay ve Danıştay’dan gelmesi, seçim uyumsuzluklarını yargısal usullerle çözmesi ve kararlarının başka hiçbir makam tarafından denetlenememesi özellikleri karşısında, kuruma karma egemen üst yargı mercii (Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*,s:337. Lütfi Duran, “Yüksek Mahkemeler Arasında İctihad Uyuşmazlığı”, *İÜMHA Dergisi*, Yeni Seri, Yıl 1, No:1, 1967, s:12. Yazar, 1982 Anayasası döneminde de bu görüşünü devam ettirmiş ve Yüksek Kurulun, Anayasanın yüksek mahkemeleri düzenlediği bölümünde düzenlenmemiş olsa da, kesin ve son yargısal kararlar alabilmesi bakımından, aynı nitelikte olduğu sonucuna varmaktadır, bkz: Lütfi Duran, “Adliye, Genel Yargı Yeri”, *Anıme İdaresi Dergisi*, Cilt 17, Sayı: 1, Mart 1984, s: 5. Ancak yazarın aynı sonuca, HSYK için varması oldukça dikkat çekicidir. Aynı yönde, sadece Devlet organlarına ilişkin sıralamada yargı başlığı altında, YSK ve HSYK’ya yer veren görüş için bkz: İlhan Özay, s: 193.) ya da nihai yetkili anayasal kurum (Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, s:225. Aynı yönde, Şeref Gözübüyük , *Anayasa Hukuku*, S Yayınları, Ankara, 1986, s: 174; Sultan Üzeltürk Tahmazoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri”, *Anayasa Yargısı*, No: 23, s: 253. Üzeltürk’e göre, YSK’nın yargısal işlevleri

Sonuç olarak, 1982 Anayasası'nın 79. maddesinde yer alan yargı organı nitelendirmesi, seçim kurulu üyelerinin nitelikleri, görevlerini yaparken uyguladıkları kurallar beraber ele alındığında, YSK'nın yönetsel yetkileri de bulunan bir yargı organı olduğundan kuşku duymamak gerekmektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, seçim kurullarından olan ilçe seçim kurulu başkanlığını Anayasa Mahkemesi yargı organı olarak kabul etmişti.

YSK'nın seçim döneminde yer alan önemli bir yönetsel görevi, "seçmenlerin iradesinin sağlıklı şekilde oluşmasını sağlayacak olan yayınların yönetimidir". Bu konu öncelikle 298 sayılı Kanun'da düzenlenmiş ve hem 2954 sayılı²² hem de 6112 sayılı²³ Kanunlarda seçim döneminde yayın faaliyetinin YSK tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde yapılacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelere göre, seçim yarışını ihlal eden, seçmenlerin iradesini bir parti aleyhine etkileyerek serbest ve eşit oy kuralını ihlal eden yayınlara tedbir uygulamak yargısal niteliği bulunan YSK'nın görev ve yetkisindedir. Bunlar ifade özgürlüğü, haber alma ve yayma özgürlüklerinin sınırlandırılmasında bir güvence olarak kabul edilen, hakim kararıyla sınırlama getirilmesi kuralına da uygundur. Nitekim, YSK da, "seçimlerin düzen güven ve dürüstlük içinde yapılmasına etki yapabilecek durumlarda,"²⁴ Anayas'nın 75. maddesi uyarınca, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün tedbirleri almaya yetkili"²⁵ olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda Kurulun, seçim döneminde seçim rekabetini bozan haber yayınlayan gazetelerin toplatılmasına,²⁶ ya da bir gazetede yer alan beyanın dü-

açısından..teknik anlamda mahkeme kavramlarının gereklerini yerine getirmiyor olması onun geniş anlamda mahkeme olarak algılanmasına engel değildir. Farklı bir görüş için bkz: Sabih Kanadoğlu, Alaturka Demokrasi, s:209. Yazara göre, YSK yargı organı değildir. Yüksek yargılardan oluşan anayasal bir kurumdur. Bu itibarla da, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan kural ile bağlıdır. Yazarın bu görüşünün, YSK'nın niteliği bakımından sonucu ise, aslında YSK, görevi seçimin düzenli ve dürüst yapılmasının sağlanması olan bir idare olduğudur. Seçim kurullarında her daim hâkim üyenin bulunması ile seçimlerin bunların yönetim ve denetimi altında yapıldığını ifade eden diğer bir görüş de, dolaylı olarak, seçim kurullarını yargı organı saymaktadır (Cem Eroğul, Anatüzeye Giriş, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s: 333-334.).

²² Türkiye Radyo Televizyon Kanunu, kt: 11.11.1983; RG: 14.11.1983-18221 (2. mük).

²³ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, kt: 15.2.2011; RG:3.3.2011-27863.

²⁴ YSKK No: 1968/393, kt: 18.5.1968, s. 113-115.

²⁵ YSKK No: 1968/55, kt: 18.3.1968, s. 44-45.

²⁶ "YSK, oy verme gününde seçmenlerin oylarına etki yapabileceği düşünülen haberleri yayımlayan gazetelerin oy verme günü ve oy verme süresi içinde top-

zeldilmesi için radyonun haber bülteninde seçmenlere duyurulmasına²⁷ ilişkin kararları bulunmaktadır. Hatta YSK'nın *"hükümetin dış politikasının iç politikasından soyutlanması imkansızdır. Başbakanın Londra seyahati sebebiyle Hükümetin NATO ve Türk-Amerikan ilişkileri konusunda takibettiği dış politika hakkında yapmış olduğu konuşmaların TRT'de haber bültenlerinde görüntüleriyle birlikte seçim döneminde yayınlanması, seçmenin oyunu etkileyeceğinden ve eşitliği, hükümette bulunan siyasi parti lehine, bozacağından bu programın yayından çıkarılması gerek(tiğİne)"*²⁸ karar vermiştir. Gene, *"hükümetin 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına aylık bağlanması hakkındaki kanunla ilgili bildirisi, seçmenlerin oyunu etkileyeceğinden ve eşitliği bozacağından TRT'de yayınlanmasının durdurulması(na)"*²⁹ karar verdiği de görölmektedir.

YSK'nın seçimlerin serbest şekilde gerçekleşmesi amacıyla yarattığı bu pretoryen hukukun zaman zaman kendisine tanınan bir sansür yetkisi haline³⁰ getirdiği kararları; seçimlerle değil, seçimlerin düzenlenmesi ile ilgili bir YSK kararının eleştirisinin yapıldığı program sebebiyle bir televizyon kanalına yayın yasağı getirdiği³¹ ayrık bir takım kararları bulunduğunu da söylemek gerekmektedir. Böyle durumlarda var olan tek yol, bu kararları veren YSK'ya 298 sayılı Kanun'un 131. maddesi uyarınca şikâyet yolu ile başvurmaktadır. Ret halinde kesinleşen bu hukuki durumun yargılama ilkeleri ile bağdaşmayan bir sonuç yarattığı ortadadır. Zira YSK'nın yönetim görevleri bakımından, tek başvuru yerinin kendisinin olması, genel olarak kimsenin kendi davasının yargıcı olmamasına (*nemo iudex in sua causa*) ilişkin hukukun genel ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. YSK kararlarından sonra bireysel başvurunun kabul edilmesi, bu sebeple ortaya çıkabilecek hak ihlallerini bertaraf edecektir.³²

latırılmasına ve satışlarının da önlenmesine karar vermeye yetkilidir" YSKK No:1966/153, kt: 5.6.1966, s. 99-101.

²⁷ YSKK No: 1963/255, kt: 16.11.1963, s. 112.

²⁸ YSKK No: 1977/973, kt: 12.5.1977, s: 69 vd.

²⁹ YSKK No: 1977/1109, kt: 20.5.1977, s: 75 vd.

³⁰ YSKK No: 1979/786, kt: 20.9.1979, s. 10-14.

³¹ Nitekim, 7 Ocak 1994 tarihinde, bir televizyon kanalında, YSK kararının eleştirisinin yapılması üzerine YSK bu kanala beş gün süreli yayın yasağı getirmiştir. Bu konu daha sonra AİHM önüne götürülmüş Ancak, daha sonra, davacının başvurusunu takip etmeyeceğine ilişkin beyanı üzerine, başvuru konuya ilişkin karar verilemeden sonuçlanmıştır. M.B.I. A.S./Türkiye, No: 25685/94, kabul edilebilirlik kararı, kt: 21 Ekim 1997.

³² Bu konuya - 4- numaralı başlıkta değİnilecektir.

Bu itibarla, YSK'nın seçim döneminde cumhurbaşkanı tarafından yapılan konuşmaların 79. madde çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Bir önceki bölümde ortaya koyulan düşünceye göre cumhurbaşkanının seçim yarışına katılabilmesinin kabulü, "onu seçim yarışının bir tarafı" haline getirdiğine göre, onun konuşmalarının denetiminin YSK tarafından yapılabilmesi anayasal bir gerekliliktir.

3- YSK, seçim döneminde Cumhurbaşkanı tarafından yapılan konuşmaların, serbest ve eşit seçim ilkesini ihlal edip etmediğini nasıl değerlendirebilir?

Seçimlerin demokratik bir niteliğe sahip olabilmesi için oyun genel, eşit, serbest, gizli olması ve açık sayılması gerekmektedir. Bunların içinde serbestlik hem seçmenlerin iradelerinin oluşumunda hem de seçime katılanların kendilerini halka tanıtımalarında iktidar partisinin baskısının olmamasını güvence altına alan kuraldır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de *"Serbest oy ilkesi, seçmenin hiçbir yasa dışı elatmaya, baskıya, tek yanlı etkiye kapılmadan oyunu kullanmasıdır. Serbest seçim, oyların bu ortamda kullanıldığı seçimdir. Baskının eylemli olması gerekmez. Oy kullanmayı etkileyecek, seçmenin özgür iradesini saptırabilecek her tür etkileme baskı sayılır. Seçmeni dolaylı da olsa, olumsuz tek yanlı etkiye açık tutacak her girişimin önlenmesi gerekir"*.³³ Eşit oyun da bir yönü seçmenlere diğer yönü de seçim yarışına katılanlara dönük iki yüzü bulunmaktadır. Seçmenler açısından kullandıkları oyun eşit değerde olması anlamına gelmektedir. Seçim yarışı açısından da milletvekili adayları ve siyasi partilerin seçim döneminde "aynı koşullarda yarışması" kuralını ifade etmektedir.

Dolayısıyla serbestlik ve eşitlik ilkesi, seçimin, seçime katılan siyasi partilerden biri olan iktidar partisinin gölgesi ve baskısı altında yapılmasını engelleyen güvencelerdir. Çünkü seçim yarışına iktidar partisi daha avantajlı olarak katılmaktadır. Buna bir de cumhurbaşkanının bir partinin lehine davranmasının eklenmesi, her durumda seçim yarışını olumsuz etkileyecek, seçmenlerin iradesi üzerinde dışarıdan gelen bir baskı yaratabilecektir. Çünkü halk tarafından seçildiğine göre, cumhurbaşkanının bir siyasi parti lehinde ve diğerlerinin

³³ AYMK E 1987/6 K 1987/14 kt: 22.51987 – RG: 18.9.1987-19578.

aleyhinde olması, seçmenin iradesinin genel seçimlerde özgür olarak oluşmasını engelleyecek ve o partinin avantajlı duruma gelmesini sağlayacaktır. Oysaki, demokratik sistemler siyasal çoğulculuk üzerine kuruludur ve seçim yarışına katılan her partinin, her siyasi düşüncenin eşit şartlarda kendilerini halka tanıtmaya, programlarını açıklama ve rakiplerini eleştirme hakkı bulunmaktadır. Bu dengeyi kurmak da YSK'nın görevidir. Nitekim YSK, TRT Kurumunu, radyo ve televizyonla propaganda yayınlarının tam bir tarafsızlık ve eşitlik içinde yapılmasını sağlamakla görevli tutmuştur.³⁴ Bunun için, YSK, yayınların denetimine ilişkin kuralları belirlerken, cumhurbaşkanının konuşmalarını desteklediği siyasal partinin konuşmalarıyla bütün olarak değerlendirip, süreleri bu esasa göre belirleyebilir. Aksi halde, medya hizmet sağlayıcıların, "tarafsız" olduğu varsayımı ile cumhurbaşkanının konuşmalarını uzun uzun yayımlaması, denetimsiz şekilde seçim yarışını bozan, bu itibarla da, Anayasa'nın 2. maddesinde demokratik hukuk devleti, 67. maddesinde serbest ve eşit oy ilkesi ve 79. maddesindeki seçimlerin doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun olarak yapılması amir hükmüne aykırılık oluşturacaktır. Bunun yöntemi, somut olayda başvuruçunun dile getirdiği şekilde konuşmaların belirli bölümlerinin yayınlanmaması değil, medyada seçim yarışında faaliyet gösteren aktörlere "eşit olarak kendilerini halka anlatma" süresinin hesaplanması olacaktır. Nitekim benzer bir uygulama 21 Temmuz 2009 tarihinde Fransa'da benimsenmiştir. Görsel-İşitsel İletişim Yüksek Kurulu'nun (Conseil supérieur de l'audiovisuel) kararına göre,³⁵

³⁴ YSK'ya 1968 yılında İşçi Partisi tarafından yapılan şikayetin konusu Türkiye radyolarında siyasi partilerle ilgili olarak yapılan haber yayınlarında tarafsız davranılmadığına ilişkindir. Bu şikayeti haklı bulan YSK, "seçimlere katılan siyasi partilerin, kanun hükümlerinden eşit şartlar altında yararlanmamaları, seçimlerin güvenle ve dürüst olarak yapılmasına ve seçim düzenine etkili olacağı(nın) şüphesiz (olduğuna); bu itibarla, TRT Genel Müdürlüğünce seçim süresi içinde Türkiye Radyolarında yayınlanacak haberlerin uygun ölçüde eşitlik esasına bağlı tutulması zorunluluğu(nun) doğ(duğuna) ve Kurul(un) bu konuda gerek Anayasa'nın 75inci maddesi hükmüne ve gerek 26/4/1961 günlü 298 sayılı ..Kanuna göre bir karar almakla görevli ve yetkili olduğu sonucuna var(arak) Türkiye Radyolarında, gerek kendi kaynaklarından ve gerek siyasi partilerin verdikleri haber bültenlerinden alacakları siyasi partilerle ilgili haberler yayınlandığı takdirde, her gün için kelime sayısı, yayın süresi ve haberin yayınlanacağı radyo yayın bülteni bakımlarından eşit olması" gerektiğine karar vermiştir, YSKK No: 1968/235, kt: 25.4.1968, s: 82 vd. Aynı yönde, YSKK No: 1968/286, kt: 4.5.1968, s: 91 vd.; YSKK No: 1969/557, kt: 28.8.1969, s: 239 vd.; YSKK No:1975/331, kt: 21.8.1975, s: 201 vd.

³⁵ <http://www.csa.fr/Press-area/Communiqués-de-presse/Le-CSA-adopte-un->

muhalefet partilerinin televizyon ve radyo süreleri, cumhurbaşkanı ve iktidar partisinin sahip olduğu sürenin yarısından az olmamak zorundadır. Bu kararın temelinde, halk tarafından seçilen devlet başkanlarının partiler üstü konumlarının; bir konuda herhangi bir siyasi görüşe göre değil, Fransız Milleti adına açıklama yaptıkları gerçeğinin bir ölçüde değiştirmiş olduğu; devlet başkanının tarafsız hakem rolünden, ulusal politikayı belirleyen kaptan haline getirdiğinin kabulüne dayandığını söylemek gerekmektedir. Bu şekildeki bir uygulama, cumhurbaşkanının seçim döneminde yaptığı konuşmaları hukuk kuralları ile çerçevelenmiş olacaktır. Sonuç olarak, YSK, Radyo Televizyon Üst Kurulu eliyle yayınları içerik açısından değil, süre açısından denetleyebilir ve haksız uzunluktaki sürelerin kısaltılması için tedbirler alabilir. Sürelerde eşit olmayan yayın yapıldığının tespiti durumunda da, 6112 sayılı Kanun’un idari para cezasına hükmedebilir.

4- YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapmak mümkün değil midir?

Anayasa Mahkemesi Oğuz Oyan kararında, kabul edilebilirlik değerlendirmesini, Anayasa’nın yargı denetiminden çıkardığı kararlara karşı bireysel başvuru yolunu kapatan 6216 sayılı Kanunun 45. maddesinin üçüncü fıkrasından yola çıkarak yapmıştır. Bunun için de YSK kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağına ilişkin Anayasa’nın 79. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin anlamını ortaya koymak gerektiğini dile getiren Mahkeme, bu anlamı 298

nouveau-principe-de-pluralisme-pour-les-temps-de-parole-des-personnalites-politiques (s.e.t. 24/11/2015).

Yüksek Kurulun bu kararı, 8 Nisan 2009’da Fransız Danıştay’ının verdiği bir karara dayanmaktadır. Danıştay’ın önündeki idari işlem Yüksek Kurul’un muhalefet partilerinin konuşma sürelerinin, cumhurbaşkanı ve iktidar partisinin konuşma sürelerinin yarısından az olmamasına ilişkin yapılan talebi reddetmesi işlemidir. Yüksek yargı kararına, Anayasanın gönderme yaptığı 1789 Bildirgesinin 11. maddesinde garanti altına alınan düşünce, ifade ve iletişim özgürlüğünü hatırlatarak başlamış, Devlet başkanının Anayasanın 5. maddesinde tanınan yetkileri kullanırken herhangi bir siyasal parti adına hareket etmediğinin altını çizdikten sonra, Kurulun 1958 Anayasasının yürürlüğe girdikten sonraki uygulamayı dikkate alınmaksızın ve yasama organı tarafından kendisine verilen siyasal çoğulculuğu sağlama görevi arasındaki denge gözetilmeksizin verilen ret kararını hukuka aykırı bulmuştur.

(<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000020541181>). (s.e.t. 24/11/2015).

sayılı Kanun'un 132. maddesinde aramıştır. Anayasada "başka bir mercie başvurulamaz" ifadesi karşısında, 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinin hem 4. hem de 7. fıkralarında "kararlar aleyhine **hiçbir** mercie ve kanun yoluna başvurulamaz" düzenlemesine değinerek, YSK kararlarına karşı hem idari ve hem de yargısal başvuru yolunun kapalı olduğu sonucuna varan AYM, başvuru hakkında ret kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 79. maddesinde yer alan düzenlemeye, 298 sayılı Kanun'un 132. maddesi ışığında bir anlam vererek verdiği bu sonuçla, anayasanın üstünlüğü kuralını ters-yüz etmekle kalmamış, birçok açıdan anayasa ile uyumlu olmayan bir durum yaratmıştır. Bunları ortaya koymak için öncelikle 1982 Anayasası'nın 67., 79. ve 148. maddeleri arasındaki bağlantıyı ele almak gerekmektedir.

Temel siyasi haklardan olan seçme ve seçilme hakkı, Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenmektedir. 1982 Anayasası'nı, diğer Avrupa Anayasalarından ayıran en önemli fark, bu siyasi hakka ayrıca kurumsal bir güvence sağlamak olmuştur. Bu kurumsal güvence de 79. maddede yer almaktadır. Bu düzenlemeyle, seçme ve seçilme haklarının kullanımın sağlanması, böylece de seçimlerin yapılması yargı organlarına verilmiş; bu konu ne yürütmenin ne de yasama organının gölgesinde bırakılmıştır. Seçmenlik sıfatının tespitinden, oy pusulalarının bastırılmasına, adaylık sürecinden propaganda işlemlerine kadar, seçimlerle ilgili tüm konular Anayasa koyucunun ifadesiyle birer yargı organı olan seçim kurullarının görev ve yetkisindedir. Anayasa koyucu, böyle bir tercih yapmasının sebebini de, 79. maddenin ilk fıkrasında *seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü* olarak ifade ettiği görülmektedir. Gene Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik hukuk devleti kuralının bir gereği olarak da, seçimlerle ilgili yönetim işleri ile seçim uyuşmazlıklarının çözümü de, bağımsızlık ve tarafsızlık sıfatına sahip bu kurullara ve en son aşamada da YSK'ya bırakılmıştır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 67. maddesi, ancak 79. maddeki düzenleme ile maddi bir anlam kazanmaktadır ve 79. maddenin ikinci fıkrasında yer alan, *seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve.... Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka mercie başvurulamaz* hükmü, 67.maddedeki anayasal hakların vatandaşlar tarafından kullanılmasının emanet edildiği alanın özerkliğini korumaktan başka bir anlam taşımamaktadır. Başka bir ifade ile Anayasa koyucu

bu düzenlemeyle seçimlerle ilgili tüm konularda hem idari hem de yargısal karar verme yetkisini sadece seçim kurullarına bırakmıştır.³⁶ Seçim hukukunu ilgilendiren kararlara Anayasa eliyle tanınan *kesinlik ve başka mercie başvurulamama* özelliği de bu özerk alanın korunmasını sağlamak hizmeti görmektedir.

Özetlemek gerekirse, Anayasanın kurduğu sisteme göre, seçme ve seçilme hakkı yargı organları olan seçim kurullarına emanet edilmiştir. Hakkın kullanılmasına kurumsal bir güvence sağlamak amacını taşıyan bu tercih, YSK kararlarına kesinlik tanınması ile tamamlanmıştır. Eğer YSK kararları, idari veya yargısal başka bir merciinin denetimine tabi olması istenseydi, böyle bir hükme yer verilmezdi.

AYM'nin yanıldığı diğer husus ise, 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde yer alan "hiçbir mercii" ifadesini, AYM'yi de kapsayacak şekilde değerlendirmesi ve bu sonucu Anayasa hükmüne genişletmesidir. Gerçekten 79. maddenin ikinci fıkrası, YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamamasını düzenlemektedir. Ancak, buradaki "merciin" hangi mercii olduğu, 298 sayılı Kanun hükmüne göre değil, Anayasanın bütününe göre anlamlandırılması gerekmektedir.

"Mercii" kelimesi, Anayasanın birçok maddesinde rastlanılan bir ifadedir³⁷ ve anayasa koyucunun, yargı kısıntısı getirdiği her durumda, başvurulamayan merciin yargısal niteliğini ayrıca ve özellikle belirttiği görülmektedir. Örneğin, Anayasa'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasında, cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlarına ve emirlerine karşı AYM dâhil "*yargı mercilerine başvurlama(yacağı)*"; keza 5982 sayılı Kanun'la değişik 159. maddesinde, HSYK'nın meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışında kalan kararlarına karşı, önceki düzenleme ile aynı şekilde, "*yargı mercilerine başvurlama(yacağını)*" açık şekilde düzenlemektedir. Keza Anayasanın diğer bazı maddelerinde de mercii ifadesini tamamlayarak bunlara mahkeme niteliğini kazan-

³⁶ 79. maddenin gerekçesine bakıldığında da bu hükmün, "YSK kararlarının kesinliği ve bunlara uyulması(nın) tereddütlere yol açtığı" düşüncesiyle getirilmiş olduğu görülmektedir. Zafer Gören - Ömer İzgi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 775.

³⁷ 1982 Anayasası'nda 38 kere merci kelimesi kullanılmıştır. Yalın halinin ilk kullanımı Anayasanın 33. maddesinde, "mercii men edebilir, merciin kararı hakimın onayına sunulur" şeklinde yer almaktadır. Te'mel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler içinde, m:17 yetkili mercii, m:19 yetkili merci.. yargı merci, 20., 21.,22., 28., ve 29. maddelerde de yetkili mercii ifadesi kullanılmıştır.

dıran tamlamalara yer verilmiştir.³⁸ Bu itibarla, eğer Anayasa koyucu YSK kararlarına karşı yargı yolunu kapamış olsaydı, bunu diğer maddelerde olduğu gibi merciin yargısal niteliğini açık olarak belirtirdi. AYM, bunu idari başvurunun yanında yargısal başvuru yolunu kapatmak şeklinde yorumlayarak, anayasa koyucunun kabul etmediği bir sonuca ulaşmıştır. Sonuç olarak, YSK kararlarına karşı yargısal başvuru yolu mümkündür. Nitekim YSK kararlarına karşı uluslararası yargı organı olan AİHM'ye başvurular yapılmış, AİHM de davaları kabul etmiştir.³⁹ Bu gerçek karşısında, AYM'nin tutumu, ulusal korumayı hiçe indirgeyerek, seçme ve seçilme hakkının korunmasını uluslararası yargı yerine bırakmak gibi egemenlik yetkisi ile bağdaşmayan bir sonuç da doğurmuştur.

Şu durumda, 79. maddedeki *başka mercii* ifadesi, Anayasanın diğer maddeleri ile uyumlu olarak, yargı erki dışındaki bir kuruma gönderme yapmaktadır.⁴⁰ Bu da, ya yasama organı ya da yürütme organıdır. Bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan hükmün geçmişini hatırlatmak, “başka bir mercii” ile hangi organdan bahsedildiğine bir ölçüde ışık tutabilecektir.

Seçim kurulları, 1924 Anayasası döneminden beri hukukumuzda yer almaktadır. Bu kurulları ilk kuran 1950 tarihli 5545 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'dur.⁴¹ Bu kanuna göre, seçimlerin gerçekleştirilmesine ilişkin işlemlerin hâkimler tarafından yapılması esası benimsenmiş ve ilçe seçim kurulu, il seçim kurulu ve YSK olmak üzere bir seçim organı silsilesi belirlenmişti. Bu kanunda YSK'nın tutanaklara ilişkin yapılan itirazlar hakkında verdiği karar kesin değildi. Bunlara karşı başvuru mercii, TBMM olarak kabul edilmişti. 1954 yılında yapılan

³⁸ 1982 Anayasası m:36 yargı mercii, m:37 mahkemeden başka bir merci, yargılama yetkisine sahip olağan üstü merci; m:59 yargı mercii; m: 152 temyiz merciince, m: 154 adli yargı merciince; m:155 idari yargı merii, son inceleme merciidir, m:156 son inceleme merciidir, m:158 adli, idari askeri yargı mercii, m: 159 yargı mercii

³⁹ M.B.I. A.S./Türkiye, No: 25685/94; İmrek/Türkiye, 24 Haziran 2008; Söyler/Türkiye, No: 29411/07.

⁴⁰ 1982 Anayasası'nda yargı erki dışında bir makamı ifade eden maddeler şunlardır: m:40.. hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını.; m: 129.. idari merciin iznine bağlıdır.; m:135...kanunun belirlediği mercii veya Cumhuriyet savcısının..., merci..men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı... hakimın onayına sunulur.; m:138 hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere....emir ve talimat veremez....

⁴¹ RG:21/2/1950-7438.

yasa değışiklięi⁴² ile bu duruma son verilmiştir. YSK'nın tüm kararlarının kesin olacağı ve bunlara karşı başka bir mercie başvurulamayacağı hükmü, 298 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Dolayısıyla buradaki merci ile kastedilmek istenen öncelikle TBMM'dir.

Bu tarihsel gelişim aynı zamanda, YSK kararlarının kesin olması ve kararlarına karşı başka mercie başvurulamamasını, seçimlerin doğruluğu ve dürüstlüğü için kurulmuş olan ve bunun emanet edildiği YSK'nın özerk görev alanının net olarak belirlenmesi ihtiyacını göstermektedir.

Ayrıca, AYM kararında, 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde yer alan “*hiçbir mercii*” kelimesi odaklı bir değerlendirme yapmış, “*ve kanun yoluna başvurulamaz*” düzenlemesi açısından sessiz kalmıştır. Eğer hiçbir mercii, AYM dahil tüm idari ve yargısal yollarda görevli kurumları kapsıyor ise, kanun yoluna başvurulamaz ile yasa koyucu neyi düzenlemektedir sorusuna cevap bulabilmek mümkün olamamaktadır. Böyle bir değerlendirme yapılabilseydi eğer, Anayasa'nın 67. 79. ve 148. maddeleri arasındaki bağlantı daha doğru şekilde ortaya koyulabilirdi.

Bilindiği üzere kanun yolu, bir yargı düzeni içinde yer alan hukuki hak arama usulüdür.⁴³ Oysa bireysel başvuru, temel hak korumasına ilişkin ikincil nitelikte bir yoldur. AYM'nin birçok bireysel başvuru kararında vurguladığı üzere, temel haklar öncelikle idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından korunmalı; bu gerçekleşmediği koşulda, bireyler haklarının ihlalinin giderilmesini AYM'den istemelidirler. Seçim kurullarının yetki alanlarının korunmasına ilişkin olarak getirilmiş bir anayasal güvence sayılması gereken “başka bir mercie başvuramama” kuralı, hiçbir biçimde, seçme ve seçilme hakkını ihlal eden

⁴² RG: 23/2/1954-8641.

⁴³ Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.11. Ulusal hukukumuzda bireysel başvuru olarak tanımlanan bu yolun karşılaştırmalı hukukta Alman uygulamasına ilişkin değerlendirme için bkz: Ece Göztepe, Anayasa Şikâyeti, AÜHFY No: 530, Ankara, 1998 (bütün kitap). Yavuz Sabuncu - Selin Esen Arnwine, Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu, Anayasa Yargısı, Cilt 21, 2004, s.229-246, Turhan, Mehmet et al., Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli, Anayasa Yargısı, Cilt 21, 2004, s.248-295. Daha önceki tarihlerde yapılan karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz: Zafer Gören, Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru, Anayasa Yargısı, Cilt 11, 1994 s. 97-134.

seçim kurullarının ve de YSK kararlarının, bireysel başvuru kapsamından çıkarılmasına yol açacak bir anlama sahip bulunmamaktadır. Aksi kabul, seçme ve seçilme haklarının AYM'nin koruma şemsiyesi altından çıkarılması sonucunu doğurmamaktadır. Kaldı ki, bireysel başvurunun düzenlendiği 148. maddesinde, bu yönde bir engel de bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, eğer Anayasa koyucu YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılmasını önlemek isteseydi, 2010 yılında söz konusu maddede, bireysel başvurunun istisnası olarak, bu yönde bir düzenleme yer vermesi gerekirdi. Bu itibarla, seçim kurulları gibi YSK kararları da, diğer derece mahkemelerinin kararları gibi hak ihlali yarattığı ölçüde bireysel başvurunun kapsamına girmektedir.

Sonuç yerine,

Demokratik devlet kuralının ilk gerçekleşme koşulu, vatandaşların ülke yönetiminde iradelerini belirleyebilecekleri seçimlerin yapılmasıdır. Bu usuli yolun ise hem seçmenler hem de seçim yarışına katılan aktörler açısından evrensel olarak kabul edilmiş kurallara uygun olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar, genel, eşit, serbest, oy ile açık sayım ve dökümdür.

1982 Anayasası, demokratik devleti gerçekleştiren kuralları, yargı organı niteliğine sahip seçim kurulları eliyle kurumsal bir güvence kazandırmıştır. Aynı zamanda, bu, seçim kurullarına verilmiş anayasal bir görevdir. Seçim kurullarının üstlendikleri bu görevin önemini ortaya koyması açısından 1934 Anayasası ile demokratik rejime geçişte Uruguay Seçim Mahkemesi'nin oynadığı rol en bilinen örnektir.

Türk Hukukunda da yönetme hakkına kimin sahip olacağı, YSK ve diğer seçim kurulları tarafından demokratik usullere göre gerçekleştirilecek olan seçimle mümkün olmaktadır. Tüm seçim kurulları ve YSK, Anayasadan kaynaklanan bu yetkilerini, değişen siyasal rejim iklimine duyarlı şekilde yerine getirmek durumundadır.

Seçimlerin doğruluğu ve dürüstlüğünün özerk şekilde, anayasa eliyle yargı organı olan seçim kurullarına bırakılması, seçme ve seçilme hakkının ihlaline ilişkin iddiaları, 2010 yılında kabul edilen bireysel başvuru yolu kapsamından çıkarmamaktadır. YSK'nın ister seçimlerin yönetimine, ister denetime ilişkin kararları, AYM'nin bireysel başvuru yetkisi içindedir.

Kaynakça

- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Y., 17. Baskı, 2014, s. 489.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Y. 12. Baskı, Ankara, 2014, s. 335.
- Tanör Bülent - Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Y. 14. Baskı, İstanbul, 2014, s. 336.
- Sabuncu Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj Y., 14. Baskı, Ankara, 2009, s:244.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 2, Ekin Y., Bursa, 2011, s.97-98.
- Gören Zafer-İzgi Ömer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.
- Ulusoy Ali, “Cumhurbaşkanı’nın tek başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetim Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, S:3, Yıl: 2008, s:13-25.
- Yılmaz Didem, İctihadi Hukukta ve Türk Hukukunda Seçimlerin Yönetim ve Denetiminden Sorumlu Daimi Kurullar, yayınlanmamış doktora tezi.
- M.B.I. A.S./Türkiye, No: 25685/94, 21.10.1997.
- İmrek/Türkiye, No: 38276/02, 24.06.2008.
- Söyler/Türkiye, No: 29411/07, 17.09.2013.
- <http://www.csa.fr/Press-area/Communiqués-de-presse/Le-CSA-adapte-un-nouveau-principe-de-pluralisme-pour-les-temps-de-parole-des-personnalites-politiques> (s.e.t. 24.11.2015).
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000020541181>. (s.e.t. 24.11.2015).

BANKALARDA UNUTULAN MEVDUAT VE SAİR KIYMETLERİN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASININ HUKUKUN GENEL İLKELERİNE VE ANAYASAYA AYKIRILIĞI

UNCONSTITUTIONALITY AND INCOMPATIBILITY OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW OF THE INSTITUTION OF UNCLAIMED/ DORMANT BANK ACCOUNTS AND OTHER VALUES SUBJECTED TO THE LAPSE OF TIME

Taylan BARIN*

Özet: Türk Hukukunda bankalarda unutulmuş mevduat ve sair kıymetler 10 yıllık zamanaşımına tabi olup zamanaşımını takiben bu değerlerin mülkiyeti TMSF'ye gelir kaydedilmektedir. Bu işlem anayasaya aykırı olduğu gibi hukukun genel ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu makalenin amacı işlemin hukuka aykırılık boyutlarını sergilemek ve karşılaştırmalı hukuktan da faydalanılarak bir öneri sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet Hakkı, Zamanaşımı, Bankalarda Unutulmuş Paralar, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Bankacılık Kanunu.

Abstract: Unclaimed bank accounts and other values are subjected to 10 years lapse of time in Turkish Law. After the ten-year limitation period, the ownership of these values are registered as revenue to Saving Deposit Insurance Fund (TMSF). This procedure is both unconstitutional and incompatible with the general principles of law. This article aims to investigate the illegal dimensions of such a procedure and offer a suggestion by taking into consideration of comparative law.

Keywords: Property Right, Lapse of Time, Unclaimed Bank Accounts, Dormant Bank Accounts, Saving Deposit Insurance Fund, Banking Law.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

Devletler, genelde, maliki oldukları kıymetleri unutan kişinin çıkarlarını, unutulmaları özel bankalardan alıp kendi bünyelerinde muhafaza ederek korumaktadırlar. Böylelikle, kamu da unutulmuş kıymetlerden, sahibi çıkana kadar faydalanma imkânına sahip olmaktadır. Bu sayede Devlet “Finder’s keepers, loser’s weepers” yani bula-nın malik sıfatını elde ettiği, unutanın ise mağdur olduğu bir sistemin önüne geçmektedir.¹

Türkiye’de de son yıllarda, bilhassa da Haziran aylarında “banka-larda unutulmuş paralar” hakkında basında sıklıkla haberler çıkmakta-dır.² Çok fazla kişi, toplamda azımsanamayacak miktarda paralarını bankalarda unutmakta, netice itibariyle de bu paralar Tasarruf Mev-duatı Sigorta Fonu’na (bundan sonra TMSF) gelir kaydedilmektedir.³

Bankalarda unutulmuş mevduatların zamanaşımına tabi olma-sının hukuki dayanağını ise 2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 62. maddesi oluşturmaktadır. Buna göre; “*Bankalar nezd-lerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tâbidir.*”⁴

¹ Tracey L. Reid, Unclaimed Property: A Reporting Process and Audit Survival Gu-ide, John Wiley & Sons, Inc, New Jersey, 2008, s. 7.

² Bankalar nezdinde unutulmuş ve 10 yıllık zamanaşımına uğrayan mevduatlara iliş-kin başvurular, zamanaşımının dolduğu yılı takip eden yılın 15 Haziran tarihine kadar başvuru halinde geri alınabilmektedir. Bu nedenle her yılın Haziran ayı yaklaşınca, basın-yayın organları okurlarını ikaz etmek için konuya ilişkin haber-lerini bu tarihlerde yoğunlaştırmaktadır.

³ Milliyet Gazetesinde 9 Mart 2015 tarihinde çıkan habere göre yalnızca 2014 yılın-da zamanaşımına uğrayan hesap sayısı 300 bine yaklaşırken, hesaplarda unutulmuş toplam mevduat ise neredeyse 100 milyon TL’yi bulmaktadır. Haber metni şu şe-kildedir;

31 Aralık 2014 itibariyle zamanaşımı uğrayan ve bankalar tarafından TMSF’ye ön bildirim yapılan 299 bin 429 adet hesap bulunuyor. Bu hesapların toplam bedeli 36 milyon 323 bin 333 dolara, yani 94 milyon 538 bin 738 liraya denk geliyor. Bu sene ön bildirim yapılan hesaplar içerisinde bakiyesi en yüksek olan hesap ise yaklaşık 41 bin dolar civarında.

Zaman aşımına uğrayarak TMSF’ye devredilen hesaplar geçen yıl yaklaşık 95.2 milyon lira, 2013’te ise 119 milyon lira olmuştu. Bu arada 2001-2014 tarihleri ara-sında toplam 2 milyon 935 bin 249 mudinin hesabı zaman aşımı uğradı.

(<http://www.milliyet.com.tr/bankada-unutulan-paralara-zaman-gun-dem-2025335/>) erişim tarihi: 30.03.2015

⁴ Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 10. maddesiyle aynı şekilde düzenlen-miştir;

Bu kanun hükmü, başta Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlali anlamını taşıdığı gibi hukuk mantığı içerisinde de tutarlı bir yere oturmamaktadır. Biz bu çalışma sınırları içerisinde genel olarak zamanaşımı kavramına değindikten sonra, mevzuatımızda böyle bir düzenlemeye neden gerek duyulduğunu, benzer hukuki müesseselerle kıyaslayarak araştırdık. Bankalarda unutulmuş mevduatların zamanaşımına tabi olmasının esasına ilişkin doyurucu bir bilgiye ulaşamazken, zamanaşımına uğramış mevduat ve sair kıymetlerin TMSF'ye aktarılırken izlenen usulün de mülkiyet hakkını korumaktan uzak olduğunu fark ettik.

Aynı anda hem özel hukukun hem de kamu hukukunun sahasına giren pek çok hukuki konu gibi bankalarda unutulmuş mevduatların zamanaşımına tabi olması da literatürde üzerinde çok fazla çalışılmamış bir müessesedir. Hukuki dayanaktan tamamen yoksun olduğunu düşündüğümüz bu kurumu araştırırken, ilkin anayasaya aykırı olan yönlerini ardından da benzer çağırışlar yapan hukuki kurumlarla olan münasebetini incelemeyi isabetli bulduk.

I. DÜZENLEME ANAYASAYA AYKIRIDIR

Temel hak ve hürriyetler kataloğunda yer alan her bir hak şüphesiz çok önemlidir ve vazgeçilmezdir. Her ne kadar temel hak ve hürriyetler arasında bir hiyerarşi kurulamasa da, gerek tarihsel olarak ortaya çıkışı gerekse de ihlali halinde diğer temel hakları hükümsüz kılabilmek potansiyelinden ötürü yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi bir takım haklar diğerlerinden daha fazla önemi haizdir. Gemalmaz'ın da belirttiği gibi; mülkiyet hakkı, yaşam ve özgürlük haklarıyla beraber, aslında tüm insan hakları mücadelesine rengini veren kavramlardan biridir.⁵ Aynı doğrultuda, mülkiyet hakkının anayasal tarihini kaleme alan Ely, eserine mülkiyet hakkı için diğer tüm hakların "koruyucusu"

10/4: Bankalar nezdindeki her türlü mevduat, emanet ve alacaklardan en son talep, işlem veya müddi her hangi bir şekilde yazılı talimatı tarihinden başlayarak 10 yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tabidir. Zamanaşımına uğrayan mevduat, emanet ve alacaklar Fona gelir kaydedilir. Bununla ilgili esas ve usuller Fon Kurulunca belirlenir.

⁵ Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul, 2009, s. 29.

ismini vermiştir.⁶ İnsan haklarına dair ulusal ve ulusal-üstü belgelerin tamamına yakınında mülkiyet hakkına yer verilmesi de kavramın önemine işaret etmektedir.

Mülkiyet hakkı⁷ 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'nda her ne kadar aynı şekilde kaleme alındıysa da iki anayasa arasında, maddenin yer aldığı bölüm ve bu bölüme bağlanan sonuçlar açısından büyük farklar bulunmaktadır. Mülkiyet Hakkı 1961 Anayasası'nda "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı altında yer almaktayken, 1982 Anayasası'nda "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı bölümde düzenlenmiştir. Bu farklılığın pratikteki karşılığı ise "mülkiyet hakkının" Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenemeyecek olan alana taşınarak daha korunaklı bir bölümde yer almasıdır.⁸ Bu fark, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi açısından 1982 Anayasası'nın orijinal halinde dahi "Mülkiyet Hakkına" farklı yaklaşıldığını ortaya koymaktadır.

2001 Anayasa değişiklikleri neticesinde temel hak ve hürriyetlerle ilişkin genel sınırlama sebepleri sistemi terk edilmiş; temel hak ve hürriyetlerin "yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen se-

⁶ James W. Ely JR., *The Guardian of Every Other Right, A Constitutional History of Property Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008.

⁷ XII. Mülkiyet hakkı

Madde 35.- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Madde metninin orijinal halinde kanunla sınırlanabilir ibaresinde yer verildiyse de, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddede sınırlamanın "ancak kanunla" yapılacağı belirtildiği için bu ibare gereksiz tekrar niteliğinde olmuştur. Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddede dikkatleri çeken bir diğer husus ise anayasa koyucunun birbirini takip eden iki cümlede aynı kavramı farklı şekillerde ifade etmesidir. Sınırlanma konusunda "kamu yararı" tercih edilirken, hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı düzenlenmiş, bu ise kanaatimizce Anayasadaki kavram birliğini bozmuştur.

⁸ 1982 Anayasası'nın 91. maddesi;

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme

Madde 91.- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.

Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi 2013/100 E., 2014/14 K., R.G. Tarih - Sayı: 29.05.2014 - 29014 sayılı kararı: "Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan Mülkiyet Hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir."

beplere bağlı olarak” sınırlandırılması, yani “özel sınırlama sebepleri” sistemi benimsenmiştir. Şu halde; “mülkiyet hakkı” ancak hakkın düzenlendiği 35. maddede belirtilen sebeple; “ancak kamu yararı amacıyla” sınırlandırılabilir.

Bankacılık Kanunu 62. madde hükmünde yer alan ve mevduatların zamanaşımına uğramasının ardından TMSF’ye devredilmesine dair hüküm apaçık “mülkiyet hakkının sınırlandırılması” niteliği taşımaktadır. Çünkü kişi bu ihtimalde maliki bulunduğu para veya sair kıymeti (kiralık kasalarda yer alan eşyaları) bankaya “emin sıfatıyla zilyet” olarak teslim etmekte ve 10 yıl boyunca malik sıfatını muhafaza etmektedir. Fakat aradan geçen 10 yılın ardından para veya sair kıymetin mülkiyeti TMSF’ye devredilmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması niteliği taşıyan bu hükmün uygulanması neticesinde kişi, Anayasa madde 35’te düzenlenmiş olan “mülkiyet hakkını” kaybetmektedir. Bu ihtimalde mülkiyet hakkı kanunla sınırlandırıldığı için ilk bakışta Anayasaya uygun görünebilse dahi, “kamu yararı amacıyla” sınırlanmadığından dolayı anayasaya aykırılığı devam etmektedir.

Kaldı ki, genel sınırlama sebeplerinin cari olduğu 2001 değişiklikleri öncesinde dahi Anayasa Mahkemesi “mülkiyet hakkına” ilişkin sınırlama yaparken, kanun koyucunun kamu yararı ile sınırlı olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, Konya İdare Mahkemesinin 3194 sayılı İmar Kanunu’nun bazı hükümlerinin Anayasaya aykırılığı yönünde itiraz yoluna başvurması üzerine verdiği 1989 tarihli bir kararında;⁹ *“Anayasa’nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmekle beraber mülkiyet hakkının niteliği üzerinde herhangi bir açıklama yapılmadığından bunun öğretiden ve yasalardaki kurallardan yararlanılarak ortaya konulması gerekmektedir”* gerekçesiyle mülkiyet hakkına ilişkin genel bir açıklama yapmıştır. Buna göre;

“... Yasa koyucunun mülkiyet hakkına, dilediği sınırlamaları getirmekte serbest bulunduğu düşünülebilirse de Anayasa’nın 35. maddesindeki kuralların göz önünde tutulması zorunludur.

Gerçekten Anayasa’nın 35. maddesinde, Yasa koyucu, ancak kamu yararı

⁹ 21.06.1989 günlü E. 1988/34, K. 1989/26 sayılı karar. (R.G. Tarih-Sayı : 05.12.1989-20363)

amacı ile mülkiyet hakkı üzerinde sınırlama yapmaya yetkili kılınmış ve malikin de bu hakkı, toplum yararına aykırı biçimde kullanması engellenmiştir.

Anayasa'nın bu hükümleri karşısında mülkiyet hakkının, söz konusu iki yöndeki sınırlamalardan başka herhangi bir koşulla sınırlandırılması mümkün değildir. Diğer bir deyimle yasa koyucunun yetkisi de bunlarla sınırlandırılmıştır."

Aynı kararın bir başka paragrafında ise;

"Mülkiyet Hakkının sınırlandırılması, Anayasa'da özel olarak düzenlenmiştir. Demokratik toplum kurallarına aykırı olmayan, toplum yararı ile bireyin yararını dengeleyen bir sınırlandırma hukuk devleti ilkesine uygun olacaktır."

Bankacılık Kanunu md. 62/2 "*Zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması halinde, yapılacak ilanı müteakiben Fona gelir kaydedilir*" hükmünün, mülkiyet hakkının sınırlandırılması niteliği taşıdığı açıktır. Fakat kanun koyucu, mülkiyet hakkına yönelik bu sınırlandırmayı yaparken zamanaşımına uğramış olan mevduatların ne surette maliki tarafından toplum yararına aykırı olarak kullanıldığına yönelik veya hut zamanaşımına uğrayan mevduatların Fona (TMSF) aktarılmasının amacını oluşturduğu iddia edilen "kamu yararının" nasıl sağlandığına yönelik bir açıklama yapmaktan kaçınmıştır.

Alt başlıkta detaylıca inceleneceği üzere, genel anlamıyla "zamanaşımı" ve "zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması" kamu düzeni ile yakından ilişkili kavramlardır. Fakat bankalarda unutulan mevduatlara ve sair kıymetlere yönelik olarak zamanaşımı müessesesinin işletilerek, TMSF'ye gelir kaydedilmesiyle kamu yararı arasında bahse konu olan şekliyle bir ilişkisi kurmak oldukça güçtür.

II. ZAMANAŞIMIYLA KORUNABİLECEK BİR DEĞER BULUNMAMAKTADIR

Kazandırıcı zamanaşımı, hem taşınırlarda hem de taşınmazlarda mülkiyetin kazanılması yollarından biridir. Şartları değişmekle beraber en genel anlamıyla kazandırıcı zamanaşımı, zilyedin¹⁰ belirli bir

¹⁰ Zilyet, Medeni Kanunun 973. maddesinde "Bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulu-

süre geçmesiyle hâkimiyeti altında bulunan taşınır veya taşınmaz malın mülkiyetini kazanımı olarak tanımlanabilir.

Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun ortaya çıktığı günden bugüne değişmeyen bir şey vardır; o da kurumun ortaya çıkış amacıdır. Bu amaç, taşınır veya taşınmaz malın mülkiyeti üzerindeki olası uyumsuzlukların ortaya çıkışını engellemek suretiyle kamu düzeninin korunmasıdır.¹¹ Gülümser'in de ifade ettiği gibi;

“Uzun müddet devam eden hukuka aykırı bir durumun neticede hukukîleşmesi, hukuk politikasına ait şu mülâhazalara dayanır: zilyedin durumu ilânihaye muallâkta ve güvensizlik içinde bırakılmamalı, uzun senelerden beri müesses fi'li durum, mazinin çok defa sıhhatini gölgelediği iddialarla ortadan kaldırılmak tehlikesine karşı korunmalı ve zilyedlik ile açıklanan zahirî ve fi'li durumla gerçek hak arasındaki aykırılığa bir son verilmelidir. Böylece iktisabı müruru zaman müessesesi, zilyedlerin hukukî emniyetinde ve mahkemelerin yükünün azaltılmasındaki umumi menfaatlere hizmet ettiği gibi, çok eski zamanlardan çıkarılan taleplerle hakkaniyete aykırı surette tahmiline karşı ferdi menfaatlerin de korunmasına yarar¹²”

Kazandırıcı zamanaşımı kurumunun ortaya çıkışından bugüne kadarki seyrine hızlıca göz attığımızda gördüğümüz bu tabloyla, Bankacılık Kanunu'nun ilgili düzenlemesi arasında, bilhassa da amaç bakımından hiçbir benzerlik bulunmamaktadır. Herhangi bir mudinin bankalar nezdinde unuttuğu bir mevduat ve sair kıymetlerin 10 yıl sonra zamanaşımına uğraması ve bunların TMSF'ye dolayısıyla da devlete devredilmesinin hukuki olarak zamanaşımıyla alakası görülmemiştir. Özellikle, kazandırıcı zamanaşımının 2500 yıl önce ortaya çıkışından günümüze kadar aynı kalan amacına baktığımızda, ban-

nan kimse” olarak tanımlanmaktadır.

¹¹ “Roma Hukuku kaynaklarında “kanun tarafından belirlenen bir süre boyunca devam eden zilyetlikle mülkiyetin iktisabı” olarak tanımlanan usucapio'nun ortaya çıkış nedeni her ne kadar belli bir süre devam eden zilyetliğe, mülkiyet hakkının tanınması gibi görünse de, gerçekte böyle bir kuruma gerek duyulma nedeninin, kamu yararının sağlanması ve kamu düzeninin korunması düşüncesi olduğu kaynakların incelenmesiyle açıkça anlaşılabacaktır.” Nadi A. Günel, “Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi”, *AÜHFD*, Ankara yıl: 1998, cilt:47, sayı: 1-4, sayfa: 119-136. s. 126'dan aynen alınmıştır.

¹² İsmet Gülümser, “İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabı Müruru Zaman”, *İÜHFM*, İstanbul, Cilt: 19, sayı: 1-2, s. 270-310, 270.

kalarda unutulmuş mevduatların kamu düzenini bozmaya yönelik herhangi bir sonucunun olmayacağı açıktır.

Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen kazandırıcı zamanaşımıyla, Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemeyi karşılaştırdığımızda da benzer bir sonuca ulaşmaktayız. Şöyle ki;

Türk Medeni Kanunu, kazandırıcı zamanaşımını taşınır mülkiyetinin kazanılması bakımından 777. maddede ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından ise 712 ila 714 maddeleri arasında düzenlemiştir.¹³ Bankacılık Kanunu'ndaki düzenleme "taşınırlara" yönelik olduğu için Medeni Kanun 777. maddesi hükmü ile kıyası kabildir.

Her iki düzenlemede de bir taşınırın zilyetliğini elinde bulundurma bakımından bir benzerlik bulunmaktadır. Ancak buralarda zilyetlik temel iki noktada birbirinden ayrılmaktadır:

1. Medeni Kanundaki düzenlemede zilyedin başkasının taşınır malını **malik** sıfatıyla bulundurması gerekmektedir. Bankacılık Kanunu'nda ise böyle bir ihtimal söz konusu dahi değildir.

2. Medeni Kanun'daki düzenlemede, zamanaşımı neticesinde ilgili taşınırın maliki olan kimse, zamanaşımı müddetince taşınırın zilyedi olan kimse iken, Bankacılık Kanunu'nda yeni malik Banka olmakta, **zamanaşımına uğramış değerler Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna** aktarılmaktadır.

III. DÜZENLEME MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİYLE ÇELİŞMEKTEDİR

1. Bankaların ve TMSF'nin İyi Niyetli Ol(a)maması

Medeni Kanun'un amir zamanaşımına da uygulanan amir hükümlerinden birisi de "iyiniyet"tir. Burada yanıt bekleyen soru, mülkiyetin iktisabı bakımından gerekli olan "iyiniyetin" var olup olmadığıdır. Bu o kadar önemli bir husustur ki; şayet kişi iyiniyetli değilse, bir taşınır malı malik sıfatıyla zilyetliğinde sonsuza dek bulundursa dahi

¹³ Medeni Kanun'un mezkur düzenlemelerinin ayrıntıları bu makalenin sınırını aşmaktadır. Biz bu çalışmada yalnızca, Bankacılık Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'ndaki kazandırıcı zamanaşımı kurumunun kıyaslaması ile yetineceğiz.

onun maliki olamamaktadır.¹⁴ Medeni Kanun'un "iyiniyet" başlıklı 3. maddesi şu şekildedir;

"Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz."

Öztañ iyiniyeti şöyle tanımlamaktadır;

*"... bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için gerekli unsurlardan birinin, olayda yokluğu konusunda kişideki mazur görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgi olarak tanımlanır. İyiniyet hakların kazanılmasına hizmet eder."*¹⁵

Medeni Kanun iyiniyeti bu şekilde olmasına rağmen, bankalarda unutulmuş mevduat ve sair kıymetlerin TMSF'ye aktarılması Medeni Kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. TMSF'nin (dolayısıyla Devletin) bu anlamıyla iyiniyetli olduğunun kabulü, hukukun genel mantığı ile çelişmektedir. TMSF'ye gelir kaydedilecek olan bu değerler açısından devletin herhangi bir girişimde bulunmayarak zamanaşımı süresini hesaplama ile mudiye ulaşma yükümlülüğünü bankalara bırakması birlikte değerlendirildiğinde işlemin hukuk mantığına aykırılığı konusundaki kanaatimiz daha da güçlenmektedir.

2. Miras Yoluyla Mülkiyetin Kazanımı ile Bankacılık Kanunundaki Düzenlemenin Mukayesesi

Türk Medeni Kanunu anlamında kazandırıcı zamanaşımı ve borçlar hukuku genel hükümlerde düzenlenen borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi anlamında zamanaşımı hükümleriyle, Bankacılık

¹⁴ Kazandırıcı zamanaşımıyla taşınmaz mülkiyetinin kazanımında iyiniyete dair bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında olağan zamanaşımını düzenleyen 712. Maddede "zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürürse..." hükmü yer almaktayken olağüstü zamanaşımını düzenleyen 713. Maddede iyiniyet, mülkiyeti kazanımı açısından bir şart olarak aranmamış; "bir taşınmazı davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi" denilmekle yetinilmiştir. Ancak burada da Medeni Kanun zamanaşımı süresini 10 yıl yerine 20 yıl tutmuş böylelikle iyiniyetli olmayan zilyetin mülkiyeti kazanmasını güçleştirmiştir.

¹⁵ Bilge Öztañ, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 19. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 184.

Kanunu'ndaki zamanaşımının bağlantısı da tam anlamıyla kurulamamıştır. Medeni Kanun çerçevesinde, benzer çağırışım yapan bir kurum olmasından dolayı, akıllara gelen bir diğer ihtimal de "devletin mirasçı" olmasıdır.

Türk Medeni Kanun madde 501'de devletin mirasçılığı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre "*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.*"

Bankalarda unutulan değerlerin TMSF'ye devredilmesi ile devletin mirasçılığı hukuki anlamda benzer şekilde gerekçelendirilebilir. Nitekim, Medeni Kanun m. 639'da geçen miras sebebiyle açılacak istihkak davası için öngörülen sürenin 10 yıl olması, bu ihtimali kuvvetlendirmektedir.¹⁶ Şayet iki süre arasında böyle bir uyum olmasaydı ve istihkak davasının açılacağı zaman 10 yıldan daha fazla bir süre olsaydı, mirasçı istihkak davası açtığı vakit miras bırakanın bankalar nezdindeki mevduatı 10 yıldan sonra TMSF'ye devredileceği için istihkaka konu bir mevduat ortada bulunmayabilecekti. İlk bakışta örtüşür gibi duran bu iki kurum da aslında çelişir. Bankalardaki mevduatların zamanaşımı süresi "*hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden*" başladığı için istihkak davasının zamanaşımı bakımından bir kayıp ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu anlamda, Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemeye, hak sahibinin vefatı durumunda süre son işlem tarihiyle değil, ölümle başlar şeklinde bir eklemenin yapılması bu çelişkiyi giderebilecektir.

3. Gaiplik

Devletin yasal mirasçı statüsünde olması,¹⁷ zamanaşımına uğramış olan mevduat ve sair kıymetlerin TMSF'ye gelir kaydedilmesini haklılaştıran bir sebep gibi görünmektedir. Gerçekten de ortada, bankaların tüm girişimlerine rağmen sahibine veyahut mirasçılarına ulaşamadığı bir değer bulunmaktadır.

¹⁶ C. Zamanaşımı

Madde 639- Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

¹⁷ İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır.

Medeni Kanun,

Madde 501- Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.

İlk bakışta akla ve hukuk mantığına uygun gibi görünen bu önerme de içinde bir takım çelişkiler barındırmaktadır. Medeni Kanun 586. maddesinde düzenlenen “Gaibe Düşen Miras” ile 588. maddesinde düzenlenen “Hazinenin İstemi” maddeleriyle kıyaslanınca bu çelişkiler gün yüzüne çıkmaktadır;

II. Gaibe düşen miras

Madde 586- *Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir.*

Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması hâlinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler.

Miras payının teslimi, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tâbidir.

Bu durumda, “gaip” olma ihtimali olan bir mirasçı varsa, devlet ilgilinin miras payını resmen yönetiyor, ardından MK. 584 – 589 maddeleri arasında düzenlenen gaiplik hükümlerince mirası çözüme kavuşturuyor.

IV. Hazinenin istemi

Madde 588- *Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.*

Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilân süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer.

Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlüdür.

Bu durumda ise gaiplik ihtimali olan kişi, devletin miras payını resmen yönetmesinin üzerinden 10 yıl geçmesine rağmen ortaya çıkmamışsa ya da malvarlığı yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçmişse bu sefer hazine gaiplik kararı verilmesi isteminde bulunabiliyor. Her iki ihtimalde de gaip olma ihtimali olan kişinin malvarlığı hiçbir ihtimalde doğrudan hazineye geçmiyor, gaipliğe ilişkin medeni kanun hükümleri uygulanıyor.

Bankalarda zamanaşımına uğramış mevduat veya sair kıymetler açısından olaya bakıldığında, kişiler Medeni Kanunun kendilerine sağladığı korumaların pek çoğundan mahrum oldukları bir tablo çıkıyor karşımıza. TMSF'ye aktarılan değerler açısından Medeni Kanun'un gaiplik hükümlerinden, gaibin mirasının "güvence karşılığı teslimi" (m. 584)¹⁸ ile "geri verme" (m. 585)¹⁹ hükümlerinin uygulanmaması da tezat teşkil ediyor.

IV. DÜZENLEME BORÇLAR HUKUKU HÜKÜMLERİNE AYKIRIDIR

Bankalar nezdindeki mevduatların zamanaşımına uğraması, borçlar hukuku anlamında "borcu sona erdiren bir sebep olarak zamanaşımı" kavramıyla açıklanabilir. Bankalardaki mevduatların türleri ve hukuki niteliği bu makalenin sınırını aştığı için, biz burada sebeplerine girmeden bankalarla mudiler arasında "borç - alacak" ilişkisi kurulduğunun kabulüyle ortaya çıkan tabloyu araştırmakla yetineceğiz.

Henüz başlarken belirtmemiz gerekir ki; her ne kadar Bankacılık Kanunu bağlamında zamanaşımına uğrayan değerlerin önemli bir kısmını mevduatlar oluşturuyor olsa da kanunda TMSF'ye devredilmek üzere zamanaşımına tabi olan değerler "mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar" olarak sayılmaktadır. "Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" 9. maddesi "*Kiralık kasalardaki kıymetler, üzerinde bloke bulunan hesaplar ve ergin olmayanlar adına ve yalnızca bunlara ödeme yapılmak*

¹⁸ Madde 584- Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar.

Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her hâlde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir.

Beş yıl, tereke mallarının tesliminden; on beş yıl, son haber tarihinden başlayarak hesaplanır.

¹⁹ Madde 585- Gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler.

İyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tâbidir.

kaydıyla açtırılan hesaplarda zamanaşımı” şeklinde düzenlenmiştir. En azından şunu belirtmemiz gerekir ki, kiralık kasalardaki kıymetlerden dolayı kasa sahipleri ile bankalar arasında “borç – alacak” ilişkisi kurulmadığı sabittir.

Kılıçoğlu’na göre zamanaşımı kurumunun Borçlar Hukuku bağlamında kabul ediliş nedenleri;

“Her borç ilişkisi taraflar arasında bir uyumsuzluğa yol açar. Tarafları uzun süre borç ilişkisi nedeniyle karşı karşıya getirmek bunlar arasında dolayısıyla toplumda huzursuzluğa yol açar. Hukukun amacı, tarafların ve toplumun huzurunu temin etmektir. Alacaklı, borç muaccel olduğu halde alacağıyla uzun süre ilgisiz kalmışsa, artık bunun takip ve tahsili için yargı ve icra organları gibi devlet güçlerinden yararlanamamalıdır. Zamanaşımı tehlikesi sayesinde, alacaklıların alacaklarını zamanında takip ve tahsil etmesi suretiyle, borç ilişkilerinin nedeniyle gereksiz sürtüşme ve uyumsuzluklara son verilmiş olur.

Bu amaç dışında, zamanaşımı kurumunun kabul edilmesinde, zamanla ispat araçlarının kayıp ya da yok olacağı da etkili olmuştur. Muaccel olan bir alacağa yol açan borç ilişkisine ilişkin kanıtlar uzun yıllar elde korunamaz.”²⁰

Zamanaşımı müessesesine ilişkin yukarıda yaptığımız genel açıklamalarla aynı doğrultuda olan bu açıklama da, borçlar hukuku bağlamında zamanaşımının temel gayesinin “toplumun huzurunu temin etmek” olduğuna dayanmaktadır.

Borçlar Kanunu m. 146’ya göre “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” Bankalar ile Mudiler arasında bir borç – alacak ilişkisi kurulduğu varsayımında dahi, aradan geçen on yılın ardından Mevduatların TMSF’ye gelir kaydediliyor olması kanaatimizce Borçlar Hukukundan en büyük sapmayı oluşturmaktadır. Bankacılık Kanunu’nun, Borçlar Kanunu genel hükümlerden ilham alarak ve beslenerek zamanaşımı müessesesine yer verdiğinin ve hakkaniyet gereği zamanaşımına uğramış alacakların TMSF’ye dolayısıyla devlete verileceği kabul edildiğinde ise ortaya

²⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2012, s. 846.

yanıt bekleyen başka sorular çıkmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere “kiralık kasalardaki kıymetler” bağlamında Bankalar ancak ve ancak emin sıfatıyla zilyet olabilmekte, bu hukuki nitelik sonucunda ise BK. 146 genel hükmünden ilham alan hükümlerin buraya uygulanması zorlaşmaktadır.

V. TMSF’NİN VAROLUŞ AMACIYLA ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN DEĞERLERİN TMSF’YE GELİR KAYDEDİLMESİ UYUŞMAMAKTADIR

“Açık Mevduat Sigortası” olarak adlandırılan ve tasarruf sahiplerini olası banka iflasları ve ekonomik krizlerden koruyarak finansal güvenliği sağlayan sigorta sistemi ilk olarak 1934’te Amerika Birleşik Devletleri’nde kurulmuştur. 1960’lı yıllara kadar bu model dünyada kullanılmadıysa da 1960 – 1970 arası Avrupa’daki devletlerce benimsenmiş, 1990’lara gelindiğinde yayılma trendi hız kazanmış, 2000’lerde ise neredeyse tüm dünyaya yayılmıştır.²¹

Sigorta fonlarının amacı, başta kıt kanaat geçinen işçi sınıfı ile emekliler gibi küçük tasarruf sahipleri olmak üzere paralarını bankalarda değerlendiren mudileri, olası banka krizlerinin yıkıcı etkilerinden korumaktır. Sigorta fonları bu tarz krizlerin sancılı ve yıkıcı etkilerini azaltmakla kalmamakta aynı zamanda finansal güvenlik ağı kurarak muhtemel krizleri de önlemektedirler.²²

Sigorta Fonu eliyle devlet, toplumun bankalara olan güvenini arttırmakta, onlara ait tasarrufların bankalara yatırılması suretiyle ekonomik sistemin içerisine vatandaşları dâhil etmektedir. Bankaların başına gelebilecek olası geri ödeyememe durumlarında da vatandaşlarına sigorta temin etmektedir. Her ne kadar sistem vatandaşları ko-

²¹ 90 adet ülkenin “Açık Mevduat Sigortası” sistemlerinin kuruluş yılı ve sağladığı güvenceler bakımından karşılaştırması için bkz. Aslı Kunt-Demirgüç, Edward Kane ve Luc Laeven, “Adoption and Design of Deposit Insurance” içinde Deposit Insurance Around the World: Issues of Design and Implementation derleyen: Aslı Kunt-Demirgüç, Edward Kane ve Luc Laeven, 2008, Cambridge, Massachussets, London, The MIT Press. s.- 34- 38. (s. 29 – 81.)

²² Aslı Kunt-Demirgüç, Edward Kane ve Luc Laeven “Deposit Insurance Design and Implementation: Policy Lessons from Research and Practice” içinde Deposit Insurance Around the World: Issues of Design and Implementation derleyen: Aslı Kunt-Demirgüç, Edward Kane ve Luc Laeven, 2008, Cambridge, Massachussets, London, The MIT Press. s.- 5 - 8. (s. 3 – 27.)

rumak üzerine kurulu gibi görünse de; asıl amacın mudilerin korunmasından çok, bankalara olan güvenin sürdürülmesi ve bankaların faaliyetlerinin devam etmesinin sağlanması olduğu da ileri sürülen görüşler arasındadır.²³ Hangi teori kabul edilirse edilsin, mevduat sigortası sistemi günümüz ekonomileri açısından vazgeçilmez bir kurumdur ve tüm dünyada yaygın olarak uygulanmaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde tasarruf mevduatı sigorta fonunun kuruluş amacı "*tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması*" olarak belirtilmiştir.²⁴

Kanaatimizce, zamanaşımına uğramış mevduatların kuruma gelir kaydedilmesi, hem genel anlamıyla "mevduat sigortası" kavramına hem de özel olarak kuruluş amacı tasarruf mevduatı sahiplerini korumak olan TMSF'nin misyonuna²⁵ tamamen aykırılık arz etmektedir.

VI. ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN DEĞERLERİN TMSF'YE GELİR KAYDEDİLMESİNDE UYGULANAN USUL, HUKUKA AYKIRIDIR

Zamanaşımına uğramış mevduat ve sair kıymetlerle ilgili uygulama açısından en sorunlu olan husus ise zamanaşımına uğramış mevduatların TMSF'ye gelir kaydedilmesi esnasında takip edilen usuldür. Zamanaşımına uğramış olan mevduatın hangi usul izlenerek TMSF'ye

²³ Selami Er, Devletin Bankacılık Sektöründeki Düzenleyici ve Denetleyici Görevi ve Türkiye Uygulaması, İstanbul, 2009, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, yayın no: 2009 - 34. s. 164.

²⁴ Fonun kuruluş ve bağımsızlığı
Madde 111/1: Bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bün-yelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kurulmuştur.

²⁵ TMSF'nin web sitesinde kurumun misyonu şu şekilde ifade edilmiştir: "TMSF'NİN Misyonu; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, tasarruf sahiplerinin haklarını korumak, bankacılık sisteminin güven ve istikrarına katkıda bulunmak amacıyla tasarruf mevduatını ve katılım fonlarını sigortalar, kendisine devredilen bankaları ve varlıkları en uygun şekilde çözümler." <http://www.tmsf.org.tr/default.html> (erişim: 11/06/2014).

gelir olarak kaydedileceği “Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”²⁶te düzenlenmiştir. Yönetmeliğin zamanaşımı başlıklı 4. bölümünde yer alan 8. maddesinde “Zamanaşımına uğrayan mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar”²⁷; 9. maddesinde de “Kiralık kasalardaki kıymetler, üzerinde bloke bulunan hesaplar ve vergin olmayanlar adına ve yalnızca

²⁶ Bundan sonra “yönetmelik”.

²⁷ Zamanaşımına uğrayan mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar
Madde 8 - (1) Bankaların emanetinde bulunan hisse senedi ve tahviller, yatırım fonu katılma belgeleri, çek karnesi teslim edilmemiş dahi olsa çek karnesi verdikleri müşterileri adına açılan mevduat hesaplarında bulunan tutarlar, havale bedelleri, mevduat, alacak ve emanetlerin zamanaşımı süresi sonuna kadar işleyecek faizleri ile katılma hesabına ilişkin kar payları da dahil olmak üzere her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına uğrar.

(2) Bankalar bir takvim yılı içinde zamanaşımına uğrayan ve tutarı 50 Türk Lirası ve üzerindeki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakların hak sahiplerini, başvuruda bulunmadıkları takdirde hesaplarının Fona devredileceği hususunda, izleyen takvim yılının Ocak ayı sonuna kadar iadeli taahhütlü mektupla uyarmak zorundadır. Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ile tutarı 50 Türk Lirasının altındaki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar Şubat ayının başından itibaren bankanın kendi internet sitesinde liste halinde dört ay müddetle ilan edilir. Banka, söz konusu listelerin kendi internet sitesinde ilan edildiği hususunu, Şubat ayının on beşinci gününe kadar ülke genelinde yayım yapan ve ilan talebi tarihinde Basın İlan Kurumu listelerindeki tirajı en yüksek ilk beş gazeteden ikisinde Basın İlan Kurumu aracılığıyla iki gün süreyle ilan eder. İnternet sitelerinde ilan edilen listeler, bankalar tarafından eşzamanlı olarak ayrıca Kuruluş Birliklerine ve Fona gönderilir. Kuruluş Birlikleri ve Fon bu listeleri Mayıs ayının sonuna kadar konsolide edilmiş olarak kendi internet sitesinde yayınlar.

(3) İlan edilen zamanaşımına uğramış her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan Haziran ayının on beşinci gününe kadar hak sahibi veya mirasçıları tarafından aranmayanlar, faiz ve kâr payları ile birlikte Haziran ayı sonuna kadar Fonun Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki veya Fon Kurulu tarafından belirlenecek bankalar nezdindeki hesaplarına devredilir. Söz konusu hesap, emanet ve alacakları devretmekle yükümlü bankalar, bu durumu, hak sahiplerinin kimlik bilgileri, adresleri ve haklarının faiz ve kâr payları ile birlikte ulaştıkları tutarlar gösterilmek suretiyle düzenlenecek bir liste ile devir tarihinden itibaren bir hafta içerisinde Fona bildirmekle yükümlüdür.

(4) Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar, faiz ve kar payları ile birlikte devir tarihi itibarıyla Fon tarafından gelir kaydedilir.

(5) Zamanaşımına uğramış mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ile bunlara ait faiz ve kar payları için düzenlenecek liste örnekleri ve bunların hangi hesaplara yatırılacağı veya ne suretle tevdi ve teslim edileceği, Fon tarafından kuruluş birlikleri vasıtasıyla bankalara duyurulur.

bunlara ödeme yapılmak kaydıyla açtırılan hesaplarda zamanaşımı²⁸ yer almaktadır.

Bir mevduatın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda gerekli tespiti yapabilecek kurum tabiatı gereği bankalardır. Zira kanun koyucu zamanaşımın başlangıcını *“hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar”* olarak belirlemiştir ve bu bilgiler ancak bankalarda mevcuttur. TMSF bu aşamada ancak bu bilgilerin denetimi ile sorumlu olabilir ki, yönetmelikte görüldüğü kadarıyla böyle bir denetleme işlevini de üstlenmemiştir.

Yönetmeliğin m. 8/3 fıkrasına göre;

*“(3) İlan edilen zamanaşımına uğramış her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan Haziran ayının on beşinci gününe kadar hak sahibi veya mirasçıları tarafından aranmayanlar, faiz ve kâr payları ile birlikte Haziran ayı sonuna kadar Fonun Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasındaki veya Fon Kurulu tarafından belirlenecek bankalar nezdindeki hesaplarına devredilir. Söz konusu hesap, emanet ve alacakları devretmekle **yükümlü bankalar, bu durumu, hak sahiplerinin kimlik bilgileri, adresleri ve haklarının faiz ve kâr payları ile birlikte ulaştıkları tutarlar gösterilmek suretiyle düzenlenecek bir liste ile devir tarihinden itibaren bir hafta içerisinde Fona bildirmekle yükümlüdür.**”*

Görüldüğü üzere TMSF, zamanaşımına uğramış mevduatların bankalar nezdlerindeki varlıklarını kendi hesabına aktarılmasının ardından bir hafta içinde, aktaran bankadan bir takım belgeler istemekte ve fakat mevduatın gerçekten zamanaşımına uğrayıp uğramadığını tespiti yarayabilecek herhangi bir bilgi veya belge istenilenler arasında yer almamaktadır.

²⁸ Kiralık kasalardaki kıymetler, üzerinde bloke bulunan hesaplar ve ergin olmayanlar adına ve yalnızca bunlara ödeme yapılmak kaydıyla açtırılan hesaplarda zamanaşımı

Madde 9 - (1) Kiralık kasalardaki kıymetler için zamanaşımı, kasa kira bedelinin en son tahsil edildiği ya da kasanın en son açıldığı tarihten itibaren başlar.

(2) Ergin olmayanlar adına ve yalnızca bunlara ödeme yapılmak kaydıyla açtırılan hesaplarda, zamanaşımı süresi kişinin ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.

(3) Yetkili merciler tarafından üzerine bloke konulan hesaplarda zamanaşımı süresi blokenin konduğu tarihte durur. Zamanaşımı süresi, hesaptaki blokenin kaldırıldığı tarihten itibaren işlemeye devam eder.

İkinci ve daha büyük sorun ise zamanaşımına uğramış mevduat ve sair kıymetlere ilişkin başvuruların takibinin bankalara yaptırılmasıdır. Yönetmeliğin m. 8/2 fıkrasına göre:

*“(2) **Bankalar** bir takvim yılı içinde zamanaşımına uğrayan ve tutarı 50 Türk Lirası ve üzerindeki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakların hak sahiplerini, başvuruda bulunmadıkları takdirde hesaplarının Fona devredileceği hususunda, izleyen takvim yılının Ocak ayı sonuna kadar iadeli taahhütlü mektupla uyarmak zorundadır. Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ile tutarı 50 Türk Lirasının altındaki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar Şubat ayının başından itibaren bankanın kendi internet sitesinde liste halinde dört ay müddetle ilan edilir. Banka, söz konusu listelerin kendi internet sitesinde ilan edildiği hususunu, Şubat ayının onbeşinci gününe kadar ülke genelinde yayım yapan ve ilan talebi tarihinde Basın İlan Kurumu listelerindeki tirajı en yüksek ilk beş gazeteden ikisinde Basın İlan Kurumu aracılığıyla iki gün süreyle ilan eder. İnternet sitelerinde ilan edilen listeler, bankalar tarafından eşzamanlı olarak ayrıca Kuruluş Birliklerine ve Fona gönderilir. Kuruluş Birlikleri ve Fon bu listeleri Mayıs ayının sonuna kadar konsolide edilmiş olarak kendi internet sitesinde yayınlar.”*

Metinden anlaşıldığı üzere, mevduatı veya sair kıymeti zamanaşımına uğramış veya uğramak üzere olan kişileri bu hususta uyarma mükellefiyeti bankaların sorumluluklarına bırakılmıştır. Bankalar mudilerini, hesaplarının zamanaşımına uğrayacağı hususunda *“iadeli taahhütlü mektupla uyarmak zorundadırlar”*. Fikrimizce yönetmeliğin bu hükmü, hem hukuka hem de hakkaniyete aykırıdır. Şöyle ki;

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “Fon alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin yetki ve usuller” başlıklı 132. maddesine göre TMSF’nin alacaklarının “takip ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.” TMSF’nin alacaklı olduğu hallerde fon, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri yerine, Bankacılık Kanunu hükmü mucibince 6183 sayılı Kanun’a tabi tutulmuş; alacakları konusunda devletin imtiyazlarından faydalanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu demek oluyor ki; TMSF alacaklı olduğu bir ihtimalde 6183 sayılı Kanun’un 79. maddesine başvurarak “elektronik-haciz” olarak bilinen uygulamayı başlatabilecek ve kişilerin bankalar nezdindeki hesaplarını bloke edebilecektir.

TMSF alacaklarını takip ederken 6183 sayılı Kanun'un imtiyazıyla donatılıp, devletin tüm imkânlarından faydalanabiliyorken, zamanaşımına uğramış mevduatların sahiplerine ulaşma mükellefiyetini bankalara "iadeli taahhütlü mektup"la yüklemesi kanaatimizce hakkaniyete aykırıdır. Unutulan mevduat ve sair kıymetlerin bankalara değil de, TMSF'ye devredileceği düşünüldüğünde durumun vahameti daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, zamanaşımına uğramış mevduat ve sair kıymetlerden doğan nimetten TMSF yararlanıyorken, külfetin bankalara yüklenmesi de kanaatimizce hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

VII. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA UNUTULAN MALVARLIKLARINA İLİŞKİN UYGULAMA

Kanada Hukukunda, bankalarda unutulan mevduatlara ilişkin "sahipsiz bakiye" (unclaimed balance) terimi kullanılmaktadır. Bu mevduatlar, kanunda düzenlenmiş olan sürelerin geçmesini müteakiben Kanada Ulusal Merkez Bankasına (Bank of Canada / Banque Du Canada) aktarılmaktadır.²⁹ Sahipsiz bakiyelerin akıbeti konusunda 1.000 Kanada dolarının üzerindeki bakiyeler ile altındaki bakiyeler farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bakiyesi 1000 Kanada Dolarının altında olup da 10 yıl hareketsiz kalan hesaplar, bu on yılın ardından Bank of Canada'ya aktarılmakta burada da 30 yıl beklemektedir. Bakiyesi 1000 Kanada Dolarının üstünde olup da 10 yıl hareketsiz kalan hesaplar, bu on yılın ardından Bank of Canada'ya aktarılmakta burada da 100 yıl beklemektedir. Şu halde Kanada'da 1000 doların altı için 40 yıl, üstü için ise 110 yıl geçtikten sonra bakiye devlete devredilmektedir.³⁰

Amerika Birleşik Devletleri'nde zamanaşımına uğramış paralara ilişkin federal bir düzenleme bulunmamakta, konu her bir eyalet tarafından kendi iç hukukunda ayrıca düzenlenmektedir. Bu nedenle süreler eyaletten eyalete değişmektedir. Buna göre süreler; 8 eyalette 3 yıldan az, 11 eyalette 3-5 yıl arası, 13 eyalette 5 ila 10 yıl arası, 23 eyalette ise 10 yıldan daha fazladır.³¹

²⁹ <http://www.bankofcanada.ca/about/> (erişim: 19.06.2014)

³⁰ <http://www.bankofcanada.ca/unclaimed-balances/frequently-asked-questions-ucb/> (erişim: 19.06.2014)

³¹ Amerika'daki her eyaletin karşılaştırmalı tablosu için bkz. <http://www.cost.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=85349> (erişim: 19.06.2014)

Avusturalya'da Aralık 2012'de sahipsiz paralara ilişkin yeni bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre; hesaplar her iki - üç yılda bir kontrol edilmekte, iki kontrol arasında hareketsiz kalan hesaplar ise ilan edilmektedir. 14 günlük ilan süresinin ardından bu şekilde sahipsiz kalan paralar ASIC (Australian Securities & Investments Commission)'a aktarılmaktadır. Diğer örneklerden farklı olarak Avusturalya'da herhangi bir zamanaşımı süresi bulunmamaktadır. Gerçek hak sahibi (rightful owner) bunu ispatladığı zaman unutulan paralar aradan geçen zamana bakılmaksızın kendisine veyahut yasal mirasçısına iade edilmektedir.³²

İngiltere diğer ülke örneklerinden farklı bir politika benimsemiştir. İngiliz Hukukunda konu 2008 tarihli "Dormant Bank and Building Society Accounts Act³³" ile düzenlenmiştir. Kanunun 10. maddesi faal olmayan/hareketsiz (dormant) hesabı, hesaptaki son hareket tarihinden itibaren 15 yıl boyunca hareketsiz kalan hesap olarak tanımlamıştır. İngiliz hukukunun ayırıcı özelliği sürenin dolmasıyla ortaya çıkmaktadır. Diğer ülke örneklerinde devlete kalan bu paralar, İngiltere'de kamu yararına çalışan derneklere aktarılmaktadır.³⁴ İlgili değerler bu kuruluşlara aktarıldıktan sonra ise geri bizdekine benzer bir zamanaşımının geçtiği varsayılmakta ve sonradan ortaya çıkan gerçek hak sahipleri herhangi bir şekilde hak iddia edememektedirler.

İrlanda tıpkı İngiltere gibi zamanaşımını hesaptaki son hareketten itibaren 15 yıl olarak belirlemiş fakat 15 yılın geçmesiyle birlikte paranın "Faal Olmayan Hesaplar Fonuna" (Dormant Accounts Fund) aktarılacağını düzenlemiştir. Şu farkla ki, gerçek hak sahipleri fona devredilen paralarını herhangi bir zamanaşımına tabi olmaksızın ortaya çıktıkları zaman fondan geri alabilmektedirler.³⁵

³² <http://www.asic.gov.au/asic/asic.nsf/byheadline/Changes+to+the+Common+wealth+unclaimed+money+laws?openDocument> (erişim: 20.06.2014)

³³ "Faal Olmayan Banka ve Yapı Kooperatifi Hesapları Hakkında Kanun". Yapı Kooperatifi Türkiye'de uygulaması olmayan "mortgage" benzeri bir uzun vadeli konut kredisinin önden ödemeli şekline benzemektedir.

Kanunun tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/31/contents> (erişim: 23.06.2014)

³⁴ Dormant Bank and Building Society Accounts Act "charity" kavramını kullanmakta, bu kavramı da 6. Maddesinde: " 'charity' means a body, or the trustees of a trust, established for charitable purposes only" olarak tanımlamaktadır. Hukukumuzda en yakın kavram "kamu yararına çalışan dernek/vakıf statüsü" olduğu için biz bu şekilde yazmayı uygun gördük.

³⁵ http://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/personal_finance/

Kara Avrupa'sındaki düzenlemeler farklılık arz etmektedir.³⁶ Belçika, Danimarka, Almanya, İtalya, Lüksemburg, Avusturya ve Doğu Avrupa'da sahipsiz hesaplara ilişkin özel düzenlemeler bulunmamakta, konu medeni hukukun genel hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.³⁷

Bankacılığın kalbi olarak bilinen İsviçre, kara Avrupası'ndaki diğer örneklerden farklı olarak konuyu özel kanunla ve tüzükle düzenlemiştir. Bankalar ve Tasarruf Kuruluşları Hakkında Tüzüğü'nün 45. maddesinde 10 yıldır hareketsiz kalan hesapların ilan edileceği, 49. maddesinde de ilanı takip eden 50 yıl içerisinde hak sahiplerinin başvurabileceği düzenlenmiştir.³⁸ Başvuru olmaması durumunda unutulmuş değerlerin tasfiyesinin yapılacağı, tasfiyeyi takiben kıymetlerin devlete gelir kaydedileceği, Bankacılık Kanunu 37m maddesiyle hüküm altına alınmıştır.³⁹ İsviçre için zamanaşımı süresi, son hareket tarihinden itibaren 60 yıl olarak belirlenmiştir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Hem gerçek hem de tüzel kişilerin, banka hesapları ve kasalarında para ve sair kıymetleri unutması, tüm dünyada rastlanılan bir olgudur. Yalnızca Türkiye'de 2001 ile 2014 yılları arasında yaklaşık 3

financial_institutions/dormant_bank_accounts_in_ireland.html (erişim tarihi 31.03.2015)

³⁶ Özellikle II. Dünya Savaşıyla birlikte mallarını bırakıp Avrupa'yı (özellikle de Almanya'yı) terk etmek zorunda kalan Museviler bu konuya ilişkin çok fazla etkinlikler düzenlemektedirler. Bu konuya özgülenmiş sivil toplum kuruluşları konuya ilişkin düzenli kongreler, çalıştaylar vs. düzenlemekte ve gündemde tutmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.holocausteraassets.eu/> (erişim tarihi 31.03.2015)

³⁷ İsviçre Konfederasyonu Finans Departmanı tarafından 2004 yılında yayınlanan Uzmanlar Komisyonu Raporu'ndan alınmıştır. Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte, Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission, Juni 2004. Sayfa:30. http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00911/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdIJ4gGym162epYbg2c_JjKbNoKS6A-- (erişim tarihi 01.04.2015)

³⁸ <http://www.bankingombudsman.ch/en/dormant-assets/> (erişim tarihi 31.03.2015)

Tüzüğü'nün Almanca tam metni için bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131795/index.html>

Kanunun Almanca tam metni için bkz. (erişim tarihi 31.03.2015)

³⁹ Kanunun Almanca metni için bkz. <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131795/index.html> (erişim tarihi 31.03.2015)

milyon kişinin hesabı zamanaşımına uğramıştır.⁴⁰ Bu olgu ve ampirik verilere rağmen, bankalar nezdindeki para ve sair kıymetlerin zamanaşımına tabi olması, zamanaşımı neticesinde unutulan para ve sair kıymetlerin devlete gelir kaydedilmesi hukuki dayanaktan yoksundur. Türk Hukukundaki düzenlemeyi tetkik ettiğimiz bu çalışmada, konuyu benzer çağırışimler yapan diğer hukuki kurumlarla karşılaştırdığımız halde hukuki anlamda tatminkâr bir cevap bulamadığımızı itiraf etmeliyiz.

2005 tarihli, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesinde düzenlenen ... kurumu 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde düzenlenen Mülkiyet Hakkının ihlali anlamını taşıdığı gibi hukuk mantığı açısından da pek çok tutarsızlığı barındırmaktadır. Tüm bunların yanı sıra, bankalarda unutulan para ve sair kıymetlerin zamanaşımına tabi olduğunu kabul etsek dahi unutulan paralar TMSF'ye gelir kaydedilirken takip edilen usul hukuka aykırıdır.

1. Esasa yönelik eleştirilerimiz.

- 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde düzenlenen "Mülkiyet Hakkı" yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabilmektedir. Mülkiyet hakkına sınırlama getiren Bankacılık Kanunu md. 62'de ise herhangi bir kamu yararı amacı güdülmemektedir.
- Zamanaşımı müessesesinin çıktığı ilk günden bugüne değişmeyen temel gayesi, kamu düzenini sağlamaktır. Bir mudinin bankalarda para ve sair kıymetlerini unutmuş olma ihtimalinin zamanaşımına tabi olmasının ise kamu düzenini bozma potansiyeli bulunmamaktadır.
- Bir taşınırın mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı neticesinde zilyede geçmesi, ancak zilyedin iyiniyetli olduğu durumlarda mümkün olabilmektedir. Bankalarda unutulan para ve sair kıymetlerin devletin mülkiyetine geçmesi, devlet zilyet olmadığı için medeni hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca zilyedin iyiniyetli olması haline sonuç bağlanan, bu halde devlet iyiniyetli olmadığı

⁴⁰ Milliyet Gazetesinde yer alan bir habere göre: 2001-2014 tarihleri arasında toplam 2 milyon 935 bin 249 mudinin hesabı zamanaşımına uğradı. (<http://www.milliyet.com.tr/bankada-unutulan-paralara-zaman-gundem-2025335/>) erişim tarihi: 30.03.2015

için bankalarda unutulmuş mevduatın devletin mülkiyetine geçişi medeni kanuna aykırılık teşkil etmektedir.

- Bankalarla müşterileri arasında borç-alacak ilişkisi kurulması var-sayımında, alacağın zamanaşımı hükümlerinin kıyasen buraya uygulanması ihtimali iki yönden hukuka aykırıdır. İlk olarak zamanaşımına uğrayan para ve sair kıymetin mülkiyeti borçlu olan bankaya değil, devlete geçmektedir. Diğer taraftan bankalardaki kiralık kasalarda bulunan sair kıymetlerin zamanaşımına tabi olması, borç-alacak ilişkisiyle açıklanamamaktadır. Zira bu ihtimalde banka borçlu değil “emin sıfatıyla zilyet” konumundadır.
- Bankalar nezdinde unutulmuş para ve sair kıymetlerin, küçük yatırımcıyı korumak suretiyle paralarını ekonomiye katma amacı güden TMSF’ye gelir kaydedilmesi, tüm dünyada “mevduat sigortası” olarak bilinen sistemin varoluş amacına aykırılık teşkil etmektedir.

2. Usule Yönelik Eleştirilerimiz

- Bankalarda unutulmuş mevduatlar, son işlem tarihinden itibaren 10 yıl geçince zamanaşımına uğramaktadır. Son işlem tarihinin tespiti ile 10 yıllık sürenin hesaplanması Bankalara yüklenmiştir. Mevzuata göre TMSF, bu hususlarda herhangi bir denetim yapmamaktadır. TMSF’ye gelir kaydedilen para ve sair kıymetlere ilişkin TMSF, BDDK veya herhangi bir devlet organının kişilerin mülkiyet haklarını korumak için denetim yapmaları zaruridir.
- Bankalarda unutulmuş mevduatların yalnızca tespiti ve zamanaşımının hesaplanması değil aynı zamanda mudilere ulaşma mükellefiyeti de bankalara bırakılmıştır. TMSF alacaklı olduğu durumlarda 6183 sayılı Kanun mucibince devlet imtiyazlarıyla donatıldığı ve hatta e-haciz yoluna dahi başvurabildiği halde, kendisine gelir kaydedilen bu durumda ihbar yükümlülüğünün bankalara bırakılması tutarsızlık teşkil etmektedir. 6183 Sayılı Kanunda ammenin alacaklı olduğu durumlarda devletin alacağını tahsil için kullanabileceği tüm imtiyazlar, bankalarda para ve sair kıymetleri unutan mudiye ulaşma hususunda da aynı şekilde kullanılmalıdır.

Devletin bankalarda unutulan para ve sair kıymetleri kendi uhdesine alması ve onu gerçek hak sahibi ortaya çıkana dek elinde tutması mülkiyet hakkını koruyucu bir sebep olduğu gibi, unutulan paralardan gerçek hak sahibi ortaya çıkana kadar devletin dolayısıyla da tüm kamunun istifade etmesi anlaşılır bir gerekçedir. Devletin bu yolu tercih etmeyip, zamanaşımının dolmasıyla malik olması; kişileri, onların mülkiyet haklarını ve kamu yararını koruma amacı taşımadığı açıktır. Neden böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu sorusu da, devletin unutulan paraları hazineye aktarma ihtirası bir kenara bırakılırsa, cevapsız kalmıştır.

Başlarken belirttiğimiz gibi, düzenleme Anayasaya aykırıdır. Soyut norm denetimi ile Anayasa Mahkeme'sinin önüne getirilmemiş olan bu düzenlemenin, somut norm denetimiyle de gelmesi oldukça güçtür. Zira mülkiyet hakkı ihlal edilenler, para ve sair kıymetlerini bankalarda unutan kişilerdir. Kişiler bu durumu ancak 10 yılın dolmasını müteakip TMSF'nin ilan süresi olan 6 ayda farkedebilmekte, farkedemeyenlerin ise mülkiyet hakları TMSF'ye geçmektedir. Hakları ihlal edilenlerin ise bu durumdan haberdar olabilme ihtimalleri kalmamaktadır. Şu halde, anayasaya aykırı olmasına rağmen, düzenleme yürürlükte kalmaya devam edebilecektir.

Öneriler

Kişilerin bankalarda unuttukları para ve sair kıymetlerin, ilgili hesaplardaki son hareket tarihinden itibaren 5 veya 10 yıl geçtikten sonra devlet kurumuna aktarılması kişileri ve onların mülkiyet haklarını da koruması bakımından isabetli bir tercihtir. Bu işlem yapılmadan evvel sürelerin hesaplanması, BDDK veya TMSF tarafından başka bir ifadeyle devlet kurumu tarafından yapılmalıdır. Sürenin dolduğu tespit edilince de ilgili devlet kurumu, devletin (6183 sayılı Kanun'da alacaklı olduğunda olduğu gibi) tüm imkânlarını kullanarak hesap sahibine ulaşmaya çalışmalıdır. Tüm bunlara rağmen hesap sahibine ulaşılmıyorsa para ve sair kıymetler, kurumsal amacı bakımından TMSF'ye değil, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na aktarılmalıdır. Para ve sair kıymetleri TCMB'ye aktarılan kişileri gösterir liste, herhangi bir zaman kısıtlaması olmaksızın asılı kalmalı, gerçek hak sahibi ortaya çıktığı zaman bu paraları geri alabilmelidir.

Kanaatimizce kişilerin bankalarda unuttukları para ve sair kıymetlerin tıpkı Avusturalya ve İrlanda'da olduğu gibi zamanaşımına tabi olmaması gerekmektedir. Şayet zamanaşımına tabi olacaklarsa, zamanaşımı süresinin Kanada'da olduğu gibi 110 yıl veya en azından İsviçre'de olduğu gibi 60 yıl olarak belirlenmesi gerekmektedir. Zamanaşımının dolmasının ardından para ve sair kıymet ise TMSF'ye gelir kaydedilmemeli, İngiltere'de olduğu gibi kamu yararı amacı güden sivil toplum örgütlerine aktarılmalıdır.

Kaynakça

Basılı Yayınlar

- Ely James W. JR., *The Guardian of Every Other Right, A Constitutional History of Property Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- Er Selami, *Devletin Bankacılık Sektöründeki Düzenleyici ve Denetleyici Görevi ve Türkiye Uygulaması*, İstanbul, 2009, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, yayın no: 2009 - 34.
- Gemalmaz Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Birinci Basım, Beta Yay. İstanbul, 2009.
- Gülümser İsmet, "İsviçre - Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman", *iÜHFM*, İstanbul, yıl: 1953, Cilt: 19, sayı: 1-2, ss. 270-310.
- Günel Nadi A., "Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi", *AÜHFD*, Ankara yıl: 1998, cilt:47, sayı: 1-4, ss. 119-136.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 15. Bası*, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2012.
- Kunt-Demirgüç Aslı, Kane Edward ve Leaven Luc, "Adoption and Design of Deposit Insurance" içinde *Deposit Insurance Around the World: Issues of Design and Implementation* derleyen: Kunt-Demirgüç Aslı, Kane Edward ve Leaven Luc, 2008, Cambridge, Massachussets, London, The MIT Press. ss. 29 - 81.
- Kunt-Demirgüç Aslı, Kane Edward ve Leaven Luc, "Deposit Insurance Design and Implementation: Policy Lessons from Research and Practice" içinde *Deposit Insurance Around the World: Issues of Design and Implementation* derleyen: A Kunt-Demirgüç Aslı, Kane Edward ve Leaven Luc, 2008, Cambridge, Massachussets, London, The MIT Press. ss. 3 - 27.
- Öztan Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 19. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- Reid Tracey L. *Unclaimed Property: A Reporting Process and Audit Survival Guide*, John Wiley & Sons, Inc, New Jersey, 2008.

Mahkeme Kararları

- 29.01.2014 tarihli 2013/100 E. 2014/14 K. Sayılı karar. (R.G. Tarih - Sayı: 29.05.2014 - 29014)
- 21.06.1989 tarihli 1988/34 E. 1989/26 K. Sayılı karar. (R.G. Tarih-Sayı : 05.12.1989-20363)

İnternet Kaynakları

Milliyet Gazetesinde 9 Mart 2015 tarihinde çıkan haber;

<http://www.milliyet.com.tr/bankada-unutulan-paralara-zaman-gundem-2025335/>
erişim tarihi: 30.03.2015

TMSF'nin misyonunun yer aldığı adres;

<http://www.tmsf.org.tr/default.html> erişim tarihi: 11/06/2014

Kanada'daki zamanaşımı düzenlemesi;

<http://www.bankofcanada.ca/about/> erişim tarihi: 19.06.2014

<http://www.bankofcanada.ca/unclaimed-balances/frequently-asked-questions-uch/>
erişim tarihi: 19.06.2014

Amerika'daki her eyaletin karşılaştırmalı tablosu için bkz.

<http://www.cost.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=85349> erişim tarihi: 19.06.2014

Avusturalya'daki zamanaşımı düzenlemesi;

<http://www.asic.gov.au/asic/asic.nsf/byheadline/Changes+to+the+Commonwealth+unclaimed+money+laws?openDocument> erişim tarihi: 20.06.2014

İngiltere'deki Faal Olmayan Banka ve Yapı Kooperatifi Hesapları Hakkında Kanunu tam metin; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/31/contents> erişim tarihi: 23.06.2014

İrlanda'daki zamanaşımı düzenlemesi;

http://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/personal_finance/financial_institutions/dormant_bank_accounts_in_ireland.html erişim tarihi: 31.03.2015

Zamanaşımına yönelik II. Dünya Savaşında mağdur olan Museviler'in kurduğu vakıf;

<http://www.holocausteraassets.eu/> erişim tarihi 31.03.2015

İsviçre Konfederasyonu Finans Departmanı tarafından 2004 yılında yayınlanan Uzmanlar Komisyonu Raporu;

http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00911/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCdIJ4gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--

erişim tarihi 01.04.2015

İsviçre'deki zamanaşımı düzenlemesi;

<http://www.bankingombudsman.ch/en/dormant-assets/> erişim tarihi 31.03.2015

İsviçre Zamanaşımı düzenlemesine dair tüzüğün Almanca tam metni;

<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131795/index.html> erişim tarihi 31.03.2015

İsviçre Bankacılık kanunun Almanca tam metni;

<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131795/index.html>____erişim tarihi 31.03.2015

BİLGİ EDİNME HAKKININ SINIRLARI VE DEVLET SIRRI

THE BORDERS OF RIGHT TO INFORMATION AND OFFICIAL SECRET

Yusuf Ziya POLATER*

Özet: Yönetimde şeffaflığın, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı; bireylere daha yakın bir yönetimi ve halkın denetimine açıklığı sağlama noktasında önemli bir rol oynamaktadır. Ancak bütün haklar da olduğu gibi bu hak da sınırsız değildir. Esasında temel hak ve özgürlüklerin, daha verimli ve etkin kullanılabilmesi amacıyla, özlerine dokunulmaksızın sınırlandırılmaları, bu şekilde kamusal çıkarlarla aralarında bir denge oluşturulması zorunludur. Burada önemli olan bu sınırlamalar yapılırken hakkın işlevsiz hale getirilmemesidir. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda, bilgi edinme hakkının istisnaları yani sınırları düzenlenmiştir. BEHK'nın 15 ve 28. maddeler arasında geniş bir çerçevede sayılan bu sınırlama sebeplerinden birisi de üzerinde sürekli tartışma olan “Devlet Sırri” gerekçesiyle hakkın sınırlandırılmasıdır. Bu çalışmada, demokratik bir hukuk devletinde bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olan “devlet sırri”nın kapsamı ve sınırlarının ne olması gerektiği incelenmeye çalışıldı.

Anahtar Kelimeler: Yönetimde Şeffaflık, Yönetimde Gizlilik, Bilgi Edinme Hakkı, Devlet Sırri.

Abstract: Right to Information, that is a must of transparency in public administration, democracy and rule of law, plays a very significant role on allowing the public to obtain a better way of administrative system and enabling the citizens to have control and audit over the government. Nevertheless, all rights and all kinds of freedoms have limits. Actually, in order to have more efficient and productive fundamental rights and freedoms, they should be restricted by keeping their core principles as they are by balancing them with public interest. At this point, the most importantly, rights should not be rendered inapplicable by delimitating fundamental rights and freedoms. The Right to Information Act draws the borders, limits and restrictions of freedom of information between the articles Number 15 and Number 28. One of the most discussed reasons of these restrictions is official secret. In this study, we try to point out the content and limits of official secret which restricts the freedom of information in a democratic constitutional state.

Keywords: Transparency in Public Administration, Government Secrecy, Right to Information, Official Secret

* Polatlı Cumhuriyet Savcısı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

GİRİŞ

İdare kamu hizmetini yerine getirirken, kişiler karşısında her zaman üstün konumdadır. Bu üstünlüğün vermiş olduğu sakıncalardan kişilerin en az şekilde etkilenmeleri için, idarenin işlem ve eylemlerini hukuka uygun olarak gerçekleştirmesi önem arz etmektedir. Ancak idare yaptığı eylem ve işlemlerden her zaman herkesin haberdar olmasını isteme taraftarı değildir. Bunun altında birçok sebep yatmaktadır; idarecilerin güçlerini artırmak istemeleri, denetimden kaçmak istemeleri gibi sebepler bunlardan bazılarıdır. Bundan dolayı idare geçmişten beri gizliliği/kapalılığı tercih etmiştir. Ancak yönetimde gizliliğin birçok sakıncası vardır. Zamanla bu sakıncaların anlaşılması nedeniyle “şeffaf yönetim” ve “yönetimde açıklık” kavramları önem kazanmaya başlamıştır. Bilgi edinme hakkı da bu kapsamda demokratik ülkelerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez bir hak olarak kabul edilmiştir. Ülkemizde de bu hakkın tesisi adına, demokratikleşmenin, milletlerarası sözleşmelerin ve Avrupa Birliği uyum sürecinin de etkileriyle 9 Ekim 2003 tarihinde 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) kabul edilmiştir. BEHK’da, bilgi edinme hakkının kullanılmasının istisnaları yani sınırları 15 ve 28. maddeler arasında geniş bir çerçevede düzenlenmiştir. Bu sınırlama sebeplerinden birisi de üzerinde sürekli tartışılan, hakkın “Devlet Sırrı” gerekçesiyle sınırlandırılmasıdır.

Devlet sırrı kavramının açıkça tanımlanmamış olması, hangi bilgi-belgelerin devlet sırrı sayılacağı hususlarında açıklık olmaması nedenleriyle birçok bilgi ve belgenin bu gerekçeyle gizlendiği bir gerçektir. Devletin bekası adına sırlarının korunması önemli olmakla birlikte, “devlet sırrı” gerekçesiyle, demokratik ve şeffaf yönetimden uzaklaşmanın önlenmesi, hukuk devleti ilkesinin zarar görmemesi nedenleriyle “devlet sırrı”nın sınırlarının belirlenmesi de bir o kadar önemlidir. Bu ilkeler doğrultusunda çalışmamızda; birinci bölümde yönetimde gizlilik/kapalılık ve şeffaflık/açıklık kavramları, tarihi süreçleri içinde kısaca açıklandı. İkinci bölümde yönetimde şeffaflık anlayışının gelişmesi ve insan haklarındaki ilerlemeye paralel olarak ortaya çıkan bilgi edinme hakkının, uluslararası hukukta ve Türk Hukukunda gelişimi açıklandıktan sonra, BEHK’da bu hakka getirilen sınırlamalar genel hatlarıyla ifade edildi. Son bölümde de bilgi edinme hakkının bir sınırını oluşturan “devlet sırrı” kavramı ve niteliği ayrıntılı olarak

açıklanarak, sonuç kısmında “devlet sırrı”nın geniş yorumlanmasının sakıncaları ile kavramın sınırlarının çizilmesi, “devlet sırrı” nedeniyle ortaya çıkan sakıncaların giderilmesi noktasında mevzuatta yapılacak değişikliklere yönelik görüşler ifade edildi.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİMDE GİZLİLİK VE ŞEFFAFLIK

I. GENEL OLARAK

İdare yani yönetim, yerine getirmekle görevli olduğu kamu hizmetini icra ederken, kişiler karşısında sahip olduğu kamu gücü nedeniyle her zaman daha üstün konumdadır. Bu güce dayanan idare tek taraflı olarak kişilerin hukuki durumlarında değişiklik yapabilmektedir.¹ İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, bu tasarruflar aksi mahkeme huzurunda ispat edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu yönüyle idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yargısal denetim de her zaman caydırıcı olmamaktadır. Onun için idarenin kamu gücünü fütursuzca kullanmasını engelleyecek başka tedbirlere de ihtiyaç vardır. Kamuoyu denetimi şeklinde gerçekleşen bilgi edinme hakkı, bu gerekliliğin bir sonucu olarak doğmuştur.²

20. yüzyılın başından itibaren bilimde ve teknolojideki hızlı gelişmelerle birlikte devletin sosyo-ekonomik ve kültürel alana müdahaleleri de artmıştır. Eğitim seviyesindeki yükselişle beraber toplumda kamusal sorunlara karşı ilgide gelişmiştir. Devlet yönetimindeki yozlaşma ve yolsuzluklar da bu ilginin artışında etken olmuştur. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yönetimde gizlilik-kapalılık kavramlarına karşılık şeffaf devlet, yönetimde şeffaflık ve açıklık ilkelerinin gelişmesiyle birlikte bilgi edinme hakkının gelişmesi de hızlanmıştır.³

II. YÖNETİMDE GİZLİLİK (KAPALILIK)

Kamunun yönetimi, olarak bakıldığında esasında “kamu” sözcüğünün anlamı, halka ait olan yani gizliliğin ve kapalılığın tam zıddı

¹ İlhan Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa, İstanbul, 1996, s. 306.

² Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Seçkin, Ankara, 2005, s. 23.

³ Ayhan Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, XII Levha y., İstanbul, 2010, s. 95-96.

anlamındadır. Ancak, dışarıdan bakıldığında, kamu yönetimi, içine girilmesi zor olan gizemli bir dünya olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴ Gizlilik ya da kapalılık olarak adlandırılan yönetim politikasına tarihte bütün devletler siyasi ve idari olarak başvurmuşlardır. Gizlilik ve kapalılık esasında iki farklı kavram olmakla birlikte sıklıkla yan-yanaya gelmekte ve birbirlerinin yerine de kullanılmaktadırlar. Gizlilik; devletin ve organlarının elindeki bilgi, belge ve diğer verileri açıklamaması anlamına gelmektedir. Kapalılık ise devletin dışarıdan gelen her türlü tepkiye duyarsız olmasını, yapmış olduğu işlem ve eylemlerin dışarıdan görülmemesini ve aldığı kararların gerekçelerini açıklamamasını ifade eder. Gizlilik devletin hem halka hem de kendi içindeki birimlere karşı izlediği politikadır. Kapalılık ise kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet yürüttüğü çevreye yani halka karşı izlediği politikadır.⁵ Kanaatimizce kapalılık ve gizlilik birbiri içine girmiş iki kavramdır ve birinin rastlandığı yönetimlerde, muhakkak diğerini de mevcudiyeti, uygulaması söz konusudur.

Gizliliğin kökenlerinin, kabile hayatının yaşandığı dönemde, kapalı kapılar ardında yapılan ihtiyar meclisi toplantılarına kadar uzandığı ifade edilmektedir. Bu yönüyle her yönetim şeklinde bir gizlilik/kapalılık söz konusudur. Ancak gizlilik derecesi yönetimin büyüklüğü, yönetim sisteminin yapısı, yöneticilerin yönetim tarzı ve söz konusu yönetimin içerisinde yaşayan insanlara tanınan hak ve özgürlüklerle ilgili bir husustur.⁶

A. Gizliliğin Sebepleri

Yönetimde gizliliğin/kapalılığın ortaya çıkmasındaki sebepler değişik şekillerde sayılmıştır. Siyasi rejimin niteliği, devletin güvenliği, diplomasinin gerekleri, özel hayatın korunması, otorite kazanma eğilimi, yönetimde etkinlik ve tarafsızlığı sağlama gayreti, kötü yönetim uygulamaları ve memurların kendilerini denetim mekanizmasından koruma düşüncesi bu sebeplerin en önemlilerinden sadece birkaçıdır. Makul sayılabilecek birtakım gerekçelerle ortaya çıkan yönetimde gizlilik anlayışı, uygulamada zamanla çok geniş bir hal almış ve ülkemiz

⁴ Can Azer, Bilgi Edinme Hakkı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 19-20.

⁵ Döner, s. 11-12.

⁶ Azer, s 32

dahil birçok ülkede, gizlilik kural, açıklık istisna haline gelmiştir.⁷ Bu yaklaşımla kamu hizmeti sunmakla yükümlü olan kamu kurum ve kuruluşlarının üzerinde gizlilik bir nevi tabu şekline dönüşmüştür. Yöneticiler ve bürokrasi, kamu yararını gözetmek için bilgi ve belgeleri saklamanın yanında, kendi hata ve kusurlarını örtbas etmek, kamuoyundan gelecek eleştirilere maruz kalmamak amacıyla gizlilik zırhına başvurmuşlardır.⁸

Geleneksel yönetim sistemine egemen olan düşünce, gizlilik içinde çalışmak ve elinde bulunan her türlü bilgi ve belgeyi “devlet sırrı” olarak değerlendirmektir. Weberyan bürokrasi anlayışı olarak ifade edilen bu zihniyetin hâkim olduğu devletlerde, bürokratik yapı her zaman gizli oturumlar yönetimi olmak taraftarıdır. Bu nedenle bilgisini ve eylemlerini eleştirel gözlerden olabildiğince saklamayı gaye edinmiş bir yapı söz konusudur.⁹

Yukarıda sayılan yönetimde gizlilik sebeplerine baktığımızda görmekteyiz ki, kamu yönetiminin içinde var olan bürokratik yapı, söz konusu gizlilik sebeplerini, gizliliğin gerekçesi olarak kullanmıştır. Bürokrasi yönetimde gizlilik ve kapalılık yaratmak istediğinde, yukarıda sayılmış olan sebeplerin birçoğunu gerekçe göstererek yönetime bir perde çekilmesinde etkin bir rol oynamıştır. Bu bakımdan, yönetimde gizlilik ve kapalılığın geniş bir uygulama alanı bulmasındaki rolü aşikâr olan bürokrasi ve dolayısıyla da bürokratik yapıdır.¹⁰ Ancak bürokrasinin bu yaklaşımı gizliliğin tek kaynağı ya da tek uygulama yeri olduğu anlamına kesinlikle gelmemektedir. Gizlilik ve kapalılık, devletin hemen-hemen tüm organlarında mevcudiyetini bulmuş olgulardır. Başta belli kararlarını ve uygulamalarını kamudan gizleme eğiliminde olan yürütme organı olmak üzere, yargı organı da gizlilik eğiliminde olmuştur. Mahkemelerde bazı duruşmaların kamuya kapatılması, yasama organında bazı oylamaların kapalı yapılması bu duruma örnek olarak verilebilir.¹¹

⁷ Azer, s. 32.

⁸ Berkant Durmuş, Bilgi Edinme Hakkının Türk Kamu Yönetimi Üzerinde Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010, s. 7.

⁹ Yüksel Hız/Zekeriya Yılmaz, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin, Ankara, 2004, s. 48.

¹⁰ Azer, s.32-33.

¹¹ Durmuş, s. 5.

B. Gizliliğin Sakıncaları

Eğitimden sağlığa, haberleşmeden güvenliğe, adaletten savunmaya kadar birçok alanda hizmet veren kamu yönetimindeki gizlilik ve dışa kapalılık eğilimi, göz ardı edilemeyecek birçok sakınca ortaya çıkarmaktadır. Her şeyden önce bilgiyi güç olarak gören yönetim, bilgi ve belgeleri topluma açmayarak toplum karşısında gücünü artırmaktadır. Gizlilik, sadece yönetimin gücünü arttırmayıp, kamu görevlilerinin de gücünü arttırmaktadır.¹² Gizlilik, aynı zamanda kamu yöneticilerinin kendilerini denetleme ve kontrol etme yetkisine sahip siyasi otorite ve parlamento karşısındaki gücünü de arttırmaktadır. Yönetim, elindeki bilgi ve belgeleri kamuoyuna açmadığı gibi, benzer gerekçelerle milletin temsilcileri olan milletvekillerini de bilgilendirmemekte, böylelikle siyasilerin dolayısıyla vatandaşın yapacağı denetimi bertaraf etmektedir.¹³

Gizlilik, yöneten ile yönetilenler arasında bir şüphe ve güvensizlik ortamının oluşmasına neden olur. Halkın, yönetime katılmasına ciddi derecede engel teşkil eder. Bu da demokrasinin gelişmesini olumsuz yönde etkiler. Bu şekilde tepkileri algılamaktan yoksun kalan yönetim, aldığı kararların etkisini göremez ve etkinliğini kaybeder.¹⁴ Ayrıca böyle bir yönetimde, kamu yararını gerçekleştirmek amacını gütmesi gereken yönetimin alacağı-aldığı kararların kendilerine yakın belli gruplar tarafından önceden öğrenilerek buna göre hareket etmeleri halkın menfaatini zedelemektedir. Bu da yönetsel kararların halk için değil, bazı çıkar grupları ve yönetim üzerinde etkili olan baskı gruplarının istediği yönde alınması sonucunu doğurmaktadır.¹⁵ Diğer taraftan, idarenin tüm faaliyetlerini gizli olarak nitelendirmesi, aşırı gizlilik uygulamaları, gerçek anlamdaki gizli bilgilerin değerini yitirmesine neden olabilir. Başka bir deyişle aşırı gizlilik, gizliliği öldürebilir.¹⁶

Gizliliğin başka bir sakıncası, özellikle otoriter ve diktatör rejimlerin egemen olduğu yönetimlerde, siyasi iktidar ile bürokratik iktidar

¹² Döner, s. 8.

¹³ Döner, s. 9-10; Durmuş, s. 17.

¹⁴ Döner, s. 11.

¹⁵ Durmuş, s. 17.

¹⁶ Maviye Yılmazoğlu, Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkının İstisnaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, s. 7.

tarafından, halka doğru tek yönlü bilgi ve haber akışı yapılmasıdır. Bu şekilde toplum üzerinde yaratmış oldukları gücü ellerinde tutma ve toplumu yönlendirme amaçlanır. Başka bir ifadeyle bürokrasi, Weber'in de vurguladığı gibi, kendi uzmanlık bilgisiyle beraber bu yöntemleri de uygulayarak gücünü daha da artırma yoluna gider.¹⁷ Hatta resmi sır-devlet sırrı kavramı bürokrasiye özgü bir kavramdır. Bürokrasi millet tarafından seçilen meclis ile devlet sırrı kavramını kullanarak, meclisin bilgi edinme gayretine karşılık mücadele eder.¹⁸ Devlet sırlarının egemen olduğu yönetimlerde kamuoyu, merak uyandıran bazı hususların aydınlatılmasını istese bile, bu taleplere yönetenler ekonominin zarar görecektir olması, piyasaların olumsuz etkileyeceği gibi bahanelerle cevap vermeyerek, hesap vermekten kaçınırlar.

Döner'e göre gizliliğin en önemli sakıncalarından biri rüşvet, kayırmacılık, yolsuzluk ve usulsüzlük nedenleriyle devlette yozlaşmanın yaygınlaşması ve bu fiillerin üstünün örtülmeye çalışılmasıdır.¹⁹ Hâlbuki devlette yozlaşma, bir siyasi sistemin sonunu getirecek en önemli tehlikelerden biridir. Aynı zamanda demokrasinin zarar görmesine, halkın demokrasiye ve hukuka olan inancının zayıflamasına, zamanla politik istikrarsızlığa ve toplumdaki ahlaki yapının çökmesine yol açar. Ahlaki değerlerin erozyona uğradığı bir toplumda huzursuzluğun çıkması ve buna paralel olarak sistemin çökmesi kaçınılmazdır.²⁰

Yönetimde gizlilik ve kapalılığın en önemli sebeplerinden birinin bürokratik yapı olduğunu ifade etmiştik. Devlet var olduğu sürece, bürokrasi de var olmaya devam edecektir. Esasında bürokratik mekanizmanın iyi işlemediği zamanlarda, en iyi kamu politikaları dahi uygulama alanı bulamazlar. Bundan ötürü, bürokratik bir sistem ile var olan devlet yapısının istenilen sonuca ulaşılabilmesinin yolu, bürokratik sistemin mümkün olduğunca açık ve yönetilenlere yakın olmasını sağlamaktır. Bunun da en temel yolu bürokrasinin gizlilik yollarını kapatarak, yönetimi şeffaflık ile uyumlu hale getirmekten geçmektedir.²¹

¹⁷ Azer, s. 41.

¹⁸ Fatih Kırıışık, Yönetimde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkının Kamu Yönetiminin İşleyişi Üzerinde Etkisi, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.11

¹⁹ Döner, s. 12.

²⁰ Döner, s. 13.

²¹ Azer, s. 45.

III. YÖNETİMDE ŞEFFAFLIK (AÇIKLIK)

Yönetimde bilgi hukukuna iki temel anlayışın hâkim olduğu söylenebilir. Bunlar; gizlilik ve açıklık ilkeleridir. Tarihsel gelişmeler yönetimde gizliliğin uzun süre egemen olduğunu gösterse de günümüzde yönetimde açıklığın önem kazandığını görmekteyiz.²²

Yönetimde şeffaflık; açıklık, saydamlık, aleniyet, idari açıklık, yönetimde şeffaflık, günışığında yönetim, demokratik yönetim, hesap verebilir idare gibi kavramlar ile ifade edilmektedir.²³ Yönetilenlerin idari işleyişe katılması, idarenin sahip olduğu bilgi ve belgeleri elde edebilmeleri şeffaflığın bir gereğidir. Başka bir ifadeyle yönetimde şeffaflık yöneticilerin karar, eylem ve davranışlarının açıklık içerisinde yürütülmesini ifade eder. Şeffaf devlet aynı zamanda “*yönetime ulaşabilme*” özgürlüğünü de içermelidir. Vatandaşlar kamu kurum ve kuruluşlarındaki yöneticilere kolaylıkla ulaşabilmelidir.²⁴ Hukuk devletin geçerli olduğu bir sistemde, asıl olan yönetimin açıklığı ilkesidir. Buda devletin varlık nedeninin ve asıl ödevinin halka hizmet olduğu gerçeğinin, doğal ve kaçınılmaz bir gereğidir. Yönetimde açıklık, yönetime katılma hakkının kullanılması ile anlam kazanır. Bunun gerçekleştirilebilmesi ise katılacak, yani bu haktan yararlanacak kişilerin katılacakları faaliyet veya konulardan haberdar olmalarına bağlıdır.²⁵ İdari etkinliklerin yanı sıra idari yerlerin gezilmesi de bu kapsamdadır. Şeffaflığın bir diğer yönü, sınır ötesi bilgi alışverişinin hukuksal engelle çarpmadan yapılabilmesidir.²⁶

İdari anlamda şeffaflık ise karışık işlerin düzenlenmesini, gizli kalmış muhtemel hukuk dışı davranışların açığa çıkarılmasını öngören ve bunların ortaya çıkarılmasına uygun bir idari işleyişin oluşmasını ifade etmektedir.²⁷ Yönetimde şeffaflığın iki temel aracı bilgi verme ödevi ve bilgi edinme hakkıdır. Bilgi verme ödevi, yönetim tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bilgi edinme hakkı ise,

²² Hız/Yılmaz, s. 42.

²³ Döner, s. 19.

²⁴ Gürsel Özkan, Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme Hakkı, Türkiye Kamu-Sen, Ankara, 2004, s. 16.

²⁵ Hız/Yılmaz, s. 43; Mehmet Ali Zengin, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2007, s. 3.

²⁶ Yılmazoğlu, s. 5.

²⁷ Durmuş, s. 9.

bireyler tarafından kullanılan ve yönetimin eylem, işlem ve kararları hakkında bireylerin bilgi sahibi olmasını sağlayan bir haktır.²⁸ Günümüz demokrasilerinde bireyin bilgilenmesini içine sindiren yönetim, şeffaf yönetimdir. Demokrasilerde siyasi iktidarın bireyden saklayacağı bir şey olamayacağı kabul edildiği için, günümüzde demokrasi ile şeffaf yönetim ve günışığında yönetim neredeyse eş anlamlıdır. Devletlerin şeffaflaşması, kamu yönetiminin saydam bir yönetime kavuşturulmasıyla birlikte, açıklık genel kural gizlilik ise istisna olarak kabul edilmektedir. Bu yönetimlerde “*demokrasinin demokratikleştirilmesi*” gibi yaklaşımlar ön plana çıkmaktadır.²⁹ Şeffaf yönetimin bilgilen-dirme aşaması bilgilenmiş bireyi yaratır. Bilgilenmiş birey, sağlıklı tercihleri ile siyasal ve demokratik katılımı sağlar. Bilgilenme, bu açıdan günümüzün doğrudan demokrasisidir.³⁰ Özgür bireylerin olduğu demokrasilerde şeffaflık adeta nefes alıp vermeye benzer.³¹ Özay’a göre,³² şeffaflığın sağlanması için gerekli olan üç unsurdan birincisi, idarenin karar alma mekanizmasının tıpkı yargıda olduğu gibi, belli bir usule bağlanmasıdır. Bunun içinde idari usul kurallarının tek ve genel bir yasada belirlenmelidir. İkincisi bilgi edinme özgürlüğü ve son olarak da idarenin karar alma toplantılarına isteyeninin katılabileceği, aleniliğin sağlanmasıdır.

A. Şeffaflığın Tarihi Gelişimi

Tarihi olarak bakıldığında şeffaflığı bir yönetim politikası haline getiren ilk ülkenin 1766 yılında yürürlüğe giren “*Basın Özgürlüğü Kanunu*” ile İsveç olduğu kabul edilmektedir.³³ Buna rağmen batıda yönetimde şeffaflık İkinci Dünya Savaşı’na kadar totaliter yönetimlerin varlığı nedeniyle yeterince yaygınlaşmamıştır. İkinci Dünya Savaşı’nın sonrasında batıda demokrasiye geçiş büyük oranda sağlanmıştır. Bu durum, batıda gizlilik ve dışa kapalılığı benimseyen totaliter rejimlerin çökmesi ve yönetimde açıklık anlayışının önünü açmasıyla ilgilidir. Şeffaflığın yaygınlaşmasında İsveç’i sırasıyla Finlandiya (1951), ABD

²⁸ Yılmazoğlu, s. 6.

²⁹ Hız/Yılmaz, s. 42.

³⁰ Haşmet Sırrı Akşener/Ramazan Çakmakçı; Açıklamalı-Gerekçeli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Legal, İstanbul, 2004, s. 26.

³¹ Döner, s. 33.

³² Özay, s. 2-5.

³³ Azer, s. 57; Döner, s. 18.

(1966), Norveç ve Danimarka (1970), Fransa (1978), Avusturya (1987) ve Kanada (1983) ³⁴ İngiltere, Güney Afrika, Bosna Hersek ve Bulgaristan (2000) izlemiştir. ³⁵ İngiltere gibi demokrasinin beşiği olarak ifade edilen bir ülkenin yakın zamana kadar Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nu kabul etmemiş olması, devletlerin bu hakka yaklaşımını göstermesi açısından dikkate değerdir.

ABD'de 1976 yılında, Gün Işığı Yasası (Sunshine Act) kabul edilmiştir. ABD'de kabul edilen bu yasayla ortaya çıkan yapıya Gün Işığında Yönetim (Government in the Sunshine) adı verilmektedir. Bu yasalarla ABD'de yönetimde açıklığın bir sistem olarak benimsendiği görülmektedir. ³⁶ ABD Yüksek Mahkemesi şeffaflığı, ABD Anayasasının, hukukla bağlı idare ilkesinin en önemli kurumu olarak kabul etmektedir. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi, şeffaflığın sosyal ve endüstriyel hastalıklara karşı bir çare olduğu konusunda görüş birliğine varmış ve kararlarında bu hususu yansıtmıştır. İşte tam da bu nedenle, sağlam bir hesap verme yükümlülüğü şeffaflık ve açıklığı sağlamanın vazgeçilmez bir aracı, şeffaflık ve açıklık da hesap verme yükümlüğünü layıkıyla yerine getirebilmenin olmazsa olmaz bir önkoşuludur. ³⁷

Bilgi edinme hakkı, ifade özgürlüğü çerçevesinde hem hak hem de anayasal bir düzenleme olarak iki yüz yıldan daha fazla bir geçmişe sahip gibi görünse de dünyada, bilgi edinme hakkına ilişkin uygulamalar ve bilgi edinme hakkının işlevsel bir demokrasinin temel dayanağı olarak tanınması, 20. yüzyılın ikinci yarısıyla birlikte başlamıştır. 20. yüzyılın ikinci yarısında ve özellikle de son çeyreğinde, demokratik değerlerin gelişimi, bilişim teknolojisindeki olağanüstü ilerlemeler, ulus ötesi sermayenin talepleri gibi etkenler kamu yönetimlerini sahip oldukları bilgileri paylaşmaya yöneltmiş ve bu paylaşım "*bilgi edinme hakkı*" adıyla temel bir hak olarak kabul görmüştür. ³⁸

³⁴ Hız/Yılmaz, s. 41.

³⁵ Azer, s. 62.

³⁶ Özey, s. 5-6.

³⁷ Durmuş, 21-22.

³⁸ Azer, s. 59-60.

İKİNCİ BÖLÜM

BİLGİ EDİNME HAKKI VE SINIRLARI

I. GENEL OLARAK

Bilgi edinme hakkının devletler için çok eski bir kavram olmadığını daha önce ifade etmiştik. Bilgi edinme hakkı içinde bulunduğumuz çağın ortaya çıkardığı yönetim anlayışının ve anayasal gereksinimlerin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Haklar sıralamasında; özgürlükler ile siyasi ve medeni haklarla ilgili olan birinci kuşak haklar, ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olan ikinci kuşak haklardan sonra ortaya çıkan çevre hakkı, barış hakkı, genetiğe ilişkin haklar ve internet hakları gibi üçüncü kuşak haklar arasında kabul edilmektedir.³⁹ Çağdaş, demokratik ve hukuka bağlı bir yönetimde katılımcı, şeffaf, hesap verebilir, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir kamu yönetiminin oluşturulması esastır. Bu tür yönetimlerde kamu hizmetlerinde halka yakınlık, halkın denetimine açıklık, dürüstlük gibi özellikler temel ilke olarak benimsenmiştir. Bu temel ilkenin sağlanmasının en önemli araçlarından birisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür.⁴⁰

II. BİLGİ EDİNME HAKKI VE ÖNEMİ

Bilgi edinme hakkı; herhangi bir müdahale olmadan kamuya açık kaynaklardan bilgi edinebilmeyi garanti altına alan bilgi alma özgürlüğünden öte, başta devletin elinde olan bilgi ve evraklar olmak üzere, genel olarak erişilebilir olmayan bilgi kaynaklarından bilgi alabilmeyi garanti eden bir haktır.⁴¹ Bilgi edinme, sadece bireylerin çıkarını korumak için değildir, aynı zamanda, bu hak, idareyi geliştirmenin bir aracı olarak da değerlendirilmelidir. Bu bakımdan bilgi edinme hakkıyla, ulusal savunma ve dış ilişkiler gibi sınırlandırılması zorunlu görülen alanlar dışında idarenin elinde bulunan bilgi ve belgeye ulaşmaya imkân tanınmaktadır. Bu şekilde vatandaşlara önemli bir denetleme yetkisi aktararak kamu yönetiminin yolsuz faaliyetlerde bulunmasını, idarenin kusurlu eylem ve işlemler gerçekleştirmesini engellemeye matuf bir haktır.⁴²

³⁹ Hız/Yılmaz, s. 39.

⁴⁰ Hız/Yılmaz, s. 1.

⁴¹ Döner, s. 95.

⁴² Özkan, s. 21.

Bilgi edinme hakkı, yönetimde keyfiliği önlemek, demokratik yollarla “hesap sorabilmeyi” sağlamak gibi işlevleri açısından demokrasi-lerin vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir. Bu anlamda bilgi edinme hakkının demokratik bir rejimin gerekliliklerinden olduğunu söyleyebiliriz.⁴³ Bugün küreselleşmenin de etkisiyle yönetim anlayışında önemli değişimler yaşanmaktadır. Gizli ve dışa kapalı bir yönetim anlayışından şeffaf bir yönetime, yönetilenlerle olan ilişkilerin bizzat yönetim tarafından belirlenmesini öngören klasik yönetim modelinden ve geleneksel ağır işleyen bürokratik yapılardan katılımcı uygulamalara geçilmektedir.⁴⁴

Bu dönemde vatandaşların ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik şeffaf ve hesap verilebilir kamu hizmeti talepleri de hızla büyümektedir. Sivil toplumda önemini artırmaktadır. Günümüz demokrasi-lerinde yönetimler, toplumun bilgilenme kanallarını işleten ve bilgi edinme hakkının kullanılmasını sağlayan açık ve şeffaf yönetimlerdir. Bilgi edinme hakkı ise açık yönetimin en önemli unsurlarından olması hasebiyle, bu hakkın en geniş ve en etkili şekilde tanınmaması yönetimin şeffaflaşmasına engel olacaktır.⁴⁵ Bilgi edinme hakkı ve buna ilişkin yasal düzenlemeler, toplumun daha demokratikleşmesi ve yolsuzluğun engellenmesine katkı sağlaması bakımından önemlidir. Birçok devlette olduğu gibi ülkemiz için de bilgi edinme hakkı yeni bir kavramdır. Bu konuda dilekçe hakkı kanunu istisna tutulursa, doksanlı yıllara kadar ülkemizde herhangi bir gelişme görülmemiştir.

A. Uluslararası Hukukta Bilgi Edinme Hakkı

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 19. maddesinde;⁴⁶ herkesin görüş ve anlatım özgürlüğü hakkı olduğu ve bu hakkın karışmadan görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerdiği düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkının temelini oluşturan bu düzenleme, günümüzde giderek gelişen ve “Article 19” olarak

⁴³ Hız/Yılmaz, s. 47.

⁴⁴ Durmuş, s. 35.

⁴⁵ Hız/Yılmaz, s. 45.

⁴⁶ “Madde 19: Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmasız görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir.”

bilinen sivil toplum eylemine düşünce kaynağı olmuştur.⁴⁷ Benzer şekilde (ülkemizin 14.08.2000’de taraf olduğu) BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde;⁴⁸ herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu ve bu hakkın her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerdiği ifade edilmiştir.

Bilgi edinme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde de;⁴⁹ “Article 19” ile aynı doğrultuda; herkesin görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma-verme özgürlüğünü de içerdiği belirtilmiştir.

AB Temel İnsan Hakları Şartı’nın 11. maddesi;⁵⁰ herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğunu ve bu hakkın kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın bir görüşe

⁴⁷ Mehmet Aydan AL, Bilgi Edinme Kurulu Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 21.

⁴⁸ “Madde 19: İfade Özgürlüğü:

1. Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.
2. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.
3. Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir:
a. Başkalarının haklarına ve itibarına saygı b. Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlaki koruma.”

⁴⁹ “Madde 10: İfade Özgürlüğü

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.
2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

⁵⁰ “Madde 11: İfade ve Bilgi Özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu yetkililerinin müdahalesi olmaksızın ve sınırları dikkate almaksızın görüş sahibi olma, bilgi ve düşünce edinme ve yayma özgürlüğünü de içerir.
2. Medya özgürlüğüne ve çoğulculuğuna saygı gösterilecektir. “

sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerdiğini düzenlemektedir. Sözleşmenin 41. maddesi,⁵¹ ise iyi yönetim hakkı kapsamında, herkesin meşru sayılan gizlilik, mesleki ve iş sırrı kavramlarına saygılı olmak koşuluyla kendileri ile ilgili dosyalara erişme hakkını düzenlemiştir. Uluslararası sözleşmelerde bilgi edinme hakkı, ifade özgürlüğünün varlığı için bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle ifade özgürlüğü ile birlikte düzenlemiştir.

B. Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı

Herhangi bir hak ve özgürlük, anayasada açıkça düzenlenmişse, söz konusu hak veya özgürlük, anayasal güvence altında demektir. Kanun koyucu, bunu, yok sayacak, yasaklayacak veya anlamsız hale getirecek biçimde yasa yapamaz. Bir başka deyişle kanun koyucunun, anayasal güvenceye kavuşmuş bir hak ve özgürlüğü tanıyıp tanıma konusunda yasa yaparken takdir yetkisi yoktur. Tam tersine bu konuda gerekeni yapmak noktasında mecburiyeti söz konusudur.

1982 Anayasası'nın 74. maddesinde (3.10.2001-4709 S.K ile) yapılan değişiklikte; vatandaşların ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların, (yabancılar açısından karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla), kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. Anayasada bir süre belirtilmeyerek kişinin şahsıyla ilgili başvurusunun sonucunun gecikmeksizin yazılı olarak bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hakkın kullanılma

⁵¹ "Madde 41: İyi Yönetim Hakkı:

¹. Herkes, Birlik organları ve kurumları tarafından, işlerinin tarafsız, adil ve makul bir süre içinde çözümlenmesi (yerine getirilmesi) hakkına sahiptir.

². Bu hak şunları içerir:

- Kişilerin haklarında kendilerini olumsuz olarak etkileyecek kişisel önlemlerin alınmasından önce dinlenme(savunma) hakkı,
- Meşru sayılan gizlilik, mesleki sır ve iş sırrı kavramlarına saygılı olmak koşuluyla kişilerin kendileri ile ilgili dosyalara erişme hakkı,
- Yönetimin kararlarını gerçekleştirmesi zorunluluğu.

³. Herkes, Birliğe ait kuruluşların görevlerini yaparken yol açabilecekleri zararların Üye Devletlerin hukuklarının ortaklaşa kabul ettiği ilkelere uygun olarak giderilmesini istemek hakkına sahiptir.

⁴. Herkes, Birlik kurumlarına Anlaşma'nın kabul ettiği dillerden biri ile yazabilir ve kişilere bu dil kullanılarak yanıt verilmesi zorunludur."

biçimini düzenleyen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (BEHK) 9 Ekim 2003'de kabul edilmiştir. BEHK, anayasal güvenceye kavuşan bilgi edinme hakkının sonucu olarak karşımıza çıkmıştır. Keza Anayasa'nın 74. maddesine (07.05.2010-5982 S.K./8. md. ile) yapılan değişiklikle "*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.*" ifadesi ek fıkra olarak eklenmek suretiyle, bilgi edinme hakkının anayasada açıkça yer alması sağlanmıştır.

BEHK'nın kabul edilmesinde kuşkusuz Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin, uluslararası sözleşme hükümlerinin ve Avrupa Birliği mevzuatının da etkisi olmuştur. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 21 Şubat 2002 tarihli Tavsiye Mektubu da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁵² Kanun 24 Ekim 2004 tarihli ve 25269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayımından itibaren 6 ay sonra 24 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. BEHK'nın 31. maddesi gereğince hazırlanan uygulama yönetmeliği ise 27 Nisan 2004 tarihinde yayımlanmıştır.

Kanun'un amacı birinci maddede; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olarak belirtilmiştir. Kanun'un genel gerekçesinde de kamuoyu denetimi güçlendirilen, kamu güveni daha yüksek ve bireylere daha yakın, demokratik ve şeffaf bir yönetim oluşturularak, devletin demokratik karakterinin güçlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.⁵³ Belirtilen amaçlara ulaşabilmek için bilgi edinme hakkının kullanımına yönelik usul ve esaslar ile hakkın sınırları yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Yasa koyucu bilgi edinme hakkının; eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kullanılmasını da gerekli görmüştür. Bilgi edinme hakkı, kanunda tanımlanmamıştır. Bilgi edinme hakkı dar anlamda, hakkında işlem yapılan ya da yapılacak olan, karar alınan ya da alınacak olan kişilerin yönetimden ihtiyaç duydukları bilgileri öğrenebilmeleri temeline dayanmaktadır. Geniş anlamda ise, yönetimin elinde bulundurduğu her türlü bilgi, belge ve verilere ulaşabilme-yi ifade eder. Kanunun 3/b ve 4. maddelerinden vatandaşların bilgi

⁵² Akşener/Çakmakçı, s. 19.

⁵³ Akşener/Çakmakçı, s. 48-49.

edinme hakkını kullanabilmeleri için “*ilgili olmak*” şartının söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.⁵⁴ Ancak yabancıların isteyecekleri bilgi veya belgeyle alakalı olarak, kendileri ya da faaliyetleriyle ilgili olması şartı gerekmektedir.⁵⁵

Yasa koyucunun, BEHK ile yönetimde demokrasi ve şeffaflığı sağlamayı amaçlamış olması nedeniyle, yargı organlarının yargı faaliyetleri ile TBMM’nin yasama faaliyetlerinin kanun kapsamına dahil olmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte belirtilen kurumların idare fonksiyonu kapsamında yürüttükleri faaliyetlerin ise kanun kapsamındadır. Kanunun 2. maddesinde kapsam belirtilmiştir. Buna göre; “*Bu kanun; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır.*” Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun Uygulanmasına ilişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte ise bu husus somutlaştırılmış ve kapsamdaki idareler sayılmıştır. Genel olarak kapsam incelendiğinde, kapsam belirlenirken “*organik anlamda idare*” anlayışından hareket edildiği görülmektedir. Organik anlamda idare bütün kamu kurum ve kuruluşlarını ifade etmektedir.⁵⁶ İstisnasını ise yasama ve yargı organları oluşturmaktadır. Yürütme organı içindeki istisnası ise Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruludur. Özel kesimde yer alan kişi ve kuruluşlar kanun kapsamına alınmamıştır.

C. Bilgi Edinme Hakkının Sınırları

Bilgi edinme hakkının sınırlarından kasıt, idareden istenemeyecek ya da istendiğinde idarenin vermek zorunda olmadığı bilgi ve belgeler anlaşılmalıdır. Bir kişinin hak ve özgürlüğünün başladığı yerde, diğer kişinin hak ve özgürlüğü biter.⁵⁷ Dolayısıyla, bir özgürlüğün sınırının, diğer bir özgürlüğün başladığı yerde bitmesi gibi, bilgi edinme hakkının da bir sınırı vardır.⁵⁸ Çağlayan’a göre bütün haklar gibi bilgi edinme hakkının da bir sınırı vardır ve bu hak belirlenen sınırlara uygun kullanılmak zorundadır. Önemli olan temel hak ve özgürlüklerin, daha verimli ve etkin kullanılabilmesi için, özlerine dokunulmaksi-

⁵⁴ Hız/Yılmaz, s. 67

⁵⁵ Özkan, s. 73.

⁵⁶ Akşener/Çakmakçı, s. 53-54.

⁵⁷ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Y., Ankara, 2013, s. 459.

⁵⁸ Ayhan Küçük, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın ihlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, S. 81, Nisan-Haziran, 2011.

zın sınırlandırılması suretiyle kamusal çıkarlarla aralarında dengeyi oluşturabilmektir.⁵⁹

İdarenin elindeki bilgi ve belgelerin çeşitli nedenlerle açıklanmasının istenmediği durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde idari bilgileri elde etmedeki bireysel çıkarla, idarenin bilgi ve belgeleri saklamasındaki kamusal çıkar arasında hassas bir dengenin kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, kamusal yararın gerektirdiği durumlarda, özüne dokunmamak ve bilginin elde edilmesindeki bireysel yararlar idarenin bilgi ve belgeyi açıklamasındaki denge gözetilmek kaydıyla bilgi edinme hakkına bazı sınırlamalar getirilmesi mümkündür.⁶⁰

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de bilgi edinme hakkının, demokratik bir toplumda, ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması, sağlığın, ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 21.02.2002 tarihli tavsiye kararında da, ulusal güvenlik, savunma, kamu güvenliği, suç oluşturan eylemlerin önlenmesi, araştırılması ve kovuşturulması, ticari ve diğer ekonomik çıkarlar, kamu yetkililerince yapılan inceleme, denetim ve gözetim, devletin ekonomik, parasal ve döviz politikalarına ilişkin olmak üzere kanun ile bilgi edinme hakkının sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir.⁶¹ Bu hakka ilişkin ülkemizde var olan sınırlama sebeplerine geçmeden önce, bilgi edinme hakkı kanununa sahip diğer ülkelerdeki sınırlamalar da genel olarak; milli savunma, dış ilişkiler, ülkenin ekonomik çıkarı, özel yaşamın gizliliği, ve ticari sırlara ilişkin bilgilerle ilgilidir.⁶²

BEHK'nın dördüncü bölümde 15. ve 28. maddeler arasında BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AİHS doğrultusunda bu hakkın

⁵⁹ Ramazan Çağlayan, "İdare Hukuk Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", İdari Usul Kanunu Hazırlığı-Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, IV. Oturum, s. 236'dan aktaran N. İlker Çolak, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri", s. 1. <http://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/> (01.11.2014); Döner, s. 105.

⁶⁰ Döner, s. 105-106.

⁶¹ Yılmazoğlu, s. 64.

⁶² Kaya, s. 251.

sınırları düzenlenmiştir. Ancak 14 maddede düzenlenen bu sınırlamaların sözleşmelerde belirlenenden daha geniş bir alanı kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sınırlama sebeplerinden “*Devlet Sırrına İlişkin*” sınırlama hariç diğer sınırlama sebeplerini, başka bir ifadeyle istisna hükümlerini genel hatlarıyla açıkladıktan sonra, devlet sırrına ilişkin sınırlama sebebini ayrı bir bölüm altında incelemeye çalışacağız.

1. Yargı Denetimi Dışında Kalan İşlemler

BEHK’nın 15. maddesine göre; yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, bilgi edinme hakkı kapsamındadır. Ancak bu şekilde sağlanan bilgi edinme hakkı, işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmaz. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yargı denetimi dışında bırakılan Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemler ile Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu ve Yüksek Askeri Şura’nın yargı denetimi dışında kalan kararları için bilgi edinme başvurusu yapıldığında, bu başvurular bilgi edinme hakkının kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle reddedilmesi durumudur. Ancak belirtilen kararlardan kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar bilgi edinme hakkı kapsamındadır. Örneğin, HSYK tarafından birinci sınıfa ayrılması uygun görülmeyen bir hâkim veya savcının, bilgi edinme hakkı kapsamında bu işlemin gerekçesi hakkında Adalet Bakanlığı’ndan talepte bulunma ve işlemin nedenini öğrenme hakkı bulunmaktadır. Ancak elde edilen bilgi ve belge, ilgilinin işleme karşı yargı yoluna gidebilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Burada yargı yoluna başvurulamayacak bir bilginin ne faydası olabilir gibi bir düşünce akla gelse de idarenin yapacağı bu kabilden işlemin sebebinin ilgili tarafından öğrenilebileceğini hatta kamuoyunda bilinebileceğini öngörerek hareket etmesi idareyi daha dikkatli olmaya, hukuka uygun davranmaya itecektir.⁶³

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK) bir kararında, Cumhuriyet Savcısı olarak göreve başladığı tarihinden itibaren hakkında 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu kapsamında düzenlenen sicil

⁶³ Özkan, s. 78.

fişleri ile müfettiş hal kâğıtlarının örneklerini Adalet Bakanlığı'ndan isteyen başvuru sahibinin talebini olumlu karşılamış ve hâkim-savcılarının kademe ilerlemesi, derece yükselmesi gibi hususlarda dikkate alınan sicil raporları ile müfettiş hal kâğıtlarının, hâkim ve savcılarının çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olduğunun hiçbir izaha yer bırakmayacak derecede açık olduğunu, bu nedenle talep konusu işlemin gizli ve kişiye özel bir yazı ile başvuru sahibine verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴ 15. maddede istisna tutulan adı geçen kurumlar ve onların yapmış oldukları bütün işlemler değil, belli nitelikteki bilgi ve belgelerdir.⁶⁵

2. Ülkenin Ekonomik Çıkarlarına İlişkin Bilgi veya Belgeler

BEHK'nın 17. maddesine göre; açıklanması ya da zamanından önce açıklanması durumunda ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi ve belgeler istisna kapsamındadır. Ancak ekonomik çıkar çok soyut ve içerisi doldurulması gereken bir kavramdır. Örneğin, paranın devalüe edilmesi konusundaki bir hükümet planının önceden bilinmesi, hem paradan kaçışı hızlandırıp kargaşa doğurur hem de spekülâtlara haksız kazanç sağlar ve bu politikadan beklenen amaca ulaşamaz.⁶⁶

BEDK bir kararında, başvuru sahibinin talep ettiği bilgi ve belgelerden alınan cihazların marka ve modelleri ile bu cihazların hangi noktadaki diğer cihazlara bağlı olarak çalıştığı bilgisinin, ülkenin ekonomik çıkarı istisnasına girdiğinden bahisle bilgi edinme hakkı kapsamında olmadığına karar vermiştir.⁶⁷

3. İstihbarata İlişkin Bilgi veya Belgeler

İstihbarat kelime anlamı olarak bilgi toplama, haber alma anlamına gelmektedir. Genel olarak istihbarat; hemen veya gelecekte olması muhtemel gelişmelerde plan, politika veya harekâtın saptanması, bir veya birden fazla ülkeyi veya bölgeyi ilgilendiren, elde edilebilir bütün bilgilerin toplanması, değerlendirilmesi, analizi, birleştirilmesi ve yo-

⁶⁴ BEDK, KT 04.04.2007, KS 2007/277.

⁶⁵ Hız/Yılmaz, s. 103.

⁶⁶ Kaya, 260-261.

⁶⁷ BEDK, KT 11.02.2005, KS 2005/80.

rumlanmasıdır.⁶⁸ BEHK'nın 18. maddesinde istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler hakkında; *"Sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, bu kanun kapsamı dışındadır. Ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı içindedir."* şeklinde düzenlemiştir. Buna göre bir istihbari bilginin açıklanması için, bilginin ilgilinin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyici nitelikte olması ve ilgilisi hakkında bir işleme esas olarak değerlendirilmiş olması gerekmektedir.⁶⁹ Bir işleme esas tutulmayan kayıtlara bilgi edinme hakkı kapsamında ulaşılamayacaktır.⁷⁰

BEDK buna ilişkin bir kararında, Uzman Jandarma Okulundan ilişkisi kesilen başvuranın, bu işleme neden olan bilgi ve belgelerin verilmesi talebini, yönetmeliğin 29. maddesi kapsamında kabul ederek, başvuru sahibine verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷¹

4. İdarî Soruşturmaya İlişkin Bilgi veya Belgeler

İdari soruşturma kurumların personelleri hakkında mevzuata aykırı davranışları nedeniyle başlattıkları soruşturmadır. Buna ilişkin bilgi veya belgelerden, açıklanması ya da zamanından önce açıklanması halinde zarar doğurma ihtimali bulunanlar, bilgi edinme hakkının istisnasıdır. Bunlar BEHK'nın 19. maddesi kapsamında tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre *"Kurum ve kuruluşların yetkili birimlerinde yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde;*

- a) Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak,
- b) Kişilerin veya soruşturmayı yürüten görevlilerin hayatını veya güvenliğini tehlikeye sokacak,
- c) Soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek,
- d) Gizli kalması gereken kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kanunu kapsamı dışındadır."

⁶⁸ Kaya, s. 261; Yılmazoğlu, s. 82.

⁶⁹ Özkan, s. 88.

⁷⁰ Kaya, s. 261.

⁷¹ BEDK, KT 20.09.2004, KS 2004/104.

Ancak burada önemli olan sadece idari soruşturmanın devam ettiği zaman sürecinde ve maddede sayılan gerekçeler ile bilgi edinme hakkı kapsamına istisna getirildiği hususudur. İdari soruşturma tamamlandıktan sonra bu maddeye dayanılarak bilgi veya belgeye erişim engellenemez.⁷²

BEDK bir kararında, kınama cezasına dayanak teşkil eden soruşturma raporu ile dosyanın her türlü eklerinin istenilmesi talebi hakkında; soruşturma dosyasında yer alan öğrencilerin isimlerinin ve ifade tutanaklarının 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 19. maddesinin a, b ve d bentleri gereği olarak erişime açılmayacaklarına, bu bilgi ve belgeler evraktan çıkartıldıktan sonra dosyasının ekleriyle birlikte talep edene verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁷³

5. Adli Soruşturma ve Kovuşturmaya İlişkin Bilgi veya Belgeler

Bilgi edinme hakkının bir sınırı da adli soruşturma veya kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgelerdir. BEHK'nın 20. maddesinde açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde;

"a) Suç işlenmesine yol açacak,

b) Suçların önlenmesi veya soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek,

c) Yargılamayı engelleyecek bilgi ve belgeler

d) Hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek, nitelikte bilgi ve belgeler" istisna kapsamında tutmuştur. Düzenlemede idari soruşturmada olduğu gibi adli soruşturmaya konu olan haller sayılarak, bu hallerde bilgi ve belgeye erişim engellenmiştir.

BEDK bir kararında, Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilen takipsizlik kararına ilişkin soruşturma evrakının 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 143. maddesi kapsamında bulunan bir hazırlık soruşturması evrakı olması nedeniyle, kanunun 20. maddesinin ikinci fıkrasındaki istisna kapsamında olduğuna karar vermiştir.⁷⁴

⁷² Hız/Yılmaz, s.108.

⁷³ BEDK, KT 05.03.2008, KS 2008/196.

⁷⁴ BEDK, KT 01.11.2004, KS 2004/165,

6. Özel Hayatın Gizliliği

İnsan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yönü vardır. Hayatın genel yönü; kişinin herkese açık olan, diğer insanlarla paylaştığı ve sosyal yaşamın gereği olarak toplumca bilinen ve görülebilen geniş alanını ifade eder. Hayatın özel yönü ise; kişinin herkese açık olmayan, yalnızca kendisinin tercih ettiği insanlarla paylaşmak istediği, diğer insanların denetim ve gözetiminden uzak olan eylemlerinin ve bunların meydana getirdiği olayların yaşandığı hususi alanı ifade eder. Özel hayatın, gizlilik duygusunun insan hayatında karşılığını bulduğu bu çekirdek alan, başkalarının müdahale edemeyeceği ve bihaber kalması gereken sınırı oluşturur.⁷⁵ Anayasa'nın 20'inci maddesinde düzenlenen "*özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*" hükmü ile de birebir örtüşen bilgi edinme hakkının sınırı olarak özel hayatın gizliliği maddesi, hemen-hemen herkesin üzerinde olumlu olarak hem fikir olduğu bir düzenleme olmuştur.⁷⁶

BEHK'nın 21. maddesinde; özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır. Tabii ki rızanın bulunması halinde sınırlama söz konusu olmayacaktır. Kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilmek ve ilgilinin yazılı rızası alınmak koşulu ile açıklanabilir.

BEDK bir kararında doçentlik jüri listesinin talep edilmesi üzerine, talep edilen jüri listesinin 4982 sayılı Kanun'un 21. maddesi kapsamında kişilerin özel hayatına ve mesleki değerlerine haksız müdahale oluşturacak nitelikte bilgi ve belgelerden olmadığına karar vermiştir.⁷⁷ BEDK bir başka kararında ise maaş bordrolarına yönelik bilgi talebinin özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil etmeyeceğine karar verirken, kamusal kaynakların ne şekilde harcandığı bilgisinin bu kamusal yetki ve ayrıcalıklarının asıl kaynağı olan kamuya açık olmasının

⁷⁵ Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Kitabevi, İstanbul 1999, s. 245-246.

⁷⁶ Kaya, s. 268.

⁷⁷ BEDK, KT 17.01.2005, KS 2005/38.

demokratik devlet ve şeffaf yönetim anlayışının bir gereği olduğunu, maaş bordrolarının da bu kapsamda özel hayata ilişkin bir bilgi olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü kamu çalışanlarının ücretlerinin bu ücretlerin kaynağı göz önünde tutulduğunda özel bir bilgi değil kamusal bir bilgi olduğunu gerekçe olarak göstermiştir.⁷⁸

7. Haberleşmenin Gizliliği

1982 Anayasası'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen, 22. maddesinde *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."* hükmü yer alır. BEHK'nın 22. maddesinde de, bu düzenlemeye uyar şekilde hakkın bir istisnası olarak, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek bilgi veya belgelerin, bu kanun kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir.

Haberleşmenin gizliliği, esasında kişinin özel hayatını koruyan bir diğer özgürlük tipidir. BEHK'nın 22. maddesinde yer verilen bu düzenleme nedeniyle, kurum ve kuruluşlarca kişilerin haberleşmelerine ilişkin telefon görüşmesi, mektup, elektronik iletişim vb. kayıtların, ilgili kişilerin rızası olsa bile üçüncü kişilere verilmemesi gerekmektedir. Ayrıca TCK'nın *"Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması"* kenar başlıklı 133'üncü maddesinde, kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlenmesi veya bunların bir ses alma cihazı ile kaydedilmesi, aleni olmayan bir konuşmanın, diğer konuşanların rızası olmadan ses kayıt cihazı ile kaydedilmesi ile bu fiillerden biri işlenerek elde edilen bilgilerden faydalanılması, bunların başkalarına verilmesi, diğer kişilerin bilgi edinmelerinin temin edilmesi veya bu konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması eylemleri cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

BEDK bir kararında; TBMM soruşturma komisyonunu tarafından Ziraat Bankası'na yazılan ve başvuranın banka hakkında asılsız iddialarda bulunduğu ilişkin yazı ve raporun, haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek erişime açılması gerektiğine karar vermiştir.⁷⁹

⁷⁸ BEDK, KT 20.12.2004, KS 2004/213.

⁷⁹ BEDK, KT 20.09.2004, KS 2004/82.

8. Ticarî Sır

Ticari sır; üçüncü şahıslardan gizli tutulan ve diğer kuruluşlar tarafından ulaşılamayan, ticari ve ekonomik değeri olan ve maliki durumunda bulunan tacir tarafından bilinilmemesi yönünde tedbir alınmış olan bilgiyi ifade etmektedir.⁸⁰ Ticari işletmelere ilişkin ticari, ekonomik, sınaî nitelikteki bilgilerin gizli tutulması onların varlıklarını devam ettirebilmeleri bakımından esastır. Ticari sırrın açıklanması, haberleşmenin gizliliğini ihlal eyleminde olduğu gibi TCK'da cezai yaptırıma bağlanmıştır. *"Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması"* başlığını taşıyan 239'uncu maddeye göre sıfat veya görevi meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrını açıklayan kişilere, şikayet üzerine ceza verileceği düzenlenmiştir.⁸¹

BEDK bir kararında; PTT Başmüdürlüğüne ait bilançolar ve ekleri, misafirhane ve sosyal tesislerden elde edilen gelirler, alınan alet, edevat, her türlü hizmet ve malzemeler listesi, yakıt masrafları, elektrik giderleri, su giderleri, telefon, faks, internet, özel ve müteahhit firma isimleriyle birlikte bu firmalara ödenen para miktarları, ödenen paraların tarihleri ile ilgili ayrıntıları kapsayan bilgi ve belgelerin verilmemesi ile ilgili olarak, bu bilgi ve belgelerin bir kamu kuruluşunun yaptığı alımlar, giderler ve ödemelerle ilgili olduğundan, ticari sır sayılabilecek bir husus bulunduğundan talebin reddini uygun bulmuştur.⁸² Ancak PTT'nin tekel nitelikte sayılabilecek hizmeti ve kamusal yönü nazara alındığında, buradaki talebin ticari sır kapsamında değerlendirilmesi kanaatimizce yerinde bir yaklaşım değildir. Kamu kuruluşu olan bir kurumun harcamalarının bilinmesi demokratik ve şeffaf bir devletin özelliklerinden olup, bilgi edinme hakkının da bir gereğidir. Burada talep edilen bilginin kapsamının geniş olması eğer bu kararda etkili olmuş ise başvurucunun talep edeceği bilgilerin kapsamını daraltmasını, belli çerçevede münhasırlaştırılmasını, bunun sonucunda talep edilen bilginin verilmesi yönünde yaklaşım sergilenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

⁸⁰ Özkan, s. 85.

⁸¹ Kaya, s. 279.

⁸² BEDK., KT 27.04.2005, KS 2005/275.

9. Fikir ve Sanat Eserleri

Bilgi edinme hakkının sınırlarından birini de fikir ve sanat hakları oluşturmaktadır. BEHK'nın 24. maddesinde; *"fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak yapılacak bilgi edinme başvuruları hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır."* demek suretiyle, fikir ve sanat eserlerinin tamamı bu kanun kapsamı dışında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bu hüküm fikir ve sanat eserlerinin niteliğinden kaynaklanan zorunlu bir düzenlemedir. Maddede, sadece fikir ve sanat eserlerinin ifade edilmesi eleştirilmiştir. Buna göre; fikir ve sanat eserleri, fikri mülkiyet hukukunun sadece bir bölümünü oluşturduğundan maddenin kenar başlığının fikri ve sınai haklar hukukunun tüm alanlarını (patent, faydalı model, marka, tasarım, fikir ve sanat eserleri) kapsayacak şekilde düzenlenmesi ve özellikle de tescil öncesi veya eser sahibinin açıklama iradesinden önceki safhanın da bu maddenin kapsamına alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁸³

BEDK, 17.10.2004 tarihinde ÖSYM tarafından yapılan idari yargı hâkim adaylığı sınavı soru ve cevaplarının, fikir eseri olduğu gerekçeyle ilgiliye verilmemesiyle ilgili yapılan başvuru sonucunda; bir kurumun hazırladığı sorular üzerinde telif hakkının olmasının doğal olduğunu, ancak söz konusu soruların bir kamusal sınavda kullanıldığı için kamunun elinde bulunan bir bilgi ve belge niteliğini kazandığını, 4982 sayılı Kanun kapsamında kamuya ve ilgililere açık hale geldiğini belirterek, sınav soru ve cevaplarının ilgiliye verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁴

10. Kurum İçi Düzenlemeler

BEHK'nın 25. maddesinde; kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeleri hakkındaki bilgi veya belgeleri, bilgi edinme hakkının kapsamı dışında tutmuştur. Maddenin devamında ise söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme haklarının saklı olduğu belirtilmiştir. Düzenleme ile bir anlamda *"ilgili olma"* şartı getirilerek, bilgi edinme hakkının istisnası yaratılmış

⁸³ Zengin, s.109.

⁸⁴ BEDK, KT 18.05.2005, KS 2005/345.

ve sadece ilgili kurumda çalışan ve söz konusu kurum içi düzenlemelerden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme hakkı kabul edilmiştir.⁸⁵

BEDK bir kararında; kurumda ikinci hukuk müşavirliği kadrosuna atama yapıp yapılmadığı, atama yapılması durumunda atanan kişinin adı ve soyadının bildirilmesine ilişkin bilgi edinme başvurusunun herhangi bir kişi tarafından yapılması halinde BEHK'nın 25. maddesi kapsamında değerlendirileceği, ancak başvuruda bulunan kişinin kurumda 13 yıl hukuk müşavirliği yapmış olması sebebiyle, istisna kapsamına girmediğinden talep edilen bilginin verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁶ BEDK başka bir kararında, Mersin Merkez ve Erdemli İlçesinde 2006-2007 Eğitim- Öğretim Yılı içerisinde ataması gerçekleştirilen Felsefe grubu öğretmenlerinin hizmet puanlarının istenilmesini, BEHK'nın 25. maddesini gerekçe göstermek suretiyle reddetmiştir.⁸⁷ Öğretmen atamaları 2001 yılından itibaren Türkiye genelinde uygulanan KPSS sınav sonuçlarına göre yapılmaktadır. Bu nedenle atamalarda başka bir tesirin-torpilin olmaması gerektiği açıktır. Bu husus ilgili kurumdan ziyade, genele şamil ve atama sistemini ilgilendiren bir durum olması hasebiyle atamalarda şüpheye düşen vatandaşın bilgi edinme hakkı gereğince bu talebinin karşılanmaması kanaatimizce yerinde olmamıştır.

11. Kurum İçi Görüş-Bilgi Notu ve Tavsiyeler

Bilgi Edinme Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenen kurum içi görüş bilgi notu ve tavsiyeler şeklinde yapılan düzenleme, bilgi edinme hakkının diğer bir sınırını oluşturmaktadır. Kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere, elde ettikleri görüş bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler kurum ve kuruluşlar tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamındadır. Aksinin kararlaştırılabileceği kanun kapsamında ortaya konmuştur. Bilgi ve belgeyi verecek olan taraf ile aksini kararlaştıracak olanın da idare olduğu hususu nazara alındığında bu hükmün keyfi karar almaya müsait olduğunu söylemek zor olmayacaktır.

⁸⁵ Hız/Yılmaz, s. 114.

⁸⁶ BEDK, KT 06.04.2005, KS 2005/233.

⁸⁷ BEDK, KT 26.09.2007, KS 2007/1015.

Ancak bu konuda istisnanın istisnası öngörülerek; bilimsel, kültürel, istatistik, teknik, tıbbi, mali, hukuki ve benzeri uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yükümlülüğü bulunan kişilerin görüşleri, eğer idarelerin kararlarına dayanak teşkil ediyorsa istisna uygulanmayarak bu görüşlere erişilebilmektedir.⁸⁸ BEDK aksi kararlaştırılmamış olması durumunda bu bilgilerin erişime açılması gerektiğine karar vermektedir. Bu konuda esasa girmeden, şekli bir değerlendirme yapmaktadır. BEDK bir kararında; SSK Başkanlığı'ndan talep edilen bilgi ve belgelerin aksi kararlaştırılmamış ise erişime açılması gerektiğine karar vermiştir.⁸⁹ Kurul dikkat çekici bir kararında ise Kamu Personel Kanunu Taslağı'nın 26. madde uyarınca verilmemesinde bir aykırılık görmemiştir. Bununla birlikte taslağın hangi kurul ya da kurullarda görüşüldüğü bilgisinin verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁰

12. Tavsiye ve Mütalaa Talepleri

BEHK'nın 27. maddesinde; kamu kurum veya kuruluşlardan istenecek tavsiye ve mütalaa (öneri ve görüş) istemleri bilgi edinme hakkı kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Tavsiye ve mütalaa taleplerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda hem kanun gerekçesinde hem de BEHK da bir açıklık bulunmamaktadır. Tavsiye sözlük anlamı itibariyle öğütleme, yol gösterme anlamındadır. Mütalaa ise görüş, düşünce olarak tanımlanmaktadır. BEDK'ya göre mütalaa veya tavsiye niteliğinde, kayıtlara geçmiş bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamında olup istisna dışındadır. Ancak talep edilen bilginin kurumca oluşturulması gereken mütalaa ve tavsiye talebi olması halinde istisna kapsamında kabul edilmelidir.⁹¹

Milli Güvenlik Siyaset Belgesinin hukuk hiyerarşisindeki yeri, bu belgenin gizli olduğuna hangi kurum tarafından hangi yasaya dayanılarak karar verildiğine ilişkin bilgiler mütalaa talebi niteliğindedir.⁹² Bilgi edinme hakkının temel amacı şeffaflığı sağlamaktır. Hukuk devletinde devletin açıklayamayacağı işlemler çok-çok sınırlı olmalıdır. Milli Güvenlik Siyaset Belgesi gibi bütün vatandaşları ilgilendiren bir

⁸⁸ Çağlayan, s. 461.

⁸⁹ Yılmazoğlu, s. 114-115.

⁹⁰ BEDK, KT 20.12.2004, KS 2004/241.

⁹¹ Hız/Yılmaz, s. 114.

⁹² BEDK, KT 11.02.2005, KS 2005/88.

belgeye yönelik yukarıda açıklanan talebin karşılanmamış olması, şeffaflıkla açıklanamaz. Bu yönüyle BEDK'nın kararı yerinde değil kanaatindeyiz.

BEDK bir kararında, okuldan alınan hasta sevk kâğıtlarının hastane dönüşünde bir nüshasının okula verilmesinin gerekip gerekmediği; gerekiyor ise bu zorunluluğa neden olan kanun, yönetmelik, genelge hakkında yazılı olarak bilgi verilmesi talebini, mütalaa talebi niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden itirazın reddine karar vermiştir.⁹³

13. Gizliliği Kaldırılan Bilgi veya Belgeler

BEHK'nın 28. maddesinde; gizliliği kaldırılmış olan bilgi veya belgeler, bu kanunda belirtilen diğer istisnalar kapsamına girmiyor ise bilgi edinme başvurularına açık hâle gelmektedir. Bu hüküm, kanunun en sakıncalı maddelerinden biri olarak görülmektedir. Çünkü bilgi veya belgenin gizli olmasını haklı kılan sebepler kanunlarda öngörülmüştür. Gizliliğin kalkması demek kanunla belirlenen haklı nedenlerin olmadığı anlamına gelir. Eğer herhangi bir nedenle bilgi veya belgeye ulaşılamayacak ise aslında gizliliğin kalkmadığı anlamına gelmektedir ki buda bilgi edinme yasasını anlamsızlaştırmaktadır.⁹⁴

Bununla birlikte Devlet Sırrı Kanun Tasarısı (DSKT) gizlilik derecesi verme yetkisini daraltmıştır. Yine belgelerin gizliliği iki yılda bir gözden geçirilecek, bu niteliklerini kaybeden bilgilerin gizlilik dereceleri kaldırılması öngörülmektedir. BEDK bir kararında; yardımcı doçentlik kadrosuna atanmaya dayanak oluşturan jüri raporlarının, gizlilik kaydı taşıyan belgelerin gizliliği kaldırılmadıkça bilgi edinme başvurularına açık olmadığı gerekçesiyle reddedilmesini BEHK'ya uygun bulmamıştır.⁹⁵ BEDK, kanunun 9 ve 28. maddelerinde yer alan hükümlerinin bilgi edinme hakkının istisnalarını düzenlemediğini, söz konusu maddelerde yer alan "gizlilik dereceli" ifadesinden bütün gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulduğu anlamının çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Kanunun 16. maddesinden açıkça anlaşılacağı üzere, sadece açıklanması hâlinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek

⁹³ BEDK, KT 09.01.2008, KS 2008/40.

⁹⁴ Kaya, s. 282.

⁹⁵ BEDK, KT 18.05.2005, KS 2005/358.

ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulmaktadır.⁹⁶

14. Çevre Kanunu İle Getirilen Sınırlama

Çevre hakkı, bir insan hakkı olarak anayasal hak niteliği taşımaktadır. Anayasanın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Düzenlemede bu hakkın korunmasının devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Aynı doğrultuda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 30. maddesine göre, çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir. Bu düzenleme çevre ile ilgili hususlarda bilgiye erişim konusunda önemli ve çağdaş bir düzenlemedir.⁹⁷

Çevre Kanunu'nun 30. maddesinde 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile maddenin başlığı "*İdari Makamlara Başvurma*" iken "*Bilgi Edinme ve Başvuru Hakkı*" olarak değiştirilmiştir. Yine aynı kanun ile herkesin bilgi edinme hakkı kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahip olduğu; ancak açıklanması halinde üreme alanları, nadir türler gibi çevresel değerlere zarar verecek bilgilere ilişkin taleplerin karşılanmayacağı belirtilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİ EDİNME HAKININ SINIRLARINDAN DEVLET SIRRI

I. GENEL OLARAK

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 16. maddesinde; açıklanması hâlinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan bilgi veya belgelerin, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Kanuna göre bilgi veya belgelerin istisna kapsamında olması için; devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar vermesi ve niteliği itibarıyla devlet sırrı

⁹⁶ Al, s. 168; Yılmazoğlu, s. 119.

⁹⁷ Hız/Yılmaz, s. 51.

olan gizlilik derecesi olması gerekmektedir. Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 27'nci maddesi de aynı hükmü tekrar etmiştir. Madde düzenlemesinde devlet sırrı kavramı tanımlanmamıştır. Bilgi edinme hakkının istisnasını oluşturan “devlet sırrı” kavramının tanımlanmamış olması, hakkın kullanımını doğrudan etkileyebilecek önemli bir sorun niteliğindedir.

Devlet sırları öğretide tanımlanması güç olarak kabul edilirken daha önce kadük olan sonra tekrar meclise sunulan ancak bir türlü yasalaşmayan Devlet Sırları Kanunu Tasarısında (DSKT) “devlet sırrı” iki ayrı kapsamda ele alınmıştır. Bunlar “devlet sırrı” ve “niteliği gereği gizli kalması gereken bilgi ve belgeler”dir. DSKT’nin 3. maddesinin birinci fıkrasına göre devlet sırrı; açıklanması ve öğrenilmesi devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek, bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgeler olarak ifade edilmiştir. Tasarı yasalaşmadığı için devlet sırrı kapsamına giren bilgi ve belgelerin belirlenmesinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ve yargı kararlarının yol gösterici olması beklenmektedir.⁹⁸

Devletin kendine özgü, korunması gereken yararlarının bulunduğu anlayışına dayanan antidemokratik siyasal sistemlerde, bireyin bilgilenmesi, ne hak, ne de görevdir. Bu sistemlerde, bilgilenmenin sınırlandırılması, “devlete özgü yararlar” kapsamındadır. Diğer bir ifadeyle, antidemokratik sistemlerde birey açısından, “bilgiye açık”, “bilgiye kapalı” alanlar yaratılır. Bilgilenme hakkını ve dolayısıyla şeffaf yönetimi güvenceye almak, ancak bireysel bilgilenme hakkının kabul edilmesi, devlet sırrı kavramının sınırlandırılması ve bilgi dolaşımını engelleyen, antidemokratik yaklaşımların giderilmesiyle mümkün olabilir. Eğer devlet sırrı kavramının yasal bir tanımı yapılmazsa ve hangi bilgilerin devlet sırrı kapsamına gireceği yasada sayma yoluyla belirlenmezse, bu kavramın içinin doldurulması yönetimin takdirine bırakılmış olur.⁹⁹ Bu durumda yönetim, istediği bilgi ve belgeleri devlet sırrı kapsamına sokarak bilgi edinme hakkının kullanılmasının önüne geçebilir ki bu da gerçek anlamda yönetimde açıklığın sağlanmasını engeller.

⁹⁸ Hız/Yılmaz, s. 104-105.

⁹⁹ Küçük, s. 115; Kırıkk, s. 150.

II. SIR KAVRAMI VE KAPSAMI

“Sır” köken itibariyle Arapça’dan gelen bir sözcük olup, sözlük anlamı; gizli tutulup açıklanmaması gereken, yani bilmek hakkı olan kişiler dışında kalanların ulaşamadığı bilgiyi ifade etmektedir.¹⁰⁰ En genel tanımıyla sırrı şöyle ifade edebiliriz; açıklanmasında sahibinin sakınca gördüğü, başkaları tarafından bilinmeyen ve bilinmesi de istenmeyen şeylerdir. Ayrıca bir hususun sır olabilmesi için bunun gizliliği ve başkaları tarafından öğrenilmemesi yönünde sahibinin bir eylem ya da işleminin olması gerekmektedir. Tüm bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere “sır kavramı” özü itibariyle, saklanması gereken bilgiyi ifade eder¹⁰¹. Bu anlamda sır kavramının genelde bir komplo enstrümanı olarak düşünüldüğü rahatlıkla söylenebilir. Benzer şekilde sır kültürü genel olarak kötü yönetim, yetersizlik, yozlaşma ve yolsuzluk kavramlarını çağrıştırmaktadır.¹⁰² Oysa bilgi demokrasinin oksijenidir. Kişiler toplumda olup-biteni bilmiyor ve yöneticilerin almış oldukları kararlardan habersizler toplum içinde anlamlı bir şekilde yer alamazlar. Ayrıca kötü yönetimler varlıklarını sürdürebilmek için gizliliğe başvurmakla kalmazlar, varlıklarını sağlamlaştırmak için savurganlık ve yozlaşmaya izin verirler. Nobel ödülü almış olan Amartya Sen’e göre demokratik bir hükümetin yönetiminde olduğu bir ülkede gerçek anlamda fakirlik görülmez ve nispeten özgür bir basın vardır.¹⁰³ Bu görüşün mefhum-u muhalifinden; bu iki özelliğin olamadığı bir ülke için şeffaflıktan bahsedemeyeceğimizi söyleyebiliriz.

Sır ve gizlilik, sansür kurumunun genişlemesini sağlayıcı bir etki yapması bakımından dikkat çekicidir. Bu durumda basın, yayın ve radyo, televizyon özgürlükleri işlevlerini yitirir. Haber verme ve alma hakkı, sır ve gizlilik gerekçeleriyle gerektiği gibi yerine getirilemez. Buna örnek olarak yakın geçmişte, 1960 ve 1980 askeri müdahaleleri sonrası birçok hukuki düzenleme ve uygulamanın bulunduğu bilinmektedir. Ancak, bu durum 1990 sonrası değiştirilen Basın Kanunu’nda yapılan değişikliklerle kısmen de olsa telafi edilmiştir.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Çolak, s. 4.

¹⁰¹ Döner, s. 226-227.

¹⁰² Zengin, s. 55.

¹⁰³ Akşener/Çakmakçı, s. 33.

¹⁰⁴ İlker, s. 84.

III. DEVLET SIRRI

Doktrinde, hâlâ herkesçe kabul edilebilir bir tanımı yapılmamış ise de “devlet sırrı”; devletin gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, mahiyeti gereği gizli kalması gereken bilgi-belgeler ve yetkili makamların gizlilik verdiği bilgi ve belgeler olarak tasnif edilmektedir.¹⁰⁵ Devlet sırrı kavramı, kişinin “bilmesine izin verilen alan” ile “bilmesi yasaklanan alanı” belirlemenin aracı olarak da kullanılmaktadır. Devlet sırrının istisnai bir hüküm olması ve idarenin bilgi verme ödevini ve bireylerin bilgi alma hakkını düzenleyen genel bir kanunda tanımlanması gerektiği savunulmuştur.¹⁰⁶ Farklı bir yaklaşımla devlet sırrı kavramının, “efradını cami ağyarını mani” yani gerekli olan mevzuları içeren ancak ayrıntıya kaçmayacak şekilde yasal bir tanımının yapılması ya da hangi bilgi ve belgelerin devlet sırrı kavramının kapsamına gireceğinin sayma yoluyla belirlenmesi gerektiği de ifade edilmişti.¹⁰⁷ Genel bir tarif vermek gerekirse devlet sırrı; devlet gizliliği kapsamına giren açıklanması halinde devlet emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek olan bilgi ve belgelerdir.¹⁰⁸

Devlet güvenliği, devletin a’li menfaatleri, devlet gizliliği gibi kavramlarla da ifade edilen devlet sırrı, hemen-hemen her ülkede benimsenmiş bir husustur. Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler, devletin güvenliğini tehlikeye düşüreceği ve diğer devletlerle ilişkilerini bozacağı gerekçesiyle gizli tutulur. O halde devletin güvenliği ve çıkarları açısından açıklanması sakınca doğurabilecek bazı bilgilerin saklı tutulması bir gerekliliktir. Ancak bu bilgi ve belgelerin kapsamının ne olduğunun tespiti ve gerçekten gizlilik gerektirenlerin belirlenmesi önem arz etmektedir.¹⁰⁹ Aksine yaklaşımlarda, devletin gerçek çıkarlarının yerini, devletin sözde çıkarları alır. Sancar’ a göre bunu esas alan zihniyetin anlayışında, devlet bu çıkarlarını gerçekleştirmek için herhangi bir sınır tanımaz, böyle bir zihniyetin tarihi ise “kir ve kan” ile yazılabilir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Zeki Hafızoğulları, “Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2, 2012, s. 173-174.

¹⁰⁶ Özkan, s. 86-87

¹⁰⁷ Ramazan Yıldırım, *Türk İdare Hukuku Açısından İdari Başvurular*, Akader Y., No: 3, Diyarbakır, 2003, s. 236-237.

¹⁰⁸ Kaya, s. 49.

¹⁰⁹ Özkan, s. 86-87.

¹¹⁰ Mithat Sancar, *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim y., 6. B, İstanbul,

BEDK konuya ilişkin bir kararında; Türkiye'nin stoklarında bulunan ve toprağa döşeli ne kadar mayının olduğu, mayın olduğu bilinen veya mayın olduğundan şüphelenilen yerlerin nereler olduğu, bugüne kadar ne kadar mayın imha edildiği, mayınların imhasına ilişkin bir program ve bu programa ilişkin bir takvimin olup-olmadığına ilişkin bilgi taleplerinin devlet sırrına ilişkin olması nedeniyle bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.¹¹¹ Başka bir kararında; Türkiye-Yunanistan arasında her iki ülkenin birbirine verdiği notalara ilişkin bilgi taleplerinin devlet sırrına ilişkin olması nedeniyle bilgi edinme hakkı kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir.¹¹²

Devlet sırrının neredeyse temelini oluşturan milli güvenlik kavramı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliği'nin 3. maddesinde; *"Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması"* olarak tanımlanmıştır. Esasında bu ifadeler tek-tek bakıldığında hepsi birbiri içine girmiş, sınırlarının tam olarak nerede başlayıp ve nerede biteceği belli olmayan, her türlü suiistimale açık kavramlar olduğu görülmektedir. Bu zaviyeden devletin sırlarına hudut çekmenin imkânı pek mümkün görünmemektedir. Onun için sınırlamaları ve sırları, *"şeffaf devletin"* ve *"hukuk devletinin"* ve *"demokrasinin"* bir gereği olarak dar yorumlamak gerekliliği açıktır. Ancak bunun yeterli olmayacağı değerlendirilmektedir. Bu sebepten dolayı, özellikle suiistimale açık olan ve vatandaş-halkı doğrudan etkileyen, devlet sırlarında *"iç tehdit"* anlayışına son verilmelidir. Nitekim demokrasinin özü *"halkın-halk için yönetilmesi"* olarak ifade edilmektedir. Bu bakışla devletten önce halk, yani vatandaş gelmektedir. Bir devlet vatandaşını iç tehdit olarak görmemelidir. Zira iç tehdit olarak algılanan her türlü olumsuzluğa (vatandaş, örgüt, yapı, topluluk..vb.) karşı, devletin gerekli kurumları (Emniyet, Yargı..vd.) yasal planda gerekeni yapmak durumundadır. Bu hukuk devletinin de bir gereğidir. O halde açıklanmadığı ya da açıklanamadığı için özünde hukuksuzluk barındırdığı değerlendirilen, algılanan, *"devlet sırrı"* uygulamasının, devletin vatandaşına karşı da uygulanması, hukuksuzluğa kılıf olacağı gibi,

2012, s. 25.

¹¹¹ BEDK, KT. 11.02.2005, KS. 2005/98.

¹¹² BEDK, KT. 27.05.2010, KS. 2010/880.

vatandaşın devletine güvenini sarsmaktadır. Devletin vatandaşına yönelik almış olduğu, ancak devlet sırrı gerekçesiyle açıklayamadığı kararlar, işlemler. Devleti vatandaşına komplo kuran, O'nun aleyhine iş çeviren konumuna da sokmaktadır. Bu nedenlerle devlet sırrı uygulanacak ise de dış tehditlere ve diğer devletlere karşı uygulanan politikalara, anlaşmalara, eylemlere ve işlemlere yönelik olmalıdır.

Benzer yaklaşım çağının aydınlanmacısı, Klasik Ceza Hukuku Okulunun kurucusu *Carrara* tarafından ileri sürülmüştür. O'na göre iradeleri ile devleti oluşturan vatandaşlar devlete karşı suç işleyemeyeceklerinden, vatandaşların devletin belge ve bilgilerini öğrenmek hakları vardır ve devletin vatandaşına karşı sırları olamaz.¹¹³

IV. DEVLET SIRRINA İLİŞKİN MEVZUATIMIZDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Bilgi edinme hakkının istisnalarından biri olarak sayılan “devlet sırrı” kavramının ne olduğunun daha iyi anlaşılması bakımından, mevzuata genel olarak bakmak faydalı olacaktır.

A. Türk Ceza Kanunu

Devlet sırrı da diyebileceğimiz devlet gizliliği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'da yoğun bir şekilde yer almıştır. TCK'nın dördüncü kısmının yedinci bölümü “Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk” başlığını taşımaktadır. TCK md.326 ve md.327'de düzenlenmiş olan devlet sırlarının yanı sıra, aynı kanunun 333. maddesindeki sınaî nitelikli sırlar ve 258. maddesinde “göreve ilişkin sırrı” devlet sırrı kapsamında sayabiliriz. Bu bölümde devlet sırrı kapsamında değerlendirilecek bilgi ve belgelerin sırrına riayetsizlikler ve yaptırımları düzenlenmiştir.

B. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık” başlıklı 47. maddesi ile devlet sırrına bir tanımlama getiril-

¹¹³ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen; “Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2010, s. 22.

meye çalışılmıştır. Ancak, söz konusu tanım BEHK'daki düzenlemeden farklı ifadeler taşımamaktadır. CMK'nın 47. maddesine göre devlet sırrı sayılacak bilgiler; açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve millî güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni bozacak ve devletin dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgilerdir.

CMK'nın 47. maddesinin 2. ve 4. fıkraları özel bir düzenlemeye giderek; tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması hâlinde; tanık sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir. Hafizoğulları/Özen'e göre; savunma ve iddia makamları olmaksızın tanığın bu şekilde mahkemeye dinlenmesi Anayasa'da ve AİHS'de kabul edilen "Adil Yargılanma Hakkı"nın ihlali niteliğindedir.¹¹⁴ Ayrıca Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda "sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder" düzenlenmesi, Anayasamızın 10. maddesine, yani "eşitlik ilkesine" aykırılık teşkil etmektedir. Son olarak CMK'nın "İçeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye incelenmesi" başlığını taşıyan 125/1 maddesi, 47/1'de de geçen "Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz." ilkesini tekrar etmiştir. Bu hükümle kanun koyucu, yargılamanın tam olarak yapılması ve adaletin sağlanması için mahkemeleri devlet sırrı ile alakalı hususlarda istisna tutmuştur. Keza bu tür bilgi ve belgelerin, devlet adına iş gören kamu görevlilerinin takdiriyle yargıdan kaçırılmasını engellemek, böylece yeri, unvanı, rütbesi ne olursa olsun, kamu görevi yapan kimselerin, devlet gücünün arkasına sığınarak, suç işlemelerinin önüne geçmek amaçlanmıştır.¹¹⁵

C. Devlet Memurları Kanunu

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, memurların bilgi ve belge vermesini önleyici birtakım düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesi memuriyete giriş şartlarını belirtirken "devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak" koşulu sayılmıştır. Söz konusu suç memuriyet görevini

¹¹⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 28.

¹¹⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 26.

ifa sırasında işlenirse Devlet Memurları Kanunu'nun 98/b maddesi uyarınca memuriyet görevine son verilmesi gerekmektedir. Ayrıca aynı kanunun 125/E-h maddesinde, devlet sırrı niteliği taşımamakla beraber idare makamlarınca gizli nitelendirilmesi yapılan bilgi ve belgelerin açıklanmasını da devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bir fiil olarak saymıştır.

D. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü

Anayasamızın 95. maddesinde; Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceği ifade edilmiştir. TBMM İçtüzüğü'nde, devlet sırrı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. İçtüzüğün 32. maddesine göre; kapalı oturum yapılması, görüşmelerin sır olarak saklanmasına söz vermek anlamına gelmektedir. Yine içtüzüğün 70. maddesinde; kapalı oturum sırasındaki görüşmeler hakkında, kapalı oturumda bulunanlar ve bulunma hakkına sahip olanlar tarafından hiçbir açıklama yapılamayacağı ve bunların devlet sırrı olarak saklanacağı belirtilmiştir. İçtüzüğün 105. maddesinde; devlet sırları ile ticari sırların meclis araştırmasının kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Tüzüğün bu maddesinde belirtilen devlet sırrı kavramındaki belirsizlik, TBMM Yolsuzlukları Araştırma Komisyonu'nu işlemez hale getirmektedir.

V. DEVLET SIRRI KANUN TASARISI

Sır alanı olarak mevzuatımız oldukça geniş bir kısma sahiptir. Bununla birlikte Devlet Sırrı Kanun Tasarısı çalışmaları 1988 yılına kadar dayanmaktadır. Esasında bu yasa, Ticari Sır Yasası ve İdari Usul Yasası ile birlikte BEHK'nın tamamlayıcı parçalarını oluşturmaktadır. İlk tasarı çalışmalarından günümüze uzun bir zaman geçmesine rağmen, ilk tasarının devlet sırrı tanımı ile bugünkü tasarının devlet sırrı arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Zira her iki tanımlama açısından da "*yasaklanmış alanların*" fazlalığı göze çarpmaktadır. Bununla birlikte artık bilgiye ulaşma, şeffaflık gibi ilkelerin Avrupa Birliği'ne uyum çabaları çerçevesinde daha da önemli bir hâl alması bu kavramların düzenlenmesi ve yaşanan karmaşaya son verilmesi ihtiyacının karşılanmasını zorunlu hâle getirmiştir.¹¹⁶

¹¹⁶ Akşener/Çakmakçı, s.31.

DSKT’da “devlet sırrı” iki ayrı kapsamda ele alınmıştır. Bunlar “devlet sırrı” ve “niteliği gereği gizli kalması gereken bilgi ve belgeler”dir. DSKT’nın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre devlet sırrı; açıklanması ve öğrenilmesi devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek, bu nedenlerle niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir. DSKT’deki devlet sırrı kavramı, karşılaştırmalı hukukta, Türk Ceza Kanunu’nda ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda sınırları belirli bir ölçüde çizilmiş devlet sırrı kavramından çok daha geniş ve belirsizdir.

Devlet sırrının kanunlara uygun olarak saptanması önemlidir. Dolayısıyla bir bilginin sır niteliğini sürdürüp sürdürmediğini belirli aralıklarla denetlemek gerekmektedir. Nitekim DSKT’nın 7. maddesinde “süre” başlığı altında bu husus düzenlenmektedir. Buna göre; devlet sırrı niteliği süreli veya süresiz olarak verilebilir. Süreli verilen gizlilik derecelerinin süreleri her bilgi ve belgenin üzerinde belirtilir, bu süre yetmiş beş yılı geçemez. Devlet sırrı niteliği veya süreleri Devlet Sırrı Kurulu tarafından her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Süresi belirtilmeyen devlet sırrı niteliği on yılda bir; on yıldan fazla süreli olanlar beş yıllık sürelerle gözden geçirilir. Süresiz devlet sırrı niteliğine sahip bilgi ve belgeler, Devlet Sırrı Kurulu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça elli yıl sonra bu niteliklerini kaybeder.

DSKT’nın başka bir özelliği de, kamu kurum ve kuruluşlarının el-lerinde bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olup olmayacağına karar verecek Devlet Sırrı Kurulu’na yer vermiş olmasıdır. (DSKT m.6) Ancak bu düzenleme bilgi ve belgelerin gizliliğine karar verme yetkisinin denetlenmesine ilişkin yeni bir hüküm taşımamaktadır. Zira yargı mercilerince istenen bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliğinde olduğuna ilişkin kararın gerekçesi, ilgililerce tatmin edici bulunmadığında Devlet Sırrı Üst Kuruluna itiraz edilecektir. Buraca verilen karar kesindir. Ancak bu durumda devlet sırrı olduğu gerekçesiyle verilmeyen bilgi ve belgelerle ilgili olan isnat, yetkili yargı yeri tarafından ilgili hakkında dikkate alınmayacaktır.¹¹⁷ Bu kabil bir yaklaşımın sakıncasını Hafızoğulları şöyle ifade etmiştir; idarelerin bilgi ve belgelerinin devlet sırrı kapsamında takdirinin kendi değerlendirmelerine

¹¹⁷ Çolak, s. 5-6.

birakılmış olması Nazi/Faşist devletler ve onlara özenen idareler tarafından sınırsız bir biçimde sömürülmüştür. İşlenmiş olan birçok siyasi cinayetler, tertipler, dolaplar devlet sırrı yaftası altında gizlenmiştir.¹¹⁸ Bu sakıncalarda göz önüne alındığında, idarenin kanuniliği ilkesine de uygun olacak şekilde, devlet sırrının tespitini nihai olarak bağımsız yargıya bırakmak yerinde olacaktır. Bu da Devlet Sırrı Kurulu'nun kararlarına karşı Anayasa mahkemesine itiraz hakkının kabul edilmesi gibi bir düzenlemeyle sağlanabilir kanaatindeyiz.

VI. DEVLET SIRRININ TESPİTİ

TCK ve CMK'daki düzenlemeler haricinde İdari Yargılama Usulü Kanunu 20/3 maddesinde, devlet sırrıyla alakalı olarak; *"..istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir"* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme de göstermektedir ki, *"devlet sırrı"* kavramı, daha önce ifade ettiğimiz gibi çok geniş kapsamlı ve yoruma açıktır.

Bir bilginin *"devlet sırrı"* olarak kabul edilebilmesi için, yasal bir zeminin olması ve usulüne göre belirlenmiş olması gerekmektedir. Ancak BEHK, tam olarak yasal bir zemin ya da bir usul öngörmemektedir. Buna rağmen idarenin zaman-zaman devlet sırrı kavramına sığınarak şeffaflıktan uzaklaşmasının önüne geçebilmek için; öncelikle devlet sırrını tanımlamada kullanılan *"unsurlarının"* sayısının azaltılması gerekmektedir. Kanun'da sayılan bu unsurlar soyut olmaktan çıkarılıp olabildiğince somutlaştırılmalıdır. Devlet sırrını belirlemede kullanılan ölçüt olarak birçok ülke, dış güvenliğe ilişkin bilgi ve belgeleri kabul etmiştir. Örneğin Almanya Ceza Kanunu devlet sırrını *"... Federal Almanya Cumhuriyeti'nin dış güvenliğiyle ilgili her türlü tehlikeyi önlemek için bir yabancı güç açısından gizli kalması gereken olaylar"* biçiminde tanımlayarak, devlet sırrı için dış güvenlik kriterini getirmiş ve diğer başka bazı unsurlara yer vermemiştir. Keza, İspanya Ceza Kanunu da sadece ulusal savunmaya ilişkin bilgilerin devlet sırrına konu olacağını öngörmüştür.¹¹⁹

¹¹⁸ Hafızoğulları, s. 174.

¹¹⁹ Azer, s. 202

Adını BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinden alan “Article 19” kuruluşunun yöneticisi Andrew Puddephatt Türkiye’de katıldığı bir konferansta elliye yakın ülkede bilgi edinme hakkının kanunlarda düzenlendiğini, ancak bunun her zaman bu hakkın kullanılmasına garanti olmadığını ifade etmiş ve iyi bir BEHK’nın şu özellikleri taşıması gerektiğini;

- “- Kolay anlaşılır gerekçe sormayan,
- Sınırlı sayıda olan istisnalarının çok açıkça tanımlanmış olması,
- Bilgilere yaygın yükümlülüğü öngören,
- Yönetimi açık olmaya teşvik eden,
- Bilgilendirmenin öncelikli olması,
- Maliyeti düşük tutarak bilgiye erişimi kolaylaştıran” belirtmiştir.¹²⁰

Son olarak belki şunu söyleyebiliriz. Devletin görevi ve varlık sebebi, kim işlemiş olursa olsun, suçları örtbas etmemek, ortaya çıkarmak, suçluları yargılamak ve cezalandırmaktır. Hukukun eksik veya yanlış anlaşılması hukukun kabahati değildir. AİHS’nin tarafı olarak, ülkesindeki herkese insan haklarını sağlama sözü veren bir devletin, hiçbir ad ve maksatla, organı, kurum ve kuruluşları yerinde olan kişilerin işlemiş oldukları suçları örtbas etmemelidir. Uygur bir toplumda, herkes, ayrıcalıksız, hesap vermek zorundadır. Bu hukuk devletinin, hukukun üstünlüğünün gereğidir.¹²¹

SONUÇ

Çağdaş, demokratik ve hukuka bağlı bir yönetimde katılımcı, şeffaf, hesap verebilir, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir kamu yönetiminin oluşturulması esastır. Bu tür yönetimlerde kamu hizmetlerinde halka yakınlık, halkın denetimine açıklık, dürüstlük gibi özellikler temel ilke olarak benimsenmiştir. Bu temel ilkenin sağlanmasının en önemli araçlarından birisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür.

Avrupa Birliği’ne uyum sürecinin de etkisiyle “Devlet Sırları Kanunu” ve “Ticari Sırlar Kanunu” ile birlikte bir bütünün parçaları gibi çı-

¹²⁰ Akşener/Çakmakçı, s. 30.

¹²¹ Hafızoğulları, s. 175.

karılması düşünölen ve 2003 yılında kabul edilen Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ciddi bir kazanımdır. Ancak diğör iki kanunun yasalaşmamış olması bilgi edinme hakkı kanunundan beklenen faydanın gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir. BEHK’da hakkın sınırlama sebeplerinin çok geniş sayılmış olması ve kavramların yoruma açıklığı gibi nedenlerden dolayı bilgi edinme hakkının demokratik ve şeffaf devletlerde olması gerektiğı gibi yerine getirildiğini söylemek kolay olmayacaktır. Özellikle “devlet sırrı” kavramının kanunda tanımlanmamış olması, genel mevzuattan yapılacak çıkarıma göre sınırlama sebebinin geniş yorumlanması, buna örnek olarak gösterilebilir.

Temel hak ve özgürlüklerin, daha verimli ve etkin kullanılabil-meleri amacıyla, özlerine dokunulmaksızın sınırlandırılması suretiyle kamusal çıkarlarla aralarında bir denge oluşturulması önemlidir. Bu kabilden bilgi edinme hakkının kullanılmasının da sınırları vardır ve bu hak belirlenen sınırlara uygun kullanılmak zorundadır. Demokratik olmayan yönetimlerde “devlet sırrı” kavramı ve bu kavramın sınırları bizzat idare tarafından tayin edilmektedir. Bu kapsamda ulusal savunma veya devletin güvenliğiyle ilgili-ilgisiz her şey “devlet sırrı” sayılabilmektedir. Bu açıdan devlet sırrı demokratik olmayan yönetimler açısından keyfilğin kılıfı anlamına gelmektedir. Bilgi edinme hakkının güvence altına alındığı, şeffaflığın sindirildiğı demokratik ölkelerde-yönetimlerde ise “devlet sırrı” alanı olabildiğince sınırlandırmıştır. Demokratik yönetimlerde “memleketin âli menfaatleri”nin bilgiyi sır saymakla değil, şeffaf bilgilenmeye açık sistemlerle korunabileceğı anlayışı benimsenmiştir.

BEHK’nın genel gerekçesini oluşturan; kamuoyu denetimi güçlendirilmiş, kamu güveni daha yüksek ve bireylere daha yakın, demokratik ve şeffaf bir yönetim oluşturularak, devletin demokratik karakterinin güçlendirilmesi amaçlarına ulaşılabilmesi için:

1- Bilgi edinme hakkına getirilecek sınırlamalar, tam olarak kanunda yazılmalı, demokratik bir toplumda gerekli olacak şekilde, koruduğı amaçla orantılı olmalıdır. Örneğın, “devletin güvenliği”, “milli güvenlik”, “devlet sırrı” gibi içeriğı soyut ve geniş kavramlar yerine somut düzenlemeler yapılmalıdır. Dolayısıyla idarenin, soyut kavramlara dayalı olarak bilgi edinme hakkını kullanmasını engellenmesinin önüne geçilmelidir. Bunu sağlamaya matuf olarak ise “Devlet Sırrı

Kanunu" ve *"Ticari Sırlar Kanunu"* gibi kanun tasarılarının bir an önce yasalaşması ve özellikle mevzuatta dağınık bir şekilde yer alan *"devlet sırrı"* aleyhine işlenecek eylemlerin yaptırımları açık şekilde *"Devlet Sırrı Kanunu"*nda düzenlenmelidir.

2- Devlet sırrını belirlemede kullanılan ölçüt olarak Almanya, İspanya gibi demokratik ülkelerde kabul edilen, ülkenin *"dış güvenliğiyle ilgili her türlü tehlikeyi önlemek için, bir yabancı güç açısından gizli kalması gereken olaylar"* kriterine benzer bir yaklaşım kabul edilerek *"iç tehdit"* gerekçesiyle bilgiler devlet sırrı kapsamına alınmamalıdır. Zira iç tehdit olarak algılanan her türlü olumsuzluğa karşı, devletin ilgili kurumlarıyla yasal planda gerekeni yapması devlet olmanın gereğidir. Ancak açıklanmadığı ya da açıklanamadığı için özünde hukuksuzluk barındırdığı değerlendirilen-algılanan, *"devlet sırrı"* uygulamasının, devletin vatandaşına karşı da uygulanması, hukuksuzluğa kılıf olacağı gibi, vatandaşın devletine güvenini sarsmaktadır. Devletin vatandaşına yönelik almış olduğu, ancak *"devlet sırrı"* gerekçesiyle açıklayamadığı kararlar, işlemler. Devleti vatandaşına komplo kuran, onun aleyhine iş çeviren konumuna da sokmaktadır. Bu nedenlerle devlet sırrı uygulanacak ise de dış tehditlere ve diğer devletlere karşı uygulanan politikalara, anlaşmalara, eylemlere ve işlemlere yönelik olmalıdır.

3- Ayrıca, bir bilgi veya belgeyi kimlerin devlet sırrı kapsamına almaya yetkili olduğu açıkça belirlenmeli ve bu konuda idareye geniş takdir yetkisi bırakılmamalıdır. İdarenin takdirine bırakılmış devlet sırrı belirleme yetkisi iktidara, hukuka aykırı işlemleri sır olarak nitelemek imkânını vermektedir. Bu sakıncalarda göz önüne alındığında, idarenin kanuniliği ilkesine de uygun olacak şekilde, devlet sırrının tespitini nihai olarak bağımsız yargıya bırakmak yerinde olacaktır. Bu da Devlet Sırrı Kurulu'nun kararlarına karşı Anayasa mahkemesine itiraz hakkının kabul edilmesi ve nihai kararın mahkemece verilmesi gibi bir düzenlemeye sağlanabilecektir. *"Dış tehditler"* nedeniyle açıklanmayan devlet sırları yönünden bu uygulama kabul edilmez ise de *"iç tehdit"* gerekçesiyle verilmeyen bilgi ve belgeler yönünden bu denetimin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim bu *"kuvvetler ayrılığı ilkesi"* ve buna bağlı devletin güçlerinin dengelenmesi bakımından da yerinde olacaktır.

4- Son olarak bir bilgi veya belgenin süresiz bir şekilde devlet sırrı olarak nitelendirilmesinin önlenmesi, belirlenen sürelerin çok uzun

tutulmaması ve zaman içinde devlet sırrı olma niteliğini kaybetmiş olan bilgilerin erişime açılması sağlanarak bilgi edinme hakkının, yönetimi şeffaflaştırıcı etkisinden olabildiğince istifade etmenin yolu açılmalıdır.

Kaynakça

- Akşener Haşmet Sırrı/Çakmakçı Ramazan; Açıklamalı-Gerekçeli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Legal, İstanbul, 2004
- Al Mehmet Aydan, Bilgi Edinme Kurulu Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007
- Azer Can, Bilgi Edinme Hakkı, Yetkin, Ankara, 2010
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet y., Ankara, 2013
- Çolak N. İlker, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Sınırlama Ölçütleri", <http://www.ilkercolak.com.tr/bilgi-edinme-hakkinin-sinirlari-ve-sinirlama-olcutleri/01.11.2014>)
- Döner Ayhan , Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, XII Levha y., İstanbul, 2010
- Durmuş, Berkant, Bilgi Edinme Hakkının Türk Kamu Yönetimi Üzerinde Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2010
- Hafizoğulları Zeki, "Ceza Hukuku Düzeninde Devlet Sırrı", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2, 2012
- Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem; "Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2010
- Hız Yüksel/Yılmaz Zekeriya, Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Seçkin, Ankara, 2004
- Kaya Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin, Ankara, 2005
- Kırıık Fatih, Yönetimde Açıklık ve Bilgi Edinme Hakkının Kamu Yönetiminin İşleyişi Üzerinde Etkisi, Doktora Tezi, Ankara, 2008
- Küçük Ayhan, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın ihlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu", *Sayıştay Dergisi*, S. 81, Nisan-Haziran, 2011
- Özay İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996
- Özek Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa Kitabevi, İstanbul 1999
- Özkan Gürsel, Demokratik Yönetimin Birinci Adımı Bilgi Edinme Hakkı, Türkiye Kamu-Sen, Ankara, 2004
- Sancar Mithat, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim y., 6. B, İstanbul, 2012
- Yıldırım Ramazan, Türk İdare Hukuku Açısından İdari Başvurular, Akader Y., No:3, Diyarbakır, 2003
- Yılmazoğlu Maviye, Bilgi Edinme Hakkı ve Bilgi Edinme Hakkının İstisnaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009
- Zengin Mehmet Ali, Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2007

HAPİSHANE İDARELERİNİN YETKİLERİ VE HAPSEDİLEN HAKLARININ SINIRI*

THE AUTHORITY OF PRISON ADMINISTRATIONS AND THE RIGHTS OF IMPRISONED PERSONS

D. Çiğdem SEVER**

Özet: Bir kamu hizmeti sunan hapisane idarelerinin kullandığı yetkiler ile hapsedilenlerin idare ile ilişkileri diğer idari örgütlere göre özgün niteliklere sahiptir. İnsan haklarına duyarlı olan bu alanda son yıllarda Anayasa Mahkemesi hem anayasaya aykırılık, hem bireysel başvurularda çeşitli kararlar vermeye başlamıştır. Çalışmada genel bir sorun olarak başta yaptırım uygulama yetkileri olmak üzere hapisane idarelerinin yetkileri ile hapsedilen haklarının sınırı sorunu AİHM'in ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hapisane İdareleri, Hapsedilenler, Disiplin Hukuku

Abstract: The authority of prison administrations and the relationship between the administration and imprisoned persons has distinctive features. Turkish Constitutional Court has rendered some judgements on this human rights-sensitive issue in terms of unconstitutionality of the related Laws and individual applications. In this article, the competences of administrations -especially administrative sanctions- and rights of imprisoned persons has been analyzed in the light of the decisions of Turkish Constitutional Court and European Court of Human Rights.

Keywords: Constitutional Court, European Court of Human Rights, prison Administration, Imprisoned Persons, Disciplinary Punishment

* Makalenin hazırlanması sürecinde değerli yorumlarıyla katkıda bulunan Berke Özenç'e teşekkür ederim.

** Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

Uluslararası Cezaevi Çalışmaları Merkezi'nin Haziran 2014'te hazırladığı rapora göre 2,5 milyon insan gözaltında veya tutuklu iken,¹ aynı merkezin Kasım 2013 tarihli Dünya Cezaevi Nüfusu Listesi'ne göre toplam 10,2 milyon insan cezaevlerinde bulunmaktadır.² Türkiye'de ise 2004 yılında 58.016 olan ceza infaz kurumu nüfusu 2013 yılında 144.098'e ulaşmıştır.³ Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre 2013 yılında hapishanelerde verilen disiplin cezalarına karşı İnfaz Hakimliklerine yapılan başvurularda sadece disiplin cezalarıyla ilgili 14.393 dosya, esasa ilişkin toplam 126.590 dosya hakkında karar verilmiştir.⁴ 2013 yılında idari yargıda açılan dava sayısının 145.831 olduğu düşünüldüğünde⁵ idari yargının görev alanında olmamakla birlikte cezaevi idarelerinin idari işlemlerine ilişkin hem sayısal, hem nitelik olarak son derece önemli bir hukuk alanının varlığı ortaya çıkmaktadır. Buna karşın ceza infaz aşamasına ilişkin hukuki araştırmaların sayısı son derece az olduğu gibi yüksek mahkeme kararlarında konunun derinlemesine incelendiğini söylemek de güçtür. Diğer yandan bu konu yargı organlarının önüne daha fazla gelmeye başlamıştır.

Bir başlangıç noktası olarak hapishane⁶ idarelerinin yoğun kamu gücü içeren bir kamu hizmeti sunduğunu saptamak gerekir. Bununla

¹ International Centre for Prison Studies, World Pre-trial/Remand Imprisonment List (2nd Edition), http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/world_pre-trial_imprisonment_list_2nd_edition_1.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.7.2015)

² International Centre for Prison Studies, World Prison Population List (10th Edition), http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_10.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.7.2015)

³ (TÜİK Ceza İnfaz Kurumları İstatistiği, 2014: 2)

⁴ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/114.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.7.2015)

⁵ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2013/ist_tab.htm# (Son Erişim Tarihi: 28.7.2015)

⁶ Çalışmada "hapsedilen" terimi ceza infaz kurumlarında ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluları kapsayacak şekilde, "hapishane" terimi ise ceza infaz kurumları ve tutukevlerini içerecek şekilde kullanılmıştır. İdarenin yetkileri bakımından tutuklu ve hükümlülerin tabi oldukları hukuki rejimin önemli ölçüde birbirine benzemesi nedeniyle çalışmada her ikisini ifade etmek üzere hapsedilen terimi tercih edilmiş ve hapishanede bulundukları sürece hak özneliği sıfatına ilişkin benzer bir statüde olduklarından çalışma kapsamında bir arada ele alınmıştır. Bununla beraber, tutuklular henüz haklarında mahkumiyet kararı verilmediğinden savunma hakları kapsamında belli haklardan daha fazla yararlanabileceklerdir.

birlikte hapisane idareleri, yetkilerinin kapsamı ve hapsedilenlerin haklarının sınırı bağlamında, idare hukuku açısından özgün kurumlardır. Çünkü söz konusu kamu hizmeti, orada bulundukları süre boyunca hapsedilenlerin hayatlarının tamamını kapsarken hapisane idareleri de hapsedilenin bütün kamu hizmetlerine erişmesinin tek aracı haline gelmekte ve önemli kolluk yetkileri kullanmaktadır. Ayrıca yargılama sürecinin dışında görülse de hapsedilenlerin şartlı tahliye koşullarını taşıyıp taşımadıkları hakkındaki “yargılamayı” yapmaları nedeniyle hapisane idareleri adeta cezalandırmanın bir parçası, “yardımcı yargıçlar” haline gelmektedir.⁷ Bu nedenlerle hapisane idarelerinin yetkilerinin sınırının çizilmesi son derece önemlidir.

Hapisane idarelerinin yetkilerinin sınırı, bir insan imgesi olarak hapsedilenleri nasıl bir hak öznesi olarak gördüğümüzle ve insanlık onuru kavramıyla ilgilidir. Hukuki bir kavram olarak da karşımıza çıkan insanlık onurunun ortaya koyduğu insan imgesi “demokratik olan, insan haklarına saygı temeline dayanan ve insan haklarını somut olarak gerçekleştirmeye yönelik bir yasama ve yargının kişi imgesi”dir.⁸ Bu insan imgesi bakımından hapsedilmeden önce kişiler önemli bir hukuk öznesiyken hapsedilerek girdikleri yeni statüyle birlikte insan hakları öznesi olma konumları giderek zayıflamaktadır. Devletin insanları özgürlüğünden mahrum bırakabilmesinin normlarla koşullara bağlanması insan hakları alanında erken tarihli kazanımlardan olmakla birlikte, hapsanelerde belli asgari standartlar geliştirilmesi fikri ancak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren savunulmaya başlanmıştır. Uluslararası insan hakları mekanizmaları içinde önemli bir uğrak noktası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) uygulamasında da durum benzerdir: Sözleşmenin imzalandığı 1950 yılından çok sonraları, ancak 2000'lere gelindiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hapsedilenlerin haklarının ihlal edildiğine yönelik kararlar vermeye başlamıştır. Bu gelişmeler cezalandırmanın amacının ne olduğu hakkındaki yaklaşımlarla bağlantılıdır.

Cezalandırmanın amacı hakkında farklı yaklaşımlar geliştirilebilecekse de bunlar kısaca suç işlenmesini genel ve özel olarak önleme,

⁷ Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, İmge Yayınları, Ankara, 2006, s. 57.

⁸ Klaus Günther, “Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Kasım 2000, s. 55.

misilleme, toplumu korumak, telafi etme ve yeniden toplumsallaştırma olarak belirtilmekte⁹ ve amacın bunlardan sadece biri değil, birkaçı ya da tamamının birleşiminden oluştuğu kabul edilmektedir.¹⁰ Bu amaçların her birinin suç/suçluluğa farklı yaklaşımların ifadesi olması nedeniyle amaçlar dengeleme ya da görelî öncelikler üzerinden işlemekte ve kimi zaman belli gerilimleri, hatta çatışmaları beraberinde getirmektedir. Bu amaçlar içinde en çok iyileştirme ya da yeniden toplumsallaştırma ile diğer amaçlar arasında bir gerilim bulunmaktadır. Ancak 1960'lardan itibaren cezaevi reformlarının yeniden toplumsallaştırmaya daha fazla odaklandığını ve kavramın farklı isimler altında ceza infaz mevzuatına girdiğini gözlemek mümkündür. Çünkü cezalandırma, yeniden toplumsallaştırmayı içerdiği takdirde hapsedilenin insan imgesinin "toplumdan yardım talep etme hakkına sahip olan bir yurttaş imgesi" olması mümkün hale gelir.¹¹ Buna karşılık, özgürlüğünden mahrum olma durumunun kendisiyle yeniden toplumsallaştırmanın bir aradalığı ile cezalandırmanın diğer amaçlarının ortaya çıkardığı gerilimler hukuki alana da yansımaktadır.

Hapishane idarelerinin yetkilerinin sınırının ne olduğu sorunu hapsedilenlerin anayasal haklarının sınırının tartışılmasını zorunlu kılar. İdarenin hapsedilenlerin orada geçirdiği zamanın her anı üzerinde denetim, gözetim ve yaptırım uygulama yetkileri nedeniyle hapishanelerin insan haklarına duyarlı bir alan olması, denetimin ve açıklık ilkesinin uygulanmasının güç olması, bu sınırı daha da önemli hale getirir. Bu noktada şu sorular sorulmalıdır: Özgürlüklerden yararlanmada farklı muameleye tâbi tutulan hapsedilenler, hapsedilmeleri nedeniyle hangi haklardan mahrum bırakılabilirler? Hapsedilme durumunun bir "sivil ölüm" olduğu, yaşam hakkı ve işkence yasağı dışında tüm haklar bakımından farklı muameleye tâbi tutulmaları kabul edilebilir mi? Ya da Palmer'ın sorduğu gibi anayasa da onlarla birlikte hapse mi girer?¹² Aslında bu sorular cezalandırmanın bir parçası olarak hapsedilmenin neyi amaçladığına verilecek yanıtla bağlantılı-

⁹ Mehmet Kurt, Türkiye'de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları, Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 8-11.

¹⁰ Human Rights and Prisons: Manual on Human Rights Training for Prison Officials, BM, New York, 2005, s. 3.

¹¹ Günther, "Ceza İnfaz...", s. 66.

¹² John Palmer, Constitutional Rights of Prisoners, 2009, Lexisnexis, 2010, s. 24.

dır. Uzun sayılabilecek bir tarih boyunca hapsedilenler “devletin kölesi” olarak düşünülmüşken 1970’lerden bu yana infaz hukukunun ıslah etme ve topluma kazandırma aracı olduğu eğilimiyle birlikte hapsedilen haklarıyla ilgili tartışma da daha önemli hale gelmiştir.

Türkiye’de ceza infaz hukuku 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun¹³ (Ceza İnfaz Kanunu olarak anılacaktır) ve bu yasanın uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan çok sayıda düzenleyici işlemleri kapsamaktadır.¹⁴ Bunun dışında hapishanelerin denetimine ilişkin 2001 yılında kabul edilen Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu’yla alternatif denetim yolları getirilmiş;¹⁵ 2012 yılında kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu ile Türkiye İnsan Hakları Kurumu da bu kurumların denetimiyle yetkilendirilmiştir.¹⁶

Hapishanelerde başta yaptırım uygulama yetkisi olmak üzere idarenin kullandığı yetkilerin sınırı sorunu ve hapsedilen hakları her hak ve yetki bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilecekse de bu çaba çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bu nedenle çalışmada hakların sınırı konusunda genel bir çerçeve çizildikten sonra AİHM ve Anayasa

¹³ Kabul Tarihi: 13.12.2004, RG. 29.12.2004.

¹⁴ Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük, Hükümlü ve Tutuklulara Yakınlarının Ölümü veya Hastalığı Nedeniyle Verilebilecek Mazeret İzinlerine Dair Yönetmelik, Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik, Hükümlü Ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare Ve İhale Yönetmeliği, Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Madde Hakkında Yönetmelik örnek gösterilebilir. Bunun dışında cezaevi personeline ilişkin de çok sayıda düzenleme bulunmaktadır.

¹⁵ Kabul Tarihi: 14.06.2001, RG. 21.06.2001.

¹⁶ Kamu Denetçiliği Kurumu’nun hapsedilenlerle ilgili yayımlanan bir kararına rastlanmamıştır. Ancak TBMM’ye sunulan 2013 faaliyet raporundan anlaşıldığı kadarıyla 2013/72 no’lu Tavsiye Kararında bir hükümlünün başvurusu üzerine nakil talebinin reddinin ihlal oluşturmadığına karar vermiş, fakat Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik hükümlerinde, aynı vilayet veya yakın vilayette oturan mahkûm yakınları ile cezaevine uzak vilayetlerde oturan mahkûm yakınlarından, uzakta oturanlar lehine ziyaret rejiminde esneklik sağlayıcı mevzuat değişikliğinin yapılması hususlarında Adalet Bakanlığı’na tavsiyede bulunulmuştur. TİHK ise 01.01.2014 Tarihinde Sincan Cezaevinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili İnceleme Raporu ile Şubat 2015’te Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Cinsel İstismar ve Kötü Muamele İddiaları Raporu başlıklı iki rapor yayımlamıştır. Kurul bugüne kadar bireysel başvurular hakkında karar vermediğinden belli bir olaya ilişkin kararı yoktur.

Mahkemesi'nin verdiği kararlar incelenecektir. Bu yöntemin seçilmesinin nedeni Türkiye'de hukuk sistemine yakın zamanda giren bireysel başvuru yolundan sonra anayasal haklar ile AİHS'in ilgili hükümlerinin bir arada değerlendirilmesinin artan önemidir. Bu nedenle, çalışma kapsamında AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarının izi sürülerek hapishanelerde uygulanan disiplin hukuku ile hak sınırlandırmalarına odaklanılacaktır. Çalışmanın bir diğer sınırı da çocuk, genç, kadın, LGBTİ, engelli, hasta ve yaşlılar gibi hapsedilmede özel ihtiyaçları olan ve/veya dezavantajlı kişilere ilişkin sorunlar kapsamı bir çalışma konusunu oluşturduğundan bu konunun ayrı bir başlık olarak ele alınamaması, yeri geldiğinde değinilmiş olmasıdır.

I. Hapsedilenlerin Hak ve Özgürlüklerinin Sınırı Sorunu

Hapishane idarelerinin yetkileri bakımından öncelikli mesele anayasada ve uluslararası sözleşmelerde korunan temel hak ve özgürlükler ile hapsedilenlerin hakları arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağıdır. Bu soru aynı zamanda hapsedilenler ile diğerleri (dışarıdakiler) arasında yapılan ayırımı haklar bakımından hangi durumlarda mutlak eşitlik, hangi haklar bakımından ise nispi eşitliğin kabul edileceğine, yani hapsedilenlerin bütün haklar bakımından farklı muameleye tâbi olup olamayacağına ilişkindir. Hükümlü veya tutuklu olmak, hangi haklardan yararlanılması bakımından eşit muameleden sapılmasını haklı kılabılır?

Bu konuda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan -başta işkence yasağı olmak üzere- genel hükümlerin yanı sıra bu konuya ilişkin belli kural ve standartlar da bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler'in konuyla ilgili üç ayrı düzenlemesi mevcuttur: 1955 tarihli Mahkumlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar,¹⁷ 1988 tarihli Her Tür Tutuklu ya da Hapsedilen

¹⁷ Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx> Kurallar 1955'te Cenevre'de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı kararı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı kararlarıyla onaylanmıştır. Kuralların Türkçesine şu adresten erişilebilir: <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>

Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkeler¹⁸ ve 1990'da kabul edilen Hapsedilenlere Muamele Bakımından Temel İlkeler¹⁹. Bunların dışında çok yakın bir tarihte, Mayıs 2015'te Mandela Kuralları olarak bilinen ve 1955 kurallarının gözden geçirilmesini amaçlayan kurallar Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Komisyonu tarafından kabul edilmiştir²⁰ ve 2015 sonunda BM Genel Kurulu'na sunulması beklenmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2006)2 sayılı Avrupa Hapishane Kuralları²¹ da temel hak ve özgürlüklere uygunluk konusunda uygulanabilecek belli standartlar belirlemiştir. Yine Avrupa Konseyi'nde İşkencenin Önlenmesi Komitesi hapsedilenlere kötü muamele konusunda önemli bir işlevi yerine getirmektedir.²² Bunların içerikte ortak paydası ise cezalandırmanın temel amacının iyileştirme olduğunun ve hapishane koşullarının bu temel ilke çerçevesinde düzenlenmesi gerektiğinin vurgulanmasıdır.²³

Hapsedilenlerin ne gibi haklara sahip olabileceği konusunda hakların sınırlarının çizildiği en önemli ulusal kaynaklar ise anayasalardır. Anayasalarda bir mali yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapis cezası verilememesi ya da tutuklama veya hürriyetten yoksun bırakacak cezaların verilmesine ilişkin koşullar, milletvekilleri ya da bakanların hapsedilmelerine ilişkin sınırlamalar bulunmakla birlikte hapsedilenlerin haklarına ilişkin güvenceler ya da hangi haklarının diğer yurttaşlardan farklı sınırlanabileceği konusunda doğrudan hükümler görece azdır.

Anayasal düzenlemeler içinde bu konuda önemli bir örnek Bolivya Anayasasıdır. Bolivya Anayasasının "Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Kişilerin Hakları" başlıklı 73. ve 74. maddelerinde hapsedi-

¹⁸ Body of Principles for The Protection of All Persons under any form of detention or Imprisonment, <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm>

¹⁹ The Basic Principles for the Treatment of Prisoners <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>

²⁰ E/CN.15/2015/L.6/Rev.1. Henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte bu kuralların 1955 düzenlemelerine göre çok daha ayrıntılı düzenlemeleri ve kapsamlı güvenceyi içerdiğini belirtmek gerekir.

²¹ Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules

²² Türkiye bakımından inceleme yapıldığından Amerika ve Afrika insan hakları koruma mekanizmaları çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

²³ Jim Murdoch, The Treatment of Prisoners: European Standards, Council of Europe, 2006, s. 34.

lenlerin hakları ve topluma kazandırılmaları düzenlenmiştir. Buna göre hapsedilenlere insan onurundan kaynaklanan saygı çerçevesinde muamele edilmesi, hapsedilenlerin aile ve yakın arkadaşlarla iletişime geçme, müdafî ve tercüman isteme, çalışma ve ıslahevlerinde eğitim haklarına sahip oldukları ve iletişimden mahrum bırakılmanın yasak olduğu düzenlenmiştir; bu kişilerin sahip oldukları, ayrıca topluma yeniden kazandırılmalarının devletin sorumluluğu olduğu vurgulanmıştır.²⁴

Hapsedilen hakları konusunda bir başka örnek 2008 yılında kabul edilen Ekvador Anayasası'nın²⁵ 51. maddesidir. Maddede hücre hapsinin disiplin cezası olarak öngörülemeyeceği; yakınları ve avukatıyla görüşme ve ziyaret edilme hakkı; hapis süresince yargısal makamlara başvuru hakkı; sağlık için insan ve maddi kaynak sağlanması; eğitim, iş, kültürel ve üretim ihtiyaçlarının karşılanması; hamile ve emziren kadınlara, genç, yaşlı, hasta ve engellilere özgü muamele; hapsedilenin bakımına muhtaç çocukların, genç, engelli ve yaşlıların korunması için önlemler alınması düzenlenmiştir. Bu kapsamda olmasa da Güney Afrika Anayasası'nda da yakalanan, göz altına alınan ve suçlanan kişilere ilişkin 35. maddede avukatla görüşme ve belli kişilerle (eş ya da partner, aile, seçtiği din temsilcisi, seçtiği doktor) görüşme hakkı ve istediği bilgilere kendi dilinde erişme hakkı düzenlenmiştir. Benzer şekilde Tunus (2014, md. 30) ve Zimbabwe (2013, md. 50) Anayasalarının da genel olarak hapsedilen haklarından bahsedilmiştir.

Hapsedilenlerin anayasal hakları sorunu anayasacılık hareketinin yaygınlaşmasıyla daha erken tarihlerde gündeme gelmiştir. 19. yüzyılın sonlarında Alman Kamu Hukukunda hapsedilenlerin hak ve özgürlük sınırlandırma rejimi Alman İdare Hukukunun kurucusu sayılabilecek Otto Mayer tarafından özel güç ilişkisi (*besonderes Gewaltverhältnis*) kavramıyla karşılanarak öğrenciler, kamu görevlileri, askerler ve hükümlülerin hak ve özgürlük rejiminin farklı olduğu kabul edilmekteydi. Bu ilişki biçiminde hak ve özgürlüklere müdahale için yasallık ilkesi katı biçimde uygulanmayarak idarenin bu alanda düzenleyici işlemlerle sınırlama yapmasının mümkün olduğu kabul

²⁴ Bolivya Anayasası'nın Türkçe çevirisi için bkz. Fevzi Özlüer vd. (ed.), Bolivya Anayasası: Hukuk Demokrasi, Özerklik, Ekoloji Kolektifi, 2014, s. 172-173.

²⁵ Anayasanın İngilizce metni için şu web sitesinden yararlanılmıştır: https://www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2008.pdf

edilmekte ve bu alanda idari işlem kurulmasında katı bir şekil şartına da ihtiyaç duyulmamaktaydı.²⁶ Bunun en önemli nedeni ise bu kişilerin “birey olarak değil, devlet organizasyonunun bir parçası” olarak nitelenmesiydi.²⁷ Buna karşılık Almanya Federal Anayasa Mahkemesi bir kanun olmaksızın hükümlülerin mektuplarının denetlenmesiyle ilgili anayasaya aykırılık incelemesinde (BVerfGE 33(1), 14.3.1972) yasallık ilkesinin bu kişiler bakımından da geçerli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme aynı yıl verdiği bir başka kararında da cezalandırmanın amaçlarından birinin yeniden toplumsallaştırma olduğunu vurgulamış ve hapsedilenlerin haklarına müdahalenin sınırının bu amaç gözetilerek değerlendirilmesi gereğine işaret etmiştir.²⁸ Bu süreçte özel güç ilişkisi teriminden vazgeçilerek aynı kapsamı ifade eden, fakat güç ilişkisi değil statüdeki farklılığa vurgu yapan “özel statü ilişkisi” (*Sonderstatusverhältnis/Sonderrechtverhältnis*) terimi kullanılmaya başlanmış ve bu kişilerin hak ve özgürlük rejiminin farklı olduğu fikrinden vazgeçilmiştir.²⁹ Bu tür statülerin disiplin hukukunun getirdiği sınırlar ve belli hakların sınırlandırılması bakımından ölçülülük değerlendirmesinde dikkate alınabileceği kabul edilmektedir.³⁰

ABD’de de farklı bir terminolojiyle de olsa benzer bir süreç yaşanmıştır. 1871 yılında Ruffin v. Commonwealth kararında ABD Yüksek Mahkemesi hükümlüleri “sivil ölümler” olarak nitelendirmiş ve hem haklar hem özgürlüklerinden mahrum olduklarını belirtmiştir.³¹ 1944 yılında açılan Coffin v. Reichard davasında ise Mahkeme *habeas corpus* kavramını geniş yorumlayarak hapsedilenlerin hukuki yollara başvurma hakkını tanımış, sonraki yıllarda verdiği kararlarda hapsedilenlerin anayasal haklarının olduğuna ve bu haklarının kanunla

²⁶ Sebastian Graf Kielmansegg, “Das Sonderverhaeltnis”, Juristische Arbeitsblaetter, 2012, s. 881; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Verlag C. H. Beck, München, 2006, s. 126-127.

²⁷ Volker Epping, Grundrechte, Springer, Heidelberg, 2009, s. 305.

²⁸ Almanya’da ilk ceza infaz kanunu bu kararların etkisiyle ancak 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Strafvollzugsgesetz, dtv TB Nr. 5523, 1976.

²⁹ Hans Uwe Erichsen vd., Allgemeines Verwaltungsrecht, De Gryuter Studium, Berlin, 2010, s. 247.

³⁰ Anayasa Mahkemesi de konuyla ilgili bireysel başvuru kararlarında benzer bir yaklaşıma sahiptir. Örneğin bkz. Azadiya Welat Kararı, 2013/3614, par. 65; Eryaşa kararı, 2013/6693, par. 54.

³¹ Palmer, Constitutional..., s. 214.

kısıtlanabileceğine karar vermiştir.³² Yüksek Mahkeme 1960'lerden itibaren konuyu çeşitli haklar açısından tartışmıştır.³³

Günümüzde eşit yurttaşlık fikrinin gereği olarak bu kişilerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmada eşit bir hukuki özne olduğu kabul edilmektedir. Ancak, cezalandırmanın bir parçası olan özgürlüğe yönelik sınırlandırmalarının değerlendirilmesinde, yani bu sınırlandırmanın ölçülü, hakkın özüne dokunmayan ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenirken bu kişilerin ve cezalandırmanın özgül durumu dikkate alınabilmektedir. Bu durum askerlik statüsüne bağlı olarak yapılan sınırlandırmaların herhangi bir sivilinkinden farklı olabileceğine ilişkin AİHM'in bazı kararlarında³⁴ ve

³² Palmer, *Constitutional...*, s. 394 vd.

³³ Örneğin ifade özgürlüğüyle ilgili 1974 yılında verdiği *Procunier v. Martinez* (416 U.S. 396) kararında Yüksek Mahkeme hükümlülerin mektuplarının rutin olarak denetlenmesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiş, aynı yıl bu defa cezaevlerinde disiplin yaptırımları konusunda belli kriterler geliştiren *Wolff v. McDonnell* (418 U.S. 539) kararına imza atmıştır.

³⁴ Bunun tipik örneği olan *Kalaç v. Türkiye* kararında (20704/92, 1.7.1997) AİHM, askerlerin din özgürlüğü bakımından farklı bir disiplinler sisteme tabi tutulabileceği gerekçesiyle bir askerin dini hareketleri nedeniyle ihraç edilmesinin Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkemenin belli koşullarda askeri personelin sivillerden daha farklı biçimde sınırlandırılabilirliğini kabul ettiği başka kararları da bulunmaktadır. (Engel vd. v. Hollanda, 5100/71-5101/71- 5102/71-5354/72-5370/72, 8.6.1976, §§ 73 ve 103; Larissis vd. v. Yunanistan, 24.2.1998, §§ 50 ve 51; Hadjianastassiou v. Yunanistan, 16.12.1992, §§ 39 ve 46 ve Pasko v. Rusya, 69519/01, § 86, 22.10.2009). Buna karşılık Mahkeme her başvuruda bu müdahalenin ölçülü olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmakta ve askerlerle ilgili olsa da ihlal kararı verebilmektedir. Bu konuda eski tarihli sayılabilecek kararda mahkeme asker, i hiyerarşide üstünde yer alan bir kişiye yazdığı mektupta askeriyeyle ilişkin iddiaları nedeniyle disiplin ve ceza yaptırımına maruz kalmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiş ve kararda askerlik statüsünün ifade özgürlüğünün bu şekilde sınırlandırılması bakımından meşru kabul edilmeyeceğine karar vermiştir. (Grigoriades v. Yunanistan, 121/1996/740/939, 25.11.1997) Bir başka kararda mahkeme, kadın askerlere izin verilirken erkek askere babalık izni verilmemesini ayrımcılık olarak değerlendirmiş (Konstantin Markin/Rusya [BD] – 30078/06, 22.3.2012); emekli bir asker olmasına rağmen başvurusunun seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının Sözleşmenin 4. No.lu protokolünün 2. Maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. (Soltysyak v. Rusya, 4663/05, 10.02.2011) Buna karşılık dini nedenlerle askerlik yapmayı reddeden Feti Demirtaş'ın başvurusunda (5260/07, 17.1.2012) Mahkeme kişi asker statüsünde olmadığı için 3., 6. ve 9. maddelerin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu konuda daha tartışma konusu olan statü ise devlet memurluğu statüsü ile öğrenciliktir. Din özgürlüğünün sınırlandırılması bağlamında kamu görevlilerine başörtüsü yasağı getirilmesi konusunda AİHM Dahlab v. İsviçre kararında (42393/98, 15.2.2001) ihlal kararı vermemiştir. Ancak bu konuda daha tartışmalı olan ve ihlal bulunmadığına karar verilen üç karar daha vardır: Birincisi üniversite öğrencilerinin başörtüsü sınırlamaları ko-

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında³⁵ da gözlenebilir.

Bu nedenlerle hapsedilenlerin hukuki statülerinin açıkça belirlenmesi son derece önemlidir. Eğer hapsedilenlerin yeniden toplum-sallaştırılmalarının cezalandırmanın bir unsuru olması bekleniyorsa bunun temel gereklerinden biri de hapsedilenlerin hak ve yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesidir.³⁶ 1982 Anayasasında tutuklanma koşulları ve adil yargılanmaya ilişkin hükümler dışında hapsedilen haklarına ilişkin özel bir güvence hükmü ya da hapsedilen haklarının sınırına ilişkin genel bir hüküm bulunmadığından her hak bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Kural olarak, herkesi kapsayan haklardan yararlanma bakımından herhangi bir insan gibi

nusunda Leyla Şahin v. Türkiye (44774/98, 10.11.2005) kararıdır. Mahkemenin bu kararda başörtüsü yasağının din özgürlüğüne ilişkin 9. maddeyi ihlal etmediğine hükmetmesine karşın kamusal alanda peçe takmanın yasaklanmasının 8. ve 9. maddeler ile 14. maddenin ihlaline yol açtığı iddia edilen S.A.S. v. Fransa (43835/11, 1.7.2014) davasında ihlal olmadığına karar vermesi mahkemenin bu yasaklara statüye göre bakmadığını göstermektedir. Buna karşılık Mahkemenin İtalya'ya karşı Lautsi vd. davasında 2. Daire önce ihlal yönünde karar vermişse de daha sonra Büyük Daire (30814/06, 18.3.2011) okullarda dini sembollerin varlığının eğitim hakkı ile din özgürlüğünü ihlal etmediğine ve bu konuda devletlerin takdir yetkisi olduğuna karar vermiştir. Çalışmanın sınırını aşmakla bu kararların farklı açılardan çok eleştirildiğini belirtmek gerekir.

³⁵ Anayasa Mahkemesi Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan "karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur" hükmünü benzer bir yaklaşımla iptal etmiştir. Başvuru gerekçesinde kişinin özel hayatı ve aile hayatını askerlik hizmet ve gereklerinin ötesinde ve üzerinde tutmak gerektiği ve bu hükmün özel hayatın korunmasına ilişkin hükümlerle çatıştığı iddia edilmişse de mahkeme şu gerekçeyle başvuruyu reddetmiştir: "Başta kolluk kuvvetleri olmak üzere bazı kamu görevlileri için öngörülen bu tarz cezaların amacı, kamu görevlisinin görevini gerektiği şekilde yerine getirmesini sağlamaktır. Bu bağlamda, askeri ceza hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin davranışları ile ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır." (E. 2014/176, K. 2015/53, 27.5.2015, RG: 26.6.2015-29398). Mahkemenin bu yaklaşımı AİHM'den farklı olarak kamu görevliliği sıfatı ile özel hayat arasında bir bağlantı ve müdahalenin gerekliliği ölçütünü sorgulamaksızın adeta özel hayata her tür müdahalenin meşru olduğu ön kabulünü içerdiğinden son derece sorunludur. Mahkemenin gerekçesinin son kısmında yer alan "Kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivilere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askeri disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır" cümlesinde karşımıza çıkan ve kişilerin bu sınırlamayı baştan bilmesini sınırlandırmanın meşruluğu anlamında kullanması da özgürlük anlayışı bakımından sorunludur.

³⁶ Timur Demirbaş, "Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Kasım 2000, s. 160.

muamele görmeleri gerekmele birlikte belli haklardan yararlanma bakımından Anayasada sınırlar öngörölmüştür: Hapsedilenlerin özgürlüğünün sınırlanmasının dayanağı olan 17. madde, 18. maddede yer alan ve hapishanede çalıştırmanın angarya yasağına girmeyeceğine ilişkin düzenleme, ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddede yer alan özel sınırlandırma nedenlerinden biri olan suçluların cezalandırılması ile 67. maddede belli hükümlülerin oy kullanmasına ilişkin sınırlama. Bu maddeler dışında hapsedilenlere yönelik özel bir sınırlama bulunmamaktadır. Kamu düzeninin özel sınırlandırma nedeni olarak kabul edildiğı hallerde hapishane düzeni ile kamu düzeni arasında bir bağlantı kurulabilecekse de özellikle mahkeme kararı gerektiren 20. maddedeki üst araması, 28. maddedeki basın özgürlüğü gibi maddeler ile fiilen kullanılması imkansız hale gelen veya zorlaşan örgütlenme, toplantı ve gösteri yürüyüşü, sendikal haklar, grev hakları ile eğitim hakkı gibi hakların sınırının da tartışılması gerekmektedir. Ayrıca sınırlanan hakların Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olup olmadığı da tartışılabilecektir. Anayasa Mahkemesi de hükümlülerin bireysel başvurularına ilişkin kararlarının hemen hepsinde özgürlüğünden mahrum olan kişilerin Anayasa'nın ve AİHS'in ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve özgürlüklerin tamamına genel olarak sahip olduklarını belirtmektedir.³⁷

Çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına değinmeden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) önüne gelen başvurular da verdiği ihlal kararlarına kısaca değinilecektir. Bu değerlendirme bireysel başvurunun kabul edildiğı ölkemizde hem Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı ile AİHM'in yaklaşımı arasındaki benzerlik ve farklılıklar, hem de ceza infaz mevzuatı ile AİHS ve Anayasa arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi adına da önemlidir. Ancak yapılacak değerlendirmelerde anayasaya aykırılık ile AİHS'e aykırılığın kapsam ve nitelik itibariyle farklarının da gözetilmesi gerektiğini vurgulamak gerekir.

II. AİHM Kararlarında Hapsedilen Hakları

Uluslararası insan hakları düzenlemelerinde hapsedilme koşullarının koruma alanında görölmesi çok daha geç tarihlerde olmuştur.

³⁷ AYM, 2014/1711, 23.7.2014, par. 29-33; 2013/583, 10.12.2014, par. 65; 2012/90, 10.12.2014, par. 67.

2000'lere kadar AİHM hapsedilenlerin başvurularıyla ilgili az sayıda ihlal kararı vermişken³⁸ daha sonraki yıllarda konuyla ilgili çok sayıda ihlal kararı vermiştir. AİHM konuyla ilgili kararlarının hemen tamamında hapsedilenlerin kişi özgürlüğü dışındaki haklar bakımından diğer bireylerle aynı şekilde hak öznesi olduğunu vurgulamaktadır. Hatta AİHM'in yaklaşımında yaşam koşullarındaki farklılaşma, yani tamamen devletin kontrolünde bir hayat sürmeleri nedeniyle yaşam hakkı ve sağlık hizmetlerinden yararlanma bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin daha fazla olduğundan bahsetmek mümkündür. Benzer şekilde devletin gözetim ve denetiminde olmaları nedeniyle üçüncü kişi sayılabilecek kişilerin eylemlerinden devletin sorumlu tutulması da daha olasıdır. Bu bakımdan, intihar eden ya da sağlık sorunları tedavi edilmeyen herhangi bir yurttaş bakımından devletin sorumluluğundan bahsetmek daha güçken hapsedilenler söz konusu olduğunda devletin sorumlu tutulma olasılığı daha yüksektir.

AİHM'e hapsedilen haklarıyla ilgili yapılan başvuruların önemli bir kısmı AİHS'in 3. maddesinde düzenlenen kötü muamele yasağına ilişkindir. AİHM çok sayıda kararında hücrelerin fiziki koşulları,³⁹ hapishanenin kalabalıklığı,⁴⁰ nakil işleminin tekrarlanması,⁴¹ hücre arkadaşlarının kötü muamelesi,⁴² hapishane çalışanlarının kötü muamelesi,⁴³ gözaltındaki gençlere kötü muamele edilmesi⁴⁴ nedeniyle 3. maddenin (ve ölüm gerçekleşmişse 2. maddenin) ihlal edildiğine karar vermiştir. Yine kötü muamele kapsamında değerlendirilebilen bir başka konu da sağlık hizmetinin gereği gibi veya hiç sunulmamasıdır.

³⁸ Günther, "Ceza İnfaz...", s. 59.

³⁹ AİHM'in 3. maddenin ihlal edildiğinde ilişkin karar örnekleri için bkz. Peers v. Yunanistan, 28524/95, 19.4.2001; Kalashnikov v. Rusya, 47095/99, 15.7.2002; Modârcă v. Moldova 37829/08, 10.5.2007; Florea v. Romanya, 21534/05, 14.9.2010; Ananyev vd. v. Rusya, 42525/07 - 60800/08, 10.1.2012 (3. Maddenin yanı sıra 13. Maddenin de ihlal edildiğine karar verilmiştir); Canali v. Fransa, 40119/09, 25.4.2013; Vasilescu c. Belçika, 64682/12, 18.3.2014.

⁴⁰ Mandic ve Jovic v. Slovenya ve Štrul v. Slovenya, 5774/10- 5985/10, 20.10.2011; Torreggiani vd. v. İtalya, 43517/09-35315/10-37818/10-46882/09-55400/09-57875/09-61535/09, 8.1.2013 (pilot karar).

⁴¹ Khider v. Fransa, 39364/05, 9.7.2009; Payet v. Fransa, 19606/08, 20.1.2011.

⁴² Preminin v. Rusya, 44973/04, 10.2.2011; Yuriy Illarionovich Shchokin v. Ukrayna, 4299/03, 3.10.2013 (Ölüm gerçekleştiğinden 2. Maddenin ihlaline karar verilmiştir); D.F. v. Litvanya, 11160/07, 29.10.2013.

⁴³ Tali v. Estonya, 66393/10, 13.2.2014.

⁴⁴ Güveç v. Türkiye, 70337/01, 20.1.2009; Coselav v. Türkiye, 1413/07, 9.10.2012 (ölüm gerçekleştiğinden 2. Maddenin ihlaline karar verilmiştir.).

Örneğin hapishane koşullarının akıl sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilmemesinden kaynaklanan pek çok ihlal kararı verilmiştir.⁴⁵ Bu kapsamda intihara meyilli kişilerin intiharlarının önlenmesi konusunda yeterli önlemlerin alınmaması da 3. ve/veya 2. maddenin ihlaline yol açabilmektedir.⁴⁶

Kötü muamele yasağıyla ilgili değerlendirme yapılan konulardan biri de tecrit kararlarına ilişkindir. AİHM tecridin tek başına insanlık dışı muamele olmadığını kabul etmekle birlikte çok uzun süreli ve ağır tecrit koşulları ya da tecridin bitmesine ilişkin bir umudun bulunmadığı hallerde 3. maddenin ihlal edildiğine karar verebilmiştir.⁴⁷ Benzer şekilde ince arama uygulamasının varlığı tek başına ihlal olarak kabul edilmemekle birlikte koşullara bağlı olarak ince aramanın 3. maddenin ihlal edilmesine yol açtığına ilişkin kararları da vardır.⁴⁸

Hapsedilenlerin başvurularının bir kısmı da açlık grevleri ve zorla besleme uygulamalarına ilişkindir. AİHM kararlarında devletlerin yaşam hakkını korumak konusundaki pozitif yükümlülüklerine vurgu yapılarak zorla beslemenin kendisinin Sözleşmenin ihlaline yol açma-

⁴⁵ Romanov v. Rusya, 63993/00, 20.10.2005; Kucheruk v. Ukrayna, 2570/04, 6.9.2007; Dybeku v. Arnavutluk, 41153/06, 18.12.2007; Rupa v. Romanya, 37971/02, 16.12.2008; Slawomir Musiał v. Polonya, 28300/06, 20.1.2009 ; Raffray Taddei v. Fransa 36435/07, 21.12.2010; Z.H. v. Macaristan, 28973/11, 8.11.2011; G. v. Fransa 27244/09, 23.2.2012; M.S. v. Birleşik Krallık, 24527/08, 3.5.2012; L.B. v. Belçika, 22831/08, 2.10.2012 (Bu kişinin cezaevinde tutulabilecek akıl sağlığı olmadığından yedi yıl boyunca cezaevinin psikiyatrik bölümünde bulunmasının 5. maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiğinde karar verilmiştir); Claes v. Belçika, 43418/09, 10.1.2013 ; Ticu v. Romanya, 24575/10, 1.10.2013.

⁴⁶ Keenan v. Birleşik Krallık, 27229/95, 3.4.2001 (Ölüm gerçekleşmesine karşılık davanın koşulları dikkate alınarak 2. madde bakımından ihlal bulunmazken 3. madde bakımından ihlale karar verilmiştir); Rivi  re v. France, 33834/03, 11.7.2006; Renolde v. Fransa, 5608/05, 16.10.2008 (2 ve 3. maddelerin ihlali); G       v. T  rkiye, 70337/01, 20.1.2009 (3. maddenin ihlali); Coselav v. T  rkiye, 1413/07, 9.10.2012 (2. maddenin ihlali); Jasinska v. Polonya, 28326/05, 1.6.2010 (2. maddenin ihlali); De Donder ve De Clippel v. Bel  ika, 8595/06, 6.12.2011 (2. maddenin ihlali); Ketreb v. Fransa, 38447/09, 19.7.2012 (2. ve 3. maddenin ihlali)

⁴⁷ Ilascu vd. v. Moldova ve Rusya (BD), 48787/99, 8.7.2004; Ramirez Sanchez v. Fransa, 59450/00, 4.7.2006; Piechowicz v. Polonya ve Horych v. Polonya, 20071/07, 17.4.2012, (3. ve 8. maddelerin ihlali); X v. T  rkiye, 24626/09, 9.10.2012 (Ki  i e  cinsel oldu  u i    n tecrit edildi  inden 3. maddenin yanı sıra 14. maddelerin ihlaline karar verilmi  tir);   alan v. T  rkiye (no. 2), 24069/03-197/04 6201/06-10464/07, 18.3.2014.

⁴⁸ Vala  inas v. Litvanya, 44558/98, 24.7.2001 ; Iwa  czuk v. Polonya, 25196/94, 15.11.2001; Fr  rot v. Fransa, 70204/01, 12.6. 2007; El Shennawy v. Fransa, 51246/08, 20.1.2011.

yacağı genel olarak kabul ediliyorsa da, zorla beslemenin can güvenliğini korumayı gerektirecek koşullar bulunmadan yapılmasının 3. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmektedir.⁴⁹

AİHM'e yapılan başvurularda sıkça gündeme gelen konulardan biri de hapsedilenlerin sağlık koşullarına ilişkindir. Yeterli yemek verilmemesi,⁵⁰ bir hastalığın tedavisi sırasında kötü muamele,⁵¹ gerekli tedavi hizmetinin sunulmaması,⁵² ciddi bir hastalığa rağmen hapsedmeye devam etme⁵³ gibi durumlarda ihlal kararı verilebilmektedir. Sağlık koşullarına ilişkin kararlar sadece ölümcül ya da çok ağır hastalık durumlarını değil, yaşam koşullarını güçleştiren durumları da içerir. Örneğin hükümlüye **gözlüklerinin beş ay verilmemesi**,⁵⁴ kötüleşen görme sorunu nedeniyle dışarıda göz tedavisi olabilmesi için izin talebinin reddi,⁵⁵ ihtiyacı olmasına rağmen ortopedik ayakkabı verilmemesi⁵⁶ gibi nedenler ihlal kararına konu olmuştur. HIV pozitif hastalarına yönelik sağlık hizmetlerinin yetersizliği de Mahkemenin ihlal kararı vermesine yol açabilmiştir.⁵⁷

Özel ihtiyaçlara sahip hükümlüler bakımından ise Mahkeme bu kişilerin dezavantajlı durumunu dikkate alan bir yaklaşım içindedir. Fiziksel engelli kişilerin hapisane koşullarıyla ilgili olarak tekerlekli sandalyede yaşayanların hapisane koşullarının kötü muamele kapsamına girdiğine ilişkin⁵⁸ kararlarının yanı sıra; sağır, dilsiz ve öğren-

⁴⁹ Nevmerzhitsky v. Ukrayna, 54825/00, 5.4.2005; Ciorap v. Moldova, 12066/02, 19.6.2007; Karabet vd. v. Ukraine, 38906/07-52025/07, 17.1. 2013. Bu kararlar dışında konuyla ilgili kararlar Wernicke-Korsakoff sendromuna yakalananların yeniden hapse gönderilmesine ilişkindir.

⁵⁰ Moisejevs v. Latvia, 64846/01, 15.6.2006.

⁵¹ Mouisel v. Fransa, 67263/01, 14.11.2002.

⁵² Tarariyeva v. Rusya, 4353/03, 14.12.2006; Testa v. Hırvatistan, 20877/04, 12.7.2007; Poghosyan v. Gürcistan, 22999/06, 24.2.2009; V.D. v. Romanya, 7078/02, 16.2. 2010; Iacov Stanciu v. Romanya, 35972/05, 24.7.2012.

⁵³ Serifis v. Yunanistan, 27695/03, 2.11.2006.

⁵⁴ Slyusarev v. Rusya, 60333/00, 20.4.2010.

⁵⁵ Xiros v. Yunanistan, 9.9.2010, 1033/07.

⁵⁶ Vladimir Vasilyev v. Rusya 10.1.2012, 28370/05.

⁵⁷ Aleksanyan v. Rusya, 46468/06, 22.12.2008; Khudobin v. Rusya, 59696/00, 26.10.2010; A.B. v. Rusya, 1439/06, 14.10.2010; Logvinenko v. Ukrayna, 13448/07, 14.10.2010; Kozhokar v. Rusya, 33099/08, 16.12. 2010; Shchebetov v. Rusya, 21731/02, 10.4.2012; Koryak v. Rusya, 24677/10, 13.11.2012; E.A. v. Rusya, 44187/04, 23.5.2013; Salakhov and Islyamova v. Ukrayna, 28005/08, 14.3.2013.

⁵⁸ Price v. Birleşik Krallık, 33394/96, 10.7.2001 ve Vincent v. Fransa, 6253/03, 24.10.2006 ; Arutyunyan v. Rusya, 48977/09, 10.1.2012; D.G. v. Polonya, 45705/07, 12.2.2013 ;

me güçlüğü olan kişinin üç ay özgürlüğünden mahrum bırakılması Sözleşmenin 3. ve 5/2 maddelerine aykırı bulunmuştur.⁵⁹ Benzer şekilde yaşlı ve hasta hükümlülerle ilgili olarak 84 yaşında ve 83 yaşında hapsedilen iki başvuruçunun yaşlılığa bağlı olarak sağlık koşullarının hapsedilmeye elverişli olmaması nedeniyle ihlal kararları verilmiştir.⁶⁰ Akıl hastalığı olan kişinin ihtiyaçlarına özgü tedavi ve ortam bulunmaması durumu da yine 3. maddenin ihlal edilmesi anlamına gelebilecektir.⁶¹

Mahkemenin hapsedilenlerin 8. maddede yer alan özel hayatın korunmasına ilişkin haklarının ihlal edildiğinde ilişkin kararları da bulunmaktadır. Örneğin Türkiye'yle ilgili Nusret Kaya kararında (43750/06,22.4.2014) telefonda Kürtçe konuşma yasağının, Uslu kararında (23815/04, 20.1.2009) başvuranın muayene sonuçlarının bir kopyasının kendisine verilmemesinin 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir. Hapsedilenlerin ifade özgürlüğü de Mahkemenin önüne gelen konulardan biridir. Örneğin Mesut Yurtsever kararında⁶² Kürtçe basılan Azadiya Welat Gazetesi'nin gazeteyi inceleyecek personel bulunmaması ve her sayının çevrilemeyecek olmasını gerekçe gösterip hükümlülere verilmemesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verilmiştir.

AIHM kararlarına yansıyan bir başka konu bu kişilerin oy verme haklarının tamamen yasaklanmasının Ek Protokol 1'in 3. maddesinde yer alan seçme hakkının ihlal edilmesine yol açtığına ilişkindir.⁶³

Grimailovs v. Litvanya, 6087/03, 25.6.2013.

⁵⁹ Hüseyin Yıldırım v. Türkiye, 3.1.2007, 2778/02.

⁶⁰ Sırasıyla Farbtuhs v. Litvanya, 2.12.2004, 4672/02; Contrada (no. 2) v. İtalya 11.2.2014, 7509/08. AIHM bu konuda yaşı değil, yaşlıların her birinin özgül koşullarını dikkate almıştır. Yani, başvuruçunun sağlık koşullarının hapsedilmeye elverişli olup olmadığı değerlendirilmektedir. Bir kararında AIHM 90 yaşında olmasına karşılık kişinin kalp sorunu dışında sağlık koşullarının hapsedilme bakımından kritik olmadığına ve ihlal bulunmadığına karar vermiştir. (Papon v. Fransa, 7.6.2001)

⁶¹ Dybeku v. Albania, 41153/06, 18.12.2007.

⁶² Mesut Yurtsever vd. v. Türkiye, 14946/08, 21030/08, 24309/08, 24505/08, 26964/08, 26966/08, 27088/08, 27090/08, 27092/08, 38752/08, 38778/08 ve 38807/08, 20.1.2015.

⁶³ Hirst (No. 2) v. Birleşik Krallık, 74025/01, 6.10.2005; Greens ve M.T. v. Birleşik Krallık, 60041/08-60054/08, 23.11. 2010 ; Firth vd. v. Birleşik Krallık, 47784/09, 12.8.2014; Frodl v. Avusturya, 20201/04, 8.4.2010; Söyler v. Türkiye, 29411/07, 17.9.2013 ; Anchugov ve Gladkov v. Rusya, 11157/04-15162/05, 4.7.2013; Murat Vural v. Türkiye, 9540/07, 21.10.2014.

Mahkeme hapsedilen statüsüne bağlı genel yasakların Sözleşmeyi ihlal ettiğini, ancak seçme hakkı bakımından makul sayılabilecek belli suçlar için seçme hakkının sınırlandırılmasının Sözleşmeyi ihlal etmediğini kabul etmektedir.⁶⁴ AİHM gündemine yakın tarihte giren bir diğer konu ise hapsedilenlerinin umut hakkıdır. Mahkeme, müebbet hapis cezası alan hükümlülerin cezalarının herhangi bir umuda sahip olamayacak şekilde infaz edilmesinin işkence yasağına aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir.⁶⁵ Yine çok yakın zamanda verilen Khoroshenko v. Rusya kararında ise Mahkeme müebbet hapis cezasına hükmedilen kişilere özgü olarak aileleriyle iletişim kurma hakkının sınırlandırılmasını incelemiş ve Rusya'da müebbet hapis cezasına mahkum kişilerin ilk on yılda diğer hükümlülerden farklı olarak ailelerini ancak kısa süreli görebileceklerine ilişkin genel yasağın Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre "Devletler sınırlamanın belli bir olayda makul ya da gerçekten gerekli olup olmadığını belirlemek için bir ölçüde esneklik sağlamadan genel sınırlama koymak konusunda serbest değildir." (par. 126) Bu kararın önemi tıpkı umut hakkı ve oy kullanma hakkında olduğu gibi, devletlerin cezalandırma politikaları konusunda takdir yetkisi vurgusunu içermemesi, tam tersine genel yasaklar konusunda devletlerin sınırını belirlemesidir.

AİHM'in kararları bunlarla sınırlı olmamakla birlikte kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, AİHS'in belli bir cezalandırma sistemini dayatmadığını, ancak AİHM'in hapsedilenlerin haklarını **giderek daha geniş** yorumladığını **saptamak** mümkündür. Bunun en **önemli görünümü 3.** maddedeki kötü muamele yasağı ile 8. maddedeki özel hayatın korunmasına ilişkin hükümlerin giderek daha kapsayıcı hale gelmesiyle birlikte hapsedilenlere özgü ve daha önce hak olarak görülmeyen umut hakkı gibi yeni hak türlerinden bahsedilebilmesidir. AİHM kararlarındaki en önemli konulardan biri AİHS kapsamındaki bütün haklar bakımından özne olarak ka-

⁶⁴ Örneğin Scoppola (No. 3) v. Italy, (126/05, 22.5.2012) kararında İtalya hukukunda belli suçlar bakımından sınırlama getirildiğinden cinayetten hükümlü başvuru-
nun oy hakkını kullanamaması nedeniyle ihlal kararı verilmemiştir.

⁶⁵ Kafkaris v. Kıbrıs (BD, 21906/04, 12.2.2008) ve Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Kral-
lık (BD, 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9.7.2013) ile Öcalan v. Türkiye kararları
buna örnektir. Bu konuda bir çalışma için bkz. Öncü, 2014: 13-36.

bul edilen hapsedilenlerin haklarının demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılması ve cezalandırma sırasında insani muamelenin zorunlu bir koşul olduğunun vurgulanmasıdır. Mahkemenin ülkelerin hapishane sistemlerindeki farklılığı ve taraf devletlerin konuyla ilgili takdir yetkisini vurgulayarak cezalandırma sistemi ve politikası bakımından ilkeler belirlemekten kaçınma eğiliminde olduğu, ancak yakın zamanlarda genel yasak/sınırlamalar konusunda devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğuna karar verdiğini belirtmek gerekir.⁶⁶ Bunun dışında, müebbet hapis cezası alan kişiler bakımından yapılacak düzenlemelerde insani muamele vurgusunun arttığını ve bu konuda da devletlerin takdir yetkisinin sınırını belirleme çabasını görmek mümkündür. AİHM kararlarındaki yaklaşım bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi açısından yol gösterici bir kaynak olmakla birlikte ulusal bir sistem içinde inceleme yapan Anayasa Mahkemesi'nin bu bağlamda daha geniş bir yorum yapmasının ve ilkeler belirlemesinin mümkün olduğunu da belirtmek gerekir.

III. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Hakları

Anayasa Mahkemesi bakımından hapsedilen hakları görece yeni sayılabilecek bir konudur. Mahkemenin konuyla ilgili kararlarının tamamı 2012 ile 2015 yılları arasında verilmiştir. Mahkeme altı kararında anayasaya aykırılık incelemesi yapmış ve sekiz bireysel başvuruyu değerlendirmiştir. Kararların tarihsel olarak yakınlığı, mahkemenin iki işlevi haline gelen anayasaya aykırılık incelemesi ile bireysel başvuru değerlendirmeleri arasındaki farkı ortaya koyması bakımından önemlidir. Bununla birlikte hem ölçü normlarının farklı olması, hem de anayasaya aykırılık değerlendirmesinde iki norm arasındaki ilişkiye bakılırken bireysel başvuruda olay bazlı değerlendirme yapılması iki incelemeyi birbirinden farklı kılmaktadır. Bu nedenle çalışmada itiraz başvuruları ile bireysel başvuru kararları ayrı değerlendirilmiştir.

⁶⁶ Çalışma kapsamında ihlal kararlarına odaklanılmışsa da mahkemenin benzer konularda çok sayıda ret kararı verebildiğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

a. Anayasaya Aykırılık İtirazları ve Hapishanelerde Disiplin Hukuku

Disiplin hukuku, bir kamu hizmetinin sunulması sırasında bu hizmetin iyi yürütülebilmesini sağlamak amacıyla kamu düzenini sağlamaya yönelik önlemler alabilme yetkisini içerir. Bu önlemler kamu gücünün yoğun biçimde kullanılması anlamına geldiğinden insan hakkı ihlali potansiyeli de taşırlar. Disiplin hukukunun muhatapı olan özneler tüm toplum değil, belli yükümlülüklerle sahip kişilerdir. Kamusal nitelikleri nedeniyle belli mesleklerin meslek etiğine aykırılıkları önlemek amacıyla meslek kuruluşlarına tanınan disiplin yetkileri dışında kamu görevlileri, öğrenciler ve hapsedilenler disiplin hukukunun öznesi olabilirler. Kamu görevlileri bir kamu hizmeti sunmaları ve kamusal araç ve yetki kullanmaları nedeniyle, öğrenci ve hapsedilenler ise bir kamu hizmetinden yararlananların disiplin hukukuna tabi olması bakımından birbirinden farklı niteliklere sahip olsalar da bu kişiler yukarıda özel statü (*Sonderstatus*) ilişkisi denilen ilişkinin sonucunda idarenin disipliner yetkilerine muhatap olmaktadır. Ancak, diğer statülerden farklı olarak hapsedilenler doğrudan devletin gözetiminde ve özgürlüklerinden mahrum oldukları için muhatap oldukları disipliner yetkilerin etkileri daha yoğundur. Hapsedilenler üzerinde uygulanan disiplin yaptırımı diğer disiplin cezalarından farklı olarak hapsedilenlerin hayatlarının tamamını kapsayacak niteliktedir ve bu nedenle temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi de daha yoğundur. Disiplin ve cezalandırma kimi zaman iç içe geçen bir niteliğe sahipse de disiplin genellikle itaat ve düzen fikriyle ilişkilirken; cezalandırma çoğu zaman düzeni sağlayan disipliner bir yaptırım olmanın ötesine geçer. Diğer yandan disiplin, kapsadığı insanlar ve hayatın pek çok alanına yayılmak gibi özellikleriyle uygulama bakımından daha yaygın bir usuldür.

Hapsedilenler bağlamında cezalandırma ve infaz arasında yapılabilecek ayırmda cezalandırma yetkisinin sahibi mahkeme, infazda idare iken bu ayırım disiplin hukuku söz konusu olduğunda silikleşmekte; infaz, cezalandırmanın bir parçası haline gelebilmektedir. Şartla salıverilme koşullarıyla disiplin cezaları arasında ilişki kurulmuş olması⁶⁷ disiplin ile cezalandırmanın birbirine daha da yaklaşmasına

⁶⁷ Ceza İnfaz Kanunu'nun 48/3-b hükmü gereğince disiplin cezalarının tamamı in-

yol açmakta, hapishane idaresi yargı kararı ile cezalandırılmasına karar verilen bir kişi hakkında cezanın niteliğini değiştirebilecek yetkilerle donatılmış olmaktadır.

5275 sayılı Ceza İnfaz Kanunu'nun 37. maddesine göre tutuklu ve hükümlüler kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğinin ve disiplinin sağlanması amacıyla idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları⁶⁸ uygulanır. Söz konusu hüküm bir yandan disiplin cezalarının amacının ilgili idari faaliyetin düzen içinde görülmesini sağlamak olduğunu, diğer yandan bu yetkinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılması gereğini ifade etmektedir.

Disiplin suç ve cezaları bakımından yapılan ilk temel tartışma ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin cezaları bakımından da uygulanmasına ilişkindir. Başta suç ve cezalarda yasallık, savunma hakları, mahkeme kararıyla özgürlükten mahrum bırakılma gibi bu temel ilkelerin nasıl ve hangi ölçüde uygulanacağı dışında ikinci bir tartışma da bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına yol açan disiplin suç ve cezalarının özgürlük sınırlama rejimine uygun olup olmadığıdır. Bu noktada disiplin hukuku özelinde yasallık koşulu açısından suç ve cezaların kapsamının yeterince net belirlenip belirlenmediği, suç ve ceza arasında ölçülülük olup olmadığı, cezanın hakkın özüne dokunup dokunmadığı önem taşır.

Çalışmada ilk olarak yasallık ilkesine ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararı ile hücreye koyma, açlık grevi disiplin suçu, gereksiz marş söylemek ve slogan atmak nedeniyle haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılması disiplin suçlarına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilecektir. Bununla birlikte, hapishane idarelerinin sadece disiplin değil, özellikle tedbir niteliğinde ve yine yaptırım olarak tanımlanabilecek karar alma yetkileri bulunmaktadır. Bu kapsamda hapsedilenlerin mektuplarına el konulması ile ziyaretçilere ilişkin

faz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılamamaktadır.

⁶⁸ Aynı Kanun'un 38. maddesine göre disiplin cezaları şu şekildedir: Kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, hücreye koyma.

bazı sınırlamalara ilişkin iki Anayasa Mahkemesi kararına da değinilecektir.

1. Disiplin Suç ve Cezalarında Yasallık İlkesi

5275 sayılı Ceza İnfaz Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, hapsedilenlere uygulanacak disiplin cezaları, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük'te düzenlenmekte ve bu disiplin cezalarının hangi fiillere uygulanacağı tüzükte ve ilgili yasalarda belirtilmemekteydi. Bu bakımdan 5275 sayılı yasa yürürlüğe girene kadarki süreçte hapisane disiplin hukuku ve bu doğrultuda sınırlandırılan temel hak ve özgürlükler yasallık ilkesine tamamen aykırıydı. Yeni yasayla disiplin hukukuna ilişkin hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmakla birlikte –Anayasa Mahkemesi'nin de incelemesine konu olan- kıyasa izin veren hüküm nedeniyle suçlarda yasallık ilkesi geçerli değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili verdiği en önemli kararlardan biri Ceza İnfaz Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve kanunda disiplin suçu olarak sayılan “eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar” hükmüne ilişkindir.⁶⁹ Söz konusu hüküm Anayasa'da suç ve cezaların yasallığına ilişkin 38. madde hükmüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Disiplin suç ve cezalarının ceza hukukunun temel ilkelerine uygun olması gerekliliği konusu Türkiye'de idare hukukunda hem uygulamada hem yargı kararlarında tartışılan bir konu olagelmıştır. Disiplin hukukunda suçların yasallığının kanunun izin vermesi durumunda daha esnek uygulanabileceğine yönelik Danıştay'ın⁷⁰ ve hatta Anayasa Mahkemesi'nin daha eski kararlarındaki yaklaşımın artık mahkemece kabul edilmediği anlaşılmaktadır.⁷¹ Anayasa Mahkemesi bu kararda

⁶⁹ AYM, 3.10.2013, E. 2013/28, K. 2013/106, RG: 18.1.2014-28886.

⁷⁰ Danıştay'ın bu yöndeki yaklaşımı hakkında bkz. Ali Ulusoy, İdari Yaptırımlar, Turhan Kitabevi, 2014, s. 86 vd. Karşıoy yazan üç üyenin de muhalefetlerinin bu yönde olduğunu belirtmek gerekir.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin son zamanlarda verdiği kararlarda disiplin hukukunda yasallık ilkesine yaklaşımının değiştiğini başka kararlarında da görmek mümkündür. Örneğin AYM, 2012/731, 15.10.2014, R.G. 17.12.2014-29208: “40. Kamu

hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesine atıfta bulunmuş ve disiplin hukukunda ceza hukukunun temel ilkelerinin uygulanacağını kabul etmiştir. Mahkeme kararda Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasının suçun yasallığı, üçüncü fıkranın ise cezanın yasallığı ilkesini düzenlediğini ve bu iki koşulun disiplin hukuku bakımından geçerli olduğunu kabul etmiştir. Kararda *"Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır.... Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır"* denmiş; yasallık için şekli bakımdan

otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılmasının önlenmesi, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin, bu ilkeye saygılı hareket etmeleri; suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının, yasama organı tarafından belirgin bir şekilde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın, düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi, ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerekir. (B. 2013/849, 15.4.2014, § 32) (41) ... Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (AYM, E. 2009/51, K. 2010/73, K.T. 20.5.2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13.1.2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7.7.2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11.4.2012) Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır... Bu nedenle, kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için, hangi fiillerin suç olduğunun kanunlarda açıkça gösterilmesi gereklidir (AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T. 31.3.1992). (43) Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi şartı, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikle öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır..." (AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12.1.2012).

kanunun yeterli olmadığı, “bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerek[ceği]” belirtilmiştir. Mahkemenin gerekçesinin önemli bir başka yanı da insan hakları ile ceza infaz sistemi arasındaki ilişkiye vurgu yapmış olmasıdır. Bu kararlar birlikte Anayasa Mahkemesi disiplin hukuku bakımından yasallık ilkesini suçlarda da kabul etmiş olmaktadır. Buna karşılık mevzuatta kıyasa izin veren hükümlerin hem Kabahatler Kanunu’nda⁷² hem de öğrenci disiplin yönetmeliğinde⁷³ varlığını sürdürdüğünü belirtmek gerekir.

2. Hücreye Koyma Disiplin Cezasının Anayasallığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen itiraz başvurularından biri *hücreye koyma* disiplin cezasının anayasaya aykırılığına ilişkindir.⁷⁴ Ceza İnfaz Kanunu’nun “Hücreye koyma” başlıklı 44. maddesine göre bu ceza “hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır”. İtiraz başvurusunun gerekçesine göre “ceza infaz kurumlarında cezalarının çektilmesi-

⁷² Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemiyle de doldurulabilir” hükmü yürürlükte ve genel hüküm niteliğinde olduğundan diğer idari yaptırımlar bakımından uygulanabilir bir hüküm olup olmadığı ve tüm disiplin hukukunda idarelere kıyas yoluyla disiplin suçu ihdas etme yetkisinin kabul edilip edilmeyeceği akla gelmektedir. Bu konuda yakın tarihli sayılabilecek bir kararında Danıştay Kamu İhale Kurulu’nun kanunda öngörülen ve yaptırım uygulanabilecek bir duruma kıyasen yaptırıma tabi tutulan bir eylem sonucunda verilen idari para cezasıyla ilgili olarak Kabahatler Kanunu’na atıfla bir karar vermiştir. (Danıştay 13. Daire, E. 2013/1279, K. 2013/2292, T. 19.9.2013) Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesini aynen atıf yapmasının hemen arkasında bu maddenin idareye suçları belirleme konusunda yasallık ilkesine uyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını belirterek şu değerlendirmede bulunmuştur: “Belirli normların sadece kanunlarla düzenlenebileceğini öngören kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlarda da uygulanması zorunlu olan bir ilkedir. Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulamaması gerekmektedir”.

⁷³ Bununla birlikte özellikle yükseköğretim disiplin hukukunda yasallık sorununun varlığını koruduğunu belirtmek gerekir. Örneğin öğrenci hukukundaki yasallık sorunu hakkında bkz. D. Çiğdem Sever, “İnsan Hakları Meselesi Olarak Öğrenci Disiplin Hukuku ve Yasallık İlkesi”, *Güncel Hukuk*, Ocak 2014, s. 8-10.

⁷⁴ AYM, E. 2013/137, K. 2014/94, 22.5.2014, RG: 12.09.2014-29117.

nin yanı sıra infaz rejiminin asıl amacı olan, hükümlü ve tutukluların ıslah edilerek, dışarı ile uyum içinde ve suçtan uzak kalarak yaşayabilmelerinin sağlanması olan kural ve amaca aykırılık teşkil ettiği kanaatine varıldığı” ve bu düzenlemenin Anayasanın 15/2 ve 17/1 maddeleri ile 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırılığı iddia edilmiştir. Mahkeme gerekçesinde AİHM’in Fransa’yla ilgili ihlal kararı verdiği Kemal Ketreb kararında⁷⁵ hapishanede hücreye konan kişinin intiharından devletin sorumlu tutulmasına da atıf yapmış ve hücre cezasının hapsedilenin psikolojik durumu üzerinde tek başına olumsuz bir duruma yol açacağını vurgulamıştır. Mahkeme başvurusunda hücre cezasının mahkumu disipline etmek yerine *öfke yaratarak topluma daha zararlı hale getireceğini* ve uygulamanın tek başına işkence oluşturduğundan Anayasanın 17. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi işkence yasağına aykırılık iddiası karşısında aynı Kanunda 2. maddede yer alan zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunma yasağına ilişkin hüküm ile 6. maddede yer alan insan onuruna yapılan atfın, idarelere cezanın insan onuruna yakışır bir biçimde yerine getirilmesi ve infazda gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğünü getirdiğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkeme disiplin hukukuna ilişkin düzenlemelerde de kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu, ancak bu yetkilerin her durumda anayasal sınırlar içinde kullanılabileceğinden Anayasaya aykırılık iddiasının reddine karar vermiştir. Bu değerlendirmenin AİHM’in yukarıda değinilen tecrite ilişkin yaklaşımına yakın olduğu söylenebilir. Konuyla ilgili doğrudan tek uluslararası düzenleme 1990 tarihli Avrupa Konseyi Hapsedilenlere Muamele İçin Temel İlkeler’in 7. İlkesinde yer alan *“Bir ceza olarak hücre hapsinin kaldırılması ya da kullandırılmasının sınırlandırılmasına yönelik çabalar yürütülmeli ya da teşvik edilmelidir”* hükmüdür. Ancak tek başına bu hüküm hücre hapsi cezasının işkence yasağına aykırılık olduğu yorumuna yol açmayacaktır. Bu noktada tartışılması gereken diğer mesele hapishane idarelerinin bu yönde bir karar alabilmesinin anayasaya uygunluğudur.

⁷⁵ 5. Daire, 19.7.2012, 38447/09. Bu kararın hücre hapsinin kendisinin ihlale yol açtığına değil, hücre hapsi cezasına çarptırılan kişinin intiharı konusunda devletin yeterli önlemleri almamasına ilişkin olduğunu belirtmek gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesine göre; idarelerin kişi özgürlüğünü sınırlandıracak bir yaptırım uygulaması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi doğrudan bu hükme aykırılıkla ilgili bir değerlendirme yapmamış, ancak kararda infaz hakiminin onayının güvence niteliğini vurgulamıştır. Oysa kişinin zaten hapsedilmiş bir hukuk öznesi olması, bu kişinin idare tarafından hücreye koyulmasını Anayasa'nın 38. maddesine uygun hale getirmez ve konunun bu bakımdan da incelenmesi gerekir. Bu noktada Mahkemenin tartışmadığı ve konunun en önemli boyutu infaz hakimliğinin onay işleminin niteliğidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre infaz hakimliği mahkeme sıfatını taşımakla birlikte⁷⁶ onay işleminin kendisinin yargısal bir işlem olup olmadığı değerlendirmesinde işlemin içeriğine ve işlevine odaklanılmalıdır. İşlevsel anlamda yargısal işlem ya da yargı işlevi dendiğinde bir uyumsuzluğun çözülmesi ya da hukuka aykırılık iddiasının sonuca vardırılması anlaşılır. Bu şekilde bir işlemin yerine getirilebilmesi de belli usuli güvencele bağlanmıştır.

İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasında; alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak hakimliğin görevleri arasında sayılmış, ancak maddenin son fıkrasında kanunlarla verilen diğer görevlerin de bu hakimlikçe yerine getirileceği belirtilmiştir. Onay verme süreci belli bir şikâyetle harekete geçme ya da bir hukuka aykırılık incelemesi unsurlarını içermemekte, idarenin harekete geçirmesiyle ve tamamen idarenin beyanına dayalı olarak, yani hapsedilenin herhangi bir müdahalesi veya haklarını korumaya yönelik bir usul kuralı uygulanmaksızın yürütülen bir süreçtir. Düzenlemeden onay işleminin kesinleşen hapis hanesi idaresi işleminin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin bir karar olmadığı, yürürlüğe girme koşulu olduğu anlaşılmaktadır. Bu işlem idare hukuku açısından vesayet makamının onay işlemlerine benzerlik göstermektedir ve idari vesayette olduğu gibi onay makamının iradesi işlemin kurucu

⁷⁶ Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına ilişkin içtihadında farklı sayılabilecek biçimde infaz hakimliklerinin mahkeme olduğunu kabul ettiğini ve kararının gerekçesinin temel noktasının bu hakimliklerin uyumsuzluk çözme işlevi olduğunu belirtmek gerekir. AYM, E.2004/56, K. 2007/26, 15.3.2007. Konuyla ilgili bkz. Kemal Başlar, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma, Ankara, 2005, s. 41 vd.

unsuru değil, yürürlük koşulu olduğundan işlem onu kuran makamın işlemi olmaya devam etmektedir. Kaldı ki hapishane idaresince kesinleştirilerek İnfaz Hakimliği tarafından onaylanan işleme karşı, hapsedilenlerin şikayet yoluna başvuru haklarının varlığı da bunun bir göstergesidir.⁷⁷ Bu bağlamda, İnfaz Hakimliği'nin onay aşaması ile şikayet başvurusu üzerine yaptığı inceleme birbirinden ayrı işlevlere sahiptir; onay aşaması idari sürecin bir parçası olma işlevine sahipken şikayet incelemesi yargısal bir işleve sahiptir.

Hücreye koyma disiplin cezasının koşullu salıvermenin uygulanmasını erteleme sonucunu da doğuracağı, tek başına bir cezalandırmayı içerdiği ve hapsedilen kişinin özgürlüğünü daha da sınırlandıran bir işlem olduğu dikkate alınarak Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ve idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacağı hükmü gereğince bu yönde bir karar için mahkeme kararı aranması gerekir.⁷⁸ Burada aranan mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi'nin onay işlemine ilişkin "hakim denetimi"nin ötesinde bir yargılama sürecini gerektirdiğinin kabul edilmesi ve adil yargılanma koşullarının da bulunması gerekir.

Anayasaya aykırılık değerlendirmesi dışında bireysel başvuru kararları bakımından bir disiplin cezası olmaksızın kişinin tamamen tecrit içeren koşullarda tutulmasının veya disiplin cezası uygulamasında oluşturulan koşulların yeterli uyaran içermemesi ya da olumsuz

⁷⁷ Bununla birlikte Yargıtay'ın bu disiplin cezasının kesinleşmesini yargısal kararların kesinleşmesi gibi kabul ederek önce şikayet yoluna başvurulup ya da süre geçmesine rağmen başvurulmayıp sonra onay aşamasına geçeceğini kabul ettiği bir kararı bulunmaktadır. Hatta kararda onay üzerine aynı mahkemeye aynı cezayla ilgili olarak yaptığı ikinci itiraza ilişkin yeniden karar verilmesi gerektiği gibi yargılama usulüne son derece aykırı bir sonuca varmıştır. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2014/2680, K. 2014/3527, T. 16.6.2014; benzer yönde bir karar için bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E. 2011/24626, K. 2011/38231, T. 2.11.2011) Oysa disiplin cezası işlevsel benzeşmeye karşılık bir idari işlemdir ve özel bir hüküm olmadığı sürece idari işlemlerin kesinleşmesi, yani tamamlanarak hüküm ve sonuç doğurmaya başlaması anlamına gelmelidir.

⁷⁸ Buna benzer bir örnek 4.4.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yer alan idari gözetim kurumunda yer alır. Sınır dışı edilen yabancıların altı aya kadar, uluslararası koruma başvurusu yapanların da belli koşulların varlığı halinde ve istisnai olarak otuz güne/altı aya kadar idari kararlar idari gözetim altında tutulması mümkündür. Her ne kadar yabancıların hak ve özgürlük rejimi belli açılardan farklılaşsa da özgürlüğünden mahrum edilme bakımından bu kurum da anayasadaki yargı kararı koşulunu gerçekleştirmediğinden Anayasaya aykırıdır.

fiziksel koşullara sahip olmasının işkence yasağına aykırılık oluştura-
bileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁹

3. Açlık Grevinin Disiplin Suçu Olarak Öngörülmesi

Açlık grevi⁸⁰ “belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşlere salt ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntemdir”.⁸¹ Bu bakımdan açlık grevine ilişkin tartışma intihar ya da ötenazi tartışmalarıyla bazı yönlerden benzer, bazı açılardan ise farklı niteliklere sahiptir. İntihar ve ötenaziden farklı olarak açlık grevleri kişinin ölme amacıyla yürütüldüğü bir eylem değildir.⁸² Buna karşılık her üç eylem de kişinin kendi bedenine ilişkin bir iradesinin sonucu olmaları bakımından benzer.

Açlık grevine ilişkin ilk tartışma hapisane idarelerinin bu kişileri zorla besleyip besleyemeyeceği, ikinci tartışma ise bu eylemin kendisinin disiplin suçu olup olmamasıdır.⁸³ Birinci konu işkence yasağına ilişkin bir tartışmayı beraberinde getirirken disiplin suçu olarak öngörülme ifade özgürlüğüne ve daha genel olarak isimsiz özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen itiraz başvurusu, açlık grevinin disiplin suçu olarak düzenlenmesine ilişkin Ceza İnfaz Kanununun 40/II. maddesine ilişkindir.⁸⁴ Çankırı İnfaz Hakimliği ve K.K.K. Askeri Mahkemesinin yaptığı başvurudaki

⁷⁹ Hapsedilenin tutulacağı ortamların içermesi gereken koşullar konusunda BM’nin Hapsedilenler İçin Standart Asgari Kurallar’ın 9-11. maddeleri ile Avrupa Konseyi’nin 2006 Tavsiye Kararı’nın 18. maddesinde getirilen ışılandırma, pencereden gelen ılık ve havalandırmaya ilişkin koşullar bu konuda yol gösterici olabilecektir.

⁸⁰ Her ne kadar ölüm orucu ile açlık grevi farklı sonuçlara yönelik farklı araçlara sahipse de çalışmanın konusu bakımından aralarında bir farklılık olmadığından her ikisi aynı kategoride ele alınmıştır.

⁸¹ Metin Feyzioğlu, “Açlık Grevi”, *AÜHFD*, 1993, C. 43, S. 1-4, s. 157.

⁸² Murat Sevinç, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, *AÜSBFD*, 2001, 57/1, s. 113.

⁸³ Bu eyleme teşvik veya zorlama kişinin kendi bedeni üzerindeki iradesini aşan ve bir başkasının iradesi ve bedeni üzerine olduğundan başka bir niteliğe sahiptir. Konu Türk Ceza Kanunu’nun 298. maddesinin ikinci fıkrasında hükümlü ve tutukluların beslenmelerinin engellenmesi ile onların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik ve ikna edilmelerini ya da kendilerine bu yolda talimat verilmesi şeklinde iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir.

⁸⁴ AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, 10.10.2013.

Anayasaya aykırılık iddiasında birinci mahkeme açlık grevini “bir olay ya da konuya yönelik isteklerini veya tepkilerini ortaya koymak ya da baskı oluşturmak, kamuoyu ilgisini çekmek, hak aramak, isteklerini kabul ettirmek için yapılan, demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde kalan bir temel hak ve özgürlük kullanımı” olarak tanımlamış ve bu tanım dolayısıyla ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin aşıldığını iddia etmiştir. İkinci mahkemenin başvurusunda ise “Açlık grevi yapmaktan beklenen neticelerden birinin de bu pasif direniş ile protesto edilmek istenen kişi veya aygıtın rahatsız edilmesi, kamuoyunu meşgul ederek gündem oluşturulmak istenmesi olduğu, buna karşın ilgili kamu gücünün tahammül eşiğinin demokratik hukuk devletlerinde olduğu gibi yüksek olması gerektiği” ve ayrıca düzenlemenin hapsedilenlerle hapsedilmeyenler arasında farklı düzenlemeyi gerektirecek bir haklı neden olmadığından eşitlik ilkesi bakımından da Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvuru kararında mahkeme insan onurunu meydana getiren temel hak ve özgürlüklerden düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini mesnetsiz bir genel kabulle sınırlamanın Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi ret kararında “ceza infaz kurumlarının, yapıları gereği hürriyetin sınırlandırıldığı ve Devletin kontrolü altında ki özel alanlar olması ve dolayısıyla Devletin hem bu kurumda bulunanların güvenliklerini ve sağlıklarını koruma hem de disiplini tesis etme yükümlülüğünün bulunması karşısında, hükümlülerin ve tutukluların da ceza infaz kurumlarında diledikleri şekilde eylem yapma özgürlüğünün bulunmadığı sonucu”na varmış ve başvuruyu reddetmiştir. Oysa ifade özgürlüğünün cezalandırma amacıyla da olsa sınırlandırılmasında dış dünyaya etkileri ile kamu düzenini etkileyecek nitelikte bir eylem olup olmadığı da değerlendirilmelidir.

Açlık grevini yaptırıma bağlayan bu hükmün anayasallığının sadece ifade özgürlüğü açısından değerlendirilmesi de yeterli değildir. Her ne kadar ifade özgürlüğü kullanımını içerse de açlık grevinin kendisi bireyin kendi bedeni üzerindeki bir özgürlüğüne ilişkindir ve isimsiz özgürlük kapsamında olan bu eylemin sınırlıkları konusundaki tartışmanın da yapılması gerekir. Kişinin yemek yememe yönündeki kararı özellikle sigara içme yasaklarında gündeme gelen isimsiz özgürlüklerinden biri olarak değerlendirilmelidir. Duran’ın “düzen-

lenmemiş serbestlik”,⁸⁵ Sağlam’ın ise “genel fiil özgürlüğü” (*allgemeine Handlungsfreiheit*) ya da “isimsiz temel haklar” olarak ifade ettiği⁸⁶ isimsiz özgürlükler Anayasada ya da herhangi bir yasada güvence altına alınmamasına karşılık hukuk normlarıyla sınırlandırılmamış ve insanların serbest hareket imkanı olduğu kabul edilen özgürlüklerdir.⁸⁷ Anayasa’nın 12. maddesinde yer alan “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” hükmü de temel hak ve özgürlükleri Anayasada sayılanlarla sınırlamamıştır.⁸⁸ Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde yaşanan gelişmelerle birlikte bu özgürlüklerin sınırı tartışması daha da önemli hale gelmiştir. Herhangi bir anayasa maddesinde düzenlenmedikleri ve Anayasa’nın 13. maddesinde genel sınırlandırma nedenleri kaldırıldığı için bu özgürlükler bakımından özel bir sınırlandırma nedeni düzenlenmemiştir.⁸⁹ Alman Anayasa Mahkemesi’nin Almanya Anayasası’nın 2. maddesinde yer alan herkesin kişiliğini serbestçe

⁸⁵ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Matbaası, 1982, s. 263.

⁸⁶ Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 42-43)

⁸⁷ İsimsiz özgürlükler hukukun temel bir ilkesi olan özgürlük lehine yorumdan da çıkarsanabilecektir. Buna göre, bir eylem hukuk normları aracılığıyla sınırlandırılmadıysa serbesttir ve bu eylemi gerçekleştirmek yaptırıma tabi olmamalıdır. Bu durum hak ve özgürlük arasındaki farkla da ilişkilendirilebilir. Pek çok özgürlük aynı zamanda bir talep imkanı olarak bir hakka karşılık gelebilecekse de bu zorunlu değildir. İsimsiz özgürlükler bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen en önemli davalardan biri bütün ürünleri kullanılmasını sınırlandıran yasaya ilişkin Danıştay tarafından yapılan başvuru olmakla birlikte ne yazık ki mahkeme konuyu bu bakımdan ele almayıp içmeyenlerin sağlıklı çevrede yaşama hakkına değinmekle yetinmiştir. (E. 2010/58, K. 2011/8, 6.1.2011) Yine mahkemenin önüne gelen bir başka örnek ise spor müsabakalarını seyirden yasaklama cezasına ilişkin başvuruda görülebilecekse de ne başvuruyu yapan mahkeme, ne de Anayasa Mahkemesi konuyu isimsiz özgürlükler bakımından değerlendirmiştir. Oysa sınırlanan özgürlük spor müsabakasını izleme özgürlüğüdür. (AYM, E. 2014/169, K. 2014/167, 13.11.2014, RG: 10.07.2015-29412)

⁸⁸ Kemal Gözler, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, S. 1, Ocak 1990, s. 38)

⁸⁹ Kemal Gözler 2001 Anayasa değişikliğinden sonra bu hakların hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağını iddia etmiştir. Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, S. 2001/4, s. 65-66) 2001 Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi sırasında Ahmet İyimaya bu değişiklikten bağımsız genel olarak Anayasanın isimsiz özgürlüklerin sınırı sorusuna cevap vermediğini vurgulamıştır. (21. Dönem 3. Yasama Yılı, 132. Birleşim, 25 Eylül 2001 günlü tutanak, s. 18)

geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin hükmün bu isimsiz özgürlükleri de kapsadığını kabul etmesinden hareketle 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin birinci fıkrası da isimsiz özgürlükleri kapsayıcı bir hüküm olarak değerlendirilebilecektir.⁹⁰

Anayasa Mahkemesi de bir bireysel başvuru kararında 17. maddenin birinci fıkrasının insan onurunun korunmasını amaçladığını belirtmiştir.⁹¹ AİHS özelinde ise 8. maddenin yorumla giderek daha kapsayıcı hale gelmesi ve yine 3. maddedeki kötü muamele yasağının uygulama alanının genişlemesi pek çok isimsiz özgürlüğün bu maddeler kapsamında kabul edilebilmesine yol açmıştır. Bununla birlikte, Alman Anayasası'ndan farklı olarak, Anayasa'nın 17. maddesinde uygulanabilecek özel bir sınırlandırma nedeni yine bulunmamaktadır.⁹² Bir görüşe göre, bu özgürlüklerin sınırı Anayasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve özgürlükler ile ödevler arasındaki bağlantıya vurgu yapan temel hak ve özgürlüklerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içereceğine ilişkin hüküm olabilecektir.⁹³ Bu hükümlerle birlikte isimsiz özgürlüklerin sınırı sorunu, diğer hak ve özgürlüklerle çatışma durumuna göre çözümlmelidir. Buna göre, serbest eylem alanı olan bu özgürlükler başkalarının özgürlüklerine müdahale içermediği, yani çatışmadığı durumlarda sınırlandırılmamalıdır. Ayrıca, söz konusu olan eylem olumlu değil, olumsuz bir eylem şeklindeyse özgürlüğün nesnel sınırlılıkları bakımından müdahalenin de daha güç olması gerekir.⁹⁴ Bu doğrultu-

⁹⁰ Sağlam, Temel Hakların..., s. 41.

⁹¹ 2013/3550, 19.11.2014, § 31. Anayasa Mahkemesi insan onuru kavramını farklı maddelerle ilişkili olarak kişisel verilerin korunmasını insan onurunun korunmasının özel bir biçimi olarak değerlendirmiş (E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014); iki kararında Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devleti insan onurunu korumayı amaçladığını belirtmiştir. (E. 2012/87, K. 2014/41, 27.2.2014-sağlık hizmetleri; E. 2012/40, K. 2012/158, 18.10.2012-İş Kanunu) Az sayıda başka örnekler olmakla birlikte iptal/itiraz başvurularında doğrudan anayasada yer alan 17/3 bağlamı dışında çok sık atıf yaptığı bir kavram olduğunu söylemek güçtür. Buna karşılık başvurularda ve karşı oylarda kavram daha yaygın kullanılmaktadır.

⁹² Gözler, "Sigara İçme...", s. 37.

⁹³ Gözler, "Sigara İçme...", s. 50.

⁹⁴ Olumsuz bir eylemde, bir edimden farklı olarak bir eylemi yapmama kararı söz konusudur. Olumlu edimlerde bu edimin gerçekleşmesinin etki alanı daha fazla ve bu nedenle bir başka özgürlükle teması daha yoğun olabileceği gibi pek çok olumlu edim özgürlük alanını aşıp bir hakka dönüşmeyi gerektirebilir. Bunun bariz bir örneği çocuk yapmama özgürlüğü ile kürtaj hakkı arasındaki farkta karşı-

da, sigara yasağı örneğinde başkalarının sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına müdahale içermeyen durumlarda yasak konamayacaktır. Ayrıca özgürlükler arası her çatışma mutlaka birinin feda edilmesi anlamına da gelmeyebilecektir. Bu durumda pratik uyuşum ilkesi gereğince iki özgürlük de mümkün olan en yüksek oranda korunacak şekilde dengelenmelidir.⁹⁵ Böyle bir yorum gereklilik unsuru bakımından ölçülülük ilkesine de uygun olacaktır. Bu şekilde bir eylemin disiplin cezası yaptırımına bağlanmasının anayasallığı sorunu, kamu düzeni ve demokratik bir toplumda gereklilik kavramlarıyla çözülebilir. Kişinin kendi bedenine ilişkin bu isimsiz özgürlüğün (yemek yememek) başka bir özgürlüğü ya da hapisane düzenini olumsuz etkilemediği sürece disiplin suçu olarak düzenlenmemesi gerekir. Kaldı ki, düzeni etkileyebilecek çok sayıda eylem zaten ayrı birer disiplin suçu olarak öngörülmüştür.⁹⁶ Yani, bu mesele öncelikle disiplin hukukunun hangi türde eylemleri kapsayabileceğiyle ilişkilidir.

Disiplin hukukunun amacı hapisanedeki düzeni korumak olduğundan bu düzeni tehlikeye atmayacak bir davranışın disiplin suçu olarak düzenlenmemesi gerekir. Bu konuda Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin bir kararında⁹⁷ hücreye koyma cezasına ilişkin inceleme-sinde ilgili eylemin hükümlünün kendisini duruşmaya götüren jandarmaya hakaret etmesi olduğu ve bu eylemin hapisane dışında gerçekleştiğinin gözetilmesi gerektiğine ilişkin yorumu dikkat çekicidir. Yine bir başka kararda 11. Ceza Dairesi devlet hastanesinde kalmakta olan hükümlünün odasında cep telefonu bulundurması eyleminde bu konuda bir değerlendirme yapmış ve tedavi gördüğü sürenin bir cezalandırmanın bir parçası olduğu gerekçesiyle disiplin cezasına konu olabileceğine karar vermiştir.⁹⁸ Burada da doğrudan mekana bağlı bir bağlantı olmasa da işlevle bağlantılı bir değerlendirme yapmıştır. Farklı bir konuda olsa da Danıştay'ın yakın zamanlarda verdiği ve bir

mıza çıkar. Yemek yemeyi reddetmede olduğu gibi bir kadının kendi bedeni üzerinde doğurmama yönünde bir karar alması isimsiz bir özgürlüktür ve kürtajda olduğu gibi iki hak arası çatışmadan (yaşam hakkı-kürtaj hakkı) bahsedilemez.

⁹⁵ Sağlam, Temel Hakların..., s. 40.

⁹⁶ Ceza İnfaz Kanunu'nda örneğin duvarlara yazı yazmak ya da Kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak ya da hükümlülerin belli eylemlerini engelleme gibi davranışlar disiplin suçu olarak sayılmıştır.

⁹⁷ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/8848, K. 2011/2308, 14.4.2011.

⁹⁸ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2013/20452, K. 2013/16650, 13.11.2013

öğretmenin eşcinsel olmasının disiplin hukukunun konusu olamayacağına dair kararı⁹⁹ da benzer bir yaklaşımın sonucudur.

4. Hapsedilenlerin Dış Dünyayla İletişiminin Sınırlandırılmasını İçeren Yaptırımlar

Cezaevleri reformlarıyla ilgili en önemli tartışmalardan biri hapsedilenlerin özgürlüklerine kavuştuklarında dış dünyayla bağlantılarını daha iyi biçimde kurabileceği bir sistem oluşturmanın gerekliliği olmuştur. Bu bakımdan, her ne kadar cezalandırma sonucunda özgürlüklerinden mahrum edilseler de hapsedilenlerin tamamen dünyadan ve toplumdan dışlanmamaları, belli ölçüde dış dünyayla bağlarını sürdürebilmelericezalandırmanın amacı bakımından da gerekli görülmektedir. Konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerde¹⁰⁰ de belirtilen konulardan biri hapsedilenlerin toplumdan dışlanmaksızın, toplumun bir üyesi olduğu gözetilerek cezalandırılmaları gereğidir.¹⁰¹ Bunun koşulu ise hapsedilenlerin dış dünyayla iletişiminin belli ölçülerde sürdürülmesini sağlamaya yönelik önlemlerdir. Bu kapsamda haberleşme özgürlüğü bir yandan yakınlarıyla görüşebilme, telefon edebilme, mektup gönderme ya da bir yakınının cenazesine katılma gibi yakın ilişki içinde olunanlarla sözlü ya da yazılı iletişimden cinsel hayata¹⁰² kadar çeşitli düzeylerde olabilmektedir. Ancak haberleşme özgürlüğü sadece kişisel ilişkileri içermemekte, dış dünyadan haberdar olmayı sağlayacak araçların sağlanması da bu kapsamda kabul edilmektedir.

Dış dünyayla ilişki kurmayla ilgili temel tartışmalardan biri bu ilişkinin bir disiplin cezası yoluyla kesilmesine ilişkindir. Bu konuda suç işleme veya bu hakkın kötüye kullanılması gibi durumlarda dış ilişkinin sınırlandırılabilmesi, ancak özellikle aile ilişkilerine disiplinler

⁹⁹ Danıştay 12. Daire, E. 2011/750, K. 2014/7169, 7.11.2014.

¹⁰⁰ Avrupa Ceza Kuralları'nın 70/1, BM Hapishane Kuralları 61/1 ile Mahkumlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar 37. maddeleri, Herhangi Bir Şekilde Tutuklu ya da Hapiste Olan Bütün Kimselerin Korunmasına İlişkin İlkeler Demeti 19. İlke.

¹⁰¹ Handan Yokuş Sevrük, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi", *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, s. 341.

¹⁰² 30.03.2013 tarihli RG'de yayımlanan Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi-ne ilişkin Yönetmeliğin 11-16. maddeleri ile eşle mahrem görüşme Türkiye'de de tanınmıştır.

araçlarla engel olunmaması gereği dile getirilmektedir.¹⁰³ AİHM Gülmez v. Türkiye kararında da başvurucunun hapishaneye ait mallara zarar verdiği gerekçesiyle toplamda yaklaşık bir yıl boyunca ziyaretçi kabul etmesini yasaklamasının Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁴ Bu kararda AİHM disiplin cezasına dayanak olan Tüzüğü'nün çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığını ve yetkili makamların başvuranın aile hayatına yaptıkları haksız müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayabilecek açıklıkta ve ayrıntılı olmadığını, söz konusu cezanın genel nitelikte bir yasaklama olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁵ Bu bağlamda, haberleşmenin sınırlandırılmasına ilişkin kuralları içeren Ceza İnfaz Tüzüğü'nün 144-147. maddelerinin uluslararası standartlar gözetilerek yeniden gözden geçirilmesi gereğine dikkat çekilmiş¹⁰⁶ ve daha sonra konuyla ilgili düzenlemeler yeniden kaleme alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili kararları mektup göndermeye ilişkin sınırlama, gereksiz marş ya da slogan nedeniyle haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma disiplin cezası verilmesi ile görüşmeciler listesinin değiştirilememesine ilişkindir.

i. Hapsedilenlerin mektuplarının gönderilmemesine ilişkin karar alma yetkisi

Hapsedilenlerin haberleşme hakkına müdahale hürriyetibaglayıcı cezanın doğasında var olan bir özgürlük sınırlaması olmakla birlikte AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere müdahalenin öngörülen meşru amacın gerektirdiği ölçüyü aşmaması ve yasallık ilkesini içermesi gerekir.¹⁰⁷ Türkiye'yle ilgili olarak AİHM'in yasallık ilkesi bakımından ilgili mevzuatı değerlendiren kararları vardır. Konu ilk olarak Tan kararında (9460/03, 3.7.2007) gündeme gelmiş ve Ceza İnfaz Tüzüğü'nün mektuplarla ilgili maddelerinin idarenin takdir yetkisinin kapsamını belirlemediği ve bu nedenle yasayla düzenlenme

¹⁰³ Sevük, "Avrupa İnsan....", s. 340.

¹⁰⁴ AİHM, 16330/02, 20.5.2008.

¹⁰⁵ Bülent Altınsoy, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı", *TBB Dergisi*, 2014 (115), s. 41-42.

¹⁰⁶ Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan- Sancakdar Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002, s. 347.

¹⁰⁷ Mahkemenin bu içtihadını geliştirdiği ilk karar Pfeifer ve Plankl v. Avusturya (10802/84, 25.02.1992) kararıdır. Bu konu hakkında bkz. Altınsoy, "Avrupa İnsan Hakları....", s. 47.

koşulunu karşılamadığına karar verilmiştir. Bu kararı takip eden Ali Güzel kararında (43955/02, 21.10.2008) ve Fethullah Akpulat kararında (22077/03, 15.2.2011) da Mahkeme, Tüzükteki düzenlemeyle ilgili aynı sorunu dile getirmiş ve bu haliyle mektuplara el konulmasının 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁸ Benzer şekilde sadece Kürtçe olması nedeniyle mektupları gönderilmeyen hükümlülerin on bir başvurusunu birleştirdiği kararında¹⁰⁹ AİHM, cezaevi idaresinin pozitif yükümlülüklerine vurguyla bunun için gerekli düzenlemeleri yapması gerektiğine, bu haliyle müdahalenin haklı bir müdahale olmadığına ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Daha sonra Ceza İnfaz Kanunu'nun 68/3. maddesindeki düzenlemede idarenin takdir yetkisi bakımından belli kriterler getirilerek kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöeltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların verilemeyebileceği ya da gönderilmeyeceği düzenlenmiş; 2006 yılında yeniden kaleme alınan Ceza İnfaz Tüzüğü'nün 91/3. maddesinde aynı yönde düzenleme yapılmıştır. Bu şekilde yasallık ilkesi yönünden AİHM kararlarında işaret edilen sorunlar giderilmiş ve idarenin takdir yetkisini sınırlandıracak bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte AİHM kararlarına da yansıyan avukatla haberleşmeyi ya da ulusal ya da uluslararası bir insan hakları denetim mekanizmasına yapılan başvuruları içeren mektuplar farklı bir niteliğe sahip olduğundan bu mektuplara ilişkin sınırlandırmalarda ölçülülük ya da demokratik toplum gerekleri kavramının farklı yorumlanması gerektiği de unutulmamalıdır.¹¹⁰

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen itiraz başvurusunda Ceza İnfaz Kanunu'nun 68. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Hükümlü

¹⁰⁸ Bu noktada AİHM'in yasallık ilkesinin maddi anlamda yasallığı kapsadığı, buna karşılık Türkiye'de yasallık ilkesinin şekli anlamda yasayı gerektirdiği ve söz konusu tüzük maddelerinin Anayasaya evleviyetle aykırı olduğunu da belirtmek gerekir.

¹⁰⁹ Mehmet Nuri Özen vd. v. Türkiye, 15672/08, 24462/08, 27559/08, 28302/08, 28312/08, 34823/08, 40738/08, 41124/08, 43197/08, 51938/08 ve 58170/08, 11.1.2011.

¹¹⁰ Golder v. Birleşik Krallık, 1975; Kepeneklioğlu/Türkiye, Baş. No. 73520/01, 23.01.2007; McCallum/Birleşik Krallık, Baş. No. 95111/81, 30.08.1990; Valasinas/Litvanya, Baş. No. 44558/98, 24.07.2001; Niedbala/Polonya, Baş. No. 27915/95, 04.07.2000.

tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.” hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹¹¹ İtiraz başvurusunun gerekçesinde sözlü iletişim bakımından bir sınırlama yokken, yazılı iletişime sınırlama getirilmesinin çelişkili olduğu ve avukatlarla yazışmaya savunma için olma önkoşulu getirilmesinin hakkın özüne dokunduğu iddia edilmiştir. Başvuruda, bir yargı kararı olmadıkça haberleşme hakkı ve bu hakkın gizliliğinin esas olduğunu, haberleşmenin gizliliğini kısıtlamanın mutlaka yargıç kararıyla olması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde “...Devletin hem bu kurumda bulunanların güvenliklerinin korunması hem de düzen ve disiplini tesis etme yükümlülüğünün bulunmasının doğal sonucu olarak hükümlülerin sosyal ilişkilerinin ve dış dünya ile iletişimlerinin sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralla ceza infaz kurumunda düzenin, güvenliğin ve disiplinin sağlanması ve suç işlenmesinin önüne geçilmesi açısından hükümlülerin yazılı haberleşmelerinin denetim altına alındığı anlaşılmaktadır” gerekçesiyle hükmün Anayasa’nın 22. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasaya aykırılık sorunu bakımından karardaki en önemli konu olan hakim kararı olmamasının anayasaya aykırılığı konusunda ise mahkeme “...Anayasa’nın 22. maddesinin son fıkrasında haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceğinin öngörülmüş olması” karşısında hükmün Anayasa’ya uygun olduğuna karar vermiştir.

Oysa Mahkemenin, 22. maddenin son fıkrasında yer alan istisna niteliğindeki kamu kurum ve kuruluşlarının kapsamı hakkındaki yorumu son derece önemlidir ve daha fazla açıklamaya muhtaçtır. Maddenin 2001 yılından önceki halinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin emrinden sonra hakim kararı aranmazken, 2001 Anayasa değişiklikleri sırasında bu kararları da hakim kararının izlemesi şartı getirilmiştir. Bu şekilde değişiklik sırasında değiştirilmeyen üçüncü fıkradaki istisnanın sadece hakim kararı bakımından mı, yoksa yukarıdaki iki fıkranın tamamını mı içerdiği belirsiz hale gelmiştir. Maddenin ilk halinde hakim kararı aranmama-

¹¹¹ AYM, E. 2013/54, K. 2013/161, 26.12.2013, RG: 29.5.2014.

şı bir istisnayken son halinde bu tür bir istisna bulunmadığından ve kanunda gösterilen merci dendiğinden istisnanın ne olduğu sorunlu hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçede istisnanın kapsamı sorununa değinmemesi anayasa yargısının özgürlükler bakımından işlevi adına önemli bir eksiklikler. Son fıkradaki istisnanın maddenin tamamının istisnası gibi anlaşılması kanunla sınırsız müdahale rejimini beraberinde getireceğinden temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma rejimine de aykırı olacaktır. Mahkemenin ret kararı 22. madde bakımından Anayasaya uygun görünmekle birlikte 22. maddeyle ilgili yorumunda istisnayı dar yorumlayarak sadece daha sonra hakim kararı alınması koşuluna yönelik bir istisna olduğunun vurgulanması son derece önemlidir.

Anayasa Mahkemesi'nin başvurunun 20. maddede yer alan özel hayatın gizliliği ve 26. maddede yer alan ifade özgürlüğü ile ilgisini görmeyerek incelememesi ise kararın gerekçesinin diğer sorunlarından biridir. Mektupların gönderilmeme kararının öncülü olan mektubun okunması özel hayata ilişkin bir müdahale iken diğer yandan mektubun engellenmesi ifade özgürlüğüne de bir müdahaledir. Bu noktada belirtmek gerek ki, özel hayatın gizliliğine ilişkin 20. madde hapsedilenlerin aranması ya da mektuplarının açılmasına ilişkin müdahalelerin herhangi bir dayanağı bulunmadığı gibi arama için hakim kararı koşuluna da bir istisna getirilmemiştir. Mahkemenin incelemeyi bu yönden yapmaması da önemli bir eksiklikler.

ii. Gereksiz Marş Söylemek ve Slogan Atmak Disiplin Suçu ile Haberleşme Özgürlüğü

Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz yoluyla gelen başvurulardan biri de Ceza İnfaz Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak" disiplin suçunun Anayasaya aykırılığına ilişkindir.¹¹² Bu disiplin suçunun cezası haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası olarak belirlenmiştir. Bu hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda söz konusu hükmün Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

¹¹² AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, 26.12.2013, RG: 27.3.2014-28954

İtiraz başvurusunda maddenin kapsamının belirsiz olması nedeniyle hukuki belirlilik ilkesi bağlamında 2. maddeye, idareye geniş bir düzenleme alanı tanınması nedeniyle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık iddia edilmiştir. Anayasa ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların hukuk sistemindeki yerine ilişkin 11. ve 90. maddeler dışında gerekçedeki bir başka unsur Anayasa'nın 38/3. maddesindeki yasallık ilkesiyle ceza hukukundaki kıyas yasağına ilişkindir. Başvuruda neyin gereksiz marş ya da slogan olarak değerlendirileceğinin belirsiz olduğuna ve bu disiplin cezasının Anayasa'nın 26. maddesindeki ifade özgürlüğüne ilişkin hükme aykırı olduğuna dayanılmıştır. Başvuruda ifade özgürlüğüne yönelik bu sınırlamanın *şiddete çağrı ve teşvik, kin ve nefret söylemi, hakaret içermeyen* ifadeler bakımından ve müdahalenin gerekli olup olmadığı noktasında uygulayıcıya sübjektif takdir yetkisi tanınması temel gerekçeyi oluşturmuştur. Gerçekten de disiplin hukuku gibi bir hakkın sınırlandırılmasına yol açabilen idari işlemlerde idarelere tanınan takdir yetkisinin olabildiğince belirli olması yasallık ilkesinin de bir gereğidir ve gereksiz marş ve slogan atmak şeklindeki suç idareye son derece geniş bir takdir yetkisi vermektedir.¹¹³ Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında daha fazla atıf yapmaya başladığı hukuki belirlilik kavramı¹¹⁴ özellikle idarelere tanınan takdir yetkisinin hak ve özgürlük rejimi bakımından fazla geniş tutulduğu durumlarda gündeme gelmektedir. İdareye takdir yetkisi verilen durumlarda, bu yetkinin belli ölçütlerle bağlanması ve bu ölçütlerin olabildiğince objektif ve belirgin olması iyi işleyen bir idarenin de koşuludur. Bununla beraber, belirlenen ölçütlerin genel ve soyut kavramlar olması ve potansiyel olarak sonsuz sayıda duruma karşılık gelmesi gereği nedeniyle idarelere takdir yetkisi verilmesini zorunlu kılan çerçeve hüküm (*Generalklausel*)

¹¹³ Benzer görüş için bkz. Berkay Mandıracı, Türkiye'de Ceza İnfaz Politikaları ve Kurumlarına İlişkin Yapısal Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, TESEV Yayını, 2015, s. 32.

¹¹⁴ Bu konuda en önemli kararlardan biri Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinde mesleğe giriş koşulu olarak düzenlenen "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" hükmünün iptalidir. (E. 2012/116, K. 2013/32, 28.2.2013) Buna karşılık mahkeme Devlet Memurları Kanunu'nda disiplin suçu olarak öngörülen "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmüyle ilgili başvuruyu ise reddetmiştir. (E. 2013/110, K. 2014/8, 16.1.2014) Mahkemenin gerekçeleri değerlendirildiğinde bu iki karar arasındaki farkın dayanağının birinin disiplin suçu olarak düzenlenmesi olduğu anlaşılmaktadır.

niteliğinde olması gerekebilir. Hukuki belirlilik ilkesi gereğince takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi son derece önemli olmakla birlikte bu, genel ve soyut kavramların yorumlanmasında idarelerin takdir yetkisi kullanamayacağı anlamına gelmez. Takdir yetkisinin olabildiğince belirli ve somut olarak verilmesi, idarelerin takdir yetkisini *eşitlik ve ölçülülük ilkelerine uygun kullanması*, bu yetkinin olabildiğince özgürlük lehine yorumlanması gerekecekse de bu tür bir yetki verilmesinin doğrudan Anayasaya aykırı olduğunu söylemek güçtür.

iii. Ziyaretçi İsimlerinin Zorunlu Haller Dışında Değiştirilememesi

Hapsedilenlerin dış dünyayla iletişiminin önemli bir boyutu da ziyaretçilere ilişkindir. Ceza İnfaz Kanunu'nun 83. maddesinin birinci fıkrasına göre; hükümlü, belgelendirilmesi koşuluyla eş, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından haftada bir kez ve ayrıca kuruma kabullerinde, zorunlu haller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından ziyaret edilebilir. İlgili yönetmelikte¹¹⁵ hükümlüye bu üç kişinin isim, soy isim ve adreslerini 60 gün içerisinde bildirme yükümlülüğü getirilmiş, yasada çerçevesi verilen zorunlu haller ise "ölüm, ağır hastalık, doğal afet, hükümlü ve tutuklunun nakli ya da ziyaretçinin ziyaret olanağını ortadan kaldıracak yerleşim yeri değişikliği gibi" durumlar şeklinde sayılmıştır.

Bakırköy 1. İnfaz Hakimliği hükmünde yer alan "zorunlu haller dışında bir daha değiştirilmemek üzere" ibaresinin Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapmış, Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu reddetmiştir.¹¹⁶ Başvuru gerekçesinde "*cezaevi ortamına girildikten sonra kendisini ziyaret edeceğini düşündüğü çok yakın bir arkadaşının bile ziyarete gelmemesi halinde tutuklu ya da hükümlünün yapabileceği yasal bir yöntem bulunmamaktadır. Hele ki somut olayda yer alan gibi şartla tahliye tarihine bile 8 sene daha bulunan bir kişinin bu müddet boyunca arkadaş listesini değiştirememesi maddi ve manevi varlığını cezaevi*

¹¹⁵ Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik, RG 17.06.2005- 25848, 9. madde.

¹¹⁶ AYM, E. 2012/7, K. 2012/102, 5.7.2012, R.G.: 06.10.2012-28433. (Karar henüz Kararlar Dergisi'nde yayımlanmadığından alıntılanan yerlerde sayfa numarası verilememiştir.)

içerisinde iletilememesi sonucunu doğuracaktır” ifadelerine yer verilmiştir. Kararda zorunlu hallerin istisna olarak getirilmesi ve bu şekilde esneklik sağlanmış olması nedeniyle hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Her ne kadar yukarıda değinildiği üzere genel ifadelerin varlığı doğrudan anayasaya aykırılık anlamına gelmeyecekse de bu sınırlandırmanın ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir. Karara karşıoy yazan üyelerin gerekçesinde ziyaretçiler bakımından bir sınırlandırma yapılabilecekse de bu şekilde bir sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu vurgulanmıştır. İtiraz başvurusu yapan mahkemenin de belirttiği üzere ziyaretçilerinin gelmekten vazgeçmesi durumunda ziyaretçi isimleri değiştirilemediği için dış dünyayla iletişim kurma ya da izole edilmeme hakkı ölçüsüz biçimde sınırlandırılabilir. Hakkı sınırlayan değil, yasağı esas alan bu düzenleme karşısında uygulamada da ölçüsüz uygulamalar ve hak sınırlamalarının gündeme gelmesi azımsanacak bir ihtimal değildir; çok sayıda olmasa da Danıştay ve Yargıtay’ın önüne bu konuda çeşitli davalar gelmiştir.¹¹⁷ Bu şekilde yasağı esas alan ve herhangi bir esneklik olanağı tanımayan genel yasağın meşru ve zorunlu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ziyaretçiler bakımından bir sınırlama getirilmesi olağan ise de söz konusu düzenlemenin yasağı kural haline getiren ve hakkın özüne dokunan, ölçüsüz bir müdahale niteliğinde olduğu dikkate alınmalıdır.

b. Anayasa Mahkemesi’nin Konuyla İlgili Bireysel Başvuru Kararları

Hapsedilenlerin hak ihlallerinin incelenebileceği yargısal mekanizmalar bulunmakla birlikte insan hakları bakımından özgül bir

¹¹⁷ Bir davada bir hükümlü altmış günlük süre içerisinde isim bildirmemesine karşılık daha sonra isim bildirme talebinde bulunmuş ve süre geçtiğinden reddedilmiştir. Bu işleme karşı yapılan itiraz da reddedilmesine karşılık Yargıtay 1. Ceza Dairesi hükümlünün ceza süresinin uzunluğunun da yasada belirtilen zorunlu hallerden biri olarak gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. (E. 2013/2985, K. 2013/4744, 3.7.2013.) Danıştay ise ziyaretçilere ilişkin yasada açık ya da kapalı ceza infaz kurumu ayrımı yapılmamasına karşın Yönetmelikte bu tür bir ayrım yapılması nedeniyle ilgili hükmü ve Adalet Bakanlığı’na ziyaretçi belirleme konusunda yasanın açıkça yetki vermemesi nedeniyle Adalet Bakanlığının ilgili düzenlemesini iptal etmiştir. (Danıştay 10. Daire, E. 2006/5393, K. 2009/10123, T. 2.12.2009 ve kararın onanmasına ilişkin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2010/909, K. 2010/2523, T. 23.12.2010)

değerlendirme yolu olarak bireysel başvuru Türkiye’de hukuk sisteminde yeni bir olgudur. Daha önce kitap alışverişi yapılmasının yasaklanması,¹¹⁸ eşler arasında telefonlaşma,¹¹⁹ vekile telefon etme hakkı,¹²⁰ belli yayınların teslim edilmemesi,¹²¹ avukata gönderilen mektubun açık verilmesi¹²² konusunda Yargıtay’ın bazı kararları ile Danıştay’ın cezaevinin iç yönetmeliğinde mevzuatı aşan sınırlandırmalar ile üçüncü kişilerin haklarının sınırlandırılmasının iptaline¹²³ yönelik kararları bulunmakla birlikte, bu kararlar temel hak ve özgürlük rejimi ya da uluslararası andlaşmalara uygunluk değerlendirmesini nadiren içermektedir. Bu bakımdan temel hak ve özgürlük perspektifinden bir inceleme bakımından hem AİHM’in hem Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı diğer mahkemelere de yol gösterici olabilmektedir.

Türkiye’de bireysel başvuruya getirilen en önemli eleştiri, başvurunun konusunun “anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü ta-

¹¹⁸ Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2007/931 K. 2007/1289 T. 21.2.2007. Mahkemeye göre 5275 sayılı yasada hükümlülerin “kendi aralarında kitap alışverişi yapabileceklerine dair bir düzenleme bulunmadığı gibi terör ve organize suç örgütü üyelerinin bulunduğu yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında örgütsel bağların devam ettirilmemesi, güçlendirilmemesi ve yönetici konumundaki hükümlü ve tutukluların alt kademedeki örgüt üyeleri ile ilişkilerinin kesilmesi hususlarında idarenin bir kısım tedbirler almasının kurum içi disiplin kurallarına riayet edilmesini temin bakımından önemli olduğunun gözetilmesi gerekir.

¹¹⁹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/16744, K. 2011/965, 16.2.2011 (Farklı cezaevinde tutuklu bulunan karı kocanın telefon ile görüştürülemeyeceği hakkında)

¹²⁰ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/3494, K. 2007/2821, 2.4.2007. (Telefonla görüşme hakkının tehlikeli olan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabileceği, ancak vekil ile telefonla görüşemeyeceği hususunda kısıtlayıcı bir hüküm olmadığı ve bu nedenle kısıtlanamayacağı hakkında) Bu karar özgürlük lehine yorum yapılması bakımından önemli bir karardır.

¹²¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2011/9421, K. 2011/27365, 29.9.2011 (Terör örgütü üyeliğinden hüküm giyen bir kişiye ölüm orucuna giden örgüt üyelerinin fotoğraflarının bulunduğu yayının verilmemesinin hukuka uygun olduğu hakkında)

¹²² Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/12814, K. 2011/1204, 23.2.2011 (Kontrol için ağız açık olarak idareye teslim edilmediğinden iadesine ağız açık olarak verdiğinde yeniden değerlendirilmesine karar verilmesinin hukuka uygun olduğu hakkında)

¹²³ Danıştay İDDGK, E. 1987/51, K. 1989/37, 21.4.1989. Kararda ziyarete gelenlerin sakıncalı görülerek ziyarete izin verilmemesine ilişkin 27. madde “bir iç yönetmelikte, kurum dışındaki üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerini kısıtlayacak şekilde ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebilecek biçimde bir düzenleme yapılması” nedeniyle, hükümlülere gelen mektuplara ilişkin 28 inci maddeyi de, mevzuata göre tanınan bir hakkın, yetkisizce yeniden kısıtlanması hali olarak değerlendirerek iptaline karar verilmiştir.

rafından ihlali" olarak belirlenmesidir. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından Sözleşme ile Anayasa'nın en küçük kesişim kümesi olarak yorumlanmakta ve bu şekilde Anayasa'da var olup Sözleşme'de var olmayan haklar bireysel başvurunun konusu olamamakta ya da Anayasa'da var olan daha geniş güvenceler uygulanmamaktadır.¹²⁴ Bu bakımdan, iki incelemenin ölçü normlarında bir farklılık olduğunu bir öncül olarak belirtmek gerekir. Ancak bu içtihadına karşın Mahkeme, örneğin yasallık ilkesindeki "yasa"nın anlamıyla ilgili olarak Sözleşme metninden farklı olarak Anayasa'daki anlama başvurmakta ve AIHM'den farklı sonuçlara varabilmektedir.¹²⁵

Hapsedilen haklarına ilişkin en çarpıcı örneklerden biri yukarıda değinilen ve hükümlüye ailesi tarafından gönderilen filmin hükümlüye teslim edilmemesine ilişkin işlemin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin karardır.¹²⁶ Mahkeme, gerekçesinde, filmin propaganda ve belli bir ideolojiyi içermesi nedeniyle teslim edilmemesi yönündeki işlemde, filmin verilmesinin kurumun güvenliğini tehlikeye sokacağına ilişkin bir bulgu bulunmadığı ve bu nedenle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkemenin konuyla ilgili yaklaşımını ortaya koyan önemli göstergelerden biri mahkemenin "demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkesi" bakımından değerlendirmesinde ifade özgürlüğünün kapsamının herkes olduğunu ve bu bakımdan hükümlü başvurusunun da bu hakka sahip olduğunu belirtmesi ile cezalandırmanın amacının hapsedilenin yeniden topluma kazandırılması olduğunun dikkate alınması gereğine konuyla ilgili hemen bütün kararlarında işaret etmesidir. (par. 67)

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, Ali Karatay kararında başvurusunun hücrelerinde şahsına ait ancak beş kitap bulundurulabilmesine ilişkin uygulamanın ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.¹²⁷ Mahkemeye göre "Yüksek güvenlikli bir cezaevinde kapatılmış

¹²⁴ Tolga Şirin, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi", Kamu Hukukçuları Platformu Bildiri Metni (Taslak), http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf, s. 36-40.

¹²⁵ Bu konuda ayrıntı için bkz. Şirin, "Üçüncü yılında...", s. 109 vd.

¹²⁶ AYM, İkinci Bölüm, 2012/990, 10.12.2014.

¹²⁷ AYM, Birinci Bölüm, 2013/1821, 5.11.2014.

bulunan bir hükümlü olan başvurucunun da, herkes gibi, Anayasa'nın 26. maddesi hükmünden yararlanacağı hususu her türlü tartışmanın dışındadır. Bununla beraber, disiplini bozacak faaliyetleri önlemeye yönelik hukuki düzenlemeler olmadan bir cezaevinde düzen sağlanması da düşünülemez. Bunlardan başka, bir kimsenin kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararına dayanarak cezaevine kapatılmasındaki amacın, onu özgürlüğünden mahrum etmek yanında, cezasının infazı bittikten sonra infaz dönemindeki çalışmalarla yeniden topluma kazandırılması olduğu hatırd tutulmalıdır.”(par. 50) Bu ifadeye karşılık kararın incelenmesi gereken esas yönü yasallık koşulunun gerçekten karşılanıp karşılanmadığıdır. Ceza İnfaz Kanunu'nda “Kültür ve sanat etkinliklerine katılma, ifade özgürlüğü” kenar başlıklı 60. maddenin dördüncü fıkrası hükümlülerin yayın etkinliklerinin kurumda çalışma esaslarını düzenleyen hükümlere bağlı olduğu düzenlenmiş, aynı Kanun'un “Kütüphaneden yararlanma” kenar başlıklı 61. maddesinde ise ceza infaz kurumlarında kurumun büyüklüğüne göre kütüphane oluşturulacağı ve hükümlülerin bu kütüphaneden yararlanabileceği düzenlenmiştir. “Sürelili veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı” başlıklı 62. maddeye göre ise hapsedilenler mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla sürelili ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahip oldukları, ancak kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmeyeceği belirtilmiştir. Adalet Bakanlığının 12.7.2005 tarihli Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin “Oda veya koğuşa verilecek yayın ve süresi” başlıklı 30. maddesinde kütüphaneden verilecek yayın sayısına ilişkin hüküm bulunmakla birlikte ailesinden gelecek kitap sayısı bakımından bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan, konuyla ilgili yasal dayanak olsa olsa Ceza İnfaz Kanunu'nun oda ve eklentilerinde bulundurulabilecek kişisel eşyalara ilişkin 35. maddesidir. Buna göre kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin oda ve eklentilerinde bulundurabilecekleri veya bulunduramayacakları ihtiyaç maddeleri yönetmelikle düzenlenir. Ancak bu maddeye göre çıkarılan Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'te kitap sayısına ilişkin bir sınır koyulmamış ya da bu konuda idarelere takdir yetkisi veren bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu bağlamda, yasallık ilkesinin karşılandığını ve kararda bu konunun yeterince tartışıldığını söylemek güçtür.

Mahkemenin yakın tarihlerde verdiği Kamuran Reşit Bekir kararında AİHM’de de başvuruya konu olan Azadi Welat Gazetesinin yasaklanmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹²⁸ Aynı gazeteye ilişkin AİHM kararından farklı olarak olayda gazetenin içeriğinde hakkında yasak kararı olan bir kitabın bölümlerinin bulunması nedeniyle gazetenin belli sayfalarının verilmemesi işlemi söz konusudur. Kararda İnfaz Hakimliği kararı ile toplatmaya ilişkin Diyarbakır 3. no.lu Hakimliğinin kararını bir arada değerlendirilmiştir. Mahkeme, bir başka kararında (Öcalan kararı)¹²⁹ karara dayanak olan toplatma kararının kendisinin de ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ve bu karar üzerine toplatma kararının kaldırıldığını vurgulamış ve bu kararların tamamı değerlendirildiğinde ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹³⁰ Kararın bir diğer önemli yanı ise hakkında toplatma kararı bulunan bir yayınla ilgili “hükümlü açısından cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeni açısından nasıl bir risk oluşturduğuna dair herhangi bir değerlendirme” içermediğinin vurgulanmasıdır. (par. 73) Bu değerlendirmesini ayrıntılı gerekçelendirmemişse de Anayasa Mahkemesi bu şekilde AİHM’e benzer şekilde yasakların yorumlanmasında da mutlaka olayla ilişkinin kurulması gerektiğini işaret etmektedir.

Mehmet Reşit Arslan vd. kararında Mahkeme hükümlülerin eğitim haklarının ihlal edildiğine ilişkin başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹³¹ Üniversite öğrencisi olan başvurucular uzaktan eğitim için kullandıkları bilgisayardan yeterince yararlanamadıklarına dayanarak başvuru yapmışlardır. Olayda aynı tür suçtan hüküm giyen altı kişi ile farklı tipte bir suçtan hüküm giymiş diğer bir kişi aynı ortamda olamayacağı için ayrı saatler düzenlenmiş ve kurumda tek bir bilgisayar olduğu için altı kişi arasında günlük üç saat bölüştürülmüştür. İnfaz Hakimliği bu kişilerin ders kitabından da çalışabileceğine dayanarak şikayetleri reddetmiştir. Başvurucuların ikisinin doğrudan bilgisayarla ilgili bölümde okuduğunun dikkate alınmadığı başvuruda, Türkiye’de yargı geleneğinin sosyal haklara ilişkin yaklaşımının izle-

¹²⁸ AYM, Genel Kurul, 2013/3614, 8.4.2015.

¹²⁹ AYM, Genel Kurul, 2013/409, 25.6.2014.

¹³⁰ Ancak İnfaz Hakimliği kararının verildiği tarihte toplatma kararının yürürlükte olduğunu belirtmek gerekir.

¹³¹ AYM, İkinci Bölüm, 2013/583, 10.12.2014.

rini sürmek mümkündür. Hapishanede sadece bir bilgisayar bulunmasının, yani idarenin mali kaynaklarda kısıtlılık nedeniyle gerekli kaynakları sağlamamasının bir hak ihlali olabileceği tartışılmamıştır. İhlal kararı verilmemesine karşılık kararın dikkat çekici yanlarından biri ilgili mevzuat kısmında değerlendirmede esas alınan bir kaynak olarak Avrupa Konseyinin hükümlülerin eğitim haklarına ilişkin R 89(12) sayılı tavsiye kararına atıf yapılmış olmasıdır.¹³²

Başvurunun bir dayanağı da infaz hakimliğinde duruşmasız ve sözlü savunma olmaksızın yargılama yapılmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmesidir. Mahkeme bu başvuruda AİHM'in medeni hak ve yükümlülüklerinin geniş yorumlanmasına atıfla infaz hakimliklerindeki uyuşmazlıkları 6. madde kapsamında değerlendirmiştir.¹³³ (par. 41) Bununla birlikte bir ceza yargılaması niteliğinde olmadığından hareketle 6. maddenin üçüncü fıkrasındaki güvencelerin uygulanmasının zorunlu olmadığına ve bu tür davalarda duruşma yapılmamasının mümkün olduğuna karar verilmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu'na ilişkin yargılamaları adil yargılanma hakkı bakımından incelemeye karar vermiş ve kabahatlere ilişkin yargılamanın adil yargılanma ilkelerine göre yapılması gerektiğini kabul etmektedir.¹³⁴ Düzgit Yalova Gemi İnşa Sanayi AŞ. kararında Mahkeme kararın esasına ilişkin "başvurucuya buna ilişkin delillerini sunma ve iddialarını dile getirme imkânı tanınması gerektiğini" belirtmiş (par.42) ve aynı zamanda itiraz sonucu verilen kararda esas ilişkin yeterli gerekçeyle yer verilmediğini de belirtmiştir. (par.

¹³² Tutuklu ve hükümlülerin eğitim haklarını nasıl kullanacakları konusunda hem mevzuatta, hem uygulamada önemli sorunlar olduğunu belirtmek gerekir. Her üniversitenin kendi eğitim öğretim yönetmeliğinde sınava alma koşulları bakımından farklı hükümler bulunmasının yanısıra uygulamada aynı üniversitede bile farklı muamele olabilmektedir. Konuyla ilgili herhangi bir yasal düzenleme olmaması önemli bir eksiklikler. Çocuklarla ilgili olarak 2006 yılında bir genelge çıkarılmışsa da (bkz. http://www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/51.pdf) yükseköğretim alanında sorunlar devam etmektedir. Hükümlülerin eğitim hakkına ilişkin bkz. CİSST Mahpusun Öğrenim hakkı raporu, Açık Toplum Vakfı, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/mahpusunogrenimhakk.pdf>

¹³³ Mahkemenin Anayasanın kapsamını esas alması ideal durum olmakla birlikte bu değerlendirme AİHM'in özel hayatını doğrudan ve önemli biçimde etkileyen süreçleri medeni hak kapsamında görme eğilimine yakındır.

¹³⁴ Bu yönde ilk karar 2013/1718 numaralı ve 2.10.2013 tarihli Remzi Durmaz kararı, sonraki bir örnek ise 2013/8756 başvuru numaralı ve 15.4.2015 tarihli Düzgit Yalova Gemi İnşa Sanayi AŞ. kararıdır.

60) İdari yaptırımların itiraz merci olarak Sulh Ceza Mahkemesi'nin yaptığı yargılama ile İnfaz Hakimliğinde yapılan başvuruların benzer niteliği dikkate alındığında ve İnfaz Hakimliği'nde yapılan incelemenin Sulh Ceza Mahkemesi'nden daha az güvence içermesi karşısında Mahkeme'nin infaz hakimliğindeki davalar bakımından da 6. madde güvencelerini tanıması gerekmektedir.

Mehmet Koray Eryaşa kararında ise Mahkeme, askeri cezaevinde hükmen tutuklu olan başvurucunun avukatla telefonla konuşma hakkına ilişkin önemli bir karar vermiştir.¹³⁵ Ceza İnfaz Kanunu'nda telefonla görüşme ile avukatla yazışma ve yüzyüze görüşme konusunda ayrı düzenlemeler bulunmakla birlikte avukatla telefonda konuşma konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Askeri cezaevi idaresi Ceza İnfaz Kanunu'na göre telefonların dinlenildiğini ve avukatla telefonla görüşme konusunda herhangi bir düzenleme olmadığını gerekçe göstererek talebi reddetmiştir. (par. 66) Mahkeme özgürlük lehine yorum yaparak müdafî ile telefonla konuşma konusunda bir yasak olmaması nedeniyle Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. (par. 67) Başvurucunun ikinci iddiası ise yazılı ve işitsel haberleşmenin kayıt altına alınmasının özel hayatın korunması (20. md.) ve haberleşmenin gizliliğine ilişkin (22. md) hükümleri ihlal ettiğine ilişkindir. Bu konuda Mahkeme, mektupların denetlenmesine ilişkin ve yukarıda incelenen anayasaya aykırılık incelemesinde olduğu gibi cezaevlerinin 22. maddenin son fıkrasında yer alan istisnai kurum niteliğinde olduğunu belirtmiş (par. 76); var olan sınırlamaların ise yasal ve ölçülü olduğundan hareketle ilgili hükümlerdeki hakların ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Türkiye'de hapishanelerde önemli bir sorun olan hasta tutuklu ve hükümlülere ilişkin Mahkemenin önüne iki başvuru gelmiş ve birbirinden dört ay arayla verilen iki kararın ikisi de İkinci Bölüm tarafından verilmiştir. Bunlardan Fatih Hilmioğlu başvurusu¹³⁶ kronik hepatit B ve karaciğer sirozu hastası olan başvurucunun uzun tutukluluk ve potansiyel mağdur sıfatıyla hayati tehlike olması nedeniyle yaşam hakkına (AİHS 2., AY 17. md.) aykırılık iddiası bakımından değerlendirilmiştir.

¹³⁵ AYM, İkinci Bölüm, 2013/6693, 16.4.2015.

¹³⁶ AYM, İkinci Bölüm, 2014/648, 18.9.2014.

dirilmiş; beyin tümöründen iki defa ameliyat olup hastalığı nükseden Erdal Önder başvurusu¹³⁷ ise başvuru yaşam hakkına dayanmış olmasına karşın kötü muamele yasağı (AİHS 3, AY 17. md.) bakımından incelenmiştir. (par. 18) Birbirine pek çok açıdan benzeyen bu iki başvuru arasında Mahkemenin yaklaşımındaki bir diğer fark ise iki başvuru da Mahkemeden yeniden uzman heyet raporu talep etmiş, Hilmioğlu davasında bu talep kabul edilerek başvuru muayene edilerek yeni bir rapor alınmasına (par. 4) ve rapor sonrasında tedbiren tahliye karar verilmişken çok benzer durumda olan ve aynı talepleri içeren Önder başvurusunda rapor alınmasına karar verilmediği gibi tedbiren tahliye de karar verilmemiştir. Hatta Önder kararının dikkat çekici bir diğer yanı da kararda başvuru sahibinin bu yönde bir rapor sunmamasının gerekçede kullanılmasıdır. Mahkemeye göre (par.36) "... Başvuru sahibinin rahatsızlığının geri dönülmez bir noktaya ulaştığı yönünde bir tespit bulunmamaktadır. Diğer taraftan başvuru sahibi, cezaevinde sağlık şartlarının hastalığına nasıl etki ettiğine dair herhangi bir rapor sunmadığı gibi buna ilişkin cezaevi idaresine yaptığı herhangi bir başvuru da bulunmamaktadır... Aksine cezaevi şartlarında tedavisinin mümkün olup olmadığına ilişkin Mahkememiz tarafından rapor aldırılmasını talep etmektedir". Oysa söz konusu başvuruda başvuru sahibi hastalığının nüksmesi nedeniyle başağrısı, kusma gibi şikayetleri sürekli yaşadığını ve ameliyat olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin bu iki başvuruda bu kadar farklı yaklaşım geliştirmesi ve bunun gerekçelendirilmemesi tıpkı itiraz ve iptal başvurularında olduğu gibi bireysel başvurularda da sorun olabilecektir.

Mahkemenin ikinci kararındaki yaklaşımı iki açıdan sorunludur: Kötü muamele kişi hapishanede kaldığı takdirde ölecek olması durumunda gerçekleşmeyeceği gibi ihlal kararı mutlaka hapsedilenin tahliye edilmesi gereği anlamına gelmeyebilecek, ihlale yol açan koşulların değiştirilmesiyle de giderilebilecektir. İkinci olarak, kişinin durumunun bu tür bir ihlale yol açıp açmadığı konusunda rapor talebine karşılık başvuranın kendisinin bu tür bir rapor getirmesini beklemek mümkün değildir. İspat yükümlülüğü bakımından hapsedilenlerin pek çok olanaktan yoksun olduğu ve devletin denetim ve gözetiminde yaşadıkları dikkate alınmalıdır. Mahkeme kararında isabetli biçimde

¹³⁷ AYM, İkinci Bölüm, 2014/4777, 22.1.2015.

başvurucunun on ay önce temyiz başvurusunda bulunmuş olmasına karşın henüz herhangi bir karar verilmemesini vurgulamış ve makul bir süre aştığından bireysel başvuru yapabileceğine karar vermiştir. Mahkemenin aynı kararında bu kişinin sağlık durumuyla ilgili yakın tarihlerde bir rapor alınmadığı ve kişinin kendi talebiyle bu raporu almanın güçlüğü ortadayken bunun sadece başvuranın yükümlülüğü olarak saptaması yerinde değildir. Ayrıca, iki kararın ortak sorunlarından biri AİHM'in yukarıda da değinilen Gülay Çetin davasında işaret edilen ve ağır hastalık durumunda tutuklularla hükümlüler arasındaki farklılığın ve tutuklular bakımından özel bir düzenleme olmasına ilişkin soruna değinmemiş olmalarıdır. AİHM'in bu kararında tutuklularla hükümlüler arasındaki bu farklı durumun ayrımcılık ya-sağı bakımından da ihlal olarak değerlendirmesi dikkate alınması gereken bir konudur. Mahkeme bu konunun açıkça düzenlenmediğini, ancak mahkemelerin tutukluluğa ilişkin değerlendirmesinde sağlık koşullarını dikkate alabileceğini belirtmekle yetinmiştir.

Hapishanelerdeki özgürlük sınırlandırmalarının daha yoğun ve çeşitli olması nedeniyle hapsedilenlerin bireysel başvurularında isimsiz özgürlüklerin daha fazla gündeme gelmesi muhtemeldir. Örneğin, mahkemenin önüne gelen başvurulardan biri sohbet hakkına dayandırılmıştır. Turan Günana başvurusunda¹³⁸ tutuklu olarak kaldığı yüksek güvenli keza infaz kurumunda ortak etkinlikler kapsamında sohbet için bir araya gelme süresinin aylık beş saat olarak belirlenmesinin sohbet hakkını ölçüsüz biçimde sınırladığını, yaklaşık beş aydır sadece on yedi buçuk saat sohbet imkânı sağlandığını iddia etmiştir. Başvuruda Adalet Bakanlığı Genelgesinde haftada azami on saat olarak belirlenen sohbet imkânının aylık beş saate indirildiğine dayanılmıştır. Mahkeme başvuruçunun 38. maddeye dayanmasına karşılık, isabetli biçimde isimsiz özgürlükleri kapsayabilecek bir hüküm olan AİHS 3. maddeye aykırılıktan incelemiştir. Mahkeme, cezalandırma kapsamında belli ölçüde yalnız bırakmanın tek başına kötü muamele oluşturmayacağını ve kişinin tek iletişim aracının bu yol olmadığını, bu bakımdan kötü muamele bakımından gerekli ağırlık eşığının aşılmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17/3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Kararda dikkat çeken konular-

¹³⁸ AYM, Birinci Bölüm, 2013/3550, 19.11.2014.

dan biri Mahkemenin bu kararda sınırlandırma koşullarına ilişkin tek tek değerlendirme yapmamış olmasıdır. Oysa değerlendirilmesi gereken konulardan biri yasallık ilkesidir. Konuyla ilgili Ceza İnfaz Kanunu'ndaki tek hüküm yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarının tanımına ilişkin maddede yer alan "oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hâllerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasların geçerli olduğu sıkı güvenlik rejimine tâbi hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırıldıkları tesisler" ibaresidir. Bu ibare bu tür hükümlülerin sosyal ilişkilerinin daha fazla kısılmasında ölçülülük ilkesi değerlendirilmesinde dikkate alınabilecekse de bu kişilerin sosyal ilişkilerinin kısıtlanmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemekte, konu sadece bir genelge ile azami süre olarak düzenlenmekte, asgari süre ya da bu belirlemenin nasıl yapılacağı konusunda da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme genelge ile düzenlenme ya da herhangi bir ölçüt belirlenmemesi konusuna hiç değinmeksizin karar vermiştir. Bunun dışında, gözetilmesi gereken esas mesele haftada azami on saat olarak belirlenen sohbet imkanının aylık beş saat şeklinde düzenlenmesinin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır. Azami sürenin sekiz katı oranında azaltılan sohbet süresinin ölçülülük bakımından tartışmaya muhtaç olduğu açıktır. Kaldı ki, kişinin gözlem süresinde hiç kimseyle sohbet imkanına da sahip olmaması nedeniyle beş ay gibi bir sürede toplam on yedi buçuk saat sohbet imkânı verilmesini ölçülü olarak nitelemek güçtür.

Bireysel başvuru sonucunda verilen kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa Konseyi ve İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) konuyla ilgili kural ve tavsiyelerine atıf yapması ve ihlal iddialarını sınırlandırma koşulları bakımından tek tek incelemeye başlaması önemli bir gelişme olarak sayılabilir. Yine kararlarda hapsedilenlerin hak öznesi olarak Sözleşme ve Anayasadaki hakların tamamından yararlanması gerektiğinin belirtilmesi anayasaya aykırılık incelemeleriyle karşılaştırıldığında bir gelişme olarak sayılabilecektir. Bununla birlikte, Mahkemenin hapsedilenlerin haklarının sınırlarında idarelerin daha geniş takdir marjı olduğu vurgusu sınırın ne olduğu konusunda ölçütler çizilmesi bakımından yeterli olmaktan uzaktır.

Sonuç

Türkiye’de önümüzdeki yıllarda bireysel başvurularla yargı gündeminde daha fazla yer tutması beklenen hapsedilenlerin hak ve özgürlükleri ile hapisane idarelerinin yetkileri konusundaki değerlendirmeler insan haklarına ve insan onuru kavramına bakış açısı bağlamında son derece önemli bir konudur. Alternatif cezalandırma yöntemleri arayışı, hapsedilenlerin de tıpkı diğer insanlar gibi insan hakları öznesi olarak kabul edilmesi, hapisanelerin denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi gibi gelişmeler hapsedilen haklarının sınırına ilişkin önemli tartışmaları da beraberinde getirmiştir.

İdare hukuku açısından öncelikle vurgulanması gereken, infaz sisteminin de kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve pekçok kamu hizmetinde olduğu gibi kolluk yetkileriyle içiçe geçtiğidir. Hapisane idarelerinin sunduğu kamu hizmetinin özgül nitelikleri idarelerin yetkilerinde artışa yol açarken, devlet gözetimindeki bu bireylerle ilgili idarelerin yükümlülük ve sorumluluğu da artmaktadır. Bu yükümlülüklerin arttığı en önemli durum ise dezavantajlı kişilerin hapsedilmesidir. Türkiye’de özel ihtiyaçlara sahip olan dezavantajlı gruplara yönelik düzenlemelerin eksikliği hapisanelerde insan haklarına ilişkin önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Bunun dışında, hapisanelerin insan haklarına duyarlı yapısı dikkate alınarak hapisane idarelerinin yetkilerinin hem idari, hem yargısal denetiminin etkin olması son derece önemlidir.

Anayasa Mahkemesi’nin anayasaya aykırılık ve bireysel başvuru şeklindeki ikili yargısal işlevi henüz yeni bir olgu olmakla birlikte Mahkemenin incelenen kararlarında anayasaya aykırılık değerlendirmelerinde özgürlük ve sınırlandırma rejimine ilişkin yaklaşımı ile bireysel başvurulardaki tutumu ve söylemi farklılaşabilmektedir. İtiraz başvurularında verdiği kararlarda hak ve özgürlük sınırlandırmalarını bir öncül ve hapsedilmenin doğal bir sonucu olarak ifade edebilirken bireysel başvurularda -ret kararı verse dahi- bu kişilerin eşit birer hak öznesi olduğuna vurgu yapmaktadır. Diğer yandan bu kararların yazımındaki farklar da hak ve özgürlüklere bakış açısı bağlamında farkları ortaya çıkarmaktadır. Mahkemenin bireysel başvurularda sınırlandırma koşullarını kimi zaman tek tek değerlendirmesine karşı-

lık anayasaya aykırılık iddialarında genel bir değerlendirme yapması mahkemenin anayasanın yorumlanmasında bir hak ve özgürlük mahkemesi haline gelmesinin önündeki önemli bir engeldir. Henüz yeni sayılabilecek bir yol olmakla birlikte hapsedilenler konusunda mahkemenin tutarlı bir yaklaşım ve gerekçelendirme geliştirdiğini söylemek de güçtür.

AIHS'teki ayrımcılık yasağı Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinden daha dar olmasına karşılık AIHM Gülay Çetin ve X kararlarında hapsedilenlerle ilgili olarak ayrımcılık yasağına aykırılıktan karar vermişken, Anayasa Mahkemesi önüne gelen davaların hiçbirinde konuyu eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bakımından değerlendirmemiştir. Oysa hem tutuklular ile hükümlüler arasındaki farklı düzenleme, hem de hapsedilenler ile diğerleri arasında yapılan ayrımın ilgili hak ve özgürlük bakımından objektif haklı bir nedeni olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

Hapishane idarelerinin başta yaptırım uygulama ve disiplin gibi önemli kamu gücü içeren yetkilerinin ve hapsedilenlerin özgürlüklerini sınırlandıran yasaların anayasal sınırı 13. maddedeki koşullardır. Hapsedilenler özelinde öncelikle değerlendirilmesi gereken koşullardan biri ise sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine uygun, yani gerekli, elverişli ve orantılı olmasıdır. Ölçülülük ilkesi uygulanırken mahkemeler orantılılık unsuruna daha fazla odaklanmakla birlikte hapsedilmenin kendisinden kaynaklanan zorunlu sınırlamalar dışında hapsedilenlerin belli bir hak ve özgürlüğünün gerçekten sınırlandırılmasının gerekli olup olmadığı mutlaka değerlendirilmelidir. Bu yaklaşım, hapsedilenleri bir insan hakkı öznesi olarak görmenin de sonucudur. Demokratik bir toplumda gereklilik koşuluna paralel olan bu koşul gerçekleştikten sonra söz konusu sınırlamanın elverişli bir araçla mı yapıldığı ve orantılı olup olmadığı incelenmelidir. İdari işlemler söz konusu olduğunda ise gereklilik unsurunun sonucu idari işlemlerin bir sebebi olması zorunluluğuna ilişkinen, elverişlilik söz konusu sebebin ulaşılmak istenen amaçla ilişkili olmasını gerektirir. Hapsedilenler özelinde bu, hak ve özgürlüğe müdahalenin hapishane düzeninin sürdürülmesi bakımından gerekli olması ve bu gerekli müdahalenin elverişli araçlarla yapılmasıdır. Orantılılık ise idari işlemin sebep ve konu arasındaki ilişkinin makul kurulmasını gerektirir ve müdahalenin hapsedilmenin gerektirdiği sınırları aşmayan, birer hak

öznesi olarak hayatlarını sürdürmelerine ve dış dünyayla ilişkilerinin makul ölçüde sürdürülebilmesine olanak tanıyacak şekilde olması gereğini işaret eder. AİHM kararlarında gözlenebilen kötü muamele yasağı ve özel hayatın korunmasına ilişkin hükümlerin pekçok isim-siz özgürlüğü içerecek şekilde yorumlanması ve güvence altında görülmeye başlanmasına paralel olarak hapsedilen haklarında yaşanan genişleme dış dünyayla iletişim kurma ve ifade özgürlüğü gibi haklarda da gözlenmektedir. 2004 yılında yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kanunu önceki düzenlemelere göre daha kapsamlı ve güvence içeren bir sistem oluşturmuş olmakla birlikte güncel gelişmeler gözetilerek belli haklar konusunda daha ayrıntılı düzenleme yapılması ve bu şekilde hapishaneler arasında farklı uygulamaların ortaya çıkmasını engellemek ciddi bir ihtiyaç olarak görülmektedir.

Kaynakça

- Altınsoy Bülent, 2014, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı", *TBB Dergisi*, 2014 (115), s. 37-60.
- Başlar Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma, Ankara, 2005,
- Demirbaş Timur, "Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme (Tretman) Sorunları", *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, Kasım 2000, s. 144-161.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Matbaası, 1982.
- Epping Volker, Grundrechte, Springer, Heidelberg, 2009.
- Erichsen Hans-Uwe ve Ehlers Dirk, 2010, Allgemeines Verwaltungsrecht, De Gruyter Studium, Berlin.
- Feyzioğlu Metin, "Açlık Grevi", *AÜHF Dergisi*, 1993, C. 43, S. 01-04, s. 157-168.
- Foucault Michel, Hapishanenin Doğuşu, İmge Yayınları, Ankara, 2006.
- Gözler Kemal, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, 1990/1, s.31-67.
- Gözler Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, s. 53-67.
- Günther Klaus, "Ceza İnfaz Hukukunun İnsan İmgesi", *İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu*, Kasım 2000, s. 55-71.
- Kielmansegg Sebastian Graf, 2012, "Das Sonderverhaeltnis", *Juristische Arbeitsblätter*, s. 881-887.
- Kurt Mehmet, Türkiye'de Ceza İnfaz Kurumlarının Sorunları, Yüksek lisans tezi, AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Mandıracı Berkay, Türkiye'de Ceza İnfaz Politikaları ve Kurumlarına İlişkin Yapısal Sorunlar ve Çözüm Önerileri, TESEV Yayını, 2015.

- Murdoch Jim, *The treatment of prisoners: European standards*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.
- Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, CH Beck, München, 2006.
- Öncü Mehmet, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları”, *TBBD*, 2014 (115), s. 13-36.
- Özlüer Fevzi vd. (ed.), *Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik*, Phoenix Yayınları, Ankara, 2014.
- Palmer John, *Constitutional Rights of Prisoners*, Lexisnexis, 2010.
- Sağlam Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982.
- Sever D. Çiğdem, “İnsan Hakları Meselesi Olarak Öğrenci Disiplin Hukuku ve Yasallık İlkesi”, *Güncel Hukuk*, Ocak 2014, s. 8-10.
- Sevinç Murat, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, *SBF Dergisi*, 57/1, 2002, s. 111-135.
- Şirin Tolga, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu Bildiri Metni (Taslak)*, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf (Son Erişim Tarihi: 28.7.2015)
- Tezcan Durmuş, Ruhan Erdem Mustafa, Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2002.
- Türker Melda, “ABD’de İnfaz Sisteminde İnsan Haklarının Gelişimi”, *21. Yüzyıla Girerken Cezaların İnfazı Sempozyumu*, 21-22.01.2000, Ankara 2001.
- Ulusoy Ali, *İdari Yaptırımlar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Yokuş Sevük Handan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hükümlülerin Dış Dünya İle İletişimi”, *AÜEHFD*, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 335-384.
- Yokuş Sevük Handan, “Postada El Koyma Ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, 2007, s. 97-124.
- Human Rights and Prisons: Manual on Human Rights Training for Prison Officials, BM, New York, 2005.
- Ceza İnfaz Kurumları İstatistiği, TÜİK, 2014.
- CİSST Mahpusun Öğrenim Hakkı Raporu, Açık Toplum Vakfı, <http://www.aciktoplumvakfi.org.tr/pdf/mahpusunogrenimhakki.pdf>

CEZA MUHAEMESİ KANUNU' NDA KANUN YARARINA BOZMA

REVERSAL IN FAVOR OF THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE

Ezgi AYGÜN EŞİTLİ*

Özet: Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 309-310. maddeleri uyarınca “kanun yararına bozma” “olağanüstü bir kanun yoludur”.

Bu kanun yolunda; hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı aracılığıyla, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulmasını talep eder.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bazı hallerde kendiliğinden de hukuka aykırı bir kararın ya da hükmün Yargıtay’ca bozulmasını talep edebilir.

Yargıtay’ın ceza dairesi, ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü bozar.

Çalışmamızda ana hatları yukarıda belirtilen “kanun yararına bozma” ayrıntılarıyla incelenmiş ve diğer olağanüstü kanun yollarıyla arasındaki farklar ifade edilmiş, problemli sahalarda irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Olağanüstü Kanun Yolu, Kanun Yolu, Kesin Hüküm, Kesin Karar, Kanun Yararına Bozma

Abstract: According to Turkish Criminal Procedure Code, art. 309-310; “Reversal in favor of the administration of justice” is a type of “extraordinary legal remedy”.

In that legal remedy, the Office of the Ministry of Justice shall request a reversal of a decision or a judgement by the Court of Cassation through the Chief Public Prosecutor at the Court of Cassation, if it learns, that there is an illegality in a decision or a judgement, that had been made final without being inspected by an appeal on facts and law, or an appeal on law.

Also the Chief Public Prosecutor at the Court of Cassation shall request a reversal of that illegal decision or a judgement by the Court of Cassation in some circumstances on his own.

* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

The penal chamber of the Court of Cassation shall reverse the decision or judgment if the submitted grounds are justified according to his opinion.

In this study discussed the term of “Reversal in favor of the administration of justice” in detailed that is declared the basic principles above, formulated the differences between the “reversal in favor of the administration of justice” and the other extraordinary legal remedies, and analyzed problemated areas.

Keywords: Extraordinary Legal Remedy, Legal Remedy, Final Judgement, Final Decision, Reversal in Favor of the Administration of Justice.

GİRİŞ

“Kanun Yararına Bozma” kanun yolu, 5271 sayılı CMK (Ceza Muhakemesi Kanunu)’ nun 309 ve 310. maddelerinde düzenlenen ve kesinleşmiş karar veya hükümlere karşı gidilebilen olağanüstü bir kanun yoludur.

İlgili maddeler uyarınca, kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunda; hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde, esasa ya da usule ilişkin hükme etkili bir hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay’ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na yazılı olarak bildirir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtay’ın ilgili ceza dairesine verir.

Bozma nedeni, hükümlünün cezasının kaldırılmasını ya da daha hafif ceza verilmesini gerektiren bir hukuka aykırılığa ilişkinse kanun yararına olarak re’sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da kanun yararına bozma yoluna başvurabilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın re’sen kanun yararına bozmaya başvurması, kanunda aksi yönde bir düzenleme olmadığından, söz konusu olağanüstü kanun yoluna başvurmakta esas yetkili makam olan Adalet Bakanlığı’nın bu yetkiyi kullanmasına engel teşkil etmez. Ancak Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına bozma yoluna başvurulduğunda bu yetki CMK’nun 310/2. maddesi gereği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılamaz.

Yargıtay'ın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar.

CMK'nun 309/4. maddesi uyarınca bozma; aynı Kanun'un 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir.

Öte yandan bozma mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

Buna karşın bozma, davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez. Yargıtay hükmü ıslah eder.

Yargıtay ceza dairesi, hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya doğrudan hükmeder.

Yargıtay'ın ilgili ceza dairesince kanun yararına bozma başvurusu üzerine verilen bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin direnme hakkı yoktur. Bu kabul kurumun olağanüstü yapısına uygundur. Kaldı ki kanun yararına bozmanın aleyhe tesir etmemesi sebebiyle ilk derece mahkemesinin ceza dairesi kararına direnmesinde fayda da bulunmamaktadır.¹

Yukarıda ifade olunan esaslardan hareketle, çalışmada öncelikle kurumun kuruluş amacı açıklanmış, ardından mülga CMUK (1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu) dönemindeki uygulama ile 5271 sayılı CMK (Ceza Muhakemesi Kanunu)'nda düzenlenen kanun yararına bozma yolu arasındaki benzerlik ve farklılıklar karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunun, diğer olağanüstü kanun yollarıyla arasındaki farklılıklara da değinilmek suretiyle konu somutlaştırılmıştır.

Takip eden başlıklar altında ise kanun yararına bozmanın temel

¹ Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1970, s. 582.

unsurları incelenmiş, bozma nedenleri irdelenmiş ve yoruma muhtaç noktalar değerlendirilerek konu aydınlatılmaya çalışılmıştır.

I. KURUMUN KONULUŞ AMACI

Bu kanun yoluyla, bir yandan ceza kanununun ve ceza içeren diğer kanunların muhatabı kimselere eşit olarak uygulanması, dolayısıyla ülke çapında uygulama birliğinin sağlanması ve sanığın aleyhine sonuç doğurmamak koşuluyla, hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından kanun yararına giderilmesi, bir yandan da hukukilik denetiminden² geçmemiş olan hukuka aykırı kararların bu denetime tabi tutularak hukuk düzenindeki geçerliliklerinin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.³

Bu olağanüstü kanun yolunda bazı hallerde davanın esasına ilişkin hüküm, hükümlü aleyhine bozulabilmekteyse de bozma üzerine verilen kararlar hiçbir koşul ve şart altında hükümlü aleyhine tesir etmez. Bu sonuç, kanun yararına bozmanın olağanüstü bir kanun yolu olmasından ve insan hakları temelinde, zaten kesinleşmiş olan bir hüküm dolayısıyla kişileri ömür boyu ceza tehdidi altında yaşatmamak gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan aksi yönde bir uygulama kesin hüküm otoritesine ve TCK (Türk Ceza Kanunu)'nun "Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" hükmünü ifade eden 61/10. maddesine de aykırılık teşkil edecektir. Cezanın arttırılması ya da aleyhe değiştirilebilmesi yönünde açık bir hükmün yokluğu karşısında kanun yararına bozma, hükümlü aleyhine sonuç doğurmaz. Öte yandan bozmanın sanık/hükümlü lehine tesiri, bu kez adaletin tecellisinin geç de olsa bir aracı olması niteliği dolayısıyla CMK'nun 309. maddesinde kabul görmüştür. Bu, yalnızca sanığın/hükümlünün değil kanunun da yararına olan bir çözümdür.

² Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, II. Cilt, İstanbul 1976, s. 256.

³ Ayrıca bkz., CMK, 309. madde gerekçesi: "...Olağanüstü temyiz de denilen bu kanun yoluna, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş bulunan kararlarda, gerek maddi hukuka ve gerek usul hukukuna ilişkin aykırılıkların giderilmesi için başvurulabilir.

Böylece kanunun eşit uygulanması ve sanığın aleyhine olmamak koşuluyla, hukuka aykırılıkların, toplum ve birey açısından hukuk yararına giderilmesi amaçlanmıştır...".

Bu anlayış, henüz taraf olmadığımız “Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı” başlıklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 7 Numaralı Protokol’ün 2. maddesinde ifade olunan “cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkına” da uygundur.⁴

İlgili maddeye göre; “bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olmalıdır”.

Öte yandan bu yol da diğer olağanüstü kanun yolları gibi kesin hüküm otoritesini ortadan kaldırdığından, ancak hükme etkili ve başka türlü giderilmesi imkânı olmayan hukuka aykırılıkların varlığı halinde, kanunla muayyen şartları taşımak kaydıyla başvurulması gereken istisnai bir çare olarak kullanılmalıdır.

II. TARİHSEL SÜREÇ

Bu kanun yolu Türk hukukunda ilk olarak, Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun (CMUK) 343. maddesinde “Yazılı Emir ile Bozma”⁵ başlı-

⁴ AİHS, Ek 7. Protokol, md. 2 - Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı
1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dâhil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargıldığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkûmiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

⁵ “CMUK, md. 343 (Değişik madde: 08/06/1936 - 3006/1 md.)

Yazılı Emir ile Bozma

Hakim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Temyiz Mahkemesince tetkik edilmeksizin kat’ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye Vekili, o karar veya hükmün bozulması için Temyiz Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Başmüddeiumumiliğine yazılı emir verebilir. Bu emirde bozulmayı müstelzim kanuni sebepler gösterilir.

Cumhuriyet Başmüddeiumumisi tebliğnamesine yalnız bu sebepleri yazar ve dosyayı Temyiz Mahkemesine verir.

Temyiz Mahkemesi dermeyan olunan sebepleri varid görürse karar ve hükmü bozar.

Mahkemelerden davanın esasına da şamil olarak verilen hükümlerin bu suretle bozulması alakadar kimseler aleyhine tesir etmez.

Bozulma, bu kimselerin lehine ise aşağıda yazıldığı gibi muamele olunur:

1. Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim ise, Temyiz Mahkemesi evvelce hükmolunan cezanın

ğı altında düzenlenmiştir.

Doktrinde “olağanüstü temyiz” de denilen bu kanun yolu, 1412 sayılı kanun döneminde, niteliği kanunen açık olmamakla birlikte doktrinde ve uygulamada olağanüstü bir kanun yolu kabul edilmektedir.⁶

Kanun yararına bozma yolu, bu dönemde, Alman mehzaz kanununda ve İtalya’ da olmadığı halde, bazı farklılıklar olsa da Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tesiri ile kabul edilmiş olan bir olağanüstü kanun yoludur.⁷

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nda kanun yararına bozma iki çeşittir. Birinci halde başsavcılık Adalet Bakanının emriyle, kesinleşen karar ya da hükümlerdeki hukuka aykırılıklar için kanun yararına bozmaya başvurulabilirken, ikinci halde temyiz edilebilir olduğu halde temyiz edilmemiş olan kararlardaki hukuka aykırılıklara karşı başsavcı kendiliğinden ve yalnızca kanunun yararına olmak kaydıyla bu yola başvurabilmektedir.⁸

çektirilmemesini kararında ayrıca yazar.

2. Varid görülen bozma sebepleri mahkûm olan kimsenin cezasının tamamen kaldırılmasını müstelzim olmayıp da hafif bir cezanın tatbikını mucib ise, Temyiz Mahkemesi tatbiki iktiza eden cezanın neden ibaret olduğunu da kararında gösterir. (Değişik fıkra: 21/05/1985 - 3206/69 md.) Eğer bozma davanın esasını halletmeyen mahkeme kararları hakkında ise, yeniden yapılacak inceleme ve araştırma neticesine göre gereken karar verilir”.

⁶ Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986, s. 1054 vd.

⁷ Kunter, N.: Olağanüstü Temyiz Kanun Yolunda Reform, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumu, İÜHFM, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 166 vd.

⁸ “Chapitre VI : Du pourvoi dans l’intérêt de la loi
Article 620

Lorsque, sur l’ordre formel à lui donné par le ministre de la justice, le procureur général près la Cour de cassation dénonce à la chambre criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts ou jugements peuvent être annulés.

Article 621

Lorsqu’il a été rendu par une cour d’appel ou d’assises ou par un tribunal correctionnel ou de police, un arrêt ou jugement en dernier ressort, sujet à cassation, et contre lequel néanmoins aucune des parties ne s’est pourvue dans le délai déterminé, le procureur général près la Cour de cassation peut d’office et nonobstant l’expiration du délai se pourvoir, mais dans le seul intérêt de la loi, contre ledit jugement ou arrêt. La Cour se prononce sur la recevabilité et le bien-fondé de ce pourvoi. Si le pourvoi est accueilli, la cassation est prononcée, sans que les parties puissent s’en prévaloir et s’opposer à l’exécution de la décision annulée” (www.legifrance.gouv.fr., yararlanma tarihi: 27.07.2015).

Bu kanun yolu, 5271 sayılı CMK'nun yürürlüğe girmesiyle bu kez "Kanun Yararına Bozma" adıyla, Kanunun "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde, 309 ve 310. maddeler kapsamında açıklığa kavuşturulmuştur.

Mülga CMUK'un münhasıran "Adalet Bakanına" verdiği yazılı emir verme yetkisi, CMK ile bu kez "Adalet Bakanından" alınarak "Adalet Bakanlığı"na (Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne) devredilmiş, istisnai bazı hallerde ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na re'sen kanun yararına bozma talep etme yetkisi tanınmıştır.

Ancak bu değişikliğin, idari bir organ olan Adalet Bakanlığı'nın isteminin hukuki niteliğini değiştirmedikçe kabulü gerekmektedir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Adalet Bakanlığı'nın istemi üzerine Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine başvurmak zorundadır. Oysa siyaset makamlarının adalet işlerine nüfuz edebilmelerini mümkün kılan her müessese sakıncalı⁹ ve erkler ayrılığı ilkesine aykırıdır. İdeal olan, Adalet Bakanlığı'nın, kendisine ulaşan bu yöndeki istemleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na ihbar etmekle sınırlı bir görev icra etmesidir.¹⁰

Kanun yararına bozmaya başvurma yetkisinin kural olarak Adalet Bakanlığı'na verilmesinin nedeninin, hukuk birliğinin sağlanması görevinin yürütme organına, yani vatandaşın muhatabı olan devlete verilmesi olduğu, bunun kökünün ise tahkik sistemine, kralların Tanrı adına hukuk düzenini uygulama yetkisine sahip olduğu döneme kadar uzandığı düşünülmektedir.¹¹

Mülga CMUK ile 5271 sayılı CMK arasındaki kanun yararına bozmaya ilişkin bir diğer fark da CMUK' un 343/4. maddesinde, davanın esasını çözümleyen hükümlerin bozulmasının ilgililerin aleyhine sonuç doğurmayacağına ilişkin genel bir ilkeye yer verilmesine karşın, CMK' nın 309/4, b-c maddesinde bozma nedenleri dikkate alınarak bu hususun ifade olunmasıdır. Kanunda yer verilmemesi neticesinde ortaya çıkan, davanın esasını çözümleyen mahkûmiyete ilişkin hükmün aleyhe bozmaya konu olup olamayacağı noktasındaki belirsizlik kar-

⁹ Erem, s. 579.

¹⁰ A. Aydın Kuyucu, Kanun Yararına Bozma, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 23. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 22/9/1964 T., 1963/140 E., 1964/62 K. sayılı kararında bu husus tartışılmış ve Anayasaya aykırı görülmemiştir.

¹¹ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 603.

şısında, önceki düzenlemenin kurumun konuluş amacına daha uygun olduğu kanısındayız.

Öte yandan CMK'nun 309/4-c maddesinde, mahkûmiyete ilişkin olmayıp davanın esasını çözen ve ilgisine kazanılmış hak sağlayan hükümlerin bozulması durumunda yeniden yargılama yapılmayacağına açık hükme bağlanması yerinde olmuştur.¹²

Aynı şekilde geçmiş doktrin ve uygulamaya uygun olarak, ilk derece mahkemesinin, Ceza Dairesinin bozma kararına direnemeyeceğinin kanunda açıkça belirtilmiş olması da kurumun "olağanüstü" niteliğine uygun bir düzenlemedir.

Diğer taraftan mülga CMUK'un 343. maddesinde ifade olunan "kanuna aykırılık" ibaresinin CMK'nda "hukuka aykırılık" olarak değiştirildiği göze çarpmaktadır. Bu şekilde yalnızca kanuna aykırılık halinde değil, hak ihlali teşkil eden her halde şartları varsa bu yola başvurulabileceği ifade edilmektedir.¹³ Ancak Türk Hukuk düzeninde her hakkın kaynağını TC. Anayasa'sında bulduğu ve Anayasa'nın da nihayetinde bir "kanun" olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir ceza muhakemesi hukuku düzeninde, kıyasa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, hukuka aykırılık, kanuna aykırılık demektir. Bu sebeple söz konusu yol kullanılırken, amacını aşan ve "kanun yararına" olmayan uygulamalardan kaçınılmalıdır.

III. OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLLARI

Olağanüstü kanun yolları, en temel tanımıyla, kesinleşmiş karar ya da hükümlerdeki hukuka aykırılıkları gidermeye yönelik olarak başvuru yollarıdır.

CMK uyarınca olağanüstü kanun yolları; "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi" (CMK, md. 308), "Kanun Yararına Bozma" (CMK, md. 309-310) ve "Yargılamanın Yenilenmesi" dir. (CMK, md. 311-323).

¹² Kuyucu, s. 26,180.

¹³ Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 855.

Olağanüstü kanun yollarının tümü kesinleşen kararlara karşı gidilen yollar olmakla birlikte kendi içlerinde kararın niteliği, şartları ve neticeleri bakımından farklı özellikler göstermektedirler.

Aşağıda kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunun diğer olağanüstü kanun yolları ile arasındaki bazı temel bazı farklara değinilmiştir.

A. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının İtiraz Yetkisi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz yetkisi, "ceza dairesinin" kesinleşen kararları üzerine başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Buna karşın kanun yararına bozma yoluna ancak istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı gidilebilir. Pek tabii kanun yararına bozma talebi sonucu Yargıtay'ın ilgili ceza dairesince verilen her türlü bozma kararına karşı, kararların kendisi verilmekle kesinleştiğinden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın olağanüstü itiraz yoluna başvurması mümkündür. Öte yandan bozma sonrası ilk derece mahkemesince araştırma-inceleme-yargılama yapılan hallerde, bu faaliyet sonucu verilen son karara karşı gidilecek yol bu kez olağanüstü değil, olağan kanun yolu olan temyizdir. Zira verilen son karar henüz kesinleşmiş değildir.

Kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunda Yargıtay bozma nedenleriyle bağlı olmasına karşın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı üzerine CGK incelemesini "itiraz nedenleriyle bağlı olmaksızın" yapar.^{14 15}

Öte yandan ilk derece mahkemeleri, Kanunun açık hükmü karşısında ceza dairesinin kanun yararına bozma kararına direnemezken, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması,¹⁶ böyle açık bir hükmün yokluğu karşısında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazı üzerine "CGK tarafından verilen kararlara direnilebileceği" yönündedir.

¹⁴ CGK., 11.04.2006-2006/9-55-115; CGK., 18.03.2006-2006/2008/9-7-56; CGK' nun 22.08.1988 gün ve 18 sayılı ilke kararı (Kuyucu, s. 11, dpn. 12).

¹⁵ Her ne kadar Yargıtay'ın yerleşik uygulaması bu yönde olsa da itiraz kurumunun niteliği ve olağanüstü bir kanun yolu olması nedenleriyle, biz CGK'nun Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itiraz nedenleriyle bağlı olması gerektiği kanısındayız.

¹⁶ CGK, 26.03.1996-10-46-63; CGK, 16.04.1983-1/12-281 (Kuyucu, s. 12, dpn. 14).

B. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın Yenilenmesi, kesinleşen bir “hükme” karşı “sonradan” ortaya çıkan ve kanunla muayyen olan neden, olay ya da deliller neticesinde hükümlü lehine ya da sanık veya hükümlü aleyhine olarak “hükmü veren mahkemeden” bu yönde istemde bulunulması yoluyla kullanılan bir olağanüstü kanun yoludur.

Yargılamanın yenilenmesi, hemen hemen birbirine benzer olan hükümlerle, Kıta Avrupa'sında pek çok ülkede varlığını koruyan bir olağanüstü kanun yoludur.¹⁷

Bu kanun yolunda, “hükmün ne şekilde kesinleştiğinin bir önemi yoktur”. Hüküm, istinaf ya da temyiz incelemesinden geçerek ya da geçmeyerek kesinleşmiş olabilir.

Öte yandan kanun yararına bozma, kesinleşen hükümlerin yanı sıra şartları varsa kesinleşen kararlara karşı da başvurulabilen, kararın istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi koşuluyla kullanılabilen ve sonradan ortaya çıkmamış, bilakis karar ya da hükmün verildiği anda mevcut bulunan hukuka aykırılıkların¹⁸ giderilmesi için başvuru bir yoldur.

¹⁷ Bkz., İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu (Codice di procedura penale), md. 629-647, “E’ ammessa in ogni tempo a favore dei condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell’articolo 444, comma 2, o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta (Art. 629)”, [http://www.altalex.com.](http://www.altalex.com/), yararlanma tarihi: 29.07.2015. Ayrıca bkz., Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procedure penale), Art. 622 -626, [www.legifrance.gouv.fr.](http://www.legifrance.gouv.fr/), yararlanma tarihi: 29.07.2015; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Criminal Procedure Code/Strafprozeßordnung, StPO), sec. 359-373, [http://www.iuscomp.org.](http://www.iuscomp.org/), yararlanma tarihi: 29.07.2015.

¹⁸ “Kanun yararına bozma (yazılı emir), olağan yasa yollarına başvurulmaksızın kesinleşen hükümde, verildiği zaman yürürlükte bulunan usul veya maddi ceza hukukuna ilişkin hukuka aykırılıkların giderilmesi ile sınırlı başvuru olan olağanüstü bir yasa yolu olup, sonradan gerçekleşen yasa değişikliklerine dayanılarak bu olağanüstü yasa yoluna başvurulamayacağı gibi, Yargıtay’ca da, sonraki yasa değişiklikleri kanun yararına bozma (yazılı emir) gerekçesi yapılamaz” (CGK., 20.9.2005 T., 2005/3-99 E., 2005/103 K., [www.kazanci.com.](http://www.kazanci.com/), yararlanma tarihi: 10.07.2015). “Kanun yararına bozma talebinde, sanığın suç tarihi itibarıyla hesap sahibi şirketi temsile yetkili olmadığı belirtilmekte ise de, bu hususu ortaya koyan belgeler sanık tarafından kanun yararına bozma talebi olduğunu belirttiği dilekçesi ekinde sunulmuş olup, yargılama aşamasından ve hükmün kesinleşmesinden sonra sunulan yeni bir delil niteliğinde olması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi yolunda incelenmesi gerekmektedir” (CGK., 3.10.2005 T., 2005/6247 E., 2005/11104 K., [www.kazanci.com.](http://www.kazanci.com/), yararlanma tarihi: 10.07.2015).

Ayrıca Yargılamanın yenilenmesinden farklı olarak kanun yararına bozma talebini inceleyecek merci ilk derece mahkemesi değil, Yargıtay'dır.

IV. KANUN YARARINA BOZMANIN UNSURLARI

A. Kararın ya da Hükümün Kesinleşmiş Olması

Bu olağanüstü kanun yoluna ancak ilk derece mahkemesince verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara¹⁹ karşı gidilebilir.

Bu kesin nitelikteki karar yargılamada verilmek suretiyle kesinleşmiş bir ara karar olabileceği gibi ceza yargılaması esnasında verilmeyen ancak yetkili mercilerce verildikten sonra ceza hâkimi veya ceza mahkemesine başvuru üzerine denetlenerek kesinleşen bir karar da olabilir. Öte yandan bu kararın istinaf ya da temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen bir son karar (hüküm)²⁰ olması da mümkündür.

Bu kanun yoluna başvurmak bakımından hükümün kanunen istinaf²¹ ve temyiz incelemesine tabi olmasına karşın bu yolun kullanıl-

¹⁹ “Hâkimin çekinmesi talebi ile ilgili verilen karar 1412 S.K. halen yürürlükte olan 306. md. uyarınca esas hükümle birlikte bu hükme bağlı olarak temyizen incelenebilir. Bu nedenle temyizen ileri sürülecek hukuka aykırılıkların da neticeye bağlanacağı kovuşturma süreci henüz bitmemiştir. Hakimin çekinme talebi üzerine verilen karar niteliği gereği kesin olsa da, asıl hükümle birlikte temyiz incelemesine tabi tutulacak ve hukuka aykırı olması durumunda olağan kanun yoluyla düzeltilebilecektir” (CGK., 8.1.2014 T., 2013/7007 E., 2014/158 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

²⁰ 5271 sayılı CMK’nun 223. maddesi uyarınca; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları hükümdür. Ayrıca adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da kanun yolu bakımından hüküm sayılır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise kanunen hüküm değil, karardır. Dolayısıyla kesinleşen kararın kendisi şartları bakımından kanun yararına bozmaya konu olabilir. Ancak açıklanmayan hükümdeki hukuka aykırılık, hüküm kesinleşmedikçe, kanun yararına bozmaya konu edilemeyecektir.

²¹ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’ un 8. maddesi uyarınca; “Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı

mamış olması ile verilmekle kesinleşip istinaf ve temyiz incelemesine tabi olmayan bir hüküm olması arasında fark yoktur.

Hâkim kararları, kanunda aksine hüküm olmadıkça itiraz kanun yoluna tabidirler. Mahkeme kararlarına karşı ise ancak kanunda açıkça gösterilmesi halinde itiraz etmek mümkündür.²² İtiraza tabi olan bir karar, itiraz üzerine ya da itiraz edilmezse buna ilişkin kanuni sürenin geçmesiyle birlikte kural olarak kesinleşir. Kesinleşen bu kararlardaki hukuka aykırılıkların şartları varsa kanun yararına bozmaya konu olması mümkündür.

Mahkemenin itiraz edilebilen ara kararları son karardan önce verilen ve son karara esas oluşturmayan kararlardır.²³ Öte yandan CMK'nun 287. maddesi gereği hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları hükümle beraber temyiz olunabileceğinden söz konusu ara kararlar verilmekle kesinleşmeyecek, dolayısıyla kanun yararına bozmaya konu olmayacaklardır.²⁴ Pek tabi bu kararların, eğer şartları varsa temyiz süresinin temyiz talebi olmaksızın geçirilmesi halinde kanun yararına bozmaya konu olmasına engel bir hal yoktur.

O halde bu kanun yolunda önemli olan söz konusu karar veya hükmün istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesidir ki İstinaf Mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar 1412 sayılı CMUK gereği kararın temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmiş olması halinde kanun yararına bozma yoluna başvurmamak mümkündür.

Yokluklarında verilip ilgililerine tebliğ olunmadığından kesinleşmeyen hükümler, eski hale getirme nedeni olan, kanun yolunun türü, süresi ve merciinin gösterilmediği kararlar,²⁵ kanun yolu açıklamasın-

fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır".

²² Bkz., CMK., md. 267.

²³ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015, s. 791.

²⁴ Ayrıca bkz., 9. CD., 6.10.2011 T., 2011/9614 E., 2011/27772 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015.

²⁵ CGK., 15.12.2006 T., 2006/1-278 E., 2006/291 K. sayılı kararında, bu düşüncenin aksine; "Sadece yasa yolu ve merciinin yanlış gösterilmiş olması "yasa yolu süresinin" işlemeye başlamasını engellemez. Bu durumda, "temyiz" yasa yolu yanlış olarak "itiraz" biçiminde gösterilmiş olsa dahi temyiz süreleri işler ve süreden sonra yapılan temyiz başvurusu kabul edilemez" şeklinde görüş bildirmiş, çoğunluk görüşüne katılmayan diğer Kurul Üyeleri ise; "Anayasa'nın 40. maddesine

da yanıltıcı, yanlış ifade kullanılan kararlar, hukuken yok hükmünde olan kararlar kesinleşme koşulu gerçekleşmediğinden kanun yararına bozmaya konu olmazlar.

Bir kanuni sınırlamanın olmaması karşısında, istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen bu karar adli yargı ilk derece mahkemesi veya hâkimi kararı olabileceği gibi, Yargıtay Ceza Dairesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği bir karar da olabilir. Bu halde incelemeyi Yargıtay Ceza Genel Kurulu yapacaktır.²⁶

Öte yandan kanun yararına bozma, CMK'nda düzenlenmiş olması ve "karar" ya da "hükme" karşı gidilebilen bir kanun yolu niteliği göstermesi dolayısıyla, ancak ceza hâkimi veya ceza mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı bu yola başvurulabilmektedir. Ceza mahkemesi ya da ceza hâkimi tarafından verilen bu kararlar 5271 sayılı CMK'nda tanımlanan ve bu kanundaki yöntem uygulanarak verilen kararları kapsamaktadır.

Dolayısıyla Cumhuriyet savcısınca verilen kararlar aleyhine bu yola gidilemeyeceği gibi idari makamlar tarafından verilen idari yaptırım kararları aleyhine de bu yol kullanılamaz. Şu kadar ki söz konusu kararlara itirazın mümkün olduğu hallerde, itiraz üzerine verilen ceza hâkimliği ya da ceza mahkemesi kararları aleyhine, kanun yararına bozmaya başvurmaya engel bir hal yoktur.²⁷

4709 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkra ile 5271 sayılı Yasanın 34/2, 231. ve 232/6. maddelerinde bir hakkın kullanımının etkin şekilde ve tereddüde mahal bırakılmaksızın öğretilmesinin amaçlandığını belirterek; olayımızda temyiz olan yasa yolunun itiraz olarak gösterilmiş olmasının kabul edilemeyeceğini, 5271 sayılı Yasanın 264. maddesindeki düzenlemenin hakkın daha etkin kullanımına olanak sağlamak amacıyla konulmuş yardımcı bir norm olup yargı yeri yarılışıyla ilgili bulunduğunu, bu itibarla söz konusu yardımcı normun temel normu ortadan kaldırmayacağını, Yargıtay'da denetleme yetki ve yeteneğine sahip yargıçların görev yapması nedeniyle kişinin temyiz yasa yoluna başvururken daha rahat olacağını, oysa başvurulacak yasa yolunun «itiraz» olduğunu öğrendiğinde, «nasıl olsa aynı yerde inceleme yapılacak, farklı karar çıkmaz» anlayışıyla çekingen davranabileceğini ve başvurudan kaçınma yolunu seçebileceğini o nedenle yasa yolunun itiraz olarak gösterilmesi ile temyiz olarak gösterilmesinin aynı anlama gelmediği görüşüyle" itirazın reddi yönünde oy kullanmışlardır. (CGK., 5.12.2006 T., 2006/1-278 E., 2006/291 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015). Biz de karşı oyda ifade edilen gerekçeye katılmaktayız.

²⁶ CGK, 5.10.2010 T., 2010/122 E., 2010/180 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015.

²⁷ CGK., 20.9.2010 T. 2010/2187 E., 2010/12910 T. sayılı kararında; "kesinleşen idari yaptırım kararlarına karşı başvurulabilecek olağan ya da olağanüstü bir kanun yolu

Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu konuda, 5271 sayılı CMK.nun 309. maddesinde *düzenlenen kanun yararına bozma (olağanüstü yasa yolu) yoluna gidilebileceğine dair gönderme yapan bir düzenleme de yoktur. Bilindiği gibi Ceza Muhakemeleri Kanununun 309. maddesinde düzenlenen 'kanun yararına bozma' yasa yolu, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen ve* CMK.nun 223. maddesinde belirtilen hükümler ile aynı Kanunun 267-271. maddeleri kapsamındaki kararlara karşı başvurulabilen yasa yoludur. Kabahatler Kanununun 27-29. maddelerine göre verilen kararlar ise CMK.nun belirtilen maddeleri kapsamı dışındadır. Dolayısıyla CMK.nun 309. maddesinde ifade edilen “kararlar” sözcüğü Kabahatler Kanununa göre verilen kararları kapsamamaktadır. Kanun yararına bozma müessesesi yalnızca adli suçlara ilişkin inceleme olanağı veren bir yasa yoludur. Adli yargı düzeni içerisinde gerçekleşen yasaya aykırılık hallerinin giderilmesi için olağanüstü bir yasa yolu olarak öngörülmüştür. Hâlbuki idari yaptırım kararlarına karşı Kabahatler Kanununda düzenlenen yasa yollarına göre mahkemelerin yapmakta oldukları incelemeler, idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukukuna ilişkin bir işleminin denetlenmesinden ibarettir. Burada mahkemelerce Ceza Muhakemesi Kuralları ile ilgili bir işlem yapılmamaktadır. Kabahatler Kanununda düzenlenen yasa yolları uygulanarak kesinleşen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yararına bozma yasa yoluna gidilemez” şeklinde aksi yönde görüş bildirmiştir. CGK., bir başka kararında ise; “5271 sayılı CYY’nın 309. maddesinde ifade edilen “kararlar” sözcüğü, 5271 sayılı CYY’nda tanımlanan ve bu yasadaki yöntem uygulanarak verilen kararları kapsamakta olup, Kabahatler Yasası uyarınca verilen kararlar kural olarak bu kapsamda değerlendirilemez. Ancak, C. Savcılığı’nca eylemin suç oluşturmayıp kabahat oluşturduğu saptanarak, suç nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine, bu karar Cumhuriyet Savcısı’nın görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından inceleneceğinden, ağır ceza mahkemesi başkanınca verilen karar, hem suç soruşturması ile ilgili yapılan işlemleri hem de idari yaptırım kararını kapsadığından, bu kararın olağan üstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yasa yoluna konu edileceğinin kabulü gerekmektedir.” şeklinde görüş beyan etmiştir (CGK., 23.3.2010 T., 2010/7-33 E., 2010/58 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

Doktrinde bir kısım yazar da, “eylemin kabahat türünden bir haksızlık oluşturduğunun herkesçe kabul edildiği bir durumda, idari mercilerce verilen cezaya itiraz üzerine alınan kararın sırf adli mercilerce alınmış olduğundan ve bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolunun kanun yararına bozma olduğundan hareketle kanun yararına bozma yoluna başvurulmamalıdır” görüşündedir. (Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 281.).

Buna karşın CGK., sonraki tarihli bir kararında; “Kabahatler Yasası’na ilişkin olmak üzere; bir talebe ilişkin olarak veya başvuru yoluna gidilmesi üzerine sulh ceza mahkemesince, itiraz üzerine ağır ceza mahkemesince ve Cumhuriyet Başsavcılığının idari yaptırım kararına itiraz edilmesi üzerine ağır ceza mahkemesi başkanınca, verilen kararlara karşı yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoluna başvurulabilecektir. İnceleme konusu somut olayda, yasa yararına bozma konusu yapılan karar, Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanan idari yaptırıma ek olarak, 2918 sayılı Yasa’nın 48/5. maddesi uyarınca ehliyetin 5 yıl süreyle geri alınmasının talep edilmesi üzerine sulh ceza mahkemesince verilen karar olup; Kabahatler Yasası kapsamında verilen bu karardaki hukuka aykırılıkları gidermenin tek yolu, yasa yararına bozma olağanüstü yasa yoludur” ifadesiyle görüşünü değiştirmiştir (CGK., 19.10.2010 T., 2010/7-165 E., 2010/196 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

B. Kararın ya da Hükümün Hukuka Aykırı Olması

Kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmesi için kararın ya da hükmün hukuka aykırı olması gerekmektedir.

CMK'nun 309. maddesinde her ne kadar karar veya hükmün "hukuka aykırı" olması gerektiğinden bahsedilmişse de nelerin "hukuka aykırılık" teşkil ettiği ifade olunmamıştır. Kanunun 309. maddesi bu şekliyle bir "gönderme (atıf) normu"²⁸ niteliğindedir. Gönderme, CMK'nun temyiz nedenlerini düzenleyen 288. maddesine yapılmaktadır.

CMK'nun "temyiz nedenleri" ni düzenleyen 288/2. maddesi gereği; "bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır". CMUK'nun "temyiz sebebi" başlığını taşıyan 307. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir.²⁹ CMK, md. 289 (CMUK, md. 308)' de ifade olunan hallerde ise hukuka kesin aykırılık olduğu varsayılmaktadır.

O halde kesinleşen kararlardaki her hukuka aykırılık değil, hükme etkili olan ve temyiz nedeni olabilecek olan hukuka aykırılıklar, bu olağanüstü kanun yolunda bozma nedeni olarak ileri sürülebilecektir.

Kanun, bu yolla giderilmesi mümkün olan hukuka aykırılıkların, Ceza Mahkemesi ya da Ceza Hâkiminin verdiği karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıklar olduğunu ifade etmektedir.

Ceza Mahkemesinin verdiği hüküm çeşitleri, CMK' nun 223. maddesinde ifade olunmuştur. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi hükümleri, davanın esasını doğrudan doğruya çözen hükümlerdir.

Davanın reddi ve düşmesi hükümleri ise esaslı dolaylı olarak çözen, bir başka deyişle o uyuşmazlığın çözülemeyecek bir uyuşmazlık olduğunu ifade eden hüküm (son karar) çeşitleridir.

Kanun yolu bakımından hüküm sayılan görev yönünden yetkisizlik kararı ise yalnızca kanun yolu bakımından bu nitelik tanınmış olduğundan uyuşmazlığın esasını doğrudan ya da dolaylı olarak çözmez.

²⁸ Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 286.

²⁹ CMUK, md. 307/2; "Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir".

CMK' nun hüküm çeşitlerini ifade eden 223. maddesinde bahsi geçmesine karşın “durma” hüküm değil, bir karar türüdür. Dolayısıyla uyuşmazlığın esasını doğrudan ya da dolaylı olarak çözmez.

Ara kararlar da uyuşmazlığın esasını doğrudan ya da dolaylı olarak çözmezler. Buna karşın bir karar esası çözmemekle birlikte esasa etkili olabilir. İşte kanun yararına bozma konusu yapılabilen kararlar, hükme etkili olan ve bu özelliği itibariyle kesinleşmemiş olsaydı temyiz nedeni olabilecek olan ara kararlardır.³⁰ Bu kararları, kararın özelliğine göre, hâkim ya da mahkeme verebilir.

Koruma tedbirleri hükme etkili olmamaları, dolayısıyla temyiz nedeni teşkil etmemeleri gerekçesiyle kanun yararına bozmaya konu olmazlar.³¹

Buna karşın Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın reddi kararında olduğu gibi ceza mahkemesi/hâkimi tarafından verildiği için kanun yararına bozmaya konu olabilen ancak açılmış bir dava söz konusu olmadığı için kararın hükme/esasa etkililiği tartışmasını yapmanın mümkün olmadığı bazı kararlar vardır ki bu kararlardaki hukuka aykırılığın kanun yararına bozmaya konu olup olamayacağı noktasında bu kez dikkate alacağımız ölçüt hukuka aykırılığın şüphelinin hukuki durumunu etkileme veya değiştirme olasılığına sahip olup olmadığıdır.

Aynı şekilde infaza ilişkin ve başka suretle giderilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılıkların kanun yararına bozmaya konu olabilmesi için de söz konusu hukuka aykırılığın hükümlünün hukuki durumunu

³⁰ Doktrinde ağırlıklı olarak, her temyiz nedeninin olağanüstü bir yol olan kanun yararına bozmaya konu olamayacağı, bozma nedenlerini dar kapsamlı değerlendirmenin kurumun yapısına daha uygun olduğu, bu şekilde kesin hüküm otoritesinin korunmuş olacağı ifade edilmektedir (Kuyucu, s. 106).

^Fikrimizce söz konusu görüşü, kapsamının belirsizliği karşısında her somut olaya uygulamadaki ya da bir kanun maddesine dayandırmadaki güçlük dolayısıyla, bir temenni olarak kabul etmek gerekliyse de hükme etkili olmaları sebebiyle temyiz nedeni kabul edildikleri içindir ki temyiz nedeni olabilen bir hukuka aykırılığı kanun yararına bozma konusu kabul etmemek güçtür. Zira hükme etkili olan hukuka aykırılıklar arasından, ayırt edici başka bir hukuki ölçüt olmadıkça, bazılarının bozma nedeni olacağını buna karşın bazılarının olamayacağını iddia etmek sakıncalıdır ve uygulayıcıyı keyfiyete sürüklenme riski taşımaktadır.

³¹ 7. CD., 3.4.2014 T., 2013/23612 E., 2014/8826 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015.

etkileme/değiştirme olasılığına sahip olması gerekmektedir.³² Aksi takdirde hukuka aykırılığın giderilmesinde kanunun yararı yoktur.

Bozma nedenleri esasa (maddi hukuka) veya usule (yargılama/ muhakeme hukukuna, şekli hukuka) ilişkin olabilir. Dolayısıyla maddi ceza hukukuna ait bir kuralın somut uyuşmazlığa uygulanmaması veya yanlış uygulanması bozma nedeni olabileceği gibi usul hukukuna ait bir kuralın o uyuşmazlığa uygulanmaması ya da yanlış uygulanması da bozma nedeni teşkil edebilir.³³

Öte yandan başka bir yolla giderilmesi mümkün olan hukuka aykırılıklar olağanüstü bir yol olan kanun yararına bozmaya konu olmamalıdır.

Bu bakımdan mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olması³⁴ gibi infaz aşamasında hükmü veren mahkemeden karar alınarak giderilmesi mümkün olan hukuka aykırılıklar, yazım hataları gibi mahallinde düzeltilmesi mümkün olan hukuka aykırılıklar, hükmü veren mahkemenin uyarlatma yetkisi kapsamında mütalaa edilen haller³⁵ ve başka bir olağanüstü

³² “Uyuşmazlık, kasten yaralama suçuna teşebbüs suçunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte hükmolunan denetimli serbestlik tedbirine dair hukuka aykırı uygulamaların yasa yararına bozma yasa yoluyla incelenip incelenemeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir. Yasa yararına bozma isteminde belirtilen hukuka aykırılığın, hükmün infazı sırasında kararı veren mahkemeden anılan yükümlülüğün değiştirilmesi ve gerektiğinde başka bir yükümlülüğe karar verilmesinin istenmesi yoluyla giderilmesi olanaklı olmayıp, ancak yasa yararına bozma konusu yapılarak giderilmesi olanaklı bulunduğundan, Özel Dairece yasa yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi isabetli değildir” (CGK., 3.4.2012 T., 2011/3-334 E., 2012/130 K. www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

³³ Kunter, “Kanun yararına bozmaya konu edilecek karar sadece hukuki meseleye ilişkin olmalıdır. Maddi bir meselede verilen ve sadece o davayı ilgilendiren karardaki hatanın belirtilmesinde kanun yararı yoktur” düşüncesindedir (Kunter, s. 1057 vd.).

³⁴ Bkz., 5275 sayılı Kanun, md. 98/1.

³⁵ “Yasa yararına bozma, kesinleşen hükümde, verildiği zaman yürürlükte bulunan gerek usul, gerekse maddi hukuka ilişkin hukuka aykırılıkların giderilmesi ile sınırlıdır. Sonradan gerçekleşen yasa değişikliklerine dayanılarak bu olağanüstü yasa yoluna başvurulamayacağı ve bu husus Yargıtay’ca da kanun yararına bozma gerekçesi yapılamayacağı gibi, ancak kanun yararına bozma konusu olabilecek bir hukuki yanılığın sonraki yasa değişikliği nedeniyle Yerel Mahkemece yapılacak uyarlatma yargılaması sırasında düzeltilmesi olanağı da bulunmamaktadır.

Bu itibarla, esasen olağanüstü yasa yolu olan “kanun yararına bozma” ve “son-

kanun yolu aracılığıyla giderilmesi mümkün olan hukuka aykırılıklar³⁶ kanun yararına bozmaya konu olmayacaktır.

Kanun yararına bozma kanun yolu, karar veya hükümdeki hukuka aykırılıklara karşı başvurulmuş bir yol olduğundan, hâkimin vicdani kanaatine³⁷ ilişkin hususlar, örneğin delilleri takdir ederek suçun hukuki nitelendirmesini yaptığı haller, ortada herhangi bir hukuka aykırılık olmadığından kanun yararına bozmaya konu olmaz. Kaldı ki ceza dairesinin, ilk derece mahkemesinin maddi olaya ilişkin tespitlerinin doğru olup olmadığını değerlendirmek yetkisi yoktur. İlk derece mahkemesi hâkimi delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirecektir. Dairenin sözlü duruşma yapmak, delil ikame etmek yetkisi olmadığından böyle bir değerlendirme yapması fiilen de mümkün değildir. Bu sebeple olayın yeniden açıklanmasını gerektiren haller bozma nedeni sayılmaz.³⁸ Ancak hüküm ve karardaki hukuki değerlendirme hataları kanun yararına bozma konusu olabilir.

Şu halde hâkimin vicdani kanaati değil, ancak bu vicdani kanaate hatalı bir hukuki değerlendirme sonucu ulaşması halinde bu hukuki hata, kanun yararına bozma nedenidir.

Aynı şekilde, hâkime takdir hakkı tanınan haller,³⁹ örneğin ceza-

radan yürürlüğe giren yasanın lehe hüküm içermesi nedeniyle hükmün yeniden uyarlanması" kurumlarının yöntem ve ihdas ediliş nedenleri bakımından birbirinden farklı yargılama kurumları olduğu, değişik alanlara ait düzenlemeleri içerdiği tartışılmaz bir gerçektir.

Yasa yararına bozma istemi üzerine, kesinleşmiş hüküm veya kararlarda verildiği zaman yürürlükte bulunan, gerek maddi hukuka ve gerekse usul hukukuna ilişkin hukuka aykırılıkları saptayan Yargıtay, karar veya hükmü CYY'nın 309. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bozmak suretiyle, hüküm ve kararın niteliğine göre aynı maddenin 4. fıkrasında belirtilen şekilde hareket etmek zorundadır" (CGK., 15.11.2005 T., 2005/7-132 E., 2005/128 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

³⁶ "Kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunda; uyumsuzluk; kısa kararın yer aldığı duruşma tutanağının ilk 6 sayfasında zabıt kâatibi imzasının bulunmamasının yasa yararına bozma konusu yapıp yapılmayacağının belirlenmesine ilişkindir. Hükümdeki bu tür noksanlıklar sebebiyle sahtelik iddiası ileri sürülmüş olsa dahi, bu husus yargılamanın iadesi konusunu oluşturacaktır" (CGK., 3.4.2012 T., 2011/10-438 E., 2012/141 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.

³⁸ Centel, s. 806.

³⁹ "Paraya çevrilme isteği hakkında karar verilmesi hususu yaş ve ceza süresi itibarıyla uygulanmasının zorunlu olduğu haller hariç, uygulanıp uygulanamayacağı yargılama yapan mahkemenin takdiri içinde yer alan bir husustur. Takdire taal-

nın bireyselleştirilmesi sırasında hâkimin suç için öngörülen cezanın aşağı ve yukarı haddi arasında temel cezaı belirlemesi, kanun yararına bozmaya konu olmaz. Fakat hâkim takdir hakkını hukuka uygun kullanmak zorundadır. Dolayısıyla takdirin kendisi değil, fakat hâkimin takdirini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı olağanüstü kanun yolunda denetlenebilecektir.⁴⁰ Hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeni korumaz.

Ceza yargılamasında verilen her karar ve hükmün gerekçeli olması prensibi sayesindedir ki hâkimin takdirini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı hususunu denetlemek imkânı olur. Kararın gerekçesiz olması ise bu ihtiyaçtan hareketle başlı başına bir bozma nedenidir.

Buna karşın kısa kararda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamak kaydıyla kısa kararla gerekçeli karar arasında çelişki doğması hali, kanun yararına bozma nedeni olmamaktadır.⁴¹

V. USUL

Hâkim veya mahkemelerin verdiği karar ya da hükümlerdeki hukuka aykırılıklar, herhangi bir talep olmaksızın kanun yararına boz-

luk eden konularda yasa yararına bozma yoluna başvurulamayacağı göz önüne alınmalıdır" (CGK., 7.4.2009 T., 2009/8-51 E., 2009/85 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015). Ayrıca bkz., Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, Ankara 1957, s. 402.

⁴⁰ "Mala zarar verme suçunda; uyumsuzluk; sanık hakkında kurulan hükümde, temel ceza belirlenirken '... alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektirecek bir sebep bulunmadığı...' belirtildiği halde, gün adli para cezasının alt sınır olan 5 gün yerine 12 gün olarak belirlenmesinin yasa yararına bozma konusu yapıp yapılamayacağına ilişkindir. Buradaki hukuka aykırılık, hâkimin takdirine dayalı bir husus olmayıp esaslı bir konuya ilişkin olması nedeniyle bu hususun yasa yararına bozmaya konu edilebileceği göz önüne alınmalıdır" (CGK., 15.6.2010 T., 2010/9-117 E., 2010/146 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁴¹ "Gerekçeli karar ile kısa karar arasındaki çelişki; 'hükmün infazında karışıklığa' sebep olabileceğinden, olağan yasa yollarına konu edilebilecek ve bu yollarla bozulabilecek bir hukuka aykırılık olmakla birlikte, bu nedene dayalı olarak yasa yararına bozma istemi üzerine yapılacak bozma, yasa yararına bozma kurumunun amaçlarından hiçbirine hizmet etmeyeceği gibi hiçbir eksiklik ve hukuka aykırılık içermeyen ve aynı zamanda tefhimle geçerli hale gelerek hükmün esasını oluşturan kısa kararın da sıhhatinin zedelenmesine yol açabilecektir.

Açıklanan nedenlerle, çelişkili durumda itibar edilmesi ve infaza esas alınması gereken, tefhimle geçerli hale geldiğinde hiçbir duraksama yaşanmayan 'kısa karar' olduğundan, 'kısa karar' ile 'gerekçeli karar' arasında çelişki bulunduğundan bahisle yasa yararına bozma yoluna başvurulmaz" (CGK., 14.12.2010 T., 2010/6-232 E., 2010/260 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

maya konu olamazlar. Kanun yararına bozma talebi üzerine ilgili ceza dairesi, söz konusu taleple sınırlı olmak kaydıyla⁴² incelemesini yapar. Bu kabul, temelde “davasız yargılama olmaz” ilkesinin bir sonucudur.⁴³

Öte yandan ilgili ceza dairesinin talep edilen bozma nedeniyle sınırlı olmak kaydıyla kararı ya da hükmü değişik gerekçeyle bozması mümkündür.

Kanun yararına bozma isteminde bulunma yetkisi kural olarak Adalet Bakanı'na, istisnai bazı hallerde ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na tanınmıştır.

Sanık, katılan, bu kimselerin müdafii ve vekilleri, kanun yararına bozma yoluna başvuramazlar. Ancak kanun yararına bozma yoluna başvurması için yetkili makama müracaat ederek istemde bulunup onu tahrik edebilirler.⁴⁴

Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtay'ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.

Adalet Bakanlığı, karar veya hükme karşı kanun yollarına başvurma yetkisine sahip olanların başvurularıyla söz konusu hukuka aykırılıklara vakıf olabileceği gibi bunların dışındaki kişi, makam⁴⁵ ve kurumların ihbarıyla ya da re' sen de o karar ya da hükümdeki hukuka aykırılığı öğrenebilir.

CMK'nun 309/1. maddesinde; kesinleşen karar veya hükümde hu-

⁴² “İstekle bağlılık kuralı gereği, isteme konu edilmeyen hukuka aykırılıklar yasa yararına bozma konusu yapılamaz” (CGK., 7.4.2009 T., 2009/8-51 E., 2009/85 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁴³ Centel, s. 777.

⁴⁴ Soyaslan, s. 603 vd.

⁴⁵ “Temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar ya da hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığının söz konusu karar veya hükmün kanun yararına bozulması isteminde bulunma yetkisi olup, mahkemelerin bu yetkiyi kısıtlayacak biçimde karar vermeleri mümkün değildir. Somut olayda muterizin kanun yararına bozma ihbarını alan mahkemenin ihbarı Adalet Bakanlığına ulaştırması gerekirken, bu gereğe uymadan, ‘kanun yararına bozma talebine C. Savcısının katılmadığı’ gerekçesiyle, kanun yararına bozma talebinin reddine karar vermesinin, hukuken geçersizdir” (CGK., 22.2.2007 T., 2006/8460 E., 2007/1081 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

kuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığının, o karar veya hükmün Yargıtay' ca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak "bildireceğini" hükme bağlamıştır. Dolayısıyla o karar veya hükümde kanun yararına bozma yoluyla giderilebilir bir hukuka aykırılık olduğunu öğrenen Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma talep etmemek yetkisi olmamalıdır. Bu husustaki incelemeyi yapmak görevi münhasıran Yargıtay' a aittir. Kanun, Bakanlığa talebin hukuka uygunluğunu denetlemek noktasında bir takdir hakkı tanımamıştır. Kaldı ki kanunda yazsın ya da yazmasın, erkler ayrılığı ilkesi gereği hukukilik denetimini ancak yargılama makamları yapabilirler. Aksi takdirde Bakanlık adına talebi işleme koymayan ya da bozma talep etmeyen yetkilinin şartları varsa TCK'nun 257. maddesi⁴⁶ uyarınca sorumluluğu doğabilir.⁴⁷

Kanunda Adalet Bakanlığının hukuka aykırılığı "öğrenmesinden" bahsedilmekteyse de öğrenmenin hangi yolla olacağı hususunda bir açıklık yoktur. O halde öğrenmenin belli bir şekle bağlanmadığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığının, ihbar yoluyla konuya vakıf olması halinde, dilekçenin başvuru koşullarını taşınamaması nedenine dayanarak başvuruyu reddetmesi de mümkün gözükmemektedir. Şu kadar ki Bakanlığın ve Bakanlık adına talebi değerlendiren yetkilinin, genel-soyut nitelikte olması ve herhangi bir somut olguya dayanmaması, dolayısıyla da hukuki ve fiili imkânsızlık olması nedeniyle ihbarı işleme koymaması halinde, söz konusu merci ve kişilere kusur izafe edilemeyeceğinden, herhangi bir sorumluluk da doğmayacaktır. Şüphesiz, Adalet Bakanlığı bu kararını, nedenini belirtmek suretiyle gerekçelendirmelidir.⁴⁸

⁴⁶ Görevi kötüye kullanma

Madde 257- (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁴⁷ Danıştay 5. Dairesi; 14.4.2006 ve 2003/1018 E., 2006/1436 K. sayılı kararında kanun yararına bozma yoluna gidilmesi isteminin reddine ilişkin Adalet Bakanlığı işleminin, sonuçlarının yargısal alanda doğması doğması nedeniyle iptal davasına konu olabilecek bir idari işlem niteliğine haiz olmadığına hükmetmiştir. (Kuyucu, s. 130).

⁴⁸ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü' nün 01.01.2006 tarihli Kanun Yara-

Diğer taraftan başvuru üzerine Adalet Bakanlığı, o karar veya hükümde bir başka bozma nedeni görürse talebinde bu hukuka aykırılığa da işaret edebilir. Zira Kanun, Adalet Bakanlığının, karar ya da hükümdeki hukuka aykırılığı nasıl öğrendiğiyle ilgilenmemiş ve kendisine yapılan başvuruda belirtilen nedenlerle sınırlı olarak bozma talep edebileceğine ilişkin bir hükme de ilgili maddesinde yer vermemiştir. Başvuru halinde dosyaya vakıf olan Adalet Bakanlığının görüldüğü diğer hukuka aykırılıklara da bozma talebinde yer vermesine engel bir hal yoktur.

rına Bozma Taleplerinde Uyulması Gereken Usul ve Esaslara ilişkin Genelgesi uyarınca; kanun yararına bozma talebiyle Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilecek dosyalarda dikkat edilmesi gereken hususlar özetle şunlardır:

1. Karar veya hükümlerin 7201 sayılı Tebliğat Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre taraflara usulüne uygun şekilde tebliğ edilerek kesinleşip kesinleşmediğinin kontrol edilmesi,
2. Kararlarda hukuka aykırılık bulunması halinde öncelikle itiraz ve temyiz kanun yollarına müracaat edilmesi, bu yollar kullanılmadan kararın kesinleşmesi ve kanun yararına bozmada ortaya konan hukuka aykırılığın ciddi boyutlarda bulunduğu tespit edilmediği takdirde olağanüstü ve istisnai kanun yolu olan kanun yararına bozma yoluna başvurulması,
3. CMK'nun 309/4-d bendindeki hallere özgü olarak bu yolun re' sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabileceğinin belirtilmiş olması karşısında; başvuru sahiplerinin bu yöndeki taleplerinin Bakanlık aracı kılınmaksızın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na bu yola başvurulacak ise Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi gerektiği,
- Kovuşturmaya yer olmadığı kararına yönelik itiraz üzerine verilen merci kararları, adli sicil kaydının silinmesine ilişkin kararlar ile iddianamenin iadesi gibi kararların (d) bendi kapsamı dışında kaldığının hatırdan çıkarılmaması,
4. Kanun yararına bozma talebine konu kararı kapsayan dosyanın eksikliklerinin (nüfus kaydı, doktor raporu, bağlantılı dosya ve belgeler) giderilmesi, dağınık ve kapsamlı dosyaların düzene sokulması ile gönderilen tüm dosyaların dizi pusulasına bağlanması,
5. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından "hukuka aykırılık halinin bulunup bulunmadığına ilişkin" olarak düzenlenecek gerekçeli görüşün dosyasına eklenmesi,
6. Cezaların infazı aşamasında hükümlüler tarafından verilen kanun yararına bozma talebini içeren dilekçelerin, mahkûmiyet kararına ilişkin olması ve bu kararı veren mahkemenin de infazın yapıldığı yerden başka bir mahalde bulunması halinde, dilekçenin ilgili mahkemenin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletilerek dosyası ile birlikte Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesinin sağlanması,
7. Dosyanın ve ilgili evrakın gözden geçirilerek, belgelerin takılı ve bağlantılı dosyalar da eklenmek suretiyle (icra takip dosyaları, vb.) düzenli olarak, 25658 sayılı Resmi gazete de yayımlanan Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun bir üst yazı ekinde Ağır Ceza Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesi.

Adalet Bakanlığının yazılı istemi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine verir. Bu konuda Başsavcıya bir takdir hakkı tanınmamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ilgili ceza dairesine hitaben yazdığı bu belgeye “ihbarname” denir.⁴⁹ Terim yerindedir. Zira burada Başsavcılığın yaptığı, Adalet Bakanlığı aracılığıyla haberdar olduğu hukuka aykırılığı, nedenlerini aynen yazarak bu hususu incelemekle görevli mercie “ihbar” etmektir. Burada Başsavcılığın başkaca bozmayı gerektiren bir neden olduğu düşüncesinde olsa bile ihbarnamede Adalet Bakanlığı'nın bozma istemi dışına çıkma yetkisi yoktur.⁵⁰

Hükümlünün cezasının kaldırılmasını veya daha hafif ceza verilmesini gerektiren hallerde bu yetki, kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir. Ancak Adalet Bakanlığı tarafından başvurulduğunda artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı aynı konuda kanun yararına bozma talep edemez. Şüphesiz bu kabul, aynı uyumazlıktaki, Adalet Bakanlığının işaret etmediği farklı bir hukuka aykırılık ya da Adalet Bakanlığının geri çevirdiği bir başvuruda ifade olunan aynı hukuka aykırılık dolayısıyla Başsavcının kanun yararına bozma talep etmesine engel değildir.

Öte yandan CMK'nun 310/2. maddesinde izin verilen hallerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kanun yararına bozma talep etme yetkisini “kullanabileceği” yönündeki ifade bu hususta Başsavcılığa bir takdir hakkı tanındığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Adalet Bakanlığına tanınmayan bir takdir hakkının, kurumun amacı, hukuka aykırılığı incelemeye yetkili olan merciin Yargıtay olması ve aksi yönde bir hükme ya da usule ilgili maddelerde yer verilmemesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına da tanınmayacağını düşünüyoruz. Dolayısıyla o karar veya hükümde kanun yararına bozma yoluyla giderilebilir bir hukuka aykırılık olduğunu öğrenen Başsavcılığın yapması gereken, kanun yararına bozma talep etmek olmalıdır.

⁴⁹ Centel, s. 836. Bu belgeye doktrinde “tebliğname” diyenler de vardır (Bkz., Kunter, s. 1058).

⁵⁰ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 745.

Bu hususta Adalet Bakanlığı için yukarıda yapılan diğer açıklamalar, yapısına uygun düştüğü ölçüde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı için de geçerlidir.

Kanun yararına bozmada istem belirli bir süreye bağlanmamıştır. Bu kabul, kurumun kanun yararına olmasından ve hükümlü/sanık aleyhine tesir etmemesi özelliğinden kaynaklanır.

Hükümlü lehine olması halinde adli sicil ve arşiv kayıtlarının silinmesi sonucunu doğurabildiğinden ve kanunun yararına konulmuş bir kurum olduğundan kesinleşen karar ya da hükmün infaz edilmiş olması da kanun yararına bozmaya engel olmaz.

Bozma istemi üzerine Yargıtay ceza dairesi ileri sürülen nedenleri inceler. Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesi gereği temyiz davasına bakmakla görevli olan daire, olağanüstü kanun yollarına ilişkin davalara da bakmakla görevlidir.

Kanun her ne kadar incelemeyi "ceza dairesinin" yapacağından söz etmişse de CGK' nun yerleşik kararları, bozma istemine konu hükmün temyiz edilmeksizin kesinleşen direnme hükmü olması halinde incelemeyi CGK' nun yapacağı yönündedir.⁵¹ Ceza dairesine nazaran üst dereceli mahkeme statüsünde olan CGK'nun gerekli hallerde kanun yararına bozma talebini inceleyebilmesinde hukuka aykırı bir hal bulunmamaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının CMK'nun 310. maddesi gereği kanun yararına bozmaya başvurduğu hallerde, CMK'nun kanun yollarına ilişkin genel hükümleri arasında yer alan 266. maddesi dolayısıyla Yargıtay tarafından bozma konusunda bir karar verilinceye kadar kanun yolu başvurusundan vazgeçilmesi mümkündür. Ancak Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı tarafından sanık/hükümlü lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez.

Öte yandan aksi yönde açık bir düzenlemenin olmaması karşısında, Adalet Bakanlığının, yaptığı başvuruyu, sanık/hükümlü lehine dahi olsa, ilgilinin rızası olmaksızın ceza dairesince karar verilinceye kadar geri alabileceğini kabul etmek gerekmektedir.⁵²

⁵¹ Kuyucu, s. 140.

⁵² Doktrinde bir kısım görüş, Adalet Bakanlığı'nın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na emir vererek kanun yolunu işlettiği hallerde Yargıtay Cumhuriyet

CMK'nun 309. maddesinin bir gönderme hükmü olması dolayısıyla olağan kanun yoluna kıyasen, kanun yararına bozma istemi üzerine başvuru ilk olarak ön incelemeye tabi tutulur.⁵³

Usul yönünden yapılan ön incelemede, görevli dairenin başka bir daire olduğu, karar veya hüküm aleyhine kanun yararına bozma yoluna başvurma koşullarının olmadığı, karar veya hükmün temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmediği, dosya-belge noksanlığı olduğu saptanan dosyalar öncelikle incelenip karara bağlanır.⁵⁴

Ceza Dairesi, işin başka bir dairenin görev alanına girdiğini belirlerse görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli daireye gönderir. Görev uyuşmazlığı olması halinde Yargıtay Başkanlar Kurulu bu uyuşmazlığı çözer.⁵⁵

Başvuruda hukuka aykırılık nedeninin gösterilmemesi, hukuka aykırılığın bir başka yolla giderilmesinin mümkün olması, hükmün kesinleşmemiş olması ya da talebin kanun yararına bozma konusu edilemeyecek bir karar ya da hükme ilişkin olması halinde talebin reddine karar verilir.

Belge noksanlığı halinde ilişkin olarak ise, CGK, 23.1.2007 gün ve 2007/16.HD-12-1 sayılı kararında, söz konusu eksikliklerin giderilmesinden sonra kanun yararına bozma konusunda karar verileceği hususuna hükmetmenin ya da bu hususların dosyadan anlaşılmaması nedeniyle istemin reddine karar vermenin özel dairece değerlendirilebilecek bir konu olduğuna işaret etmiştir. Yerleşik uygulama, Adalet Bakanlığının eksiklerin tamamlanmasından sonra dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla daireye iletmesi üzerine gerekli inceleme yapılarak kanun yararına bozma istemi hakkında karar verilmesi yönündedir.⁵⁶

Yargıtay usul yönünden yaptığı ön inceleme neticesinde kanun yararına bozma talebini yerinde görürse, bu kez karar veya hükmü

Başsavcılığı'nın amaca aykırı olmakla birlikte kanun yolu davasını geri almasına engel bir hükmün olmadığı düşüncesindedir (Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014, s. 889).

⁵³ Bkz., Yargıtay Kanunu, md. 40, Yargıtay İç Yönetmeliği, md. 18.

⁵⁴ Kuyucu, s. 145.

⁵⁵ 2717 sayılı Yargıtay Kanunu, md. 17.

⁵⁶ Kuyucu, s. 148.

esastan inceler. Esastan inceleme istemdeki hukuka aykırılıkların varlığına ve söz konusu hukuka aykırılıkların tespiti halinde bu hukuka aykırılıkların CMK'nun 309/4. maddesinde ifade olunan bozma nedenlerinden hangisine girdiğine ilişkin olarak yapılır. Yargıtay yaptığı esas yönünden inceleme sonucunda bozma isteminde ileri sürülen nedenleri yerinde görürse hükmü veya kararı kanun yararına bozar, aksi takdirde reddine karar verir. Ayrıca Yargıtay'ın şartları varsa düşme hükmü vermesine engel bir hal de yoktur. Zira Yargıtay, temyiz yolunda verebileceği kararları (red, ıslah, düşme, bozma), CMK'nun 309. maddesinin temyiz kanun yoluna yaptığı gönderme gereği kanun yararına bozma yolunda da verebilir. Öte yandan derhal beraat kararı verilebilecek hallerde⁵⁷, ceza dairesi düşme hükmü vermemeli, hükmü bozarak ıslah etmelidir.

Yargıtay'ın hükmü kanun yararına bozması halinde bozma sonrası yapılacak işlemler, bozma nedeninin CMK'nun 309/4. maddesinin hangi bendi kapsamında mütalaa edildiğine göre değişkenlik gösterir. Birden fazla bozma nedeni olması halinde her bir neden ayrı ayrı incelenerek karar verilir.

Doktrinde, Yargıtay'ın kanun yararına bozma talebinde yer alan bozma nedenleri dışında kalan hukuka aykırılıkları göstermekle yükümlü olmadığı yönünde görüşler bulunmakla birlikte; uygulamada, Yargıtay'ın inceleme sırasında bozma nedeni olan hukuka aykırılığın yanı sıra başka hukuka aykırılık hallerine de rastlaması durumunda, bu hukuka aykırılıklar giderilmeden uyuşmazlık konusu hakkında karar verilmesinin kanun yararına bozma kurumunun amacına hizmet etmeyeceği, hatta bünyesinde hukuka aykırılık taşıyan hükümlerin uygulanması, onaylanması sonucunu doğuracağı düşüncesinden hareketle hukuka aykırılığı saptanan diğer hususlarla ilgili olmak üzere kanun yararına bozmaya başvurulması için dosyanın reddedilerek merciine tevdi edildiği ve söz konusu hukuka aykırılıklara da işaret eden yeni başvuru üzerine karar verildiği görülmektedir.⁵⁸

⁵⁷ Bkz., CMK, md. 223/9.

⁵⁸ "Anahtar uydurmak suretiyle hırsızlık suçundan sanık hakkında; uyuşmazlık, Özel Dairece hükmün yasa yararına bozma istemi üzerine incelendiği sırada, yasa yararına bozma istemine konu edilmeyen başkaca hukuka aykırılık hallerinin saptanması halinde izlenecek yöntemin belirlenmesine ilişkindir. Çalınma sırasında eşyaya verilen zarar nedeniyle hırsızlık suçu dışında, ayrıca

Bizce bu istisnai çözüm, ancak aralarındaki nedensel bağ sonucu, diğer hukuka aykırılık giderilmeden bozma nedendi olan hukuka aykırılığın giderilmesinin mümkün olmadığı, bir başka deyişle diğer hu-

mala zarar verme suçu oluşmaz. Hükümlünün eylemi yalnızca hırsızlık suçunu oluşturduğu halde ayrıca mala zarar verme suçundan hüküm kurulması hukuka aykırıdır. Yargıtay Ceza Dairesi'nin istemde belirtilen neden dışındaki hukuka aykırılığı saptaması yerindedir. Ancak, saptadığı hukuka aykırılık nedeniyle yasa yararına bozma istemini bu aşamada red etmesi veya merciine ihbarda bulunmak suretiyle belirlenen bu hukuka aykırılık nedeniyle de yasa yararına bozma isteminde bulunulması sağlanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Ceza Genel Kurulu'nun 17.07.2007 gün ve 145-172; 02.10.2007 gün ve 82-196 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere, yasa yararına başvuru nedeniyle yapılan inceleme sırasında, Adalet Bakanlığı'nın istem yazısında ileri sürülmeyen ve sonuca etkili bulunan başkaca hukuka aykırılıklar görüldüğünde, bu yönlerden de başvuruda bulunulmasını sağlamak bakımından Adalet Bakanlığı'na ihbarda bulunulması, ihbar üzerine başvuruda bulunulması halinde ise tüm hukuka aykırılıkların bir defada giderilmesi gerekmektedir.

Özel Dairece, mala zarar verme suçunun oluşup oluşmadığı hususunun yasa yararına bozma isteminde yer almadığı açıkça vurgulanmış olup, yasa yararına bozma isteminde yer almayan bir hususun uyarı amacıyla da olsa kararda yer alması, nedene bağlılık esasına dayanan yasa yararına bozma kurumunun amacına ve mantığına aykırıdır.

Ceza Genel Kurulunun 13.06.2006 gün ve 151-157 kararında da açıkça vurgulandığı üzere;

Yargıtay'ın öğretici ve yol gösterici niteliği gereği temyiz denetimi sırasında uyguladığı "kabule göre bozma" yöntemine, istisnai ve olağanüstü bir yol olan yasa yararına bozma istemi üzerine yapılan incelemede başvurulması sistemin özüne aykırıdır.

Kaldı ki, mala zarar verme suçunun unsurlarının oluşmadığı saptandığına göre, bu aykırılığın giderilmesi halinde, sanık hakkında bu suçtan verilen cezanın kaldırılması gerekeceğinden, Özel Dairece işin esasına ilişkin bir karar verilecek olması karşısında, bu hususun yasa yararına bozma konusu yapıp yapılmayacağı'nın belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, haklı nedenlere dayanan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazın kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yasaya aykırı olduğu saptanan husus yönünden de yasa yararına bozma başvurusu sağlandıktan sonra, sonucuna göre karar verilmek üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Genel Kurul üyesi ise; 'Yargılama yasağının bulunmadığı hallerde, hukuka aykırı olduğu saptanan bir konunun, yasa yararına bozma konusu yapılması için ihbarda bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Zira önceki hüküm bozma kararı ile ortadan kalktığından, Yerel Mahkeme yaptığı yargılama sonucunda yeni ve değişik bir hüküm verebilecek ve bu hüküm de olağan yasa yollarına tabi olacaktır. Bu nedenle Özel Dairece, saptanan hukuka aykırılığa işaret edilerek, Yerel Mahkemenin uyarılması, bu hal ile sınırlı olarak olanaklıdır. Böylece, Yerel Mahkeme olağan yasa yolu denetimi sonucunda verebilecek karara karşı, direnme hakkını da kullanabilecektir. Bu itibarla, Özel Daire kararı isabetli olup, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir" görüşüyle karşı oy kullanmıştır" (CGK., 7.7.2009 T., 2009/9-155 E., 2009/192 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

kuka aykırılık tespit edilmeden, bozma nedeni olan karar ya da hüküm hukuka aykırı kabul edilemeyeceği, zincir işlemlerdeki hukuka aykırılıklarda kullanılmalıdır.⁵⁹

Aksi halde, yani bir bozma nedeni olmasına karşın bunu reddederek diğer nedenleri de içeren başka bir başvuru olması ihtimali halinde kanun yararına karar ya da hükmü bozacağını ifade etmek kanuna aykırı olmakla kalmayacak, aynı zamanda ihsası rey yasağına da aykırılık teşkil edecektir. Sorun bununla da tükenmemektedir... Zira bu gibi bir durumda ceza dairesinin zaten kesin hüküm otoritesine bir

⁵⁹ “Gerek Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma istemi, gerekse Yargıtay C. Başsavcılığı’nın daire kararına itirazı, hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 191/2. maddesince uygulama yapılmamasının yasaya aykırılığı esasına dayanmaktadır. Oysa incelenen dosyada yerel mahkemece lehe yasanın 765 sayılı Yasa olduğu kabul edilerek uygulama yapılmış durumdadır. Bu uygulama, 5237 sayılı Yasanın 191. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme dikkate alındığında hatalı, ayrıca 765 sayılı Yasa hükümleri lehe kabul edildiği halde, müsadereye 5237 sayılı Yasa hükümleri uyarınca karar verilmesi nedeniyle karma uygulamayı yasaklayan 5252 sayılı Yasanın 9/3. maddesine aykırı düşmektedir. Ne var ki bu hususlar kanun yararına bozma konusu yapılmamıştır.

Uyuşmazlık konusunda karar verilebilmesi için öncelikle İzmir 2. Çocuk Mahkemesi’nin 13.07.2005 gün ve 1188-733 sayılı hükmündeki bu yasaya aykırılıkların kanun yararına bozma konusu yapılması ve bir yandan lehte yasanın “tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine uyması halinde cezanın infaz edilmemesi” olanağı veren 5237 sayılı Yasa olduğunun kabulü ve buna göre uygulama içeren bir hükmün hükümlü lehine kurulması bir yandan da bu yeni hükümde karma uygulama yasağına riayet edilmesi gerekmektedir. Hükümdeki bu yasaya aykırılıklar giderilmeden, uyuşmazlık konusunda karar verilmesi ve sadece 6237 Sayılı Yasanın 191/5. madde ve fıkrasına yönelik işlem öngörülmesi, yasalarla yasaklanmış bulunan karma uygulamayı benimsemek niteliği taşıyacaktır.

Bu nedenlerle; Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının açıklanan bu değişik gerekçelerle kabulü ile; özel daire kararının kaldırılması; dosyanın özel dairesine gönderilerek, anılan hususlarla ilgili olmak üzere kanun yararına bozma başvurusu sağlandıktan sonra, istemle ilgili karar verilmesi, bunun sağlanamaması veya bu nedenlerle kanun yararına bozma yasa yoluna başvurulmaması halinde ise, yerel mahkemece uyarılama kararında karma uygulama yapıldığı ve hatalı olarak lehe yasanın saptandığı dikkate alınmak, ancak 5237 sayılı Yasa hükümlerinin lehte olduğunun kabulü durumunda uygulama olanağı bulunan “tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi” konusunda bu aşamada karar verilmesi olanağı bulunamayacağı görüşüne dayanılmak suretiyle kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırılıkları giderme ve ülkede uygulama birliğini hukuka uygunlukla sağlama amacına hizmet için öngörülen “kanun yararına bozma” müessesesi, bünyesinde hukuka aykırılık taşıyan hükümleri onaylama sonucunu doğuracaktır” (CGK., 18.4.2006 T., 2006/10-113 E., 2006/121 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015) Ayrıca bkz., aynı yönde; CGK., 10.3.2009 T., 2008/2-241 E., 2009/57 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015.

istisna getiren bu olağanüstü kanun yolunda verdiği kesin kararından ikinci başvuru üzerine dönmesi kurumun olağanüstü yapısına ve ciddiyetine zarar verecektir. Öte yandan ret kararı kesin bir karar niteliğinde olduğundan, Yargıtay cumhuriyet başsavcısının olağanüstü itirazına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, aynı konuda tekrar kanun yararına bozmaya başvurulamaz düşüncesindeyiz. Böyle bir başvuru olması halinde ceza dairesinin yapması gereken, daha önce bozma talebini reddettiği hukuka aykırılık yönünden talebin tekrar reddine, diğer nedenler bakımındansa eğer yerindeyse bozma talebinin kısmen kabulüne karar vermek olmalıdır.

Şu halde ileri sürülen bozma nedenini yerinde gören, ancak bozulması talep edilmeyen başka hukuka aykırılıkları da tespit eden ceza dairesinin yapması gereken, eğer ön sorun teşkil eden zincir işlemler söz konusu değilse, hükmü istemde belirtilen nedenle sınırlı olarak bozmaktır.

Bu kabul, şüphesiz, aynı uyumsuzluğa ilişkin diğer bir hukuka aykırılık nedeniyle tekrar kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoluna başvurmaya engel değildir.

Öte yandan biz, bozma kararında, Yargıtay'ın, talep edilmeyen diğer hukuka aykırılıklar bakımından hükmü bozamayacağını kabul etmekle birlikte, söz konusu hukuka aykırılıkları Adalet Bakanlığı'na ihbar etmesinin gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

Kanun yararına bozma isteminde ileri sürülen nedenin yerinde olmaması sebebiyle kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gereken hallerde, başka bir hukuka aykırılığın olduğunun saptanması halinde ise, ceza dairesinin yapması gereken talebi reddetmektir. Bu halde de biz, ceza dairesinin, bu yönde herhangi bir kanuni zorunluluk olmamakla birlikte, tespit ettiği diğer hukuka aykırılıklara ilişkin olarak Bakanlığa ihbarda bulunması gerektiğini düşünüyoruz.

VI. KANUN YARARINA BOZMANIN HÜKÜM VE NETİCELERİ

A. Genel Olarak

Bozma nedenleri, CMK'nun 309/4. fıkrasında tahdidi olarak sayılmıştır. Bu nedenler, kanun yararına bozma kurumu istisnai bir kurum olduğu içindir ki kıyasen genişletilemez.

İlgili fıkra uyarınca bozma nedenleri; CMK'nun 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara (kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir), mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine (kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir), davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere (Yargıtay hükmü ıslah eder) ya da hükümlünün cezasının kaldırılmasını veya daha hafif ceza verilmesini gerektiren bir hukuka aykırılığa (Yargıtay hükmü ıslah eder) ilişkin olabilir.

Yukarıda ifade edilen nedenlerden yola çıkarak bir genelleme yapılacak olursa, davanın esasını çözen hükümlerin bozulması halinde yeniden yargılama yapılamayacağı, bu halde Yargıtay'ın hükmü ıslah edeceği sonucu çıkmaktadır. Mülga CMUK döneminde kanunda bir açıklık olmamakla birlikte doktrin ve uygulamada istikrar kazanan görüşler de bu yönde şekillenmiştir.⁶⁰ Dolayısıyla kanunun ilgili hükümleri, geçmiş uygulamayla da paralellik göstermektedir. Şu kadar ki eski uygulamadan farklı olarak, davanın esasını çözen mahkûmiyet hükmü söz konusu olduğunda dahi, hukuka aykırılık eğer hükmün davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma ya da kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin olursa, ilk derece mahkemesi yeniden yargılama yapacaktır. Bu halde eski uygulamadan farklı olarak yeniden yargılama yasağı söz konusu değildir.

TCK'nun dava zamanaşımını düzenleyen 66/5. maddesi gereği; "aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar". Dolayısıyla tekrar yargılanmayı gerektiren hallerde, ceza dairesinin kanun yararına bozma kararı tarihinden itibaren zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlayacaktır.

Mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözen ve cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren yönüne ilişkin bir hukuka aykırılığın olması halinde ya da davanın esasını çözüp de sanığın mahkûmiyet hükmüy-

⁶⁰ Kunter, s. 1060 vd.

le cezalandırılmasını gerekli kılan bir hukuka aykırılığın mevcudiyeti durumunda Yargıtay'ın izleyeceği yol CMK'nda bozma nedenleri arasında belirtilmemiştir. Şu halde sanık ya da hükümlü aleyhine kanun yarına bozmanın mümkün olup olmayacağı, bozma talebinin kabul edilmesi halinde hangi usulün izleneceği CMK'nın ilgili maddelerinde ifade olunmamıştır.

Yargıtay, mahkûmiyet hükmünün esasına dâhil olup 5271 sayılı Kanun'un 309/4. fıkrasında sayılan dört halden birisi içerisinde mütalaa edilmesi mümkün olmayan bir hukuka aykırılığın mevcudiyeti halinde hükmü, 309. maddenin 4. fıkrasındaki kararlardan birisi verilemeyeceğinden, aynı Kanunun 3. fıkrası gereği aleyhe tesir etmeyecek, kanun yararına bozulan kararda herhangi bir düzeltme yapılmayacak ve yeniden yargılanmayı gerektirmeyecek şekilde bozmaktadır. Bazı kararlarında ise Yargıtay bozma nedenini CMK'nun 309/4-c bendine dayandırmaktadır.⁶¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki CMK'nun 309/4-c bendi mahkûmiyet hükmü dışındaki hükümlere ilişkin bir düzenleme olması nedeniyle mahkûmiyet hükmünün esasına ilişkin hükümlü aleyhine olan bir hukuka aykırılığın bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶²

Öte yandan CMK'nun 309/3. fıkrası; "Yargıtay'ın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar" hükmünü amirdir. Maddede ifade olunan "nedenler" bozma nedenleri olup, aynı maddenin 4. fıkrasına gönderme yapmakta, bir başka deyişle dördüncü fıkra üçüncü fıkra kapsamında mütalaa edilmektedir. Dolayısıyla 3. fıkrayı tamamlayan dördüncü fıkrayı üçüncü fıkradan ayrı düşünmek mümkün değildir.

O halde Yargıtay'ın bu sonuca dördüncü fıkradaki nedenleri kıyasen genişleterek ulaştığı sonucuna varmak gerekir. Oysa kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunu düzenleyen hüküm, kurumun

⁶¹ Kuyucu, s. 192

⁶² Doktrinde bir kısım görüş, CMK, md. 309/4-c' de ifade olunan ve mülga CMUK'nda yer almayan "davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılanmayı gerektirmez" hükmü gereğince, davanın esasını çözmeyen veya davanın esasını çözüp de mahkûmiyete ilişkin olan hükümlerdeki hukuka aykırılıkların bozulması halinde kanun yararına bozma kanun yolunun aleyhte sonuç doğuracağı ve yeniden yargılanmayı gerektireceği görüşündedir (Ünver/Hakeri, s. 894).

kesinleşmiş karar ya da hükümlere karşı başvurulabilen “olağanüstü” niteliğinden ötürü istisnai bir hüküm niteliğindedir. 309/4. maddede, bozma nedenleri tahdidi olarak sayılmıştır. Ceza muhakemesinde istisnai hükümler kıyasen genişletilemez.

Diğer taraftan, aşağıda ayrıntılarına yer verilen, mahkûmiyet dışındaki hükümlerin dahi aleyhte sonuç doğurmamak kaydıyla aleyhe bozmaya konu olabilmesi karşısında istenen eğer, davanın esasını çözen mahkûmiyete ilişkin hükümlerin aleyhte tesir etmeyecek şekilde bozulabilmesi ise yapılması gereken, kanuna bu yönde açık bir hüküm koymaktır.

B. CMK., md. 309/4-a Bendinde İfade Olunan Nedenler

Bozma, CMK'nun 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemenin, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar vermesi gerekmektedir.

Kanunun 223. maddesinde tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen kararlar durma kararı ve görev yönünden yetkisizlik kararıdır.⁶³

Öte yandan 223. maddede tanımlanmamakla birlikte, davanın esasını çözmeyen pek çok karar vardır. İddianamenin iadesi kararına itiraz halinde itirazın reddi kararı, Cumhuriyet Savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın reddi ya da kabulü kararı bu kararlara örnek verilebilir.

O halde çözülmesi gereken sorun, kanun yararına bozmaya konu olan kararların “223. maddesinde tanımlanan ‘ve’ davanın esasını çözmeyen bir karar” ifadesinde geçen “ve” bağlacı dolayısıyla sadece 223. maddede adı geçen kararlarla sınırlı olup olmadığıdır.

Kanunda ve kanunun gerekçesinde bir açıklık olmamakla birlikte uygulamada, 223. maddede sayılmayan ve davanın esasını çözmeyen bazı kararların da bu bent kapsamında kanun yararına bozmaya konu

⁶³ Doktrinde bir kısım görüş, bizim düşüncemizin aksine “düşme” hükmünün de davanın esasını çözmediği görüşündedir (Bkz., Özbek/Kanbur/Doğan/Bacak-sız/Tepe, s. 858). Öte yandan 3.6.1936 gün ve 129/11 sayılı İBK'nda düşme hükmünün davanın esasını halleden kararlardan olduğu ifade olunmuştur (Şahin/Göktürk, s. 261).

olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin idari yaptırım kararına itiraz üzerine verilen idari para cezasının iptaline ilişkin ceza mahkemesi kararları CMK'nun 309/4-a maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁴ Öte yandan CMK'nun 309. maddesinin birinci fıkrasında da hâkim veya mahkeme tarafından verilen hukuka aykırı kararlar bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Bu durumda adı geçen bentteki “ve” bağlacının “veya” olarak kabulü gerekmektedir.

Bu bentte ifade olunan bir hukuka aykırılık dolayısıyla kararın bozulması halinde aksi yönde bir ibare olmadığından bozma sonrası hâkim ya da mahkeme yapacağı inceleme ve araştırma neticesinde sanığın lehine ya da aleyhine sonuç doğurabilecek bir karar verebilir. Bozulan karar kesin hüküm niteliğinde olan son kararlardan olmadığından cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmez. Önceki karar kazanılmış hak doğurmadığından yeniden yapılacak araştırma ve inceleme neticesinde sanık aleyhine hüküm kurulması mümkündür.⁶⁵ Bu sonuç kanun yararına bozma kurumunun niteliğini ve amacını zedelememektedir. Zira bu halde davanın esasını çözen bir karar da bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararda, lehe ve aleyhe sonuçtan söz edilemeyecektir.^{66 67}

Bozmanın ardından ilk derece mahkemesinin yapması gereken, direnme hakkı olmadığından bozma doğrultusunda yeniden bir karar vermektir. Bu karar, verilmekle kesinleşen bir karar olabileceği gibi, itiraz, istinaf veya temyiz olağan kanun yoluna tabi bir karar da olabilir. Kararın niteliği, kesin olup olmadığını ve başvurulacak kanun yolunu belirleyecektir. Şüphesiz yeniden verilen bu kararın da kesin olması veya istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşmesi halinde şartları varsa kanun yararına bozma konusu olması mümkündür.

⁶⁴ CGK., 16.06.2009-2009/7-113-164.

⁶⁵ Kuyucu, s. 170.

⁶⁶ CGK., 29.1.2013 T., 2012/14-1324 E., 2013/27 K.

⁶⁷ Bu durum, uyuşmazlığın esasını çözmeyen kararlarının bozulmasının aleyhe sonuç doğurabileceği ve kanun yararına bozma kurumunun hukuki hataları sadece nazari olarak düzeltmek amacına aykırı düştüğü gerekçeleriyle eleştirilmiştir (Bkz., Kunter, s. 1063, Erem, s. 581, Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013, s. 382).

C. CMK., md. 309/4-b Bendinde İfade Olunan Nedenler

Anılan bent uyarınca bozma, mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

Dolayısıyla bu bent uyarınca bozma hükümlü lehine ya da aleyhine olabilecektir. Ancak bozmanın aleyhe olması halinde yeniden yapılacak yargılama sonucunda verilecek ceza aleyhe değiştirme yasağı gereği önceki cezadan daha ağır olamayacaktır.

Cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağı suçun değil cezanın ağırlaştırılmamasını emreder. Dolayısıyla mahkemenin yeniden yapacağı yargılama neticesinde kurduğu hüküm mahkûmiyet olursa, suçun ağırlaştırılmasına (örneğin görevi kötüye kullanma suçundan kurduğu önceki hükümdeki hukuki nitelemesini bu kez rüşvet suçu olarak değiştirmesine) engel bir hal yoksa da sanığa önceki hükmünde verdiği cezadan daha ağır bir ceza veremeyecektir.

Mahkûmiyete ilişkin hüküm kavramını, hâkim veya mahkemelerce suç veya kabahat oluşturan eylem karşılığı verilen bir yaptırım kararı olarak olarak değerlendirmek gerekmektedir.⁶⁸ Dolayısıyla mahkûmiyet kavramı, ifade olunan bentte bir önceki bendin aksine 223. madde kapsamıyla sınırlandırılmadığı için hukuken “mahkûmiyet” olarak değerlendirilebilecek daha geniş bir kapsama sahiptir.

Mahkûmiyete ilişkin hükmün kendisi uyuşmazlığı esastan çözen bir hüküm olmasına karşın, hükmün uyuşmazlığın esasını çözmeyen yönüne ilişkin bir hukuka aykırılığın mevcut olması imkânsız değildir. Mahkûmiyet hükmünün davanın esasını çözmeyen yönüne ilişkin hukuka aykırılıklar, savunma hakkının kısıtlanması ya da kaldırılması sonucunu doğuran işlemler dışında kalan, aynı zamanda davanın esasını çözümleyen yönüne ait olmayan aykırılıklardır. Görevsiz mahkemece hüküm verilmesi, Cumhuriyet savcısının katılması gereken bir durumda yargılamaya Cumhuriyet savcısının katılmaması, hükmün

⁶⁸ Kuyucu, s. 171.

gerekçeyi içermemesi,⁶⁹ hükümde sabit kabul edilen olaya ve uygulamaya yer verilmemesi, ön ödeme işlemi yapılmaksızın ya da hâkimin reddi istemi karara bağlanmaksızın hüküm kurulması gibi haller⁷⁰ de davanın esasını çözen bir hükmün, esaslı çözmeyen yönüne ilişkin hukuka aykırılıklara örnek teşkil etmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da açıklanmakla birlikte bir mahkûmiyet hükmünün kurulmasını gerekli kıldığından mahkûmiyete ilişkin hükmün davanın esasını çözmeyen yönü olarak kabul edilmelidir. Öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kendisi objektif koşulları bakımından kanun yararına bozmaya konu olabilirse de^{71 72} henüz açıklanmamış, dolayısıyla da kesinleşmemiş olduğundan hükümdeki hukuka aykırılıklar bu yolla denetlenemez.⁷³

⁶⁹ CGK., 29.1.2013 T., 2012/14-1324 E., 2013/27 K.

⁷⁰ Kuyucu, s. 173.

⁷¹ Bkz., aynı yönde düşünce, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 856.

⁷² Biz, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleşmekle birlikte koşulları bakımından kanun yararına bozmaya konu olabileceği düşüncesindeyiz. Öte yandan CGK., 23.3.2010 T., 2010/2-29 E., 2010/56 K. sayılı kararında özetle; “sanık hakkında zararın tazmin edilmemesi gerekçesine dayalı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmamasına yönelik kararda, takdir hakkının hatalı kullanıldığından olağan yasa yolu olan temyiz başvurusunda ileri sürülmesi olanaklı ise de, kabul edip etmemenin mahkemenin takdirine bağlı bulunduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanmayacağına yönelik yetkinin kullanılmasındaki takdir yanlıgısının olağanüstü bir yasa yolu olan, yasa yararına bozma konusu yapılması olanaklı değildir. Bu itibarla haklı nedene dayanmayan Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir” şeklinde aksi yönde görüş bildirmiştir. Kararda çoğunluk görüşüne katılmayan kurul başkanı ve bir kısım üyeler ise; “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.07.2009 gün ve 163-202 sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere, gerek koşullar oluştuğu halde, bu konuda hiçbir değerlendirme yapılmaması, gerekse koşullardan bir veya bir kaçının oluşmadığından bahisle verilen, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığı kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararındaki, hukuka aykırılıkların, objektif koşullar yönünden hâkimin takdir hakkına taalluk eden bir husus olmaması nedeniyle, yasa yararına bozma konusu yapılabileceği yönünde bir kuşku bulunmamaktadır” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay 4. CD. 19.9.2013 T., 2013/14249 E., 2013/22957 K. sayılı kararında benzer olarak; “Objektif koşulların oluşmasına karşın koşullu bir düşme nedeni olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun tartışılmamasına yönelik mahkeme uygulamasının yerinde veya yeterli olup olmadığı hususunun temyiz incelemesinde değerlendirilebilecekken, takdire müteallik konuların inceleme dışı bırakıldığı, olağanüstü kanun yolu niteliğindeki kanun yararına bozma yoluyla denetlenemeyeceği gözetilmelidir” şeklinde görüş bildirmiştir.

⁷³ “Üyüşmazlık esas itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının

Savunma hakkının kaldırılması ya da kısıtlanması sonucunu doğuran usul işlemlerine ise sanığın sorgusunun CMK'nun 147. maddesine uygun olarak yapılmaması, CMK md. 216/3 gereği hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verilmemesi, sanığın görevsiz mahkemede yargılanması⁷⁴, suç niteliğinin değişmesi halinde sanığa CMK'nun 226. maddesi gereği ek savunma hakkının verilmemesi, CMK'nun 150. maddesi uyarınca müdafinin görevlendirilmemesi gibi hukuka aykırılıklar örnektir.⁷⁵

D. CMK., md. 309/4-c Bendinde İfade Olunan Nedenler

Bozma nedeni, davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin olursa, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez.

Bentte bozmanın “aleyhte sonuç doğurmayacağı” ifade edilmektedir. Dolayısıyla adı geçen hallerde sanık aleyhine hüküm bozulabilirse de aleyhte tesir etmeyecek ve yargılama da yenilenmeyecektir.

Davanın esasını çözen mahkûmiyet dışındaki hükümler; CMK'nun 223. maddesi gereği beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarıdır.

Ancak güvenlik tedbirleri bakımından konunun ayrıca değerlendiril-

5271 sayılı CYY'nın yasa yararına bozulmasına karar verilmesi üzerine, özel dairece 5271 sayılı CYY'nın 309/4-d bendi uyarınca mı, yoksa aynı fıkranın (a) bendi uyarınca mı işlem yapılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmişse açıklanmadığı için hukuki varlık kazanamayan hüküm içeriğindeki hukuka aykırılıklar yasa yararına bozma konusu yapılamaz. Yasa koyucu, açıklanmadığı için hukuki varlık kazanmayan mahkûmiyet hükmüne karşı olağan yasa yolu olan temyiz yolunu kapatmış iken olağanüstü yasa yolu olan yasa yararına bozma yolunu açtığı kabul edilemez. Bu husus dikkate alınmalıdır” (CGK., 6.4.2010 T., 2010/2-76 E., 2010/77 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015). Ayrıca bkz., CGK., 7.4.2009 T., 2009/6-67 E., 2009/84 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁷⁴ “Bilişim hırsızlığı suçu asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlardan olup duruşmalı yargılamayı gerektirir. Somut olayda ise sulh ceza mahkemesi ceza kararnameyi ile yargılamayı sonuçlandırmıştır. Yapılan usul hatası nedeniyle sanığın savunma hakkı kısıtlanmıştır. Bu durumda ceza miktarı itibarıyla kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla sanıkların görevli mahkemede yargılanması gerekir” (CGK., 14.6.2005 T., 2005/6-55 E., 2005/64 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁷⁵ Ayrıca bkz., CGK., 29.1.2013 T., 2012/14-1324 E., 2013/27 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015.

rilmesi gerekmektedir. Zira CMK'nun 223/6. maddesi; "yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur" hükmünü amirdir. Bu durumda mahkûmiyet yerine hükmedilen bir güvenlik tedbirinin söz konusu olması halinde buna ilişkin hukuka aykırılık CMK' nun 309/4-c bendi gereği bozmaya konu olabilecek midir?

Biz, yerleşik uygulamaya da uygun olarak, kanunun ilgili maddesinde "mahkûmiyet" kavramıyla kastedilenin "ceza mahkûmiyeti" olduğu ve güvenlik tedbirlerinin maddi bakımdan "ceza yaptırımı" olmadığı düşüncesinden hareketle⁷⁶ CMK' nun 309/4-c bendi kapsamında bozmaya konu olabileceğini, aleyhe değiştirmeme yasağının "ceza" ile sınırlı tutulması karşısında ise aleyhe sonuç doğurabileceğini düşünüyoruz.⁷⁷

E. CMK., md. 309/4-d Bendinde İfade Olunan Nedenler

Adı geçen bent uyarınca hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder.

Bent, mahkûmiyet hükmündeki hukuka aykırılığın hükümlü lehine olması halinde Yargıtay'ın görevli ceza dairesinin hükmü ıslah edeceğini amirdir. Kanun koyucunun böyle bir formül kabul edişinin sebebi hükmün kesinleşmesinden sonra yerel mahkemeyi tekrar meşgul etmemek, adaletin gerçekleşmesini daha fazla geciktirmemektir.⁷⁸

⁷⁶ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 473; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 1997, s. 567 vd.; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 626; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2015, s. 911 vd.; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015, s. 649 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 525 vd.

⁷⁷ CGK., aleyhe değiştirme yasağının "ceza" ile sınırlı tutulduğu, güvenlik tedbirinin ise bu kapsamda olmaması dolayısıyla olağan ve olağanüstü kanun yolunda cezanın aleyhe değiştirilmesi yasağına konu olmayacağı, güvenlik tedbirleri açısından kazanılmış hak ilkesinin uygulanmayacağı görüşündedir CGK., 19.9.2006 T., 2006/8-199 E., 2006/188 K.; CGK., 10.3.2009 T., 2008/2-241 E., 2009/57 K.; CGK., 19.9.2006 T., 2006/8-199 E., 2006/188 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁷⁸ Soyaslan, s. 605.

Hâkimin takdir hakkı kapsamında değerlendirilmediği içindir ki suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle Yargıtay'ın cezanın tüm hüküm ve neticeleriyle kaldırılmasına karar vermesi hali bu bent kapsamında değerlendirilir.⁷⁹

Buna karşın mahkemenin cezaların artırımı veya indirimi sırasında hata yaparak fazla ceza tayin etmesi nedeniyle daha az bir cezaya hükmedilmesi, zorunluluğa uyulmadığından TCK'nun 50/3. maddesine göre hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesine karar verilmesi,⁸⁰ hapis cezası yerine adli para cezasına veya

⁷⁹ “Kamu alacağının tahsiline engel olma suçunda; uyuşmazlık; suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı hususunda yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulmasının olanaklı olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Suçun unsurlarının oluşup oluşmadığının belirlenmesi hususu hâkimin takdir hakkı veya kanıtların takdir ve tercihiyle ilgili bir konu olmayıp delillerin değerlendirilmesine ilişkin ciddi bir hukuka aykırılık halini oluşturduğundan yasa yararına bozma konusu yapılması olanaklıdır. Özel Dairenin ‘kesinleşen hükümlerde delil ve takdirde hataya düşüldüğünden bahisle kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceği’ gerekçesiyle yasa yararına bozma isteminin reddine karar vermesinde isabet bulunmamaktadır” (CGK., 5.5.2009 T., 2009/7-74 E., 2009/119 K., www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

⁸⁰ CGK., 29.1.2013 T., 2012/14-1324 E., 2013/27 K. sayılı kararında; “5237 sayılı TCK'nun 50/3. maddesi ile daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezasının, aynı maddenin 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi zorunlu kılınmış, herhangi bir takdire bağlanmamıştır. Bu nedenle maddede yazılı şartların oluşması halinde başka herhangi bir değerlendirme yapılmadan özgürlüğü bağlayıcı ceza seçenek yaptırımlardan birisine dönüştürülecektir. Söz konusu hukuka aykırılık (d) bendinde sayılan hükümlüye daha hafif bir cezanın verilmesini gerektirmesi hallerinden olup, dolayısıyla Yargıtay ilgili dairesince doğrudan uygulama yapılması zorunludur. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 05.06.2012 gün ve 6-215 ile 27.03.2012 gün ve 493-127 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında da, CMK'nun 309/4-d maddesi uyarınca, 5237 sayılı TCK'nun 50/3 maddesine göre hükmolunan hapis cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesine Özel Dairece karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır” şeklinde görüş bildirmiş, buna karşın “karşı oy” yazısında; “TCK'nun 50. maddesinin 1. fıkrasındaki seçenek yaptırımlara uygunluğun tartışılması, bir takdir hakkının kullanılmasını, hükmedilecek adli para cezasının ya da tedbirin, bu fıkrâ hükmündeki ifadesiyle, ‘suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre’ bir değerlendirme ile bireyselleştirmede bulunulması olarak uygulama yapılmasını, hatta 50. maddenin 1-f bendindeki, ‘mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma’ tedbirine hükmedebilmek için bunun sanığa sorularak gönüllülüğ şartının da yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bir hapis cezasının seçenek yaptırımlardan hangisine çevrileceği yönündeki takdir hakkının kullanılmasının, bir usul kuralı olmadığı ve bu nedenle 309/4-b bendindeki hükme uymadığı ifade edilmekte ise de, (b) bendinde öngörülen ‘dava-

idari para cezasına hükmedilmesi “daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiren hale” örnek teşkil etmektedir.

Söz konusu hallerde bozmanın ardından ilk derece mahkemesince yargılama yapılması mümkün değildir. Yeniden yargılama yapılan hallerde verilen karar, CMK’nun 309/4-d bendinde ifade olunan ve ilk derece mahkemesince yeniden yargılama yapılmasını yasaklayan açık hüküm gereği yok hükmünde olacaktır.

SONUÇ

Kanun Yararına Bozma olağanüstü kanun yoluna ancak ilk derece mahkemesince verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksiz kesinleşen karar ya da hükümlere karşı gidilebilir.

Kesinleşme koşulu gerçekleşmeyen karar veya hükümler kanun yararına bozmaya konu olamazlar.

Öte yandan kanun yararına bozma, TCK’nun 309. maddesi gereği “karar (mahkeme ya da hâkimlik makamı kararı)” ya da “hükme” karşı gidilebilen bir yol olduğundan, ceza hâkimi veya ceza mahkemesi tarafından CMK’nda ifade olunan yöntemlerle verilmeyen kararlara karşı bu yola başvurulamaz.

Kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmek için kararın ya da hükmün hukuka aykırı olması gerekmektedir.

CMK’nun 309. maddesinde her ne kadar karar veya hükmün “hukuka aykırı” olması gerektiğinden bahsedilmişse de nelerin “hukuka

nun esasını çözümleyen bir işlem’den anlaşılması gerekenin sadece usul işlemleri olduğuna ilişkin bir yasal metnin mevcut olmadığı açıktır. İnceleme konusu dosyadaki cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi yönündeki uygulamanın davanın esasını çözümleyen bir işlem olduğu şeklindeki yoruma bizi götürecek bir veri de mevcut değildir. Bu nedenle, seçenek tedbirlerin uygulanmasına ilişkin takdir hakkının kullanılmasını gerektiren işlemler, CMK’nın 309/4. maddesinin (d) bendine değil, (b) bendine uymakta ve kanun yararına bozma işlemi sonrasında mahkemesince yargılama yapılarak sonuca varılmayı gerektirmektedir. CMK’nın 309/4-d bendindeki hükmün kanaatimizce çok geniş bir yoruma tabi tutularak, davanın esasını çözmeyen, bir hapis cezası hükmünün seçenek tedbir ya da adli para cezasına çevrilmesi zorunluluğuna ilişkin uygulamanın, cezanın indirilmesi olarak kabul edilip, kişiselleştirme uygulamasına ilişkin önceki Ceza Genel Kurulu ve İçtihadı Birleştirme kararlarına aykırı olarak, Yargıtay Dairesince karar verilmesi gerektiği yönündeki sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum” ifadelerine yer verilmiştir (www.kazanci.com., yararlanma tarihi: 10.07.2015).

aykırılık" teşkil ettiği ifade olunmamıştır. Kanunun 309. maddesi bu şekliyle bir "gönderme hükmü" niteliğindedir. Gönderme, CMK' nun temyiz nedenlerini düzenleyen 288 vd. maddelerine (CMUK, md. 307 vd.) yapılmaktadır.

O halde kesinleşen kararlardaki her hukuka aykırılık değil, hükme etkili olan ve temyiz nedeni olabilecek olan hukuka aykırılıklar, bu olağanüstü kanun yolunda bozma nedeni olarak ileri sürülebilecektir. Buna karşın ceza mahkemesi/hâkimi tarafından verildiği için kanun yararına bozmaya konu olabilen ancak açılmış bir dava söz konusu olmadığı için kararın hükme/esasa etkililiği tartışmasını yapmanın mümkün olmadığı bazı kararlar vardır ki bu kararlardaki hukuka aykırılığın kanun yararına bozmaya konu olup olamayacağı noktasında bu kez dikkate alacağımız ölçüt hukuka aykırılığın şüphelinin hukuki durumunu etkileme veya değiştirme olasılığına sahip olup olmadığıdır. Aynı şekilde infaza ilişkin ve başka suretle giderilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılıkların kanun yararına bozmaya konu olabilmesi için de söz konusu hukuka aykırılığın hükümlünün hukuki durumunu etkileme/değiştirme olasılığına sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırılığın giderilmesinde kanunun yararı yoktur.

Kanun yararına bozma talebi üzerine ilgili ceza dairesi, söz konusu taleple sınırlı olmak kaydıyla incelemesini yapar.

Kanun yararına bozma isteminde bulunma yetkisi kural olarak Adalet Bakanı' na, tanınmıştır.

Adalet Bakanlığı'nın yazılı istemi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine verir. Bu konuda Başsavcıya bir takdir hakkı tanınmamıştır.

Hükümlünün cezasının kaldırılmasını veya daha hafif ceza verilmesini gerektiren hallerde bu yetki, kanun yararına olarak re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir.

Kanun yararına bozmada istem belirli bir süreye bağlanmamıştır. Bu kabul, kurumun kanun yararına olmasından ve hükümlü/sanık aleyhine tesir etmemesi özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Yargıtay usul yönünden yaptığı ön inceleme neticesinde kanun

yararına bozma talebini yerinde görürse, bu kez karar veya hükmü esastan inceler. Esastan inceleme istemdeki hukuka aykırılıkların varlığına ve söz konusu hukuka aykırılıkların tespiti halinde bu hukuka aykırılıkların CMK'nun 309/4. maddesinde ifade olunan bozma nedenlerinden hangisine girdiğine ilişkin olarak yapılır.

Yargıtay yaptığı esas yönünden inceleme sonucunda bozma isteminde ileri sürülen nedenleri yerinde görürse hüküm veya kararı kanun yararına bozar, aksi takdirde reddine karar verir. Ayrıca Yargıtay'ın şartları varsa düşme hükmü vermesine engel bir hal de yoktur. Zira Yargıtay, temyiz yolunda verebileceği kararları (ret, ıslah, düşme, bozma), CMK'nun 309. maddesinin temyiz kanun yoluna yaptığı gönderme gereği kanun yararına bozma yolunda da verebilir.

Yargıtay'ın hükmü kanun yararına bozması halinde bozma sonrası yapılacak işlemler, bozma nedeninin CMK'nun 309/4. maddesinin hangi bendi kapsamında mütalaa edildiğine göre değişiklik gösterir. CMK'nun 309/4-a bendine giren hallerde ilk derece mahkemesince gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verilirken, ayı maddenin (b) bendine giren hallerde kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Buna karşın (c) ve (d) bentlerinin söz konusu olduğu hallerde Yargıtay hükmü ıslah eder.

Kanun yararına bozma olağanüstü kanun yolunda, kanunla muayyen olan bazı hallerde hüküm, hükümlü aleyhine bozulabilirse de kurumun amacına ve TCK'nun 61/10. maddesine uygun olarak bozma hiçbir zaman hükümlü aleyhine sonuç doğuramaz.

Kaynakça

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2015.
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, İstanbul 1997.
- Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1970.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Hafizoğulları Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 286.

- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.
- Kantar Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 4. Bası, Ankara 1957.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Kunter Nurullah, Olağanüstü Temyiz Kanun Yolunda Reform, Ceza Adaletinde Reform İlkeleri Sempozyumu, İÜHFM, C. 38, S. 1-4, İstanbul 1973, s. 163-175.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1986.
- Kuyucu A. Aydın, Kanun Yararına Bozma, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Özaydın Özdem/Alan Akcan Esra/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Baskı, Ankara 2015.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2013.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, II. Cilt, İstanbul 1976.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014.

İnternet Siteleri:

- www.kazanci.com.
- www.legifrance.gouv.fr.
- www.altalex.com.
- www.iuscomp.org.

BAZI AÇILARDAN TÜRK VERGİ SİSTEMİ ELEŞTİRİSİ: KİRLİ YAŞIYORUZ, TEMİZMİŞ GİBİ YAPIYORUZ

FROM SOME ASPECTS, CRITICISM OF THE TURKISH TAX
SYSTEM: WE LIVE DIRTY, PRETEND TO BE CLEAN

Hasan YESİLYURT*

Özet: Adalet, en temel anlamıyla hakka ve hukuka uygunluk demektir. Toplumsal yaşamın her alanında adalet kavramı ile çelişen uygulamalarla karşılaşabilmektedir. Adaleti sağlamak ise devletlere bırakılmıştır. Vergiler devletlerin en önemli gelir kaynağıdır ve Anayasamıza göre herkes mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. O halde Devlet vergilerin adil ve dengeli dağılımını sağlamak ve buna göre maliye politikası üretmek mecburiyetindedir. Kaçınılmasının zor ve gelir getirici özelliklerinin olması sebebiyle ülkemizde kamu giderlerinin finanse edilmesinde özel tüketim vergisi ve katma değer vergisi gibi dolaylı vergilere yüklenilmesi ve bu vergilerin nihai tüketiciden alınması, vergilemede adaletsizliği arttırmaktadır. Kronik hale gelen vergi affı düzenlemeleri ise vergi sistemini bütünü etkisiz hale getirmektedir. Çalışmamızda Türk vergi sisteminde verginin adil ve dengeli dağılmasından sapmalara yol açan etmenlere ve bunların çözümüne ilişkin önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Vergi Yükü, Adalet, Özel Tüketim Vergisi, Katma Değer Vergisi, Dolaylı Vergi, Dolaysız Vergi, Vergi Affı

Abstract: Justice is the conformity to right and to law in the most basic sense. Practices which are conflicting with justice can be came across in every field of social life. The duty to assure justice is belong to the state. Taxes are the most important source of income of the state and according to our Constitution every citizen should pay the taxes proportionately to their ability to pay. Accordingly the state is obliged to assure the fair and balanced distribution of taxes and to develop a fiscal policy according to this distribution. With their inevitable and income-generating features, indirect taxes such as private consumption tax and value-added tax, which are collected from the final consumer, are preferred by the state to finance the public expenditures and this leads to the unfairness of taxation. Permanent regulations of tax amnesty completely block the tax system. In this article, suggestions on fair and balanced distribution of taxes in Turkish tax system are explained.

Keywords: Tax, Burden of Tax, Justice, Special Consumption Tax, Value-Added Tax, Indirect Tax, Direct Tax, Tax Amnesty

* Maliye Bakanlığı, Daire Başkanı (Vergi Müfettişi)

1. GİRİŞ

90'lı yıllarda çocuk olanlar belki hatırlayacaktır; o yıllarda bir televizyon kanalında şimdiki adıyla kamu spotu olarak yayımlanan bir uyarı filmi vardı. Filmde, iki kardeşin oyun oynadıktan sonra acıkmış olarak eve geldikleri ve ellerini yıkamadan sandviçlerini yedikleri anlatılıyordu. Çocuklar ellerini yıkamamalarına rağmen temiz olduğuna inanıyor ve sandviçlerini yiyorlardı. Filmin arkasından oldukça karizmatik ve tok bir erkek sesi şöyle diyordu: *"Olmadı, suya sabuna dokunmadınız, temizmiş gibi yaptınız; oysa siz oyun oynarken ellerinize bulaşan mikroplar yemeklerle beraber vücudunuza girer ve sizi hasta eder!"*

Mış gibi yapma eğilimi, toplum olarak genelimizde var. Maliye ve özelde vergi politikasında devlet olarak bazı dengeleri yakalamakla, mükemmel politika uyguluyoruz gibi bir görüntü veriyoruz. Bütçede belirtilen hedeflere ulaşma da bunlardan biri. Ancak bu hedeflere nasıl ve hangi araçlarla ulaşıldığı da çok önemli bir konu. Vergilemede en hayati konulardan biri vergi yükünün adil dağıtılıp dağıtılmadığı veya herkesin kamu giderlerini finanse etmede ödeme gücüne göre vergi ödeyip ödemediği. Belirlenen mali hedeflerin ötesine geçsek bile adalet prensibine göre davranmamışsak en önemli anayasal haklarımızdan ödün vermişiz demektir.

2. VERGİ YÜKÜ VE VERGİ YÜKÜNÜN DAĞILIMI

2.1. Karşılaştırmalı Olarak Vergi Yüğü

Vergi, devlet veya devredilmiş vergilendirme yetkisine sahip kamu kuruluşlarının kamu giderlerini finanse etmek ve/veya sosyo-ekonomik amaçlara ulaşmak için kişilerden, egemenlik hakkına dayanarak çıkardığı yasalara, karşılıksız olarak aldığı parasal tutarlardır¹.

Toplanan vergi gelirlerinin milli gelire oranı olarak ifade edilen toplam vergi yükü, 2012 yılında Türkiye için yüzde 27,7 olarak hesaplanmış. Finlandiya ve Belçika yüzde 45,3 ile en yüksek vergi yükü oranına sahip iki ülke olarak öne çıkıyor; Şili yüzde 20,8 ile OECD ülkeleri içinde en düşük vergi yükü oranına sahip ülke konumunda. Şili'yi 24,4 ile ABD takip ediyor. 2011 yılı için OECD ülkelerinin ortalama ver-

¹ Metin Erdem, Doğan Şenyüz, İsmail Tatlıoğlu, Kamu Maliyesi, Ekin Yayınları, 3. Basım, Bursa-2003 Sayfa. 82

gi yükü ise yüzde 34,1 olarak gerçekleşmiş.² Tablo, Türkiye'nin OECD ülkelerine göre çok cazip bir vergi yükü oranına sahip olduğunu gösteriyor. Dolayısıyla Türkiye'de toplam vergi yükü yüksek yakınmaları nispi olarak gerçeği yansıtmıyor.

Ancak vergi yükünün gelirin kaynağına göre dağılımına bakıldığında hiç de adil dağılmadığı ortaya çıkıyor. OECD ülkelerinin kurum gelirlerinin milli gelirlerine oranı yüzde 3 düzeyinde iken bu oran Türkiye'de yüzde 2,1 düzeyinde. OECD ülkeleri ortalamasından yaklaşık yüzde 43 daha az kurumlar vergisi alıyoruz. Üstelik kurumlar vergisi oranımız OECD ülkelerinin kurumlar vergisi oranları ortalamasının çok altında (Türkiye yüzde 20, OECD ortalaması yüzde 26 düzeyinde). Gelir ve kazançlar üzerinden alınan (kurumlar hariç) vergilerde de durum değişmiyor; bu kazançlar milli gelirde OECD ortalamasında yüzde 11,4'lük paya sahip iken Türkiye'de bu oran yüzde 6 civarında. Servetlerin vergilendirilmesi konusunda da aynı eleştirilere maruz kalıyoruz. Her ne kadar dünya genelinde servetler üzerinde ciddi bir vergi yükü görülme de Türkiye OECD ortalamasından yine ciddi oranda (yüzde 50) sapma gösteriyor; servetlerden elde edilen gelirlerin milli gelire oranı OECD ülkelerinde (ortalama) yüzde 1,8 iken bu oran Türkiye'de yüzde 1,2.

Konuya bir de OECD istatistiklerinin dikkate aldığı tarihler itibarıyla göz atalım. Aşağıdaki tablo bu konuda kayda değer bir fikir vermektedir.

Tablo:1

Ülkeler/Yıllar	1965	1970	1980	1990	2000	2013
Türkiye	10,6	9,3	13,3	14,9	24,2	29,3
ABD	23,5	25,7	25,5	26,3	28,4	25,4
OECD Ülkeleri(ort)	24,8	26,8	30,1	32,2	34,3	34,1

1965 yılında Türkiye'de toplam vergi yükü yüzde 10,6 iken ABD ve OECD Ülkeleri (ort) nde sırasıyla bu oran yüzde 23,5 ve yüzde 24,8 olarak gerçekleşmiştir. 2013 yılına gelindiğinde Türkiye'de vergi yükü artışı 1965 yılına göre 2,8 kat iken ABD'de bu oran 1,08 kat, OECD Ülkeleri (ort) nde yaklaşık 1,8 kat artış göstermiştir. ABD ve OECD ül-

² http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2

kelerinin 1965 yılında Türkiye'ye göre daha yüksek bir orana sahip bulunduklarını ancak bu ülkelerin ortalama vergi yüklerinin oldukça istikrarlı bir seyir takip ettiğini gözden uzak tutmamak gerekmektedir. Geline nokta toplam vergi yükünde hala OECD'ye göre daha iyi bir durumda olan Türkiye tabloda belirtilen tarihler itibarıyla OECD ülkeleri ortalamasından ve ABD'den çok daha fazla artış göstermiştir. 2000 yılı baz alındığında 2013 yılında Türkiye'de vergi yükü yüzde 21 oranında artarken ABD'de bu oran yüzde 11 azalış göstermiş, OECD ülkelerinde ise bu oran çok küçük bir azalış (binde 5) sergilemiştir.

Özetle Türkiye'de toplam vergi yükü sürekli olarak artarken ABD ve OECD Ülkeleri (ort) nde ya azalmakta ya da çok değişmemektedir.

2.2. Vergi Yüğü, ÖTV ve KDV Ödeyicisinin Omuzlarında

Dolaylı vergiler, mal ve hizmet kullanımından kaynaklanan vergilerdir³. Vergiye tabi mal ve hizmetlerden yararlanan herkes, gelir düzeyi ne olursa olsun aynı oranda vergi öder. Bu vergilerde vergi mükellefi ile ödeyicisi farklıdır. Bir başka tanıma göre ise dolaylı vergiler bir mal veya hizmet üzerinden dolaylı olarak tahsil edilen vergilerdir. Mal ve hizmet satın alırken ödendiğinden, tahsili kolay ve ucuzdur. Katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi, dolaylı vergiler arasında yer alır. Dolaylı vergileri nihai tüketiciler beyanname vererek ödemeler; alış veriş işlemi sırasında öderler. Dolaylı vergiler bu nedenle, vergi ödeyenin ödeme gücüne karşı kayıtsızdır. Hangi gelir düzeyinde, hangi sosyal konumda olunursa olunsun, aynı mal veya hizmet üzerindeki vergiler aynı miktar veya oranda ödenir. Bu nedenle de dolaylı vergiler gayri adil vergi grubunda sayılır.⁴ Dolaysız vergiler, vergi mükellefi ile ödeyicisinin aynı olduğu, kişi ve kurumlardan elde ettikleri gelir düzeyine göre alınan vergilerdir⁵. Dolaysız vergilerde vergi mükellefinin, kendisine düşen vergi yükünü başkasına yansıtmaya olanağı bulunmamaktadır. Gelir vergisi, kurumlar vergisi, emlak vergisi, motorlu taşıtlar vergisi dolaysız vergilere örnektir.⁶

³ <http://gokhandag.blogcu.com/dolayli-dolaysiz-vergiler-ve-vergi-adaleti-acisindan-karsilastir>

⁴ http://www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_Gazete/Oyan_23Kas04.pdf

⁵ <http://www.ikv.org.tr/sozluk2>.

⁶ <http://www.ekodialog.com/Konular/dolaysiz-vergi-nedir-dolaysiz-vergi-turle-ri-nelerdir.html>

Türkiye'nin toplam vergi gelirlerinin yüzde 33'ü dolaysız, yüzde 67'si dolaylı vergilerden oluşuyor. Dolaylı vergilerin yüzde 84'ü harcamalar üzerinden alınan KDV ve ÖTV gibi vergilere geri kalan yüzde 16'sı ise işlemler üzerinden alınan damga vergisi, harç gibi vergilere dayanıyor. Yani Türk vergi sistemi asıl olarak harcamalar ve işlemler üzerine yüklenen vergilerle ayakta duran bir sistem görünümündedir.

Tablo:2

Vergi Gelirleri	Gerçekleşmeler (Milyon TL)				Toplam Vergi Gelirleri İçindeki Payı 2014 (%)
	2011	2012	2013	2014	
Merkezi Yönetim Gelirleri	296.824	332.475	389.682	425.758	
Toplam Vergi Gelirleri	253.765	278.781	326.169	352.437	
Gelir ve Kazanç Üzerinden Alınan Vergiler	75.799	85.511	92.745	106.204	30
Mülkiyet Üzerinden Alınan Vergiler (ÖTV, KDV)	6.257	7.009	7.693	8.215	2,3
Dahilde Alınan Mal ve Hizmet Vergileri	103.380	113.837	134.855	142.089	40,3
Uluslararası Ticaret ve Muamelelerden Alınan Vergi (% 90 KDV, % 10 Diğer)	53.450	55.310	68.269	71.119	20
Damga Vergisi	6.464	7.360	9.416	10.324	2,9
Harçlar	8.302	9.675	12.948	14.482	4
Başka Yerde Sınıflandırılmayan Vergiler	111	78	240	2,6	0,0007

<http://www.bumko.gov.tr/TR,4534/merkezi-yonetim-butce-gelirleri-2006-2014.html> adresinden derlenmiştir. Rakamlar yuvarlatılmıştır.

Tablo: 3

Gelir Türünün Merkezi Yönetim Gelirindeki Payı (%)	2011	2012	2013	2014
Genel Bütçe Gelirleri	96,5	96,4	96,4	96,1
I-Vergi Gelirleri	85,5	83,9	83,7	82,8
1. Gelir ve Kazanç Üzerinden Alınan Vergiler	25,5	25,7	23,8	24,9
2. Mülkiyet Üzerinden Alınan Vergiler	2,1	2,1	2,0	1,9
3. Dahilde Alınan Mal ve Hizmet Vergileri	34,8	34,2	34,6	33,4
4. Uluslararası Ticaret ve Muamelelerden Alınan Vergiler	18,0	16,6	17,5	16,7
5. Damga Vergisi	2,2	2,2	2,4	2,4
6. Harçlar	2,8	2,9	3,3	3,4
7. Başka Yerde Sınıflandırılmayan Diğer Vergiler	0,0	0,0	0,1	0,0

<http://www.bumko.gov.tr/TR,4534/merkezi-yonetim-butce-gelirleri-2006-2014.html> adresinden derlenmiştir. Rakamlar yuvarlatılmıştır.

Yukarıdaki tablolar, kaynağı itibarıyla vergi gelirlerinin dağılımı gösteriyor. Tablo 1'e bakıldığında ilk göze çarpan husus, ÖTV ve KDV gibi dolaysız vergilerin toplam vergi gelirleri içinde oldukça yüksek paya sahip olmasıdır. 2014 yılı (önceki yıllarda da durum pek farklı değildir.) toplam vergi tahsilatının yaklaşık yüzde 67'si bu vergi türlerinden oluşmaktadır. Aynı oran OECD ülkelerinde yüzde 32 civarında gerçekleşmiştir. Tablo gösteriyor ki toplam vergi gelirlerinin yükünü nihai tüketici omuzluyor ve ülkemizde bütçenin finansmanının önemli bir kısmı, ödediği vergiyi yansıtmaya imkânı bulunmayan halk tarafından gerçekleştiriliyor.

Aynı yıl gelir ve kazanç üzerinden alınan vergilerin toplam vergi içindeki payı ise yüzde 30 düzeyinde kalmıştır. Diğer bir deyişle büyük sermaye veya kazanç sahipleri, nihai mal ve hizmet tüketicilerinden çok daha az vergi ödemektedirler. 2014 yılında gelir ve kurumlar vergisinin bütçeyi 106 Milyar TL finanse etmesine karşılık, ÖTV ve KDV gibi nihai mal ve hizmetlerden alınan vergiler yaklaşık olarak 206 Milyar TL finanse etmiştir. Gelir ve kurumlar vergisi kanunlarındaki vergi istisnası ve vergi muafiyeti müesseselerinin oldukça fazla olması vazgeçilen vergi alacağının ve vergi harcamasının artmasına sebep olmuş ve bu iki vergi türünden elde edilen gelirler bir türlü istenen düzeyde olmamıştır. Bu vergi türlerinin kapsamının genişletilmesi yerine daha fazla indirim, istisna ve muafiyet getirilmesi bu alandaki kazançların vergi dışında kalmasına yol açmıştır. Tablo 1'de göze çarpan diğer önemli bir husus da mülkiyet üzerinden alınan vergi tahsilatlarının (% 2,3) harçlar (% 4) ile damga vergisi (%2,9) tahsilatlarının maalesef altında seyretmiş olmasıdır. Bu durum ülkemizin servetlerin vergilemesinde daha emekleme döneminde olduğunu göstermektedir.

Tablo 2'de ise vergi gelirlerinin genel bütçe gelirleri ile merkezi yönetim⁷ gelirleri içindeki paylarını göstermektedir. Önceki yıllarda olduğu gibi 2014 yılında da merkezi yönetim bütçe gelirlerinin yükünü genel bütçe gelirleri yüklenmiştir. 2014 yılında merkezi yönetim bütçe gelirlerinin yüzde 96'sı genel bütçe gelirlerinden oluşmuştur. Önceki yıllarda da bu orana yakın rakamlar elde edilmiştir. Düzenleyici ve

⁷ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 3. maddesine göre, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri özel bütçe kapsamındaki idareleri ve düzenleyici ve denetleyici kurumlarını ifade eder.

denetleyici kurumlar ile özel bütçeli idarelerin gelirleri oldukça sınırlı düzeyde seyretmiştir. Bu durumun vergi toplama yetkisinin genel bütçeli kuruluşlara verilmiş olmasından kaynaklandığını söylemek mümkündür. 2014 yılında elde edilen genel bütçe gelirlerinin de yaklaşık yüzde 83'ü vergi gelirlerinden, yüzde 13'ü ise diğer gelirlerden (taşınır, taşınmaz satışı, fonlar, paylar, faizler vs.) oluşmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere toplanan vergi gelirlerinin de yüzde 67'sinin dolaysız vergilerden oluştuğu düşünülürse ülkemizde bütçenin önemli oranda nihai mal ve hizmet tüketicilerinin üzerinden finanse edildiği ortaya çıkmaktadır. Her iki tabloyu (tablo 1 ve tablo 2) göz önüne aldığımızda kaba bir ifadeyle, her iki liralık bütçe gelirinin 1 lirasının özel tüketim vergisi veya katma değer vergisinden oluştuğu, her dört liralık gelirin de bir lirasının özel tüketim vergisinden geldiği anlaşılmaktadır. Tablolar gösteriyor ki ülkemizde bütçenin finansmanının önemli bir kısmı, ödediği vergiyi yansıtmaya imkânı bulunmayan halk tarafından gerçekleştirilmektedir.

Dolaylı vergilere yüklenmenin vergiye direnci düşürme ve toplanma kolaylığı gibi üstünlükleri var. Kişi harcamayı yaptığında fiyatın içinde bulunan KDV ve ÖTV gibi vergileri satıcıya ödüyor. Satıcı, devlet adına topladığı bu vergileri belirli tarihlerde vergi idaresine yatırıyor. Böylece Devlet bir taşla iki kuş vurmuş oluyor: Vergiyi, satılan malın fiyatının içine gizleyerek vergiye direnci engelliyor. Malın satıcısını vergi tahsildarı olarak ücret ödemeksizin istihdam ediyor. Bu işten vergiyi devlet adına toplayan satıcı da kazançlı çıkıyor. Çünkü satıcı, bu hizmetine karşılık ücret almamış olsa da satışlardan topladığı vergiyi devlete yatıracağı tarihe kadar nezdinde tutarak bir çeşit işletme sermayesi olarak kullanma imkânı elde ediyor.

Bütün bu üstünlüklerine karşın dolaylı vergiler gelirin kazanılması üzerine değil de harcanması üzerine dayandığı için çok kazananı değil çok harcayanı vergilendirmek gibi bir adaletsizliğe yol açıyor. Gelir yükseldikçe harcama azalıp, tasarruf arttığı için düşük gelirli- nin harcamasının, gelirin oranı yüksek gelirliye göre daha fazla çıkıyor. Bu da onun nispi olarak daha fazla dolaylı vergi ödemesine neden oluyor. Özetle dolaylı vergiler nispi olarak düşük gelirliden daha çok vergi alınmasına yol açtığı için adaletsiz bir sonuç yaratıyor.⁸ Üst gelir

⁸ Mahfi Eğilmez, "Türk Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımının Bozukluğu", <http://www.>

dilimine sahip olan bir vatandaş ile alt gelir dilimine sahip olan bir vatandaşın harcama yaparken eşit durumda olduklarını düşünmek verginin adil dağılımı ve ödeme gücüne göre alınması açılarından pek sağlıklı görünmüyor.

Ülkemizde gelir vergisi yükünü ise devlet memurları ile işçiler çekiyor. Diğer bir deyişle gelir vergisini ücret geliri elde edenler ödüyor. Son yıllarda ücret gelirlerinin gelir vergisi içindeki payı yüzde 70'lere dayanmış durumda. Gelir vergisinin de yüzde 92'sinin kaynaktan kesme yoluyla tahsil edildiğini hesaba kattığımızda aslında gelir vergisinin yarısından fazlasının, maaşı eline geçmeden vergisi kesilen vatandaşın tahsil edildiği anlaşılmaktadır. Şirket kurmaksızın elde edilen ticari kazançlar ile serbest meslek mensuplarından alınan gelirler ise ücret gelirlerinin gölgesinde kalıyor. Büyük sermaye (menkul, gayrimenkul) sahiplerinden oldukça az miktarda gelir vergisi alınması ücret gelirleri elde edenler aleyhine ciddi bir adaletsizlik meydana geldiğini ortaya koyuyor.

3. CARİ AÇIK VE ÖZEL TÜKETİM VERGİSİ

3.1. Cari Açık

Cari işlemler dengesi ödemeler dengesinin alt kalemlerinden birisidir. Ödemeler dengesi; cari işlemler dengesi, sermaye hareketleri dengesi, rezerv hareketleri ve net hata/noksan kalemlerinden oluşmaktadır. Cari işlemler dengesi; dış ticaret, hizmetler (hizmet alım ve satımları), yatırım-net faktör gelirleri ile cari transferler toplamından oluşmaktadır⁹. Eğer ülkenin cari işlemlerden sağladığı gelirleri giderlerinden büyükse, ülkede cari fazladan, tersi durumda ise cari açıktan bahsedilmektedir. Cari işlemler dengesinin açık vermesi, üretilenden fazla tüketimin gerçekleşmesi diğer deyişle ülkenin yurtdışından kazandığı paradan daha fazlasını yurtdışına göndermesi anlamına gelmektedir.¹⁰ Bu durum genellikle yurtiçi tasarruf-yatırım açığından, ithalata dayalı büyümeden ve ülkenin parasının aşırı değerlendirilmesiyle

⁹ mahfiegilmez.com
Osman Peker, Hakan Hotunluoğlu, Türkiye'de Cari Açığın Ekonomik Analizi, *Atatürk Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Sayı, 3 S.2
¹⁰ <http://ekomonya.blogspot.com.tr/2015/07/ikiz-acik-ve-ucuz-acik-kavramlari.html>

ortaya çıkan ithalat artışından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda cari işlemler dengesi, ortaya çıkan döviz açığı veya fazlasını ifade etmek için kullanılmaktadır.¹¹

3.2. Yüksek ÖTV Oranları Cari Açık İçin Çözüm Mü?

Cari açık sorunu, yıllardır ülkemizin önemli ekonomik sorunları arasında yer almaktadır. Bu sorunu azaltmak için yeterli ihracat rakamlarına ulaşamayan ülkemizde ithal mallarına olan talep kısalmaya çalışılmaktadır. Diğer bir deyişle ithal mallar yerli mallarla ikame edilmeye çalışılıyor. Ancak talebi kıstmak için ülkemizde en uygun yöntem olarak özel tüketim vergisi oranlarını arttırmak akla geliyor. Çünkü yüksek ÖTV oranlarında malın, nihai tüketici için fiyatı oldukça artan bir mala dönüşmesi, bu yolla o malın satın alınmasının önüne geçilmesi arzu edilmektedir. ÖTV oranları ile cari açık arasında doğrusal veya ters bir orantı bulunduğunu ifade etmek zor olmakla birlikte otoritelerce açıklanan rakamlar konu hakkında bir fikir verebilmektedir.

Tablo: 4

Yıllar	ÖTV Tahsilatları (Milyon TL)	Cari Açık(Milyon \$)	Önceki Yıla Göre Artış (%)	
			ÖTV Geliri	Cari Açık
2004	26.289	14.198	-	-
2005	33.622	21.449	28	51
2006	37.103	31.837	10	48
2007	39.351	37.779	6	19
2008	41.962	40.192	7	6
2009	43.709	12.010	4	-70
2010	58.038	45.312	33	277
2011	64.263	75.008	11	66
2012	71.793	48.535	12	-35
2013	85.770	64.658	19	33
2014	91.636	45.846	7	-29

Kaynak: www.bumko.gov.tr ve www.tcmb.gov.tr adreslerinden derlenmiştir.

¹¹ <https://www.ekodialog.com/Konular/cari-islem-nedir-cari-islem-hesabi.html>

Tablo 4'e bakıldığında genel olarak cari işlemler açığındaki artışın özel tüketim vergi gelirlerindeki artıştan daha yüksek seyrettiği görülmektedir. 2012 ve 2014 yıllarında cari işlemler açığındaki artışın negatif görünmesinin sebebi ülkenin yıllık büyüme rakamlarının da oldukça düşük kalmasıdır. 2008 yılında ülkemiz yüzde 0,7 büyüebilmiş, 2009 yılında ise ülkemizde yüzde 4,8 küçülme yaşanmıştır. Negatif ya da düşük oranlı büyüme rakamları ÖTV gelirlerine ve cari işlemler açığına da yansımıştır. Özetle kayda değer büyüme olsun ya da olmasın özel tüketim vergisi oranları ya da gelirlerindeki artışın cari işlemler açığını azaltıcı etkisi bulunduğunu söylemek pek makul görünmemektedir. "Üretemiyorum, hiç olmazsa satın aldırmayayım" mantığıyla talebi kıstamak niyetiyle konulan yüksek ÖTV oranları, cari açığı azaltmadığı gibi nihai tüketici üzerinde acımasız bir vergi yükü olarak kalmaktadır. Bu durumda, olan vatandaşa olmakta ve cari açık aksine artmaktadır.

Bütçenin finansmanında oldukça büyük bir pay sahibi olduğu için ülkemizde özel tüketim vergisi, maliye politikasında politika belirleyicilerin kullandığı önemli argümanlardan birisi konumundadır. Bütçeye yaptığı ciddi katkı karar vericilerin de iştihasını kabartmıyor değil. Son yıllarda özel tüketim vergisi oranlarındaki aşırı yükselme eğilimi yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu verginin gelir boyutundan kaynaklanıyor. Ancak bu vergi oranlarının ülkemizde oldukça yüksek seyretmesinin temel nedeni gelir boyutu değil, cari açık boyutudur. Ne yazık ki ülkemizde kronik hale gelen cari açık probleminin çözümü en başta özel tüketim vergisi oranlarındaki artışta aranmaktadır. Öyle ki ithal edilen bazı ürünlerin özel tüketim vergisi bu ürünlerin maliyetini aşmakta hatta maliyetinin birkaç katını bulabilmektedir. Çeşitli yıllarda cari açık ile ÖTV arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı birçok çalışmaya konu edilmiş ve ÖTV oranlarının ülkemizde bu denli artırılmasını gerektirecek bir nedensellik bağı tespit edilememiştir. Bu çalışmalar sonucunda cari açıktan ÖTV'ye doğru pozitif yönlü bir nedensellik ilişkisi tespit edilmiştir. Buna göre, ilgili dönemde Türkiye'de cari açığın ÖTV'nin nedeni olduğu ve cari açık arttığı dönemlerde ÖTV gelirlerinin de artış gösterdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu konu üzerinde yapılan bir çalışmaya¹² göre cari açıkla birlikte ÖTV gelirlerinin artış göstermesi normal karşılanmaktadır. Cari açığın

¹² Ahmet Uğur, Ekrem Yusuf Akbaş, Mehmet Şentürk, "Özel Tüketim Vergisi Oranlarındaki Artış Cari Açığa Çözüm Olabilir mi?", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*-2012(26)

önemli bir miktarı mal ithalatından kaynaklanmakta ve ÖTV de, cari açığa neden olan mallardan alınmaktadır. Dolayısıyla, mal ithalatında meydana gelen artış ÖTV gelirlerini de pozitif yönde etkilemektedir. Bunun yanında, çalışmanın sonucunda ÖTV'den cari açığa doğru bir nedensellik ilişkisinin tespit edilemeyişi farklı şekillerde yorumlanabilir. Cari açık, sadece ÖTV'den etkilenmeyecek kadar karmaşık, aynı zamanda dinamik bir yapıya sahiptir. Dinamik bir yapıya sahip oluşu ülke ekonomisinin gelişmişlik düzeyiyle alakalıdır. Gelişmekte olan ülkelerin ithalatı daha çok ara malı, yatırım malı, teknoloji, bilgi ve bilişim teknolojilerine yönelik mal ve hizmetlerin ithalatından oluşmaktadır, bu ülkeler gelişim safhalarını tamamlayıp gelişmiş ülkeler kategorisine dâhil olduğu zaman ekonomilerinde görülecek cari açık daha çok finansal hareketlerden kaynaklanacaktır.

Nitekim ÖTV oranına yapılacak artışlarla cari açığı finanse etmenin tek başına başarılı olması beklenmemektedir. ÖTV, cari açığın finansmanında daha çok talep yönünü dikkate almaktadır. ÖTV oranında yapılacak artışlarla ithal malı talebi azaltılmaya çalışılmaktadır. Ancak, cari açığı azalmak için arz da, talep kadar önemlidir. Bunun için de, faiz, döviz kuru, ihracat teşviki, ihracatı canlandırıcı ve ihracatın katma değerini artıran politikalar son derece önemlidir. Yerli otomobil ve uçak üretimi, yerli savunma sanayinin geliştirilmesi, petrole karşı alternatif enerji kaynaklarının geliştirilmesi son zamanlarda karar organlarının üzerinde ısrarla durduğu konuların başında gelmektedir. Bu projelerin hayata geçirilmesi uzun yıllar alabilmektedir. Yine de, ısrarla üzerinde durulması ve şartlar ne olursa olsun hayata geçirilmeye çalışılıp bu konuda taviz verilmemesi, cari açığın finansmanı ve azaltılması için çok büyük önem arz etmektedir.¹³

Benzer bir çalışmaya¹⁴ göre de cari açıktaki bir değişiklik ÖTV gelirlerinde değişikliğe neden olmaktadır. Nitekim cari açıktaki bir artışın ithalat artışından kaynaklandığı göz önünde bulundurulursa, bu durumun cari açığı artırması beklenen bir sonuçtur. Diğer deyişle, cari açık artışı, ithalat artışı nedeniyle ÖTV gelirlerini artırmaktadır. ÖTV gelirlerindeki değişimin cari açıktaki meydana gelen değişimin nedeni olması ise özel tüketim vergi gelirlerindeki artışın ithalata da-

¹³ Ahmet Uğur, Ekrem Yusuf Akbaş, Mehmet Şentürk s.13-14

¹⁴ Sevinç Yaraşır Tülümce, Özay Özpençe, "Türkiye'de Özel Tüketim Vergisi ve Cari Açık Arasındaki İlişkinin Analizi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, sayı: 49

yanan ara malı, yatırım malı gibi malların ithalatının ya da bu mallar üzerindeki vergi oranlarının artmasıyla açıklanabilir.¹⁵

Ülke olarak teknoloji ihraç eden ülke konumuna gelemediğimiz için ithal ettiğimiz ara malları ihraç ürünlerine dönüşemiyor. Sanayi kesiminin girdilerinin büyük oranda ithal ara mallarından temin edilmesi, cari açığın azaltılması amacıyla yapılan her özel tüketim vergisi oranı artışının belli bir büyüme çerçevesinde ithalatı tetiklediği görülmüştür. Alternatif enerji kaynakları bulunamadığı, yerli teknoloji üretimine ve ağır sanayi üretimine geçilemediği, bu sebeple de dışa bağımlılığın azaltılamadığı ülkemizde özel tüketim vergisi oranları artışı beraberinde sadece gelir getirme fonksiyonunu yerine getirmekte ancak cari açık sorununa çözüm olmamaktadır. Öte yandan vatandaş, cari açık bahanesi ile yerlisi üretilmediği için ithal etmek zorunda kaldığı ürünler (örneğin otomobil, cep telefonu) için maliyetinin bile çok üstünde vergi ödemek durumunda kalmaktadır. Diğer bir deyişle devlet gerçekleştiremediği üretimin faturasını vatandaşa çıkarmaktadır ki hukuk devletinde bunun, verginin sosyal ve adaletli dağılımına hizmet eder bir izahı bulunmamaktadır.

4. VERGİ AFLARI

4.1. Vergi Affı Nedir?

Vergi affı, devletin egemenlik yetkisini kullanarak kamu hizmetlerinin finansmanı için kişilerden aldığı vergi, resim ve harçların tahsilinden ve vergilendirme ödevinin zamanında yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi dolayısıyla uyguladığı yaptırımlardan vazgeçmesidir. Vergi afları mükelleflerin kendilerini toparlamaları, geçmişlerini temizlemeleri ve vergi anlamında devletle barışmalarını sağlamaktadır¹⁶. Vergi afları, mükelleflerde yeni af beklentisi oluşturmakta ve dolayısıyla vergi denetimi ve cezalarının etkinliğini azaltmaktadır. Dolayısıyla mükelleflerin ödeme yapmaktan kaçınmalarına neden olan bu uygulama, vergisini tam ve zamanında ödeyen mükellefler üzerinde olumsuz etki yaratmakta, adalet ve güven duygularını da zedelemektedir.

¹⁵ Tülümce S.Y., Özpençe, Ö.; s.10

¹⁶ <http://www.vmhk.org.tr/gecmisten-gunumuze-vergi-aflari-ve-sonuclarinin-degerlendirilmesi/>

Vergi aflarına ekonomik krizlerin, politik nedenlerin ve ülke ekonomisinin sağlıklı bir yapıda işleyişinin sonucu olarak başvurulduğu görülmektedir. Ülkemizde Hazineye kaynak sağlamak ve yaşanan ekonomik krizleri gidermek amaçlarıyla da vergi affı uygulamalarına gidilmiştir¹⁷.

4.2. Türk Vergi Hukukunda Vergi Affı Uygulamaları ve Etkileri

Af, vergi cezalarını kısmen ya da tümüyle sona erdiren nedenlerden biridir. Vergilere ilişkin af kanunlarına Anayasamızda yer verilmediği gibi Vergi Usul Kanunu (VUK)'nda da af ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁸ Vergi affı, vergi hukukunda kurum olarak düzenlenmemekle birlikte uygulama alanı bulmuştur. Ülkemizde, çeşitli zamanlarda çıkarılan kanunlarla vergi cezaları affedilebilmektedir¹⁹ Ancak bazen cezaların yanında düşük tutardaki vergi aslı veya verginin bir miktarı da af kapsamına girebilmektedir.²⁰

Birbiriyle nitelik olarak benzer yanları olsa da esasen vergi hukukundaki af ile ceza hukukundaki af ilke ve amaçlar yönünden farklılıklar da göstermektedir. Her ikisinde de devlet cezalandırma yetkisini kısmen ya da tamamen kullanmaktan vazgeçmektedir²¹. Ceza hukukundaki af ile amaçlanan siyasi ve sosyal ortamı rahatlatmaktır. Vergi affıyla amaçlanan ise öncelikli olarak gelir ihtiyacını karşılamaktır. Vergi aflarına özellikle mali ve ekonomik bunalım dönemlerinden sonra başvurulurken ceza hukukundaki aflara sosyal ve siyasal bunalım dönemlerinden sonra başvurulmaktadır.²²

Vergi aflarının özelliklerini aşağıdaki gibi sıralayabiliriz:²³

¹⁷ Fikret Sayar, "1960 Yılından Sonra Çıkarılan Vergi Af Yasaları ve Sonuçları", *Vergi Dünyası*, 73, Eylül, 65-78.

¹⁸ Nihat Edizdoğan, Metin Taş, Ali Çelikkaya, "Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku", Ekin Yayınevi, Bursa. 2007, s.217

¹⁹ Sadık Kırbaş, "Vergi Hukuku", 19. Baskı, s. 186; Siyasal Kitabevi, Ankara.

²⁰ Fatih Savaşan, "Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye'de Vergi Aflarından Kimler Faydalanyor?", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2006, Sayı: 12, s.151

²¹ Yasemin Taşkın, "Vergi Aflarının Hukuki Niteliği ve Gerekçeleri", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, s.125

²² Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Yayınevi, 2111, s.211

²³ İdris Şenyurt, "Vergi Afları ve Vergiye Gönüllü Uyum", *Vergi Dünyası Dergisi*,

- Vergi affı kanunla düzenlenir.
- Vergi affı sonunda devlet alacağından vazgeçmektedir.
- Vergi affı geçmişe yürür ve etkilerini geçmiş olaylar üzerinde meydana getirir.
- Devlet, vergi affıyla cezalandırma yetkisinden vazgeçmektedir.

Ülkemizde Cumhuriyetten günümüze kadar çok sayıda vergi affı düzenleyen kanun çıkarılmıştır. Çıkarılan vergi afları kapsamına göre vergi aslını, vergi cezasını, gecikme faizini ve zammını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran ve bunlara ödeme kolaylığı sağlayan veya bunlardan daha hafif mahiyette yeni mali yükümlülükler getiren uygulamalar olmuştur.

Nitekim 1960 öncesi dönem ile 1960 sonrası dönem içinde uygulanan af kanunları gerek amaç gerekse nitelik bakımından farklılıklar göstermektedir. 1980’li yıllardan sonra getirilen vergi aflarıyla ilgili düzenlemelerde ise, kullanılan yöntemlerin farklılaştığı gözlemlenebilir. Bu dönemde yapılan düzenlemelerin sadece vergi borç ve cezalarının affedilmesinden oluşmayan geniş bir çeşitlilik gösterdiği görülebilmektedir. Hükümetlerin bu düzenlemelere başvurma sıklığı ise, özellikle son yıllarda artmaktadır.

Ülkemizdeki vergi affına ya da vergi affı olarak yorumlanabilecek düzenlemeler aşağıda tablo halinde verilmiştir.

Tablo 5: Cumhuriyet’ten Günümüze Türkiye’de Vergi Afları (1924-2013)

Tarih	Düzenleme
17.05.1924	İlk Vergi Affı
05.08.1928	Elviye Selâsede Vergilerinin Sureti Cibayetine Dair Kanun
15.03.1934	4530 sayılı Varlık Vergisinin Bakayasının Terkinine Dair Kanun
04.07.1934	2566 sayılı Vergi Bakayasının Tasfiyesine Dair Kanun
29.06.1938	3568 sayılı Arazi Vergisinin Mali Yıl Sonuna Kadar Olan Bakiyesinin Terkinine Dair Kanun
13.06.1946	4920 sayılı Devlet Orman İşletmelerinin Bazı Vergilerden Muaf Tutulması Hakkındaki Kanun
21.01.1947	5050 sayılı Toprak Mahsulleri Vergisi Artıklarının Silinmesi Hakkında Kanun

26.10.1960	113 sayılı Af Kanunu
28.12.1961	281 sayılı Vergi Cezaları Gecikme Zamlarının Tecil ve Tasfiyesine Dair Kanun
23.02.1963	218 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun
13.06.1963	252 sayılı Spor Kulüplerinin Vergi Borçlarının Bir Defaya Mahsus Olmak Üzere Affı Hakkında Kanun
05.09.1963	325 sayılı Yasa Kamu İktisadi Teşebbüslerinin 1960 ve Daha Önceki Yıllarına Ait Bir Kısım Vergi Borçlarının Tasfiyesi Hakkında Kanun
16.07.1965	691 sayılı Belediyelerin ve Belediyelere Bağlı Müessese ve İşletmelerin Bir Kısım Borçlarının Hazinece Terkin ve Tahkimi Hakkında Kanun
03.08.1966	780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun
28.02.1970	1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunuyla Getirilen Af
15.05.1974	1803 sayılı Cumhuriyet'in 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun
20.03.1981	2431 sayılı Tahsilatın Hızlandırılması ve Beyan Dışı Kalmış Servet Unsurlarıyla Vesikasız Emtianın Beyanına İlişkin Kanun
02.03.1982	2431 sayılı Kanuna Ek
22.02.1983	2801 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Özel Uzlaşma Yolu İle Tahsil Hakkında Kanun
04.02.1985	Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında 3239 Sayılı Kanunun Geçici 4. Maddesi
03.12.1988	3505 sayılı Kanun (Geçici Birinci Madde)
28.12.1988	3512 sayılı Kanun
15.12.1990	3689 sayılı Kanun (Geçici Birinci Madde)
21.02.1992	3787 sayılı Kanun
05.09.1997	400 sayılı Tahsilat Genel Tebliği
22.07.1998	4369 sayılı Kanun
06.02.2001	414 sayılı Tahsilat Genel Tebliği
07.03.2002	4746 (4748) sayılı Kanun ile Emlak Vergisi ile İlgili Af Düzenlemesi (Emlak Vergisi Kanunu Geçici Madde 21)
27.02.2003	4811 sayılı Vergi Barışı Kanunu
22.11.2008	5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun
25.02.2011	6111 sayılı Bazı Alacakların Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
29.05.2013	6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (2. Varlık Barışı)
27.09.2014	6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun

Kaynak: Ali Yurdakul²⁴

²⁴ Ali Yurdakul, "Vergi Ahlakı ve Vergi Ahlakını Belirleyen Faktörlerin Analizi: Bursa İli Örneği", Dora Yayıncılık, 2013, Bursa, s:79

Vergi sistemimizin yakın tarihine bakıldığında, değişik adlarla (matrah artırımı, vergi barışı, varlık barışı vb.) af niteliğinde düzenlemeler yapılmıştır. Bu uygulamalar ile belirlenen koşullara uygun durumdaki mükellefler vergisel yükümlülüklerini avantajlı olarak yerine getirebilmekte, daha önce bildirmediikleri parasal değerleri daha düşük vergisel yükümlülükler çerçevesinde bildirerek herhangi bir kaynak sorgulamasına muhatap kalmayabilmektedirler.

Vergi afları ile özellikle ekonominin kriz dönemlerinden sonra zor durumda bulunan mükelleflere işlerini toparlaması amacıyla yeni fırsatlar verilmesi ve önümüzdeki dönemde düzenli vergi öder hale gelmesinin sağlanması hedeflenmektedir. Af kanunundan önce mali sisteme dâhil olmayan mükellefler af sayesinde kayıt dışılıktan kurtularak gelecek dönemlerde sistem içerisinde yer alan vergi sükeleri haline gelebilmektedirler.²⁵

Yukarıdaki tablo 1924 yılı ile 2014 yılları arasında ülkemizde çıkarılan vergi (vergi, vergi cezası, sosyal sigorta primleri, varlıklar) afları düzenlemelerini göstermektedir. Son 90 yılda 33 adet vergi affı ya da vergi affı anlamına gelen mevzuat düzenlemesi yapılmıştır. Bu da bize ortalama 2,7 yılda bir af düzenlemesi yapıldığını göstermektedir. Diğer bir deyişle bir af düzenlemesinin üzerinden daha üç yıl bile geçmeden yeni bir af düzenlemesi yapılmıştır.

Ülkemizde 29.05.2013 tarihli ve 6486 sayılı «Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun»un 13'üncü maddesi ile Varlık Barışı uygulaması ikinci kez getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile Gelir Vergisi Kanunu'na geçici 85'inci madde eklenerek özellikle vergi cennetlerinde var olan hesaplardaki kaynakların Türkiye'ye getirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

6486 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile gerçek ve tüzel kişilerce sahip olunan para, döviz, altın, hisse senedi, tahvil ve diğer menkul kıymetlerin Türkiye'ye getirilmesi, taşınmazların kayda alınması suretiyle milli ekonomiye kazandırılması; sahip olunan söz konusu kıymetlerin banka ve aracı kurumlara ya da vergi dairelerine bildirilmek

²⁵ Semih Öz, Dilek Özkök Çubukçu, "Af ya da Adalet: Yeni Mali Af Yasası", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Yıl: 2012, Sayı: 2, s.250

ve cüz'i bir oranda vergi (%2) ödenmek suretiyle kayda alınması ve yapılan bu beyanlardan hareketle inceleme ve soruşturma yapılması, diğer nedenlerle de inceleme yapılması veya takdir komisyonu kararına istinaden matrah farkı tespit edilmesi halinde bulunan bu matrah farklarından beyan edilen kıymetlerin tutarının düşülmesi öngörülmektedir.

Diğer yandan tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları, bu kurumların iştirak hisselerinin satışından doğan kazançları ve yurtdışında bulunan işyeri veya daimi temsilcisi aracılığıyla elde ettikleri ticari kazançları, maddede belirlenen tarihe kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması kaydıyla Gelir ve Kurumlar Vergisinden istisna edilmektedir. Ayrıca, tam mükelleflerin kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların tasfiyesinden elde ettikleri kazançları da maddede belirlenen tarihe kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması kaydıyla gelir ve kurumlar vergisinden istisna edilmektedir.

Daha henüz üzerinden iki yıl geçmiş olan 6111 sayılı Kanun'un arkasından getirilen ikinci Varlık Barışı uygulaması kamuoyunda vergiye karşı gönüllü uyumu zayıflatabilecektir. Aslında her bir yeni vergi affı vergiye gönüllü uyum açısından vatandaşın mükellef olmaktan kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmesini önlemekte, vergiden kaçınmayı artırmakta, süresinde beyan ve ödeme mükellefiyetlerinden uzaklaştırmakta ve nihayetinde de iyi niyetli ve dürüst mükellefleri olumsuz yönde etkilemektedir.²⁶

Vergi aflarının ekonomik ve sosyal hayatta olumlu ya da olumsuz birçok etkisi vardır. Bir defa vergi aflarıyla birlikte tahsil edilemeyecek alacaklar tahsil imkânına kavuşmakta ancak tahsilat mevzuatı sorgulanır hale gelmektedir. Bu düzenlemeler sayesinde Devlet borçlularının **peşine düşmekten kurtulmakta** ve zaman ve kaynak tasarrufu anlamında ciddi bir getiri elde etmektedir. Önemli miktarda bir para girişi sağlanarak devletin borçlanma gereksinimini bir ölçüde azaltabilmekte ve bütçe disiplininin sağlanmasına da katkıda bulunulmaktadır.

²⁶ Selahattin Gökmen, "Varlık Barışı Yeniden...", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2013, <http://www.vergisorunlari.com.tr/>

Afların mükellefler için de olumlu yanları yok değil. Mükellefler geçmişleri ile barışarak ve yeni bir başlangıç yapmakta ve **önceki dönemlere ait olan vergi aslı ve ferî borçlarının** taksitler halinde ödenmesi fırsatı bulabilmektedirler. Borçların yapılandırılarak taksitler halinde ödenmesi vergi borcunu zaten ödeyecek olan iyiniyetli mükelleflere borçlarının yükünü azaltma ve yatırım yapma fırsatı bulmalarına da yardımcı olmaktadır.

Vergi incelemesi ve denetimi müesseseleri af düzenlemelerinden olumsuz etkilenmektedir. Bütün mükelleflerin af düzenlemelerinden yararlanacağı gibi teorik bir düşünceden hareketle, vergi incelemeleri ve denetimleri bir süre askıya alınmakta ve bu alandaki tecrübe ve birikimler yeterince kullanılamamaktadır. Mali af düzenlemeleri mükellefleri maalesef daha sonra benzer düzenlemeler yine yapılır düşüncesine sevk etmekte ve vergi ödememeye zorlamaktadır. Af yasalarının kamuoyunda tartışılmaya başladığı zamanlardan itibaren bile mükelleflerin “Nasıl olsa mali af yasası çıkacak.” **düşüncesiyle vergi ödemeyi geciktirdikleri görülmektedir. Mali af yasaları bir çıkmazdan çıkış ya da vergi borçlarından kurtulma yolu olma şeklinde algılanmaktadır.** Vergisini zamanında ödeyen ve tüm yükümlülüklerini yerine getiren dürüst mükellefler ise vergisini zamanında ödemeyen mükelleflere göre cezalandırılmış konumuna düşmekte ve mükellefin devlete olan saygısı azalmaktadır. Mali af düzenlemelerin dürüst olan ya da olmayan tüm mükelleflerin hatta mükellef olmayan vatandaşların bile vergi bilincini ve vergi ahlakını zedelediği çokça dile getirilen hususlardandır.²⁷

Ülkemizde vergi af yasaları sebebiyle gündeme gelen bir eleştiri de vergisini düzenli ödeyen mükelleflerin ödüllendirilmemesi. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ülkemizde 2-3 yılda bir mali af düzenlemesi yapıldı ancak bunların hemen tamamına yakını yükümlülüklerini aksatan ya da hiç yerine getirmeyen mükellefleri kapsadı. Vergisel konularla ilgili olarak söz konusu düzenlemelerde dürüst mükellefler için herhangi ödüllendirme öngörülmedi. Oysa vergi yükümlülüklerini muntazam yerine getiren dürüst mükellefler, sosyal güvenlik primi peşin ödediği için kendilerine indirim yapılan mükellefler gibi küçük de olsa bir ödüllendirme bekliyor ve bunda da haklılar.

²⁷ Hasan Yesilyurt, “6111 sayılı Kanun Nasıl Yorumlanmalı”, *Yaklaşım Dergisi*, Haziran-2011, s.2-7

5. DEĞERLENDİRME

Türk vergi sistemi kaynağı açısından gelir ve kazançlar, servetler ve harcamalar/işlemler üzerinden alınan vergilerden oluşmaktadır. Vergilemede esas olan kişilerin ya da kurumların gelir ve kazançları üzerinden vergi alınmasıdır. Ancak tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de harcamalar ve işlemler üzerinden vergi alınması giderek artan bir önem kazanmıştır. Mali anesteziye (uyuşma)²⁸ uygun olduğu için yoğun bir uygulama alanı bulan özel tüketim vergisi ve katma değer vergisi gibi dolaylı vergiler bugün bütçemizi finanse eder hale gelmiştir. Son yıllarda ülkemiz bütçesinin neredeyse üçte ikisi dolaysız vergilerle finanse olmaktadır ve bu oran her geçen yıl artmaktadır. Gelişmiş ülkelerde ve OECD ülkelerinde dolaysız vergilerin toplam vergi gelirleri içindeki payı ülkemizdekinden çok daha düşüktür. Bu ülkelerde gelir ve kazançlardan alınan vergilerin toplam vergi gelirleri içindeki payı ülkemize göre yüksektir ve olması gereken de budur. Çünkü vergi her ne kadar devletin egemenlik yetkisine dayalı olarak topladığı bir kamu geliri ise de vatandaşın bilinçli ve farkında olarak ödediği bir yükümlülüktür. Dolaylı vergiler mal ve hizmetin içinde gizli oldukları için mal ve hizmet satın alırken vatandaş bu verginin farkında bile olmamaktadır. Oysa dolaysız vergiler mükellefin elde ettiği gelirden veya sermayesinden, sahip olduğu vergi bilinci veya vergi ahlakı seviyesine göre beyan edip vergi ödemesi üzerine kurulmuştur. Dolaylı vergilerin kişilerin vergi ödeme gücünü ve kişisel durumlarını dikkate almadığı için adaletsiz olduğu kabul edilen bir görüştür.

Ülkemizde maalesef dolaylı vergiler her geçen gün artan bir şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Bunda önemli bir etken sektörlerin teşvik edilmesi veya yatırımcının çekilmesi sebebiyle gelir ve kurumlar vergisi alanında ucu kaçırılan istisna ve muafiyet uygulamalarıdır. Oysa bir taraftan mükelleflerin kurumsallaşması ve güçlendirilmesi teşvik edilirken bir taraftan da bu vergilerden toplanan vergi gelirlerinin arttırılması gerekmektedir. Vergi denetimlerinin de istenen düzeyde olmaması bu vergilerden oluşan vergi erozyonunu artırmaktadır. Dolaysız vergilerdeki bu erozyon sebebiyle otorite ÖTV, KDV,

²⁸ Kişilerin, mal veya hizmetin fiyatının içine gizlenmiş olması sebebiyle ödedikleri verginin farkında olmamasıdır. ÖTV ve KDV gibi harcamalar üzerinden alınan vergiler mali anesteziye oldukça uygundur.

damga vergisi harçlar gibi harcamalar veya işlemler üzerinden alınan vergilerin konusu genişletmek veya oranlarını arttırmak gibi yöntemler denemek zorunda kalıyor ve bu da dolaysız vergilerin hayatın her alanına, her türlü mal veya hizmete yayılması sonucu doğuruyor. Servetlerden kayda değer tutarda vergi alınmaması ise adaletsizliği artırıyor ve büyük sermaye sahipleri lehine ciddi bir haksızlığa yol açıyor.

Konuya yalnızca gelir vergisi açısından bakıldığında ülkemiz vergi sisteminin bu alanda da sınıfta kaldığını görmek mümkün. Gelir Vergisi Kanunumuza gelire giren yedi adet kazanç unsuru²⁹ olmasına rağmen bu vergi yükü, büyük bir oranda ücret geliri elde eden işçiler ve memurlar üzerinde. Son yıllarda ücret gelirlerinin toplam gelir vergisi tutarına oranı yüzde 70 düzeyine gelmiş durumda. Ücretlerden elde edilen gelirler ise kaynakta kesme yoluyla tahsil edildiği için bu geliri elde edenler maaşlarını almadan vergi ödemiş oluyorlar. Teşebbüslerin (ticari kazançlar, zirai kazançlar) ve sermayenin gelir vergisine katkısı ücret gelirlerinin üzerindeki vergi yükünü hafifletemeyecek kadar düşük seviyede kalmaktadır. Ticari ve zirai kazançlar üzerindeki istisna ve muafiyet hükümlerinin bu kazanç türlerinden vergi alınmamasına yol açmakta ve yükün ücret gelirilerinin omuzlarında kalmasına sebep olmaktadır.

Kronik hale gelmiş ve çözümü kısmen de olsa vergi sistemi içerisinde aranan diğer bir sorun da cari işlemler açığı. Ülkemizin ödemeler bilançosu yıllardır cari açık veriyor. Bu açığı kapatmak için sürekli olarak ya özel tüketim vergisi oranları yükseltiliyor ya da bu verginin uygulama alanı genişletiliyor. Ancak çalışmamızın 3.2 numaralı bölümünde de belirttiğimiz gibi şimdiye kadar yapılan araştırmalarda cari işlemler açığı ile özel tüketim vergisi tutarları veya oranları arasında doğrudan bir ilişki kurulamamıştır. Çalışmalarda elde edilen bulgulara ilgili dönemlerde Türkiye’de cari açığın ÖTV’nin nedeni olduğu ve cari açığın arttığı dönemlerde ÖTV gelirlerinin de artış gösterdiği diğer deyişle, cari açığı artıran artışın, ithalat artışı nedeniyle ÖTV gelirlerini artırdığı gözlemlenmiştir. Bunca çalışma ve gözlemlere rağmen bugün hala özel tüketim vergisinin uygulama alanı artırılmaya çalışılmakta ya da ÖTV oranları yükseltilmektedir.

²⁹ Madde 2: Gelire giren kazanç ve iratlar şunlardır:

1. Ticari kazançlar, 2. Zirai kazançlar, 3. Ücretler, 4. Serbest meslek kazançları, 5. Gayrimenkul sermaye iratları, 6. Menkul sermaye iratları, 7. Diğer kazanç ve iratlar.

Başta lüks veya bağımlılık yapan ürünlerin ithalini ve kullanımı sınırlama amacı ile belli ürünler için öngörülen özel tüketim vergisi şimdilerde sayısız mal için talep edilmektedir. Bu ürünlerin nihai tüketici tarafından alınmasının azaltılması ve ithalinin kısılması için oldukça yüksek oranlar getirildi. Yurda giriş maliyetinin çok üzerinde olan özel tüketim vergisi bile var. Vatandaşın talep ettiği ürünün ülke içinde üretilmemesinin cezasını maalesef ithalatın azaltılması bahanesi ile vatandaş çekiyor ki şimdiye kadar bu uygulamanın cari açığı azalttığı vaki değil. Aksine vatandaş özel tüketim vergisi nispeten düşük olan diğer maldan daha fazla talep ediyor, neticede cari açık yine artıyor. Özel tüketim vergisi oranlarının oldukça yüksek olması Anayasamızda *“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.”* hükmüyle güvence altına alınan mülkiyet hakkına resmen olmasa da fiilen engel olmaktadır. Cari açık ihraç ettiğinden daha fazla ithal etme sorunudur. İhraç edilen veya üretimde kullanılan girdilerde dışa bağımlılık azalmadıkça cari açık azaltılamaz. Diğer bir deyişle cari açık sorunu özel tüketim vergisi ile değil, yerli otomobil ve uçak üretimi, yerli savunma sanayinin geliştirilmesi, petrole karşı alternatif enerji kaynaklarının geliştirilmesi gibi projelerle ve ara mallarına bağımlılığın azaltılmasıyla çözüme kavuşabilecek bir ekonomik sorundur. Aksi halde ekonomi büyüdükçe cari açığın da büyümesi kaçınılmazdır. Üretilmeyen ürünün talebinin yüksek ÖTV oranları ile kısılmaya çalışılması verginin sosyal amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Bağımlılık yapan diğer bir uygulamada da vergi affı düzenlemeleri. Vergi sisteminin etkinliğine bu kadar zarar veren ikinci bir uygulama göstermek zor. Bunun nedeni belirlenmiş yaptırımlara bağlanmış vergi yükümlülüklerinin hepsinin bir kenara bırakılarak yok sayılması. Maalesef vergi affı düzenlemeleri ülkemizde çok sık başvurulmuş bir enstrüman olma özelliğine kavuştu. Son doksan yılda otuzun üzerinde çıkarılmış af düzenlemesi var. Mükellefler belli zaman sonra yenisi çıkar düşüncesi ile vergisel yükümlülüklerini erteliyorlar. Kötü niyetli mükellefler ödüllendirilmiş olurken dürüst mükellefler cezalandırılmış gibi hissediyorlar. Af düzenlemelerinde dürüst mükelleflerin unutulmuş ya da ihmal edilmiş olması onların bu düzenlemeleri kabul etmesini zorlaştırıyor. Ülkemizde dürüst mükellefi ödüllendiren herhangi bir mali af düzenlemesi henüz yapılmış değil.

6. SONUÇ

Anayasa'mızın 73'üncü maddesine göre herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Maddenin ilk kısmı vatandaşa ikinci kısmı ise devlete sorumluluk yüklemektedir. Verginin konusuna giren bir olayla karşı karşıya olan vatandaş vergisini ödemekle yükümlü iken devlet, bu verginin adil ve dengeli dağılımı görevini üstlenmiştir. Ülkemizde faiz ödemeleri bir yana bırakılırsa bütçemiz fazla veriyor. Genel itibariyle bütçede öngörülen tahminler büyük bir oranda tutturuluyor. Ancak hedeflerin tutturulmasıyla aslında sorun çözülüyor. Önemli olan, gelirlerin yüzde 80'inden daha fazlasını oluşturan vergilerin adil dağılıp dağılmadığı. Bu soruya ülkemiz açısından olumlu cevap vermek ne yazık ki mümkün değil. OECD ülkelerine göre çok daha düşük vergi yüküne sahibiz ancak vergi yükü adil ve dengeli dağılmış değil. Toplam vergi yükünün yüzde 70'e yakını nihai mal ve hizmet talep eden vatandaşın üzerinde.

Gelir sahipleri ve şirketler ise bütçeye yeterince gelir aktaramıyor. Bu vergi türlerinin kanunlarındaki muafiyet ve istisnaların oldukça fazla olması vergi harcamalarını arttırıyor ve devletin kasasına giren gelirin azalmasına yol açıyor. İndirim, istisna ve muafiyet hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesi ve mümkünse azaltılarak verginin tabana yayılması gelir ve kurumlar vergisinden daha fazla gelir elde edilmesine yol açacaktır. Cari açığın azaltılması için özel tüketim vergisinin yayınlştırılması veya oranlarının arttırılması çabası, düşük gelirli vatandaş korumak isterken üst gelir grubuna sahip olan vatandaş amacı aşan vergi uygulaması ile baş başa bırakıyor. Üretilmeyen bir ürün dolayısıyla vatandaş yüksek oranlı ÖTV ödemek suretiyle cezalandırılmamalı. Kaldı ki yapılan araştırmalar özel tüketim vergisinin ithalatı azaltmaktan ziyade gelir elde etme işlevi gördüğünü ortaya koyuyor. Kronik hale gelen vergi aflarından ise artık vazgeçilmelidir. Bunun yerine vergisini düzenli ödeyen mükellefler ödüllendirilmeli, vergi bilinci ve vergi ahlakı yerleştirilmeli ve vergi cezaları daha uygulanabilir ve caydırıcı hale getirilmelidir. Ücret gelirli üzerindeki yük hafifletilerek teşebbüs gelirlerinden vergi alınma yoluna gidilmeli ve sermaye üzerinden elde edilen kazançlar verginin konusu içine alınmalıdır. Bu açılardan bakıldığında ülkemiz vergi sistemi ciddi bir

vergi reformuna muhtaçtır. Verginin tabana yayılmasına katkı sağlayacak ve dolaylı vergiler üzerindeki baskıyı azaltacak, indirim, istisna ve muafiyetleri en aza indirecek kapsamlı bir çalışma Türk mali otoritesini beklemektedir. Bu yapılmadığı sürece, devlet bütçesini ödediği verginin fakında bile olmayan ancak ciddi bir vergisel adaletsizliğe maruz kalan vatandaşın finansman edecektir.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Edizdoğan Nihat, Taş Metin, Çelikkaya Ali, "Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku", Ekin Yayınevi, Bursa. (2007), s.217
- Erdem Metin, Şenyüz Doğan, Tatlıoğlu İsmail, Kamu Maliyesi, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa-2003 s.82
- Gökmen Selahattin, "Varlık Barışı Yeniden...", *Vergi Sorunları Dergisi*, 2013
- Kırbaş Sadık, "Vergi Hukuku", 19. Baskı, s.186; Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Öz Semih, Çubukçu Dilek Özkök, "Af ya da Adalet: Yeni Mali Af Yasası", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Yıl: 2012, Sayı: 2, s.250
- Peker Osman, Hotunluoğlu Hakan, Türkiye'de Cari Açığın Ekonomik Analizi, "Atatürk Üniversitesi, İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi", Sayı1,3 s.2
- Savaşan Fatih, "Vergi Aflarına Mükellef Tepkisi: Türkiye'de Vergi Aflarından Kimler Faydalıyor?", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2006), Sayı: 12, s.151
- Sayar Fikret, "1960 Yılından Sonra Çıkarılan Vergi Af Yasaları ve Sonuçları", *Vergi Dünyası Dergisi*, 73, Eylül, 65-78
- Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, s.211
- Şenyurt İdris, "Vergi Afları ve Vergiye Gönüllü Uyum", *Vergi Dünyası Dergisi*, 2008
- Tülümce Sevinç Yaraşır, Özpençe Özay, "Türkiye'de Özel Tüketim Vergisi ve Cari Açık Arasındaki İlişkinin Analizi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 49
- Taşkın Yasemin, "Vergi Aflarının Hukuki Niteliği ve Gerekçeleri", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, s.125
- Uğur Ahmet, Akbaş Ekrem Yusuf, Şentürk Mehmet, "Özel Tüketim Vergisi Oranlarındaki Artış Cari Açığa Çözüm Olabilir mi?", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*-2012(26)
- Yeşilyurt Hasan, "6111 sayılı Kanun Nasıl Yorumlanmalı", *Yaklaşım Dergisi*, Haziran-2011, s. 2-7
- Yurdakul Ali, "Vergi Ahlakı ve Vergi Ahlakını Belirleyen Faktörlerin Analizi: Bursa İli Örneği", Dora Yayıncılık, 2013, Bursa, s.79

Sanal Kaynaklar

- http://www.bagimsizsosyalbilimciler.org/Yazilar_Gazete/Oyan_23Kas04.pdf
- <http://gokhandag.blogcu.com/dolayli-dolaysiz-vergiler-ve-vergi-adaleti-acisindan-karsilastir>

<http://ekomonya.blogspot.com.tr/2015/07/ikiz-acik-ve-ucuz-acik-kavramlari.html>
http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/total-tax-revenue_20758510-table2
<http://www.ikv.org.tr/sozluk2>.
<http://www.ekodialog.com/Konular/dolaysiz-vergi-nedir-dolaysiz-vergi-turleri-nelerdir.html.com>
<https://www.ekodialog.com/Konular/cari-islem-nedir-cari-islem-hesabi.html>
<http://www.mahfiegilmez.Egilmez> Mahfi; Türk Vergi Sistemi ve Gelir Dağılımının Bozukluğu,
<http://www.vergisorunlari.com.tr/>
<http://www.vmhk.org.tr/gecmisten-gunumuze-vergi-aflari-ve-sonuclarinin-degerlendirilmesi/>

Mevzuat Kaynakları

2709 sayılı T.C. Anayasası
193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
213 sayılı Vergi Usul Kanunu
5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu
4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu
6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

SAYIŞTAY VE BİLİRKİŞİLİK

Süha TANRIVER*

A. Sayıştay'ın Yargı Düzeni İçerisindeki Konumu

Sayıştay ile ilgili temel hukukî düzenlemeler, Anayasa'nın 160. maddesiyle 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda yer almaktadır. Bu düzenlemelere bir bütün hâlinde bakıldığında, Sayıştay'ın hukuk sistemimiz içerisinde, Sayıştay Kanunu ve diğer kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve kesin hükme bağlama işlevlerini yerine getirmeyi üstlenmiş, hem kurumsal hem de işlevsel bazda bağımsız bir kuruluş konumunda bulunduğunu söylemek mümkündür (6085 s. K. m. 3). Sayıştay'ın temel işlevi, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının, bütün gelir ve giderleriyle mallarını, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına incelemek ve denetlemektir (AY. m. 160, I; 6085 s. K. m. 4, I/a). Yine, mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi de Sayıştay aracılığıyla gerçekleştirilir (AY. m. 160, III). Sayıştay'ın inceleme ve denetleme görevleri idarî bir nitelik; buna karşılık, kanunda belirtilen sorumluların, hesap ve işlemlerinin mevzuata uygun olup olmadığının yargılama yoluyla kesin hükme bağlanması, daha teknik bir ifadeyle hesap yargılamasına ilişkin görevleri ise yargısal bir nitelik taşımaktadır. Burada sözü edilen hesap yargılamasından maksat, genel (merkezî) yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin denetlenmesi sonucunda düzenlenmiş olan raporda kendilerine işaret edilmiş bulunan sorumluların, hesap ve işlemlerinin mevzuata uygunluğunun belirlenmesi; uygun olmadığı ve bir kamu zararının doğduğu kanısına ulaşılması hâlinde de, bu zararın, sorumlulardan kesin bir biçimde tazminine karar verilmesidir. (6085 s. K. m. 2, I/e; Sayıştay Dairelerinin Çalışma Usul ve Esasları m. 3, I/ç-d).

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

Sayıştay, inceleme ve denetleme işlevlerini, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına gerçekleştirse bile, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama işlevini, tümüyle anılan kurumdan bağımsız olarak yerine getirir. Hatta, 2010 yılında yürürlüğe giren 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda, Sayıştay'ın, sadece sorumluların hesap ve işlemlerini kesin bir biçimde hükme bağlama biçiminde somutlaşan hesap yargılaması alanında değil; bunun yanı sıra, kanunlarla verilen inceleme ve denetleme görevlerini icra ederken dahi, işlevsel ve kurumsal bazda bağımsız bir biçimde hareket edeceğine açıkça vurgu yapılmıştır (6085 s. K. m. 3).

Sayıştay'ın, günümüzde, artık müstakil bir yargı çeşidi olarak tanımlanması gereken **"hesap yargılaması"** alanında üstlenmiş olduğu işlev itibariyle bağımsız bir hesap mahkemesi konumundadır.¹ Sayıştay'ın hesap yargılaması alanındaki işlevi itibariyle bir yargı or-

¹ R. Arslan/S. Tanrıver, Yargı Örgütü Hukuku , 2. Bası, Ankara 2001, s. 167; K. Gözler, İdare Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Bursa 2009, s. 314; A. Uz, "Hesapları Kesin Hükme Bağlamakla Görevli Sayıştay'ın Yargısal Kimliği", *AÜHFD.*, 2005/4, s. 361-374, s. 370-373; M. Günday, İdare Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011, s.443; Ş. Gözübüyük Yönetişel Yargı, 30. Bası, Ankara 2010, s. 58; S. Kaneti, Sayıştay'ın Anayasal Konumu, (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 3. Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Ankara 1992, s. 1007-1020), s. 1007-1008. Anayasa Mahkemesi, yeni tarihli kararlarında, eski görüşünden dönerek, Sayıştay'ın hesap yargısı alanında görev yapan bir yargı yeri konumunda bulunduğuna açıkça işaret etmiştir: "...Bu açıklamalar ışığında, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi çerçevesinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğu ve bu görevin icrası kapsamında mahkeme sıfatını haiz bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarihli ve 2014/172 E. 2014/170 K. sayılı kararı, RG., 10.01.2015, Sa. 29232). "...Bütün bu açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 günlü, E.2012/102, K.2012/207 sayılı kararı da dikkate alındığında Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiği ve bu çerçevede verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olup, bu kararlarına karşı yargı organları dâhil hiçbir makam ve merciye başvurma olanağının bulunmadığı ve yargısal sonuçlu kararlar veren bir hesap mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.2013 tarihli ve 2011/21 E. 2013/36 K. sayılı kararı, RG., 06.03.2014, Sa. 28933). "...Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve bu çerçevede verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğu, kesin hüküm vermesi nedeniyle bunu sonuçsuz veya etkisiz kılacak şekilde gerek idari gerekse yargısal makamlar nezdinde herhangi bir karar alınmasının söz konusu olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 27.12.2012 tarihli ve 2012/102 E. 2012/207 K. sayılı kararı, RG., 02.04.2013, Mükerrer Sa. 28606).

ganı, yani mahkeme niteliğini taşıdığıının² somut delillerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Sayıştay'a ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın yargı başlığı altında gerçekleştirilmiş olması.
- Anayasa'nın 68. maddesinin beşinci fıkrasında, "...Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları..." denilmek suretiyle, Sayıştay'ın bir yargı organı, hatta bir yüksek mahkeme niteliği taşıdığına, üstü örtülü bir biçimde olsa dahi açıkça vurgu yapılmış bulunması.
- Anayasa'nın 164. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Kesin Hesap Kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez.*" şeklindeki hükümde, ayrıca "*hesap yargılamasından ve sorumluların işlemlerinin karara bağlanması*"ndan söz edilmesi suretiyle, hesap yargısı bağlamında verilecek Sayıştay kararlarının yargısal bir kimliğe sahip olduğuna vurgu yapılmış bulunması.
- Kesin hükme bağlama işlevini yerine getirirken, işlevsel ve kurumsal bağımsızlığa sahip olduğuna yasal çerçevede açıkça belirtilmiş bulunması (6085 s. K. m. 3).
- Başkanı, daire başkanı ve üyelerinin, hâkimlik teminatına benzer güvencelerden yararlandırılmış bulunması (6085 s. K. m. 70, I).
- Sayıştay mensuplarının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile hiyerarşik herhangi bir bağının bulunmaması ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında Meclis Başkanlığı'ndan telkin, tavsiye ve talimat almadan, tamamen bağımsız bir şekilde hareket ediyor olmaları.

² Sayıştay'ın bir yargı organı, yani mahkeme niteliği taşımadığı yönündeki görüşler için bkz: B. Tanör, / N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 445. Hesap yargılamasının müstakil bir yargı çeşidi olmadığı ve bunu icra eden Sayıştay'ın da bir mahkeme sayılamayacağı yönünde, bkz: A. İnan, Bütün Yönleriyle Türk Sayıştayı, Ankara 1992, s. 186; A. İnan, "Sayıştay Yargılaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri" *Danıştay Dergisi*, Yıl 15, Sayı 56-57, s. 35-46, s. 43-44.

- Sayıştay Kanunu'nun, Sayıştay'ın yargı ve karar organlarının belirlenmesini konu alan 11. maddesinde, hesap yargılamasını gerçekleştiren birimler olarak daireler, Temyiz Kurulu ve Genel Kurul'a açıkça yer verilmiş bulunması.
- Sayıştay Kanunu'nun üçüncü bölümünün başlığında, **"yargı organlarının kuruluş, görev ve yetki"**lerinden söz edilmiş bulunması; 23. maddesinde, dairelerin, birer **"hesap mahkemesi"** konumunda bulunduğu hususuna açıkça vurgu yapılmış olması; 25. maddesinin ikinci fıkrasının "b" bendinde, Genel Kurul'un, içtihatların birleştirilmesi kararı alabilme yetkisine işaret edilmiş bulunması; 26. maddesinin üçüncü fıkrasında, dairelerin vereceği kararların, ancak yargı organlarının vereceği kararların tanımlanmasında kullanılan ve medenî usul hukuku alanında teknik bir kavram olan "ilâm" (6085 s. K. m. 61) kavramıyla karşılanmış; yine, dairelerce alınacak kararlara karşı gidilebilecek olan hukukî yolların, teknik bir terim olan "kanun yolları" üst başlığı altında ifade edilmiş bulunması ve Sayıştay dairelerince verilen ilâmların son hüküm merciinin Temyiz Kurulu olduğu hususuna vurgu yapılmış olması (6085 s. K. m. 26, III).
- Sayıştay'ın hesap yargılaması bağlamında vermiş olduğu kararların, maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip bulunması.
- Sayıştay Kanunu'nun 4. kısmının başlığının **"hesap yargılaması"** olarak seçilmiş ve bu başlık altında, anılan yargılama biçimiyle ilgili temel ilkelerin belirlenmiş olması; hatta adı açıkça konulmuş olsa bile, nev'i şahsına münhasır (türü kendine özgü) bir yargılama usulünün düzenlenmiş olması;³ ilâmların içeriği, tebliği, tavzihi, düzeltilmesi ve yine bu bağlamda yargılamayla organik bir ilişki kurulmak özellikle müracaat sebeplerinin teşkili bağlamında medenî yargıdan esinlenilmek suretiyle işlerlik kazanacak olan kanun yollarına ilişkin hükümlere (temyiz, karar düzeltme ve yargılamanın iadesi) yer verilmiş bulunması.
- Sayıştay dairelerinin hesap yargılaması sırasında uygulayacağı

³ Bkz. aynı yöndeki bir yaklaşım için: E. Yılmaz,/A. İnan, "Yargılama Usullerinin Önemi ve Sayıştay'ın Durumu", *Sayıştay Dergisi*, 1998 Türkiye Cumhuriyeti'nin 75. Yıl Özel Sayısı, s. 65-82, s. 70.

usulün, Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesinde, üstü örtülü olarak bir yargılama usulü biçiminde tanımlanmış ve anılan Kanun'da, yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun⁴ konuyu düzenleyen hükümlerin uygulama alanı bulacağına vurgu yapılmış bulunması.

- Yine tazminat ödenmesini öngören Sayıştay ilâmlarının, esas itibariyle, hukuk mahkemesi kararlarının, cebrî icra yoluyla yerine getirilmesiyle ilgili özel hükümler içeren 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu çerçevesinde infazının gerçekleştirileceğini öngören yasal bir düzenlemenin varlığı (6085 s. K. m. 53, II).

Öte yandan, Sayıştay'ın, inceleme ve denetleme gibi idarî nitelikteki görevlerinin varlığı, asla, onun, bir yargı organı kimliği taşımadığı anlamına gelmez. Sayıştay da, tıpkı Danıştay gibi, inceleme ve denetleme gibi idarî nitelikteki görevlerinin yanı sıra, yargısal görevleri de bulunan bir yargı organı konumundadır.

Bu bağlamda tartışılması gereken diğer bir husus da, Sayıştay'ın, yargı görevinin icrası bağlamında, yüksek mahkeme konumunda bulunup bulunmadığıdır. Kanımızca, Sayıştay, hesap yargısı alanında işlev gören yüksek bir hesap mahkemesi konumundadır. Bir mahkemenin yüksek mahkeme olup olmadığının tâyininde gözetilecek olan temel ölçüt, onun kararlarına karşı, bir başka yargı kuruluşuna müracaat olanağının bulunup bulunmadığıdır. Anayasa'nın 160. maddesinde, Sayıştay'ın hesap yargısı alanında vermiş olduğu kararlar hakkında, ilgililerin, yazılı bildirim tarihinden itibaren, bir kereye mahsus olmak üzere, yine Sayıştay bünyesinde karar düzeltme yoluna başvurabilecekleri; bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna gidilemeyeceği açık ve kesin bir dille hükme bağlanmıştır. Yapılan bu tespit çerçevesinde Sayıştay'ın, hesap yargısı alanında, ilk ve son derece mahkemesi sıfatıyla işlev gören yegâne mahkeme konumunda bulunması hasebiyle, bir yüksek mahkeme kimliği taşıdığı söylenebilir.⁵ Kal-

⁴ Şimdi anılan Kanun'a yapılan bu atfı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yapılmış saymak gerekir.

⁵ Kaneti, s. 1007-1008; Arslan/Tanriver, s. 167; E. Kuluçlu, "Sayıştayın Denetim, Yargılama ve Raporlama Görevleri Açısından Kamu Zararı Kavramı", *Sayıştay Dergisi*, 2011/82, s. 53-80, s. 78.

dı ki, Anayasa'nın 68. maddesinin beşinci fıkrasında, açıkça, "*Sayıştay dâhil* yüksek yargı organları *mensupları*" ibaresine yer verilmek suretiyle, Sayıştay'ın, yüksek bir yargı organı konumunda bulunduğu, üstü örtülü bir biçimde de olsa, anayasal çerçevede vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 160. maddesinin ikinci fıkrasına yer alan ve vergi ve benzeri malî yükümlülükler ile ödevler hakkında, Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bir uyumsuzluk çıkması hâlinde, Danıştay kararlarının esas alınacağını öngören düzenleme de, Sayıştay'ın, yüksek bir mahkeme konumunda bulunmasını engelleyici herhangi bir etki doğurmaz. Her şeyden önce, anılan düzenleme, Sayıştay'ın hesap yargılaması alanında görmüş olduğu işlevle doğrudan ilişkilendirilebilecek bir nitelik taşımamaktadır; daha ziyade, idarî nitelikteki görevleriyle bağlantılıdır. Öte yandan, bir an için, anılan anayasal düzenlemenin, Sayıştay'ın, hesap yargılaması alanındaki işleviyle ilişkilendirilebileceği düşünülse bile, bir yargı mercii olan Danıştay ile Sayıştay arasında, bazı konularda hüküm uyumsuzluğunun çıkabilmesi için de, Sayıştay'ın bir yargı mercii, bir yüksek mahkeme konumunda bulunduğu kabulü zaruret arz eder.⁶ Aksi takdirde bir yargı mercii ile idarî bir birimin kıyaslanması gibi temel bir çelişkiyle karşı karşıya kalınır.

B. Sayıştay'ın İdarî Görevlerinin İcrası Sırasında Bilirkişiye Başvurması

Sayıştay'ın idarî nitelikteki görevleri arasında yer alan inceleme ve özellikle denetleme görevinin icrası sırasında, bilirkişiye başvurusunu gerektiren hâller ortaya çıkabilir. Nitekim Sayıştay Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, Sayıştay'ın, denetimine giren kamu idarelerinin işlemlerine ilişkin kayıtlar, eşyaları, malları, görmüş oldukları hizmetler ile icra etmiş oldukları faaliyetler bağlamında, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilme yetkisinin bulunduğu hususuna açıkça vurgu yapılmış ve bu yetkinin kullanılması hâlinde de, görevlendirilecek olan bilirkişinin hukukî durumunun, yetkileriyle sorumluluğunun tâyininde "genel hükümler" in uygulanma alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, aynı Kanun'un aynı maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde de, bilirkişinin görevlendiril-

⁶ Uz, s. 370; P. Bilgen, "Sayıştay'ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri" (Bir Savaş Hikayesi) İÜSBFD, 1994/7, s. 37-54, s. 54.

mesine ilişkin esas ve usullerin yönetmelik ile düzenleneceği hususuna işaret edilmiştir.

Her şeyden önce, özellikle denetim aşamasında, bilirkişiye başvurulacaksa, bu başvurunun koşullarının neler olduğunun, hangi ilke ve kurallar çerçevesinde gerçekleştirileceğinin, bilirkişinin bu bağlamda sahip olacağı haklar ile yetkilerinin ve ödevlerinin nelerden ibaret bulunduğunun, ilke bazında da olsa kanunda belirtilmiş olması şarttır.

Bu yapılmadan, anılan hususların düzenlenmesi, tümüyle yönetmeliğe bırakılamaz. Çünkü Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve belirtilen bu düzenlemelerde yer alan hükümleri somutlaştırmak amacıyla çıkarılır. Sayıştay Kanunu'nun denetim evresinde bilirkişi görevlendirilmesini konu alan hükmü, tümüyle bu niteliklerden yoksundur. Öte yandan, anılan Kanun'da yer alan ve Sayıştay bağlamında, denetim sürecinde görevlendirilecek olan bilirkişilerin hukukî durumu, yetkileri ve sorumluluğunun tâyininde, "genel hükümler" in uygulanacağını öngören düzenleme de, bünyesinde bir belirsizliği taşımaktadır. Şöyle ki;

Sayıştay'ın denetim görevi, idarî görevleri arasında yer almaktadır. İdare hukuku bağlamında da, bilirkişinin hukukî durumunu, yetkilerini ve sorumluluğunu mevzuat bazında belirleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuat bazında, esas itibarıyla hukuk yargısı bağlamında, bilirkişilerin hukuksal statüsünü, yükümlülüklerini, yetkilerini ve sorumluluklarını belirleyen hükümler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır (HMK m. 266-287). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişilikle ilgili bu hükümleri, seçimine ilişkin olanlar hariç olmak üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan atıf uyarınca, idarî yargı alanında görevlendirilen bilirkişiler hakkında da uygulanma alanı bulacaktır. Ancak, anılan düzenlemeler, doğrudan doğruya yargıyla ilişkilidir; idarî görev kapsamında yer alan denetimle aralarında organik herhangi bir bağ kurulamaz. Ancak, Sayıştay tarafından çıkarılmış olan "*Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik*"⁷ hü-

⁷ RG. 17.12.2011, Sa. 28145. Bu Yönetmelik, bundan sonra, metin içerisinde, sadece "Yön." şeklinde anılacaktır. Metin içerisinde başka bir yönetmeliğe atıf yapıldığında, onun ismi tam olarak zikredilecektir.

kümlerine bakıldığında, sadece görevlendirme değil; hukuksal statü, yetkiler ve tâbi olunacak hukukî sorumluluk rejimi itibariyle, büyük ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişilikle ilgili hükümleriyle paralellik kurulduğu, hatta onun baz alındığı söylenebilir. Öte yandan, bilirkişinin hukuk düzeni içerisinde üstlenmiş olduğu hizmet, bir kamu hizmetidir ve bilirkişi de, kamu hizmeti gören *"diğer bir kamu görevlisi"* konumundadır⁸ (AY m. 128, I). Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin atanmaları, görevleri, yetkileri, hakları, yükümlülükleri ve sorumlulukları, ancak kanunla düzenlenir. Kanunda açıkça bir belirlemede bulunulmamış olmasına rağmen, Sayıştay tarafından çıkarılmış olan *"Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik"*'te, bilirkişinin görevi, yetkileri, yükümlülükleri, hakları hatta daha enteresanı, hukukî sorumluluğuyla ilgili özel düzenlemelere yer verilmiş bulunmasıdır. Mevzuat bazında yapmış olduğumuz bu değerlendirmeler çerçevesinde, Sayıştay tarafından çıkarılmış olan *"Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin"* hukuka aykırılığına ilişkin yapmış bulunduğumuz saptamalarımız tümüyle saklı kalmak kaydıyla, Sayıştay'da, denetim süreci evresinde, bilirkişi görevlendirilmesi mümkündür. Nitekim Sayıştay Kanunu'nun 6. maddesinde de, buna açıkça cevaz verilmiştir. Anılan Yönetmeliğin uygulanma alanı da, 1. maddesinin birinci fıkrasında açıkça vurgulandığı üzere, Sayıştay'ın denetim ve inceleme işlemleriyle sınırlıdır. Bu hususu, Yönetmelikte, bir hesap mahkemesi olarak işlev gören Sayıştay dairelerince bilirkişi görevlendirilmesi hâlinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun konuyu düzenleyen hükümlerinin işlerlik kazanacağını öngören özel bir hukukî normun (m. 1, II) sevk edilmiş bulunması da teyit etmektedir. Yine anılan Yönetmelik uygulamasında bilirkişiden maksadın, *"Sayıştay tarafından yapılacak denetim ve inceleme safhasında ortaya çıkan ve çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilgisine başvurulacak kişiler"* olduğuna işaret edilmek suretiyle, hesap yargılamasını gerçekleştirecek olan dairelerce yaptırılacak bilirkişi incelemelerinin, bu düzenlemenin kapsamı dışında kaldığı hususuna bir kez daha dikkat çekilmek istenmiştir.

⁸ Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz.: S. Tanrıver, *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 33-44.

Sayıştay'ın, görev alanına giren kamu idareleri üzerinde gerçekleştireceği denetim, düzenlilik denetimi ve performans denetimi olmak üzere, iki ana kategoriye ayrılır. Düzenlilik denetiminden maksat ise, malî denetim ve uygunluk denetimidir. Malî denetim, kamu idarelerinin hesap ve işlemleriyle, malî faaliyet, malî yönetim ve kontrol sistemlerinin değerlendirme sonuçları esas alınarak malî rapor ve tabloların güvenilirliğiyle doğruluğuna ilişkin denetimi; uygunluk denetimi ise kamu idarelerinin gelir-gider ve mallarına ilişkin hesap ve işlemlerinin kanunlara ve diğer hukukî düzenlemelere uygunluğunun incelenmesine ilişkin denetimi ifade eder (6085 s. K. m. 2). Performans denetiminden ise hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, idarelerce belirlenen hedef ve göstergelerle ilgili faaliyet sonuçlarının ölçülmesi anlaşılır (6085 s. K. m. 2, I/d). Hatta, Sayıştay tarafından gerçekleştirilecek bir başka denetim de, kanunî bir dayanağı bulunmasa bile, Sayıştay Denetim Yönetmeliği⁹ ile yaratılmış bulunan etkililik, ekonomiklik ve verimlilik denetimidir. Anılan denetim türü, kamu idarelerinin, faaliyetlerini yerine getirirken, kaynaklarını, etkinlik, ekonomiklik ve verimlilik esasları çerçevesinde yönetip yönetmediklerine ilişkin sistematik denetimi ifade eder (Sayıştay Denetim Yönetmeliği m. 1, I/e). Görüldüğü üzere, kamu idareleri üzerinde gerçekleştirilecek olan Sayıştay denetimi, çok çeşitlilik arz etmekte ve amaçları, özellikleri, nitelikleri, boyutları ve işlevleri itibarıyla birbirlerinden farklılaşmaktadır. Bu durum ise, spesifik, çoğunlukla karmaşık, mikro düzeyde alt uzmanlık alanlarının oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bir de, Sayıştay denetimine tâbi tutulmuş olan kamu idarelerinin çokluğu, her birinin nev'i şahsına münhasır özellikler arz etmesi ve iç işleyişlerinin farklılık göstermesi, denetimde yer yer zorluklarla karşı karşıya kalınmasına sebebiyet vermekte ve bu durum, zaman zaman spesifik uzmanlık alanlarında çalışan kişilerin, bilirkişi sıfatıyla oy ya da görüşüne müracaat edilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Bu bağlamda, gittikçe daha da karmaşılaşan sosyal güvenlik kurumlarının denetimi örnek olarak verilebilir. Hatta, Sayıştay'ca, denetim evresinde spesifik bazı hukuk alanları bağlamında dahi, yani özel bir uzmanlığı gerektirecek hukukî konularda bile, yargısal görevlerinin icrasından farklı olarak, bilirkişiye müracaat edilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir.

⁹ RG. 17.12.2011, Sa. 28145.

Nitekim Sayıştay'ca Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâllerin kapsamı belirlenirken **“hukuk dışında”** ibaresine yer verilmemesi suretiyle, bu hususa açıkça işaret edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, çözümü, özel uzmanlık veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişiye başvurulabilir. Ancak, denetçilerin, icra etmiş oldukları mesleğin gerektirdiği, genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Denetim görevinin yerine getirilmesi evresinde bilirkişiye başvuru ihtiyacı doğmuşsa, Grup Başkanı, Ekip Başkanı'nın bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin yetki talebini, Sayıştay Başkanlığı'na sunar. Talep, Sayıştay Başkanlığı'nca on işgünü içerisinde sonuçlandırılır ve anılan karar yazıyla bildirilir. Başkanlık tarafından bilirkişi görevlendirilmesi yetkisi verildiği takdirde, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin süreç, Başkanlık adına, Ekip Başkanı tarafından doğrudan yürütülür. Ekip Başkanı, talep müzekkeresinde, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulan konuyu, bilirkişinin çalışması gereken tahmini süreyi, bilirkişinin uzmanlık alanını ve ödenecek tahmini ücreti belirtir (Yön. m. 5). Kendisine yetki verilmiş olan Ekip Başkanı, kural olarak bir kişiyi; işin mahiyeti gerektiriyorsa birden fazla kişiyi bilirkişi olarak görevlendirebilir (Yön. m. 5-6). Kurul hâlinde görevlendirme yapılıyorsa, karar alınmasını temin amacıyla, bilirkişi kurulunun, tek sayı olacak şekilde teşkil edilmesinde yarar vardır. Oy ve görüşüne başvurulacak olan bilirkişi, Bölge Adliye Mahkemeleri Adli Yargı Adalet Komisyonları¹⁰ ile meslek odalarınca düzenlenen bilirkişi listelerinden veya kamu idarelerinde görev yapan kişiler arasından, Ekip Başkanı'nca seçilir ve görevlendirilir (Yön. m. 6). Ekip Başkanı, bilirkişiye, Yönetmeliğin 7. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şekilde yemin verdirir; bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin yazıda, bilirkişinin görev alanı ve sınırları, somut ve kesin çizgileriyle ortaya konur ve incelemesinin sonuçlarıyla oy ve görüşünü içeren raporu, hangi süre içerisinde kendisini görevlendiren maka-

¹⁰ Bölge adliye mahkemeleri, henüz yurt genelinde göreve başlamadığı için, “Bölge Adliye Mahkemeleri Adli Yargı Adalet Komisyonları” ibaresini, ağır ceza merkezleri nezdinde oluşturulmuş bulunan “Adli Yargı Adalet Komisyonları” şeklinde anlamak gerekir.

ma teslim etmesi gerektiği hususuna açıkça işaret edilir (Yön. m. 8). Bilirkişinin, raporu tevdi süresi, onun gerekçeli başvurusu üzerine, işin niteliği de gözetilerek, en fazla, verilen ilk sürenin yarısı kadar uzatılabilir (Yön. m. 9, I).

Belirlenen süre içerisinde raporunu vermeyen bilirkişi görevden alınıp; yerine bir başkası bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Bu durumda, Ekip Başkanı, görevden alınan bilirkişiden, o ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında açıklama yapmasını ve kendisine incelenmek üzere dizi pusulasına bağlanarak teslim edilen dosya ve eklerinin eksiksiz olarak hemen geri vermesini ister. Görevden alınan bilirkişilerin hukukî ve cezaî sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, Ekip Başkanı tarafından gerekçesi belirtilmek suretiyle kendilerine ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına yönelik talep, Başkanlıkça karara bağlanır. Ayrıca, Başkanlık tarafından, durum, Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonu'na, ilgili meslek odalarına veya kamu çalışanı ise kurumuna bir yazı ile bildirilir (Yön. m. 9, II, III). Süreçte görev alan bilirkişinin, bildirimde bulunma (Yön. m. 10), görevini bizzat yerine getirme (Yön. m. 11) ve sır saklama yükümlülükleri mevcuttur (Yön. m. 12). Bilirkişi, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddüdünün giderilmesini, ekip başkanından her aşamada talep edebilir. Bilirkişi, görevini yaparken, incelediği konuyla sınırlı olmak üzere, ilgililerden, gerekli bilgi ve belgeleri isteyebilir. Kamu idareleri ile ilgililer, bilirkişiye gerekli kolaylığı sağlamak zorundadırlar (Yön. m. 13). Bilirkişi, incelemesinin sonuçları ile oy ve görüşünü içeren raporunu, süresinde, kendisini görevlendiren makama teslim eder (Yön. m. 14, I). Bilirkişi, raporunda; ilgili kamu idaresinin adı, bilirkişiyi görevlendiren Ekip Başkanının adı ve soyadı, incelemenin konusu, gerekçeli sonuç, varsa kamu zararının sebep ve miktarı, raporun düzenlenme tarihi ile bilirkişinin ad ve soyadı ile unvan ve imzasının bulunması zorunludur (Yön. m. 14, II). Birden fazla bilirkişi görevlendirilen durumlarda, varsa, farklı görüşler raporda ayrı ayrı açıklanır (Yön. m. 14, III). Bilirkişi raporunda noksan veya anlaşılabilir hususlar görüldüğünde; Ekip Başkanı tarafından belirlenecek sürede yazılı açıklama istenir. İhtiyaç duyulduğu takdirde, bilirkişiden sözlü açıklamalarda bulunması da talep edilebilir (Yön. m. 14, IV). Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında hukukî değerlendirmelerde bulunamaz (Yön. m. 14, V).

Bilirkişi raporunu, Ekip Başkanı değerlendirir. Ekip Başkanı, bilirkişi raporunun bir örneğini Başkanlığa sunar. Bilirkişi raporu esas alınarak sorgu düzenlenmesi hâlinde, bu raporun onaylı bir örneği sorguya eklenerek sorumlulara tebliğ edilir (Yön. m. 15).

Sayıştay'ca bilirkişiye, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ödenir. Bilirkişi ücreti, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak tarifeler, ilgili meslek odalarının tarifeleri, emsal uygulamalar, bilirkişinin sarf ettiği emek ve zaman, incelemenin nitelik ve önemi göz önünde bulundurulmak suretiyle, Ekip Başkanının önerisi dikkate alınarak, Başkanlık tarafından belirlenir. Ulaşım, konaklama ve diğer giderler, belgeleri karşılığında, ayrıca ödenebilir. Konaklama giderleri, denetçiler için belirlenmiş olan konaklama bedelini aşamaz (Yön. m. 16) .

Sayıştay Başkanı, denetimler sırasında, denetçiler tarafından ihtiyaç duyulması hâlinde meslek mensuplarının koordinasyonunda çalışmak ve incelenecek konularla sınırlı olmak üzere, Sayıştay dışından uzman görevlendirmeye de yetkilidir (6085 s. K. m. 47, I; Yön. m. 18, I). Sayıştay Başkanının yazılı talebi üzerine, kamu idaresince uygun görülen uzman personel görevlendirilir ve her türlü yardım sağlanır. Bu şekilde görevlendirilenler, görevli oldukları sürece kurumlarından izinli sayılır ve aylık, tazminat, yan ödeme ve diğer özlük haklarından yararlanmaya devam ederler. Bu personele, görevleri süresince, 20.000 (yirmi bin) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucunda bulunacak tutarı geçmemek üzere, aylık ek ödemede bulunulur. Bu ödemeler, damga vergisi hariç, herhangi bir kesintiye tâbi tutulamaz (6085 s. K. m. 47, II). Uzman olarak görevlendirilmesi düşünülen alanda, kamu idareleri bağlamında görevlendirilecek bir kişiye ulaşılamaması hâlinde, gerçek veya tüzel kişilerden hizmet alımı yapılması suretiyle de, bu ihtiyaç karşılanabilir (Yön. m. 19).

Denetim sürecinde görev üstlenmiş olan uzmanlar, hukukî statüleri itibariyle bilirkişi konumunda değildirler. Dolayısıyla, onlar bağlamında bilirkişilikle ilgili hukukî düzenlemeler işlerlik kazanamaz. Sayıştay'ca denetim görevinin icrası sırasında kamu idarelerinden uzman görevlendirilmişse, bunların hukukî statüleri itibariyle, dene-

tim sürecinin işleyişine uzman kimlikleriyle katkı sağlayan **“teknik müşavir”** konumunda bulunan devlet memurları olduğu söylenebilir. Bunlar, kullandığı yöntemlerin ve yararlandığı bilgi kaynaklarının uygun ve yerinde olmasıyla elde etmiş oldukları sonuçlardan sorumludurlar (Yön. m. 23, I). Dolayısıyla bunların hukukî sorumluluk rejimi bağlamında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinde öngörülen hüküm uygulanma alanı bulur (karş. AY. m. 129, V; AY. m. 40, III).

Buna karşılık, denetim sürecinde uzman olarak görevlendirilen kişi, gerçek veya tüzel kişilerden hizmet alımı yapılması suretiyle temin edilmişse, bu durumda, Sayıştay ile hizmeti 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre satın alınan gerçek ya da tüzel kişi arasında kurulan hukukî bağın dayanağını, ihale sürecinin sonunda 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilen kamu ihale sözleşmesi oluşturacaktır. Dolayısıyla, Sayıştay’ca denetim sürecinde uzman olarak görevlendirilen gerçek ya da tüzel kişinin konumu, yükümlülükleri ve sorumluluğu bağlamında, bu sözleşmede özel hükümler öngörülmüşse, öngörülen bu hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Tâbi olunacak sorumluluk bağlamında Yönetmeliğin 23. maddesinde yer alan kural da, bu çerçevede anlamlandırılacaktır. Uzmanın yükümlülükleri ve sorumluluğu bağlamında kamu ihale sözleşmesinde özel hükümler sevk edilmişse, bu durumda, 4735 sayılı Kanun’un 36. maddesinde yer alan ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine yollamada bulunan özel düzenleme uyarınca Sayıştay ile denetim sürecinde görevlendirilen uzman arasındaki ilişkiye, anılan sözleşmenin bir iş görme sözleşmesi olması hasebiyle, iş görme sözleşmelerinin âdeta genel hükümleri konumunda bulunan vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler (TBK m.502, II) kıyasen uygulanacaktır. Bu çerçevede, Yönetmeliğin 23. maddesinde belirtilen uzmanın sorumluluğunun tayininde de vekilin özen sorumluluğuyla ilgili hükümler işlerlik kazanacaktır.

Sayıştay’ca gerçek ve tüzel kişiler arasından hizmet alımı suretiyle denetim sürecinde uzman görevlendirilmesi hâlinde, görevlendirilen uzmanın hukukî statüsü, özellikle vekâlet sözleşmesine ilişkin

hükümlerin kıyasen uygulanma alanı bulduğu ölçüde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde öngörülen ve Anglo-Sakson menşei bir kurum olan "*uzman tanıklık*" kurumunun bir yansıması biçiminde somutlaşan "*uzman görüşü*" kurumuyla ilişkilendirilebilir. Çünkü sözü edilen hâlde görüş talebinde bulunan kişi ile uzman kişi arasında özel hukuk hükümlerine tâbi sözleşmesel bir bağ vardır ve bu bağ, işin niteliğine göre eser sözleşmesi yahut vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanma alanı bulduğu bir iş görme sözleşmesi şeklinde somutlaşır.

C. Sayıştay'ın Yargılama Görevinin İcrası Sırasında Bilirkişiye Başvurması

Sayıştay'ın yargılama görevini icra sırasında, hangi evrede bilirkişiye başvurabileceğini ortaya koymak için, öncelikli olarak, Sayıştay yargılamasının genel işleyişi hakkında bilgi vermek gerekir.

I. Genel Olarak Sayıştay Yargılamasının İşleyişi

Sayıştay'ın yargısal görevi ile denetim görevinin icrası arasında sıkı ve organik bir bağ mevcuttur. Sayıştay denetçileri genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap ve işlemlerinin denetimi sırasında kamu zararına yol açan bir hususun varlığını tespit ettikleri takdirde, sorumluların savunmalarını da alarak, malî yıl sonu itibarıyla yargılamaya esas raporu düzenlerler ve bu raporlar ilgili malî yılı takip eden yılın en geç kasım ayı sonuna kadar Sayıştay Başkanlığı'na sunulur (6085 s. K. m. 48; Denetim Yönetmeliği m. 42). Başkanlık, bu raporları, en geç on beş gün içerisinde, hesap yargılamasının yapılacağı daireye gönderir (6085 s. K. m. 48, II, c.2). Sayıştay daireleri, kanunda açıkça vurgulandığı üzere, hesap yargılamasını ilk evrede gerçekleştirecek olan hesap mahkemeleri konumundadır. Daire başkanı, başsavcılığın yazılı düşüncesini içeren yargılamaya esas raporu başsavcılığın yazılı düşüncesiyle birlikte görüşünü bildirmesi için üyelerden birisine verir. Üye, kendisine verilen yargılamaya esas rapor üzerinde gerekli incelemeleri yapar ve yazılı görüşüyle birlikte bu raporu daire başkanlığına tevdi eder. Bunun üzerine, rapora konu edilen hesap ve

işlemlerin yargılamasına başlanır. Hesap yargılaması sırasında savcı da hazır bulunur ve görüşünü açıklar (6085 s. K. m. 49, II, III) .

Daireler tarafından yapılan hesap yargılaması sonucunda, hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna veya kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilir. Bunların dışında, gerekli görülen hususların ilgili mercilere bildirilmesine de karar verilebilir (6085 s. K. m. 50, I). Hesap yargılaması sırasında, belirli durumlarda, bazı hususlara ilişkin hesap ve işlemlerin yargılamasının durdurulması ve hükmün kapsamı dışına çıkartılması da mümkündür. Hüküm dışı bırakılan hususlara ilişkin noksanlıklar giderildikten sonra bu hesap ve işlemlerin yargılanmasına devam edilir (6085 s. K. m. 50, III) . Görüldüğü üzere, hesap yargılaması sonucunda, Sayıştay daireleri, dört türlü karar verebilmektedirler (6085 s. K. m. 50, I, III; Denetim Yönetmeliği m. 46, III/c ve Sayıştay Dairelerinin Çalışma Usul ve Esasları m.14). Bunlar:

- a) Hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna hükmedilmesi.
- b) Kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilmesi.
- c) Gerekli görülen hususların ilgili mercilere bildirilmesi.
- d) Hesap ve işlemlerin yargılamasının durdurularak, hüküm dışı bırakılması.

Sayıştay dairelerinin, ilk derece hesap mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu kararlara karşı, ilgililer, ilâmın kendilerine tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde, temyiz talebinde bulunabilirler (6085 s. K. m. 55, III). Temyiz istemini inceleyecek ve karara bağlayacak olan birim, yine Sayıştay'ın yargı organları arasında yer alan Temyiz Kurulu'dur. Yazılı bir biçimde (dilekçeyle) temyiz talebinde bulunulabilir ve Sayıştay Kanunu'nun 51. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen temyiz sebeplerinden hangisine dayanılmışsa, onun, temyiz dilekçesinde gösterilmiş olması şarttır. Temyiz dilekçesi, Sayıştay Başkanlığı'na verilir. Bu dilekçe, karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı tarafın cevap süresi, 30 gündür. Karşı tarafın cevabı temyiz edene tebliğ edilir. Temyiz eden, isterse,

15 gün içerisinde, temyizce cevap dilekçesine cevap verebilir. Onun bu cevabı da, karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, isterse, buna 15 gün içerisinde cevap verebilir. Temyiz isteminde bulunan, isterse, duruşmalı inceleme talep edebilir. Talebi yerinde görülecek olursa, Temyiz Kurulu, temyiz incelemesini, duruşmalı olarak gerçekleştirir. Temyiz incelemesi sonucunda, Temyiz Kurulu, temyiz olunan hükmü olduğu gibi veya düzelterek tasdik eder; bozar ya da Kurul üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kaldırır. Bozma hâlinde, evrak, yeniden karara bağlanmak üzere, o kararı veren daireye gönderilir. Daire, ilk kararında ısrar eder ve bu ısrar kararı temyiz edilip, tekrar Temyiz Kurulu'nca yapılan inceleme sonucunda bozma kararı verilecek olursa, daire, bu karara uymak zorundadır (6085 s. K. m. 55, VII, VIII). Temyiz kurulu, Sayıştay dairelerince verilen kararların son hüküm merciidir ve üst derece yargılamasını gerçekleştiren hesap mahkemesi konumundadır (6085 s. K. m. 26, III). Temyiz Kurulu kararlarına karşı, ilgililer, yazılı bildirim tarihinden itibaren 15 gün içerisinde, bir defaya mahsus olmak üzere, karar düzeltme talebinde bulunabilirler. Karar düzeltme talebinde, Kanun'un 57. maddesinde öngörülen sebeplerden birisine dayanılması şarttır. Temyiz Kurulu da, karar düzeltme talebini, belirtilen sebebe hasren inceler ve karara bağlar. Karar düzeltme talebi, kesin hükmün yerine getirilmesini engelleyici herhangi bir etki doğurmaz. Karar düzeltme talebinde bulunulması ve bu talebin incelenmesi, temyizle ilgili usul dairesinde gerçekleştirilir (6085 s. K. m. 57, II). Burada fevkalâde önem taşıyan nokta, Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça vurgulandığı üzere, Sayıştay yargılamasında, karar düzeltmenin, ancak kesin hüküm niteliği taşıyan kararlara karşı gidilebilecek bir hukukî yol, olağanüstü bir kanun yolu konumunda bulunduğuur.

Sorumluların bağlı olduğu kamu idareleri, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Maliye Bakanlığı, ilgili muhasebe birimi ve Başsavcılık tarafından yargılamanın iadesi istenebileceği gibi; Sayıştay dairelerince de, doğrudan doğruya yargılamanın iadesine karar verilebilir. Yargılamanın iadesi sebeplerinin neler olduğu, sınırlı bir biçimde, Sayıştay Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Yargılamanın iadesi talebinde bulunma süresi, ilâmın tebliğinden iti-

baren beş yıldır (6085 s. K. m. 56, III). Yargılamanın iadesi talebinde bulunulmuş olması, Sayıştay ilâmının icrasını engelleyici herhangi bir etki doğurmaz. Yargılamanın iadesi talebini inceleyen daire, gerekli gördüğü takdirde, teminat karşılığında icranın geri bırakılmasına karar verebilir (6085 s. K. m. 56, V). Sadece yazılı biçimde (dilekçeyle) yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilir (6085 s. K. m. 54, I). Dilekçede dayanan yargılamanın iadesi sebebinin belirtilmesi şarttır. Çünkü, yargılamanın iadesi talebinin esastan incelemesine geçildiği takdirde, yeni yargılama, dayanan iade sebebine hasren yapılır (6085 s. K. m. 56, V). Yargılamanın iadesi talebi, ilk hükmü vermiş olan dairece incelenir ve karara bağlanır.

II- Sayıştay Yargılamasında Bilirkişiye Başvurulması

Sayıştay yargılamasının işleyişine ilişkin olarak yukarıda verilmiş olan genel izahattan da açıkça anlaşılacağı üzere, Sayıştay yargılaması bağlamında, vakıa ya da hüküm mahkemesi sıfatıyla hareket eden, yani uyuşmazlığı gören, bu bağlamda vakıa tespiti ve delil değerlendirmesini yapan ve somut uyuşmazlık hakkında da hükmü veren birimler, ilk derece mahkemesi sıfatını taşıyan dairelerdir. Temyiz Kurulu ise, başvuru üzerine, dairelerin almış olduğu kararları, salt hukuka uygunluk yönünden denetleyen yargı organı birimi konumundadır. Yine, karar düzeltme evresinde de, dayanan sebepler çerçevesinde, Temyiz Kurulu, kendi kararını hukuka uygunluk yönünden bir kez daha gözden geçirmektedir. Bu durum gözetildiğinde, hesap yargılaması evresinde bilirkişiye başvurulması, ancak ilk derece mahkemesi sıfatıyla hareket eden daireler bakımından söz konusu olacaktır. Çünkü, bilirkişiye başvuru, sağlıklı ve doğru bir biçimde vakıa tespiti yapılmasıyla ilişkili bir husustur ve bu tespit de, ancak ilk derece yargılamasını gerçekleştiren daireler bakımından ortaya çıkabilir. O hâlde, sadece hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı bir incelemeyi konu alan, vakıa tespiti ve delil değerlendirmesine ilişkin herhangi bir irdelemenin ve değerlendirmenin yapılmasını kapsamı dışında tutan, üst derece yargılamasının aracı şeklinde somutlaşan, temyiz ve karar düzeltme aşamaları bakımından, bilirkişilik kurumu işlerlik kazanamayacaktır. Buna karşılık, istisnaen de olsa işlerlik kazanan bir hukukî

yol konumunda bulunan yargılamanın iadesi talebi kabul edilmişse, dayanılan yargılamanın iadesi sebebi çerçevesinde, hesap yargılaması, yeniden, ilk derece yargılaması biçiminde gerçekleştirileceği için, bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulabilecektir. Sayıştay Kanunu'nun 56. maddesinde bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlediğinin ortaya çıkması -ki, bu durumun kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararıyla sabit olması ilke olarak şarttır- yargılamanın iadesi sebepleri arasında sayılmıştır (6085 s. K. m. 56, II/e). Yargılamanın iadesi, ilk hükmü vermiş olan mahkeme kararlarına karşı gidilebilen ve bu mahkemelerce incelenip karara bağlanabilen bir hukukî yol olup, Sayıştay yargılamasında da bu işlevi daireler yerine getirdiğine göre, yargılamanın iadesi sebebi olarak öngörülen bilirkişiyle ilgili özel durum, ancak daireler önünde cereyan eden yargılama evresinde ortaya çıkabilir; dolayısıyla da, ancak anılan evrede, bilirkişiye müracaat söz konusu olabilir.

Sayıştay Kanunu'nun hesap yargılaması başlığını taşıyan dördüncü kısmının ikinci bölümünde "Hesap Yargılamasına İlişkin Diğer Hususlar" başlığı altında, kendisine yer verilmiş olan 61. maddesinde, *"Bu kanunda yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır"* şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesinde yapılmış olan bu atfı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, anılan Kanun'un, hakkında düzenleme bulunmayan hususlarda işlerlik kazanabilecek olan kurumlarıyla ilgili hükümlerine yapılmış saymak gerekir. Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesinde, hesap yargılaması bağlamında yargılama usulüyle kastedilen, ilk derece hesap mahkemeleri sıfatıyla dairelerce gerçekleştirilecek olan yargılamayla ilgili ilke ve kurallardır. Anılan düzenlemede, kanun yollarının açıkça ayrık tutulmuş olması da, yargılama usulü ile murat edilenin, üst derece yargılaması değil, ilk derece yargılamasıyla ilgili ilke ve kurallar olduğunu ortaya koymaktadır. Sayıştay Kanunu'nun 48 ila 52. maddeleri arasında yer alan hükümler, ilk derece yargılamasıyla, yani dairelerce gerçekleştirilecek olan yargılamayla ilgilidir. Öngörülen bu hükümlere bakıldığında, bilirkişilik kurumuna müracaat ve bu bağlamda işlerlik kazanacak olan düzenlemelere hiç yer verilmediği

aşikâr bir biçimde ortadadır. O hâlde, Sayıştay dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla gerçekleştirecekleri hesap yargılaması evresinde, bilirkişiye başvuruya ihtiyaç duyulması hâlinde, Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan genel atıf uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişilikle ilgili hükümleri uygulanma alanı bulacaktır (HMK m. 266 ila 287). Keza, yargılamanın iadesi talebinin esastan kabulü hâlinde, tekrar ilk derece yargılaması evresine dönüleceği için, dayanılan ve kabul gören iade sebebi çerçevesinde, ilk kararı vermiş olan dairece gerçekleştirilecek olan hesap yargılamasının cereyanı sırasında da, ihtiyaç duyuluyorsa bilirkişiye gidilebilecek; bu bağlamda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bilirkişilikle ilgili hükümleri işlerlik kazanacaktır.

Bu çerçevede, Sayıştay daireleri, çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verebilecektir. Mesleğin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda ise, bilirkişiye başvurulamayacaktır. Yani, Sayıştay daireleri bağlamında da, hukukî sorunlarda bilirkişiye başvuru yasağı vardır (HMK m. 266; AY m. 138, I). Kendisine görev verilecek olan bilirkişi de, raporunda ve sözlü açıklamalarında hukukî değerlendirmelerde bulunamaz (HMK m. 279, IV). Sayıştay'ın görev alanı hesap yargılamasıdır. Sayıştay'ın görev alanıyla ilgili kamu idarelerinin çok çeşitlilik arz etmesi ve bunların her birinin hesap düzenleriyle iç işleyişlerinin, amaçlarının, özelliklerinin, niteliklerinin, boyutlarının ve işlevlerinin birbirlerinden farklılık göstermesi, spesifik, çoğunlukla karmaşık, mikro düzeyde alt uzmanlık alanlarının özel ve teknik bilgilerinden yararlanma ve bu bağlamda uzman kimliği bulunanlara bilirkişi sıfatıyla başvurulması ihtiyacını doğurabilir. Yani, Sayıştay yargılaması evresinde, spesifik olsa bile, hukukî konularda değil; ancak yargılaması gerçekleştirilen hesaplarla ilgili özel, teknik ve karmaşıklık arz eden incelemelerin gerçekleştirilmesi için bilirkişiye müracaat edilebilecektir.

Sayıştay yargılaması evresinde, kural yalnızca bir kişinin bilirkişi sıfatıyla görevlendirilmesidir. İhtiyaç duyuluyorsa, gerekçesi açıkça gösterilmek suretiyle, tek sayıda birden fazla kişiden oluşacak bir kurulun, bilirkişi olarak görevlendirilmesi de mümkündür (HMK

m. 267). Bilirkişinin görevlendirilmesi, Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonu'nca tutulan bilirkişi listelerinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilecektir (HMK m. 268, I). Hesap yargılaması evresinde bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin yazıda, onun görev alanı ve sınırları açık ve kesin bir dille ortaya konulmalı; bu yapılırken, oy ve görüşüne başvurulmuş hususlar somut sorular hâline getirilmeli ve bilirkişinin oy ve görüşünü, hangi süre içerisinde kendisini görevlendiren makama iletmesi gerektiği hususuna da açıkça vurgu yapılmalıdır (HMK m. 273). Bilirkişiye raporun hazırlanması için verilecek olan süre, üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, gerekçesi de gösterilmek kaydıyla, raporu tevdi süresinin üç ayı geçmemek üzere, bir kez daha uzatılması mümkündür (HMK m. 274, I). Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi, görevden alınıp yerine bir başka kimse bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Bu durumda, Sayıştay dairesi, görevden alınmış olan bilirkişiden görevden alındığı ana kadar yapmış olduğu işlemler hakkında açıklama yapmasını talep eder ve ayrıca bilirkişinin dizi pusulasına bağlı biçimde görevi sebebiyle incelenmek üzere kendisine teslim edilmiş bulunan dosyayla eklerini daireye tevdi etmesini ister. Sözü edilen bilirkişilerin hukukî ve cezaî sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekiyorsa kendilerine ücret ve masraf adı altında hiçbir ödeme yapılmamasına da karar verilebilir; hatta onun, bilirkişilik görevinden belirli bir süre yasaklanması yahut bilirkişi listesinden çıkartılması için gerekli girişimlerde de bulunulabilir (HMK m. 274, II).

Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise, bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını daireden talep edebilirler (HMK m. 281, I). Daire, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir (HMK m. 281, II). Daire, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir (HMK m. 281, III).

Sayıştay dairesi, bilirkişi raporunu, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir (HMK m. 282).

Bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor tanzim etmiş olmasının ortaya çıkması, Sayıştay yargılaması bağlamında da yargılamanın iadesi sebeplerinden birisini oluşturur (6085 s. K. m. 2/d; karş. HMK m. 375, I, f). Aynı zamanda, bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş bulunması, Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde öngörülen suça vücut verir.

Bilirkişinin, yemin etme (HMK m. 271), tarafsız davranma (HMK m. 272), haber verme (HMK m. 275), görevini bizzat yerine getirme (HMK m. 276), sır saklama (HMK m. 277) gibi kamu hukuku karakterli yükümlülükleri mevcuttur. Bilirkişi, hesap yargılamasını gerçekleştiren yargı yerinin sevk ve idaresi altında, üstlenmiş olduğu görevi yerine getirir (HMK m. 278). Kendisine, sarf etmiş olduğu emek ve mesaiyle orantılı bir ücret ile inceleme, ulaşım, konaklama ve diğer giderleri ödenir. Ücretin tâyininde, Adalet Bakanlığı'nca çıkarılmış olan Bilirkişi Ücret Tarifesi esas alınır.

Bilirkişinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, dairece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için, Devlete karşı tazminat davası açabilirler (HMK m. 285, I). Devlet, ödediği tazminat için, sorumlu bilirkişiye rücu eder (HMK m. 285, II).

Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendi anlamında kamu görevlisi konumundadır. Dolayısıyla, memurların işleyebileceği tüm suçları işleyebilir.

Sayıştay dairelerince yargılama evresinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinin öngördüğü anlamda uzman görevlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan düzenlemede, yargı organına doğrudan doğruya bilimsel görüş almak için, uzmana müracaat etme olanağı tanınmamıştır. Uzmandan görüş alma hakkı, tümüyle taraflara aittir. Taraflar, uzmandan görüş almış ve bunu yargılama evresinde yargı organına sunmuşsa, yargı organı talep üzerine ya da kendiliğinden görüş alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar

verebilir. Uzman kişi, davet edildiği duruşmaya, geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor, yargı organınca herhangi bir değerlendirmeye tâbi tutulmaz (HMK m. 293, II, III).

Bu bağlamda vurgulanması gereken diğer bir husus da, uzmandan, hukukî konularda dahi bilimsel mütalaa alınması mümkün olduğu ve uzmanın görüşünün belgeye bağlı yazılı taraf beyanı konumunda bulunduğuudur. Olması gereken hukuk açısından, Sayıştay yargılaması bağlamında da, onun idarî görevleri arasında yer alan denetim süreci evresinde olduğu gibi, ihtiyaç duyduğu hususlarda doğrudan uzmanından bilimsel mütalaa alabilmesi olanağının yaratılması da uygun olur.

TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ HAKSIZ ŞARTLARIN BAĞLAYICI OLMAMASININ SONUÇLARI

THE RESULTS OF THE UNFAIR TERMS THAT ARE NOT BINDING IN CONSUMER CONTRACTS

Süleyman TOPAK*

Özet: Teknolojinin gelişmesiyle birlikte tüketici sözleşmelerinde de değişiklikler meydana gelmiş ve klasik sözleşmeler dışında standart sözleşme denilen yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bu standart sözleşmeler nedeniyle birçok tüketici mağdur olmuş ve uzun süre satışların dayattıkları hükümlerle sözleşme yapmak zorunda kalmışlardır.

Bu nedenle ilk olarak 4822 sayılı Kanun ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların genel durumu düzenlenmiştir. Sonrasında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesinde tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların tanımı, hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızda, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartları ve bu şartların bağlayıcı olmamasının sonuçlarını detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Sözleşmeleri, Standart Sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Haksız Şartlar.

Abstract: Changes have occurred in consumers contracts with the development of technology and a new contract model has emerged called "standard contract" exclusive of classical contracts. Because of the standard contracts many consumers have been aggrieved and have forced to make contracts that includes some provisions which are imposed by dealers.

Therefore, at first overall conditions of the unfair terms in consumer contracts in Turkish Law on Consumer Protection (No 4077) which is amended by Law No 4822 in 2003 are arranged. Subsequently, the definition of unfair terms, provisions and consequences in the 5th article of Turkish Law on the protection of consumers are arranged.

In this article, unfair terms in consumer contracts and the consequences of the conditions that are not binding will be examined in detail.

Keywords: Consumer contracts, standard contracts, Turkish Law on Consumer Protection, unfair terms.

* Avukat, Kayseri Barosu. Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, Erciyes Üniversitesi

GİRİŞ

Çağımızda, üretim ve pazarlama tekniklerindeki değişiklikler ve bunların sonucu olarak ortaya çıkan, önceden, tek taraflı olarak ve birden çok kişiyle imzalanması amacıyla düzenlenen tip sözleşmelerin satıcılar tarafından sıklıkla kullanılmasıyla birlikte, tüketici haklarının korunması bakımından, “genel işlem koşulları” olarak adlandırılan bu şartlar özel bir önem taşımaya başlamıştır.

“Haksız şartlar” terimi ise ilk olarak tüketici sözleşmelerinde yer alan kötüye kullanılabilir kayıtlara karşı tüketicinin korunması amacıyla Avrupa Birliği Konseyi tarafından kabul edilen 5 Nisan 1993 tarih, 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönergede kullanılmıştır.¹ Ülkemizde ise tüketicinin haksız şartlara karşı korunmasıyla ilgili ilk somut düzenleme, 2003 yılında, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un² 6.maddesinin, 4822 sayılı Kanun’la³ değiştirilmesiyle olmuştur.⁴ En son ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun’un⁵ 5.mad-

¹ 93/13 sayılı Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Kayıtlar Hakkında Yönerge’nin 6.maddesinde haksız şart; “ Üye Ülkeler, bir satıcı veya tedarikçi ile tüketici arasında akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartların, ulusal yasalarında hüküm altına alındığı üzere, tüketiciyi bağlamayacağı ve sözleşme, eğer haksız şartlar olmaksızın var olmaya devam edebilecekse, o şartlar altında tarafları bağlamaya devam edeceği kuralını getireceklerdir. şeklinde belirtilmiştir.

² (RG. 08.03.1995, S.22221).

³ (RG. 14.03.2003, S.25048). 6.madde hükmü; “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 haksız şarttır.- Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.- Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.- Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükümünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ TKHK.’un önceki halinde haksız şartlara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte; 2003 yılında yapılan değişiklik ile haksız sözleşme koşulları kanun kapsamında yer almıştır. TKHK.’da yapılan bahse konu değişiklik, AB mevzuatının iç hukukumuzla uyumlaştırılması zorunluluğunun sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. (Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Bası, Ankara 2004, s.156 vd).

⁵ (RG. 28.11.2013, S.28835).

desinde düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesine göre; *"Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dü-rüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır. -- Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan hak-sız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hü-kümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.-- Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu is-patla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsur-larının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.-Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kul-lanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır ol-maması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.-- Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.--Bir sözleşme şar-tının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşme-nin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.-- Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hiz-metin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.--Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere ha-zırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çı-karılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.-- Haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartları yönetmelikle belirlenir."*

Aynı maddenin son fıkrasında, haksız şartların tespit edilmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile sınırlayıcı olmamak üzere

usul ve esaslar hakkında bir Yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Bu yönetmelik ilk olarak 13.06.2003 tarihinde “Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” adıyla çıkarılmış⁶, daha sonra 17.06.2014 tarih, 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve eski yönetmeliği mülga eden, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

Bu çalışmamızda tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların tüketici yönünden bağlayıcı olmamasının sonuçlarını 01.07.2012 tarihinden itibaren Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeyle karşılaştırmak suretiyle detaylı bir şekilde inceleyeceğiz.

I- HAKSIZ ŞART KAVRAMI

A.Genel Olarak

Günümüzde ulaşılan kütsel üretim, sözleşmelerin de kütselleşmesine yol açmıştır. Yığınlara mal ve hizmet sunan işletmeler ve bunların birlikleri, bu sözleşmelerden aleyhlerine olarak çıkabilecek sorunları bertaraf edebilmek için, uzman hukukçularına, çeşitli sözleşme tipleri hazırlatmaya başlamışlardır.⁷ Bu sözleşme türleri ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve seyri içinde hiç de adil olmayan ve öyle görünse de gerçek anlamda bir irade özerkliğinden bahsedilemeyecek sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Daha doğru ifadeyle, sözleşme serbestisi ilkesi, kapitalist ekonomik işleyişte, güçlü sermaye gruplarının hakimiyeti karşısında iradesini sağlıklı şekilde ortaya koyamayan, hatta içinde bulunduğu koşullar gereği sağlıklı bir irade oluşturmamış bireyleri koruyamamıştır.⁸

Tüketiciler, işletmeler karşısındaki psikolojik ve entelektüel zaafı nedeniyle, sözleşme içeriğinin belirlenmesinde etkili olamamakta; sözleşme tek taraflı olarak müteşebbis tarafından adeta dikte edilmektedir. Dikte edilen bu şartlar ise genelde hep tüketiciyi mağdur eden bir nitelik arz etmekte, Borçlar Kanununda yedek hukuk kuralları ile tanınmış

⁶ (RG. 13.06.2003, S.25137).

⁷ Ayşe Havutçu, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003, s.2 vd.

⁸ Umut Yeniocak, “Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, Sayı 107, s.76.

olan düzenleme marjı işletmeler lehine suistimal edilmektedir. Ayrıca standart sözleşmelerin kullanıldığı hallerde tüketicinin akdettiği her bir sözleşme için tek tek sayfalarca uzunluktaki metinleri okuması, rakip işletmelerinki ile mukayese etmesi ve kendisi için en elverişli olanı bulmaya çalışması ekonomik açıdan rasyonel bir davranış da sayılamayacaktır.⁹ Uygulamada hizmet sunucular (bankalar, gsm operatörleri, internet sağlayıcıları, elektrik, su, doğalgaz sağlayıcıları vb.) uzunlukları 15 ile 50 sayfa arasında değişen ve genellikle karmaşık terimler içeren sözleşmeleri gerek tüketicilere gerekse tacirlere imzalatmak zorunda bırakmakta ve beğenilmeyen sözleşme hükmünün sözleşmeden çıkarılması talep edildiğinde ise *“işine gelse de gelmese de bunu imzalayacaksın”* hitabıyla hizmet almak isteyen tarafın isteklerini hiçe saymaktadırlar.

Bu şekilde ve tek taraflı olarak oluşturulan sözleşme şartları, genellikle satıcının sorumluluğunu sınırlayıcı veya ortadan kaldırıcı, sürpriz sonuçlar doğurur. Tüketici genellikle, bu sözleşme koşullarını okuyacak zamana ve bilince sahip değildir. Okusa bile bir şey anlamayacaktır. Hatta uzman hukukçular için dahi, fark edilmesi zor tuzaklar bulunmaktadır. İşte bu şekilde haksız ve tek yanlı olarak hazırlanmış sözleşme koşullarına karşı tüketicinin korunması gerekmektedir.¹⁰

Tüketicinin korunması alanında genel işlem şartları, her ne kadar ekonomideki gelişmelerin yaşandığı, çok çeşitli mal ve hizmetlerin sunulduğu bir dünyada belli bir satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicilere yönelik bir sözleşme şeklinde ortaya çıkarak ticari hayatı kolaylaştırırsa da özellikle sözleşmenin zayıf tarafı bakımından sakıncaları da beraberinde getirdiği gözlenmiştir.¹¹

93/13 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinde yapılan düzenlemele-
rin iç hukukumuza aktarılması niteliğindeki Tüketicinin Korunması

⁹ Yeşim M. Atamer, “Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını”, Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s.28.

¹⁰ İ.Yılmaz Aslan, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2014, s.309; Aynı yönde bkz. Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.35.

¹¹ Şebnem Akipek, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi”, 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s.332.

Hakkındaki Kanun'un 5.maddesine göre, "haksız şart", "Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinin (c) bendine göre, haksız şart, "Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarını" ifade etmektedir.

Haksız şartların en çok yer aldığı sözleşmeler, bankalar ile tüketiciler arasında yapılan kredi sözleşmeleri, sigorta, taşımacılık, elektrik, su v.b hizmetlerin sunumu gibi alanlar olmakla bu tür sözleşmeler giderek yaygınlaşmaya başlamıştır.¹² Bu alanlarda yapılan sözleşmelerde yer alan haksız şartların denetimi ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri gereği olacaktır. Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.5 uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirmiş, buna karşılık tüketici olmayanlar özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem koşullarının denetimi düzenleme alanı dışında bırakılmıştır.¹³

II- HAKSIZ ŞARTLARIN UNSURLARI

A.Tüketici İle Müzakere Edilmemesi

Tüketici sözleşmesindeki bir kaydın haksız şart olarak değerlendirilmesi için, öncelikle, bu kaydın tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olması gerekir.¹⁴ Zira Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. ve Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddelerinde, "Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen şartlar" şeklinde yer alan ifade ile, bir kaydın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için, tüketici ile müzakere

¹² Akipek, s.331; Ömer Çınar, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2009, s.20.

¹³ Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi,TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu,Bildiriler,Tartışmalar, BATİDER, Ankara 2012, s.10.; ayrıca bkz (TKHK m.2 ve 3).

¹⁴ Akipek, s.333; Aslan, s.317; Çınar, s.21.

edilmeden sözleşmeye konulması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁵ Madde gerekçesinde de bu konuya açıkça değinilmiştir.¹⁶ Görüldüğü gibi karşı taraf önceden tek yanlı olarak hazırlanan koşulları önceden görüp içeriğine etki edemediği gibi sözleşme görüşmelerinde pazarlık konusu da yapamamaktadır. Böylece sözleşme özgürlüğünün en temel ilke-lerinden olan *“ tarafların eşitliği ”* ilkesi zedelenmiş olmaktadır.¹⁷ Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, TKHK m. 5/7’ye göre, sözleşme şartının haksız olup olmadığının değerlendirmesinde asıl borçlar arasındaki veya mal ve hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen bedel arasındaki denge dikkate alınmamalıdır. Sözleşme, açık ve anlaşılır olduğu sürece, tarafların edimleri, borçları arasındaki dengeye müdahale edilmemeli ve *“doğru fiyat”* tespit edilmemelidir. Yani sözleşmenin asli edimlerine ilişkin düzenlemeler haksız şart olarak nitelendirilmemeli ve bu edimlere müdahale edilmemelidir.

Müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultusunda şartlarda değişiklik yapmaya hazır olması hususunun da varlığı gerekmektedir.¹⁸ Dolayısıyla öncelikle böyle bir emarenin varlığı halinde sözleşmeye konan haksız şartların denetime tabi olup olmadığı belirlenebilecektir. Zira burada önce bakılması gereken husus taraflar arasında müzakere, pazarlık olup olmadığıdır. Eğer tarafların denk bir pazarlık iktidarına sahip olduğu kabul edilebiliyorsa o zaman bu söz-

¹⁵ Aslan, s.318; Atamer, s.74; Çınar, s.21.

¹⁶ 6502 Sayılı Kanun m.5 gerekçesi; *“Uygulamada özellikle matbu standart sözleşmeleri aynen kabul etmek veya kurmak istediği sözleşmeden vazgeçmek seçeneği karşısında bırakılan tüketiciler, genelde sözleşmeyi kurmayı tercih etmektedir. Oysa hiçbir şekilde pazarlık edilmeden, hatta genelde okunmadan kabul edilen bu sözleşme şartları arasında, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden olan hükümler vardır. Kanunun 5 inci maddesi uyarınca bu hükümler haksız şart olarak nitelendirilir. Haksızlığın göstergesi, karşılıklı hak ve yükümlülüklerde bir dengesizliğin olması ve bunun dürüstlük kuralına aykırı düşmesidir. Sadece pazarlık edilmeden sözleşme içeriği olan şartların denetime tabi olduğu ise gözden kaçırılmamalıdır. Tarafların irade özerkliği asıldır. Denkler arasında bir pazarlık gerçekleşmiş ve sözleşme içeriği buna göre belirlenmişse haksız sözleşme şartı değerlendirilmesi yapılamaz”*.

¹⁷ Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.188-189; Atamer, *GİŞ Sempozyumu*, s.14-15.

¹⁸ Akipek, s.333.

leşme bireysel bir sözleşmedir ve sözleşme hükmü haksız şart olarak nitelendirilemez.¹⁹

Yargıtay'a göre²⁰, “Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, **tarafaların karşılıklı müzakereleri sonucu değil**, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile, Avrupa Konseyi’nin 05.04.1993 tarihli, 1993/13/AET Yönergesinde ve bu yönergeyi iç hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür.” şeklindeki kararı ile haksız şartın tanımlanmasının ilk unsurunun, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye konan hükümler olduğu açıkça belirtilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde ve Yönetmelikte, sözleşmenin bazı kayıtlarının müzakere edilmiş olması durumunda, müzakere edilmeyen sözleşme kayıtlarının haksız şart olarak değerlendirilmesi açısından, *standart sözleşme* ile bağlantı kurulmuştur. Buna göre, sözleşmenin bütün olarak yorumlanması sonucunda, standart sözleşme niteliğinde olduğu anlaşılırsa, bir kaydın belirli unsurlarının veya sözleşmenin münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, bu sözleşmenin müzakere edilmeyen kayıtları açısından, haksız şart hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir.²¹ Ayrıca standart sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış olan hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği karinesi getirilmiş olup, standart sözleşmenin bazı hükümlerinin müzakere edilmesinin onu standart sözleşme olmaktan çıkarmayacağı ve girişimcinin, standart sözleşmede yer alan kaydın münferiden tartışıldığını ileri sürmesi halinde, bunu ispat yükünün de kendisine ait olacağı kabul edilmiştir.²²

Taraflar arasında müzakere gerçekleşmişse bunun ispatı da söz

¹⁹ M.Yeşim Atamer, “Genel İşlem Koşulunu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.104.

²⁰ Yarg.13.HD., 03.07.2014 T., 2014/22198 E., 2014/22790 K., (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)

²¹ Çınar, s.22.

²² Sevilay Uzunallı, “Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi”, İÜHF Mecmuası, C.71,S.2. İstanbul 2013, s.402.

konusu olmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.6/ III'de bu konuya ilişkin bir karine yer almaktadır. Buna göre; eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşme- de yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleş- me şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmektedir. Bu durumda, sözleşme şartlarının tüketici ile müzakere edilmediği ko- nusundaki karinenin aksini ispat satıcı ve sağlayıcıya düşmektedir.²³ Uygulamada sözleşmelere veya sözleşmenin eki mahiyetindeki bazı kağıtlara, *"sözleşmenin tüm hükümlerinin müşteri ile müzakere edildiği ve mutabık kalındığı, dolayısıyla müşterinin sözleşme hükümlerinin hiçbirine iti- razı olmadığı"* şeklinde kayıtlar düşülmektedir. Bu kayıtlar da tamamen geçersizdir. Zira sözleşmenin hazırlayıcısı ve kullanıcısı konumunda olan taraf kanunu dolanmak suretiyle ileride kendisine bir zarar do- kunmaması amacıyla bunu gerçekleştirse de bu tür kayıtlar TBK 20/3 maddesi gereğince de geçersiz olacaktır.²⁴

B. Dürüstlük Kuralına Aykırı Olarak, Tüketici Aleyhine Dengesizlik Oluşturması

Özel hukukun pek çok esasında hatta kamu hukukunda da uygu- lama alanı bulan hakların kullanılması ve borçların ifasında uyulması gereken genel ilke MK m.2'de *"dürüstlük kuralı"* olarak adlandırılmıştır.²⁵

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5.maddesinde, tüke- tici sözleşmelerinde, bir sözleşme kaydının haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmemiş olmasının yanında, bu kaydın tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesiz- liğe neden olmasını aramıştır.²⁶

²³ Akipek, s.334.Aydoğdu, s.189.

²⁴ Ayrıca 6502 sayılı TKHK m.5/3 de *"Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi dü- zenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurla- rının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez."* hükmü gereğince de yazılan bu şekildeki kayıtlar hüküm ifade etmeyecektir.

²⁵ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 20.Bası, İstanbul 2014,s.52.

²⁶ Akipek, s.333; Aydoğdu, s.191; Aslan, s.320; Çınar, s.24; ayrıca bkz. (6502 sy. TKHK m.5/I; TSHŞHY m.5/I,b) Aynı Yönde Yarg.3.HD., 18.12.2014 T., 2014/13539 E.,

Bununla ilgili olarak Yargıtay verdiği bir kararda²⁷ “Davacı eldeki dava ile, davalı banka ile imzaladığı kredi sözleşmesi nedeni ile kendisinden farklı isimler altında tahsil edilen bedellerin iadesini istemekte olup, dairemizin yerleşik içtihatlarında da vurgulandığı üzere, davalı bankanın tacir olup, yaptığı masrafları tüketiciden isteme hakkı bulunduğu anlaşılmakta ise de, somut uyuşmazlığın tüketici hukukundan kaynaklandığı da gözetildiğinde, bankanın ancak davaya konu kredinin verilmesi için zorunlu, makul ve belgeli dosya masraflarını tüketiciden isteyebileceğinin kabulü gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmadaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen hayat sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne olanak bulunmamaktadır.” şeklinde hüküm kurmuş ve sözleşmede önceden tek taraflı olarak belirlense dahi dürüstlük kuralına aykırı olmayan ve tüketici lehine olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Bununla ilgili, 93/13 sayılı AB Yönergesinde dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin zararına “önemli oransızlık” olması aranmış-ken hukukumuzda buna yer verilmemiştir.²⁸ Bu durumda Türk Borçlar Kanunu 25.maddesinde, “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz” şeklinde düzenleme yapılarak, sözleşme kaydının haksız şart olarak nitelendirilmesi için, dürüstlük kuralına aykırılığın, önemli ve haksız olması aranmamış ve bu şekilde de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile paralellik sağlanmıştır.²⁹

2014/16751 K. sayılı ilamında, “Davalı tarafın verdiği hizmetin tekel niteliğinde olması karşısında sözleşme özgürlüğünde bulunması gerekli güç dengesinin bir taraf aleyhine bozulduğu, sözleşme özgürlüğüne müdahale ile sözleşme adaletinin sağlanması gerektiği kanısına varılmıştır. Şu hale göre; davaya konu sözleşmede, kayıp-kaçak bedelinin tahsili sözleşmeyle hüküm altına alınmış olsa bile, dağıtım şirketleri tarafından elektrik abonelerinden tahsil edilemeyeceği kabul edilip, mahkemece; davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

²⁷ Yarg. 13.HD.,08.07.2014 T., 2014/22473 E., 2014/23099 K. (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)

²⁸ Aydoğdu, s.191; Çınar, s.24

²⁹ Çınar,s.25; ayrıca TBK 25.madde gerekçesinde; “Maddede yapılan düzenleme ile

Kanımızca, 93/13 sayılı AB Yönergesinde belirtilen dürüstlük kuralına aykırılığın tüketicinin zararına “önemli oransız” olması gerektiği yönünde belirtilen düzenlemenin, iç hukukumuzda alınmaması yerinde olmuştur. Zira önemli oransızlıktan kastın ne olduğu ve hangi ölçütlerle belirlenebileceği konusu tamamen yoruma açık ve tüketici aleyhine sonuçlar doğuracak bir kıstastır. Bu nedenle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, sözleşmede bulunan haksız şartların tüketici aleyhine oransız olup olmadığının kriteri olarak dürüstlük kuralının kullanılması isabetli olmuştur. Zira AB Yönergesinde arandığı şekilde önemli oransızlığın kabulü halinde bu oransızlığın ölçütünün belirlenmesi çok zordur. Hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta hangi hallerde önemli oransızlık olduğunu belirlerken kendi yorumunu göz önünde bulunduracağından bu oransızlık ölçütü subjektif bir değerlendirme olarak karşımıza çıkacak ve taraf menfaatlerini zedeleyecektir. Aksi bir görüşe göre ise³⁰ Avrupa Birliği Yönergesinde belirtildiği gibi, önemli oransızlık kıstası, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların denetiminde aranmalıdır. Biz yukarıda belirttiğimiz nedenlerle bu görüşe katılmıyoruz.

Dürüstlük kuralları, “oransızlık (dengesizlik)” kavramının değerlendirilmesinde rol oynadığı için, asli olarak önem taşıyan kavram “oransızlık(dengesizlik)” kavramı olmaktadır. Bu kavram, “hukuki olmaktan” daha çok “ekonomik” bir kavram olup, sözleşmede yer alan bir kaydın oransızlığa sebep olup olmadığı, sadece söz konusu kaydın değerlendirilmesi ile değil, sözleşmenin tamamının değerlendirilmesi sonucu tespit edilecektir.³¹ Burada önemli olan taraflar pozisyonu, diğerine göre daha avantajlı olup olmadığı, yani güç ilişkisidir.³² Fakat sözleşmelerde avantajlı olma her sözleşmede ortaya çıkabilir. Önemli olan dürüstlük ve doğruluk kuralları açısından bakıldığında, bu durumun makul karşılanıp karşılanmayacağıdır. Satıcının, tek yanlı olarak düzenlediği sözleşme ile yarattığı dengesizlik, dürüstlük ve doğruluk

ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelenen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.” şeklindeki değerlendirmeye, dürüstlük kuralına aykırılığın ağır ve haksız olması kıstaslarına yer verilmemiştir.

³⁰ M.Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.64.

³¹ Çınar, s.26.

³² Aslan, s.320; Çınar, s.26.

kurallarına aykırılık teşkil edecek bir nitelik taşımıyorsa haksız sözleşme koşulu olarak kabul edilemeyecektir.³³

Uygulamada, haksız şart niteliğindeki uygulamaların Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan, gerek ticari hayatın, gerekse her tür ilişkinin dayanması gereken "dürüstlük kuralına" aykırı olduğu açıktır. Zira satıcı veya sağlayıcılar, sözleşmede tanınan yetkileri dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmalı, örneğin, uygulanacak komisyon oranını sözleşme içeriğinde göstermeli ve makul bir gerekçeye dayalı artırım talebini müşterisine bildirip rızasını almalıdır

Bununla ilgili olarak Yargıtay bir kararında³⁴, " Davacı şirket, bankanın komisyon oranında yapmayı düşüneceği artışı sözleşmeye uygun olarak önceden yazılı biçimde kendisine tebliğ edileceğini beklediği ve bankaya güvendiği için hesap ekstrelerini kontrol ihtiyacı duymadığı dikkate alınarak, 307 sayfadan oluşan ve 20.750 işlem içeren ekstreleri davacının kontrol etmemesini davacı aleyhine yorumlamamak ve kabul etmek doğru görülemez. Aksine bir düşünce sözleşmeye sadakat ilkesine uygun düşmeyeceği gibi, bankanın da basiretli bir tacir gibi davranması gerektiğini göz ardı etmek sonucu doğurup hakkaniyetle bağdaşmaz." şeklinde hüküm kurmuştur.

Şimdiye kadar anlattıklarımız doğrultusunda tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartların varlığından söz etmek için şu unsurların bir arada bulunması gerektiği söylenmelidir:

1- Tüketici ile imzalanan sözleşmeye önceden tek taraflı düzenlenerek konulan bir hüküm olmalıdır.

2- Bu hüküm tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olmalıdır.

3- Bu hüküm sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturmalıdır.

4- Bu dengesizlik, dürüstlük kuralına ters düşecek kadar önemli olmalıdır.

³³ Aslan, s.320.

³⁴ Yarg. 11. HD., 30.10.2001 T., 2001/5353 E., 2001/8444 K., (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

III- HAKSIZ ŞART SAYILAN DURUMLAR

93/13 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesinde belirtilen ve bu yönerge hükmü doğrultusunda iç hukukumuzda Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik hükümlerine dahil olan ve bu yönetmeliğin *Ek* maddesinde sıralanan durumların varlığı halinde, tüketici sözleşmelerindeki şartların haksız şart olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Buna göre³⁵;

“ a) Sözleşmeyi düzenleyenin bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar,

b) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar,

c) Sözleşmeyi düzenleyenin, sadece kendisi tarafından belirlenen koşullarda edimini ifa edeceği, buna karşılık tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar,

ç) Tüketicinin sözleşmeyi kurmaktan veya ifa etmekten vazgeçmesi hallerinde sözleşmeyi düzenleyene tüketicinin kendisine ödediği bedeli muhafaza etme hakkı tanıyan, ancak sözleşmeyi düzenleyenin aynı türden davranışları için tüketiciye benzer bir tazminat hakkı tanımayan şartlar,

d) Yükümlülüklerini yerine getirmeyen tüketicinin, orantısız biçimde yüksek bir tazminat ödemesini gerektiren şartlar,

e) Sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmeyi keyfi bir şekilde fesh etme hakkı tanıyan ancak tüketiciye aynı hakkı vermeyen şartlar ile sözleşmeyi düzenleyenin fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığında almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren şartlar,

f) Sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın fesh etme hakkı tanıyan şartlar,

³⁵ (RG. 17.06.2014 , S.29033).

g) Belirli süreli sözleşmelerde, sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin konulan şartlar,

ğ) Tüketicinin, sözleşmenin kurulmasından önce fiilen bilgi sahibi olamayacağı sözleşme şartlarını, geri dönülemez bir şekilde kabul ettiğini öngören şartlar,

h) Sözleşmeyi düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkan veren şartlar,

ı) Sözleşmeyi düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar,

i) Sözleşmeyi düzenleyenin mal veya hizmetin bedelini, ifa anında tespit edebileceğini veya yükseltebileceğini öngören ve nihai bedelin, sözleşmenin kurulması anında tespit edilen bedele nazaran çok yüksek olması halinde, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkı tanımayan şartlar,

j) Sözleşmeyi düzenleyene, mal veya hizmetin sözleşme koşullarına uygun olup olmadığını tespit etme hakkı veren veya bir sözleşme şartının nasıl yorumlanacağı konusunda münhasır yetki veren şartlar,

k) Sözleşmeyi düzenleyen adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler tarafından verilen taahhütleri yerine getirme yükümlülüğünü sınırlandıran veya bu yükümlülüğü belli bir şekil şartına uyulmuş olmasına bağlayan şartlar,

l) Sözleşmeyi düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmesini zorunlu kılan şartlar,

m) Sözleşmeyi düzenleyene, tüketicinin sahip olduğu teminatların azaltılmasına neden olabilecek şekilde, sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini, tüketicinin onayı alınmaksızın devretme imkanı veren şartlar,

n) Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” haksız şart olarak sayılmıştır. Ayrıca belirtilmelidir ki, yönetmelikte sayılan haksız şartlar bu sayılanlarla sınırlı değildir. Her somut duruma

göre sözleşmede bulunan şartların haksız şart olup olmadığı hakim tarafından ayrıca değerlendirilmedir. Bu sayılan haksız şartlara ilişkin uygulamadan bazı örnekler verelim.³⁶

- "...Müşteri ve garanti verenler bu sözleşmeden doğmuş ve doğacak borçlarından herhangi birisini gününde ve tam olarak ödemediği ve/veya taahhütlerinden herhangi birini gününde ve tam olarak yerine getirmede olduğu takdirde tüm borçların herhangi bir ihbara kalmaksızın kendiliğinden muaccel olacağını ve ihtara gerek kalmaksızın muacceliyet anında temerrüde düşmüş sayılacağını ve bu durumda bankanın belirlediği cari en yüksek kredi faizinin % 50 fazlası oranında temerrüt faizini bankaya ödemeyi taahhüt eder."

- "Elektronik bankacılık uygulamaları aracılığı ile yapıla işlemlerde sistemde ortaya çıkabilecek her türlü teknik arıza ya da sorun nedeniyle yapılabilecek her türlü işlemin yapılamaması veya geç yapılmasından dolayı banka hiçbir şekilde sorumlu olmayacaktır."

- "Dağıtım kanalları (banka şubeleri, telefon, dialog, bilgisayar, internet, ATM vb.) ilk bakışta ayırt edilemeyecek imza benzerliğinin, hile ve sahteciliğin sonuçlarından sorumlu değildir."

- "Dağıtım kanalları görünüşte müşteri imzası ile gelen faks talimatı ile işlem yapma hakkına sahiptir. Bu konuda faks metninin müşteriye ait faks numarasını içerip içermemesi önem taşımaz. Bu yüzden müşteri talimatın kendi faksından gönderilmediğini yahut talimatı taşıyan şahsın temsil yetkisinin kalmadığını ileri sürerek herhangi bir talepte bulunamaz."

- "Banka bu faiz oranlarını, herhangi bir ihbar ve ihtara gerek görmeksizin dilediği zaman tek taraflı olarak artırmaya yetkilidir."

- "Hesap kesim tarihinden son ödeme tarihine kadar hesap özeti üyeye ulaşmaması durumunda üyenin hesap kesim tarihinden itibaren 7 (yedi) gün içinde yazılı olarak bankadan hesap özeti talep etmesi gerekir. Aksi takdirde üye hesap özeti almış ve içeriğini kabul etmiş sayılır. Ödemenin yapılmadığı durumda banka üyeye hiçbir bildirimde bulunmaksızın diğer talep ve hakları saklı kalmak kaydı ile sözleşmeyi fesh ve kart veya kartları iptal edebilir."

³⁶ Örnekler, uygulamada karşılaşılan gerçek sözleşmelerle ilgili olarak, Yeşim M. Atamer'in Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi adlı eserinden alınmıştır.

- “ Tur, masraflar arttığı oranda fiyatları buna göre ayarlama hakkını saklı tutar.”

- “ Teslim tarihine kadar fiyatlarda gerçekleşen artışlar müşteriye yansıtılır.”

Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, tüketici aleyhine hükümler, sözleşmelere serbestçe konulmakta ve sunulan hizmetten yararlanmak için tüketiciler, bu sözleşmeleri imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Tüketicilerin büyük bir çoğunluğu bu haksız şartları okuyup inceleme imkânı dahi bulamamaktadır. Bu durumda tüketiciler, baskın durumda olan firmalar karşısında hak kaybına uğramaktadır. 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu³⁷ ile tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar ile aynı nitelik taşıyan genel işlem koşullarının denetimine ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olması yerinde bir düzenleme olmakla çalışmamızın bu kısmında genel işlem şartlarına da değinmek te uygun olacaktır.

IV- TÜRK BORÇLAR KANUNU’NA GÖRE GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETİMİ VE TKHK HÜKÜMLERİNE GÖRE HAKSIZ ŞARTLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar Hukukumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesi hâkimdir. Bu ilke gereğince sözleşme tarafları, kanuni sınırlar çerçevesinde diledikleri gibi sözleşme meydana getirebilirler. Sözleşme özgürlüğü, tarafların bir sözleşmeyi yapıp yapmaması, istenilen tip ve içerikte sözleşme yapması, sözleşmenin karşı tarafını seçmesi, sözleşmeye son verebilmesi ve sözleşmenin şeklini belirleyebilmesi hususundaki serbestisi anlamına gelmektedir.³⁸ Bu kural gereğince kimse istemediği bir tipte ve istemediği kimseyle sözleşme yapmaya zorlanamaz. Bu açıdan sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşit pazarlık ve ekonomik güce sahip taraflar arasında oluşması halinde anlam kazanır. Ekonomik anlamda eşit olan iki taraf bakımından sözleşme özgürlüğü tam anlamıyla varlığını

³⁷ (R.G. 04.02.2011, 27836).

³⁸ Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.81; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s.19; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Cilt I,5.Baskı, İstanbul 1985, s.438; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.9-10; Atamer, s.9.

gösterebilir. Zira; sözleşmenin içeriğine pazarlık etmek suretiyle müdahale etmek mümkündür.³⁹

Söz konusu özgürlük tamamen sınırsız nitelikte olmayıp; hukuk düzeninin sınırları içerisinde, (TBK. m. 26-27) bu sınırlara sadık kalmak koşulu ile mümkün olabilmektedir. Taraflar, serbest iradeleri doğrultusunda sözleşmeyi oluşturdukları sırada, sözleşme hükümlerinin ve sözleşme konusunun emredici düzenlemelere, hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamasına dikkat etmelidirler.⁴⁰ İşte bu doğrultuda taraflar arasındaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması manasında Türk Borçlar Kanunumuzun 20. ve 25. maddeleri arasında genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümler yer bulmuştur. Eski Borçlar Kanunumuzda bütün sözleşmeleri kapsayan “genel işlem koşullarına” ilişkin özel hükümler yoktu. Uygulamada, genel işlem koşullarının içerik denetimi MK.m.2’ye “hakkın kötüye kullanılmaması” ilkesine veya bir sözleşme hükmünün ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayacağına ilişkin genel kurallara göre yapılmaktaydı. Hal böyleyken genel işlem koşullarının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yer alması son derece isabetli olmuştur.

Genel işlem şartları, doktrinde bir görüşe göre, “Akdin bir tarafının üçüncü kişilerle yapmayı tasarladığı aynı nevide ve çok sayıda akitlerin

³⁹ Atamer, s.20.

⁴⁰ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.205; Reisoğlu, s.83; Aynı yönde bkz. Yarg.13. HD., 05.03.2013 T., 2013/3676 E., 2013/5247 K. sayılı kararı; “Tüketiciden tahsil edilen kapama ücretinin herhangi bir hizmet karşılığı olarak tahakkuk ettirilmediği, kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranının, düşük faiz oranı üzerinden uyarlanması işleminin, bankaya herhangi bir maliyetinin bulunmadığı, ödeme planının değiştirilmesi sırasında herhangi bir zorunlu masrafta bulunulmadığı, bu hali ile ödeme plan değişikliği ücreti alınması işlemi ticari ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, banka tarafından yapılan işlemin, kredi ilişkisinin düşük faiz oranı üzerinden devam ettirilmesinden ibaret olduğu, sözü geçen işlem bakımından ücret alınacağı hususunda tüketiciyi bağlayıcı nitelikte herhangi bir yasal mevzuat da bulunmadığı, bankanın erken kapama ücreti alınacağına ilişkin yönetsel kararının da yukarıda açıklandığı şekilde tek taraflı olarak kararlaştırılıp tüketiciyle müzakere edilmeden tüketiciye dayatılan haksız şart niteliğinde olduğu, <6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı> düzenlendiği, bu maddenin normunun kamu düzeninden oluşu nedeni ile derhal uygulanacağı, dolayısıyla herhangi bir hizmet karşılığı olmaksızın erken kapama ücreti adı altında ücret alınmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu, geçerli olmadığı, alınan ücretin tüketiciye iadesi gerektiğine karar verilmiş olması isabetlidir.” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

konusunu teşkil etmek üzere, önceden tespit ettiği birtakım kayıtları”⁴¹, başka bir görüşe göre, “Müteşebbisin ileride kurmayı düşündüğü ve işletmenin uğraşı alanına giren sözleşmelerinin muhtevalarının, önceden ve tek taraflı olarak tayin ve saptanmasını” ifade eder.⁴² Türk Borçlar Kanunu m.20’de “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan görüleceği üzere, sözleşme koşulları, ileride yapılacak çok sayıdaki sözleşmenin içeriğini oluşturmak amacıyla, önceden tek yanlı olarak hazırlanmış ve karşı tarafa sunulmuşsa, bu hükümler fiilen kaç sözleşmede kullanılmış olursa olsun, ilk kullanıldığı sözleşme dahil genel işlem koşulları sayılır ve yasa denetimine tabi olurlar.⁴³

⁴¹ Kenan Tunçomağ, 1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler, BATİDER, C.II, Yıl 1964 s.443.

⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.205.

⁴³ Reisoğlu s.72; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2012, s.215 vd; TBK.m20 gerekçesinde de bu durum şu şekilde açıklanmıştır; “Borçlar Hukuku’nun temelini bireysel sözleşme modeli oluşturmaktadır. Bireysel sözleşme denilince. Borçlar Kanunu’nun 1 inci ve devamı maddeleri anlamında öneri, karşı öneri ve kabul gibi en sonunda irade açıklamalarının uygunluğu ve uyuması sağlanıncaya kadar, sözleşmenin her hükmünün tartışma ve pazarlık konusu yapıldığı sözleşmeler anlaşılır. Ancak, çağımızın sosyal ve ekonomik gelişimleri, kitlelere yönelik hizmet gereksinimini yaratmış ve bunlar için üretim zorunluluğu doğurmuştur. Buna bağlı olarak, bireysel sözleşme modeli yanında, yeni bir sözleşme modeli ortaya çıkmıştır. Bankalar, sigorta şirketleri, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üretimi ve pazarlaması yapan girişimciler, bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak kaleme alınmış sözleşme koşulları hazırlamakta, bunlarla gelecekte kurulacak belirsiz sayıda, ancak aynı şekil ve tipteki hukuki işlemleri düzenlemektedirler. Önceden hazırlanan tipik sözleşme koşulları için genel işlem koşulları terimi kullanılmakta; bu tür sözleşmelere, “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “katılmalı sözleşme” ya da “formüler sözleşme” denilmektedir. Kitlelere yönelik bu sözleşmelerde, sözleşmenin kurulmasına ilişkin görüşmeler ve pazarlıklar yapılması söz konusu değildir. Hatta, çoğu zaman fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. Girişimci karşısında sözleşmenin diğer tarafı, ya kendisine dayatılan koşullarla sözleşmeyi kuracak ya da söz konusu sözleşmenin içerdiği edim veya hizmetten vazgeçmek zorunda kalacaktır. Başka bir ifadeyle, birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.”

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.5 hükmünde yer alan haksız şartlar için öngörülen “bir sözleşme şartının önceden hazırlanması”, “standart sözleşmede yer alması” ve “tüketicisiyle önceden müzakere edilmemesi” durumları Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşulları hükümleriyle de benzer nitelikte düzenleme içermektedir.⁴⁴ Ancak kanaatimizce Almanya’daki düzenlemeyle benzer bir düzenleme bizim ülkemiz açısından düzenlense daha isabetli olurdu. Zira TBK.m.20 gerekçesinde belirtildiği üzere “Alman hukukunda daha önce özel bir kanunla düzenlenmiş olan genel işlem koşulları, belirtilen hükümler de göz önünde tutularak, Alman Medenî Kanunu’nun (BGB) 305 ve devamı maddelerinde genel hüküm niteliği kazandırılarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir.” Hal böyleyken 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önce olmak üzere hukukumuzda ilk defa genel işlem koşullarına ilişkin pozitif düzenlemenin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da öngörüldüğü ve bu düzenlemenin sadece bir tarafının tüketici olduğu sözleşmelere etki edeceği gerçeği karşısında daha genel bir kanun olan Borçlar Kanunumuzda bu düzenlemenin önceden yer almaması eleştirilmesi gereken bir durumdur. Çünkü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’muzda genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemenin ilk defa yer alması nedeniyle özellikle bankalar ile tacirler arasında kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen birçok sözleşmede kullanılan genel işlem koşulları denetim dışı bırakılmış ve birçok tacir bu nedenle zarar görmüştür. Zira genel işlem koşulları kullanılarak kurulan sözleşmeler ancak doğrudan içerik denetimine tabi tutulup hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi ve sözleşme dengesini yeniden kurmasıyla adil bir çözüme kavuşabilir.⁴⁵

Banka kredi sözleşmelerinde yukarıda belirttiğimiz gibi çok sayıda genel işlem şartları mevcuttur. Bankalar bu sözleşmelerde, her türlü alacaklarına ilişkin müşterinin durumu ne olursa olsun uhde-lerine ulaşan para, kıymetli evrak, tahvil v.s üzerine kendi alacakla-

⁴⁴ Zira TBK. m.20 gerekçesinde belirtildiği üzere, “Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında olmak üzere, 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/EWG sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilecek Şartlara İlişkin Direktifte ve Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Parlamentosu’na sunulan” Avrupa Sözleşme Hukuku’na yönelik 2003/C 63/01 sayılı Eylem Planının 4.2 maddesinde genel işlem koşullarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür.”

⁴⁵ Atamer, s.143; Aydoğdu, s.123; Havutçu, s.154-155.

rına istinaden mahsup, takas, rehin ve virman yapma yetkisi taşıyan hükümleri koymakta ve müşterileri bu hükümleri bilerek ya da bilmeyerek imzalamaktadırlar.⁴⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden önce akdedilen bu unsurdaki sözleşmeler maalesef genel işlem şartları denetimi dışında tutularak⁴⁷ haksız bir

⁴⁶ Örneğin bir bankanın halen kullanımında olan Kredi Sözleşmesinde yer alan şu cümle konuyu daha iyi anlatacaktır: "Yatırımın RehİN, Hapis, Takas, Mahsup ve Virman Hakkı: Müşteri, Banka/... Yatırım'a karşı işbu Sözleşme'den veya herhangi bir sebepten doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından dolayı, Müşteri'ye ait olup da Banka şubelerinde veya ... Yatırım'da bulunan veya herhangi bir zaman ve şekilde bulunabilecek veya Müşteri'nin Banka/... Yatırım'a vereceği talimat gereğince İMKB, TCMB veya aracı kuruluşlardan Banka/... Yatırım'ca alınarak Banka/yetkili saklama kuruluşu nezdinde saklanmak üzere veya diğer bir gaye ile Banka şubelerinde/... Yatırım'da bulunan veya yetkili saklama kuruluşunda saklanan bütün sermaye piyasası araçları ve bunların kuponları, anapara, işlemiş ve işleyecek faiz, temettü, rüçhan hakkı, itfa bedelleri, kar payları ve bu sermaye piyasası araçlarının Müşteri'nin talebi ve Banka/... Yatırım'ın açık veya zımnı muvafakati ile satılması halinde tahsil edilen satış bedelleri ile yeniden alınan veya alınacak her türlü sermaye piyasası araçları üzerinde Banka/... yatırımın rehin, hapis, takas, mahsup ve virman hakkı olduğunu, işbu rehinli sermaye piyasası araçlarından vadeye bağlı olanların vade tarihlerinde nakde tahvil edilmeleri halinde bunların anapara ve faiz tutarları ve bu sermaye piyasası araçlarının tahsil edilen bedelleri ile Müşteri'nin nam ve hesabına yeniden sermaye piyasası araçları alınması halinde yeni alınan sermaye piyasası araçlarının da işbu rehinin şümulüne dâhil olduğu, Banka/... Yatırım'ın Müşteri'nin herhangi bir yazılı talimatına gerek kalmaksızın Banka/... Yatırım nezdindeki hesaplarda mevcut ve ileride yatırılacak sermaye piyasası araçları ile Banka/... Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve resen Müşteri namına açılacak bir bloke hesaba almaya yetkili olduğunu, bloke hesaptaki sermaye piyasası araçları ile Banka/... Yatırım'a havale edilmiş ve edilecek sermaye piyasası araçlarının keza işbu rehinin şümulüne dâhil olduğunu ve Banka/... Yatırım'ın Müşteri'den vadesi gelmiş veya gelecek, mevcut ve doğabilecek herhangi bir alacağı olduğu sürece Banka/... Yatırım'ın herhangi bir yasal yola başvurmaya veya Müşteri'ye herhangi bir ihbar veya ihtar yapılmasına lüzum kalmaksızın rehnedilen bu sermaye piyasası araçlarını dilediği zamanda ve dilediği şekilde satarak paraya çevirmeye ve satış bedelini Banka/... Yatırım'a doğmuş ve doğacak borçlarının anapara, tahakkuk eden faiz, fon, komisyon, gider vergisi, temerrüt faizi, gecikme faizi, vekalet ücreti ve diğer masrafları ile birlikte tamamına mahsup etmeye yetkili olduğunu kabul eder." (Atamer, GİŞ Sempozyumu, Dipnot 109.)

⁴⁷ Yarg.13.HD., 08.05.2014 T.,2014/8118 E., 2014/14753 K. "Mahkemece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun genel işlem koşullarına ilişkin 20., 21. 22. ve 25. maddelerinin kamu düzenine ilişkin olduğu, anılan maddelerin 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 2. ve 7. maddeleri uyarınca eldeki bu davaya da uygulanacağı, davacının yörede faaliyet gösteren birkaç salça fabrikasından biri olduğu, sözleşmede domates fiyatlarının aşırı bir şekilde yükselmesi halinde dahi fiyat yükseltilmesi gibi bir maddenin bulunmadığı, yani üreticinin sabit fiyatla bağlandığı (sözleşme madde 4 ve eki ödeme şartları tablosu), oysa doğal afetlerde dahi davacı tarafın üreticiye yaptığı aynı ve nakdi yardımları talep hakkı bulunduğu (sözleşme madde 8), şirketin sorumsuzluğunun kapsamının oldukça genişletildiği (9. madde), ayrıca sözleşmenin 10. ve

durum da ortaya çıkmaktadır. Oysa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6.maddesine 14.03.2003 tarihinde eklenen ve Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem şartları ile aynı nitelik taşıyan haksız şartlara ilişkin düzenleme aynı tarihte Borçlar Kanunumuza eklenseydi konu daha adil bir çözüme kavuşmuş olacaktı. Nitekim 2003 yılından 2012 yılına kadar genel işlem şartı taşıyan sözleşmeleri imzalayan gerçek veya tüzelkişi tacirler de şu an TBK'da bulunan GİŞ denetiminden faydalanarak gereksiz yere maddi ve manevi hak kayıplarına uğramayacaklardı.⁴⁸

11. maddeleri uyarınca şirketin sözleşmeden kaynaklanabilecek muhtemel haklarına teminat teşkil etmesi için üreticilerin imzalı boş teminat senedi verme mecburiyetine tabi tutulduğu hususları nazara alındığında açıkça davalının menfaatine aykırı olduğu, sözleşmenin 8.-9.-10.-11. maddelerinin haksız şart niteliğinde olduğu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20. ve 21. maddesi ile, 6101 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca yazılmamış sayılması gerektiği kanaatine varıldığından davacı tarafca davalıya yapılan aynı ve nakdi yardım miktarları ile, davalı tarafından davacı tarafa teslim edilen domatesin fiyatı ile işlemiş faizi dikkate alınarak aradaki farkı hesaplayan bilirkişi raporuna itibar olunarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 1. maddesi, Türk Borçlar Kanununun zaman bakımından uygulanmasında genel kural olarak, geçmişe etkili olmama kriterini benimsemekle birlikte, anılan yasanın 2. maddesinde ise bu kuralın istisnalarına yer vererek, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın <Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı> belirtilmektedir. Somut olayda dayanak <Tarımsal Üretim Sözleşmesinin> mülga 818 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu tarihte düzenlenerek, aynı ve nakdi yardımların da o zaman verilmiş olduğu, yine sözleşme kapsamında üretilen domateslerinde mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında teslim edildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, 6101 sayılı yürürlük Yasası'nın 1. maddesi hükmüne göre olayda temerrüt, sona erme ve tasfiye halinin mevcut olmamasına ve salt genel işlem şartlarına aykırılığın ise kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmamasına göre 6098 sayılı Yasa'nın Genel İşlem Koşullarına ilişkin 20-25 maddelerinin somut uyumsuzluğun çözümünde uygulama olanağı bulunmadığı anlaşılmaktadır." (Adem Yelmen, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.75-76).

48 TBK. m.21 gerekçesinde genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına ilişkin olarak örnek kabilinden şu durumlar verilmiştir; "...uygulamada döviz tevdiat hesabı sözleşmelerinde, yatırılan yabancı paradan farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile hesaptaki meblâğın ödenebileceği genel işlem koşuluna sıkça rastlanmaktadır. Döviz hesabını belli bir yabancı para cinsinden açtıran kişiye, hesabın bulunduğu kurumca farklı bir yabancı para ya da Türk Lirası ile ödeme yapılması, olağan dışı sayılacağı için, bu tür bir genel işlem koşulu yazılmamış sayılacaktır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur (BGE 49 II 185). Ayrıca kredi sözleşmelerinde, neredeyse ayırsız olarak yer verilen, kredi kurumunun dilediği anda hiçbir gerekçe göstermeksizin hesabı kat edeceği, ilişkiye son vereceğine ilişkin hükümler de olağan dışı olduklarından yazılmamış sayılacaktır."

Türk Borçlar Kanunu 25.maddesi “ Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.” hükmüyle genel işlem koşulları taşıyan sözleşmelerin hâkim tarafından denetlenmesinin önü açılmıştır. Ancak kanun koyucu TKHK da yer alan haksız şartlara ilişkin düzenlemeyi göz ardı ederek düzenlemeye gitmiştir. Zira Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilen *içerik denetimi* alanında 2003 yılından beri TKHK da yer alan düzenlemeden yararlanılmamıştır.⁴⁹ Nitekim TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri ve eki, Avrupa Birliği Yönergesi m.3 ve m.4’de belirtilen dürüstlük kuralına aykırılığın tespitinde hâkimin nelere dikkat edeceği yönünde örnekleme yapılmak suretiyle kaleme alınmıştır.⁵⁰ Kanımızca, Türk Borçlar Kanunu’nda da TKHK m.5 ve yönetmelik hükümleri gereği hangi hususların sözleşmenin içerik denetiminde ölçü alınacağını örnekleme suretiyle belirtilmesi doğru olurdu. Zira içerik denetiminden amaç dürüstlük kuralına aykırılığı tespit etmek olduğundan hâkime en azından hangi hususlarda dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olduğu yönünde yön gösterici örnekleme yapılması hukuki güvenlik açısından da uygun olacaktır. Kanaatimizce hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bu boşluğu TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik maddeleri ve bu Yönetmeliğin Ek’ini göz önünde tutarak dolduracaktır.⁵¹ Ancak burada unutulmaması gereken husus Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Türk Borçlar Kanunu’na göre özel bir kanun olduğundan ancak bir tarafı tüketici olan sözleşmeler açısından hüküm ifade edecek TKHK da hüküm bulunmayan durumlarda Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine başvurulacaktır. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan genel işlem

⁴⁹ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.11.

⁵⁰ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.41; Buna karşın TBK.m.25’e göre dürüstlük kuralına aykırılığın ölçüsünün ne olacağı açık bir şekilde belirtilmemiş madde gerekçesinde “Maddede yapılan düzenleme ile ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.” denilmekle yetinilmiştir.

⁵¹ Aksi yönde görüş için Bkz. Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.43. Yazara göre, “ TBK 25’deki hüküm içi boşluğu doldurmak için, TKHK m.5 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik’in ilgili hükümlerine de başvuracak, ancak bu yönetmeliğin Ek’inde yer alan haksız şart listesine burada değinilmeyecektir.”

şartlarına ilişkin düzenleme ise sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olmadığı diğer sözleşmelerde çıkacak uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacaktır. Kanımızca TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda da TKHK'nın haksız şartlara ilişkin hükümlerini kıyasen uygulamak adilane bir çözüm olacaktır.

V- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDEKİ ŞARTLARIN HAKSIZ OLMASININ YAPTIRIMI

A. Genel Olarak

Tüketici sözleşmelerindeki denetim, idari denetim ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılır. Bu denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde çalışması sonucu, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bağlayıcı olmaması (kesin hükümsüzlük) neticesine erişilir. Bu bağlamda, öncelikle, tüketici sözleşmelerindeki idari denetimi, akabinde de yargısal denetimi ve sonuçlarını inceleyeceğiz.

B. Tüketici Sözleşmelerindeki İdari Denetim ve Bakanlığın Yetkisi

6502 sayılı Kanun'un 5.maddesinde yargısal denetim öngörülmüş, idari denetim bakımından durumu yeni çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır. İdari denetimle ilgili olarak 17.06.2014 tarihinde çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 8.maddesinde bu hususa şu şekilde değinilmiştir.

“ Denetim

(1) Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış tüketici sözleşmelerinde haksız şartların yer alması durumunda, bu şartların sözleşme metninden çıkarılması için sözleşmeyi düzenleyene Bakanlıkça otuz gün süre verilir. Bakanlık gerekli gördüğü hallerde bu süreyi doksan güne kadar uzatabilir.

(3) Haksız şart olarak tespit edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler açısından kesin olarak hükümsüz olduğunun sözleşmeyi düzenleyen tarafından tüketicilere açık ve anlaşılır biçimde yazılı veya elektronik ortamda bildirilmesi

durumunda, tespit tarihinden önce tüketicilerle kurulan ve halen geçerli olan sözleşme metinlerinden bu şartların çıkarıldığı kabul edilir.

(4) Bakanlıkça verilen sürenin bitimine kadar, sözleşmeyi düzenleyen taraftan haksız şartların sözleşme metninden çıkarılmaması halinde, aykırılığın tespit edildiği her bir sözleşme için Kanunun 77' nci maddesi uyarınca idari para cezası uygulanır."

Görüldüğü gibi idari denetim aslında pasif olarak öngörülmüştür. Yani tüm standart şart içeren sözleşmelerin Bakanlık denetiminden geçmesi ve onay alması söz konusu değildir.⁵² Bakanlık resen veya şikâyet üzerine tüketici sözleşmelerinde idari denetim yapabilecektir.

Bakanlık tarafından haksız şart olarak tespit edilen ve ilan edilen sözleşme şartlarının, tüketiciler tarafından müzakere edilip edilmediğine bakılmaksızın kesin olarak hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı aşikârdır. Burada bir anlamda yargısal denetim eliyle gerçekleşecek denetimin başlangıçta idare tarafından yapılması söz konusudur.⁵³

C. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Yargısal Denetimi ve Yaptırımını (Kesin Hükümsüzlük)

Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dahil olmuş bir sözleşme kaydının, içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması durumunda, söz konusu kaydın hükümsüzlüğü söz konusu olur. Avrupa Birliği Yönergesi'nin 6.maddesinde de, içerik denetimi sonucunda, önceden düzenlenen bir sözleşme kaydının, tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı olarak, oransız şekilde ihlal ettiğinin belirlenmesi durumunda hükümsüz sayılacağı, sözleşmenin geri kalanının ise geçerli olacağı düzenlenmiştir. Yargısal olarak standart şartların (genel işlem şartlarının), tüketici aleyhine haksız şart olup olmadığı onların denetimiyle anlaşılabilir. Bu bağlamda yapılacak denetim de yargısal denetimdir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5.maddesi 2.fıkrasına göre; *" Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi*

⁵² Aydoğdu, s.193.

⁵³ Aydoğdu, s.194.

düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmü bulunmaktadır.

Aynı şekilde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesinde; “ 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.” şeklindeki düzenlemeyle, tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların *kesin olarak hükümsüz* olduğu açıkça belirtilmiştir.

Söz konusu mevzuat hükümlerine göre, *kesin olarak hükümsüzlükten* anlamamız gereken mana, sözleşmelerde bulunan haksız şartların tüketici için hiçbir bağlayıcılığının olmadığı, dolayısıyla, hukuki sonuçları bakımından da hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağının anlaşılmasıdır.

Hükümsüzlük; bir sözleşmenin, tarafların istediği hukuki hüküm ve sonuçları meydana getirmediği tüm hallere verilen ad olarak tanımlanmaktadır.⁵⁴ Geçersizlik halinde sözleşme kurulmuş meydana gelmiş olmakla birlikte, hukuk düzeni, tarafların böyle bir sözleşmede gerçekleşmesini istedikleri hukuki sonucun doğmasını engellemekte, önlemektedir.⁵⁵

Gerek kanun gerekse yönetmelik hükmünde, sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmede haksız sayılan şartların kısmi olarak hükümsüz sayılacağı ve sözleşmenin geri kalan hükümlerinin bundan etkilenmeyeceği, sözleşmenin geçerliliğini devam ettireceği yönündeki düzenlemeden söz konusu hükümsüzlük halinin “*kısmi hükümsüzlük*” olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁶ Dolayısıyla burada Türk Borçlar Kanunu’nun 27.maddesinin ikinci fıkrası anlamında kısmi hükümsüzlük söz konusu olmaktadır. Bu hükmün devamına göre “kısmi hükümsüzlük tam hükümsüzlüğe” dönüşebilir. Bunun için sözleşme

⁵⁴ Eren, s.308; Oğuzman/Öz, s.126.

⁵⁵ Eren, s.308.

⁵⁶ Aslan, s.324; Çınar, s.156.

taraflarından biri, kesin olarak hükümsüz sayılan bir kısım şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürüp ispatlayarak tam hükümsüzlüğü ileri sürebilir. Ancak bu genel düzenlemeden farklı olarak, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar bakımından ve Türk Borçlar Kanununa tabi genel işlem koşullarında, kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüştürülmesi engellenmiştir.⁵⁷

Tüketici sözleşmelerindeki içerik denetimi neticesi haksız sayılan şartların bağlayıcı olmamasının sonucu, kısmi hükümsüzlük hali olduğu için, kısmi hükümsüzlüğün koşullarının ve sonucunun incelenmesinde yarar vardır.

1. Kısmi Hükümsüzlük

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu 27.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kısmi hükümsüzlük, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması durumunda, sözleşmenin akıbetine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 27.maddesinin ilk fıkrasının sınırlanması niteliğinde bir yaptırımdır.⁵⁸ Kısmi hükümsüzlük ile yapılan sözleşmenin varlığının korunarak, tarafların sözleşme özgürlüğü sonucunda ortaya koydukları iradeye saygı gösterilmesi amaçlanmıştır.⁵⁹ Ancak tarafların iradesinin aksi yönde belirmesi, yani hükümsüz olan bu sözleşme şartı olmasaydı bu sözleş-

⁵⁷ Aydoğdu, s.197; ayrıca bkz. Gümüş, s.73.

⁵⁸ Çınar, s.156; TBK. 27.madde: “ (1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.(2)Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

⁵⁹ Atamer, s.222; Çınar, s.156; Eren, s.312. TBK.m.25'in gerekçesinde, TBK 27'deki kesin hükümsüzlüğe atıf yapılmaktadır. Buna göre; “Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21 inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir.”(İlhan Helvacı, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayıncılık,İstanbul 2011,s.91-93).

meyi aslında yapmayacak olduklarının anlaşılması da mümkündür. Bu durumda tarafları bu farazi iradelerine rağmen sözleşme ile bağlı tutmak uygun olmayacaktır. Nitekim yasa koyucu irade özerkliğine saygı göstermek için koymuş olduğu bu kuralın istisnasını belirterek taraflardan birinin, farazi iradesinin aksi yönde olduğunu ispatlaması halinde sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağını öngörmüştür. (TBK m.27/II, c.2).⁶⁰

Görüldüğü gibi, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, hükümsüzlüğün sözleşmenin belirli kısımlarına ilişkin olmalı ve tarafların hükümsüz kısım olmadan da sözleşmeyi yapacak oldukları kabul edilmelidir.

Kısmi hükümsüzlüğün uygulanabilmesi için, tarafların iradesi sözleşmenin muhafazası yönünde olmalıdır. Buna “kısmi hükümsüzlüğün subjektif olumlu şartı” da denilmektedir.⁶¹ Türk Borçlar Kanunu’nun 27.maddesinin son cümlesine göre, tarafların iradesinin, hükümsüz olan şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı yönünde olması durumunda, sözleşme tamamen hükümsüz sayılacağı için tarafların gerçek veya farazi iradesinin sözleşmenin muhafazası yönünde olması da zorunludur.⁶² Tarafların gerçek iradesi, sözleşmenin yapıldığı sırada bazı kayıtların hükümsüz olduğunun taraflarca bilinmesi durumunda söz konusu olur. Bu durumda, taraflar, sözleşmenin hükümsüz olmayan kısmını geçerli kabul ettikleri için, artık sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu ileri süremezler.⁶³

b. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Nedeniyle Kısmi Hükümsüzlük

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5.maddesi ikinci fıkrası göre: “Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayı-

⁶⁰ Atamer, s.222.

⁶¹ Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998,s.88-89; Eren, s.317.

⁶² Çınar, s.159; Aksi yöndeki görüş için bkz. Mehmet Akçaal/ Alper Uyumaz, “ 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, Yıl: 2013, s.253-254.

⁶³ Başpınar, s.88; Çınar, s.159.

lan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” hükmünü içermektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesi de aynı hükmü içermektedir.

Buna göre, tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların bulunması halinde bu haksız şartlar kesin olarak hükümsüz sayılacaktır. Bu hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlüktür. Zira gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde sözleşmenin, haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Burada Türk Borçlar Kanunu 27.madde anlamında bir kısmi hükümsüzlük hali mevcuttur. Fakat TKHK m.5 gerekçesinde de belirtildiği gibi, burada TBK. 27.madde düzenlemesinden farklı olarak, sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulması, tarafların bu konuda farazi iradelerine göre tayin edilmez. Sözleşme, her halükarda bu şartlar olmaksızın geçerliliğini koruyacaktır.

Burada önemle bir husus belirtilmelidir. Şöyle ki; tüketici sözleşmesinde bulunan haksız şartların kesin hükümsüz sayılması nedeniyle, tüketici yönünden bağlayıcılığının olmamasının yanında eğer sözleşme, bu şartlar olmaksızın temelden çöküyorsa artık sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta kalması pratik açıdan bir hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim Avrupa Birliği Yönergesinde de kısmi bulan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağını hâkim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağı öngörülmüştür. Demek ki burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği artık önem taşımayacak, hâkimin objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.⁶⁴

Bunun yanında, sözleşmeyi düzenleyen, haksız şart olarak değerlendirilen şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. (6502 sayılı Kanun m.5/II, c.3). Bununla birlikte doktrinde⁶⁵ tüketicinin bu hususu ileri sürmesinin olanaklı olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu görüşü savunanlara göre tek taraflı

⁶⁴ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.62-63.

⁶⁵ Konuyla ilgili olarak Bkz, Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012,s.103 vd; Aydoğdu, s.197.

hükümsüzlük görüşünün sonucu olarak, tüketici, zor bir ihtimal de olsa, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu veya TBK m.27/II, c.2 uyarınca ve 6502 sayılı Kanun m.5/II, c.3 hükmünde sadece “sözleşmeyi düzenleyen” için getirilen yasak nedeniyle ileri sürebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, önceden düzenlenerek sözleşmeye konulmuş bir sözleşme kaydının, emredici düzenlemelere aykırı olması durumunda, bu kaydın geçersizliği sonrasında, taraflara, farazi iradeleri doğrultusunda, sözleşmenin tamamını hükümsüz kılma imkânı verilmez. Bu durum, yasal sınırlar içerisinde kalmakla birlikte, bir kaydın, tüketicinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal etmesi nedeniyle geçersiz sayılmasından farklıdır. Emredici yasal düzenlemelere aykırılık durumunda, söz konusu düzenleme baştan itibaren hükümsüz olacağı için, zaten geçerlilik kazanamamış bir kaydın, taraflarca geçersiz olacağının bilinmesi durumunda sözleşmenin yapılmayacağı ileri sürülerek, sözleşmenin tamamının hükümsüz kılınması mümkün değildir. Bu durumda, emredici düzenleme kendiliğinden sözleşmenin kısmen hükümsüz sayılan hükümlerinin yerini alacaktır.⁶⁶

VI. SÖZLEŞME BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa sözleşmenin tamamlanması söz konusu olmaz.⁶⁷

Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır. Tarafların, sözleşmenin bir hükmünün emredici düzenlemelere aykırı olması halinde, bu konuda uygulanacak başka bir hüküm öngörmeleri, bu sonucu değiştir-

⁶⁶ Başpınar, s.155; Çınar, s.164; Eren, s.295.

⁶⁷ Atamer, s.227; Çınar, s.165. Bu duruma, girişimcinin sözleşmeden dönmesi halinde tüketicinin cezai şart ödemesi ya da girişimcinin sözleşme şartlarını tek taraflı değiştirebileceği ya da tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını zorlaştıran nitelikteki kayıtlar, örnek olarak verilebilir. Bu tür kayıtların geçersiz sayılması halinde, sözleşmenin tamamlanmasına gerek olmayacaktır.

meyecektir.⁶⁸ Örneğin girişimci veya üçüncü kişi tarafından önceden düzenlenerek, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulan bir sorumsuzluk kaydı, Türk Borçlar Kanunu'nun emredici nitelikteki 115.maddesine aykırılık oluşturuyorsa, söz konusu sözleşme kaydı hükümsüz olacak, bu hükmün yerine Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi uygulanacak ve girişimci, kastından veya ağır kusurundan sorumlu olacaktır. Aynı şekilde zamanaşımı sürelerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin, Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesi de emredici nitelikte olduğu için, zamanaşımı sürelerini azaltan bir sözleşme kaydı hükümsüz olacak ve yerine Türk Borçlar Kanunu'nda belirlenen zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu hâkim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralları aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı ihtimallerde ise TMK m.1 uyarınca kendi koyacağı yeni kural ile dolduracaktır.⁶⁹

Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 182/III. maddesi gereği, hakim fahiş olan cezai şartı indirmekle yükümlüdür. Bu durumda hâkim, tarafların düzenlemeleri ile bağlı olmaksızın, serbestçe cezai şart miktarını belirleyecektir.⁷⁰

Gerek kanunda yer alan yedek hukuk kurallarının somut sözleşmeye uygulanamaması ve gerekse kanunda uygulanacak hüküm bulunmaması sebebiyle meydana gelen boşluk hakim tarafından, sözleşme taraflarının farazi iradeleri ile belirlenecektir. Yani tarafların koymuş oldukları kuralın batıl olduğunu bilmeleri halinde yerine nasıl bir kural koymuş olacakları incelenecektir. Dolayısıyla batıl olan hükme en yakın sonucu veren, ancak yasal sınırlar içinde kalan çözümü bulmak ve bu şekilde sözleşme boşluğunu doldurmak hâkimin görevidir.⁷¹

Örneğin haksız şart niteliğinde olan bir sorumsuzluk kaydının, işletme tarafından kast ve ağır ihmali de kapsayacak şekilde genel olarak kaleme alınmış olması halinde bu hüküm denetim ölçütüne aykırılık nedeniyle batıl sayılacaktır. Her türlü sorumluluğun bertaraf edilmesi müşteriye hiç kuşkusuz mağdur edeceği için kuralın tümü

⁶⁸ Başpınar, s.155; Çınar, s.165.

⁶⁹ Aslan, s.325;Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.63; Aydoğdu, s.197.

⁷⁰ Çınar, s.166.

⁷¹ Atamer, s.229.

geçersiz sayılır. Fakat “hiçbir kusurumdan sorumlu değilim” kaydını tümüyle batıl saymakla beraber sözleşmede taraflar arasındaki denge dikkate alınarak gerekirse boşluğu hafif ihmalden sorumsuzluk kaydı ile doldurmak hâkimin takdirine bırakılmalıdır.⁷²

Görüldüğü gibi, sözleşme boşluğunun hâkim tarafından doldurulması gerektiğinde, hâkim, tarafların farazi iradesini araştırarak, kısmi hükümsüz sayılan sözleşme kaydı yerine, tarafların farazi iradesi doğrultusunda sözleşmeyi tamamlayacak hükmü bulup, sözleşmeye uygulayacaktır. Bunun yanında, emredici nitelikteki düzenlemeye aykırı bir sözleşme kaydının hükümsüz olması durumunda, söz konusu kaydın yerini emredici düzenleme alacak ve sözleşme, emredici düzenleme ile tamamlanmak suretiyle geçerli olacaktır.

SONUÇ

İlk defa tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar 4822 sayılı Kanun ile eklenen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 6.maddesi ile düzenlenmiş ve bu maddeye göre tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmayacağı belirtilmiştir.

En son ise 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanun’un 5. maddesinde *Haksız Şart* düzenlenmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5.maddesine göre; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu belirtilmiş akabinde tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunumuzda tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlarla aynı nitelikte olan genel işlem şartlarının denetlenmesi müessesesi getirilmiştir. Ancak bu düzenleme özellikle içerik denetimi açısından TKHK m.5 ve yönetmelik hükümleri gereği hangi hususların sözleşmenin içerik denetiminde ölçü alınacağını örnekleme suretiyle belirtilmesi karşısında eksik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁷² Atamer, s.230.

Tüketici sözleşmelerindeki kayıtların haksız şart olarak nitelendirilmesi için sözleşme şartının, tek yanlı ve müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturması, bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

Haksız sayılan şartlar için Kanun ve Yönetmelikte idari bir denetim yolu da öngörülmüştür. Bu denetimi yapmakla görevli Bakanlık olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bakanlık tarafından yapılacak idari denetim sonucu haksız sayılan sözleşme şartlarının tüketiciler açısından yine kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Yürürlük denetiminden geçerek sözleşmenin içeriğine dâhil olmuş bir sözleşme kaydının, içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması durumunda, söz konusu kaydın yine hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Bu içerik denetimi, yargısal denetim olarak karşımıza çıkacak ve haksız şartların tüketici açısından bağlayıcı olmayacağı yani yine hükümsüz olacağı sonucuna varılacaktır. İçerik denetimi sonucu ortaya çıkan hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilecektir.

Kısmi hükümsüzlük neticesi bağlayıcı olmayan haksız şartlar dışındaki sözleşme hükümleri gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Ancak sözleşme, hükümsüz sayılan haksız şartlar olmaksızın temelinden çöküyorsa artık sözleşmenin geri kalan kısmının ayakta kalması pratik açıdan bir hüküm ifade etmeyecektir. Nitekim Avrupa Birliği Yönergesinde de kısmi bulan halinde sözleşmenin kural olarak geçerliliğini koruyacağını ve ancak taraf iradelerinden bağımsız olarak, sözleşmenin batıl kısmı olmaksızın ayakta kalamayacağının hâkim tarafından tespit edilmesi halinde tümel bir butlanın söz konusu olacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi artık burada irade özerkliği uyarınca tarafların ne isteyebileceği önem taşımayacak, hâkim tarafından objektif olarak bu sözleşmenin ayakta kalmasına imkân olup olmadığı değerlendirilecektir.

Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların kesin olarak hükümsüz sayılması nedeniyle, sözleşmede bir boşluk meydana gelecektir. Fakat sözleşmedeki haksız şartın hükümsüz sayılması halinde, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi

bir sakınca bulunmuyorsa sözleşmede oluşan bu boşluğun tamamlanması söz konusu olmayacaktır.

Kısmi hükümsüzlük nedeniyle ortaya çıkan sözleşme boşluğu, hâkim tarafından ya doğrudan veya kıyas yoluyla uygulayacağı yedek hukuk kuralları aracılığıyla; bunun mevcut olmadığı durumlarda ise TMK m.1 uyarınca kendi koyacağı hukuk kuralları ile dolduracaktır. Hâkim, bunu gerçekleştirirken de tarafların varsayımsal iradelerini göz önünde tutacaktır.

Kaynakça

- Akcaal Mehmet/Uyumaz Alper, “ 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Bazı Hükümlerine (m.1-16) İlişkin Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.2, Yıl:2013.
- Akipek Şebnem, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi”, 2.Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Antalya Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- Aslan İ.Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2014.
- Atamer Yeşim M, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- Atamer Yeşim M., “Genel İşlem Koşulumu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Atamer Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler,Tartışmalar, BATİDER, Ankara 2012.
- Atamer Yeşim M., “Tüketici Hukukunun Gelişimi:Dünü,Bugünü Ve Yarını”, Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007.
- Aydoğdu Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Başpınar Veyssel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Çınar Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış, Yetkin Yayınları, 14.Bası, Ankara 2012.
- Gümüş M.Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

- Havutçu Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003.
- Helvacı İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 20.Bası, İstanbul 2014.
- Reisoğlu Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altıparmak Atilla, Borçlar Hukuku, Cilt I,5.Baskı, İstanbul 1985.
- Tunçomağ Kenan, "1962 Yılında Yayınlanmış Borçlar Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Kısa İncelemeler", *BATİDER*, C.II., Yıl 1964.
- Uzunallı Sevilay, "Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71,S.2. İstanbul 2013.
- Yelmen Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yeniocak Umut, "Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 107, Ankara 2013.
- Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3.Bası, Ankara 2004.
- Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

KAYITLI SERMAYE SİSTEMİNDE YENİ PAY ALMA (RÜÇHAN) HAKKININ SINIRLANDIRILMASI BAĞLAMINDA GENEL KURULUN YETKİLERİ -ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI- THE POWERS OF THE GENERAL ASSEMBLY IN TERMS OF RESTRICTION ON PRE-EMPTIVE RIGHT IN REGISTERED CAPITAL SYSTEM -COMPARATIVELY WITH GERMAN AND SWISS LAWS-

Esra CENKÇİ*

Özet: Kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılması, yönetim kurulunun bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olmasını gerekli kılar. Türk hukukunda genel kurulun Alman hukukunun aksine yeni pay alma hakkını doğrudan sınırlandırma yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca Alman ve İsviçre hukukunda geçerli olan yetkilendirme kararında sınırlandırma esaslarının gösterilmesi koşulu, Türk hukukunda aranmamaktadır. Öte yandan genel kurul, kanunun izin verdiği ölçüde, yönetim kurulunun sınırlandırma yetkisine ilişkin esasları belirlemeye yetkilidir. Genel kurulun bu yetkisi halka açık anonim ortaklıklarda daha dar kapsamlıdır.

Anahtar Kelimeler: Kayıtlı Sermaye Sistemi, Yeni Pay Alma Hakkı (Rüçhan Hakkı), Sınırlandırma, Genel Kurul, Haklı Neden

Abstract: Restriction of pre-emptive right in registered capital system requires board of directors expressly authorized in this regard. In Turkish law, general assembly has no direct restriction power on pre-emptive right, unlike with the German law. Furthermore, the condition of displaying the restriction principles on authorisation decisions which is applied in German and Swiss law, is not required in Turkish law. On the other hand, general assembly is authorised to determine the principles related to restriction power of board of directors, to the extent permitted by law. This power of general assembly is more limited in public companies.

Keywords: Registered Capital System, Pre-Emptive Right, Restriction, General Assembly, Justification.

* Dr., Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programı Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı (2015)

A. Genel Olarak Yeni Pay Alma Hakkı

Yeni pay alma hakkı (*Bezugsrecht*), mevcut pay sahiplerinin dış kaynaklı sermaye artırımını ile oluşan¹ yeni paylardan, paylarıyla² orantılı olarak alma hakkıdır (TTK m. 461/1; Alm. POK m. 186/1; İsv. BK m. 652b/1). Bu hakkın tanınmasıyla artırım öncesinde sahip olduğu oy hakkı, kâr payı ve tasfiye payı alma hakkı gibi yönetsel ve malvarlığı haklarının devam etmesini sağlayarak küçük ve orta ölçekli anonim ortaklık³ pay sahiplerinin sermaye artırımlarından olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmektedir.⁴ Yeni pay alma hakkının, ortaklığın zarar etme riskini üstlenmiş pay sahiplerine sunulan bir mükâfat olduğu da ileri sürülmektedir.⁵ Bu hak sayesinde, oransal pay sahipliği

¹ Burak Adıgüzel, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 1, (s. 1-48), s. 2-3; Zühtü Aytaç, "Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, 11-12 Ocak 1985, (s. 297-338), s. 331; Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı*, Beta Basım, İstanbul, 1996, s. 158; Yaşar Karayalçın, "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler", *BATİDER*, Y. 1993, C. XVII, S. 1, (s. 1-48), s. 12; Ünal Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1982, s. 52; Şükrü Yıldız, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler", *MÜHF-HAD*, C. 18, S. 2, Y. 2012 (Özel Sayı), (s. 809-817), s. 809.

² Burada payların sayısı değil, nominal değeri esas alınır (Gaudenz G. Zindel/Peter R. Isler, *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 4. Aufl., Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Basel, 2012, § 26, Art. 652b, N. 6).

³ Zira pay sahipliği haklarının daha az önem arz ettiği halka açık anonim ortaklıklarda payların, sermaye piyasası kuralları çerçevesinde borsada işlem görmesi suretiyle pay sahiplerinin konumlarını güvence altına alması ya da yeniden şekillendirmeleri mümkündür (Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Zürich, 2009, § 2, N. 284; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 40, N. 254; Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 2).

⁴ Adıgüzel, s. 2; Aytaç, s. 301-303; Böckli, § 2, N. 273f; Sevgi Epçeli, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler", *İBD*, C. 84, S. 6, Y. 2010, (s. 3589-3625), s. 3591; Dieter Gericke, *Die genehmigte Kapitalerhöhung, Eine Untersuchung nach schweizerischem Recht*, Shulthess, Zürich, 1996, s. 241-242; Karayalçın, s. 12; Falco Schickerling, *Information und Rechtsschutz beim genehmigten Kapital unter Bezugsrechtsausschluss*, Nomos, Baden, 2007, s. 22; Theodoros Stamatopoulos, *Die Pflichtenstellung des Vorstands der Aktiengesellschaft und der Schutz der Aktionäre beim bezugsrechtsfreien genehmigten Kapital -im deutschen Aktienrecht unter Berücksichtigung des europäischen und griechischen Aktienrechts*, Verlag C.H.Beck, München, 2007, s. 10; Yıldız, TTK-Rüçhan Hakkı, s. 809; Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı*, İstanbul, 1996, s. 110; Şükrü Yıldız, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 154; Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 2.

⁵ Teoman Akünal, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı",

haklarını koruma imkânına sahip olan pay sahipleri, sermaye artırım kararlarının alınmasında şahsi endişelerden soyutlandığından sermaye artırım kararlarına ortaklığın menfaatini gözeterek katılabilecektir. Bu bağlamda yeni pay alma hakkı bir yandan pay sahiplerinin haklarını korurken, diğer yandan ortaklığı koruyucu etkiye sahiptir.⁶ Ayrıca hakkın, özellikle aile ortaklıklarında yabancılaşmayı önleyici fonksiyonu göz ardı edilmemelidir.⁷

Sermaye artırım kararıyla somut hale gelen yeni pay alma hakkı, paya bağlı olarak kullanılabilen şahsi⁸ ve nispi bir haktır.⁹ Tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilen bu hakkın kullanılma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁰ Müktesep hak karakterini haiz olmaması¹¹ nedeniyle hakkın kaldırılması ve sınırlandırılması mümkündür (TTK m. 461/2; m. 452).

İÜMHAD, C. 3, S. 5, Y. 1969, (s. 257-278), s. 267. Öte yandan yeni pay alma hakkının mükâfat olarak değerlendirilemeyeceği; daha ziyade denkleştirici fonksiyonunun bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Zindel/İsler, § 26, Art. 652b, N. 3.

⁶ Akünel, s. 267.

⁷ Aytaç, s. 303.

⁸ Yeni pay alma hakkının mali haklar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Akünel, s. 261-262.

⁹ Adıgüzel, s. 2; Epçeli, s. 3593; Lutter, in: Wolfgang Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Köln, 1986, § 186, N. 10; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1781; Stamatoopoulos, s. 13; Wiedemann, in: Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, Aktiengesetz Großkommentar, 4. neubearbeitete Aufl., Sechster Band: §§ 150-220, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, § 186, N. 61.

¹⁰ Epçeli, s. 3596, 3601-3602; Yıldız, TTK-Rüçhan Hakkı, s. 816. Ayrıca bkz. Yarg., 11. HD., 27.02.2013 T., 2012/1114 E., 2013/3559 K.: "...iptali istenilen söz konusu karar ile sermaye artırımının yanı sıra artırılan sermayeden şirket ortaklarına yeni pay verilmesi de kararlaştırılmıştır. Mülga TTK'nin 394. maddesinde, esas sermayenin artırılması halinde pay sahiplerinden her birinin, yeni hisse senetlerinden şirket sermayesindeki payı ile mütenasip miktarını alabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, pay sahipleri için tanınmış bir hak olup yükümlülük olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Diğer bir deyişle, anılan madde uyarınca şirket ortaklarına zorla önalım (rüçhan) hakkı kullandırılmaz. O halde, iptali istenilen genel kurul kararı ile davacılar, 6762 sa. TTK'nin 394. maddesinde düzenlenen önalım hakkının zorla kullandırılması sonucu yaratıldığından davanın bu nedenle kabulüne karar verilmesi gerekirken..." (Karar yayımlanmamıştır). Öte yandan yeni pay alma hakkı, inşai hak karakterini haiz değildir (Zindel/İsler, § 26, Art. 652b, N. 3).

¹¹ Aytaç, s. 303-305; Epçeli, s. 3593-3595; Pulaşlı, Şerh, s. 1782; Yıldız, Yeni Pay Alma Hakkı, s. 138-140; Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s. 155. Öte yandan, yeni pay alma hakkının, esas sözleşmeyle tanındığı hallerde müktesep hak niteliğine bürüneceği yönünde bkz. Pulaşlı, Şerh, s. 1782; Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı", BATİDER, C. XXIII, S. 4, (s. 35-90), s. 57; Zindel/İsler, § 26, Art. 652b, N. 3.

B. Yeni Pay Alma Hakkının Sınırlandırılması Konusunda Yönetim Kurulunun Yetkilendirilmesi

Kayıtlı sermaye sistemi, esas sözleşmede öngörülen yetkilendirme hükmüne istinaden anonim ortaklığın sermayesinin ihtiyaç duyduğu anda yönetim kurulu kararıyla kolayca artırılması esasına dayanır.¹² Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermayenin artırılması dışında kanunda öngörülen bazı yetkiler de tanınabilir. Yönetim kuruluna tanınması ihtiyari olan bu yetkiler, sermaye artırımıyla doğrudan bağlantılı olup kullanılmaması durumunda menfaatler dengesinin zedelenmesine neden olacak niteliğe sahiptir.¹³ Esas sözleşmede açıkça öngörülmesi koşuluyla yönetim kurulunun kullanabileceği bu yetkilerden biri¹⁴ de pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını sınırlandırma¹⁵ yetkisidir (TTK m. 460 /4; SerPK m. 18/5).

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Cencki, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015, s. 50 vd.

¹³ Çağlar Manavgat, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sisteminde İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *BATİDER*, C. XXIX, S. 1, Y. 2013, (s. 45-78), s. 58.

¹⁴ Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna, sermayenin artırılması dışında tanınabilecek yetkiler, TTK ve SerPK'de büyük oranda örtüşür şekilde düzenlenmektedir. Bu yetkiler şunlardır: (i) İmtiyazlı pay çıkarma yetkisi (TTK ve SerPK), (ii) imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını sınırlama yetkisi (TTK ve SerPK), (iii) itibari değer üzerinde pay çıkarma yetkisi (TTK ve SerPK), (iv) itibari değer altında pay çıkarma yetkisi (SerPK), (v) pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını sınırlama yetkisi (TTK ve SerPK).

¹⁵ Pay sahiplerinin yeni pay alma hakkının, koşulları mevcut olduğu sürece, genel kurul kararıyla sınırlandırılabilmesi veya kaldırılabilmesi mümkündür (TTK m. 461/2). Buna karşın, gerek TTK'nin 460/4. maddesinde, gerekse SerPK'nin 18/5. maddesinde yönetim kurulunun esas sözleşmeyle yeni pay alma hakkını sınırlandırma konusunda yetkilendirilebileceği düzenlenmektedir. Yeni pay alma hakkının sınırlandırılması, pay sahiplerinin yeni paylardan bir kısmını almalarının engellenmesi, yeni pay alma hakkının kullanılmasının farklı kategorideki paylardan bir veya birkaçı ile sınırlandırılması ya da yeni pay alma hakkının devrinin engellenmesi şeklinde olabilirken; hakkın kaldırılması, yeni pay alma hakkının pay sahipleri tarafından kullanılmasının tamamen yasaklanmasıdır (Adıgüzel, s. 3; Yıldız, Yeni Pay Alma Hakkı, s. 297-300; Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s. 169). Kanunda, yeni pay alma hakkının kaldırılması ifadesinin kullanılmamış olması nedeniyle, yönetim kuruluna bu hakkın kaldırılması yetkisinin tanınıp tanınamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, bu durumda, yönetim kurulu kararıyla yeni pay alma hakkının sadece sınırlandırılabilirliğini ileri sürerken (Aytaç, s. 334; Fena İpekel, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku İşığında Değerlendirilmesi", *E-Journal of Yaşar University*, S. 8 (Özel Sayı-Armağan), C. II, Y. 2013, (s. 1413-1456), s. 1441; Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku -Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Toplu-

Yeni pay alma hakkı, esas sözleşmede bu yönde yer verilecek bir hükümle sınırlandırılmaz.¹⁶ Öte yandan yönetim kuruluna yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisi, ancak esas sözleşmede tanınabilir (TTK m. 460/4, SerPK m. 18/5; Alm. POK m. 203/2; İsv. BK m. 651/3, m. 650/2, b. 8). Bu yetkinin, kayıtlı sermaye sisteminin (kuruluştaki ya da sonradan) kabul edilmesi sırasında tanınması şart değildir; ortaklık sisteme geçişe ilişkin yetkilendirme işlemlerinden bağımsız olarak yönetim kurulunu yeni pay alma hakkını sınırlandırma konusunda yetkilendirebilir.¹⁷

1. Yetkilendirme Kararının Alınması

TTK'nin 461. maddesine göre, genel kurulun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı ile yeni pay alma hakkı, ancak haklı sebep bulunduğu takdirde ve sermayenin en az yüzde altmışını¹⁸ temsil eden

luğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 52; Yıldız, Yeni Pay Alma Hakkı, s. 202; Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s. 171); bizim de katıldığımız diğer görüş, Kanun' un yönetim kurulunu yetkilendirme hükmünün yeni pay alma hakkının kaldırılmasını da içerdiği yönündedir (Bahtiyar, s. 157-158; Adıgüzel, s. 22). Gerçekten, kanun koyucunun amacı, yönetim kuruluna yeni pay alma hakkının sadece sınırlandırılması yetkisinin tanınması olamaz. Zira yeni pay alma hakkının tamamen kaldırılmaması amaçlanmış olsaydı, bu hakkın kaldırılması sonucunu doğuracak sınırlandırmaların engellenebilmesi adına, yönetim kurulunun sınırlandırma yetkisinin ölçüsünün de kanunda gösterilmesi gerekirdi. Bununla birlikte, yeni pay alma hakkı genel kurul kararıyla kaldırılabilirken, yönetim kurulu tarafından sadece sınırlandırılabilmesinin haklı bir nedeni olamaz. Kaldı ki, özellikle halka açık anonim ortaklıklarda, sermaye artırımı neticesinde halka açılma yolu tercih edilirse, bu sayede yeni kaynak temin etme amacında olan ortaklığın iradesi, yeni pay alma hakkının kaldırılması yönünde olacaktır (Bkz. Gerçekçe, SerPK m. 18/5 ve ayrıca Adıgüzel, s. 22). SerPK ve TTK'de "sınırlandırma" ifadesinin kullanılmış olmasının nedeni, 2499 sa. SerPK'de de bu ifadenin tercih edilmiş olmasıdır. Oysa 2499 sa. SerPK döneminde uygulanan 6762 sa. TTK' de, TTK'nin 461. maddesinde olduğunun aksine yeni pay alma hakkının "sınırlandırılmasından" ve "kaldırılmasından" ayrı ayrı söz edilmeyip pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını, genel kurulun sermayenin artırılmasına dair kararında aksine şart olmadıkça kullanabilecekleri düzenlendiğinden (6762 sa. TTK m. 394), bu tür kavram kargaşaları ortaya çıkmamıştır.

¹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 239; Gericke, s. 277; Zindel/Isler, § 26, Art, 652b, N. 11.

¹⁷ Hirte, in: Hopt/Wiedemann, § 203, N. 58; Uwe Hüffer, Aktiengesetz (Kommentar), 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2010, § 203, N. 40; Stamatoopoulos, s. 14-15.

¹⁸ Alman Hukukunda bu oran $\frac{3}{4}$ 'tür (Alm. POK m. 186/3). Aynı şekilde mehz İsv. BK'de yeni pay alma hakkının sınırlandırılması, İsv. BK'nin 704. maddesinde sayılan önemli kararlardan olduğundan, sınırlandırma kararının alınmasında nitelikli

pay sahiplerinin oluruyla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. (TTK m. 461/2, c. 1; İsv. BK m. 652b/2). *Nisaba ilişkin şart dışında* bu kural, kayıtlı sermaye sistemindeki anonim ortaklığın yönetim kurulu kararları için de geçerlidir (TTK m. 461/2, c. 3). Bu iki düzenlemenin birlikte ele alınmasıyla ortaya şu sonuç çıkmaktadır: Yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması, genel kurul kararına dayanmaktaysa sermayenin en az yüzde altmışını temsil eden pay sahiplerinin rızası gerekirken; yönetim kurulu kararına dayanması halinde nitelikli toplantı ve karar yeter sayısı aranmamaktadır.

Öte yandan, TTK'nin 460. maddesinde kayıtlı sermaye sistemine geçiş ya da sistem içi esas sözleşme değişiklikleri bakımından özel nisaplar öngörülmediğinden¹⁹ yetkilendirmeye ilişkin esas sözleşme değişikliği kararı, daha düşük bir nisapla -ilk toplantıda sermayenin en az yarısının temsil edildiği, ikinci toplantıda sermayenin üçte birinin hazır bulunmasının yeterli görüldüğü bir toplantıda- alınabilmektedir (TTK m. 421/1). Kanun koyucunun amacı, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması/ kaldırılması konusunda, kayıtlı sermaye sisteminde pay sahiplerinin daha az korunması olamaz. TTK'nin 461/2. maddesinde, kayıtlı sermaye sistemi açısından nisaba ilişkin özel koşulun istisna tutulmasının nedeni, genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yapı farklılığından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle TTK m. 460/4 uyarınca, yönetim kuruluna yeni pay alma hakkını sınırlandırma/ kaldırma yetkisinin tanındığı genel kurul kararıyla yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasına zemin hazırlandığından bu kararın TTK'nin m. 461/2. maddesinde öngörülen nisaba uygun olarak -sermayenin en az yüzde altmışını temsil eden pay sahiplerinin olumlu oyuyla- alınması gerekmektedir.

Nitekim halka açık anonim ortaklıklar açısından SerPK'nin 29. maddesinde, yönetim kuruluna yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisi tanıyan genel kurul kararları için ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmektedir (SerPK m. 29/6). Bu düzenleme, yeni pay alma hakkının TTK'nin 461. maddesinde daha koruyucu bir çerçevede ele alınmış olmasıyla uyumludur. Buna göre halka açık anonim ortaklıklarda, yö-

¹⁹ yetersayı aranır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 241). Oysa Alman Hukukunda yönetim kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği kararı, sermayenin dörtte üçünü temsil edenlerin kabulüyle alınır (Alm. POK m. 202/2).

netim kuruluna yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi tanıyan kararın görüşüldüğü genel kurul toplantısında, sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahipleri bulunuyorsa karar, oy hakkını haiz payların çoğunluğuyla alınır. Toplantıda, sermayenin en az yarısını temsil eden pay sahipleri bulunmuyorsa, genel kurul kararının alınabilmesi için toplantı nisabı aranmamakta,²⁰ kararın alınabilmesi için mevcut oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi yeterli sayılmaktadır (SerPK m. 29/6, m. 23/1, ç). Öte yandan esas sözleşmede, kanunda öngörülenlerden daha ağır nisaplar belirlenebilir (SerPK m. 29/3, 6).

2. Yetkilendirmenin İçeriği

a. Alman Hukukunda

Alman hukukunda kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümlere Alm. POK'nin 202. ila 206. maddelerinde yer verilmektedir. “*Yeni pay ihracı*” başlıklı 203. maddede, devam eden maddelerde aksi öngörülmediği sürece, yeni pay ihracına, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kanunun dış kaynaklardan sermaye artırımının düzenlendiği 185. ila 191. maddelerinin uygulanacağı; gönderme yapılan bu hükümlerden yeni pay alma hakkına ilişkin 186/3. maddede ise, yeni pay alma hakkının kısmen veya tamamen sadece sermayenin artırılması kararıyla sınırlandırılabilmesi, sınırlandırma kararının sermayenin dörtte üçünü temsil eden çoğunlukla alınabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemeden yola çıkılarak doktrinde, esas sermaye sisteminde (*ordentliche Kapitalerhöhung*) olduğu gibi, kayıtlı sermaye sisteminde de genel ku-

²⁰ Diğer genel kurul kararlarına nazaran daha önemli olduğu kabul edilen yönetim kuruluna yeni pay alma hakkını sınırlandırma/ kaldırma, imtiyazlı pay çıkarma, mevcut imtiyazların kapsam ve konusunu değiştirme yetkisi veren kararların toplantı nisabı aranmaksızın alınabilmesi, SerPK'nin 29/6. maddesinin öngörülme amacıyla bağdaştırılamaz. Bu fıkra, ortaklık ve pay sahiplerinin menfaati açısından özel önem arz eden kararlar tespit edilmiş; bu kararların alınmasında diğer tüm genel kurul kararları bakımından geçerli olan üçüncü fıkra düzenlenmiş nisaplardan farklılık yaratılmak istenmiştir. Bu farklılık ancak, nisapların düşürülmesi değil, artırılması şeklinde olabilir. Ne var ki, karar nisabı artırılmasına rağmen, toplantı nisabı aranmaması, söz konusu kararların üçüncü fıkradan daha düşük nisaplarda alınmasına yol açabileceğinden, düzenleme kendi içinde çelişkilidir. Burada asgari bir sınır belirlenmek isteniyorsa, toplantı nisabı üçüncü fıkra düzenlenmiş genel kuraldan daha düşük olmamalıdır. Aksinin kabulü üçüncü fıkradaki, SerPK'de ve esas sözleşmede ancak daha ağır nisaplar öngörülebileceği şeklindeki kurala aykırılık oluşturur.

rul tarafından yeni pay alma hakkının doğrudan sınırlandırılabilceği kabul edilmektedir.²¹ Genel kurulun bu yöndeki kararı, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun yetkilendirilmesi kararıyla birlikte ya da yetkilendirilme kararından bağımsız olarak alınabilir.²² Her durumda, sınırlandırma kararının Alm. POK'nin 186/3. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunlukla (3/4) alınması gerekir (Alm. POK m. 203/1, c. 2). Genel kurulun sınırlandırma kararında hakkı sınırlandırılan pay sahiplerinin belirlenmesi gerekli değildir; yeni payların tahsisi yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır. Genel kurulun sınırlandırma/ yetkilendirme kararının içeriği konusunda iki ihtimal düşünülebilir: İlki, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması ve bu sınırlandırma kararının uygulanacağı somut durumların tek tek belirlenmesi; ikincisi, sınırlandırma/ yetkilendirme kararında, bu durumların soyut bir şekilde ifade edilmesidir.²³

Kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasının diğer şekli, Alm. POK'nin 203/2. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre yönetim kuruluna yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda yetki tanınabilir (Alm. POK m. 203/2, c. 1). Bu yönde bir yetkilendirme bulunmadığı sürece yönetim kurulu, yeni pay alma hakkını sınırlandıramaz.²⁴ Yönetim kuruluna sınırlandırma yetkisi, esas sözleşmede tanınabilir.²⁵ Bu ikinci ihtimalde yönetim kurulu, ancak denetim kurulunun onayıyla (Alm. POK m. 204/1, c. 2) sınırlandırma kararı alabilir.²⁶

²¹ Walter Bayer, in: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4 §§ 179-277, C.H. Beck/Franz Vahlen, München, 2011, § 203, N. 86; Rüdiger Veil, in: Karsten Schmidt/Marcus Lutter (Hrsg), Aktiengesetz Kommentar, II. Band §§ 150-410, 2. Aufl., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, § 203, N. 24.

²² Hirte, in: Hopt/Wiedemann, § 203, N. 18; Armin Maslo, Interessenwahrung und Rechtsschutz der Aktionäre beim Bezugsrechtsausschluss im Rahmen des genehmigten Kapitals, Dunker & Humblot, Berlin, 2006, s. 54.

²³ Veil, Aktiengesetz Kommentar, § 203, N. 26.

²⁴ Stamatopoulos, s. 8-9.

²⁵ Yetkilendirme kararının alınmasında Alm. POK'nin 186/3. maddesinde öngörülen karar yeter sayısı uygulanmaz; burada kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun yetkilendirme kararının alınması için gerekli olan Alm. POK'nin 202/2. maddesinde düzenlenen toplantı ve karar yetersayısına riayet edilmelidir (Bayer, in: Kommentar zum Aktiengesetz, § 203, N. 91; Hüffer, § 203, N. 23; Veil, Aktiengesetz Kommentar, § 203, N. 27).

²⁶ Hirte, in: Hopt/Wiedemann, § 203, N. 26; Schickerling, s. 43 vd.; Stamatopoulos, s. 14-15; Veil, Aktiengesetz Kommentar, § 203, N. 27.

Alm. POK'de, Türk hukukunun ya da İsviçre hukukunun aksine yeni pay alma hakkının sınırlandırılması esaslarına yer verilmediğinden keyfiligi önlemek adına bu konuda kıstas arayışına gidilmiştir. Alman Federal Yargıtayı (BGH)'nın 23.06.1997 tarihinde vermiş olduğu "*Siemens/Nold*" kararı, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması koşullarına ilişkin olarak Alman hukuku uygulamasını, karardan öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayırmaktadır. Bu karardan önceki duruma, Yüksek Mahkeme (*Reichsgerichts*)'nin 1908 yılında vermiş olduğu "*Hibernia*" kararından (RGZ 68, 235) başlayarak göz atmak gerekirse: "*Hibernia*" kararında, kanunun lafzından yola çıkılarak çoğunluk pay sahiplerinin yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda takdir yetkisi bulunduğu kabul edilmekte ve azınlık pay sahiplerinin hakkı tamamen göz ardı edilmektedir. Yüksek Mahkeme, daha sonra verdiği kararında, ahlaka uygunluk ilkesinin bir gereği olarak çoğunluk gücünün önüne geçilebileceğini ve azınlık pay sahiplerinin korunabileceğini içtihat etmiştir (RGZ 107, 72). Mahkemeye göre çoğunluk pay sahipleri gücünü sınırsız olarak ve kasten ortaklığın zararına olarak kullanmamalıdır; çoğunluğun özel menfaatleri uğruna ortaklığın refahının bilinçli olarak göz ardı edilmesi ahlaka aykırıdır.²⁷

Alman Federal Yargıtayı "*Minimax II*" kararında (BGHZ 33, 175), kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasında eşit işlem ilkesinin gözetilmesi gereğine değinmiştir. Mahkemenin "*Kali und Salz*" kararı (BGHZ 71, 40) ise, genel kurul kararının somut olarak içerik denetimine konu edilebilmesi için yol gösterici mahiyette ilkesel bir karardır. Esas sermaye sisteminde sermaye artırımının ele alındığı bu kararda, yeni pay alma hakkının, ortaklık menfaatinin haklı kıldığı somut bir nedene dayanılarak sınırlandırılması ve ayrıca gereklilik, amaca uygun olma ile ölçülülük ilkelerinin de göz önünde bulundurulması gereği öngörülmüştür.²⁸ 19.04.1982 tarihli "*Holzmann*" kararında [BGHZ 83, 319 (321)], "*Kali und Salz*" kararında öngörülen ilkeler, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun yetkilendirilmesi kararı açısından ele alınmıştır.²⁹ Buna göre, yeni pay alma hakkının sınırlandırılabilmesi için ortaklık menfaatinin haklı kıldığı somut neden yetkilendirmenin yapıldığı zamanda bulunmalıdır.³⁰

²⁷ Stamatopoulos, s. 17-18.

²⁸ Bkz. Maslo, s. 62 vd.; Schickerling, s. 38 vd.; Stamatopoulos, s. 21-22.

²⁹ Bayer, in: Kommentar zum Aktiengesetz, § 203, N. 97.

³⁰ Maslo, s. 65; Schickerling, s. 49-50.

Alman Federal Yargıtayı'nın 23.06.1997 tarihli "*Siemens/Nold*" kararıyla yeni pay alma hakkının sınırlandırılma koşulları değiştirilmiştir.³¹ Mahkeme, yeni pay alma hakkının sınırlandırılma koşullarına ilişkin olarak kabul edilen önceki koşulların ağır olduğu, pratik olmadığı [BGHZ 136, 133 (136)];³² bu durumun ortaklıkların ulusal ve uluslararası sermaye piyasasına girişini ve genişlemesini engelleyici nitelikte olduğu gerekçesiyle içtihadını değiştirmiştir. Ayrıca yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda stok karar [*Vorratsbeschluss*- BGHZ 83, 319 (322) - Holzmann] alınmasını öngören önceki yargı kararlarının, hukuki güvensizliğe neden olduğu kabul edilmiştir.³³ Mahkeme, "*Siemens/Nold*" kararında üç kural öngörmüştür. Bunlardan ilki, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkı genel kurul kararıyla doğrudan sınırlandırıldığında, kararın uygulanmasına ilişkin tedbirlerin genel olarak soyut bir şekilde belirleneceği ve genel kurul kararının ilan edileceğidir. İkinci kural, öngörülen bu tedbirler ortaklığın menfaatine olmalıdır. Üçüncüsü ise, genel kurulun bu yöndeki kararının uygulanmasının, yönetim kurulunun takdirine bırakılacağıdır. Mahkemenin bu kararı, yeni pay alma hakkının doğrudan genel kurul kararıyla sınırlandırılmasıyla ilgili bir olaya dayanmasına rağmen yönetim kurulunun yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda yetkilendirilmesi bakımından da geçerlidir.³⁴ Belirlenen soyut koşullar sayesinde, yönetim kurulunun sınırlandırma kararının ortaklığın menfaatine olup olmadığı denetlenebilecektir. Yönetim kurulu, somut olayın özelliklerinden sınırlandırma sebebinin yetkilendirme kararına atlanıp atlanamayacağı; sınırlandırmanın ortaklık menfaatine uygun olup olmadığı konusunda özenli davranmalıdır.³⁵ Bu süreçte yönetim kurulu, özel durumları bildirerek genel kurulun onayını alabileceği gibi, özel durumun genel kurul tarafından açıklanan soyut içeriğe dâhil olduğuna ve sınırlandırmanın ortaklık menfaati açısından haklı olduğuna karar verebilir.³⁶

³¹ Maslo, s. 68; Schickerling, s. 51.

³² Bayer, in: Kommentar zum Aktiengesetz, § 203, N. 105.

³³ Frank Wamser, in: Gerald Spindler/ Eberhard Stitz (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 §§ 179-410, C.H. Beck, München, 2007, § 203, N. 79; Stamatopoulos, s. 65.

³⁴ Christian Röck, Zweckforfall beim genehmigten Kapital, Eine Untersuchung zu bestehenden Vorstandspflichten bei gescheiterter Bar- und Sachkapitalerhöhung, Dr. Kovač, Hamburg 2010, s. 20; Wamser, in: Kommentar zum Aktiengesetz, § 203, N. 80.

³⁵ Röck, , s. 21.

³⁶ Bkz. Bayer, in: Kommentar zum Aktiengesetz, § 203, N. 106-107; Maslo, s. 69 vd.;

b. İsviçre Hukukunda

İsv. BK m. 650 vd. hükümleri, sermaye artırımını düzenlemektedir. İsv. BK' nin 650. maddesinin kenar başlığında sermaye artırımını, "olağan sermaye artırımını" (*ordentliche Kapitalerhöhung*) ve "yetkilendirilmiş sermaye artırımını" (*genehmigte Kapitalerhöhung*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanunun 650. maddesinde esas sermaye sistemine, 651. ve 651a. maddelerinde kayıtlı sermaye sistemine ve nihayet 652. ila 653. maddelerinde esas ve kayıtlı sermaye sistemine ilişkin ortak hükümlere (*gemeinsame Vorschriften*) yer verilmiştir. Yeni pay alma hakkı, ortak hükümler kapsamında 652b. maddede düzenlenmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında genel kurulun sermaye artırım kararıyla yeni pay alma hakkının sadece önemli nedenle (*wichtigen Gründen*) sınırlandırılabilceği; özellikle işletmelerin, işletme kısımlarının devrinin ya da işçilerin katılımının önemli neden sayılacağı öngörülmektedir. Akabinde hiç kimsenin yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasıyla objektif olmayacak şekilde yararlandırılamayacağı ya da dezavantajlı hale getirilemeyeceği şeklinde eşit işlem ilkesine yer verilmektedir. Ortak hükümler arasında yer almasına rağmen bu düzenlemede, kayıtlı sermaye sisteminden söz edilmemesi, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının hangi koşullarda sınırlandırılacağı konusunda belirsizliğe yol açmıştır.³⁷ Bununla birlikte, kayıtlı sermaye sistemindeki anonim ortaklığın esas sözleşmesinde düzenlenmesi gereken konulara ilişkin İsv. BK'nin 651/3. maddesinde, esas sermaye sisteminde genel kurulun sermaye artırım kararının içeriğini düzenleyen İsv. BK'nin 650/2. maddesine, bazı konular açıkça istisna tutularak gönderme yapılmaktadır. Gönderme yapılan 650/2. maddenin sekizinci bendinde yer alan "yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması ile yeni payların tahsisi", esas sözleşmedeki yetkilendirme hükmünde gösterilmesi gereken konulardandır. Bu durum, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının genel kurul kararıyla sınırlandırıldıktan ya da kaldırıldıktan sonra yönetim kuruluna bunun uygulanmasının mı bırakıldığı yönünde tartışmalara zemin hazırlamıştır.³⁸

Schickerling, 51 vd.; Stamatopoulos, s. 63-64, Veil, Aktiengesetz Kommentar, § 203, N. 28-29.

³⁷ Zindel/ Isler, § 26, Art. 652b, N. 7.

³⁸ Zindel/ Isler, § 26, Art. 652b, N. 7a.

Bu belirsizlik doktrin görüşleriyle ve yargı kararlarıyla giderilmeye çalışılmıştır. Doktrinde, kanunun lafzından yola çıkılarak yeni pay alma hakkının genel kurul kararıyla sınırlandırılacağını kabul etmenin, sistemin esnek yapısına aykırı olduğu; ayrıca sermayenin artırılacağı zamandaki sınırlandırma sebeplerinin, yönetim kurulunun yetkilendirilmesi kararının alındığı sırada henüz belli olmadığı gerekçesiyle genel kurula doğrudan sınırlandırma yetkisi tanıma fikrine karşı çıkmıştır.³⁹ Federal Mahkeme'nin bu konuda vermiş olduğu bir kararda benimsediği ilkeler, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılması bakımından emsal kabul edilmektedir.⁴⁰ Mahkeme, yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasının esas ve kayıtlı sermaye sistemi açısından aynı maddede düzenlenmiş olmasını, kanun koyucunun dikkatsizliği olarak görmektedir. Ayrıca anonim ortaklıklar hukukuna ilişkin reform ilkelerinin, kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımının esnekliği ile pay sahiplerinin konumlarının güçlendirilmesi konularına önem verdiğine atıf yapılmaktadır. Kanun koyucunun yönetim kuruluna yeni pay alma hakkını belli koşullarda sınırlandırma yetkisi tanıyan düzenlemeye yer vermesi gerektiği düşüncesiyle⁴¹ kararda şu esaslar öngörülmektedir: Yönetim kurulunun yeni pay alma hakkını şirket menfaatini gerekçe göstererek sınırlandırması kabul edilemez. Bununla birlikte yetkilendirmede sınırlandırma sebebinin sadece "haklı sebep" olarak gösterilmesi de yetersizdir. En azından pay sahipleri açısından yeni pay alma hakkının daha az önem arz ettiği halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu, belirli ve İsv. BK m. 652b/2 anlamında önemli bir nedenle yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda yetkilendirilebilir. Yetkilendirmede, önemli sebep teşkil edecek durumların tek tek gösterilmesi gerekli değildir; yetkilendirmenin, yönetim kurulunun takdir yetkisinin sınırlarını gösteren genel-soyut talimatları içermesi yeterlidir.⁴²

³⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 272.

⁴⁰ BGE 121 III 219 ff.

⁴¹ Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 40, N. 275.

⁴² Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, § 40, N. 275-280; Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 9-11. Öte yandan yetkilendirmede kullanılmayan yeni pay alma hakkına konu payların tahsisi gösterilmelidir (İsv. BK m. 651/3, m. 560/2, b. 8). Bu gösterme, muhtemel alıcı çevresinin belirleyici kriterlerle genel olarak tanımlanmasını gerekli kılar. Bu konuda yönetim kurulunun yetkisi sınırlıdır. Esas sözleşmede yer alan belirlemeden, alıcı çevresi, herhangi bir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın objektif olarak anlaşılabilir (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 281;

Sonuç olarak gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda genel kurulun takdir yetkisi sınırlıdır. Bu konuda somut olay adaleti ön plana çıkarılmış; her bir sermaye artırımını bakımından sınırlandırma koşullarının değerlendirilmesi yönetim kurulunun takdirine bırakılmıştır.

c. Türk Hukukunda

6762 sa. TTK'nin 394. maddesiyle kıyaslandığında pay sahiplerinin haklarını daha koruyucu hükümler içeren⁴³ "rüçhan hakkı" madde başlıklı⁴⁴ TTK'nin 461. maddesinin kaynağı İsv. BK'nin 652b. maddesidir. Hüküm, İsv. BK'den farklı olarak kayıtlı sermaye sistemi de gözetilerek kaleme alınmıştır. Şöyle ki hükmün ikinci fıkrasında öncelikle esas sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılması esaslarına yer verilmiştir. Buna göre, genel kurulun sermayenin artırılması kararıyla yeni pay alma hakkının sınırlandırılabilmesi, sınırlandırma için haklı sebebin bulunmasına ve esas sermayenin en az yüzde altmışının sınırlandırmayı kabul etmesine bağlıdır. Haklı sebep, ortaklık menfaatinin, pay sahiplerinin yeni pay alma hakkından üstün tutulmasını gerekli kılan objektif bir sebeptir.⁴⁵ Haklı sebebe örnek olarak⁴⁶ TTK'de, halka arz, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınması, işçilerin şirkete katılması gösterilmektedir (TTK m. 461/2, c. 2). Bu sayılanlar dışında, ihtiyaç duyulan nakdi sağlayacak ya da ortaklık faaliyetlerine katma değer sağlayacak kişinin ortak kabul edilmesi,⁴⁷ pay sahiplerinin kaynak yetersizliği, yatırımcı

Gericke, s. 277, 279, 288).

⁴³ Bkz. Gerekçe, TTK m. 461.

⁴⁴ Madde başlığı olarak uygulamada yaygın olarak kullanılan "rüçhan hakkı" ifadesinin tercih olmasının nedeni, gerekçede, yeni çıkarılan payları almada pay sahiplerinin önceliğini vurgulamak olarak gösterilmiştir (Gerekçe, TTK m. 461). Ne var ki maddenin içeriğinde, bazen "rüçhan hakkı", bazen "yeni pay alma hakkı" ifadesi kullanılmak suretiyle kavram kargaşasına yer verildiği görülmektedir. 6762 sa. TTK'de olduğu gibi 6362 sa. SerPK'de de "yeni pay alma hakkı" kavramı, tercih edilmiştir.

⁴⁵ Gericke, s. 256.

⁴⁶ Gericke, s. 256; Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 20.

⁴⁷ Çağlar Manavgat (İsmail Kırcı/Feyzan Hayal Şehirli Çelik), Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013, s. 334.

çevresinin genişletilmesi, ortaklık borçlarının itfası⁴⁸ gibi sebepler de somut olayın özelliklerinin gerekli kıldığı ölçüde haklı sebep olarak kabul edilebilir.⁴⁹ 461. maddede ayrıca yeni pay alma hakkının sınırlandırılması suretiyle hiç kimsenin haklı görülmeyecek şekilde yararlandırılmayacağı ya da kayba uğratılmayacağı hükmü ile sınırlandırma bakımından eşit işlem ilkesinin önemine işaret edilmektedir (TTK m. 461/2, c. 3).

Esas sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının sınırlandırılması yukarıdaki esaslara bağlandıktan sonra, nisaba ilişkin şart dışında bu hükmün kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanacağı düzenlenmektedir (TTK m. 461/2, c. 4). Sınırlandırma esaslarının kayıtlı sermaye sisteminde *yönetim kurulu kararları* açısından geçerli olduğuna vurgu yapıldığından yeni pay alma hakkının sınırlandırılması ya da kaldırılması için gerekli koşulların bulunup bulunmadığını, her bir sermaye artırımının gerekliliklerini dikkate alarak⁵⁰ yönetim kurulu takdir etmelidir. Nitekim hükmün hemen devamındaki yönetim kurulunun yeni pay alma hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması gerekçelerini bir raporla açıklayacağına yönelik düzenleme (TTK m. 461/2, c. 5) de bu tespiti güçlendirmektedir. Zira esas sermaye sisteminde sınırlandırma kararının gerekçesi, genel kurulda pay sahipleri tarafından takdir edildiğinden yönetim kurulunun şeffaflık ilkesi gereği pay sahiplerini bilgilendirme amacı taşıyan bu içerikte bir rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ayrıca gerek “*yönetim kurulunun pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını sınırlandırılabilmesi için esas sözleşmeyle yetkilendirilmiş olması*” koşulunu arayan TTK’nin 460/4. maddesi, gerekse “*yönetim kurulunun pay sahiplerinin yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konularında esas sözleşmeyle yetkili kılınması şarttır*” şeklindeki SerPK’nin 18/5. maddesi, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının bizzat yönetim kurulu kararıyla sınırlandırılabilmesine; ancak, bunun için yönetim kurulunun esas sözleşmede yetkilendirilmesi gereğine işaret etmektedir.

⁴⁸ Can Yaşar Göksoy, “Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması”, *Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, İstanbul, 2003, (s. 363-439), s. 419-425.

⁴⁹ Ayrıca bkz. Yıldız, Eşit İşlem İlkesi, s. 166-168; Zindel/İsler, § 26, Art. 652b, N. 20-21.

⁵⁰ Gerekçe, TTK m. 461.

Gerçekten, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kanunda ve esas sözleşmede öngörülen sınırlar çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak karar almaya yetkilidir (TTK m. 460/1). Yeni pay alma hakkının sınırlandırılabilmesi için sermaye artırım kararı alındığı zamanki koşullarda yeni pay alma hakkını sınırlandırma koşullarının bulunup bulunmadığı da yönetim kurulunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmelidir. Ortaklık açısından gereklilik olduğu düşüncesiyle sermayenin artırılması yönünde karar alan yönetim kurulu, artırım zamanındaki koşulları değerlendirerek yeni pay alma hakkını sınırlama konusunda en isabetli kararı alabilecek organdır. Şu halde kayıtlı sermaye sisteminin işleyiş kuralları **çerçevesinde** genel kurulun yeni pay alma hakkını *doğrudan* sınırlandırma yetkisi bulunmamaktadır. Aksinin kabulü, sistemin esnek yapısına olduğu kadar, TTK'nin 461. maddesinin pay sahiplerinin hakkını koruyucu amacına da aykırıdır.

Yönetim kurulunun usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş olması koşuluyla sahip olduğu yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisi, kural olarak haklı sebebi tayin etme/ belirleme yetkisini de içerir. Öte yandan TTK'nin 461/2. maddesinde yer alan *“nisaba ilişkin şart dışında bu hüküm kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararına da uygulanır”* hükmü, kayıtlı sermaye sisteminde yeni pay alma hakkının yönetim kurulu kararıyla ve hangi esaslar uyarınca sınırlandırılabilceğini göstermekte; ancak, sınırlandırma esaslarının belirlenmesi konusunda yönetim kurulunu tek yetkili organ kabul etmeye yetmemektedir. Bununla birlikte kayıtlı sermaye sisteminin yetkilendirme esasına dayalı olması ile TTK'nin 460. maddesinin yönetim kurulunun yetkilerine esas sözleşmede sınırlama getirilmesine engel olmaması, genel kurula sınırlandırma esaslarını belirleme imkânı tanımaktadır. TTK'nin 460/1. maddesindeki yönetim kurulunun sermaye artırımını TTK'deki hükümler ile esas sözleşmede öngörülen yetki sınırları içinde gerçekleştirebileceğine dair hüküm, genel kurul tarafından bu yetkinin ne surette kullanılacağı konusunda yol göstericidir. Bu bağlamda genel kurul yetkilendirme kararında, hangi durumların haklı sebep teşkil edebileceğini belirleyebilir. Bu belirlemede haklı sebep, genel ve soyut olarak ya da özel durumlara işaret edilerek gösterilebilir. Esas sözleşmede gösterilen bu sebep, ancak TTK'nin 461/2. maddesinde öngörülen anlamda bir haklı sebep olabilir. Yönetim kurulu, esas sözleşmede gösterilen bu sebep/ sebeplerin dışında, TTK'nin

461/2. maddesi uyarınca haklı sebep özelliğine sahip olan başka bir sebebe dayanarak yeni pay alma hakkını sınırlandırma kararı alamaz.⁵¹ Önemle belirtilmelidir ki, esas sözleşmede gösterilen sınırlandırma sebebi sermaye artırım kararının alındığı zamanki koşullarda mevcut olsa dahi, yönetim kurulu yeni pay alma hakkını sınırlandırma kararı almak zorunda değildir. Zira sınırlandırmanın gerekli olup olmadığı yönetim kurulunun takdir yetkisi kapsamındadır. Yönetim kuruluna ayrıca yeni pay alma hakkını sadece sınırlama, sadece kaldırma yetkisi tanınabileceği gibi, sınırlandırmanın oranı gösterilebilir ya da bu yöndeki yönetim kurulu kararının alınması için nitelikli bir yeter sayı öngörülebilir.

TTK'nin 340. maddesinde düzenlenen emredici hükümler ilkesi, esas sözleşmede bu yönde hükümler öngörülmesine engel değildir.⁵² Zira yönetim kurulunun yetkisine getirilen bu tür sınırlandırmalar, TTK'nin 460/1. maddesini tamamlayıcı mahiyettedir.

Hemen belirtelim, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun yetkilendirilmesi yetki devri niteliğinde değildir; yetkilendirme dayanağını kanundan (TTK m. 460) alır. Dolayısıyla ortaklığın kayıtlı sermaye sistemini kabul etmesiyle genel kurulun dayanağını doğrudan kanundan (TTK m. 452) aldığı için bu konuda ayrıca yetkilendirilmesi gerekmeyen sermaye artırım yetkisi ortadan kalkmaz. Bu bağlamda kayıtlı sermaye sistemindeki bir ortaklığın genel kurulu sermaye artırım kararı alabilir.⁵³ Esas sermaye sistemine ilişkin kurallar çerçevesinde almış olduğu sermaye artırım kararını takiben genel kurul, TTK'nin 461/1, c. 1 maddesi uyarınca yeni pay alma hakkını da sınırlandırabilir.

⁵¹ Bu durumda uygulanacak yaptırım konusunda bkz. Cencki, s. 408 vd.

⁵² Rauf Karasu, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 51. Alm. POK m. 23/5, c. 2.

⁵³ Cencki, s. 192; Ünal Tekinalp, "Sermayeyi Artırmada 'Çift Usul'ün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu", *BATİDER*, C. XVIII, S. 4, Y. 1996, (s. 3-7), s. 3 vd. Ne var ki bu karar, kayıtlı sermaye sisteminin işleyiş kuralları çerçevesinde alınamaz; ortaklık sermayesinin genel kurul kararıyla artırılması esasına dayanan esas sermaye sistemi uyarınca alınabilir. İki sistemin kendine özgü kuralları çerçevesinde birlikte (aynı anda) uygulanmasına engel olan bir düzenleme bulunmamaktadır. Her iki sistemde de sermayenin artırılması neticesinde esas sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinin ticaret siciline tescil ettirilmesi ve ayrıca bu hususun ilan edilmesi gerektiğinden, sistemlerin birlikte uygulanmasının pay sahipleri ya da üçüncü kişiler açısından bir sakıncası bulunmamaktadır.

Öte yandan yönetim kurulunun TTK m. 460/4 uyarınca yeni pay alma hakkını sınırlandırmakla yetkilendirilmediği durumda genel kurul, TTK'nin 461/2. maddesinde öngörülen karar yetersayısına riayet ederek ve haklı sebeple yeni pay alma hakkını sınırlandıramaz. Bu durum, *“genel kurulun, sermayenin artırımına ilişkin genel kurul kararı ile pay sahibinin rüçhan hakkı... sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir”* şeklindeki, yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararı bulunması koşuluyla bağlayan hükme aykırıdır.⁵⁴

SerPK'de yeni pay alma yetkisinin pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamayacağı düzenlendikten sonra TTK'nin 461. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin halka açık anonim ortaklıklara uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Keyfi sınırlandırmalara karşı pay sahiplerinin haklarının korunmasını amaçlayan TTK'nin 461/2. maddesinin halka açık anonim ortaklıklarda⁵⁵ uygulanmayacağını öngören bir düzenlemenin hangi amaca hizmet edebileceği ile söz konusu amaç açısından bu düzenlemenin etkili bir araç olup olmayacağı belirlenmelidir. Gerekçede, bu yönde bir düzenleme öngörülmekle yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda haklı sebep aranması şartının bertaraf edilmesinin ve böylece dışarıdan ortak alınarak ortaklığa yeni kaynak girişinin teşvik edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Hemen belirtelim, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması için “haklı sebep” bulunması koşulu, gerekçede öngörülen bu amacı gerçekleştirmeye engel değildir. Zira öncelikle TTK'nin 461/2. maddesinde “halka arz” haklı sebep örnekleri arasında sayılmıştır. Bununla birlikte yeni ortak alınması suretiyle ortaklığa yeni kaynak sağlanması sebebine dayanılarak yeni pay alma hakkının sınırlandırılması, yeni kaynak girişinin ortaklığın menfaati açısından gerekli olması ve ihtiyaç duyulan kaynağın makul koşullarda elde edilebilecek başka bir finansman aracıyla sağlanamaması

⁵⁴ İsv. BK m. 652b düzenlemesinde de durum aynıdır. Bu bilinçli düzenlemenin amacı, yeni pay alma hakkının sınırlandırılma koşullarının somut sermaye artırımları bakımından değerlendirilmesini sağlamaktır (Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel, § 40, N. 239. Ayrıca bkz. Gerekçe, TTK m. 461).

⁵⁵ Bu hüküm nedeniyle TTK'nin 461/2. maddesinin, esas sermaye sistemindeki halka açık anonim ortaklıkları da kapsadığı yönünde bkz. Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, s. 336-337. Aksi yönde görüş için bkz. Cenkci, s. 238, dn. 278.

koşuluyla mümkündür.⁵⁶ Aksi takdirde özellikle azınlık pay sahipleri, dürüstlük kuralına, hakların sakınılarak kullanılması ilkesine⁵⁷ (*Grundsatz der schonenden Rechtsausübung*) aykırı olduğunu ileri sürerek sınırlandırma kararı aleyhine SerPK'nin 18/6. maddesi uyarınca iptal davası açmakla yetkilidir.⁵⁸

SerPK'nin amacı sermaye piyasasının etkin, güvenilir, istikrarlı, rekabetçi bir ortamda işleyişi ve gelişiminin sağlanması ile yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesidir (SerPK m. 1). SerPK hükümleri bu amaç doğrultusunda yorumlanmalıdır. Bu bağlamda kanun koyucudan, ortaklığa yeni ortak alınması suretiyle yeni kaynak girişinin sağlanmasına üstünlük tanıyarak pay sahiplerinin haklarını göz ardı etmesi beklenemeyeceğinden⁵⁹ TTK'nin 461/2. maddesinin halka açık anonim ortaklıklarda uygulanmayacağına ilişkin SerPK'nin 18/5. maddesi şu şekilde anlaşılmalıdır: Kanun koyucu, bu düzenlemeyle yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda yönetim kuruluna sınırsız bir takdir yetkisi tanımayı amaçlamış olamaz. Öte yandan yeni pay alma hakkı, daha ziyade küçük ve orta büyüklükteki anonim ortaklıkların pay sahipleri açısından öneme sahiptir. Borsa şirketleriyle payları geniş bir alana yayılmış olan büyük anonim ortaklıklarda yeni pay alma hakkı, küçük ve orta büyüklükteki anonim ortaklıklara nazaran daha az öneme sahip olup bu ortaklıklarda pay sahipleri, sermaye piyasası kuralları çerçevesinde konumlarını güçlendirebilir ya da şekillendirebilir.⁶⁰ Bunun sonucu olarak halka açık anonim ortaklıklarda yeni

⁵⁶ Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 20a.

⁵⁷ Cenkcı, s. 242-243; Yarg., 11. HD., 21.03.2014 T., 2012/15703 E., 2014/5578 K: "... ortaklığın çıkarları veya ihtiyacının zorunlu kılmamasına rağmen sermaye artırım kararı ile bir kısım paydaşların rüçhan hakları bir kısım paydaşlar yararına olacak biçimde dolaylı veya dolaysız sınırlanır veya tamamen kaldırılırsa esas sermaye artırım kararlarının objektif iyiniyet kurallarına uygunluğundan söz edilemez. Bu itibarla, mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, davacı ortağın artırılan sermayeden yeni pay alma (rüçhan) hakları ihlal edilecek şekilde alınan sermaye artırım kararının eşitlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığının kabulü ile iptaline karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." (Karar yayımlanmamıştır).

⁵⁸ Manavgat (Kırca/Şehirli Çelik), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, s. 336; Manavgat, Kayıtlı Sermaye Sistemi, s. 74.

⁵⁹ Cenkcı, s. 238-239.

⁶⁰ BGE 121 III 219 ff., Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 275; Zindel/Isler, § 26, Art. 652b, N. 2.

pay alma hakkının sınırlandırılmasında, halka açık olmayan anonim ortaklıklardaki kadar sıkı kurallar öngörülmesi gerekli değildir. Bu bağlamda yönetim kurulunun dürüstlük kuralı, hakların sakınılarak kullanılması ve eşit işlem ilkesini gözeterek yeni pay alma hakkını sınırlandırabileceği kabul edilmelidir.

Öte yandan SerPK'nin 18/5. maddesi, yönetim kurulunun yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisine esas sözleşmeyle sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Özellikle emredici hükümler ilkesinin (TTK m. 340) SerPK açısından geçerli olmaması,⁶¹ halka açık anonim ortaklıklarda genel kurula esas sözleşme hükümlerinin düzenlenmesi konusunda daha geniş yetki tanımaktadır. Ne var ki esas sözleşmede yer verilecek bu tür sınırlandırmaların, ortaklığın halka açık mahiyetiyle bağdaşmayacağı ve sermaye piyasası kuralları çerçevesinde hareket imkânını sınırlandıracağı göz ardı edilmemelidir. Nitekim İsv. BK'de halka açık anonim ortaklıklar açısından SerPK'nin 18/5. maddesindeki gibi bir istisnaya yer verilmemesine rağmen yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasında özellikle halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun takdir yetkisinin etkili kılınması görüşünde olan İsviçre Federal Mahkemesi, kayıtlı sermaye sistemindeki bu ortaklıklarda esas sözleşmede yeni pay alma hakkının sınırlandırılması esaslarının objektif olarak genel ve soyut bir şekilde belirlenmesi gereğini vurgulamıştır.⁶²

SONUÇ

Yeni pay alma hakkına ilişkin esasların düzenlendiği TTK'nin 461. maddesinin kaynağı İsv. BK'nin 652b. maddesi olmasına rağmen TTK'nin 461. maddesi, İsv. BK'deki düzenlemeye yönelik eleştiriler dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeyle Alm. POK'nin 203/1. maddesinin aksine, genel kurulun kayıtlı sermaye sisteminin işleyiş kuralları çerçevesinde yeni pay alma hakkını sınırlandırmasının önü

⁶¹ Karasu, s. 55-56. Öte yandan TTK'nin anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinin özel kanunlar karşısındaki durumunun, özel kanun hükümlerinin mahiyetine göre belirleneceği; tamamlayıcı nitelikteki özel hükümlerin, kural olarak emredici hükümlere göre önceliğe sahip olmayacağı yönünde bkz. Çağlar Manavgat, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları", *İÜHFM*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, (s. 287-308), s. 290.

⁶² BGE 121 III 235, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 40, N. 280.

kapatılmış ve yönetim kuruluna her sermaye artırımı kararının alındığı zamanki koşullara göre yeni pay alma hakkını sınırlama konusunda geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

Öte yandan kayıtlı sermaye sisteminde genel kurulun yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasına müdahale etme imkânı tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Bu bağlamda genel kurulun bu konudaki yetkisi, sadece TTK m. 460/4 ve SerPK m. 18/5 uyarınca esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kanun hükümlerine riayet ederek yönetim kurulunu yeni pay alma hakkını sınırlandırma konusunda yetkilendirmeden ibaret değildir. Kayıtlı sermaye sistemindeki otaklığın kuruluş sözleşmesinde öngörülmemişse genel kurul, yönetim kuruluna bu yetkiyi pek tabi ki tüm kısıtlamalardan arı olarak genel ve soyut bir şekilde tanıyabilir. Bununla birlikte kayıtlı sermaye sisteminin yetkilendirme esasına dayalı olması ve kanunda bunu yasaklayan bir düzenleme bulunmaması nedeniyle yetkilendirme kararında, kanuni sınırlar çerçevesinde olması kaydıyla yeni pay alma hakkının yönetim kurulu kararıyla sınırlandırılmasına ilişkin esaslar tespit edebilir.

Genel kurulun bu yetkisi, halka açık anonim ortaklıklarda TTK'nin 461/2. maddesinin uygulanmayacağına ilişkin SerPK'nin 18/5. maddesine rağmen geçerlidir. Öte yandan halka açık anonim ortaklıklarda yeni pay alma hakkının sınırlandırılmasında pay sahiplerinin haklarının katı kurallarla korunması, halka açık olmayan anonim ortaklıklardaki kadar gereklilik arz etmemektedir. Ayrıca bu tür sınırlandırmalar, ortaklığın halka açık mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan bu ortaklıklarda SerPK'nin, TTK'nin 461/2. maddesinin uygulanmasını yasaklayan 18/5. maddesinin amacı da gözetilerek genel kurulun yönetim kurulunun yeni pay alma hakkını sınırlandırma yetkisine müdahale imkânının daha sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

Kaynakça

- Adıgüzel Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", *GÜHFD*, C. XVIII, Y. 2014, S. 1, s. 1-48.
- Akünel Teoman, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yeni Pay Alma Hakkı", *iÜMHAD*, C. 3, S. 5, Y. 1969, s. 257-278.
- Aytaç Zühtü, "Anonim Ortaklıklarda Rüçhan Hakkı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu II, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, 11-12 Ocak 1985, s. 297-338.

- Bahtiyar Mehmet, Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı, Beta Basım, İstanbul, 1996.
- Bayer Walter, in: Goette, Wulf/ Habersack, Mathias/ Kalss, Susanne (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4 §§ 179-277, C.H. Beck/ Franz Vahlen, München, 2011 (Bayer, in: Kommentar zum Aktiengesetz).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich, 2009.
- Cenkci Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2015.
- Epçeli, Sevgi, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Yeni Pay Alma Hakkı ile İlgili Olarak Getirdiği Düzenleme, Eleştiriler ve Öneriler", İBD, C. 84, S. 6, Y. 2010, s. 3589-3625.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz, Arthur/ Nobel, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Gericke Dieter, Die genehmigte Kapitalerhöhung, Eine Untersuchung nach schweizerischem Recht, Schulthess, Zürich, 1996.
- Göksoy Can Yaşar, "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması", Bilgi Toplumunda Hukuk - Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 363-439.
- Hopt Klaus J./Wiedemann, Herbert, Aktiengesetz Großkommentar, 4. neubearbeitete Aufl., Sechster Band: §§ 150-220, De Gruyter Recht, Berlin, 2006 (...in: Hopt/Wiedemann).
- Hüffer Uwe, Aktiengesetz (Kommentar), 9. Aufl., C.H. Beck, München, 2010.
- İpekel Fena, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Kayıtlı Sermaye Düzenlemesi ve Bu Düzenlemenin Sermaye Piyasası Hukuku Işığında Değerlendirilmesi", *E-Journal of Yaşar University*, S. 8 (Özel Sayı-Armağan), C. II, Y. 2013, s. 1413-1456.
- Karasu Rauf, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Karayalçın Yaşar, "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler", *BATİDER*, Y. 1993, C. XVII, S. 1, s. 1-48.
- Kırca İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, 2013.
- Manavgat Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *BATİDER*, C. XXIX, S. 1, Y. 2013, s. 45-78 (Kayıtlı Sermaye Sistemi).
- Manavgat Çağlar, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları", *İÜHFM*, C. LXXI, S. 2, Y. 2013, s. 287-308.
- Maslo Armin, Interessenwahrung und Rechtsschutz der Aktionäre beim Bezugsrechtsausschluss im Rahmen des genehmigten Kapitals, Dunker & Humblot, Berlin, 2006.
- Schickerling Falco, Information und Rechtsschutz beim genehmigten Kapital unter Bezugsrechtsausschluss, Nomos, Baden, 2007.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Şerh).

- Pulaşlı Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı", *BATİDER*, C. XXIII, S. 4, s. 35-90 (Sermaye Artırımı).
- Röck Christian, Zweckforfall beim genehmigten Kapital, Eine Untersuchung zu bestehenden Vorstandspflichten bei gescheiterter Bar- und Sachkapitalerhöhung, Dr. Kovač, Hamburg, 2010.
- Stamatopoulos Theodoros, Die Pflichtenstellung des Vorstands der Aktiengesellschaft und der Schutz der Aktionäre beim bezugsrechtsfreien genehmigten Kapital -im deutschen Aktienrecht unter Berücksichtigung des europäischen und griechischen Aktienrechts, Verlag C.H.Beck, München, 2007.
- Tekinalp Ünal, "Sermayeyi Artırmada 'Çift Usul'ün Geçerliliği ve Gerekliliği Sorunu", *BATİDER*, C. XVIII, S. 4, Y. 1996, (s. 3-7).
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku -Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982.
- Veil Rüdiger, in: Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg), Aktiengesetz Kommentar, II. Band §§ 150-410, 2. Aufl., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010 (Veil, Aktiengesetz Kommentar).
- Wamser Frank, in: Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2 §§ 179-410, C.H. Beck, München, 2007 (Wamser, Kommentar zum Aktiengesetz).
- Yıldız Şükrü, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Rüçhan Hakkı Konusunda Getirilen Değişiklikler", *MÜHF-HAD*, C. 18, S. 2, Y. 2012 (Özel Sayı), s. 809-817 (TTK-Rüçhan Hakkı)
- Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul, 1996 (Yeni Pay Alma Hakkı).
- Yıldız Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 (Eşit İşlem İlkesi).
- Zindel Gaudenz G./Isler, Peter R., Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 2012.
- Zöllner Wolfgang (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Köln, 1986 (Lutter, in: Kölner Kommentar zum AktG).

TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENEN GERÇEK DIŞI VEYA YANILTICI AÇIKLAMADA BULUNMA SUÇU

THE OFFENCE OF MAKING INCORRECT OR MISLEADING
STATEMENT IN TURKISH COMMERCIAL CODE

Rezzan İTİŞGEN*

Özet: Yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte haksız rekabete dair düzenlemelerde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Çalışmamızda bu Kanunda düzenlenen haksız rekabet suçlarından biri olan “gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçu” mahkeme kararları ve doktrindeki görüşler ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma, rekabet özgürlüğü

Abstract: With the new Turkish Commercial Code, significant changes were made in the regulations on unfair competition. In our study, “the offense of making incorrect or misleading statement” which is held in this Code as an offense of unfair competition will be examined according to judicial decisions and in the light of doctrine.

Keywords: Unfair competition, making incorrect or misleading statement, freedom of competition

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu kapsamında haksız rekabete dair düzenlemeler m. 54 ila 63 arasında yer almakta olup m. 62/1’de ise;

a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

* Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

Şeklinde 4 bent halinde haksız rekabet suçları düzenlenmiş ve ilk bentte suç teşkil eden fiiller bakımından aynı kanunun 55. maddesine gönderme yapılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak tespiti gereken husus, TTK m. 62/1 ve TTK m. 55'te "*Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar*" başlığı altında yer alan fiillerin aynı suçun alternatif hareketler mi olduğu yoksa her bir madde ve bendin başlı başına suç mu teşkil ettiğidir. Kanımızca fiillerin konusunun aynı olup olmadığı dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Fiillerin konusu aynı ise seçimlik hareketli bir suç söz konusudur ve bu fiiller aynı suçun alternatif hareketleridir. Aksi durumda ise aynı maddede yer alsa da bu fiillerin her birinin bağımsız birer suç niteliğini haiz olduğu kabul edilmelidir.¹ Bu açıklamalardan hareket ettiğimizde, TTK m. 62/1'deki "*55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler*" atfıyla TTK m. 55'te "*Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar*" başlığı altında yer alan fiillerin her biri farklı konulara yöneldiği, hatta kimilerinin fail ve mağdurları farklı olduğundan her bir bendin bağımsız birer suç teşkil ettiği sonucuna ulaşmaktayız. Bu nedenle TTK' m. 55'de yer alan fiillerin aynı suçun alternatif hareketleri olduğu² ya da burada "*dürüstlük kurallarına aykırı reklam vermek*",

¹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992, s. 58; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 162; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 109, 110.

² Hüseyin Aydın, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 139-140; İhsan Baştürk, "Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları", TAAD Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, s. 35.

“dürüstlük kurallarına aykırı satış yöntemleri kullanmak” şeklinde iki ayrı suçun ve alt alta sıralanan 12 bent şeklinde üç farklı suçun olduğu görüşlerine³ iştirak etmemekteyiz.

Değiniilmesi gereken bir diğer sorunlu husus ise TTK m. 55/1/a’da yer alan *“Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle”*, TTK m. 55/1/b’de yer alan *“Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle”*, TTK m. 55/1/c’de yer alan *“Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle”*, TTK m. 55/1/f’de yer alan *“Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine”* ibareleridir. Zira bu maddelerde yer alan *“özellikle”* ibaresi kanun metninde zikredilen fiillerin sınırlı sayıda olmadığı ve örnek mukabilinden bazı fiillere yer verildiği izlenimini yaratmaktadır.⁴ Bu durum ise ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişki arz etmektedir. Zira bu ilkeye göre hangi fiillerin suç teşkil ettiği kanun metninde açıkça gösterilmelidir. Belirsiz, çok kapsamlı, kıyasa yol açacak ifadelerden kaçınılmalıdır.⁵ Kanun koyucu bu sorunu çözmek adına madde gerekçesinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince 55. maddede yer alan bentlerdeki *“özellikle”* ibaresinden sonra sayılan fiillere aykırılık halinde ceza verileceğini belirtmiştir. Varılan sonuç yerinde olmakla birlikte uygulanan yöntem kanaatimizce hatalıdır. Nitekim madde gerekçeleri yorum aracı olup, madde metni açısından mutlak bağlayıcılık arz etmez. Bu nedenle konu ile ilgili gerekçede açıklama yapmaktan ziyade, madde metninde düzenlenme yoluna gidilmesi daha doğru olacaktır.

³ Yavuz Erdoğan, *“Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçu”*, İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Nisan 2013.

⁴ Doktrinde bu konuda daha da ileri gidilerek, Türk Ticaret Kanunu kapsamına giren tüm haksız rekabet hallerinin suç olarak kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür, Süheyl Donay/Sahir Erman, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1973, s. 76; Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, TBB, Ankara, 2006, s. 58. Kanaatimizce kanunda boşluk bırakmama adına ortaya atılan bu görüşün, suçta ve cezada kanunilik ilkesi nedeniyle kabulü mümkün değildir. Zira bu takdirde belirlilik ilkesine aykırılık arz eden TTK m. 54/2 (mülga TTK m. 56)’de yer alan haksız rekabete dair genel düzenleme de suç teşkil edecektir.

⁵ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 110; Koca, Üzülmüş, s. 44-54; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 14; Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 71.

I. GERÇEK DIŞI VEYA YANILTICI AÇIKLAMADA BULUNMA SUÇU

A. KANUNİ UNSUR

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan haksız rekabet suçlarından birini oluşturan gerçek dışı ve yanıltıcı bilgi verme suçuna 6762 sayılı mülga TTK m. 57/3'te "*Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veya; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek*" ve TTK m. 64/2'de "*Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı malumat verenler*" şeklinde yer verilmiştir.

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ise suçun konusu genişletilerek 55/1/a-2'de "*Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek de haksız rekabet suçu teşkil etmektedir*" ve TTK m. 62/1/b'de "*Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler*" şeklinde düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, TTK m. 55/1/a-2'de yer alan düzenleme TTK m. 62/1/b'yi de kapsadığından kanaatimizce kanun koyucu gereksiz bir tekrar yapmıştır. Bu nedenle çalışmamız kapsamında sadece TTK m. 55/1/a-2'de yer alan düzenleme üzerinde inceleme yapılacaktır.

B. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Rekabet özgürlüğü kapsamında faaliyette bulunanlar serbest rekabet etme hak ve yetkisine sahiptir. Fakat diğer haklarda olduğu gibi bu hak bakımından da demokratik hukuk devletinde sınırlar bulunmaktadır. Zira hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Serbest rekabet etme hakkının bir sınırı olan bu suç tipiyle, kötüleme suçundan farklı olarak, fail kendisi ya da üçüncü kişi hakkında olumlu yönde gerçek dışı veya yanıltıcı bilgi vererek rekabette öne

geçmeye çalışmakta, rakiplerin rekabet şansını etkilemektedir.⁶ Bu nedenle bu suçun ihdasıyla, rekabeti zedeleyen gerçek dışı ve yanıltıcı bilgilere karşı korunma sağlanacaktır.⁷

Gerçek veya yanıltıcı bilgi verme suçu sadece rakipleri değil aynı zamanda kamuyu da korumayı amaçlar.⁸ Zira gerçek dışı ve yanıltıcı bilgilerin yasaklanmasıyla ticari alandaki icapların şeffaflığının temini de hedeflenmektedir.⁹ Rekabetin hukuka uygun bir şekilde yürütülmesinde ise sadece rakiplerin değil aynı zamanda kamunun da menfaati bulunmaktadır.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçunda failin rekabette öne geçmek amacıyla gerçekleştirdiği fiiller, tüketicilerin aldatılması veya onlara yanlış bilgi verilmesi suretiyle gerçekleştiği için bu suçun ihdası ile tüketicilerin irade serbestisi ve malvarlığının korunması da hedeflenmektedir.¹⁰ Nitekim yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmek suretiyle tüketicinin satın alma kararı sırasında iradesi etkilenmekte, aslında vermeyeceği bir karar alarak failin ya da onun hakkında yanıltıcı açıklamalarda bulunduğu üçüncü kişinin sunduğu icapları tercih etmesi sağlanmaktadır.

⁶ Joachim Bornkamm (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 13 a, Yay. Haz.: Helmut Köhler, Joachim Bornkamm, 33. bs., Verlag C.H. Beck, 2015, § 5, kn. 1.7; Horst Helm (Bölüm yazarı) Handbuch des Wettbewerbsrechts, Yay. Haz.: Michael Loschelder, Willi Erdmann, 4. bs., Verlag C.H. Beck, 2010, § 59 - kn. 9.

⁷ Celal Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s. 48; International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, Geneva, 1994, kn. 64, s. 37; Fahri Halil Örs, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Matbaası, Ankara, 1958, s. 29; Hermann-Josef Omsels, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) <http://www.webcitation.org/6lwWO0rbU>; Mehmet Ali Aksoy, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011, s. 94.

⁸ Olaf Sosnitza (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Yay. Haz.: Ansgar Ohly, Olaf Sosnitza, 6. bs., Verlag C.H. Beck, 2014, kn. 12; Helm, a.g.e., kn. 11; Friedrich L. Ekey /Diethelm Klippel/ Jost Kotthoff/ Astrid Meckel/ Gunda Plaß, Wettbewerbsrecht 2. Neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, Kn. 32, s. 349.

⁹ Christian Oetiker (Bölüm yazarı), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SHK - Stämpflis Handkommentar, Yay. Haz.: Peter Jung, Philippe Spitz, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, § 3, Art. 3 lit. b, kn. 1.

¹⁰ Susanne Claus, "Die aktuelle Entscheidung Die Strafbarkeit der Lüge nach § 16 I UWG", JURA - Juristische Ausbildung. Volume 31, Issue 6, s. 440; Fezer, a.g.e., s. 48.

C. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Konusu

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçu kişinin kendisi ya da üçüncü kişinin kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi, iş ilişkileri hakkında olabileceği için suçun konusunu bunlar oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verme suçunda olası bütün boşlukları kapatma adına hareket ederek, bir ticari faaliyetle bağlantılı her hususu suçun konusuna dâhil etmiştir.

Gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verme suçunun konusunu oluşturan kişinin fiilinin ticari iş kapsamına girmesi gerekip gerekmediğinin tespiti gerekir. Zira madde metninde suçun konusu olarak belirli bir sınırlama yapılmamış “kendisi veya üçüncü kişiyi” ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca suçun konusu ve aynı zamanda doğrudan mağduru olan “başkası”nı tespit edebilmek açısından çözülmesi gereken soru TTK’da yer alan haksız rekabete dair düzenlemelerin kapsamı noktasındadır.

Mehaz hukukta haksız rekabete dair bağımsız ve tek bir kanun bulunmasına karşın, hukukumuzda suç ve cezaya yönelik hükümler içermese de haksız rekabete dair 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 57’de de haksız rekabete dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle doktrinde bir görüşe göre TTK’da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler ticari işler dışında da uygulama alanı bulur, Borçlar Kanununda haksız rekabete dair düzenlemelere yer verilmesi ise gereksiz bir tekrar teşkil eder.¹¹ Kanımızca mevcut yasal düzenlemeler nedeniyle bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü mülga TBK ve TTK döneminde de bu konu tartışılmasına ve hatta eleştirilmesine ve

¹¹ Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 371; Ömer Camcı, Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1998, s. 151; İlhami Güneş, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 23; Oğuz İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar- Kıymetli Evrak, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s. 79.

yargı kararlarına konu olmasına rağmen¹² kanun koyucu tutumunu değiştirmemiştir. Yeni TBK m. 57/2'de "*Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*" ifadesine yer verilmesi kanun koyucunun doktrin tarafından yapılan eleştirileri göz ardı ederek haksız rekabete ilişkin olarak TBK ve TTK'da yer alan düzenlemeleri korumayı tercih ettiğini göstermektedir.

¹² "...Davacı fırın (gayrimenkul) sahibi olup işleticisi değildir. Bu durumu itibariyle tacir sıfatı yoktur. Davalılar ise, köy tüzel kişiliğiyle köy muhtar ve ihtiyar heyeti üyeleri olup onlar da tacir değildir. Davanın konusu ise, köy tüzel kişiliğinin davacının fırınının ön kısmında yeni bir fırın inşa ettirmek suretiyle davacı fırınının çarşı ile bağlantısının kesilmesi nedeniyle fırınının kiraya verilmesine engel olunacağından bahisle bunun bir haksız fiil olduğu, kiraya verememek suretiyle zarara uğradığı iddiasıyla davalının fırının yıkıtılmasına, zarar olarak mahrum kaldığı 100.000. TL kira parasının ve 1.000.000.lira manevi tazminatın tahsili isteminde ibarettir.

Görüldüğü üzere, taraflar tacir olmadığı gibi dava da haksız fiile dayanarak açılmıştır.

Davacı, 13.3.1987 tarihli dilekçesinde de (1 nolu bendi) davasının haksız eyleme dayandığını belirtmiş ancak, 3. sahifesinde eylemin bir haksız rekabet durumunu da meydana getirdiğini ek bir gerekçe olarak ileri sürmüştür.

Mahkemece de olayın haksız bir rekabet olduğu şekilde bir tavsif yoktur. Aksine haksız rekabetin söz konusu olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Diğer yandan, T. Ticaret Kanunu 56-65. maddelerinde haksız rekabeti düzenlemiş, ancak BK.nun 48. maddesini kaldırmamıştır. Bu suretle tacirler arasındaki haksız rekabete TTK. hükümleri, tacir olmayanlar (iki berber gibi) arasındaki haksız rekabete ise BK.nun 48. maddesi uygulanacaktır. Nitekim; T.T. Kanununun tasarruflarıyla, BK.nun 48. maddesinin kaldırılması öngörüldüğü halde, komisyon "ticari sahadaki haksız rekabet için konulmuş bulunan haksız rekabet hükümleri iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağından BK.nun 48. maddesinin kaldırılması teklifinin uygun görmediğini" belirtmiş, ancak "BK.nun 48. maddesindeki hükümle yeni TTK. arasındaki tatbik sahası farkını belirtmek üzere BK.nun 48. maddesine bir fıkra eklenmesini uygun bulmuş" ve 6763 sayılı TTK. Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41/II-a maddesi ile BK.nun 48. maddesine "ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında T.T.K. hükümleri mahfuzdur" fıkrası eklenmiştir. Bu suretle ticari haksız rekabet ile ticari olmayan haksız rekabet birbirinden açık bir biçimde ayrılmış bulunmaktadır (Bkz. Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku, 1968,1 giriş, Ticari İşletme, sh. 447,450 ve devamı). Ticari haksız rekabetin tacirler arasında söz konusu olabileceği aşikardır. TTK. nun 4. maddesi de her iki taraf için ticari iş sayılan davaların ticari dava olabileceğini belirtmiştir.

Bu durum ve yukarıdaki açıklamalar karşısında, taraflar ve özellikle davalı taraf tacir olmadığından ve dava da bir ticari rekabet söz konusu olmadığından, dava ister gayri ticari haksız rekabet, veya ister iddia gibi haksız fiil olsun, her iki halde de dosyanın temyizen incelenmesi Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin görevine girdiğinden ve fakat adı geçen daire daha önce görevsizlik kararı ile dosyayı 1. Hukuk Dairesi'ne gönderdiğinden, Daireler arasındaki görev uyumsuzluğunun giderilmesi için dosyanın Yüksek Birinci Başkanlığa gönderilmesi gerekmiştir..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1989/2889 E., 1989/2929 K., 15.5.1989.

TTK m. 3'e göre *"Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir."* Bu nedenle kişinin faaliyeti TTK kapsamında ticari iş sayılmamaktaysa TTK'da yer alan haksız rekabete dair düzenlemeler uygulama alanı bulamayacaktır.¹³ Bu nedenle suçun konusu olan kişi ticari faaliyette bulunmalıdır.¹⁴ Nitekim madde metni fail tarafından icra edilen fiillerin kendisi ya da üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmeye yönelik olmasını zikrederek, suçun konusu ve aynı zamanda mağduru olan bu kişilerin ticari faaliyette bulunması gerektiğini de açıkça ortaya koymuştur.

Gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi fail ya da üçüncü kişiye yönelikse verilen bilginin rekabetle bağlantısı olmalıdır. İktisadi rekabete etki etme riski barındırmayan gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi bu suç kapsamında değerlendirilemez.

Suç kişinin kendisi ya da üçüncü bir kişiyi rekabette öne geçirmek için yanlış ya da yanıltıcı açıklamalarda bulunmasıyla tamamlandığı, bu açıklamaların hedefine ulaşması aranmadığı, yanlış ya da yanıltıcı bilginin muhatap çevreyi etkilemeye elverişli olması yeterli olduğu için¹⁵ bu suç soyut tehlike suçudur. Soyut tehlike suçu olması nedeniy-

¹³ Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 1, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası İşletmesi, İstanbul, 1988, s. 203; İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Tümünden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Madde 1-419, Feryal Matbaası, Ankara, 1990, s. 315; Tamer İnal, Ticari İşletme Hukuku, Kazancı, 2004, s. 269; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1995, s. 288; Murat Oruç, Haksız Rekabette Tazminat Davası, Oniki Levha, 2009, s. 23; Rıza Ayhan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Turhan Kitapevi, 2007, s. 455; Donay/Erman, a.g.e., s. 69; Ender Canan Eroğlu, "Aldatıcı Reklamlar", Ankara Barosu Dergisi, 2005/2, s. 17; Camcı, a.g.e., s. 151.

¹⁴ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 19

¹⁵ Sosnitz, a.g.e., kn 13; Karl-Nikolaus Peifer/ Ulrich Boesenberg, Lauterkeitsrecht : das UWG in Systematik und Fallbearbeitung, de Gruyter Studium, Walter de Gruyter, 2011, s. 119, kn. 180; Artur-Axel Wandke,, Medienrecht Praxishandsbuch, 2. Auflage, Band 3, Wettbewerbs- und Werberecht, Walter de Gruyter GmbH & Co. K.G, 2011, s. 50, kn. 109; Gunda Dreyer (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Yay. Haz.: Henning Harte-Bavendamm, Frauke Henning-Bodewig, 3. bs., Verlag C.H. Beck, 2013, § 5 Abs. 1, kn. 81; International Bureau of WIPO, s. 39, kn. 69; Sosnitz, a.g.e., kn 147; Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 65; Helm, a.g.e., kn. 66; Harunnisa Özdemir, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması", AÜHFD, C. 53, Sa.3, 2004, s. 72; Karl-Heinz Fezer, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, Konstanz, den 15. Juni 2001, www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/gu-uwg.pdf, s. 48.

le madde metninde yer alan konularda muhatap müşterilerin kararlarını etkilemeye elverişli fiillerin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olacak,¹⁶ somut olayda fiilin gerçek bir tehlike doğurması aranmayacaktır.¹⁷ Zira bu tür suçlarda korunan hukuki değerin tehlike altına girme olasılığı cezalandırılmaya değer olarak kabul edilerek, somut tehlike suçlarından bir adım öne geçilmektedir.¹⁸

Özellikle ekonomi, ticaret hukukuna ve çevre hukukuna ilişkin konularda soyut tehlike suçları tercih edilmekle birlikte bu düzenlemelerin cezalandırmanın sınırlarını genişlettiği ve bu yaklaşımın ceza hukuku ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir.¹⁹ Diğer yandan soyut tehlike suçları genellikle belirli bir düzenin bozulmasını engellemeyi hedeflediği ve birden çok hukuki yararı korumaya çalıştığından, suçun konusuna zarar görmeden önce müdahale edilmesi gerekmektedir.²⁰ Kanımızca haksız rekabet suçlarının soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi yerinde bir tercihtir. Zira bu hükümler rekabet düzenin dürüst olarak işlemesini sağlamayı hedeflemektedir. Müdahale için zarar veya buna ilişkin tehlikenin meydana gelmesini beklemek hem ispat sorununa yol açacak²¹ hem de düzenin eski haline getirilmesi için artık çok geç olacaktır.

b. Fiil

Gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verme suçu, failin kendisi veya üçüncü bir kişi ya da madde metninde belirtilen ticari faaliyetlerine ilişkin hususlar hakkında olması gerektiği için alternatif hareketlerle işlenebilen çok hareketli bir suç niteliğindedir. Failin bu bent kapsamında seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesiyle suç tamamlanır, aynı zamanda diğer bir seçimlik hareketi işlemesi ise cezalandırılmayan sonraki fiil olarak değerlendirilip, ancak cezanın somutlaşmasının

¹⁶ Sosnitzer, a.g.e., kn 10; Oruç, a.g.e., s. 35; BGE 136 III 23, s. 44, kn. 9.1.

¹⁷ Wilhelm Gallas, Abstrakte und Konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972, s. 183.

¹⁸ Peter Cramer, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdeldikt, Tübingen, 1962, s. 68, 69.

¹⁹ Frank, 18/9 vd.'den naklen Dönmezer/Erman, s. 55.

²⁰ Fatih Selami Mahmutoglu, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 41.

²¹ Hans Kundlich/Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu, Wirtschaftstrafrecht, C.F. Müller, 2011, s. 18, kn. 39.

da dikkate alınabilir.²² Yine suçun tamamlanması açıklamaların yapılması yeterli olduğu, bunların yanı sıra bir neticenin aranmadığı için suç sırf hareket suçudur.

Suç teşkil eden fiiller madde metninde belirtilen konulara ilişkin gerçek dışı ya da yanıltıcı nitelikte açıklamalarla işlenebileceği yani hangi alternatiflerle işlenebileceği madde metninde gösterildiği için bu suç bağlı suç niteliğindedir.

Suç oluşturan fiiller madde metninde “gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” şeklinde ifade edilmiştir. Gerçek dışılık madde gerekçesinde de zikredildiği üzere yalan, doğru olmayan, gerçeği saptıran anlamındadır. Burada asıl tartışmalı olan husus, gerçek vakıalara ilişkin açıklamalarla bu suçun işlenip işlenemeyeceği noktasındadır. Madde gerekçesi bu suçun alternatif hareketlerinden biri olan yanıltıcı açıklamalar hususunda kötüleme suçuna atıf yapmaktadır. Kötüleme suçu hakkındaki bentte ise doğru olan vakıaların açıklanmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Fakat kanımızca burada madde gerekçesi metni ile bağdaşmamaktadır. Zira kanun koyucu her iki suç bakımından da “gerçek dışı veya yanıltıcı” ifadelerini kullanmıştır. Bu düzenlemeye göre suçun oluşması bakımından açıklamanın gerçek dışı olması yeterli olacağı için, “yanıltıcı” ifadesi içerik olarak doğru ama muhatap çevreyi aldatmaya elverişli açıklamalar şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim madde metninde gerçek dışı ile yanıltıcı ifadeleri arasında “ve” yerine “veya” bağlacının kullanılması da bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu nedenle suç teşkil eden yanıltıcı açıklama tamamen²³

²² Özgenç, a.g.e., s. 162; Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., 232; Koca, Üzülmüş, a.g.e., s. 109; Hakeri, a.g.e., 135; Özbek vd., a.g.e., 212; Kayıhan İçel/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2005, s. 198.

²³ Fritz Rittzer, Wettbewerbs und Kartellrecht: eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis, C.F. Müller Verlag Heilderberg, 5. Neuarbeitete Auflage, 1995, s. 57, kn. 11; Hamdi Pınar, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, MÜHF-HAD, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 132; Dreyer, a.g.e., kn. 90; Bornkamm, a.g.e., kn. 2.71; Mario M. Pedrazzini/ Federico A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002, s. 119, kn 6.07; Lorenza Ferrari Hofer, David Vasella (Bölüm yazarı), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Yay. Haz.: Marc Amstutz, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, § 3, kn. 14; Helm, a.g.e., kn. 68; Eroğlu, a.g.e., s. 19, 27, 28; Michael Kling,

ya da kısmen doğru bilgiye ilişkin de olabilir.²⁴ Önemli olan husus, bu bilginin muhataplar nazarında doğru olmayan bir izlenim yaratmaya, onları yanıltmaya elverişli olmasıdır.²⁵

Birden fazla anlama gelebilecek belirsiz ifadeler kullanımı da bu madde kapsamında yanıltıcı nitelik arz edebilir.²⁶ Nitekim 11 Mayıs 2005 tarih ve 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Direktifin “Aldatıcı Eylemler” başlığını taşıyan 6. maddesine göre madde metninde yer alan konular hakkında doğru olsa bile genel sunuluşu dâhil, bir şekilde ortalama tüketicuyu aldatan ya da aldatma olasılığı olan ve tüketicinin başka halde almayacağı bir satın alma kararı vermesine yol açan ya da yol açma olasılığı olan ticari uygulamaların

Irreführende und vergleichende Versicherungswerbung, Z Vers Wiss (2013) 102, s. 393; Özdemir, a.g.e., s. 73; Arkan, a.g.e., s. 293; Özgül Özkan, “Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi Olduğu Hükümler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1997/4, s. 15; Ömer Teoman, “Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Uluslar arası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), Oniki Levha, 2009, s. 63; Emrehan İnal, “Türk Hukuku’nda Aldatıcı Ve Örtülü Reklamlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Uluslar arası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), Oniki Levha, 2009, s. 89, I ZR 172/08. Buna örnek olarak doktrinde Reklam Kurulu’nun 09.12.1997 tarih ve 27. Sayılı Toplantısında alınan 7 No’lu kararı gösterilmektedir, Emrehan İnal, a.g.e., s. 90. Karara konu olan reklamlarda Orkid adlı ürünün Türkiye Jinekoloji Derneği’nin onayladığı tek ürün olduğu belirtilmektedir. Bu ifade doğru olmakla birlikte diğer markalar bu derneğe onay için başvurmamıştır. Bu nedenle bu reklamın aldatıcı olduğuna karar verilmiştir. Reklam Kurulu verdiği kimi kararlarda ise reklamlarda sunulan açıklayıcı bilginin puntosunun küçüklüğü ya da hızlı geçmesi gibi nedenlerle okunmasının mümkün olmadığını belirterek bu reklamların aldatıcı olduğu sonucuna varmaktadır. Söz gelimi “Line” isimli hizmetin ücretiz konuşma, mesajlaşma ve indirilmesine yönelik reklamlarda “ücretsiz servisler internet bağlantısı olduğu sürece geçerlidir” şeklindeki ifadenin mevzuata uygun puntoda sunulmadığı için okunmasının mümkün olmaması nedeniyle yanıltıcı olduğu sonucuna varılmıştır, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 09.09.2014 tarihli 228 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No: 2013/1193.

²⁴ International Bureau of WIPO, kn. 77, s. 41. Söz gelimi, yapılan bir reklamda “Digiturk’ten internet fiyatına hem Digiturk hem internet sahibi olma rahatlığı, Digiturk’le birlikte limitsiz internet ayda sadece 59,99’a” durağan yazı da ise “Yeni Turkcell Superonline müşterilerine” ifadelerine yer verilmektedir. Algı ile durağan yazının farklı olmasından dolayı bu reklamın aldatıcı olduğu sonucuna varılmıştır, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 12.08.2014 tarihli 227 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No: 2014/678.

²⁵ Dreyer, a.g.e., kn. 35; Sosnitza, a.g.e., kn. 105; Peifer, Boesenberg, a.g.e., kn. 183 s. 121; Wandtke, a.g.e., kn. 116, s. 52; Hofer, Vasella, a.g.e., kn. 15.

²⁶ Bornkamm, a.g.e., kn. 2.112; Oya Şahin, Aldatıcı-Yanıltıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989, s. 34.

aldatıcı olarak kabul edileceği belirtilmiştir.²⁷ Örneğin, bir ekmek fabrikasının kimyasal içeren un kullanmadığına yönelik yaptığı reklam, gerçeği yansıtsa da, aslında diğer rakipler de zaten kimyasal içerikli un kullanmıyorsa tüketici nezdinde yanıltıcı bir izlenim uyandırır. Aynı ürün için tüm rakipler belirli bir maddeyi kullanıyor olmasına rağmen, rakiplerden biri yaptığı reklamda ürünlerinde bu maddeyi kullandığını ifade ediyorsa yine bu suç oluşur. Zira fail muhatap çevrede diğer rakiplerin bu maddeyi kullanmadığı yönünde yanlış bir izlenim uyandırmaktadır.²⁸ Diğer yandan, objektif olarak doğru olmayan ifadeler de her zaman yanıltıcı sayılmaz.²⁹

Gerçek dışı ya da yanıltıcı açıklama kötüleme suçundan farklı olarak mutlaka doğruluğu ya da yanlışlığının objektif olarak tespiti mümkün bilgiye ilişkin olmalıdır.³⁰ Bu nedenle doğruluğunun objektif olarak tespiti mümkün olmayan düşünce açıklamaları ve değer yargılarının ifadesi bu suç kapsamında değerlendirilmez.³¹

Suçu oluşturan gerçek dışı ya da yanıltıcı açıklamaların ifade şekli önem arz etmez, sözel, yazılı ya da görsel fiillerle bu suç işlenebilir.³² Reklamlarda ürünün niteliği veya boyutuyla ilgili açıklama yapılamamasına rağmen, ürünün kendisi yerine taklidinin sergilenmesi de tü-

²⁷ http://www.tuketicihukuku.org/index.php?view=article&catid=48%3Auluslararası-mevzuat&id=524%3Ahaksız-ticar-uygulamalar-hakkında-abdret&option=com_content&Itemid=110

²⁸ Bornkamm, a.g.e., kn. 2.117; Dreyer, a.g.e., kn.74; Şahin, a.g.e., s. 34.

²⁹ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 70; Göle, a.g.e., s. 62; Özkan, a.g.e., s. 15.

³⁰ Pınar, a.g.e., s. 132; Wandtke, a.g.e., s. 50, kn. 108; Reto A. Heizmann (Bölüm yazarı), Wettbewerbsrecht II. Kommentar - VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (OFK), Yay. Haz.: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch, Orell Füssli Verlag AG, 2011, § 3, Nr. 7, kn. 2; Dreyer, a.g.e., kn. 42; Hofer, Vasella, a.g.e., kn. 13; Oetiker, a.g.e., kn. 26; Bornkamm, a.g.e., kn. 2.37; Göle, a.g.e., s. 63; Helm, a.g.e., kn. 54; Claus, a.g.e., s. 440; Gerald Mäsch/ Katharina Hesse, "Frust beim Flirten und das neue UWG", *Jura Heft*, 9/2009, Juristische Ausbildung. Volume 31, Issue 9, 2009, s. 716; Ekey vd., a.g.e., s. 366, kn. 119; Özdemir, a.g.e., s. 72; Eroğlu, a.g.e., s. 26; Rittzer, a.g.e., s. 57, kn. 9; R. Von Büren, Unlauterer Wettbewerb im Internet, Lizentiatsarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern Institut für Wirtschaftsrecht Bern, 27. September 2001, s. 27.

³¹ Wandtke, a.g.e., s. 50, kn. 108; Sosnitza, a.g.e., kn. 85; Dreyer, a.g.e., kn. 43; Oetiker, a.g.e., kn. 17; Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 49; Helm, a.g.e., kn. 54; Dirk Lehr, Wettbewerbsrecht: Tipps und Taktik, C.F. Müller, 2007, kn. 235, s. 67;

³² Pınar, a.g.e., s. 132; Örs, a.g.e., s. 37; International Bureau of WIPO, kn. 75, s. 40; Oetiker, kn. 3; Sosnitza, a.g.e., kn 94; Bornkamm, a.g.e., kn. 2.52; Helm, a.g.e., kn. 55; Ekey vd., a.g.e., s. 368, kn. 129.

keticiyi yanıltabilir. Söz gelimi, bir kolye tanıtımında boyutlarına ilişkin bir beyan bulunmasa da ürün ile aynı görüntüye sahip fakat daha büyük taşlı olanın kullanılması, bal reklamında arz edilen bal yerine daha katı bir balın akıtılması aldatıcı nitelik arz eder. Yine ürünlerde büyük ambalaj kullanma da aldatıcı olabilir.³³

Söz konusu tanıtımda birden fazla bilgi yer almaktaysa, bunların her biri de doğruyu yansıtmalıdır.³⁴ Suç genellikle reklam vasıtasıyla işlense de bu şart değildir.³⁵

Bilginin belirli bir kişi ya da kişi grubuna yönelik ya da aleni olarak verilmesi de önem arz etmez.³⁶ Fakat hakkında gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verilen kişiler açıkça belirtilmeli ya da üçüncü kişiler tarafından tespit edilebilir olmalıdır.³⁷

Yanıltıcı açıklamalarla bu suçun oluşması bakımından temel kıstas hedef kitledir.³⁸ Hedef kitlenin yaşı, sosyal, ekonomik ve kültürel durumu ile diğer özellikleri yapılan açıklamanın yanıltıcılığı bakımından farklılık arz edecektir.³⁹ Bu bakımından hedef kitlenin ortalama bilgi ve dikkat seviyesinde olan bireyleri dikkate alınır.⁴⁰ Nitekim 11

³³ Geraint Howells,/Hans Micklitz/Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate Publishing Company, London, 2006, s. 130.

³⁴ Bornkamm, a.g.e., kn. 2.111.

³⁵ Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 323.

³⁶ Bornkamm, a.g.e., kn. 2.16.

³⁷ Pedrazzini/Pedrazzini, a.g.e., s. 122 kn. 6. 10.

³⁸ Pınar, a.g.e., s. 132; International Bureau of WIPO, kn. 71, s. 39; Heizmann, a.g.e., kn. 3; Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 90; Dreyer, a.g.e., kn. 82; Hofer, Vasella, a.g.e., kn. 11; Helm, a.g.e., kn. 60; Aksoy, a.g.e., s. 94; Mehmet Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 4, Yıl: 2006, s. 1514; Rittzer, a.g.e., s. 57, kn. 11; BGE 136 III 23, s. 44, kn. 9.1.

³⁹ Stefan Weidert (Bölüm yazarı), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Yay. Haz.: Henning Harte-Bavendamm, Frauke Henning-Bodewig, 3. bs., Verlag C.H. Beck, 2013, § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, kn. 31.

⁴⁰ Erdil, a.g.e., s. 98; Dreyer, a.g.e., kn. 15; Jost. W. Kramer/ Karl Wolfhart Nitsch/ Gunnar Prause/ Andreas Von Schubert/ Andreas Weigang/ Joachim Winkler/ Sabine Wiczorek-Schwarz, *Analyse der Änderung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb, sowie dessen Anwendungsgebiete und Erscheinungsformen*, Europaischer Hochschulverlag GmbH & Co. KG, Bremen, 2010, s. 99; Oetiker, a.g.e., kn. 62; Göle, a.g.e., s. 74; Helm, a.g.e., kn. 75; Özdemir, a.g.e., s. 75; Şahin, a.g.e., s. 35; Özkan, a.g.e., s. 16; Savaş Bozbel, *Mukayeseli Hukuk ve Türk Huku-*

Mayıs 2005 tarih ve 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin Direktifin “Aldatıcı Eylemler” başlığını taşıyan 6. maddesi de yanıltıcı ifadeler bakımından kriter olarak ortalama tüketiciyi ele almıştır. Zira hedef kitlenin en bilgisizini koruma amacıyla hareket edilirse rekabet özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale edileceği gibi, en bilgilisi temel alınır da rekabet özgürlüğü çok geniş yorumlanacak, haksız müdahaleler ölçüsüz bir şekilde hukuka uygun olarak kabul edilmiş olunacaktır. Bu nedenle hedef kitlenin en bilgilisi, en bilgisizi ya da tam ortalaması değil, bu kitledeki ortalama bilgi ve dikkat seviyesine sahip katılımcısı dikkate alınmaktadır.

Tanıtımlarda, ilanlarda ya da reklamlarda kullanılan açıklamalar ya da herhangi bir terim muhatap çevrede doğru anlaşılmaya müsait olmayıp, net bir izlenim bırakmıyorsa ya da doğru olmayan bir izlenim oluşumuna neden olmaya elverişliyse aldatıcıdır.⁴¹ Fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere bunun varlığının tespitinde hedef kitle dikkate alınır. Bu nedenle bazı teknik terimlerin veya uzmanlık gerektiren ifadelerin kullanılması her zaman yanıltıcı bilgi anlamına gelmez. Zira burada hedef kitle farklıdır ve sıradan tüketici bu hususları bilmesindeki engelin farkındadır. Söz gelimi ilaçların tanıtımında kullanılan ifadeler çoğunlukla Latince ve tıbbi terimler içermektedir. Burada hedef kitle tıp bilimiyle uğraşanlar olduğu için sıradan tüketicinin bu terimleri anlayamaması yanıltıcı bilgi anlamında değerlendirilmemelidir.⁴²

Bir açıklamanın ya da reklamın bu suçu oluşturup oluşturmadığında bu açıklamanın bir unsuru değil, tümünün muhatap çevrede yarattığı etki dikkate alınır.⁴³ Bu nedenle açıklamada kullanılan terim

kunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 119; Emrehan İnal, a.g.e., s. 93.

⁴¹ Sosnitza, a.g.e., kn. 160; Göle, a.g.e., s. 72; Hofer, Vasella, a.g.e., kn. 10.

⁴² Sosnitza, a.g.e., kn. 183; Helm, a.g.e., kn. 82.

⁴³ Yılmaz, a.g.e., s. 1512; Kling, a.g.e., s. 393; Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 90; Mäsch, Hesse, a.g.e., s. 716; Hofer, Vasella, a.g.e., kn. 16; Helm, a.g.e., kn. 89; Özdemir, a.g.e., s. 73; I ZR 222/02. Örneğin bir malın tanıtımında kullanılan ifade yanıltıcı nitelik arz etse de bunu bertaraf edecek şekilde ürün hakkında açıklama yapılmaktaysa bu madde kapsamında değerlendirilmez. “...Mahkemece, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının özel bir granülmetrik dağılıma sahip kum, az miktarda çimento, renk pigmentleri ve özel ek malzemelerden oluşan kremit üretilip sattığı, bu ürünü “Braas” sözcüğü ile 20.01.1998 tarihinde; “Braas Çatı Sistemleri Dünyanın Mükemmel Çatısı” sözcüklerini de 05.11.2002 tarihinde marka olarak

ve ibarelerin anlamı da muhatap çevre esas alınarak belirlenmelidir.⁴⁴ Yine birden fazla anlama gelen ifadelerin yanıltıcı olup olmadığının tespitinde de somut olaya göre sonuca varılmalı, çatışan menfaatlerin tartımı dikkate alınarak hüküm verilmelidir.⁴⁵

Hedef kitle gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Doktrinde bu kişilerin fiilinin ticari fiil kapsamında değerlendirilmemesi, gerçek dışı veya yanıltıcı bilgiden etkilenen faaliyetleri onun iş dışındaki faaliyetine yönelik olması gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁶ Belirtmemiz gerekir ki bu görüş Alman Hukuku bakımından doğru olabilirse de, Türk hukuku bakımından madde metninde tüketici ibaresine yer verilmediği için kabulü mümkün değildir. Bu nedenle kanımızca herhangi bir müşteri de bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Fakat söz konusu müşteri tacir ise TTK m. 18/2 uyarınca basiretli davranması gerekliliği dikkate alınmalıdır.

Suç teşkil eden fiiller üçüncü kişilere yansımalıdır.⁴⁷ Yanıltıcı bilginin iletişim vasıtaları⁴⁸ ve açıklamanın yapıldığı zaman dilimi de dikkate alınması gereken hususlardandır. Suç oluşturan fiiller sözleşme öncesinde olabileceği gibi sonrasında da olabilir.⁴⁹

Bir ürün ya da hizmet hakkında kullanılan “en iyi” “süper” “lüks” gibi ifadelerin bu suçu oluşturup oluşturmadığı da önem taşımaktadır. Bu gibi ifadeler de gerçek dışı ve yanıltıcı olup, hedef kitleyi, özellik-

tescil ettirdiği, davalının reklam, ilan ve tanıtım broşürlerinde davaya konu ürün özellikleri hakkında açıklama yapıldığı, davalının üretilip sattığı kiremidin teknik standartlara ve hukuki normlara uygun olduğu, yine davalının ürün adı olarak kullandığı “Braas Kiremit”in tescilli marka olduğu, ürün adı olarak kullanılan “Braas Kiremit”e “beton” sıfatının eklenmemiş olmasının aldatıcı reklam olarak değerlendirilemeyeceği, kiremit kavramını klasik sözcük anlamı (kilden, balçıktan mamul levha) dışındaki açılımlara kapalı şekilde tanımlamada ısrar etmenin iktisadi ve ticari yaşamın gelişme dinamiklerine uygun bir yorum tarzı olarak mütalaa edilemeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” , Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2005/8736 E., 2006/11695 K., 14.11.2006.

⁴⁴ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 110.

⁴⁵ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 204

⁴⁶ Dreyer, a.g.e., kn. 23.

⁴⁷ Oruç, a.g.e., s. 35.

⁴⁸ Sosnitza, a.g.e., kn. 126.

⁴⁹ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 26;

le tüketici etkileyerek kendi ürünün tercih edilmesini sağlama ve bu şekilde rekabete müdahale etmeyi amaçlamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş uyarınca bu ifadeler karşılaştırma içermemekte olup, abartma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Abartma gerçeği yansıtmaktaysa ve aldatici değilse suç teşkil etmez.⁵⁰ Nitekim abartılı bu ifadelerin gerçek dışı olduğunun tespiti de çoğu zaman mümkündür. Yanıltma tehlikesi taşımadığından bu ifadelerin gerçek dışı veya yanıltıcı bilgi kapsamında da değerlendirilmemesi gerekir.⁵¹ Söz gelimi “Türkiye’nin en hafif ayçiçeği yağı X sizi uçurur” ifadesinde bariz bir şekilde abartılı ifade kullanılmaktadır.

Abartı içeren zirvede tek başına reklamların içerdiği verilerin ispatı objektif olarak mümkün olmadığı için de bu madde kapsamında değerlendirilemez.⁵² Fakat bazı abartmaların içeriği kısmen ya da tamamen ispatlanabilir vakıalara ilişkin olabilir, bu takdirde yanıltma gündeme gelebilecektir.⁵³ Bu nedenle burada kullanılan kelimelerin

⁵⁰ Erdil, a.g.e., s. 102; Ayhan, Özdamar, Çağlar, a.g.e., s. 382; Sami Karahan, “Süper Lüks, Süper 1, Ekstra, Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?”, FMR, Cilt 1, 2001/3, s. 40; Oruç, a.g.e., s. 39; Ayhan, a.g.e., s. 484.

⁵¹ International Bureau of WIPO, kn. 78, s. 41; Pedrazzini/ Pedrazzini, a.g.e., s. 125, kn. 6. 19; Göle, a.g.e., s. 74; Eroğlu, a.g.e., s. 23; Ekey vd., a.g.e., s. 375, kn. 164; Bozbel, a.g.e., s. 116.

⁵² Bornkamm, a.g.e., kn. 2.46; Eroğlu, a.g.e., s. 23.

⁵³ Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 127; Karahan, “Süper Lüks, Süper 1, Ekstra, Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?”, s. 39. “Davacı vekili; tarafların boya ve benzeri kimyasal ürünlerin üretimi ile iştigal ettiklerinin, davalının bir süreden beri renk kartelalarında, tabela ve diğer bazı reklamlarında (Boyada Birinci) şeklinde bir slogan kullanmak suretiyle müvekkili ve diğer boya firmalarına karşı haksız rekabete girdiğini, TTK’nun 57/3-4. maddesi hükmüne aykırı olarak alıcılar üzerinde yanıltıcı etki yarattığını, fiilin iktisadi rekabetin hüs-nüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde suistimali olduğunu ileri sürerek davalının haksız rekabetinin men’ine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; reklamın yanlış veya yanıltıcı olduğu objektif ölçülere göre kanıtlanabildiği hallerde o reklamın aldatici olduğunun söylenebileceğini, oysa müvekkilinin reklamının yanlış ve yanıltıcı niteliği bulunmadığını, üstünlük (iddia) () eden mesajı olmadığını ve mukayeseye girişmediğini, dava açılması için zarara uğramak veya zarar tehlikesi içinde bulunmak gerektiğini savunarak davayı reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak bir boya mamülünün birinci olarak nitelenmesi ile onun boya piyasasının en iyi mamülü olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz bulunduğu, ne bakımdan olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konuma ittiği, bu durumda davacının zara görmemesi veya zarar tehlikesi içinde olmamasının tabiata ters düştüğü, davalının eyleminin TTK’nun 56. ve 57/3. maddeleri gereğince haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davalı reklamlarındaki bu sloganın çıkartılması suretiyle haksız rekabetin men’ine karar

kendisi değil, ifadeler bütün olarak değerlendirilerek, gerçeklikten ne derece uzaklaşıldığına bakılmalıdır.⁵⁴ Söz gelimi bir gazeteye ilişkin reklamda o gazetenin Türkiye'nin en çok satılan gazetesi olduğunu iddia etmek içeriğinin ispatı mümkün olan bir vakıya ilişkin ve gerçekliğe yakın olması nedeniyle yanıltıcı kabul edilmektedir.⁵⁵ Yine bir ürünün "X alanında Türkiye'nin bir numaralı ürünü" olduğunu belirtmek de ispatı mümkün olan bir ölçüte dayandığı için Yargıtay tarafından yanıltıcı kabul edilmektedir.⁵⁶

verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1991/4992 E., 1992/11613 K., 22.12.1992.

54 Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 128.

55 "... Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. Bu reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması da, olanaklıdır. Ancak, karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir.

Karar düzeltme istemi üzerine yeniden yapılan inceleme ve değerlendirme sonunda: davalılarca çıkarılan Sabah gazetesinin başlığındaki "Türkiye'nin en çok satan gazetesi" şeklindeki sunum metninin, yine aynı yerde üzeri "nazar boncuklu 1" rakamını havi logo'nun gerçeği yansıtmadığı, böylece TTK 57/3 maddesinde yazılı olduğu biçimde yanlış ve yanıltıcı bilgilerle davacı gazeteye nazaran kendini üstün duruma getirerek, haksız rekabette bulunduğu dosyadaki delillerden ve delilleri irdeleyerek bu yolda neticeye varan bilirkişi raporlarından anlaşılmış olmakla, mahkemece bu sonuca göre inceleme yapıp karar verilmek gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden, karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin onama kararının kaldırılması ve hükmün belirtilen nedenlerle bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir.", Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1997/9233 E., 1998/1026 K., 20.2.1998.

56 "...Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, taraf ürünleri arasında teknik yönden, pazar payı yönünden birbirlerine karşı çok büyük bir üstünlüğünün bulunduğu kanıtlanamadığı, buna rağmen davalının davacının reklamlarından sonra oluşturduğu ve yayınlattığı, kendi ürününe ilişkin TV ve diğer reklamlarında, "bir numaralı deterjan, kırk yıldır bir numaralı yardımcınız, Türkiye'nin deterjanı" ifadelerini kullanmasının tüketici kitlesinde bir yanlış anlamaya ve değerlendirmeye neden olacağı, TTK'nun 56 ve 57/3. maddesi anlamında kendi emtiası hakkında davacının ürününden daha üstün gösterecek biçimde hüsniyet kurallarına aykırı biçimde reklam yaparak yayınlamak suretiyle haksız rekabette bulunduğu gerekçeleriyle davanın davadaki istemler yönünden kısmen sabit görülmesine binaen davalının haksız rekabetinin tespit ve men'ine, davalı yarın "OMO" ürününe ilişkin yaptığı reklamlardaki "Kırk", "Bir numaralı deterjan", "Kırk yıldır bir numaralı yardımcınız", "Türkiye'nin deterjanı" ibarelerinin reklamlarda davacı aleyhine haksız rekabet oluşturmayacak biçimde düzeltilmesine, kararın yayınlanmasına, sair istemlerinin reddine karar verilmiştir. Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

İncelenmesi gereken diğer bir husus da reklamlarda eksik bırakılan hususların bu suç karşısındaki durumudur. Doktrinde bir görüşe göre reklam veren arz edilen ürünü eksiksiz olarak betimlemekle görevli değildir, açıklamalarının doğruluğu yansıtması yeterlidir.⁵⁷ Tüketicie açıklanması gereken bilgi onun bilgilendirilmiş bir karar vermesi için gerekli olan kadardır.⁵⁸ Diğer bir görüşe ise burada menfaatlerin tartımı suretiyle bir sonuca ulaşılmalıdır.⁵⁹ Başka bir görüşe göre ise tüketicinin sağlıklı bir karar verebilmesi için satıcı tarafından satın alacağı mal ya da hizmetin temel özellikleri, ücret, ücretin ödenme koşulları, cayma ve iptal hakkı gibi konularda bilgilendirilmesi gerekir.⁶⁰ Kanımızca burada somut olaya göre bir yorum yapılmalıdır. Zira bazı durumlarda yapılan açıklama eksik bırakılan husus bakımından muhatabın yanıltılmasına neden olabilmektedir.⁶¹

Bu suç çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Coğrafi işaretlerin yanlış ya da ürünün menşei farklı olmasına rağmen bu ürünün meşhur olduğuna yönelik coğrafi işaret kullanımı da haksız rekabet teşkil edecektir.⁶² Söz gelimi, başka yerde yetişmesine rağmen ürünün gemlik zeytini veya anzer balı olduğunun iddia edilmesi ya da yerli çayın seylan çayı olarak piyasaya sürülmesi bu suç kapsamında değerlendirilir.⁶³

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davacı tarafından emek ve masraf harcanarak piyasaya sunulan temizlik deterjanı ürününün tanıtımı için yayımlanan ve belirli bir izleme oranına ulaşan reklam filmlerinde kullandığı sloganların dikkat çekici ve zihinde kalan unsuru oluşturan "Kırk" sözcüğünün, davalıya ait aynı cins ürünün tanıtımı için daha sonraki bir tarihte hazırlanan reklam filmlerindeki sloganlarda da dikkat çekici unsur olarak kullanılmış olmasına, reklamların hedef aldığı tüketici kitlesinin seçimlerini iltibas yoluyla etkileme ihtimali bulunmasına ve reklamlarındaki "Türkiye'nin deterjanı", "bir numaralı deterjan" ibarelerinin üstünlük belirtmesine karşın, davalı ürünlerinin davacınınakilere üstünlüğünün kanıtlanamamış olması nedeniyle de, uyuşmazlık konusu ibarelerin davalı reklamlarında kullanılmasının TTK'nun 56.ve 57/3. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturmalarına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2005/11256 E., 2007/2983 K., 6.2.2007.

⁵⁷ Bornkamm, a.g.e., kn. 2.113, 2.114.

⁵⁸ Chris Willett, "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive", J Consum Policy (2010) 33, s. 255.

⁵⁹ Oetiker, a.g.e., 70; Willett, s. 255.

⁶⁰ Howells, Micklitz, Wilhelmsson, a.g.e., s. 156.

⁶¹ Özkan, a.g.e., s. 16; Eroğlu, a.g.e., s. 19.

⁶² Bornkamm, a.g.e., kn. 2. 184; Helm, a.g.e., kn. 104; Lehr, a.g.e., kn. 239, s. 68; Ekey vd., a.g.e., s. 368, kn. 130.

⁶³ Erdil, a.g.e., s. 82.

Mevzuata göre barındırması gereken bir maddeyi bulundurmadığından hareketle ürünün daha iyi olduğuna dair ifadeler de yanıltıcı nitelik arz etmektedir.⁶⁴ Böylece rakip mevzuata uygun hareket edenlere nazaran rekabette öne geçmekte, dolaylı olarak da rakiplerini kötülemektedir. Yine aslında barındırması gereken bir özelliğin müstesna olduğuna dair ifadeler de aldatıcıdır. Söz gelimi Reklam Kurulu “Balderesi” reklamında balın doğal ve saf olduğunun belirtilmesinin

⁶⁴ “... Dava, davalı tarafın reklamlarında kullandığı “Kokusuz Gaz; Kokulu Otogaz Kalitesizdir, Kokulu ve Kalitesiz Otogazlarla, Bir Milli Servet Olan Otomobillerinizin Ömrünü Kısaltmayın” ifadelerin haksız rekabet teşkil ettiği iddiasına dayalı olarak açılmıştır.

27.11.1973 tarih ve 14752 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Parlayıcı, Patlayıcı, Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışan İşyerlerinde ve İşlerde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük’ün 129.maddesinde, “Kokusu bulunmayan LPG’nin etil mekaptan, pentil merkaptan ve tiyofen gibi zararsız maddesi katılarak, kaçak halinde tanınması sağlanacaktır.” Hükmüne yer verilmiştir. Türk Standartları Enstitüsü tarafından düzenlenen 1991 tarih ve TS 2178 sayılı “Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG)’na ilişkin 3.3.maddesi ile “Sıvılaştırılmış petrol gazları renksiz ve kokusuz olup, sızıntı veya kaçak halinde çevre emniyetine ve insan sağlığına zararlı olabilir. Sıvılaştırılmış petrol gazlarının ortam içerisinde sağlığa zararlı ve patlayıcı karışım meydana getirmeden fark edilmeleri için, içerisine koku verici maddeler karıştırılmalıdır.” hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, tüm otogazların kokulandırılması zorunludur. Tüm LPG satıcılarının da Yönetmelik ve TSE kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Sattığı otogazın standartlara uygun olduğunu belirten davalı tarafın ürünleri de kokulu olmak durumundadır.

Davalı tarafın kullandığı reklam metninde “TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu” yada “bu kurallarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı” şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde “davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı” kastedildiği anlaşılmaktadır. TTK’nun 57/3.maddesi gereğince, kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veya; üçüncü şahıslar hakkında ayın şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek eylemi” hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket olup, davalı tarafın reklam metninde kullandığı ifadelerin haksız rekabet teşkil edeceği gözetilerek, davacı taleplerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken, işbu dava ile benzerlik göstermeyen bir başka dosyada verilen kararın esas alınmak suretiyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...

Gereğinceyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007/11-839 E., 2007/825 K., 7.11.2007.

zaten mevzuata uygun üretilen tüm balların hâlihazırda doğal, saf ve katkısız olduğu gerekçesiyle bu reklamın aldatıcı olduğuna karar vermiştir.⁶⁵

Yapılan reklamlarda “outlet” ibaresinin kullanılması suretiyle de bu suç işlenebilir. Zira “outlet” ibaresi tüketici nazarında ürünlerin daha ucuz satıldığı izleniminin doğmasına neden olacaktır.⁶⁶

Yanıltıcı beyanların salt bir ürün ya da hizmetin niteliğine ilişkin olması da gerekmez. Bir işletmenin uzun süredir faaliyette bulunduğu, köklü bir şirket olduğunu gösterir ifadeler de bu madde kapsamında aldatıcıdır. Zira muhatap çevre bu şirketin ticari kredibilitesi ve devamlılığı hakkında yanıltılmaktadır.⁶⁷ Yabancı ülkelerde şubelerinin ya da bağlantılarının bulunduğu dair ifadeler de bu kapsamda değerlendirilir.⁶⁸ Yine domain isimleriyle de yanıltma söz konusu

⁶⁵ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 13.05.2014 tarihli 224 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No: 2013/213.

⁶⁶ I ZR 89/12.

⁶⁷ “...Davacı vekili, en eski kargo şirketi olan müvekkili ile aynı sektörde faaliyet gösteren davalı şirketin 12.07.1993 tarihinde faaliyete başlamasına karşın reklamlarında (25) yıllık deneyime sahip olduğuna yer vererek rekabet kurallarına aykırı olarak yanlış-yanıltıcı bilgi ile haksız çıkar sağlamaya çalıştığını, bu ibarenin yer aldığı logoyu her yerde kullandığını ileri sürerek, haksız rekabetin önlenmesini, reklam ve ilamların aynı yollarla düzeltilmesini, hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin reklam kampanyasında kullandığı “25 inci yıl Aras Kargo Holding” ve “Aras Kargo bir Aras Holding Kuruluşudur” ibarelerinin Aras Holding bünyesindeki ilk şirketin (Aras Ev Eşyaları Ltd. Şti.) kurulduğu 1979 yılından bu yana edinilen birikim ve deneyimin tüketiciye aktarılmasının amaçlandığını ve tüketiciyi yanıltmadığını savunmuştur.

Mahkemece, sunulan ve toplanan kanıtlara ve bilirkişi raporlarına dayanılarak, davalının görsel ve yazılı medya ile internet adresinde yayımlanan reklamlarında yer verdiği ibarelerin yanlış ve yanıltıcı reklam niteliğinde bulunduğu, ve TTK. nun 56, 57/3 üncü maddelerince haksız rekabet oluşturduğu gerekçeleriyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalının muhtelif medya araçları yolu ile TTK.nun 57/3 üncü maddesi hükmü ile tanımlanan anlamda yanlış ve yanıltıcı reklam faaliyetlerine dava açıldıktan hemen sonra son vermiş olmasının dahi davacının haksız rekabet iddiasının benimsendiğini gösteren bir tutum olarak değerlendirilmesine ve kurulan hükmün dava tarihi itibarıyla haksız rekabetin tespitine ilişkin bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmektedir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2005/2643 E., 2006/5139 K., 4.5.2006.

⁶⁸ Güneş, a.g.e., s. 138.

olabilir. Zira domain isimleri de belirli bir teşebbüs ile bağlantılı bilgi içermektedir.⁶⁹ Bu nedenle bir ticari bilgi bankasının org adını kullanması da bu madde kapsamında değerlendirilir.⁷⁰

Satış kampanyaları hakkında eksik bilgi de bu suça vücut verebilir.⁷¹ Söz gelimi Reklam Kurulu www.atasunoptik.com.tr adresinde ve tv kanallarında kampanya bilgilerine ilişkin olarak indirim dönemi- nin başlangıç tarihine yer verilmemesini tüketicileri aldatıcı olduğuna karar vermiştir.⁷² Yine sadece sınırlı sayıda ürün için geçerli fiyata dair reklamlar da yanıltıcıdır.⁷³

Ürünün içeriği ya da hazırlanış biçimine ilişkin yanıltıcı bilgi de söz konusu olabilir. Örneğin, İslami usullere uygun olarak kesilmemiş

⁶⁹ Weidert, a.g.e., kn. 41.

⁷⁰ Mustafa Can/Tekin Memiş, "Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri", *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 81 Eylül 2004, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm>

⁷¹ "...Dava dosyasının incelenmesinden; 25.07.2009 tarihli ... Gazetesi'nde ve muhtelif televizyon kanallarında yayınlanan "...'den % 30 yaz indirimi. Şimdi ... beyaz eşyalar yazı özel % 30'a varan indirimlerle. Fırsat bu fırsat, ...'e gelin, siz de evinizi yenileyin." başlıklı reklamda yer alan ifadelerin, tüketiciler üzerinde söz konusu ön ödemeli kampanyanın tüm ... bayilerinde geçerli olduğu izlenimini uyandırdığı, oysa bahsi geçen kampanyanın tüm ... bayilerinde geçerli olmadığı, sadece kampanyaya katılmak isteyen ... bayilerinde geçerli olduğu, bu durumun reklamda belirtilmemiş olmasının tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle Reklam Kurulu'nun 20.03.2012 tarihli kararıyla davacı şirketin 67.200,00 TL idari para cezası ve reklam durdurma cezasıyla cezalandırılması üzerine bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesi kararında kampanyadan yararlanmak isteyen tüketicinin aldatılarak katılımının sağlanmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiş ise de anılan reklamın yanıltıcılık unsurunun; reklamda yer alan ön ödemeli kampanyanın tüm ... bayilerinde geçerli olduğu izlenimi uyandırmasından kaynaklandığı, reklamda kampanyanın sadece bazı ... bayilerinde uygulandığına ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmediğinin görüldüğü, dolayısıyla reklamın tüketicinin kampanyadan yararlanma iradesini etkileme yönünde aldatıcı ve yanıltıcı nitelikte olduğu anlaşıldığından davacı şirket hakkında tesis edilen dava konusu işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, davanın reddi yolunda karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yönünde karar veren İdare Mahkemesi kararında hukukî isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 7. İdare Mahkemesi'nin 14/03/2013 tarih ve E:2012/840; K:2013/435 sayılı kararının bozulmasına, yeniden bir karar vermek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 15.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Danıştay 15. Dairesi, 2013/10623 E., 2013/8583 K., 15.11.2013.

⁷² Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 09.09.2014 tarihli 228 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No: 2014/911.

⁷³ Emrehan İnal, a.g.e, s. 91.

bir sığır etine helal üretim olduğu, Çin'den ithal edilmesine rağmen Türk Malı ibaresinin konulması durumu bu madde kapsamında değerlendirilir.⁷⁴

Bir ürün hakkında verilen yanlış ya da yanıltıcı bilgi önem taşıyan hususlara yönelik olmalıdır.⁷⁵ Söz gelimi "X çikolatasının ambalajı sıkınca kıtırdayarak açılır" şeklinde yapılan X ürününün tanıtımına rağmen, bu ürünün ambalajı kıtırdamadan sıradan bir şekilde açılmaktaysa kanımızca burada paketin açılış tarzı önemsiz bir husus olduğundan bu suç gündeme gelmez. Fakat "Y ürünü yağı, kireci ovmadan çıkarır" "Z ürünü ile 2 ölçü yerine 1 ölçü ile vişne lekelerine son" şeklindeki reklamlarda Y ürünü kireci çıkarma özelliğine sahip olmasına rağmen kirecin çıkması için ovma gerekiyorsa ya da Z ürünün 2 ölçü kullanılması durumunda vişne lekesi çıkmakta ama 1 ölçü kullanılması durumunda bu mümkün değilse, gerçek dışı veya yanıltıcı bilgi ürünün kullanımı bakımından önem taşıyan bir hususa yöneliktir. Bu nedenle bu suç meydana gelir.

Ürün tanıtımında satışı arttırmak için kullanılan ifadelerin abartı niteliğini haiz olduğu açıkça anlaşılıyorsa bu takdirde kanımızca kullanılan ifadeler gerçek dışı olsa da bu madde kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira özellikle reklam hukuku ürün satışını arttırmak ve pazarda bir yer edinmek, rekabette avantaj sağlamak gibi amaçlarla belirli bir ölçüyü geçmemek kaydıyla gerçek dışı ve yanıltıcı bilgiyi bünyesinde barındırır ve tolere eder. Bu nedenle "ÖSS garantili çalışma CD'leri", "Bu ürünlerle 1 haftada İngilizce konuşacaksınız" gibi ifadeler abartı olup aynı zamanda, başarı üründen ziyade onu kullanan kişinin performansına bağlıdır. Bu nedenle bu suç gündeme gelmeyecektir. Fakat reklamlarda kullanılan vaadin gerçekleşmesi reklam verenin iradesine bağlıysa aldatıcılık söz konusu olabilecektir. Söz gelimi Reklam Kurulu Sudem Özel Eğitim San. Tic. Ltd. Şti'ye ait özel bir sağlık meslek lisesine ait reklamlarda "...işim hazır..." ifadesinin kullanılarak iş garantili eğitim verme vaadinin aldatıcı olduğuna karar vermiştir.⁷⁶

⁷⁴ Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, İstanbul, 2015, s. 228.

⁷⁵ Emrehan İnal, a.g.e., s. 94.

⁷⁶ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 15.04.2014 tarihli 223 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No: 2014/324.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçunun ihmali fillerle işlenip işlenemeyeceği hususunun incelenmesi gerekmektedir. Zira icrai fiilin yanı sıra bazı durumlarda ihmali bir davranış söz gelimi belirli bir hususta sessiz kalma da muhatap çevrenin yanılmasına neden olabilmektedir.⁷⁷ Doktrinde icrai ve ihmali davranış arasında ayırım şu şekilde yapılmaktadır; bir bilgi net değilse ya da birden fazla anlama geldiği için muhatap çevrede içeriği fark edilemiyor ya da içerik anlaşılmadıysa sessiz kalma suretiyle aldatma vardır.⁷⁸ Yani ihmali bir fiil söz konusudur. Bir bilgi objektif olarak doğru değilse veya muhatap çevrede yanlış anlaşıldıysa icrai fille aldatma vardır. Doktrinde belirtildiği üzere, bir hususta sessiz kalma subjektif ya da objektif açıdan önem arz etmekte ve yapılan açıklama muhatap çevrede yanlış anlaşılmalara yol açmaktaysa, açıklama yapma yani icrai davranışta bulunma yükümlüğü doğar.⁷⁹ Bu suçun madde metnindeki düzenlenişine baktığımızda suç gerçek dışı ya da yanıltıcı “açıklamalar” ile oluşacağından dolayı, ihmali fiilden ziyade icrai bir davranışı gerektirmektedir. Bu nedenle bu suç icrai davranışlarla işlenebilmektedir. Her ne kadar sessiz kalma suretiyle de muhatap çevrenin yanıltılması mümkün ise de, TTK’da ve TCK’da bu hususa yönelik özel bir düzenleme yer almadığından kanımızca bu mümkün değildir.

c. Fail

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçunda faili belirleme hususunda ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Üçüncü kişi hakkında ve bu üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek maksadıyla gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verilmekteyse, fail herkes olabilir. Bu ihtimalde failin mağdurla rekabetsel bir ilişkisi bulunması aranmaz.⁸⁰

Fail kendisi ya da kendi ürünleri hakkında gerçek dışı ya da yanıltıcı bilgi verilmekteyse, özgü suç söz konusu olup, failin mağduru

⁷⁷ Nitekim Reklam Kurulu Fuse Tea markalı meşrubatta kafeinin ortalama 50-60 mg/L olmasına rağmen mevzuat gereği 1,0 mg/L’den fazla kafein içeren ürünlerde bulunması yasal olarak zorunlu olan “Kafein içerir” ibaresine yer verilmemesi nedeniyle tüketicileri yanıltıcı olduğuna karar vermiştir, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı Basın Bülteni, 11.02.2014 tarihli 221 sayılı toplantı tutanağı, Dosya No:2013/1325.

⁷⁸ Oetiker, a.g.e., kn. 24.

⁷⁹ Oetiker, a.g.e., kn. 71.

⁸⁰ Güneş, a.g.e., s. 31.

rakibi olması gerekme de failin ürünlerinin satışı mağduru da etkilemeye elverişli olmalıdır. Bu olasılıkta fail ancak ticari faaliyette bulunan gerçek kişi olabilir.

d. Mağdur

Suçun doğrudan mağduru yanlış ya da yanıltıcı bilgilerle irade serbestisi etkilenmeye çalışılan muhatap müşteriler⁸¹ ile bu fiillerden ekonomik rekabet anlamında etkilenen kişilerdir. Bu kişilerin failin rakibi olması gerekme de, satışları birbirlerini etkiliyor olmalıdır.

Suç icabın şeffaflığını tehlikeye düşürdüğünden ve bu alanda kamunun menfaati olduğundan suçun mağduru aynı zamanda kamudur.

2. Manevi Unsur

Madde metninde ayrıca bir ifadeye yer verilmediği için suç ancak kasten işlenebilir. Ayrıca failin tipik hareketler ile kendisi ya da hakkında açıklamada bulunulan kişiyi rekabette öne geçirmeyi amaçlaması gerekmektedir.

3. Hukuka Aykırılık UNSURLU

Haksız rekabet suçları bakımından en çok uygulama alanı bulabilecek olan hukuka uygunluk nedeni hakkın kullanılmasıdır. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için hukuk düzenince kabul edilmiş sübjektif bir hak,⁸² başka bir merciye başvurulmaksızın,⁸³ sınırları dâhilinde kullanılmalıdır.⁸⁴

Failin fiilleri Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen⁸⁵ düşüncüyü

⁸¹ Doğanay, a.g.e., s. 324.

⁸² Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 396; Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 226; Özgenc, a.g.e., s. 278

⁸³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 396; Özgenc, a.g.e., s. 279; Özbek vd., a.g.e., s. 295.

⁸⁴ Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 396; Koca, Üzülmöz, a.g.e., s. 226

⁸⁵ "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütün-

açıklama ve yayma hürriyeti veya m. 27'de düzenlenen bilim ve sanat hürriyeti⁸⁶ kapsamında kalıyorsa hukuka uygun kabul edilecektir. Burada dikkate edilmesi gereken husus, her fiilin bu maddeler çerçevesinde korunma göremeyeceğidir. Söz gelimi, başkalarını aldatmaya elverişli fiiller Anayasa m. 26 çerçevesinde korunma görmeyecektir. Yine bilimsel bilginin açıklanması ve muhatap çevreyle paylaşılması bir ürünün avantaj ve dezavantajları konusunda bilgilendirilmelerini sağlayacaktır. Fakat burada fiilin hukuka uygunluğu için sonuçlar tüketicilere tam ve doğru yansıtılmalıdır⁸⁷. Yapılan açıklama bilimsel

lüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

⁸⁶ "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir."

⁸⁷ Ayhan, Özdamar, Çağlar, a.g.e., 382; Arkan, a.g.e., s. 295; Oruç, a.g.e., s. 40; Ayhan, a.g.e., s. 485. "1.10.2006-19.2.2007 tarihleri arasında çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan "Saç dökülmesine karşı bitkisel çözüm" başlıklı ... şampuan ve serumuna ait reklam ve ... Serum adlı ürünün ambalajındaki ifadelerin tüketiciyi yanıltıcı nitelikte olduğundan bahisle 4077 sayılı Yasa uyarınca, davacı şirkete 118.384 TL idari para cezası verilmesine ve reklam yayınının durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Ankara 3. İdare Mahkemesince; davacı şirketin ... Şampuan isimli ürüne ait çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan reklamlarda ve ... Serum isimli ürüne ait ambalajlardaki ifadelerin dayanağını, davacı şirkete ait... markalı şampuan ve serum ürünlerinin etkinlik ve stabilite testlerinin yapılması amacıyla İstanbul Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Kozmetoloji Bilim Dalı tarafından gerçekleştirilen çalışmanın oluşturduğu; bu çalışmada 20 gönüllü denegin 8 ay boyunca ... markalı şampuan kullandığı; bu deneklerden saç dökülmesi fazla olan 10 denegin de ... şampuan yanında ... serum kullandığı; davacı şirketin isteği üzerine 2. ve 4. ay sonunda ara raporlar ve 8. ay sonunda da nihai raporun verildiği; Hacettepe Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Farmasötik Teknoloji Anabilim Dalı Başkanlığından alınan 6.3.2007 tarih ve 01-0376 sayılı yazıda, çalışmada 10 denek tarafından ... Şampuan ve ... Serumun birlikte kullanıldığı, ancak ... adlı şampuana ait televizyonlarda yayınlanan reklamlarda ve ... serumu ait ambalajlardaki ölçüm sonuçlarının da aktarıldığı ifadelerde, bu yönde bir açıklamanın yer almadığı; yalnızca ... Serumun kullanıldığı bir uygulama yapılmadığı halde, ürünlerin diğerinden bağımsız olarak istatistiksel

analize dayanıyorsa bu bilimsel inceleme mutlaka usulüne uygun ve iddia konusu ürünler üzerinde yapılmış olmalıdır.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçu daha önce de belirttiğimiz üzere sırf hareket suçu olduğu için, kural olarak hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanacak, bu hareketin sonucu bir neticenin gerçekleşmesi suçun tamamlanması bakımından önem arz etmeyecektir. Ancak diğer sırf hareket suçlarında olduğu gibi hareketin bölünebilir olması durumunda teşebbüsten bahsedilebilecektir.

2. İştirak

Bu suç iştirak halinde de işlenebilir.

3. İçtima

Haksız rekabet suçlarının diğer suçlar ile içtiması mümkün olup, TTK m. 62’de haksız rekabet suçları bakımından özel bir içtima hük-

olarak belirtilen sonuçları doğurduğu algılamasına yol açıldığı; ayrıca ... Şampuan yönünden, sağlıklı ve istatistiksel açıdan anlamlı sonuçların 8. ay sonunda hazırlanan raporda yer alan 8 aylık nihai sonuçlar yerine, değerlerin daha yüksek olduğu 2. ay sonuçlarının reklam ve tanıtımda kullanıldığı; bu nedenlerle davacı şirkete ait reklamlarda 4077 sayılı Yasanın 16. maddesine aykırı hareket edildiği sonucuna varıldığından, davacı şirketin idari para cezası ve durdurma cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık görülmediği; ancak davacı şirket hakkında para cezasının miktarı belirlenirken tekrerrür hükümleri uygulanmış ise de önceki cezanın yerel düzeyde işlenen bir fiilin karşılığı olması nedeniyle ulusal düzeyde işlenen uyuşmazlık konusu fiil açısından tekrerrür durumunun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığı; bu durumda, dava konusu idari para cezasının tekrerrüre bağlı olarak verilen ve 54,913 TL’yi aşan kısmında hukuka uyarlık görülmediği; diğer taraftan, iptal ve tazminat dışındaki istemlerle ilgili olarak idari yargı yerlerince karar alınması mümkün bulunmadığından, Sanayi Bakanlığının internet sitesinde yer alan karar özeti metninin sayfadan çıkartılmasına karar verilmesi yolundaki istemin yerinde görülmediği gerekçeleriyle, dava konusu işlemin 54,913 TL lik kısmının iptaline ve kalan kısım yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Taraflarca, hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek anılan Mahkeme kararının aleyhlerine olan kısımlarının temyizden incelenip bozulması istenilmektedir. Davacının temyiz istemi yönünden;

Davacı şirket tarafından yayınlanan reklamlarda, 4077 sayılı Yasanın 16. maddesine aykırı hareket edildiği sabit olduğundan, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, İdare Mahkemesi kararının davanın reddine ilişkin kısmında 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde belirtilen bozma nedenleri bulunmadığından davacının temyiz istemi yerinde görülmemiştir.” , Danıştay 10. Daire, 2008/11743 E., 2010/40 K., 20.1.2010.

müne yer verilmiştir “...fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.” Bu norm suç ve cezalar bakımından yorum hususunda yol gösterici olup, haksız rekabet suçlarına dair düzenlemelerin tali norm niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle kanun uygulayıcı olan hâkim haksız rekabet suçlarının varlığın tespit ettikten sonra söz konusu fiilin başka bir suç oluşturup oluşturmadığını da dikkatle incelemek zorundadır. Fiil aynı zamanda herhangi bir kanunda suç olarak düzenlenmişse, her iki suçun karşılaştırılması yapılarak uygulanacak ceza belirlenecektir. Cezaların karşılaştırılmasında madde metinlerinde yer alan soyut cezaların üst sınırı dikkate alınmalıdır.

E. YAPTIRIM

TTK’da yer alan haksız rekabet suçlarının yaptırımı m. 62 ve 63’te düzenlenmiştir. 62. maddeye göre haksız rekabet suçlarının hepsinin yaptırımı aynı olup, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Görüleceği üzere hapis cezası ile adli para cezası kümülatif değil, seçimlik olarak düzenlenmiştir.

Haksız rekabet suçu bakımından hapis cezasının üst sınırı iki yıl şeklinde belirlenmesine rağmen alt sınırına dair açık bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hüküm olan TCK m. 49/1’e göre alt sınır bir ay kabul edilmelidir.

Haksız rekabet suçları bakımından alternatif bir yaptırım olan adli para cezasının alt ve üst sınırları da TTK’da yer almamaktadır. Bu nedenle alt ve üst sınırlar suç ve cezalara ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TCK’ya bakılarak tespit edilmelidir. TCK m. 52/1’e göre “Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.” Yine TCK m. 61/9’a göre “Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt

sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.”. Bu iki madde dikkate alındığında haksız rekabet suçundan dolayı hükmedilecek adli para cezasının alt sınırı bir ay üst sınırı da iki yıl olarak kabul edilmelidir.

Haksız rekabet suçu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları yani gerçek kişi cezalandırılacak iken, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilecektir.

SONUÇ

Yeni Türk Ticaret Kanununda düzenlenen “Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu” nun mülga kanun döneminde olduğu gibi ticaret kanununda haksız rekabetten kaynaklı hukuk sorumluluğu esas alınarak düzenlenmesi ve genellikle ticaret hukuku doktrininde bu hususa yer verilmesi, bu konunun ceza hukuku boyutlarıyla da değerlendirilmesini gerekli kılmıştır.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçu yeni TTK’da hem m. 62/1/a’daki atıf gereği m. 55/1/a-2’de hem de TTK m. 62/1/b’de iki ayrı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır. TTK m. 55/1/a-2’nin TTK m. 62/1/b’yi de kapsaması ve aynı cezaya yer verilmesi nedeniyle çalışmamızda TTK m. 55/1/a-2’yi esas alınarak inceleme yapılmıştır.

Takibi şikâyeteye tabi olan ve fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla yaptırım altına alınan bu suç tipi, failin madde metninde zikredilen hususlarda gerçek dışı veya gerçek olmasına rağmen yanıltıcı açıklamada bulunmasıyla işlenmiş olunacaktır. Bu kapsamda gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamada bulunma suçu temel olarak rekabet düzenini korumayı amaçladığı için zararın meydana gelmesi gerekli olmayıp, soyut tehlike suçu niteliği arz etmektedir. Fakat verilen her yanlış ya da yanıltıcı bilgiyle bu suç vuku bulmayacak, somut olayda bilginin doğruluğunun objektif olarak tespitin mümkün olup olmadığı, hedef kitle ve bilginin sunulduğu şekli gibi kriterler nazara alınarak belirleme yapılacaktır.

Kasten işlenebilen bu suç için ayrıca fail tipik hareketler ile kendisi ya da hakkında açıklamada bulunulan kişiyi rekabette öne geçirmeyi amaçlamalıdır.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, TTK'da yer alan bu suç tali norm niteliği arz ettiği için suç tamamlanmasına rağmen, fiil aynı zamanda daha ağır cezayı gerektiren bir suçu oluşturuyorsa faile o suça dair ceza verilecektir. Bu nedenle kanımızca somut olayda bir sonuca varılırken özellikle TCK m. 157'de düzenlenen dolandırıcılık suçu nazara alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira aynı fiil TCK m. 157'de yer alan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu takdirde TTK'da yer alan bu suç uygulama alanı bulmayacaktır.

Kaynakça

- Aksoy Mehmet Ali, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2011.
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1995.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Aydın Hüseyin, Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, Doktora Tezi, Ankara, 2008.
- Ayhan, Rıza/Özdamar, Mehmet/Çağlar, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Ayhan Rıza, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Turhan Kitapevi, 2007.
- Baştürk İhsan, "Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları", *TAAD*, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, s. 279-320.
- Bornkamm Jocaım (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 13 a, Yay. Haz.: Helmut Köhler, Jocaım Bornkamm, 33. bs., Verlag C.H. Beck, 2015, § 5.
- Bozbel Savaş, Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Büren R. Von, Unlauterer Wettbewerb im Internet, Lizentiatsarbeit, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern Institut für Wirtschaftsrecht Bern, 27. September 2001.
- Camcı Ömer, Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1998.
- Can, Mustafa/Memiş Tekin, "Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri", *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 81 Eylül 2004, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm>.
- Claus, Susanne, "Die aktuelle Entscheidung Die Strafbarkeit der Lüge nach § 16 I UWG", *JURA - Juristische Ausbildung*. Volume 31, Issue 6, s. 439-442.
- Cramer Peter, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdeldikt, Tübingen, 1962.

- Doğanay İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Tümden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, Madde 1-419, Feryal Matbaası, Ankara, 1990.
- Domanıç Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt 1, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası İşletmesi, İstanbul, 1988.
- Donay Süheyl/Erman, Sahir, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1973.
- Dreyer, Gunda (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Yay. Haz.: Henning Harte-Bavendamm, Frauke Henning-Bodewig, 3. bs., Verlag C.H. Beck, 2013, § 5 Abs. 1.
- Ekey Friedrich L./Klippel, Diethelm/Kotthoff, Jost /Meckel, Astrid/Plaß, Gunda, Wettbewerbsrecht, 2. Neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberger Kommentar, 2005.
- Erdil Engin, Haksız Rekabet Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Erdoğan Yavuz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu", İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, Nisan 2013, s. 421-461.
- Eroğlu Ender Canan, "Aldatıcı Reklamlar", Ankara Barosu Dergisi, 2005/2, s. 15-32.
- Fezer, Karl-Heinz, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, Konsultanz, den 15. Juni 2001, www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/gu-uwg.pdf.
- Gallas Wilhelm, Abstrakte und Konkrete Gefardung, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin, 1972.
- Göle Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.
- Güneş İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Heizmann Reto A. (Bölüm yazarı), Wettbewerbsrecht II. Kommentar - VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (OFK), Yay. Haz.: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch, Orell Füssli Verlag AG, 2011, § 3, Nr. 7.
- Helm Horst (Bölüm yazarı), Handbuch des Wettbewerbsrechts, Yay. Haz.: Michael Loschelder, Willi Erdmann, 4. bs., Verlag C.H. Beck, 2010, § 59.
- Hofer Lorenza Ferrari/Vasella, David (Bölüm yazarı), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Yay. Haz.: Marc Amstutz, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, § 3.
- Howells Geraint/Micklitz, Hans/ Wilhelmsson, Thomas, European Fair Trading Law The Unfair Commercial Practices Directive, Ashgate Publishing Company, London, 2006.
- International Bureau of WIPO, Protection Against Unfair Competition, Geneva, 1994
- İçel, Kayıhan/Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2005.

- İmregün Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar- Kıymetli Evrak, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- İnal Emrehan, "Türk Hukuku'nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu* (8-9 Mayıs 2008), Oniki Levha, 2009, s. 87-104.
- İnal** Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Kazancı, 2004.
- Karahan Sami, "Süper Lüks, Süper 1, Ekstra, Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür ?", FMR, Cilt 1, 2001/3, s. 29-42.
- Karahan Sami, Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, İstanbul, 2015.
- Kling Michael, "Irreführende und vergleichende Versicherungswerbung", Z Vers Wiss (2013) 102:389-422 .
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Kramer Jost. W./Nitsch, Karl Wolfhart/Prause, Gunnar/Schubert, Andreas Von/Weigang, Andreas/Winkler, Joachim/Wieczorek-Schwarz, Sabine, Analyse der Änderung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb, sowie dessen Anwendungsgebiete und Erscheinungsformen, Europaischer Hochschulverlag GmbH &Co. KG, Bremen, 2010.
- Kundlich Hans/Oğlakcioğlu, Mustafa Temmuz, Wirtschaftsstrafrecht, C.F. Müller, 2011.
- Lehr Dirk: Wettbewerbsrecht, Tipps und Taktik, C.F. Müller, 2007.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Mäsch Gerald/Hesse, Katharina, "Frust beim Flirten und das neue UWG", JURA Heft 9/2009, Juristische Ausbildung. Volume 31, Issue 9, 2009, s. 712-719,
- Moroğlu Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı, TBB, Ankara, 2006.
- Oetiker Christian (Bölüm yazarı), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SHK - Stämpflis Handkommentar, Yay. Haz.: Peter Jung, Philippe Spitz, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2010, § 3, Art. 3 lit. b.
- Ohly Ansgar (Bölüm yazarı), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Yay. Haz.: Ansgar Ohly, Olaf Sosnitzer, 6. bs., Verlag C.H. Beck, 2014, § 4
- Omsels Hermann-Josef, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) <http://www.webcitation.org/6IwWO0rbU>
- Oruç Murat, Haksız Rekabette Tazminat Davası, Oniki Levha, 2009.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992.
- Örs Fahri Halil, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet: Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Matbaası, Ankara, 1958.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012

- Özdemir Harunnisa, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması", *AÜHFD*, C. 53, Sa.3, 2004, s. 62-90.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 6. Baskı 2011.
- Özkan Özgül, "Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi Olduğu Hükümler", *Ankara Barosu Dergisi*, 1997/4, s. 3-43.
- Pedrazzini Mario M./Pedrazzini Federico A., *Unlauterer Wettbewerb UWG*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2002.
- Peifer Karl-Nikolaus/Boesenberg, Ulrich: *Lauterkeitsrecht, das UWG in Systematik und Fallbearbeitung*, de Gruyter Studium, Walter de Gruyter, 2011.
- Pınar Hamdi, "Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri", *MÜHF-HAD*, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2012, s. 129-156.
- Poroy Reha/Yasaman, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Rittzer Fritz, *Wettbewerbs und Kartellrecht: eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts für Studium und Praxis*, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 5. Neuarbeitete Auflage, 1995.
- Sosnitza, Olaf (Bölüm yazarı), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Yay. Haz.: Ansgar Ohly, Olaf Sosnitza, , 6. bs., Verlag C.H. Beck, 2014, § 5.
- Şahin Oya, *Aldatıcı-Yanıltıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1989.
- Teoman Ömer, "Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu* (8-9 Mayıs 2008), Oniki Levha, 2009, s. 57-70.
- Wandke Artur-Axel, *Medienrecht Praxishandbuch*, 2. Auflage, Band 3, Wettbewerbs- und Werberecht, Walter de Gruyter GmbH & Co. K.G, 2011.
- Weidert Stefan (Bölüm yazarı), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Yay. Haz.: Henning Harte-Bavendamm, Frauke Henning-Bodewig, 3. bs., Verlag C.H. Beck, 2013, § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1.
- Willett Chris, "Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive", *J Consum Policy* (2010) 33:247-273.
- Yılmaz Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 4, Yıl: 2006, s. 1482-1483.

VATANDAŞLIK HUKUKU TEMEL İLKELERİNİN TÜRK HUKUKU VE KIBRIS TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

THE EVALUATION OF THE PRINCIPLES OF NATIONALITY LAW IN TURKISH LAW AND CYPRIOT TURKISH LAW

Ayhan DOLUNAY*

Özet: “Herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır”, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ve “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır”, vatandaşlık hukukunun, “evrensel olarak kabul görmüş” üç temel ilkesi olma niteliğini haizdir. Vatandaşlık hukukunun tarihi gelişimi içerisinde, söz konusu ilkelerden ikincisi önem açısından “zayıflamış”, değer kaybetmiştir. Çalışmamızda ilk olarak, vatandaşlık kavramı ve vatandaşlık hukukunun kaynakları ele alınacak, ardından ise, mukayeseli çalışmamızın ana temasına uygun şekilde, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda vatandaşlık türleri incelenecektir. Son olarak ise çalışmamızın temel konusunu oluşturan, Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukukunda, vatandaşlık hukuku temel ilkelerinin etkileri ele alınarak, ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vatandaşlık Hukuku, Temel İlkeler, Türk Hukuku, Kıbrıs Türk Hukuku

Abstract: “Everyone *should* have a nationality”, “everyone should have *only one* nationality” and “everyone should have the right to choose and change his nationality”, are the “generally accepted” principles of nationality law. In the course of history, the second of these principles has, to a certain degree, lost its value. In our work, firstly the concept of “nationality” and the sources of nationality law will be discussed. After that various types of the nationality will be examined in the light of the Turkish and Cypriot Turkish Laws with a comparative approach. In the conclusion, the Turkish and Cypriot Turkish Laws will be examined comparatively in general; bearing in the mind the three main principles of nationality law.

Keywords: Nationality Law, General Principles, Turkish Law, Cypriot Turkish Law.

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk ABD, Ar. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Danışmanı.

Giriş

Hukuk dallarında, ayrı ayrı benimsenmiş, bir takım temel ilkeler bulunmaktadır. Vatandaşlık hukuku açısından söz konusu ilkeler, “herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır”, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ve “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır” şeklindedir

Belirtilen ilkelerden, “herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi, vatansızlığı önlemeye hizmet etmekte, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi, çok vatandaşlığı¹ önlemeye hizmet etmekte, “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır” ilkesi ise, açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, kişilerin, vatandaşlıklarını seçme ve değiştirmede, özgür iradeleri ile hareket edebilmesini, kimseye zorla vatandaşlık verilemeyeceği gibi, kimsenin de, bir devlet vatandaşlığını kazanma girişiminin engellenmemesine hizmet etmektedir.

Belirtilen temel vatandaşlık hukuku ilkeleri, her ülkenin vatandaşlık kanunlarında, farklı şekillerde etki yaratmaktadır.

Gerçek kişiler ile sınırlandırdığımız çalışma konumuz itibarıyla, “vatandaşlık” hukuku kavramı ve vatandaşlık hukukunun temel kaynaklarının ardından, Türk ve Kıbrıs Türk Hukukunda vatandaşlığın türleri, vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinin genel açıklamalarına yer verilecek ve esas olarak ise, temel ilkelerin, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukundaki etkileri ele alınarak, karşılaştırılacaktır.

I. Genel Olarak

A. “Vatandaşlık” Kavramı

Vatandaşlık; gerçek kişileri devlete bağlayan hukuki bağı ifade etmektedir.

¹ Bir kişi üzerinde, birden fazla devletin vatandaşlık iddiasında bulunması, diğer bir ifadeyle, kişinin, birden fazla vatandaşlığı olması, “çifte vatandaşlık” olarak adlandırılmaktadır. Diğer yandan, kişinin ikiden fazla vatandaşlığı olması halinde, “çifte vatandaşlık” terimi, kapsam açısından yetersiz kalacaktır. Bu nedenle, kişinin birden fazla vatandaşlığı olması halini ifadede, çifte vatandaşlık deyimi yerine, çok vatandaşlık (multi nationality) deyiminin kullanılması yerinde olacaktır. Rona Aybay/Nimet Özbek, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2015, s. 55.

İlk olarak belirtilmelidir ki, çalışmamızda kullanımı tercih edilecek “vatandaşlık” kavramının yanı sıra, “yurttaşlık”, “uyrukluk”, “tâbiyet”, “milliyet” kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir.

Bu kapsamda, belirtilen kavramlar ile “vatandaşlık” kavramının farklarına değinmek ve neden “vatandaşlık” kavramını kullanmayı tercih ettiğimizi belirtmek yerinde olacaktır.

İfade edildiği üzere vatandaşlık, gerçek kişileri kapsamı altına alan ve devlete bağlanmayı ifade eden bir kavramdır. Diğer yandan, milliyet de gerçek kişileri kapsamı altına almasına karşın, millete bağlanmayı ifade eden bir kavram olup, vatandaşlık kavramından farklılaşmakta; konumuz ile doğrudan ilgisini yitirmektedir.²

Yukarıda sayılan, milliyet dışındaki kavramlar, tıpkı vatandaşlık kavramı gibi, devlet ile bağı ifade etmektedir.³ Belirtilen kavramlardan, yurttaşlığı, vatandaşlığın; uyrukluğu ise, tâbiyetin Türkçe karşılığı olarak kabul edecek olursak, deyimlerin sayısını ikiye indirmiş olacağız.⁴

Diğer yandan, vatandaşlık (yurttaşlık) ve tâbiyet (uyrukluk) kavramları, kapsamaları altına aldıkları hukuki ilişkiler açısından bir birlerinden ayrılmaktadır.⁵

Söyle ki; tâbiyet (uyrukluk), gerçek kişilerin yanı sıra, tüzel kişileri ve nesneleri de (gemiler ve uçaklar) devlete bağlamakta olan bir üst kavram, vatandaşlık (yurttaşlık) ise, sadece gerçek kişileri devlete bağlayan bir alt kavramdır.⁶

² Erdoğan Göger, *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1979, s. 3. Yine, vatandaşlık kavramının hukuki bir ilişkiyi ifade etmesine karşın, milliyet kavramının (ve benzer olarak “soy” kavramının), ırk, din, dil kültür gibi öğeleri de kapsayan ve teknik anlamda hukuksal olmayan bir deyim olması da, bu görüşü güçlendirir niteliktedir. Aybay/Özbek, s. 7.

³ Göger, s. 3.

⁴ Aybay/Özbek, s. 7.

⁵ Bizim katıldığımız görüşün aksine, tâbiyet ve vatandaşlık kavramlarının kapsamının aynı olduğunu savunan görüş de bulunmaktadır. Bkz. Erdoğan Göger, “Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti”, *AÜHFD*, S. 3-4, 1971, s. 187 vd; Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 2014, s. 16.

⁶ Osman F. Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara 1970, s. 15; Hicri Fişek, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara 1959, s. 12; Turhan Turgut/Feriha B. Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları*, Ankara 2010, s. 21. Tarihi açıdan kullanılageliş de kısaca incelendiğinde, vatandaşlığın, roma hukuku kökenli devlet sistemlerinde, birey ile devlet arasında kurulan ilişkiyi ifade etmekte olduğu ve vatandaşın, o

Bu kapsamda, çalışma konumuz itibarıyla, vatandaşlık (yurttaşlık) kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Diğer yandan, belirtmekte fayda vardır ki, çalışmamızda, ilgili hukuki düzenlemeleri incelenecek iki farklı hukuk sisteminden Kara Avrupası Hukukunun etkisindeki Türk Hukukunda, vatandaşlık hukukuna ilişkin, şu an yürürlükte olan 5901 sayılı Kanun, Türk “Vatandaşlığı” Kanunu adını taşımakta, Anglosakson Hukukunun etkisindeki Kıbrıs Türk Hukukunda ise, vatandaşlık hukukuna ilişkin, şu an yürürlükte olan 25/1993 sayılı Kanun, KKTC “Yurttaşlık” Yasası adını, 25/1991 sayılı KYY’nın yerini almak üzere hazırlanan yeni kanun tasarısı ise, “Yurttaşlık” (Değişiklik) Yasa Tasarısı adını taşımaktadır. Bu kapsamda tercih edilen vatandaşlık ya da belirtildiği gibi Türkçe karşılığı ile yurttaşlık terimi, her iki hukuk sistemi yasa koyucularınca da, kabul edilen temel terim olma özelliğini haizdir.

B. Vatandaşlık Hukukunun Kaynakları

Vatandaşlık hukukunun, gerek milli hukuku, gerekse milletlerarası hukuku ilgilendiren niteliğinin bir sonucu olarak, kaynakları da; milli kaynaklar ve milletlerarası kaynaklar olmak üzere, ikiye ayrılmaktadır.

1. Milli Kaynaklar

Her devlet, kendi hukuk düzeni ile belirlenmiş usuller kapsamında, kendi vatandaşlığının kazanılması, yitirilmesi vb. hususları düzenleyen kanunlar yapmaktadır. Devletin vatandaşlığına ilişkin temel ilkelere, devletin anayasasında yer verilmesi de sık karşılaşılan bir durumdur.

Diğer yandan, devletin yargı organları tarafından, vatandaşlık hukuku ihtilafları neticesinde hükmolunan kararlar ve doktrindeki görüşler de, kaynak niteliğindedir.⁷

ülkedeki, tüm hak ve ayrıcalıklardan yararlandığı; tâbiyetin ise, derebeylik devri kökenli olup, bireyle toprak, ülke arası bağ kurduğu ve tebaaya, o toprağın haki-mine (hükümrana) karşı mutlak bir sadakat borcu yüklediği, tebaanın, vatan-daşa nazaran, hukuki statüsünün kısıtlanmış olabileceği ve bu kapsamda da iki kavramın bir birinden ayrıldığı görülmektedir. Bkz. Nihal Uluocak-Erdener, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1968, s. 19.

⁷ Aybay/Özbek, s. 14.

Türk Hukuku açısından milli kaynaklara değinilecek olur ise başta, Türkiye Cumhuriyeti AY. md. 66 olmak üzere⁸, 5901 sayılı TVK, 5543 sayılı İskan Kanunu gibi kanunlarda vatandaşlığa ilişkin hükümlere yer verilirken, bu kanunların yanı sıra, Türk Vatandaşlığının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik de vatandaşlık hukukunun kaynakları arasında yer almaktadır.

Türk Hukukunda, vatandaşlık hususu ile ilgili ihtilaflar, idari yargının denetimine tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, idari yargı organlarınca verilmiş ilgili kararlar da Türk vatandaşlık hukuku bakımından kaynak olarak kabul edilmektedir.⁹

Kıbrıs Türk Hukuku açısından milli kaynaklara değinildiğinde ise tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, ilk olarak KKTC AY. md. 67 olmak üzere¹⁰, 25/1993 sayılı KYY ve 329 sayılı "KKTC Yurttaşlık Yasası, md.

⁸ Türkiye Cumhuriyeti AY. md. 66'da, Türk vatandaşlık hukukuna ilişkin temel ilkelere yer verilmektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/23 md.). Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz."

⁹ Vahit Doğan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2012, s. 31.

¹⁰ KKTC AY. md. 67'de, Türkiye Cumhuriyeti AY. md. 66'da söz konusu gibi, Kıbrıs Türk vatandaşlık hukukuna ilişkin temel ilkelere yer vermesinden ziyade, Kıbrıs Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: "(1) (a) 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Kuruluş Andlaşmasına bağlı "D" eki uyarınca Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanan ve 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs'ta yerleşik bulunan; ve (b) 15 Kasım 1983 tarihinden önce Kıbrıs Türk Federe Devleti yurttaşlığına kabul edilen herkes, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdır. (2) 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Kuruluş Andlaşmasına bağlı "D" Eki uyarınca Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşı olma hakkına sahip olup 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs'ta yerleşik olmayan Türk asıllı Kıbrıslıların, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanma hakları saklıdır. (3) (a) Yurttaşlığa hak kazandığı halde bu hakkını kullanmadan ölen bir baba veya ananın çocukları ile bu gibi kişilerin dul eşleri, başvuru yoluyla Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını alabilirler. (b) Babası veya annesi Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olan ve 15 Kasım 1983 tarihinden sonra Kuzey Kıbrıs'ta doğan çocuk, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdır. (c) 15 Kasım 1983 tarihinden sonra Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı olmayan ana veya babanın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde doğan çocuklarının yurttaşlığa alınmaları, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak yasa ile düzenlenir. (4) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı veya Kıbrıs'lı Türk baba veya anadan doğum yoluyla kazanılan yurttaşlıktan kimse çıkarılamaz. (5) Yurttaşlık, bu maddenin yukarıdaki kuralları saklı kalmak koşuluyla, yasanın gösterdiği Koşullarla kazanılır ve ancak yasada belirtilen durumlarda kaybedilir. Yasal koşullarla bu Anayasanın

12 ve 25 altında Yapılan Tüzük”¹¹ Kıbrıs Türk vatandaşlık hukukunun kaynakları arasında yer almaktadır.

Kıbrıs Türk Hukukunda, vatandaşlık hususu ile ilgili ihtilaflar, idari yargı denetimine tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, Yüksek İdare Mahkemesince verilmiş ilgili kararlar da, Kıbrıs Türk vatandaşlık hukuku bakımından kaynak olarak kabul edilmektedir

2. Milletlerarası Kaynaklar

Vatandaşlık Hukukunun başlıca milletlerarası kaynağı, vatandaşlık hukukuna ilişkin milletlerarası antlaşmalardır.¹²

Bahse konu anlaşmaların bazıları, sadece dünyanın belirli bir bölgesinde uygulanırken (örneğin, Uyrukluk Konusunda Avrupa Sözleşmesi¹³), bazıları ise belli bir bölge ile sınırlandırılmamış, dünya genelinde, tüm devletlerin kabulüne açık tutulmuştur (örneğin, Uyrukluk Yasalarının Çatışmasıyla İlgili Bazı Sorunlara İlişkin Sözleşme - 12 Nisan 1930¹⁴).

Diğer yandan, bazı milletlerarası antlaşmalar sadece vatandaşlığa ilişkin olmayıp daha genel düzenlemeleri konu almış ancak, vatandaşlığa ilişkin düzenlemelere de yer vermiştir¹⁵ (örneğin, Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi¹⁶).

yürürlüğe girdiği tarihe kadar kazanılmış olan yurttaşlık hakkı saklıdır.” Bu düzenlemeye neden KKTC Yurttaşlık Yasası’nda değil de, KKTC Anayasası’nda yer verildiği sorusu (eleştirisi) akla gelmektedir. Turgut Turhan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Ankara 2002, s. 13.

¹¹ İlgili tüzüğün, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile benzer amaç taşıyarak, KKTC Yurttaşlık Yasasının bütününe uygulama esaslarını gösteren kapsamlı bir düzenleme olduğu düşünülebilecek, ancak tüzük ile sadece KKTC vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesinde kullanılacak başvuru formu, resmi belge ve buna benzer evrakın tespiti ile kişilerle ilgili soruşturma ve ihbar yönteminin tespiti düzenleme altına alınmaktadır. Turhan, s. 15.

¹² Aybay/Özbek, s. 14.

¹³ European Convention on Nationality, << <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/166.htm>>>.

¹⁴ Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Law The Hague - 12 April 1930, <<<http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>>>.

¹⁵ Aybay/Özbek, s. 15.

¹⁶ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women,

Yine, esas sözleşmeye ek Protokoller ile vatandaşlığa ilişkin düzenlemeler yapılması da mümkündür (örneğin, Diplomatik İlişkiler Konusunda Viyana Sözleşmesi¹⁷).

Ayrıca, milletlerarası antlaşmaların yorumu ile ilgili olarak milletlerarası mahkemelerce verilen kararlar da kaynak olarak gösterilirken,¹⁸ ayrıca milletlerarası teamül kuralları da kaynak olarak kabul edilmektedir.

II. Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Vatandaşlığın Türleri

Vatandaşlık türlerini iki grupta ele almak mümkündür. Bunlar; öz (asli) vatandaşlık ve sonradan kazanılmış (müktesep) vatandaşlıktır.

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK uyarınca, “*Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır.*”.

Aynı şekilde, Kıbrıs Türk Hukukunda da, 25/1993 sayılı KYY, “*Yasa Yolu İle Yurttaşlığın Kazanılması*” başlıklı 2. Kısım incelendiği zaman, vatandaşlığın doğum ile veya sonradan kazanıldığı görülmektedir.

A. Öz (Asli) Vatandaşlık

Öz (asli) vatandaşlık, kişinin doğum anında, *doğumundan dolayı* kazandığı vatandaşlıktır.¹⁹ Bu şekilde vatandaşlık kazanılmasında, herhangi bir makam kararına ihtiyaç duyulmamakta; kişi, an’asıl yani doğumdan itibaren vatandaş sayılmaktadır.²⁰

Öz vatandaşlık, kan ya da nesep esası (*jus sanguinis*) ve toprak ya da doğum yeri esası (*jus soli*) olmak üzere, iki farklı şekilde kazanılabilmektedir.

<<<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>>.
17 Vienna Convention on Diplomatic Relations - 1961, <<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf>>.

18 Bu hususla ilgili en önemli örnek, UAD tarafından verilen Nottebohm Kararı’dır. Doğan, s. 31. Nottebohm Kararı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. İlhan Unat, Nottebohm Kararı ve Tabiyetin Gerçekliği İlkesi, AÜSBF Yayını, Ankara 1996.

19 “Öz (asli) vatandaşlık deyiminin asıl anlamı, doğum ile kazanılan vatandaşlık olmak ile birlikte, ayrıksı olarak, kazanılan “ilk uyruklu” için de, bu deyim kullanıldığı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, örneğin doğumdan itibaren vatansız olan bir kişinin elde ettiği ilk vatandaşlık da asli vatandaşlık sayılmaktadır”. Aybay/Özbek, s. 93.

20 Doğan, s. 45; Turhan/Tanrıbilir, s. 25.

Kan esasında, kişi, doğumu dolayısı ile soy bağı ile bağlandığı ana veya babasından ya da her ikisinden de, vatandaşlık almaktadır. Burada kişinin ana ve babası ile soy bağıının kurulması önem arz etmekte; doğum yerinin önemi bulunmamaktadır.

Toprak esasında ise kişi, doğduğu ülke devletinin vatandaşlığını kazanmaktadır. Burada kişinin ana ve babası ile soy bağı kurulmasının önemi bulunmamakta; doğum yeri önem arz etmektedir.²¹

Yukarıda yer verdiğimiz vatandaşlığın öz kazanım yöntemleri ile ilgili Türk Hukuku incelendiğinde, 5901 sayılı TVK md. 6 uyarınca, *"Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır..."* hükmü ile karşılaşılmaktadır.

Bu kapsamda, Türk Hukukunda, hem kan esasına göre hem de toprak esasına göre vatandaşlık kazanıldığı görülmektedir.

Kıbrıs Türk Hukuku incelendiğinde ise tıpkı Türk vatandaşlığı ile ilgili yasada düzenlendiği gibi, 25/1993 sayılı KYY, *"Yasa Yolu İle Yurttaşlığın Kazanılması"* başlıklı 2. Kısım altında yer alan md. 4 ve md. 6 uyarınca, Kıbrıs Türk vatandaşlığının da, soy bağı esasına göre ve doğum yeri esasına göre kazanıldığı görülmektedir.

B. Sonradan Kazanılmış (Müktesep) Vatandaşlık

Sonradan kazanılmış (müktesep) vatandaşlık, kişinin doğumdan sonra, *başka bir nedenle* kazandığı vatandaşlıktır. Diğer yandan, yukarıda belirtilmesine karşın, karışıklığı önlemek adına yinelemekte fayda vardır ki, doğumdan itibaren vatansız bir kişinin, elde ettiği ilk vatandaşlık, sonradan kazanılmış vatandaşlık olarak değil, asli vatandaşlık olarak kabul edilmektedir.

Sonradan kazanılmış vatandaşlıkta, vatandaşlığın kazanıldığı an, vatandaşlık değişikliğine yol açan işlemin tamamlandığı andır.²²

Sonradan vatandaşlık kazanılması, kişinin iradesi veya yetkili makam kararı veya hukuki işlemin kanuni sonucu ya da milletlerarası sözleşmeler ile mümkün olmaktadır.

²¹ Günümüzde, genellikle asli vatandaşlık ile vatandaşlığın kazanılamadığı bir takım hallerde, vatansızlığın önlenmesi için, ayrık (istisnai) olarak benimsenen toprak esası ile, vatandaşlık kazanılması sağlanmaktadır. Vatansızlığın önlenmesi hususu, çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²² Turhan/Tanrıbilir, s. 26.

Kişinin iradesinin vatandaşlığı kazanmak için tek başına yeterli olduğu kazanım “seçme hakkı”, irade ve yetkili makamın olumlu kararının gerekli olduğu kazanım “yetkili makam kararı ile vatandaşlık kazanılması (Telsik)” olarak adlandırılabilir.

Hukuki işlem sonucu vatandaşlık kazanılmasına, evlenme, evlât edinme vb. hukuki işlemler neticesinde vatandaşlığın kazanılması örnek gösterilebilirken, milletlerarası sözleşmeler ile vatandaşlık kazanılmasına ise nüfus mübadeleleri örnek gösterilebilmektedir²³.

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 9 uyarınca, “Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir.”.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise 25/1993 sayılı KYY md. 5, md. 7, md. 8 ve md. 9 uyarınca, vatandaşlık, yetkili makam kararı veya evlât edinme ile mümkün olmakta, ancak, Türk Hukukunda olduğu gibi, Kıbrıs Türk Hukukundakinin aksine, seçme hakkı ile vatandaşlık kazanılması mümkün olmamaktadır.

Diğer yandan, Kıbrıs’ta sürdürülen müzakereler sonucunda, çözüme ulaşılması ve Federal bir devlet kurulması halinde, Kıbrıs Türk vatandaşları ve Kıbrıs Rum vatandaşları, aynı zamanda, Federal Kıbrıs Devletine²⁴ de vatandaşlık bağı ile bağlanmış olacaklardır. Federal Kıbrıs devleti vatandaşlığını telsik yolu ile kazanma hususunda ise, süregelen müzakerelerde “1/4” oranı önerilmiştir. Buna göre, her dört Yunan vatandaşına karşılık, bir Türk vatandaşı, telsik yolu ile Federal Kıbrıs devleti vatandaşlığına alınabilecektir.²⁵

²³ Doğan, s. 47.

²⁴ “Federal Kıbrıs Devleti” ibaresi müzakere sürecinin, anlaşma ile sonuçlanması ve iki bölgede, eş zamanlı olarak yapılacak referandumlarda, anlaşmanın onaylanması halinde kurulacak devleti ifade etmek için kullanılmakta olup; kurulması muhtemel devletin, resmi ismi olarak algılanmamalıdır.

²⁵ 1/4 ya da diğer bir ifade ile, her 80 Yunan vatandaşına karşılık, 20 Türk vatandaşı şeklindeki oran, mevcut, KKTC nüfusu (yaklaşık, 220 bin kişi) ve GKRY nüfusu (yaklaşık, 790 bin kişi) oranını korumaya yöneliktir. Buna göre, telsik ile vatandaşlığa alınma ile, bu oran değiştirilemeyecek, ancak, doğum, evlenme gibi hallerde, vatandaşlığa alınma, oranlar ile zaten sınırlandırılmayacağı için, oranın ancak bu şekilde vatandaşlık kazanımı ile değişebileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Telsik yolu ile vatandaşlığa alınmada, kabulü muhtemel 1/4 oranı, mevcut nüfus oranına uygun olduğu için, kanaatimizce de, adil bir orandır. Diğer yandan, belirtelim ki, söz konusu oran, sadece telsik ile vatandaşlığa alınma hususunda değil, Yunan ve Türk vatandaşlarının, kamu personeli olarak istihdamında da uy-

III. Vatandaşlık Hukuku'nun Temel İlkeleri

Devletler, insan haklarına aykırı olmamak koşulu ile vatandaşlık bağını serbestçe düzenleme altına almaktadır.

Ancak, *"devletler, vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerde insan hakları dışında hiç bir kriteri dikkate almayacak mıdır?"* sorusu akla gelmektedir²⁶. Tam da bu noktada, devletlerin vatandaşlık hukukuna ilişkin düzenlemeler yaparken, uyması gereken bir takım direktifler, diğer bir ifadeyle, temel ilkeler karşımıza çıkmaktadır.

Bu husus, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış ve 2000 yılında yürürlüğe girmiş olan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde de ifade edilmiştir (md. 3/2)²⁷. Ancak, devletlerin her zaman bu ilkelere uyduğunu belirtmek mümkün değildir. Devlet politikaları ya da çıkarları, bazen bu ilkelere sapılmasına yol açabilmektedir.²⁸

Vatandaşlık hukukunun üç temel ilkesi şu şekildedir:²⁹

Herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır,

Herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır,

Herkes vatandaşlığını seçmede ve değiştirmede özgür olmalıdır.

A. Herkesin Mutlaka Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

İHEB md. 15/1 uyarınca, *"herkesin bir uyrukluğa hakkı vardır"*.

Yine, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi md. 4/a'da *"herkes vatan-*

gulanacaktır. Ancak, söz konusu müzakere sürecinin, temel ilkelere birisi olan, "tüm konular üzerinde uzlaşmaya varılmadığı sürece, hiçbir konu üzerinde uzlaşmaya varılmış sayılmaması" nedeniyle, belirtilen oranın, müzakereler sonuçlandırılana kadar, değiştirilmesi de mümkündür.

²⁶ Turhan/Tanrıbilir, s. 27.

²⁷ İlgili md. 3 şu şekildedir: "(1) Her bir Devlet, kendi hukuku altında kimin vatandaşı olduğunu belirler. (2) Bu hukuk, vatandaşlık hakkındaki uygulanabilir olan uluslararası sözleşmelere, uluslararası örf ve hukukun tanınmış genel ilkelerine uygun olduğu sürece, diğer Devletler tarafından kabul edilir."

²⁸ Aybay/Özbek, s. 51.

²⁹ Aybay/Özbek, s. 51 vd; Berki, s. 21 vd; Doğan, s. 41 vd; Göger, s. 16 -18; Gülin Güngör, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", MHB, Y. 17-18, S. 1997-98, s. 234 vd; Feriha B. Tanrıbilir, "Avrupa Vatandaşlık Hukuku Sözleşmesi ve Türk Hukuku", MHB, C. 22, S. 2, 2002, s. 795 vd (Avrupa); Turhan/Tanrıbilir, s. 27 vd; 19-20; Pelin Üçüncü, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Sözleşmenin Türk Vatandaşlık Hukukuna Etkisinin İncelenmesi", <<https://www.academia.edu/9285073/Avrupa_Vatandaşlık_Sözleşmesi_ve_Türk_Vatandaşlık_Hukuku>>, s. 6-7.

daslık hakkına sahiptir” hükmü yer alırken, md. 4/b’de, *“vatansızlıktan kaçınılmalıdır”* hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerin amacı, hiç kimsenin vatansız (*statelessness*) durumuna düşmemesini sağlamaktır.

“Vatansızlık”³⁰, vatandaşlığın yokluğu veya vatandaşlığın ispatlanamaması olarak tanımlanabilmektedir. Herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişiler ise “vatansız” olarak ifade edilmektedir.³¹

Vatansızlık, *“istenmeyen”* ve *“kaçınılması ve önlenmesi gereken”* bir durum olarak yorumlanmaktadır.³²

Vatansızlığın istenmeyen bir durum olması, gerek devlet, gerekse kişi açısından ele alınacak olur ise; devletler, kendilerini oluşturan toplumun bireylerini bilmek isterken, kişiler de, koruma ve hak talebinde bulunabilecekleri devleti bilmek istemektedir.³³ Ancak, kişi açısından vatansızlığın daha ciddi sonuçları olacağı için, vatansızlığın kişiler açısından daha fazla önemi olduğu bir gerçektir.

Vatansızlık, doğum anında veya sonradan ortaya çıkabilmektedir.³⁴ Bu kapsamda, vatansızlığın esas sebepleri arasında, vatan-

³⁰ Vatansızlığın, vatandaşlığın yokluğu ve fiili vatansızlık hallerinde meydana geleceği kabul edilmektedir. Vatandaşlığın yokluğu, açık ifadesinden de anlaşılacağı gibi, kişinin, hiçbir devlete, vatandaşlık bağı ile bağlı olmaması durumunu ifade etmektedir. Fiili vatansızlık ise, kişinin, bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmasına karşın, devletin, kişiye diplomatik koruma ve yardım sağlamayı reddetmesi veya fiili olarak sağlayamaması ya da kişinin diplomatik koruma ve yardımı reddetmesi ile söz konusu olmaktadır. Diğer yandan, kanaatimizce, vatandaşlığın yokluğu ve fiili vatansızlık ayırımına, “vatandaşlığın ispatlanamaması” şeklinde, üçüncü bir başlık eklemek yerinde olacaktır. Şöyle ki, bir kişi, bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmasına rağmen, herhangi bir sebeple, vatandaşlığını ispatlayamıyor ise, vatansız sayılabilecektir. Örneğin, x ülkesi vatandaşı bir kişinin, y ülkesinde bulunurken, x ülkesinde ihtilal olması ve kişinin de vatandaşlığını ispatlamak amacı ile kullanabileceği belgeleri kaybetmiş olması halinde, bu belgeleri x ülkesinden yeniden alamayabileceğinden, vatandaşlığını ispatlayamayacak; vatansız kabul edilecektir.

³¹ Göğer, s. 16; Turhan/Tanrıbilir, s. 29. Vatansız kişilerin statüsüne dair 1954 tarihli sözleşmede ise, “vatansız” şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bu Sözleşme’nin amaçları çerçevesinde “vatansız kişi” terimi, kendi hukukunun işleyişi içerisinde hiçbir Devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan bir kişi anlamına gelir.”. Vatansız kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı, UNCHR, Cenevre 2014, s. 9.

³² Aybay/Özbek, s. 52.

³³ Doğan, s. 42.

³⁴ Nimet Özbek-Hadimoğlu/Bariş Teksoy, “Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM

daşlıktan çıkarma ve kaybettirme kurumları (sonradan ortaya çıkan vatansızlık)³⁵ ile birlikte, bazı devletlerin münhasıran, kan ve toprak esasını kabul etmiş olmaları (doğum anında ortaya çıkan vatansızlık)³⁶ gösterilmektedir.

Vatansızlığın ortaya çıkaracağı bazı sakıncaları kısaca ifade edecek olursak;³⁷

- Kişinin hukuki işlemlerinin geçerli olup olmadığının saptanmasında (ehliyetinin), ulusal hukuku bulunmaması sorun yaratacaktır,
- Kişi, bulunduğu hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı için, her devletten sınır dışı edilebilecektir,
- Kişi, hiçbir devletin diplomatik korumasından yararlanamayacaktır.
- Devlet açısından, ülkesinde yaşayan kişinin, vatandaş olmaması nedeniyle, askerlik gibi vatandaşlık “hak ve ödevleri”ni yerine getirmemesi sorun teşkil edecektir.

Her ne kadar, herkesin vatandaşlığı olması gerektiği ilkesi genel geçerli kabul edilse de, fiili olarak bunun sağlandığı söylenememektedir.

Vatansızlığın önlenmesine ilişkin olarak BM tarafından, Ekonomik ve Sosyal Konseyce kabul edilen tavsiyeler ile hükümetlere “öğütler” verilmekte, diğer yandan da vatansızlığı ortadan kaldırmak ya da azaltmak amacı ile çok taraflı sözleşmeler³⁸ yapılmaktadır.

Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu”, TBBD, S. 107, 2013, s. 223.

³⁵ Kişi, vatandaşlıktan çıkarıldıktan sonra ya da vatandaşlığını kaybettikten sonraki vatandaşlık statüsü ile devlet artık ilgilenmemekte; bu şekilde de kişi vatansız kalabilmektedir. Berki, s. 25.

³⁶ Örneğin, münhasıran toprak esasını benimsemiş bir devletin vatandaşlarının, yine münhasıran kan esasını benimsemiş bir devlet ülkesinde doğan çocukları, vatansız kalacaktır. Berki, s. 23-24. Diğer yandan, doğum ile ortaya çıkan vatansızlığa; hem ana hem de babanın vatansız olduğu ve çocuğun, kan esasını ile vatandaşlığın kazanılmasının benimsendiği bir ülkede doğması da örnek gösterilebilir.

³⁷ Aybay/Özbek, s. 54-55.

³⁸ Bazı Vatansızlık Halleri Hakkında Protokol, 1930 (Protocol Relating to a Certain Case of Statelessness, League of Nations, 1930), << <http://www.refworld.org/docid/3ae6b39520.html>>>, Birleşmiş Milletler Vatansızların Hukuki Durumu Hakkında Sözleşme, 1954 (Convention Relating to the Status of Stateless Persons, 1954),

B. Herkesin Yalnız Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

“Herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi, vatansızlığı önlemeyi amaçlarken; “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi ise, çok vatandaşlığı (*multi nationality*) önlemeyi amaçlamaktadır.

Çok vatandaşlık, bir kişi üzerinde, birden fazla devletin vatandaşlık iddiasında bulunmasıdır.³⁹

Bu ilkeye göre kişinin, aynı anda, birden çok vatandaşlığı olması, *istenmeyen bir durum* olarak kabul edilmektedir. Çünkü, kişinin birden çok vatandaşlığa sahip olması, *karışıklık yaratabilecektir*.⁴⁰ Herkesin bir vatandaşlığı olması ilkesi, daha ziyade kişiler açısından önem arz ederken, yalnız bir vatandaşlık ilkesi, daha çok devletler açısından önem arz etmektedir.

Çok vatandaşlık, doğum anında veya sonradan ortaya çıkabilir.⁴¹ Şöyle ki, ana ve babadan birinin ya da her ikisinin vatandaşı oldukları devlet, kan esasına göre vatandaşlık kazanımını benimsemişse (örneğin, Türkiye ve KKTC gibi) ve çocuk toprak esasının benimsendiği bir ülkede doğmuş ise (örneğin, ABD), doğum ile birlikte, iki ya da üç vatandaşlık kazanmış olacaktır. Diğer yandan, kişi, bir vatandaşlığı varken, *telsik (naturalization)* yolu ile bir başka vatandaşlığı da kazanmış ve önceki vatandaşlığını da kaybetmemiş ise, yine çok vatandaşlık söz konusu olacaktır. Yine, evlilik yolu ile, eşinin vatandaşlığını kazanan kişi, önceki vatandaşlığını da muhafaza ediyorsa, *çifte vatandaşlık* söz konusu olacaktır.

Vatansızlığın önlenmesi için olduğu gibi, çok vatandaşlığın da engellenmesi için uluslararası düzeyde çalışmalar yapılmıştır. Bu husus

<<<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=3ae6b3840>>>, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi, 1961 (Convention On The Reduction Of Statelessness), << <http://www.unhcr.org/3bbb286d8.html>>>, Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme, 1973 (Convention To Reduce The Chamber Of Cases Of Statelessness, 1973), << <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=3decd5ce4&skip=0&query=1973&q uerysi=stateless&searchin=title&sort=relevance>>>.

³⁹ Turhan/Tanrıbilir, s. 30.

⁴⁰ Rona Aybay, “Çifte Uyrukluk Sorunu”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 15/1, Y. 1993, ss. 103. Diğer yandan, bazı devletler, çok vatandaşlığı, siyasal nedenlerle de sakıncalı bulmaktadır. Örneğin, Bkz. 24.02.1976 tarihli Küba Anayasası, md. 32. Aybay/Özbek, s. 55.

⁴¹ Berki, s. 32.

ile ilgili başarılı adımlar atılmak ile birlikte, devletlerin çelişen çıkarları ve bir birine uyumlu olmayan politikaları nedeniyle kesin sonuç alınamamıştır.⁴²

Diğer yandan, özellikle ikinci dünya savaşı ardından yaşanan göç hareketlerinin sonucunda, vatandaşı olmadıkları ülkelerde yaşamak zorunda kalan insan sayısının artmış olması nedeniyle, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde yer verilen vatandaşlık hukukunun temel ilkeleri arasında, "herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesine yer verilmemiştir.⁴³

Bu ilke, artık eski geçerliliğini kaybetmiştir.⁴⁴ Hatta, kanaatimizce, günümüzde, *çifte vatandaşlığın, istenmeyen bir durum* olmaktan, neredeyse *istenen bir durum* olmaya yaklaştığı ve olması gerekenin de bu olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Devletler için çıkarları büyük önem arz etse de, insan ögesinin, olmazsa olmaz (*sine qua non*) olduğunun daha da iyi anlaşılmasının da etkisiyle, birey çıkarlarının da önemi dolayısı ile, *çifte vatandaşlığın* bireylere sağlayacağı faydalar göz önünde bulundurulduğu takdirde, bu görüşün doğruluğu anlaşılabilmektedir.

Belirtelim ki, çok vatandaşlık durumunda, her devlet kendi vatandaşlığına öncelik tanıyarak, kişiyi, kendi vatandaşı saymakta, bu durum uluslararası hukuka aykırı sayılmamaktadır.⁴⁵

C. Herkes Vatandaşlığını Seçme Ve Değiştirmede Özgür Olmalıdır

Feodal devirlerde etki gösteren vatandaşlığın sürekliliği (*allégeance perpetuelle*) esası, doğum ile kazanılan vatandaşlığın, ömür boyu devam ettirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁴² Aybay/Özbek, s. 55.

⁴³ Doğan, s. 43.

⁴⁴ Nomer, s. 6. Ayrıca, Bu ilkenin artık geçerliliğini kaybetmesine örnek olarak, Avrupa vatandaşlığı konusunda, artık *çifte vatandaşlık* ile ilgili, eski tutumun sürdürülmemesi, bu konuya ilişkin "*nötr*" kalınması ve her avrupa devletine, bu husus hakkında kendi kararını verme yoluna gidilmesi yaklaşımı gösterilebilmektedir. Lisa Pilgram, International Law And European Nationality Laws, Italy 2011, s. 7.

⁴⁵ Aybay/Özbek, s. 55-56.

Bu esas, 19. yy. başlarına kadar varlığını sürdürmüş, sonrasında ise, yeni bir vatandaşlık kazanma ya da vatandaşlığı değiştirme hususları ile ilgili olarak kişinin iradesine önem verilmesi gerektiği fikri benimsenmiştir.

Yukarıda yer verdiğimiz diğer iki ilke, vatansızlığı ve çok vatandaşlığı önlemeye yönelikken, kişilere, vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgürlük tanıyan bu ilkenin hedeflediği “özgürlüğün” teorik açıdan, bir “*insan hakkı*” olarak büyük önem arz etmesine karşın, fiili hale gelmesi oldukça güçtür. Çünkü kişinin, bir devlet vatandaşlığından feragat ederek ya da vatandaşlığını muhafaza ederek⁴⁶, diğer bir devletin vatandaşlığına geçebilmesi için, vatandaşlık verecek devletin kabulü gerekmekte ancak, hiçbir devlet, kendi vatandaşlığına geçmek isteyen yabancıyı kabul etmek zorunda değildir.

Yine hiçbir devlet, vatandaşlarını, kendi vatandaşlığından çıkması için teşvik etmemelidir ve vatandaşların, vatandaşlıklarını terk etmesi, bağlı oldukları devletin yasaları ve yetkili makam kararları ile bağlıdır. Bu ilkenin bir gereği olarak, *hiç kimseye zorla vatandaşlık verilemez*. Erginler için geçerli olan bu ilke, küçükler ve bir takım hallerde, örneğin yabancı erkek ile evlenen kadınlar için geçerli olmamaktadır.⁴⁷

İHEB md. 15/2 uyarınca, “*Hiç kimse keyfi olarak yurttaşlığından veya yurttaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılamaz.*”.

Düzenleme ile vatandaşların, “keyfi” olarak vatandaşlıktan ya da vatandaşlığını değiştirme özgürlüğünden, *keyfi olarak yoksun bırakılması*, “yasaklanmıştır”. Bu gibi hallerde, genellikle, kişi, yargı yoluna başvurabilmektedir. Ancak, başvurunun, bağımsız yargı organlarıncaya değerlendirilmesi güvencesi bile, her devletçe kabul edilmiş değildir.⁴⁸

⁴⁶ Kişinin, bir başka vatandaşlığa geçmesiyle birlikte, eski vatandaşlığından feragat etmesi gerekirken; çok vatandaşlık kabul edilmemektedir. Berki, s. 38. Ancak günümüzde, çok vatandaşlığa bakışın eskisi gibi olmaması nedeniyle, genellikle, kişi başka bir vatandaşlığa geçerken eski vatandaşlığını da muhafaza edebilmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, halen çok vatandaşlığı benimsememiş devletler de bulunmaktadır ve bu nedenle, kişi bir başka devlet vatandaşlığını seçerse, artık, eski vatandaşlığını muhafaza edemeyebilmektedir.

⁴⁷ Aybay/Özbek, s. 57. Ayrıca Bkz. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, md. 4/d: “Bir Taraf Devlet vatandaşı ile yabancı arasında ne evlilik, ne evliliğin sona ermesi, ne de evlilik sırasında eşlerden birisinin vatandaşlığını değiştirmesi, kendiliğinden diğer eşin vatandaşlığına etki eder.”.

⁴⁸ Aybay/Özbek, s. 57.

Devletler, bu ilkeyi farklı şekillerde uygulamaktadır. Örneğin bazı devletler de, bir başka devlet vatandaşlığının kazanılması ya da kazanılacak olması, bu ilkenin esas şartı haline gelmiştir.⁴⁹ Bu durum hem kişinin vatandaşlığını seçme ve değiştirme özgürlüğüne hizmet etmekte, hem de, bir diğer vatandaşlık hukuku ilkesi olan herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır (*vatansızlığın önlenmesi*) ilkesine hizmet etmektedir.⁵⁰

IV. Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukukundaki Yansımaların Değerlendirilmesi

A. Herkesin Mutlaka Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

Yukarıda ifade edildiği gibi, “herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesi, vatansızlığın önlenmesine hizmet etmektedir. Bu ilke, taşıdığı amaç nedeniyle, kanaatimizce, vatandaşlık hukukuna ilişkin, *en önemli* ilke olma niteliğini haizdir.

Gerek Türk Hukukunda, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda bu ilkeye uygun olarak düzenleme altına alınmış vatandaşlık hukuku hükümleri bulunmaktadır.

Belirtilen yüksek önem nedeniyle, ayrıntılı olarak ele alınacak düzenlemeler, doğumdan itibaren vatansızlığın önlenmesi ve sonradan vatansızlığın önlenmesi şeklinde ikili ayrıma gidilerek incelenecektir.

1. Doğumdan İtibaren Vatansızlığın Önlenmesi

Doğumdan itibaren vatansız kalınmasının önlenmesine ilişkin, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda yer alan önlemler, vatandaşlığın kazanılması açısından ve diğer haller olmak üzere, iki başlık altında ele alınacaktır.

a. Kan Esası İle

Doğum yolu ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin olarak, Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK, md. 7/1’de, “...Türkiye içinde ve dışında...” şeklinde bir ifadeye yer verilmekte, ardından ise, Türk vatandaşı ana

⁴⁹ Doğan, s. 44.

⁵⁰ Turhan/Tanrıbilir, s. 31.

veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuğun Türk vatandaşı olacağı hükmüne yer verilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuğun Türk vatandaşı olacağı ve maddenin 3. fıkrasında ise, Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuğun ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşı olacağı düzenleme altına alınmıştır. Görülmektedir ki, kan esası kanunda kabul görmektedir.

5901 sayılı TVK'da, kan esası ile vatandaşlık kazanımının benimsenmiş olması, kan esasının mutlak olarak benimsendiği ve toprak esasına göre vatandaşlığın kazanılamadığı bir ülkede, Türk ana ya da babadan doğacak çocuklar için, vatansızlığın önlenmesi açısından önemlidir. Şöyle ki, mutlak olarak kan esası ile vatandaşlık veren bir ülkede doğacak bir Türk vatandaşının çocuğu, 5901 sayılı TVK'da kan esası ile vatandaşlığın kazanımı kabul edilmemiş olsaydı, vatansız kalacaktı.

Doğum yolu ile vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin olarak, Kıbrıs Türk Hukukunda ise 25/1993 sayılı KYY md. 4/1'de, *"Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde veya dışında Kıbrıslı Türk babadan olan veya Kıbrıslı Türk anadan doğan çocuklar, doğumdan başlayarak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdırlar"* hükmüne yer verilmekte; Türk Hukukunda olduğu gibi, kan esasının benimsendiği görülmektedir.

Tıpkı Türk Hukukunda yer alan yukarıda belirttiğimiz düzenleme ile olduğu gibi, Kıbrıs Türk Hukukunda da, bu düzenleme ile Kıbrıs Türk ana veya babadan doğacak çocukların, doğdukları ülkede mutlak olarak kan esasının benimsenmesi halinde, vatansız kalmaları önlenmiş olmaktadır.

Diğer yandan, Kıbrıs Türk Hukukunda, 18.05.2015 tarihli, yeni bir KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı hazırlanmış ve yakın gelecekte, KKTC Cumhuriyet Meclisinde kabul edilerek, yürürlüğe gitmesi beklenmektedir.⁵¹ Bu kapsamda, ilgili yasa tasarısının da, konumuzla ilgisi bakı-

⁵¹ KKTC Yeni Yurttaşlık Yasası'nın genel gerekçesi şu şekildedir: "KKTC'nde bugün kullanılmakta olan Yurttaşlık Yasası 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. 1993 yılından bugüne dünyada ulaşım sektöründeki hızlı gelişmeler sonucunda insanların bulundukları ülkelere başka başka ülkelere göç etmeleri son derece kolaylaşmış ve hızlanmıştır. Bu nedenle dünyada birçok ülke yurttaşlık yasalarını değişt-

mından ele alınması yerinde olacaktır. YKYY, md. 4, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde veya dışında Kıbrıslı Türk babadan olan veya Kıbrıslı Türk anadan doğan çocuklar, doğumdan başlayarak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşdırlar.” hükmüne yer verilmekte ve kan esası ile vatandaşlık kazanımını benimsemektedir.

Bu kapsamda, tıpkı yürürlükteki KYY’nda olduğu gibi, bu düzenleme ile de Kıbrıs Türk ana veya babadan doğacak çocukların, doğdukları ülkede mutlak olarak kan esasının benimsenmesi halinde, vatansız kalmaları önlenmiş olmaktadır.

a. Toprak Esası İle

aa. Ülkede Doğup Ana-Babasından Vatandaşlık Alamayan Çocuklar

Ülkede doğan ve yabancı ana ve babadan dolayı vatandaşlık kazanamayan çocuğun durumuna ilişkin olarak, Türk Hukukunda 5901 sayılı TVK md. 8/1 uyarınca, doğumundan itibaren Türk vatandaşı sayılacağı düzenleme altına alınmıştır.

Bu kapsamda, Türkiye’de doğan ve ana babasından vatandaşlık kazanamayan çocukların, vatansız kalmasının önlenmesi adına istisnai olarak toprak esası benimsenerek, bu yerinde düzenleme getirilmiştir.⁵²

Ülkede yabancı ana ve babadan doğan çocuk ile ilgili olarak, Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY md. 6/1 uyarınca, çocuğun,

tirmiş ve yurttaşlığa alınma koşullarını zorlaştırmıştır. Ayrıca 2004 yılında Annan Planı’na evet denmesi sonucunda inşaat sektöründeki hızlı gelişme lokomotif görevi görmüş ve diğer birçok sektörü olumlu yönde etkilemiştir. Dolayısıyla iş gücü piyasasına çok sayıda yabancı iş gücü katılmıştır. Bu durum ise yurttaşlık talebini artırmıştır. Yürürlükte olan Yurttaşlık Yasası’nda yurttaşlığa alınma siyasetinin takdir yetkisindedir. Söz konusu takdir yetkisi kullanılırken yurttaşlığa alınacak kişiler açısından büyük adaletsizlikler doğmakta ve eşitlik ilkesi ihlal edilmektedir. Yukarıda belirtilen gerekçeler ve toplum ile yurttaşlığa alınacak kişilerin yurttaşlık konusundaki hassasiyetlerinin dikkate alınacağı yeni bir yurttaşlık yasası yapılması öngörülmüştür.”

⁵² Erdem, s. 102; Gülin Güngör, “Vatandaşlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu Üzerindeki Etkisi”, *AÜHFD*, C. 63, S. 3, s. 484; Feriha B. Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, *TBBD*, S. 75, 2008, s. 33 (Türk).

KKTC ile ilgili ülke arasında mütakabiliyet (karşılıklılık) bulunması halinde, doğumdan itibaren Kıbrıs Türk vatandaşı sayılacağı düzenleme altına alınmıştır.⁵³

Her şeyden önce, bu düzenlemede, vatansızlığı önleyici toprak esasına yer verilmemesine karşın, vatansızlığı önlemeye özgü olan, çocuğun, “doğumdan itibaren” vatandaş sayılacağına kabul edilmesi, eleştiriyeye tabi tutulacak bir durumdur. Diğer yandan, vatandaşlığın, mütakabiliyet (karşılıklılık) şeklinde “siyasi nitelikli bir önlem”e bağlanmasının yerinde olmadığı görüşüne de katılmaktayız.⁵⁴

Ancak, eleştiriler bir yana, düzenleme, KKTC’de doğmak ile birlikte, KKTC vatandaşı ana veya babasından vatandaşlık alamayan çocukların vatansız kalmasına engel teşkil edecek niteliği haizdir. Şöyle ki, KKTC’de doğan ve baba Kıbrıs Türk vatandaşı, ana yabancı ya da ana Kıbrıs Türk vatandaşı ve baba yabancı, evlilik dışı çocukların ana veya babaları ile aralarında nesep bağı kurulamaması nedeniyle vatandaşlık kazanamayarak vatansız kalmaları önlenmiş olmaktadır.⁵⁵

Diğer yandan, YKYY’nda, toprak esasına yer verilmesine karşın, ülkede doğup, ana ve babasından vatandaşlık alamayan çocukların, toprak esası ile vatandaşlık edinmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimizce, bu durumun, vatansızlığın önlenmesi açısından oldukça sakıncalı sonuçlar yaratması muhtemeldir.

ab. Ülkede Bulunan Çocuklar

Ülkede bulunan terkedilmiş çocuklar ile ilgili olarak, Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 8/2’de, “Türkiye’de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılır.” hükmüne yer verilmektedir.

Bu kapsamda, Türkiye’de bulunmuş çocuklar, yukarıda yer vermiş olduğumuz 5901 sayılı TVK md. 8/1 uyarınca, Türkiye’de doğmuş ve ana ve babasından vatandaşlık kazanamamış çocukların Türk va-

⁵³ Mütakabiliyet (karşılıklılık) aranması, vatandaşlık hukukunda, pek sık rastlanan bir durum olmadığı gibi, yer verilen düzenlemede, yasa koyucu tarafından karşılıklılık aranması şartına yer verilmesindeki amacın ne olduğu da anlaşılamamaktadır.

⁵⁴ Turhan, s. 33-34.

⁵⁵ Turhan, s. 31.

tandaşı kabul edilmesine ilişkin düzenlemeye tâbi olarak, Türk vatandaşlığı kabul edilecek; vatansızlık önlenmiş olacaktır.⁵⁶

Ülkede bulunan terkedilmiş çocuklar ile ilgili olarak, Kıbrıs Türk Hukukunda ise 25/1993 sayılı KYY md. 6/2'de "*Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde bulunmuş sahipsiz çocuklar, aksi sabit olmadıkça, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde doğmuş sayılırlar.*" hükmüne yer verilmektedir.

Bu kapsamda, KKTC'de bulunmuş "sahipsiz" çocuklar, yukarıda yer vermiş olduğumuz 25/1993 sayılı KYY md. 6/1 kapsamında kabul edilerek, Kıbrıs Türk vatandaşlığı kazanacak; vatansızlık önlenmiş olacaktır.

Diğer yandan, YKYY'da, tıpkı ülkede doğup, ana ve babasından vatandaşlık alamayan çocukların vatandaşlık kazanmasına ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, ülkede bulunan terkedilmiş çocukların vatandaşlık kazanması amacı güden herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu bağlamda, YKYY'nın, yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'na kıyasla, bu açıdan *yetersiz* kaldığı görülmektedir. Bu durum önemli bir eleştiri konusudur.

2. Sonradan Vatansızlığın Önlenmesi

Sonradan vatansız kalınmasının önlenmesine ilişkin, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda yer alan önlemler, vatandaşlığın kazanılması açısından ve vatandaşlığının kaybedilmesi açısından olmak üzere, ikili ayrıma gidilerek incelenecektir.

a. Vatandaşlığın Kazanılması Açısından

aa. Vatandaşlığa Alınma

Türk Hukukunda, 403 sayılı TVK'nın yürürlükte olduğu dönemde, kişinin Türk vatandaşlığını kazanması, evliyse, eşin vatandaşlığı üzerinde herhangi bir etki yaratmamakta, ancak, vatansız kadınlar, eşlerinin Türk vatandaşı olması halinde, doğrudan Türk vatandaşı olabilmekteydi. Burada, pozitif ayrımcılık temeline dayandırılan bir vatansızlığın önlenmesi uygulaması karşımıza çıkmaktaydı. Ancak, bu noktada, pozitif ayrımcılığa gidilmek yerine, hem kadın hem de erkek

⁵⁶ Hadimoğlu/Teksoy, s. 228.

için, eşlerinin Türk vatandaşı olması ve kendilerinin de vatansızlığı halinde, Türk vatandaşlığını doğrudan kazanmaları yerinde olacaktır.

Yapılması arzu edilen değişiklik bu yöndeyken, günümüzde yürürlükte olan 5901 sayılı TVK md. 20/2'de, Türk vatandaşlığını kazanmanın, eşin vatandaşlığına etki yaratmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu durum, kanaatimizce önemli bir eleştiri konusudur.

Yine 403 sayılı TVK'nun yürürlükte olduğu dönemde, Türk vatandaşlığını kazanan erkeğin, varsa, küçük çocuk ya da çocukları, doğrudan Türk vatandaşlığını kazanırken (md. 16/1), Türk vatandaşlığını kazanan kadının, varsa, küçük çocuk ya da çocuklarının Türk vatandaşlığını kazanması için prosedür farklıydı (md. 16/2). 403 sayılı TVK md. 16/2 (c)'de yer alan hükme göre, Türk vatandaşlığını kazanan kadının küçük çocuk ya da çocukları, vatansız olmaları halinde, doğrudan Türk vatandaşlığına alınmaktaydı. Bu hüküm, Türk vatandaşlığını kazanmış kadının vatansız çocuklarının, vatansızlığının giderilmesi amacını taşımaktaydı.

5901 sayılı TVK'nda ise, md. 20/2 uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanan kişinin, Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde olan çocuk ya da çocuklarının Türk vatandaşlığını kazanması, diğer eşin muvafakatına bağlanmıştır. Eşin rızası olmaz ise, ana veya babanın mutlak meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına başvurulur. Her iki eş de birlikte Türk vatandaşlığını kazanmış ise, çocuk ya da çocukları da Türk vatandaşı olur.

Görülmektedir ki, 403 sayılı kanunda yer alan ilgili düzenleme, Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin çocuklarının vatansızlığını önlemeye hizmet ederken, 5901 sayılı kanununda yer alan bu düzenleme, vatansızlığı önlemeye, 403 sayılı Kanunda olduğu kadar hizmet etmemektedir.

Kıbrıs Türk Hukukunda, vatandaşlık kazanan kişinin, varsa eş ve çocuk yada çocuklarının vatandaşlığı ile ilgili olarak, 25/1993 sayılı KYY md. 8/2'de, *"Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığına alınan bir yabancının eşi ve reşit olmamış çocukları da kendiliğinden Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanırlar ve başvurmaları halinde gerekli işlemler tamamlanır."* hükmüne yer verilmektedir.

Kişinin vatandaşlık kazanması, varsa, eşinin ve çocuk ya da ço-

cuklarının vatandaşlığına doğrudan etki eder ve onlar da Kıbrıs Türk vatandaşlığını doğrudan kazanırlar. Bu düzenleme, eş ve çocuk ya da çocukların, vatansız olmaları halinde, vatansızlığın giderilmesine hizmet edecektir

Diğer yandan, YKYY'nda, vatandaş olan kişinin eşinin Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir ve bu kapsamda, yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'nda olduğu gibi eşin doğrudan vatandaşlık kazanması söz konusu olmayacaktır. Vatandaş olan kişinin, varsa, küçük çocuk ya da çocukları ise yine doğrudan vatandaşlık kazanmamakta, YKYY md. 7 uyarınca, reşit olmadan önce KKTC'ye ana veya babaları ile gelerek, 5 (beş) yıl ikamet etmeleri halinde⁵⁷, başvurarak vatandaşlık kazanabilmektedirler.

Eşin ve çocuğun vatansız olması halinde, vatansızlığın giderilmesine, şu an yürürlükte olan 25/1993 sayılı KYY'nın hizmet ettiği ancak, YKYY'nın hizmet etmediği görülmek ile birlikte, düzenlemenin, kanatımızca, Kıbrıs Türk Vatandaşlığı'nın kazanılmasının "zorlaştırılması" amacı taşıyan YKYY'nın genel gayesine uyumlu olduğu görülmektedir.

ab. Evlenme

Türk hukukunda, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanılması, 5901 sayılı TVK md. 16 ile düzenleme altına alınmaktadır. Bu kapsamda, md. 16'da belirtilen şartların yerine gelmesi halinde, yabancı eş, 3 yıl sonunda müracaat ederek, Türk vatandaşlığını kazanmaktadır.

Türk hukukunda yer alan önceki vatandaşlık hukuku düzenlemesi olan 403 sayılı TVK, md. 5/2 uyarınca, kadın, evlenmede eski vatandaşlığını kaybederse doğrudan Türk vatandaşlığını kazanmaktaydı. Yine md 14/c uyarınca ise, Türk vatandaşlığını evlenme yolu ile kazanan kadının küçük çocukları vatansız ise doğrudan Türk vatandaşı olmaktaydı. Bu noktada, hem kadın hem de erkek için, bir Türk vatandaşı ile evlenmeleri ve vatansız olmaları halinde, Türk vatandaşlığını doğrudan kazanmaları yönünde bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktı. Yine hem erkek hem de kadın için, bir Türk vatandaşı ile evlenerek Türk vatandaşlığını kazanmaları halinde ve küçük çocuklarının da vatansız olmaları halinde, çocuklarının doğrudan Türk vatandaşı

⁵⁷ Madde gerekçesinde, "...Belirli süre yaşama koşulunun amacı ise, bu çocukların Ülkemiz kültürüne adapte olmaları ve bu kültür ile büyümelerinin sağlanmasıdır..." hükmüne yer verilmektedir.

olacağı yönünde bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.

Yapılması arzu edilen değişiklikler bu yöndeyken, 5901 sayılı TVK'nda, ne vatansız kişilerin, bir Türk vatandaşı ile evlendiklerinde, doğrudan Türk vatandaşlığını kazanacağı⁵⁸ ne de, Türk vatandaşlığını evlilik yolu ile kazananların vatansız küçük çocuklarının doğrudan Türk vatandaşlığına alınacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum eleştiri konusudur.

Kıbrıs Türk Hukukunda, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanılması ise, 25/1993 sayılı KYY, md. 7 ile düzenleme altına alınmaktadır.

25/1993 sayılı KYY md. 7/3 (a) uyarınca, bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen kadın ya da erkek, vatansız olması halinde, diğer şartlar aranmaksızın, doğrudan Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Bu durum vatansızlığın önlenmesi açısından iyi bir düzenlemedir ve vatansızlığın önlenmesine, Türk hukukunda 5901 sayılı TVK'da yer verilmeyen şekilde hizmet etmektedir.

Bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen kişinin, küçük çocuk ya da çocuklarının vatandaşlığı kazanmasına ilişkin bir hükmeyle 25/1993 sayılı KYY'nda rastlanmamaktadır.

Diğer yandan, YKYY'nda da, md. 10/3 uyarınca, bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen kişi, vatansız ise, doğrudan Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanacaktır. Ancak, md. 10/5 uyarınca, Kıbrıs Türk vatandaşlığının kazanılmasını sağlayan evlilik, 3 (üç) yıldan önce boşanma ile sonuçlanırsa, vatandaşlık kazanan kişinin vatandaşlığı iptal edilecektir.⁵⁹

⁵⁸ Aybay/Özbek, 141-142.

⁵⁹ İlgili madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmektedir: "Tasarının 10'uncu maddesi ile KKTC yurttaşları ile evlenen yabancıların yurttaşlığı kazanmaları düzenlenmiştir. Mevcut Yasada bir yıl olan süre üç yıla çıkarılmıştır. Bunun nedeni Ülkemizde 2004 yılında Yabancılar ve Muhaceret Yasasında değişiklik yapılması sonucu ülkede izinsiz kalan yabancılara izinsiz kalınan gün sayısı dikkate alınarak para cezası uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu cezalardan kurtulmak veya vatandaşlığın avantajlarından yararlanmak amacıyla *bazen* para karşılığı *bazen* de yabancı olan kişiye yardım etmek amacıyla paravan evlilikler yapılmaya başlanmıştır. Evlenen taraflardan vatandaş olan taraf açısından paravan olmayan ancak yabancı taraf açısından paravan olan evlilikler de mevcuttur. Gerek her iki taraf açısından paravan gerekse sadece yabancı taraf açısından paravan olan evlilikler nedeniyle vatandaş olan yabancılar hemen boşanma davası açıp boşanmaktadırlar. Bugün itibarıyla yürürlükte bulunan Yurttaşlık Yasasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı ile evlenen yabancı kişiler bir yıl birlikte yaşamaları halinde

Bu düzenleme, muvazaalı evlilikler ile vatandaşlık kazanılmasının önüne geçmek adına hazırlanmış olmak ile birlikte, muvazaalı olmayan ve vatansız kişinin vatandaşlık kazanmasını sağlayan evliliklerin boşanma ile sonuçlanması durumunda, kişinin yeniden vatansız kalmasına yol açabilecek, bu kapsamda da, vatansızlığı önleme amacına hizmet etmeyen, aksine vatansızlığa yol açabilecek bir düzenlemedir.

Bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen kişinin, küçük çocuk ya da çocuklarının, Kıbrıs Türk vatandaşlığı kazanmasına ilişkin bir hükme, YKYY'nda rastlanmamaktır.

ac. Evlât Edinilme

Türk Hukukunda, bir yabancı ergin olmayan kişi evlât edinildiği zaman, 5901 sayılı TVK md. 17 uyarınca, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilecektir.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise 25/1993 sayılı KYY md. 5 uyarınca, bir yabancı ergin olmayan kişi evlât edinildiği zaman, vatandaşlığına etki söz konusu olmaz. Ancak evlâdt edinilen vatansız ise 25/1993 sayılı KYY md. 5/a uyarınca, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanır.

Diğer yandan YKYY'nda da, md. 6 uyarınca, bir yabancı ergin olmayan kişi evlât edinildiği zaman, vatandaşlığına etki söz konusu olmazken, md. 6/c uyarınca, evlât edinilen vatansız ise Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanır.

Kıbrıs Türk Hukukunda, yürürlükte olan düzenleme ve yürürlüğe girecek düzenleme, doğrudan, evlât edinilen kişinin vatansızlığını gidermeyi de ele alırken, gerek Türk Hukukunda yer alan düzenleme, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda yer alan düzenleme, vatansızlığın önlenmesine hizmet etmektedir.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığına alınmak zorundadırlar. Diğer ülkelerdeki yasalara da bakıldığında evlenme nedeniyle yurttaşlığa alınma üç ile beş yıl arasında bir sürede mümkün olmaktadır. Birlikte yaşam süresini bir yıldan üç yıla çıkararak paravan evliliklerin azaltılması amaçlanmıştır. Yüksek Mahkemenin açıkladığı son boşanma istatistiklerinde boşanmaların %50'sinin anlaşmalı olduğu görülmektedir. Anlaşmalı boşanma istatistiklerinin yüksek çıkmasının en önemli sebeplerinden biri de yabancılar ile yapılan evlilikler sonrasında yurttaşlık alındıktan hemen sonra yapılan anlaşmalı boşanmalardır. Ancak evlilik süresinin 7 yılın üzerinde olması halinde üç yıllık süre kısaltılmıştır."

b. Vatandaşlığın Kaybedilmesi Açısından

aa. Vatandaşlıktan Çıkma

Vatandaşlıktan çıkma, Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 25-28'de düzenleme altına alınmaktadır. *"Vatandaşlıktan Çıkma"* başlıklı md. 25/b'de, *"Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazana-çağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak."* hükmü yer almaktadır. *"Türk vatandaşlığından çıkma belgeleri"* başlıklı md. 26/1'de yer alan **hükümde ise**, *"...yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere..."* şeklinde bir ifade yer almakta ve vatandaşlıktan çıkma belgesinin ancak yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere verilebileceği düzenleme altına alınmaktadır.

Bu düzenlemeler, vatandaşlıktan çıkarak, bir başka devlet vatandaşlığına geçmek isteyen kişinin, ancak diğer devlet vatandaşlığını kazanmasının ardından vatandaşlıktan çıkabilmesini; bu sayede de, vatansız kalması ihtimalinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Diğer yandan, kişinin vatandaşlıktan çıkması, 5901 sayılı TVK md. 27/2 uyarınca eşin vatandaşlığına tesir etmezken, çocuk veya çocuklar açısından durum farklıdır. 5901 sayılı TVK md. 27/3 uyarınca, ana veya babası ya da her ikisi de Türk vatandaşlığından çıkan çocukların, ana veya babalarına bağlı olarak vatandaşlıktan çıkmaları, vatansız kalmamaları şartına bağlanmış; vatansız kalacak çocukların, Türk vatandaşlığında kalacakları hüküm altına alınmıştır.

Vatandaşlıktan çıkma, Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY, md. 13-15'de düzenleme altına alınmaktadır. *"Yurttaşlıktan çıkma belgesi ve yurttaşlığın kaybedilmesi"* başlıklı md. 15/2'de, *"Yurttaşlıktan çıkmak isteyen kişi, başka bir devlet yurttaşı değilse yurttaşlıktan çıkma belgesi ilgili devlet yurttaşlığına girdiğini bildirir belgeyi gösterdiği zaman kendisine verilir."* hükmü yer almaktadır.

Bu kapsamda, Türk Hukukunda yer alan düzenlemeden kanaatimizce daha yerinde olan Kıbrıs Türk Hukukundaki bu düzenleme uyarınca, kişi aynı zamanda zaten bir başka devlet vatandaşı ise, vatansız kalmayacağı için, vatandaşlıktan çıkmasına izin verilirken; başka bir vatandaşlığı yoksa, ancak kazanmak için Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkmak istediği yeni vatandaşlığı kazandığını belgelediği zaman Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkabilecek, bu sayede de vatansız kalması ihtimalinin önüne geçilecektir.

YKYY'nda ise, *"Genel olarak yurttaşlıktan çıkmada izlenecek usul"* yan başlıklı md. 19/4'de *"Yurttaşlıktan çıkmak isteyen kişi, aynı zamanda başka bir devlet yurttaşı ise, yurttaşlıktan çıkma belgesi kendisine derhal verilir."* hükmüne yer verilirken, md. 19/5'de, *"Yurttaşlıktan çıkmak isteyen kişi, başka bir devlet yurttaşı değil ise, yurttaşlıktan çıkma belgesi ilgili devlet yurttaşlığına girdiğini bildirir belgeyi gösterdiği zaman kendisine verilir."* hükmü yer almaktadır.

Bu kapsamda, tıpkı yürürlükteki düzenlemede olduğu gibi, kişi aynı zamanda zaten bir başka devlet vatandaşı ise, vatansız kalmayacağı için, vatandaşlıktan çıkmasına izin verilirken; başka bir vatandaşlığı yoksa, ancak kazanmak için Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkmak istediği yeni vatandaşlığı kazandığını belgelediği zaman Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkabilecek, bu sayede de vatansız kalması ihtimalinin önüne geçilecektir.

Diğer yandan, 25/1993 tarihli KYY'nda, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkılmasının, varsa, kişinin, eşi ve çocuk ya da çocuklarının vatandaşlığına etkisinin ne olacağı düzenleme bulmamıştır. Bu durum eleştirisi konusudur.⁶⁰

YKYY'nda da, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkılmasının, varsa, kişinin, eşi ve çocuk ya da çocuklarının vatandaşlığına etkisinin ne olacağı yasada düzenleme bulmamış olup; yerinde eleştirilerin, göz ardı edildiği görülmektedir.

ab. Vatandaşlığın Kaybettirilmesi

Vatandaşlığın kaybettirilmesi, Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK, md. 29-30'da düzenleme altına alınmaktadır. Kişinin, vatandaşlığının kaybettirilmesi ardından, vatansız kalıp kalmayacağı hususunda herhangi bir önleme kanunda yer verilmezken, *"Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin geçerliliği ve sonuçları"* başlıklı md. 30/2'de, *"Kaybettirme kararları şahsidir, ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmez."* hükmüne yer verilmektedir.

Buna göre, Türk vatandaşlığını kaybeden kişinin varsa ve Türk vatandaşı ise eş ve çocuk ya da çocukları, Türk vatandaşlığını kaybetme-

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Turhan, s. 89.

yecekler; bu kapsamda da, eğer eş ve çocukların başka vatandaşlıkları yoksa, bu hüküm, vatansız kalmalarının önlenmesine hizmet etmiş olacaktır.

Vatandaşlığın kaybettirilmesi, Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY md. 17'de düzenleme altına alınmaktadır. Kişinin, vatandaşlığının kaybettirilmesi ardından, vatansız kalıp kalmayacağı hususunda herhangi bir önleme kanunda yer verilmezken, md. 17/5'de *"Kaybettirme yoluyla Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kaybeden kişinin eş ve çocukları, yurttaşlıklarını korumaya devam ederler."* hükmüne yer verilmektedir.

Buna göre, tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kaybeden kişinin varsa ve Kıbrıs Türk vatandaşlığı ise eş ve çocuk ya da çocukları, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kaybetmeyecekler; bu kapsamda da, eğer eş ve çocukların başka vatandaşlıkları yoksa, bu hüküm, vatansız kalmalarının önlenmesine hizmet etmiş olacaktır.

Diğer yandan, YKYY'nda da, vatandaşlığı kaybettirilen kişinin, vatansız kalıp kalmayacağı ile ilgili bir önleme yer verilmemek ile birlikte, yürürlükte bulunan ve kişinin eş ve çocuk ya da çocuklarının vatandaşlıklarını koruduğu düzenlemenin aksine, md. 21/5 uyarınca, vatandaşlığı kaybettirilen kişinin eş ve çocuklarının da, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kaybedeceği düzenleme altına alınmıştır. Bu durum, eş ve çocukların başka vatandaşlığı olmaması durumunda, vatansız kalmalarına yol açabilecektir.

ac. Vatandaşlıktan Çıkarma

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK'nda, "çıkarma" müessesesine yer verilmemiştir. Ancak, önceki, 401 sayılı TVK'nda, "çıkarma" müessesesi düzenleme bulmuş olup, 401 sayılı kanunu model alan Kıbrıs Türk Hukukundaki 25/1993 sayılı KYY'nda, vatandaşlıktan çıkarma düzenleme altına alınmıştır (md. 18).

"Ağır" sonuçlara yol açan ve günümüz vatandaşlık anlayışına aykırı olan "çıkarma" müessesesine daha fazla yer verilmemesi, bu düzenlemenin, yasadan çıkarılması gerektiği görüşünü savunmaktayız.

Diğer yandan, Kıbrıs Türk Hukukunda halen yer alması nedeniyle, vatandaşlıktan çıkarma hususunda, vatansızlığın önlenmesine ilişkin bir önleme yer verilip verilmediğine değinmek gerekmektedir.

25/1993 sayılı KYY, md. 18'de, vatandaşlıktan çıkarılacak kişinin vatansız kalıp kalmayacağına ilişkin herhangi bir önleme yer verilmezken, maddenin 4. fıkrasında, *"Yurttaşlık kaybı, sadece, hakkında çıkarma kararı alınan kişi yönünden geçerlidir. Çıkarma kararı, ilgilinin eş ve çocuklarının yurttaşlığını etkilemez."* hükmüne yer verilmektedir.

Bu kapsamda, çıkarılma, şahsi olarak sonuç doğuracak olup, varsa ve Kıbrıs Türk vatandaşı ise eş ve çocukların vatandaşlığı bu karardan etkilenmeyecek; eş ve çocukların başka vatandaşlığı olmaması halinde vatansız kalmaları önlenmiş olacaktır.

Diğer yandan, YKYY'nda, "vatandaşlıktan çıkarma" kurumunun yine düzenleme bulduğu görülmekte, ve bu durum kanaatimizce önemli bir eleştiri konusu oluşturmaktadır.

İlgili düzenleme (md. 22/4) incelendiğindeyse, yürürlükteki düzenlemedeki, çıkarmanın şahsi bir işlem olup; eşi ve çocuk ya da çocukları etkilemeyeceği hükmünün aksine, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkarılanların eş ve çocuklarının da bu karardan etkilenecekleri (Kıbrıs türk vatandaşlığından çıkarılacakları) hüküm altına alınmaktadır. Bu durum eş ve çocukların başka vatandaşlıkları bulunmaması halinde, vatansız kalmalarına yol açacaktır ve yasa koyucunun vatandaşlık hukukunun ilgili temel ilkesini göz ardı eden tutumu, belirtildiği gibi, ciddi bir eleştiri konusudur.

ad. Seçme Hakkı İle Vatandaşlığın Kaybı

Türk Hukukunda, seçme hakkı ile kişinin Türk vatandaşlığını kaybı 5901 sayılı TVK md. 34 ile düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda, md. 34/1'de yer alan hallerden biri söz konusu olduğu zaman kişi vatandaşlığını seçme hakkı ile kaybedebilir. Ancak vatansızlığın önlenmesi adına getirilen, md. 34/2 uyarınca, kişi vatansız kalacaksa seçme hakkı ile vatandaşlıktan ayrılamayacaktır.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise, *"Yurttaşlığın doğum yolu ile kazanılması"* yan başlıklı md. 4/2 ile, bazı hallerde, seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş ancak, kişinin vatansız kalması halinde, vatandaşlığı kaybetmeyi seçemeyeceği düzenleme altına alınmamıştır.

YKYY'nda ise md. 17/1'de, *"Bu Yasa uyarınca Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanan bir kişi yurtdışında doğmuş olması ve da-*

imi olarak yurtdışında ikamet etmesi halinde, reşit olduğu tarihten itibaren yurttaşlıktan çıkabilir.” hükmü yer almakta, bu kapsamda, seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybı söz konusu olabilmektedir. Ancak, maddenin (2)’nci fıkrasında, kişinin başka bir devlet vatandaşı ise yapacağı işlemler düzenleme altına alınırken, başka bir devlet vatandaşı değil ise “genel olarak vatandaşlıktan çıkma” yan başlıklı md. 19’a tâbi olacağı düzenleme altına alınmıştır.⁶¹

Bu kapsamda, düzenleme, kişinin vatansız kalmamasına ilişkin bir önleme yer vermiş, vatansız kalacak kişilerin, Kıbrıs Türk vatandaşlığından kendi istekleri ile ayrılmasının önüne geçilmiştir.

ae. Evliliğin Butlanı

Türk Hukukunda, evlenme ile vatandaşlık kazanan kişi, evliliğin butlanı⁶² halinde, vatandaşlığını kaybetmektedir. Diğer yandan, md.16/3 uyarınca, kişi iyiniyetli ise, evliliğin butlanı söz konusu olsa dâhi, vatandaşlığını koruyacaktır. İyi niyetli kişiyi koruyan bu hüküm, aynı zamanda, kişinin başka vatandaşlığı olmaması halinde, vatansız kalmasını da önlemiş olacaktır.

Kıbrıs Türk Hukukunda da, tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, evliliğin butlanı halinde, evlenme ile vatandaşlık kazanmış kişi, vatandaşlığını kaybetmektedir. Diğer yandan, 25/1991 sayılı KYY, md. 7/4, “Evlenmenin geçersizliğine karar verilmesi halinde, iyi hal sahibi olan bir kadın veya erkek, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam eder.” hükmüne yer vermektedir. Bu durum, iyi hal sahibinin⁶³ korunmasının yanı sıra, kişinin başka vatandaşlığı olmaması halinde, vatansız kalmasını da önlemiş olacaktır.

Ayrıca, Türk Hukukunda, evlenmenin butlanı durumunda, çocukların vatandaşlıklarına etki söz konusu olup olmadığı düzenleme altına alınmazken, Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY, md.

⁶¹ Bkz. yukarıda yer verilen “Vatandaşlıktan Çıkma”.

⁶² Evliliğin butlanı, en kısa tanımı ile, geçersiz olarak kurulmuş bir evlenmenin, mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa A. Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 77; Rifat Erten, “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”, TAAD, Y. 5, S. 19, 2014, s. 253.

⁶³ Düzenlemede yer alan “iyi hal sahibi” ifadesi, “iyi niyet” kavramının yerine kullanılmıştır. Turhan, s. 44.

7/5 uyarınca, çocuklar, ana veya babalarının iyi haline bakılmaksızın vatandaşlığını koruyacaktır. Bu hüküm, başka vatandaşlığı olmayan çocukların, vatansız kalmasının önlenmesine de hizmet etmektedir.

Diğer yandan, YKYY'nda, evliliğin butlanı halinde, nasıl bir yol izleneceği düzenleme altına alınmamıştır. Ancak, muvazaalı evliliklerden vatandaşlık kazanılmasının önlenmesi, yasa tasarısının genel gerekçesinde yer alırken, evliliklerin butlan ile sonuçlanması halinde, izlenecek prosedürün neden yasada yer almadığı anlaşılamamaktadır.⁶⁴

B. Herkesin Yalnız Bir Vatandaşlığı Olmalıdır

Yukarıda da yer verildiği gibi, vatandaşlık hukukunun bir diğer temel ilkesi ise, "herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesi olup, bu ilke, çok vatandaşlığın önlenmesi amacı taşımaktadır.

Ancak, yine yukarıda ifade edildiği üzere bu ilke, eski geçerliliğini kaybetmiş; hatta günümüzde, *çifte* vatandaşlığın, *istenmeyen bir durum* olmaktan, *neredeyse istenen bir durum* olmaya yaklaştığı ve olması gerekenin de bu olduğunu yinelemek yerinde olacaktır.

Pek tabii, devletlerin farklı siyasi yaklaşımları ve çıkarları, vatandaşlık hukuku temel ilkelerine, vatandaşlık hukuku kanunlarında ne kadar yer verileceği hususunda da farklılıklara yol açmıştır. Bu kapsamda, "herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesi de, her devletin vatandaşlık kanunlarında, farklı etkiler yaratmıştır.

Örneğin Alman Hukuku'nda, Alman Devleti'nin çok vatandaşlığa karşı tutumu nedeniyle, Alman Vatandaşlık Kanunu (*Staatsangehörigkeitsgesetz*)'nda, bu ilke çok sıkı şekilde yer bulmuş ve çok istisnai hallerde⁶⁵ çok vatandaşlığa izin verilmiş, ancak, 2014 yılında yapılan bir değişiklik ile, çok vatandaşlığın bir takım hallerde kabul edilmeye başlandığı görülmektedir.

Çok vatandaşlığa "*oldukça karşı*" bir tutum sergileyen Alman Devleti'nin bile, bu tutumunu "*yumuşatma*"sı, *-diğer etmenlerin yanı sıra*- bu ilkenin artık eski geçerliliğini yitirmiş olduğunun bir ispatı olarak da yorumlanabilecektir.

⁶⁴ Kanaatimizce, burada oluşan boşluğun, "bilinçsiz boşluk" olduğunu ileri sürmek mümkündür.

⁶⁵ Bkz. Işıl Özkan/Uğur, Tütüncübaşı, "Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", *AÜHFD*, 2008, C. 57, S.3, s. 607.

Konumuz itibarıyla, bu noktada, çok vatandaşlığa ilişkin olarak, Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda yer alan genel yaklaşım ele alınacak, ardından ise, iki ülkenin vatandaşlık kanunları kapsamında, çok vatandaşlık hallerine değinilecektir.

1. Genel Yaklaşım

Türk Hukukunda, yürürlükte olan 5901 sayılı TVK, çok vatandaşlığa ilişkin olarak, özel bir hükme yer vermektedir.

“Çok Vatandaşlık” başlıklı md. 44 şu şekildedir:

“Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır.”

Düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere, Türk Hukukunda, çok vatandaşlığa ilişkin yaklaşım olumludur.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle, mevcut düzenleme dikkate alındığında, artık *eskisi kadar* geçerli olmayan “herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesinin, Türk Hukukunda, artık benimsenmediği görülmektedir.

Diğer yandan, 5718 sayılı MÖHUK, “Vatandaşlığın esasına göre yetkili hukuk” başlıklı md. 4/b uyarınca, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, kişinin birden çok vatandaşlığı olması ve bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, Türk Hukukunun uygulanacağı düzenleme altına alınmaktadır. Bu düzenleme, çok vatandaşlığın, sadece 5901 sayılı TVK ile değil, Türk Hukukunda yer alan diğer düzenlemeler tarafından da benimsendiğini göstermekte, diğer bir ifadeyle, çok vatandaşlığın, Türk Hukukunda benimsendiği anlayışını desteklemektedir.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise, yürürlükte olan 25/1993 sayılı KYY’nda, çok vatandaşlığa ilişkin özel bir hüküm bulunmamak ile birlikte, kanunun tüm maddeleri göz önünde tutularak inceleme yapıldığında, kanunun, çok vatandaşlığı önleyici herhangi bir hükme yer vermediği görülmektedir.

⁶⁶ 5901 sayılı TVK md. 11/2, bu yaklaşıma istisna oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalara, ileride yer verilecektir.

Ancak, çok vatandaşlığı önleyici herhangi bir hükme yer verilmesi tek başına kanun koyucunun bu konudaki yaklaşımına ilişkin karar vermemiz için yeterli olmamakta; kanun koyucunun bilerek susması durumunun söz konusu olabileceğini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

Ancak, tam anlamıyla değilse de, konuyla ilgili “*sınırlayıcı bir özel hüküm*” olarak nitelendirebileceğimiz 25/1993 sayılı KYY md. 19’da yer alan yabancı bir erkek ile evlenmesi sonucunda bir başka devlet vatandaşlığını kazanan kadının, Kıbrıs Türk vatandaşlığını koruyacağına ilişkin hüküm ile de, çok vatandaşlığın kabul edildiği görüşü desteklendiği zaman, kanunun, çok vatandaşlığı benimsediği şüpheye yer kalmayacak şekilde anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, Kıbrıs Türk Hukukunda da tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi çok vatandaşlığın mümkün olduğu, diğer bir deyişle, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” şeklindeki etkisini kaybeden vatandaşlık hukuku ilkesinin, Kıbrıs Türk Hukukunda, benimsenmediği görülmektedir.

Diğer yandan, YKYY’nda ise, yürürlükte olan 25/1993 sayılı KYY’nın aksine, 5901 sayılı TVK’da olduğu gibi, çok vatandaşlığa ilişkin bir özel hükme yer verilmektedir.

“*Yurttaşlığın korunması*” başlıklı md. 23’de, “*Yabancı bir devlet yurttaşlığını kazanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşları Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam ederler.*” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, YKYY’nda da, çok vatandaşlık benimsenmiş; diğer bir ifadeyle, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” şeklindeki etkisini kaybeden vatandaşlık hukuku ilkesinin benimsenmediği görülmektedir.

İşte bu nedenle, “herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesine ilişkin olarak vatansızlığın önlenmesine hizmet eden düzenlemeleri incelerken olduğu gibi, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesine ilişkin olarak, çok vatandaşlığın önlenmesine hizmet eden değil, çok vatandaşlığa cevaz veren düzenlemeler inceleme konusu yapılacaktır.

2. Çok Vatandaşlık Halleri

a. Doğumdan İtibaren Çok Vatandaşlık

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 7 uyarınca, kan esasına göre vatandaşlık kazanılmaktadır. Kan esası ile yani ana veya babadan Türk vatandaşlığı kazanılırken, ana veya babanın başka bir devlet vatandaşlığı/vatandaşlıkları da varsa ve bu devlet vatandaşlığı/vatandaşlıkları da kan esasına göre kazanılıyorsa, çocuk doğumdan itibaren hem Türk vatandaşlığı hem de ilgili devlet vatandaşlığını/vatandaşlıklarını kazanacak; çok vatandaşlığa sahip olacaktır.

Yine, toprak esasının benimsendiği bir ülkede doğan çocuk, ana veya babasından Türk vatandaşlığını kan esasına göre kazanırken, toprak esasına göre de, o ülkenin vatandaşlığını kazanabilecek; çok vatandaşlığa sahip olacaktır.

5901 sayılı TVK, doğumla bir başka devletin vatandaşlığının kazanılmasının, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmayı önleyeceği ya da doğumla Türk vatandaşlığını kazanmanın, doğumla bir başka vatandaşlığını kazanmayı önleyeceği şeklinde bir hükme yer vermemekte; bu durumda da, doğumla çok vatandaşlığa zımni olarak izin verildiği sonucuna varılabilmektedir.

Kıbrıs Türk Hukukunda da, 25/1993 sayılı KYK md. 4 uyarınca, kan esasına göre vatandaşlık kazanılmaktadır. Kan esası ile yani ana veya babadan Kıbrıs Türk vatandaşlığı kazanılırken, ana veya babanın başka bir devlet vatandaşlığı/vatandaşlıkları da varsa ve bu devlet vatandaşlığı/vatandaşlıkları da kan esasına göre kazanılıyorsa, çocuk doğumdan itibaren hem Kıbrıs Türk vatandaşlığını, hem de ilgili devlet vatandaşlığını/vatandaşlıklarını kazanacak; çok vatandaşlığa sahip olacaktır.

Yine toprak esasının benimsendiği bir ülkede doğan çocuk, ana veya babasından Kıbrıs Türk vatandaşlığını kan esasına göre kazanırken, toprak esasına göre de, o ülkenin vatandaşlığını kazanabilecek; çok vatandaşlığa sahip olacaktır.

Tıpkı Türk Hukukunda yer alan düzenlemede olduğu gibi, 25/1993 sayılı KYK'nda da, doğumla bir başka devletin vatandaşlığının kazanılmasının, doğumla Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmayı önleyece-

ği ya da doğumla Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmanın, doğumla bir başka devlet vatandaşlığını kazanmayı önleyeceği şeklinde bir hükme yer verilmemekte; bu durumda da, doğumla çok vatandaşlığa zımni olarak izin verildiği sonucuna varılabilmektedir.

Diğer yandan, YKYY’nda da, gerek Türk Hukukunda, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda yürürlükteki kanunca benimsenen anlayış kabul görmekte, böylece yine, doğumla çok vatandaşlığa zımni olarak izin verildiği sonucuna varılabilmektedir.

b. Sonradan Çok Vatandaşlık

aa. Yönetmelik Kararı İle Vatandaşlığa Alınma (Telsik)

ba. Olağan Telsik

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 11 ile, yönetmelik kararı ile olağan şekilde vatandaşlığa alınma, diğer bir ifadeyle olağan telsik düzenleme altına alınmaktadır.

Bu kapsamda, md. 11/1’de, genel olarak Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin şartlara yer verilirken, md. 11/2’de ise, *“Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.”* hükümüne yer verilmektedir.⁶⁷

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, 5901 sayılı TVK’nun, çok vatandaşlığa ilişkin genel yaklaşımı olumludur. Ancak bu düzenleme, bu durumun istisnasını oluşturmaktadır.

5901 sayılı TVK md. 11/2 uyarınca, Türk vatandaşlığı için başvuru-

⁶⁷ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (Parliamentary Assembly of the Council of Europe), Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi (Committee on Legal Affairs and Human Rights)’ne, Raportör, Mr Boriss Cilevičs tarafından sunulan, 1 Ekim 2013 tarihli raporda, çok vatandaşlığın son yıllarda, uluslararası ilişkiler ve karma evlilikler sayesinde yaygınlaştığı ve kişiler için, bir devlet vatandaşlığını kazanırken, diğer vatandaşlıklarından feragat etmelerinin artık bir ön şart olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur, Mr. Boriss Cilevičs, Latvia, Socialist Group, “Access to Nationality and The Effective Implementation of The European Convention on Nationality” Report, s. 2-3, <<<http://website-pace.net/documents/19838/166208/20131002-RptNationalityAccess-EN.pdf/9a81ae6f-b0a9-4a86-b184-2903d5e2f142>>> (25.07.2015).

da bulunan kişinin, sahip olduğu diğer vatandaşlık ya da vatandaşlıklardan çıkması istenebilecektir. Bu hüküm, kanunda yer alan *tek*, çok vatandaşlığı önleyici hüküm olma özelliğini haizdir.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise olağan telsik, 25/1993 sayılı KYY md. 8 ile düzenleme altına alınmaktadır.

Ancak düzenlemede, Türk Hukukunda olduğu gibi, Kıbrıs Türk vatandaşlığı için başvuran kişinin, sahip olduğu diğer vatandaşlık ya da vatandaşlıklardan çıkmasının istenebileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

YKYY’nda da, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuracak kişinin, sahip olduğu diğer vatandaşlık ya da vatandaşlıklardan çıkmasının istenebileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

Ancak bu vesileyle, ifade edilmesi yerinde olur ki, YKYY, bu noktada, sistematik yönünden hatalı bir yapıya sahiptir. Şöyle ki, gerek 5901 sayılı TVK’nda, gerekse 25/1993 sayılı KYY’nda, sonradan vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin düzenlemelere, “olağan telsik” kurumu ile başlanmıştır. Bu durum sistematik açısından yerindedir. Ancak, YKYY’nda, sonradan vatandaşlık kazanılması ile ilgili bölüme, sonradan vatandaşlık kazananların çocuklarının vatandaşlığa alınmasına ilişkin düzenleme ile başlanmıştır. Bu durum, kanaatimizce, sistematik açısından yerinde olmamıştır.

bb.Yeniden Vatandaşlığa Alınma

Türk Hukukunda, yeniden vatandaşlığa alınma, 5901 sayılı TVK md. 13-14 ile düzenleme altına alınmıştır.

Belirtilen düzenlemelerden md. 13, Türk vatandaşlığını çıkma izniyle kaybedenlerin ve ana ve babaları ile birlikte Türk vatandaşlığını kaybedenlerden, md. 21’de belirtilen süre içinde Türk vatandaşlığını kazanma hakkını kullanamayanların yeniden vatandaşlığa alınmasını, md. 14 ise, md. 29 uyarınca, Türk vatandaşlığı kaybettirilenler ile md. 34 uyarınca Türk vatandaşlığını kaybedenlerin yeniden vatandaşlığa alınmasını hükme bağlamaktadır.

İlgisi itibarıyla, sadece md. 13, çıkma izniyle Türk vatandaşlığını kaybedenler açısından ele alınacaktır.

İlgili hüküm şu şekildedir:

“Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla aşağıda belirtilen kişiler Türkiye’de ikamet etme süresine bakılmaksızın, Türk vatandaşlığını Bakanlık kararıyla yeniden kazanabilirler.

Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler...”

Bu düzenleme, temelde, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmak amacı ile, Türk vatandaşlığından çıkanların, yeniden Türk vatandaşı olabilmesi amacını taşımaktadır.

Söz konusu kişilerin, Türk vatandaşlığından çıkması, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmış olmaları şartına bağlandığına göre, bu kişiler bir başka devlet vatandaşlığını kazanmış, ardından ise, yeniden Türk vatandaşı olabilmeleri, bu madde ile sağlanmak istenmiştir. Düzenleme ile, eski Türk vatandaşlarının, yeniden Türk vatandaşı olabilmesi adına, Türk vatandaşlığından çıkarak, kazandıkları yabancı devlet vatandaşlığını muhafaza ediyor olmaları halinde, çok vatandaşlığın kabul edildiği görülmektedir.

Kıbrıs Türk Hukukunda ise 25/1993 sayılı KYY’nda, yeniden vatandaşlığa alınma ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir.⁶⁸

YKYY’nda ise, *“Yurttaşlıktan Çıkanların Yurttaşlığa Alınması”* başlıklı 1. md. 8 ile, Kıbrıs Türk vatandaşlığını çıkma izni ile kaybedenlerin, yeniden Kıbrıs Türk vatandaşlığına alınması düzenleme altına alınmaktadır.⁶⁹

Düzenlemenin gerekçesinde, *“Önerinin 8’inci maddesi ile daha önce bir şekilde KKTC yurttaşlığından çıkan kişilerin yeniden KKTC yurttaşlığına alınmaları düzenlenmiştir. Öncelikle KKTC yurttaşlığından çıkma ihtiyacı bazen yeni hayat kurduğu ve daha iyi bir hayat için yurttaşlığına almak zorunda olduğu ülkenin çifte yurttaşlığı kabul etmemesidir...”* ifadelerine yer verilmektedir.

Buna göre, bu kurumun kanunda yer alması açısından yerinde bir düzenleme ile, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkanların, yeniden

⁶⁸ Bu durumun eleştirisi için Bkz. Turhan, s. 62.

⁶⁹ Turhan’ın, katıldığımız eleştirisinin, dikkate alındığı ve yeni kanun tasarısında, “yeniden vatandaşlığa alınma” kurumuna yer verildiği görülmektedir.

vatandaş olabilmelerine ilişkin hükme yer verilirken, madde gerekçesinde ise, bu hükmün, çifte vatandaşlığı kabul etmeyen ülkelerin vatandaşlıklarını kazanmak için Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkanların, yeniden Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanabilmesinin hedeflendiği belirtilmektedir.

Düzenleme ile, eski Kıbrıs Türk vatandaşlarının, yeniden Kıbrıs Türk vatandaşı olabilmesi adına, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkarak, kazandıkları yabancı devlet vatandaşlığını muhafaza ediyor olmaları halinde, çok vatandaşlığın kabul edildiği görülmektedir.

ab. Evlenme

5901 sayılı TVK'da, bir yabancı ile evlenen ve eşinin vatandaşlığını kazanan Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşlığını kaybedeceği şeklinde bir hükme yer verilmemekte, bu kapsamda da, evlilik yolu ile yabancı eşinin vatandaşlığını kazanan Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşlıklarını koruyacağı kabul edilmektedir.⁷⁰

Kıbrıs Türk hukukunda ise, Türk hukukundan farklı olarak, 25/1993 sayılı KYY, md. 19'da, *"Yabancı bir erkekle evlenen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı kadın, kocasının yurttaşlığını kazanmış olsa bile, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam eder."* hükmüne yer verilmektedir.

Bu kapsamda, bir yabancı erkek ile evlenerek, eşinin vatandaşlığını kazanan Kıbrıs Türk vatandaşı kadın, Kıbrıs Türk vatandaşlığını da koruyacaktır. Diğer yandan, ilk anda, düzenlemenin karşıt kavramından, Kıbrıs Türk vatandaşı erkeklerin, yabancı bir kadın ile evlenerek eşinin vatandaşlığını kazanması halinde, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kaybedeceği akla gelebilecek olsa da, tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, KKTC AY. md. 67/5'de yer alan *"Yurttaşlık...yasanın gösterdiği Koşullarla kazanılır ve ancak yasada belirtilen durumlarda kaybedilir."* hükmü uyarınca, kanunda açıkça düzenlenmeyen bu halde, vatandaşlık kaybedilmeyecektir.⁷¹ Anayasada bu düzenlemeye yer verilmemiş

⁷⁰ Çünkü, TC AY. md. 66/3'de yer alan *"Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir."* hükmü gereği, kanunda açıkça düzenlenmeyen bir şekilde, vatandaşlığın kaybedilmesi söz konusu olmamaktadır.

⁷¹ Diğer yandan, kaybettirme bir "ceza" olmamak ile birlikte, ceza benzeri bir niteliğe sahiptir. Bu yaklaşımdan hareketle, "kanunsuz ceza olmaz" prensibi uya-

olsaydı dâhi zaten böyle bir durum, eşitlik ilkesine aykırı olacak; pozitif ayrımcılık ileri sürülerek savunulamayacaktır.

Esas konumuza dönecek olursak, görülmektedir ki, bu konuda, sınırlı şekilde de olsa, 25/1993 sayılı KYY, bu husus ile ilgili olarak, çok vatandaşlığı desteklemiştir.

Diğer yandan YKYY'nda ise, daha yerinde bir hükme yer verilmiştir. *"Yurttaşlığın korunması"* başlıklı md. 23 uyarınca, *"Yabancı bir devlet yurttaşlığını kazanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşları Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam ederler."*

Görülmektedir ki, yeni kanun tasarısında, bu husus ile ilgili çok vatandaşlığın kabulü *daha da* yerleşmiştir.

ac. Seçme Hakkı

Türk Hukukunda, seçme hakkı kullanılarak, Türk vatandaşlığı kazanılabilmektedir. 5901 sayılı TVK, md. 27 uyarınca, ana ve babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenler, ergin olmalarından itibaren 3 yıl içinde başvurmaları halinde (md. 21) ve doğumla Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazananlar, yazılı bir dilekçe ile, Türk vatandaşlığını seçme hakkı ile kazanabilmektedir (md. 42/1).

Ana ve babaları ile birlikte, Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar, eğer bir başka devletin vatandaşlığına sahipse ve ergin olmalarından itibaren 3 yıl içinde, Türk vatandaşlığını seçme hakkı ile kazanırlarsa, çok vatandaşlık durumu söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, yukarıda belirtildiği gibi, seçme hakkına sahip olan bir diğer grup ise, Kıbrıs Türk vatandaşlarıdır. Buna göre, Kıbrıs Türk vatandaşları, seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kazandıklarında da, çok vatandaşlık durumu söz konusu olacaktır.

Kıbrıs Türk hukukunda ise, gerek 25/1993 sayılı KYY'nda, gerekse, YKYY'nda, seçme hakkı ile vatandaşlığın kazanılması düzenleme bulmamıştır.

rınca, yine, kanunda düzenleme altına alınmadığı için, bir Kıbrıs Türk vatandaşı erkeğin, yabancı bir kadın ile evlenerek, onun vatandaşlığını kazanması halinde, Kıbrıs Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi söz konusu olmayacaktır.

C. Herkes Vatandaşlığını Seçme ve Değiştirmede Serbest Olmalıdır

Vatandaşlık hukukunda, bir diğer temel ilke de, yukarıda yer verildiği gibi, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesidir.

“Herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır” ilkesinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku vatandaşlık kanunlarındaki yansımaları, kişi açısından; yeni bir vatandaşlık edinme ya da vatandaşlığı değiştirme ve vatandaşlığa alınmaya *“mecbur”* tutulama-ma olmak üzere, iki başlık altında incelenecektir.

1. Yeni Bir Vatandaşlık Edinme ya da Vatandaşlığı Değiştirme

a. Yeni Bir Vatandaşlık Edinme

Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK md. 44’de yer alan *“Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır.”* hükmü, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun şekilde, Türk vatandaşlarının, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmalarına cevaz veren bir düzenlemedir.

Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY md. 19’da yer alan *“Yabancı bir erkekle evlenen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşı kadın, kocasının yurttaşlığını kazanmış olsa bile, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam eder.”* hükmü de, sadece kadın vatandaşlar ile sınırlı olsa da⁷², *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun şekilde, bir başka devlet vatandaşlığının kazanımına cevaz veren bir düzenlemedir.

Yine, YKYY md. 23’de yer alan *“Yabancı bir devlet yurttaşlığını kazanan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşları Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını korumaya devam ederler.”* hükmü de, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun şekilde, Kıbrıs Türk vatandaşlarının, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmalarına cevaz verecek bir düzenlemedir.

⁷² Bu durumun eleştirisine yukarıda yer verilmiştir.

Görülmektedir ki, gerek Türk hukukunda, gerekse Kıbrıs Türk hukukunda, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun şekilde düzenlemelere yer verilmiş ve Türk vatandaşları ile Kıbrıs Türk vatandaşlarının, yeni bir vatandaşlığı, özgür iradeleri ile seçebilmelerine olanak tanınmıştır.

b. Vatandaşlığı Değiştirme

Türk hukukunda, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmak amacıyla, Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkılabilesine olanak sağlayan düzenlemelere, 5901 sayılı TVK md. 25-29’da yer verilmektedir.

Kıbrıs Türk hukukunda ise, bir başka devlet vatandaşlığını kazanmak amacıyla, Türk vatandaşlığından çıkılabilesine olanak sağlayan düzenlemeler, yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY, md. 13-15’de, YKYY’nda ise, md 18-19’da yer almaktadır.

Görülmektedir ki, her iki hukuk sisteminde de, vatandaşların, temel vatandaşlık hukuk ilkelerinden *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun olarak, bir başka vatandaşlığını seçerek, vatandaşlıklarını değiştirebilmelerine olanak sağlanmaktadır.

2. Vatandaşlığa Alınmaya “Mecbur” Tutulamama

Türk hukukunda, vatandaşlık kazanma yöntemlerinden biri olan evlenme yolu ile vatandaşlığın kazanılması, 5901 sayılı md.16 ile düzenleme altına alınmıştır. Düzenlemenin, ilk fırcasının ilk cümlesi şu şekildedir: *“Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz.”* Bu kapsamda, kişinin, *“mecburi”* olarak Türk vatandaşlığı kazanması gibi bir durum söz konusu olmamakta, hatta, evlilik ile vatandaşlığın kazanımı bir takım şartlara⁷³ bağlanmaktadır.

Düzenlemenin, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine uygun olduğu ifade edilebilmektedir.

Kıbrıs Türk hukukunda ise, bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen kişinin, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanması, 25/1993 sayılı KYY md. 7 ile düzenleme altına alınmıştır. KYY md. 7 uyarınca, bir Kıbrıs Türk vatan-

⁷³ a) Aile birliği içinde yaşama, b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama, c) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama (5901 sayılı TVK, md. 16).

daşı ile evlenen kişi, evlendiği anda Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmayacak, ancak yasada öngörülen 1 yıllık “beraber yaşama süresi”nin dolması ardından, kişi Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

Kıbrıs Türk hukukunda yer alan ve evlenme ile vatandaşlığın kazanılmasına imkan tanıyan bu düzenlemede, 1 yıllık süre ardından kişinin vatandaşlığı kazanmaya “başvurma” hakkı olduğu şeklinde bir ibareye yer verilmesi halinde, “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır” ilkesine daha uygun bir durum söz konusu olacaktır. Çünkü, düzenleme uyarınca, ilgili sürenin dolması ardından, Kıbrıs Türk vatandaşlığı doğrudan kazanılmaktadır.

YKYY’nda ise, md. 10’da yer alan evlilik ile vatandaşlık kazanılması, 25/1993 sayılı kanuna göre, şartlar açısından ağırlaştırılmıştır.⁷⁴ Diğer yandan, düzenlemede “başvuru” yapılması şeklinde bir ifade yer almakta, bu durum da, 25/1993 sayılı KYY’ndaki eksikliğin giderildiğini göstermektedir.

Bu kapsamda, Kıbrıs Türk vatandaşlığını kazanmak diğer şartların yanı sıra, kişinin başvurusuna bağlanırken; bu düzenleme ile , “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır” ilkesine uyulduğu da görülmektedir.

⁷⁴ (A) Yurttaşlığa başvuru tarihinden itibaren en az üç yıllık sürenin geçmesi. Ancak evlilik süresinin yedi yıl ve üzeri olması halinde, başvurudan itibaren iki yıllık sürenin geçmesi, on yıl ve üzeri olması halinde, başvurudan itibaren bir yıllık sürenin geçmesi koşulu aranır. (B) Evlenen kişiler arasında yirmi yaş ve üzeri fark olması halinde, başvuru tarihinden itibaren en az beş yıllık sürenin geçmesi. Ancak evlilik süresinin on yıl ve üzeri olması halinde, başvuru tarihinden itibaren en az iki yıllık sürenin geçmesi koşulu aranır. (C) Yukarıdaki (A) ve (B) bentlerinde öngörülen sürelerde aile birliği içinde yaşamak. (Ç) Evlilik birliği ile bağdaşmayan bir davranışta veya faaliyette bulunmamak. (D) Bir yıldan fazla hapis cezasına çarptırılmamış olmak veya rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekarlık, irtikap, ırza geçme, hileli iflas ve benzeri yüz kızartıcı suçlar ile uyuşturucu madde tasarrufu, alma veya satma suçlarından dolayı mahkumiyet almamış olmak. (E) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak. (F) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden hastalığı bulunmamak (YKYY, md. 10). Özellikle, 25/1993 sayılı kanunda yer alan 1 yıllık sürenin sürenin, 3 yıla çıkarılması ve (C), (Ç), (D), (E) ve (F) fıkraları ile, aranacak diğer şartlara yer verilerek, yerinde bir değişiklik yapılırken, vatandaşlık için başvuru yapılması ardından 3 yıllık sürenin (veya durumun gereklerine göre, (A) veya (B) bendindeki diğer sürelerin) geçmesi yerine, 3 yıl (veya durumun gereklerine göre, (A) veya (B) bendindeki diğer süreler) ardından, vatandaşlığı kazanabilmek için başvuru yapılması şeklinde bir düzenlemenin, işlevsellik açısından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Diğer yandan, evlenme yolu ile vatandaşlığın doğrudan kazanılması açısından ise istisnai bir durum bulunmaktadır. Bu durum, yukarıda da yer verilen vatansızlık halidir.

Bu noktada, vatandaşlık hukukunun iki temel ilkesinin ihtilafı ortaya çıkmakta, *“herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır”* ilkesi uyarınca, kişinin vatansızlığının giderilmesi gerekmekte, *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede serbest olmalıdır”* ilkesine göreyse, kişinin doğrudan vatandaşlığa alınmaması, bunun, kişinin isteği üzerine olması gerekmektedir. Vatansız kişilerin, vatandaşlık kazanma *“şansı”*nı geri çevireceklerini düşünmemekle birlikte, teorik olarak bu noktada aralarında ihtilaf söz konusu olan iki ilkedden, vatansızlığın önlenmesine hizmet eden *“herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır”* ilkesi, gerek Türk Hukukunda, gerekse Kıbrıs Türk hukukunda, *yerinde olarak* üstün tutulduğu ve vatansız kişilerin evlenme ile doğrudan vatandaşlık kazanacağını düzenleme altına alındığı görülmektedir.

Sonuç

Çalışmamızda, vatandaşlık hukukunun 3 temel ilkesi olan *“herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır”*, *“herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır”* ve *“herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır”* ilkeleri ele alınarak açıklanmış ve bu ilkelerin, Kara Avrupası Hukuk sisteminin etkisindeki Türk Hukuku ve Anglosakson Hukuk sisteminin etkisindeki Kıbrıs Türk Hukuku’ndaki yansımaları (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası’ndaki ilgili düzenlemeler, Türk Hukukunda önceki vatandaşlık kanunu 403 sayılı TVK ve şu an yürürlükte olan 5901 sayılı TVK, Kıbrıs Türk Hukukunda şu an yürürlükte olan vatandaşlık kanunu 25/1993 sayılı KYY ve yürürlüğe girmesi beklenen YKYY’nda yer alan hükümler kapsamında) karşılaştırılmıştır.

Çalışmamızda, yine ilkelerin ele alınma sırasına göre, genel olarak, Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku’ndaki yansımaları, kanun maddelerine metin içinde zaten yer verildiği için, yeniden yer vermeksizin, *genel fikri özetlemek* adına, oldukça kısa şekilde yinelenerek, varmış olduğumuz sonuçlar ve önerilerimiz belirtilecektir.

İlk ele alınan, *“herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır”* (vatansızlığın önlenmesi) ilkesi kapsamında, iki sistem incelendiğinde, yu-

karıda belirtilen düzenlemelerde yer alan bazı hükümlerin doğrudan, bazılarının ise dolaylı olarak, vatansızlığın önlenmesine hizmet ettiği görülmektedir:

Doğumdan itibaren vatansızlığın önlenmesinde; iki sistemde de kabul edilen, kan ve toprak esasları ile vatandaşlık kazanılması hallerinde, kan esası ile dolaylı olarak, toprak esası ile de doğrudan vatansızlığın önlenmesi söz konusudur.

Sonradan vatansızlığın önlenmesi hususunda ise; Vatandaşlığı kazanma açısından,

Telsik ile: Türk Hukukunda, kişinin vatansız eşine, 5901 sayılı TVK'na göre, doğrudan vatandaşlık kazandırılmadığı, Kıbrıs Türk Hukukunda ise yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'na göre, ilkeye uygun olarak, kişinin vatansız eşine doğrudan vatandaşlık kazandırılırken, yürürlüğe girmesi beklenen YKYY'nda ise tıpkı Türk Hukukunda olduğu gibi, doğrudan vatandaşlık kazandırılmadığı görülmektedir. Bu durum, vatansızlığın önlenmesi açısından "olumsuz" olarak nitelendirilmektedir.

Evlenme ile: Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK'nda, bir Türk vatandaşı ile evlenen vatansız kişinin, doğrudan vatandaşlığa alınmasına ilişkin her hangi bir hükme yer verilmezken, Kıbrıs Türk Hukukunda, gerek yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'nda, gerekse, YKYY'nda, bir Kıbrıs Türk vatandaşı ile evlenen vatansız kişinin, doğrudan vatandaşlık kazanması düzenleme altına alınmakta ve düzenleme bu yönüyle, vatansızlığın önlenmesi açısından, Türk Hukukundaki düzenlemeden daha yerindedir. Ancak, YKYY'nda, muvazaalı evlilikleri önlemek amacıyla getirilen, 3 yıl içinde boşanma halinde, kişinin kazandığı vatandaşlığı yitireceği hükmüyse, bir kez yineletelim ki, vatansızlığa yol açabilecek olup; vatansız kalacak kişilerin, bu uygulamadan muaf tutulması gerekmektedir.

Evlât edinilme ile: Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK'da yer alan ilgili şartlara uygun evlât edinilen tüm kişiler Türk vatandaşlığını kazanırken, Kıbrıs Türk Hukukunda ise gerek 25/1993 sayılı KYY'nda, gerekse YKYY'nda, ancak vatansızlık halinde, evlât edinilen kişiler vatandaşlık kazanmakta ve vatansızlığın önlenmesine doğrudan hizmet edilmektedir.

Vatandaşlığı kaybetme açısından:

Çıkma: Her iki hukuk sisteminde de, vatandaşlıktan çıkacak kişinin, vatansız kalmasını önlemeye yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Türk Hukukunda kişi, kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkmak istediği vatandaşlığı kazanmadan, vatandaşlıktan çıkamamakta; Kıbrıs Türk Hukukunda ise, *kişinin başka vatandaşlığı yoksa*, kazanmak üzere Kıbrıs Türk vatandaşlığından çıkmak istediği vatandaşlığı kazanmadan, vatandaşlıktan çıkamamakta, başka vatandaşlığı var olması halinde zaten vatansız kalmayacağı için vatandaşlıktan doğrudan çıkabilmektedir. Bu kapsamda, Kıbrıs Türk Hukuku'ndaki yaklaşım daha yerindedir.

Kaybettirme: Her iki hukuk sisteminde de, kişinin vatansız kalıp kalmayacağına ilişkin bir önleme, bu kurumun niteliği itibarıyla haklı olarak yer verilmezken; Türk Hukuku'nda 5901 sayılı TVK'nda ve Kıbrıs Türk Hukukunda yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'nda, kişinin eş ve çocuklarının vatandaşlıklarını koruyacağı hüküm altına alınırken, YKYY'nda, eş ve çocukların da vatandaşlıklarını kaybedeceği düzenleme altına alınmış olup; eş ve çocukların başka vatandaşlığı olmaması halinde, bu hükmün vatansızlığa yol açabileceği ve revize edilmesi gerektiği görülmektedir.

Çıkarılma: Çıkarılma kurumu, Türk Hukukunda, yürürlükteki 5901 sayılı TVK'nda düzenleme yer bulmazken, Kıbrıs Türk Hukukunda, gerek yürürlükteki 25/1993 sayılı KYY'nda, gerekse, YKYY'nda düzenleme altına alındığı görülmektedir. Kanaatimizce, "ağır" sonuçlara yol açan çıkarılma kurumuna, YKYY'nda yer verilmemesi gerekmektedir. Çıkarılmada, kişinin vatansız kalıp kalmayacağı, kurumun niteliği gereği zaten dikkate alınmayarak, başka vatandaşlığı olmaması halinde, kişinin vatansızlığına yol açılması söz konusuysa, eş ve çocukların da vatandaşlıktan çıkarılması söz konusudur. Bu durum, eş ve çocukların başka vatandaşlıkları olmaması halinde, vatansızlıklarına yol açabilecek olup, düzenleme, vatansızlığın önlenmesi açısından "olumsuz" olarak nitelendirilmektedir.

Seçme ile kayıp: Gerek Türk Hukukunda 5901 sayılı TVK, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY ve YKYY uyarınca, kişi vatansız kalacak ise seçme hakkı ile vatandaşlığı kaybedememektedir. Bu durum, vatansızlığın önlenmesi açısından yerindedir.

Evliliğin butlanı: Gerek Türk Hukukunda 5901 sayılı TVK, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY ve YKYY uyarınca, evlenme yolu ile vatandaşlık kazanılmasının ardından, evliliğin butlan ile sona ermesi durumunda, iyi niyetli kişi, vatandaşlığını korur. Kişinin başka vatandaşlığı olmaması ve vatansız kalma ihtimali olması halinde, bu durum, vatansızlığın önlenmesine hizmet etmektedir.

Eski geçerliliği artık tam olarak söz konusu olmayan, “Herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” (çok vatandaşlığın önlenmesi) ilkesi kapsamında, iki sistemin incelenmesine ise çok vatandaşlığın önlenmesine ilişkin düzenlemeler üzerinden değil, tek bir istisna dışında, çok vatandaşlığı mümkün kılan düzenlemeler üzerinden devam edilmiştir. Her iki hukuk sisteminde de, çok vatandaşlık benimsenmiştir.

Doğumdan itibaren çok vatandaşlık;

Kan

ve

Toprak esasları ile mümkün olmaktadır.

Sonradan çok vatandaşlık;

Telsik ile: Olağan telsikte, Türk Hukukunda, 5901 sayılı TVK’da, yer almakta olan “Herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesine hizmet eden “tek” düzenleme uyarınca, kişiden, çok vatandaşlığa yol açabilecek şekilde Türk vatandaşlığını kazanacak kişiden, vatandaşlığından çıkması istenebilmektedir. Kıbrıs Türk Hukukunda ise böyle bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Çok vatandaşlık, yeniden vatandaşlığa alınma ile de mümkün olabilmektedir. Türk Hukuku’nda yeniden vatandaşlığa alınma, 5901 sayılı TVK’da düzenlenirken, Kıbrıs Türk Hukukunda, 25/1993 sayılı KYY’nda düzenleme bulunmamış, ancak yerinde olarak YKYY’nda düzenleme altına alınmıştır.

Evlenme ile: Gerek bir Türk vatandaşı, gerekse bir Kıbrıs Türk vatandaşı, bir yabancı ile evlenerek, başka bir devlet vatandaşlığını kazanabilmekte, ve aynı zamanda, Türk vatandaşlığını da koruyabilmektedir. Bu durum çok vatandaşlığa yol açmaktadır.

Seçme Hakkı: Türk Hukuku’nda yer alan seçme hakkı ile vatandaşlık kazanılması halinde de çok vatandaşlık söz konusu olabilmektedir. Kıbrıs Türk Hukukunda ise bu kurum düzenleme altına alınmamaktadır.

Son olarak ele alınan, “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır” ilkesi kapsamında, iki sistem incelendiğinde, yeni bir vatandaşlığı seçebilmeyi, vatandaşlığı değiştirebilmeyi ve vatandaşlığa alınmaya “mecbur” bırakılmamayı düzenleyen hükümler olduğu görülmektedir:

Yeni vatandaşlık edinme ve vatandaşlığı değiştirme açısından: Gerek Türk Hukukunda, gerekse Kıbrıs Türk Hukukunda, vatandaş, evlenme yolu ile bir başka devlet vatandaşlığı edinebileceği gibi, çıkma yolu ile de, vatandaşlığını değiştirebilir. Bu kapsamda, herkesin vatandaşlığını özgürce seçme ve değiştirmede özgür olması ilkesine uyumlu düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Vatandaşlığa alınmaya mecbur tutulamama: Gerek Türk Hukuku’nda, gerekse Kıbrıs Türk Hukuku’nda, kişi, evlenme ile doğrudan vatandaşlık kazanmamaktadır. Bu kapsamda da, yine, herkesin vatandaşlığını özgürce seçme ve değiştirmede özgür olması ilkesine uyumlu düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

Sonuç itibarıyla, Türk Hukuku’nda ve Kıbrıs Türk Hukuku’nda, belirtilen aykırı haller dışında, “herkesin *mutlaka* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesinin benimsendiğini, yine “herkes vatandaşlığını seçme ve değiştirmede özgür olmalıdır” ilkesinin de benimsendiğini ancak, “herkesin *yalnız* bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesinin artık, eski güçlü geçerliliğini yitirdiğini ifade etmek yerinde olacaktır.

Kaynakça

- Aybay Rona, “Çifte Uyrukluk Sorunu”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 15/1, Y. 1993, ss. 100-108.
- Aybay Rona/Özbek Nimet, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2015.
- Berki F. Osman, Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1970.
- Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Cilevičs, Boriss, Latvia, Socialist Group, “Access to Nationality and The Effective Implementation of The European Convention on Nationality” Report, <<<http://website-pace.net/documents/19838/166208/20131002-RptNationalityAccess-EN.pdf/9a81ae6f-b0a9-4a86-b184-2903d5e2f142>>>.
- Convention On Certain Questions Relating To The Conflict Of Nationality Law The Hague - 12 April 1930,

<<<http://eudo-citizenship.eu/InternationalDB/docs/Convention%20on%20certain%20questions%20relating%20to%20the%20conflict%20of%20nationality%20laws%20FULL%20TEXT.pdf>>>.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, <<<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>>>.

Coşkun Vahap, "Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 16- 19, 2009, ss. 1-21.

Doğan Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2012.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş A. Mustafa, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2011.

European Convention on Nationality,

<< <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/166.htm>>>.

Erdem B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2013.

Erten Rıfat, "Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler", *TAAD*, Y. 5, S. 19, 2014, ss. 243-278.

Fişek Hicri, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 1959.

Göğer Erdoğan, "Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti", *AÜHFD*, S. 3-4, 1971, ss. 173-192.

Göğer Erdoğan, Türk Tabiiyet Hukuku, Ankara 1979.

Güngör Gülin, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi", *MHB*, Y. 17-18, S. 1997-98, ss. 230-250.

Güngör Gülin, "Vatandaşlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu Üzerindeki Etkisi", *AÜHFD*, C. 63, S. 3, ss. 480-508.

Hadimoğlu-Özbek Nimet/Teksoy Barış, "Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu", *TBBD*, S. 107, 2013, ss. 222-244.

KKTC Yurttaşlık Hukuku Yasa Tasarısı (2015),

<< <http://www.cm.gov.nc.tr/YasaTasariOneriForm.asp>>>.

Nomer Ergin, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2014.

Özkan Işıl/Tütüncübaşı Uğur, "Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler", *AÜHFD*, 2008, C. 57, S.3, ss. 599-634.

Pilgram Lisa, *International Law And European Nationality Laws*, Italy 2011.

Şit Banu, "Modern Vatandaşlık Kavramına Bir Bakış", *TBBD*, S. 76, 2008, ss.64-82.

Tanrıbilir B. Feriha, "Avrupa Vatandaşlık Hukuku Sözleşmesi ve Türk Hukuku", *MHB*, C. 22, S. 2, 2002, ss. 791-818 (Avrupa).

Tanrıbilir B. Feriha, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri", *TBBD*, S. 75, 2008, ss. 27-61 (Türk).

Turhan Turgut, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yurttaşlık Hukuku, Ankara 2002.

Turhan Turgut/Tanrıbilir B. Feriha, Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Ankara 2010.

Uluocak-Erdener Nihal, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 1968.

Unat İlhan, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 1966.

Üçüncü Pelin, "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Sözleşmenin Türk Vatandaşlık Hukukuna Etkisinin İncelenmesi", <<https://www.academia.edu/9285073/Avrupa_Vatandaşlık_Sözleşmesi_ve_Türk_Vatandaşlık_Hukuku>>.

Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı, UNCHR, Cenevre 2014.

Vienna Convention on Diplomatic Relations – 1961, <<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf>>.

ARABULUCULUK UYGULAMALARINA İLİŞKİN BİR ALAN ARAŞTIRMASI (ANKARA ÖRNEĞİ) A SURVEY REGARDING THE IMPLEMENTATIONS OF MEDIATION IN ANKARA

Recep TAYFUN*
Aylin ERDEM TÜRK**

Özet: Arabuluculuk hukuki çözümlere alternatif olabileceği düşünülerek zaman ve maddi tasarruflar gözetilerek öne sürülmüş bir yöntemdir. Uygulamanın temel prensiplerinden biri de dostane bir uzlaşma yöntemi olmasıdır. Yaşanan çatışmaların müzakere yönetimi ile taraflar arasında uzlaşma sağlamak amacıyla hukuk sisteminin bir üst noktaya taşındığı bir süreçtir. İletişim odaklı bir çözümdür ve kişilerarası iletişime odaklanmaktadır. Sistemin inşası sürecinde çeşitli sorunlarla karşılaşılsa da çözüm yönünde atılacak adımlarla yargı sistemine ve topluma sağlayacağı faydanın yanı sıra, bir yandan hukuk devletinin varlığını güçlendirecek diğer yandan uzlaşının yerleşik bir kültürel değer olarak artzamanlı ve eşzamanlı aktarımına katkı sağlanacaktır. Kolay bir uygulama yöntemi olmamakla birlikte, kesinlikle tüm çabalara değer bir temel özellik taşımaktadır.

Anahtar kelimeler: Arabuluculuk, Arabuluculuk Eğitimi, İletişim, Kişilerarası İletişim

Abstract: Mediation is a suggested method which can be an alternative solution to dispute settlement when considering the legal and financial savings. One of the basic principles of this method is that it is an amicable settlement method. It is a dialog oriented solution and focuses on the communication between parties. Even though there are some problems during the construction of the mediation system, it would be an effective way to reinforce the rule of law and to build the consensus culture as well as it would be beneficial for the society. Although that is not easy to apply, mediation includes the basic features which are worthy of all efforts.

Keywords: Mediation, Mediation Education, Communication, Interpersonal Communication.

* Doç. Dr., Başkent Üniversitesi İletişim Fakültesi Halkla İlişkiler ve Tanıtım Bölümü Öğretim Üyesi

** Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Halkla İlişkiler ve Tanıtım ABD Yüksek Lisans Öğrencisi

Giriş

“Arabuluculuk” kavramı tanımları birbirine benzer anlamlar ifade etse de toplumlardaki kullanılma durumuna bakıldığında başlangıcı farklı zamanları göstermektedir. Ülkemizde 2000’li yıllarda somut adımlar atılmaya başlanmıştır. Kavramın ilk akla getirdiği çağrışım bir uzlaşma yöntemidir. Müzakere kelimesi ise sıklıkla kavramı tanımlarken kullanılan olmazsa olmaz ifadelerden birisidir. Günümüzde daha fazla görünür hale gelmesi, bazı yorumlayıcılar tarafından mahkemelerdeki zaman ve iş yığılması gibi kaynak yetersizliklerinin yarattığı sorunların sonucuna bağlanmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.¹

Bununla birlikte uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Toplumsal barışın oluşumu, korunması ve geliştirilmesine katkı sağlayan alternatif çözüm yolu olarak tanımlanan arabuluculuğun üzerine inşa edildiği temel alan iletişimdir. Tarafların empati ve “çift yönlü simetrik model” anlayışı ile güvene dayalı olarak, sürdürülebilir ve kalıcı çözümler üretmeyi amaçlayan bir yaklaşımdır. Bu yönüyle arabuluculuğu iletişimden ayrı düşünmek mümkün değildir.

İnsan yaşamı kişilerarası ilişkiler üzerine kurulmuştur. İnsanlık tarihi boyunca, bireyin yaşamının her alanında ve her anında etkin olan iletişim devamlılık gösteren bir süreçtir.² Bu süreç, doğum ile ölüm arasındaki sınırlı yaşam boyunca kurulan iletişim ve etkileşim ile bireyin yaşadığı değişimlerden meydana gelmektedir. İletişimin

¹ Adalet Bakanlığı, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Gerekçesi”, 2008, s.5, erişim tarihi; 02 Eylül 2015, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>.

² Merih Zillioğlu, *İletişim Nedir?* Cem Yayınevi, İstanbul. 2003, s. 94.

farklı birçok tanımı incelendiğinde sürekli değişim halinde olan bir sürecin ifade edilmeye çalışıldığı anlaşılabacaktır. Sürecin içinde kendini ifade edebilme, anlama, ikna, inanma, anlaşma gibi önemli kavramlar dikkat çekmektedir. Bir başka ifadeyle iletişim, bir yanda haberi veren (kaynak) diğer yanda haberi alan ve haberi simgeleyen mesaj olmak üzere üç temel öğeden oluşan bir süreçtir. Bu süreç içerisinde kod, kodlama, kod açma, yorumlama ve geri iletişim yer almaktadır.³ İfade edilen bu kavramların tamamı, arabuluculuk iletişimi süreçlerinin seyrini ve yönünü belirleyen temel kavramlardır. Tarafların anlaşma ve uzlaşma süreçlerinde bu kavramlar belirleyici olacaktır. Bu kavramlar aynı zamanda, arabuluculuk eğitimi veren/alan ve uygulamalara katılanlar açısından da sürecin ne ifade ettiğini ortaya koyacak niteliktedir. Çalışma kapsamında arabuluculuk eğitimi alan kişilerle yapılan mülakatlarda bu ayrıntılara vurgu yapılmaya çalışılmıştır.

Uyuşmazlıkların anlamaya varmak suretiyle çözümü hakkında pek çok yöntem bulunmaktadır. Bu yöntemlerden birisi de arabuluculuktur. Alternatif uyuşmazlık çözümleri ceza yargısı ile idarî yargı alanında da kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların, niteliği ve arabuluculuk yöntemlerinin de farklı olması nedeniyle, ceza ve idari uyuşmazlıklardan ayrı olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı düşünülmüştür. Öte yandan, bu yöndeki düzenlemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu içinde yer alması düşünülebilir ise de genel bir kanunda bu hükümlere yer verilmesi yerine, ayrı bir kanunla düzenlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı sonucuna varılmıştır. Nitekim Avusturya, Almanya, Bulgaristan, Macaristan ve Slovakya gibi ülkelerde de arabuluculuk özel kanunlarla düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülkeye ve sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözümleri mevcuttur.⁴ Ülkemizde arabuluculuk uygulamalarının uyuşmazlıkların çözümünde etkili bir alternatif olarak kabul görmesi ve yerleşmesi, uygulamacıların ve eğitimcilerin kazandıkları birikim ve deneyimlerin paylaşımı ile mümkün ve anlamlı olacaktır.

³ Doğan Cüceloğlu, *Yeniden İnsan İnsana*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 72.

⁴ Adalet Bakanlığı, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Gerekçesi", 2008, s.5, erişim tarihi; 02 Eylül 2015, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>.

I. Alternatif Uyuşmazlık Çözümünde Arabulucunun Rolü

İletişim sürecinde tarafların birbirini gerçek olarak etkilemesi, anlamaya yönelik aktif dinlemesi, mesaja aktif katılım gibi mesaj gönderen ile alıcı arasında birbirinden ayrılmaz sorumluluklar bulunmaktadır. O zaman birbirinden kişilik, eğitim, görgü-bilgi, inanç-değer, görev, çevre, kültür ve deneyimleri benzer özelliklerde olmayan kişilerin, etkin iletişim sürecini gerçekleştirebileceklerini hayal etmek de doğru bir beklenti olmayacaktır.⁵ Yaşanan uyuşmazlıklara alternatif çözümler üretilebilmesi bu tür farklılıkların karşılıklı anlaşmayı engelleyecek bir bariyere dönüşmesine engel olmakla mümkün olacaktır. Bu aşamada arabulucunun rolü devreye girmektedir. Arabulucu, tarafların anlaşarak seçtikleri üçüncü bir kişidir. Arabuluculuk süreci sonunda arabulucu bir karar vermez, bilimsel yöntemlerle, taraflar arasındaki iletişimi sağlayarak, uyuşmazlığın çözümünü mümkün kılmayı amaçlar.⁶ Arabulucunun sürecin gerçekleşmesine katkı sağladığı ifade edilen iki yönlü simetrik yaklaşım ve özellikle empati kurabilme becerisi, taraflar arasındaki çözüm konusunda önemli bir rol oynamaktadır.

İki yönlü simetrik dünya görüşünde; işbirliği, iki yönlü düzeltmeler, kontrol ve adaptasyon tercih edilir. Çatışmaların çözülmesinde baskı, manipülasyon, zorlama ya da şiddetle değil, müzakere, iletişim ve uzlaşmayla hareket edilmelidir.⁷ Çatışma, ilişki içinde olan taraflar arasında doğal olarak ortaya çıkar. Önemli olan çatışmanın çıkmasını önlemek değil, çatışma çıktığı zaman tarafların birbirleriyle nasıl etkileşim kuracağını bilmesidir.⁸ Çatışmaların çözümüne dair atılan adımlar dar anlamda bireysel ilişkileri; geniş anlamda, toplumsal ilişkileri düzenleyici ve etkileyici bir güce sahiptir. Bu yapıların oluşum ve gelişimi müzakere edebilme başarısı ile gerçekleşmektedir. İki yönlü simetrik yaklaşımın anlaşma ve uzlaşma temelli bir kapsamda ele alınıyor olması, Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramına vurgu

⁵ Duygu Altuğ, Yönetim Anlayışı İçinde Örgütsel İletişim ve Beceriler. Haberal Eğitim Vakfı, Ankara, 2011, s.2

⁶ Adalet Bakanlığı, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Gerekçesi", 2008, s.5, erişim tarihi; 02 Eylül 2015, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlaman/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>.

⁷ James E. Grunig, Halka İlişkiler ve İletişim Yönetiminde Mükemmellik, Rota Yayınları, İstanbul, 2005, s. 57.

⁸ Doğan Cüceloğlu, Yeniden İnsan İnsana, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 71.

yapılmasını zorunlu kılmaktadır. İletişimsel eylem kuramı iletişimsel bir çözümlemeden çok uzlaşma temelinde bir üst kuramsal çalışmadır.⁹ O'na göre, kişilerarası iletişimde karşıdakini anlayabilmenin yolu, insanoğlunun temelde bu iletişimsel yeteneğe sahip olduğu gerçeğinden kaynaklanmaktadır.

Arabuluculuk, müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamlarını ve çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yönetimidir.¹⁰

Taraflar arasında gelişen bir çatışmanın sıradan bir yaklaşımla, rastlantısal yöntemlerle gelişecek bir iletişimle değil, sorumluluğunun bilincinde, birçok donanımla kendini geliştirmiş, eğitim almış, empati kurabilen ve tarafsız olabilen bir arabulucu eşliğinde bir müzakere ortamında çözüme ulaşması daha yüksek bir olasılıktır. Müzakere sonucunda meydana çıkan olumlu yaklaşımlar anlaşma ve uzlaşma olarak tanımlanır. Müzakere tanımından yola çıkarsak; müzakere, kendine ait görüş ve bakış açısı olan karşılıklı iki tarafın ortak bir düşüncede anlaşmasını sağlayan iletişim tarzı olarak, bir tarafın diğer tarafa kendi isteklerin, dikte ettirmesi değil, karşılıklı olarak bir mutabakat (anlaşma) sağlaması durumudur.¹¹

Arabuluculuk süreçlerinde empati becerisi; sürecin başarısı, çözümün kalıcılığı ve anlaşmanın gerçekleşmesi açısından çok önemlidir. Çünkü arabulucunun tarafların duygularını, isteklerini, ihtiyaçlarını doğru olarak anlaması ve anladığı taraflara ifade etmesi, arabulucuya güvenin sağlanması ve uyuşmazlıkların aşılmasında anahtar rolü oynayacaktır.¹²

⁹ Yılmaz Yıldırım, "Jürgen Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı" *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı8(2), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Afyon, ss:249-268, 2006, s. 252.

¹⁰ Hakan Öztatar, "Genel Olarak Arabuluculuk", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 9.

¹¹ Ünsal Sığırı ve Abdulkadir Varoğlu, *Müzakere ve Arabuluculuk İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlık Çözümü*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s. 30.

¹² Özcan Yağcı, Nejat Basım ve Recep Tayfun, «İletişim». *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, derleyen: Ali Halıcı, Toprak, M., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014, s.142.

Habermas İletişimsel Eylem Kuramında, empati yeteneğinin insanlarda zaten var olduğunu belirterek, müzakere ortamında insanların bu yeteneğini kullanmasına ortam yaratarak uzlaşmanın mümkün olacağını vurgulamaktadır. Bu açıdan bakıldığında empati ile uzlaşma arasında doğrudan ve çok net bir ilişki ve etkileşim bulunmaktadır. Karşısındakinin yalnızca duygularını ya da yalnızca düşüncelerini anlamak, etkili iletişim için yeterli değildir.¹³ Kişinin kendisini tamamen karşısındakinin yerine koyarak davranması, sempatik bir yaklaşım olarak karşılanabilir ancak empatik olmaktan uzaktır. Asıl önemli olan diğerinin ne düşündüğünü ve hissettiğini dikkate alarak kendi özel yaklaşımını iletişime yansıtmaktır. Bu yaklaşım biçimi aynı zamanda empatik davranış olarak ifade edilmektedir.

Geri bildirim içinde, iletişim konusunda olumlu özelliklerin olması önyargısız, içten, duyarlı, empatik ve samimi davranılması, mesajın anlaşılmasına ve iletişimin gelişmesine imkân verir. Geri bildirimin kalitesi, iletişimin hem devamını, hem de yönünü belirler. Geri bildirim alıcı kişinin kaynak kişi karşısındaki konumunu açıklığa kavuşturur. Alıcı hem sözlü dilini, hem de beden dilini iletişimi destekleyecek şekilde kullanır.¹⁴ Toplum içindeki bireylerin birbirleri ile sağlıklı ilişkiler kurması, bireylerin iyi ilişki kurma konusundaki birikimlerini, yaşamlarında uygun zaman ve yerde kullanmalarına bağlıdır. Kurulan her ilişki bireyin kendini yenilemesine yardımcı olacaktır. Toplumsal sorunların demokratik çözümü için karşılıklı, iki yönlü iletişim gerekir. Böyle bir iletişim **gerçekleşmediği sürece, sorunların kalıcı çözümüne ulaşmak zorlaşacaktır**. Yaşanan zorluklar zamanla çözümü başarmanın mümkün olmadığına dair karamsarlığın yaşanması, derinleşmesi ve yaygınlaşmasına neden olacaktır.

II. Araştırmanın Amacı

İletişimin insan yaşamındaki yeri ve önemi ile uyumsuzluk çözümlerinde alternatif artmasına koşut olarak, önem verilen kavramlarda değişim sürecine girilmiştir. “Arabuluculuk” kavramı da bunlardan biridir. Arabuluculuk, mahkeme ortamlarından bağımsız olarak çatışma çözümlemeye odaklı, iletişim ağırlıklı bir oluşumdur. Bu çalışma

¹³ Üstün Dökmen, İletişim Çatışmaları ve Empati, Sistem Yayıncılık, 30. Baskı, İstanbul, 2005, s. 136.

¹⁴ Recep Tayfun, Etkili İletişim ve Beden Dili, Beşinci Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2014, s. 15.

kapsamında arabuluculuk uygulamalarında yaşanan somut gelişmelerin bizzat uygulayıcılar, eğitimciler ve tespit edilen örnekler eşliğinde ele alınması amaçlanmaktadır. Bu sayede, bir yandan yeni bir uygulama alanı olarak arabuluculuğun yaygınlaşmasına katkı sağlanması diğer yandan da yaşanan gelişmeler hakkında uygulayıcıların yaşadıkları deneyim ve birikimlerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

III. Araştırma Yöntemi

Çalışmada arabuluculuk konusuna yönelik bir alan taraması yapılmıştır. Arabuluculuk sertifikasını almış fakat arabuluculuk *yapmamış*, sertifikasını almış aynı zamanda arabuluculuk *deneyimi olan* ve arabuluculuk *eğitimi veren* kişilerle ile nitel araştırmalarda çok sık kullanılan veri toplama aracı olan mülakat (*görüşme*) tekniği kullanılarak bulgular tespit edilmiştir. Görüşme tekniği, “önceden belirlenmiş ve ciddi bir amaç için yapılan, soru sorma ve yanıtlama tarzına dayalı karşılıklı ve etkileşimli bir iletişim süreci” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Araştırmanın amacına uygun bir biçimde katılımcılara toplam *on bir adet* soru yöneltilmiş, bu sorulardan sekiz adedi açık uçlu nitelikte hazırlanmıştır.

IV. Araştırmanın Evreni ve Sınırlılıkları

Araştırmanın evreni Ankara ili ile sınırlı tutulmuştur. Ankara ilinde arabuluculuk eğitimi almış, sınavlara girmiş ve başarılı olan toplam (523) arabulucu bulunmaktadır. Bu kişilerden (284)’ü Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı siciline kayıtlıdır. Toplam sayının içinde (239) kişinin, arabulucu olmaya hak kazanmış ancak sicile kayıt yaptırmadıkları anlaşılmaktadır. Arabuluculuk Daire Başkanlığı kayıtları incelendiğinde,¹⁶ Ankara ilinde yapılan arabuluculuk görüşmelerine dair toplam (64) tutanak düzenlenmiş, bu tutanaklar (20) arabulucunun gerçekleştirdiği görüşmelerden elde edilmiştir. Görüşme kapsamında Ankara ilinde arabuluculuk yapmış olan toplam (5) arabulucuya ulaşılmış olması oransal olarak önemli bir düzeydir. Arabuluculuk eğitimi almış fakat yapmamış (284) kişinin içinden toplam (8)

¹⁵ Ali Yıldırım ve Hasan Şimşek, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, Sekizinci Baskı, Seçkin Yayın, Ankara, 2011, s. 119-125.

¹⁶ Verilerin tamamı 03 Eylül 2015 tarihinde Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı yetkilileri ile yapılan görüşme ile toplanmıştır.

kişiye ulaşılmıştır ki, bu oranda sonuçlar açısından dikkat çeken bir orandır. Benzer bir biçimde Ankara ilinde arabuluculuk eğitimi konusunda Türkiye Barolar Birliği ile ortaklaşa çalışma yürüten Başkent Üniversitesi ve Barolar Birliği eğitimci kadrosundan toplam (7) eğitime ulaşılmıştır ki, bu oran da yaklaşık (20) kişilik bir yapının içinde önemli bir düzey niteliğindedir.

Katılımcılara önceden hazırlanan formlar eşliğinde yüz yüze yapılan görüşmelerde sorular yöneltilerek yanıtlar alınmıştır. Mülakat tekniğinin verdiği avantajlar dikkate alındığında, sadece sorular değil aynı zamanda karşılıklı yorum ve sözlü iletişim boyutu da çalışmaya özel bir anlam katmıştır. Her üç aşamada çalışmaya katılanlar, son derece istekli, katkıya hazır, odaklanılmış yanıtlar vermişlerdir.

Özgünlüğü açısından daha önce benzer bir çalışmanın yapılmamış olması, alana sağlayacağı katkının yanı sıra sonrasında araştırmacılar tarafından genişletilerek bir özellik de taşımaktadır. Değerlendirmenin kolay, anlamlı ve bütünleştirici olabilmesi amacıyla bölümler halinde sorulara verilen cevaplar tanımlanmış, ardından bulguların değerlendirmesi yapılmaya çalışılmıştır.

V. Araştırmanın Bulguları

A Arabuluculuk Eğitimi Almış Arabuluculuk Yapmış Avukat

Görüşmecilerin arabuluculuk yapmış olmalarından dolayı bu ayrıntı dikkate alınarak sorular yöneltmiştir. Açık uçlu sorularda bu ayrıntı vurgulanmış diğer sorularda benzer içeriğe bağlı kalınmıştır.

Soru 1: Kaç yıldır avukatlık yapıyorsunuz?

Örneklem – I [Erkek]	Örneklem – II [Erkek]	Örneklem – III [Erkek]	Örneklem – IV [Erkek]	Örneklem – V [Kadın]
13	6	16	11	27

Soru 2: Aldığınız arabuluculuk eğitimi ile alan arasındaki tutarlılığı **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında nerede değerlendirirsiniz? (*Ortalama değer: 7.6*)

Örneklem – I	Örneklem – II	Örneklem – III	Örneklem – IV	Örneklem – V
7	7	10	7	7

Soru 3: Görüşme yaptığınız insanlar neden arabuluculuk sistemi ni tercih ettiler?

Örneklem – I	<i>Çok kolay tercih edildiğini düşünmüyorum. Ceza uygulaması için mahkemeye gitmek ve yargılamanın uzunluğundan dolayı tercih edildi.</i>
Örneklem – II	<i>Yargı sürecini kısaltmak istediler. Zaman açısından. Taraflar maddi konular olduğunda haklarını daha çok arıyorlar.</i>
Örneklem – III	<i>Kısa sürede çözüm, düşük maliyet.</i>
Örneklem – IV	<i>Hızlı ve sonuç odaklı. Az kazanılıyor fakat döngü hızlı gerçekleşiyor.</i>
Örneklem – V	<i>Hızlı. Müvekkillerin avukatları tarafları arabuluculuğa ikna edebildiği için.</i>

Soru 4: Neden arabulucu oldunuz?

Örneklem – I	<i>Hukukun salt mahkemeler değil, insan eliyle de mahkemelere gerek kalmaksızın uygulanabileceğini düşündüğüm için.</i>
Örneklem – II	<i>Ortaklık sebebi ile</i>
Örneklem – III	<i>Manevi yakınlık.</i>
Örneklem – IV	<i>İnsanların uzlaşmasından duyduğum memnuniyet.</i>
Örneklem – V	<i>Ülkemizde bu yöntemin yaygın ve zorunlu hale geleceğine inanıyorum.</i>

Soru 5: Arabulucu ile Yargıç arasında ne fark vardır?

Örneklem – I	<i>Yargıç: karar makamıdır. Arabulucu: ortak paydada insanları birleştirendir. Görevi karar vermek değil, tarafları karara götürmektir.</i>
Örneklem – II	<i>Yargıç: yargılar. Arabulucu: anlamaya ve taraflar arasında iletişim kanallarını açık tutarak uygun çözüm yollarının bulunmasına aracılık eder.</i>
Örneklem – III	<i>Yargıç: karar verir. Arabulucu: tarafların karar vermesini kolaylaştırır.</i>
Örneklem – IV	<i>Yargıç: kendi istediği kararı verir. Arabulucu: tarafların istediği ortak kararı verir.</i>
Örneklem – V	<i>Yargıç: karar mercii. Arabulucu: karar mercii değil, uzlaştırıcı, anlaşmayı sağlayıcı, kolaylaştırıcı.</i>

Soru 6: Arabuluculuk yaptığınız olaylarda iki tarafın da kazandığı bir çözüm üretildi mi?

Örneklem – I	<i>Genellikle üretildi. Kusurlu olan taraf makul bir tazminat ödemeyi kabul edince, taraflar uzlaşmayı kabul etti.</i>
Örneklem – II	<i>Evet üretildi. Müzakerelere yeterli ve gerekli zemin hazırlandı.</i>
Örneklem – III	<i>Evet, çıkarlarına uygundu, pastayı genişleterek gerçekleştirdi.</i>

Örneklem – IV	Elbette çok yüksek. Karşılıklı kazanım olmazsa anlaşma sağlanmaz.
Örneklem – V	Üretildi. Zamandan ve masraftan kazandılar.

Soru 7: Arabuluculuk yaptığınız olaylarda tarafların uzlaşmaya yatkınlık ve empati kurabilme becerilerine **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında hangi puanı verirdiniz? (Ortalama değer: 6.0)

Örneklem – I	Örneklem – II	Örneklem – III	Örneklem – IV	Örneklem – V
6	9	6	3	6

Soru 8: Arabuluculuk yaptığınız olaylarda her iki tarafın da yeterince kendini ifade edebilir niteliklere sahip olduklarını düşünüyor musunuz?

Örneklem – I	Genellikle hayır, ancak uygulama oturdukça bilinç de artacaktır.
Örneklem – II	Birbirini takip eden iki olayda da taraflar kendini yeterince ifade edebildi.
Örneklem – III	Hayır.
Örneklem – IV	Edebiliyorlar.
Örneklem – V	Edebildiklerini düşünüyorum.

Soru 9: Arabulucuların tarafsız olmayı başarmaları kolay mıdır?

Örneklem – I	Kolaydır. Eğer bir tarafın lehine hareket ederseniz anlaşma olmaz ve çıkara dayalı davranışlar nedeniyle sonuca ulaşamaması muhtemeldir.
Örneklem – II	Küçük şehirlerdeki akrabalık ilişkilerinde tanıdık olma ihtimali yüksek olunca tarafsız olmak zorlaşıyor.
Örneklem – III	Orta zorluktadır. Ancak sürekli dikkat gerektirir.
Örneklem – IV	Kolay olduğunu düşünüyorum.
Örneklem – V	Kolay değil, avukat kimliğinden uzaklaşmak gerekir.

Soru 10: Toplumumuzdaki insanların çatışmadan kaçınma eğilimini değerlendirseniz **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında hangi puanı verirdiniz? (Ortalama değer: 4.2)

Örneklem – I	Örneklem – II	Örneklem – III	Örneklem – IV	Örneklem – V
3	5	3	6	4

Soru 11: Arabuluculuk eğitiminin süresini yeterli buluyor musunuz?

Örneklem – I	Yeterli buluyorum.
Örneklem – II	Yeterli buluyorum.

Örneklem – III	Yeterli buluyorum.
Örneklem – IV	Yeterli buluyorum. Uygulamaya ağırlık verilmesi gerekir.
Örneklem – V	Yeterli buluyorum. Uygulamaya ağırlık verilmesi gerekir.

1. Bulguların Değerlendirilmesi

Önemli tespitlerden birisi, arabuluculuk yapan görüşmecilerin, aldıkları eğitimden (7.6/10) yüksek düzeyde tatmin olduklarını göstermektedir. Bu sonuç, uygulama yapıldıktan sonra verildiği için ayrı bir önem taşımaktadır.

Görüşmelerde arabuluculuğun “neden” tercih edildiği sorusuna verilen cevapların ortak noktası “*hızlı ve düşük maliyetli*” olmasıdır. Ancak bir görüşmeci, avukatların müvekkillerini arabuluculuğa ikna edebildiğini belirtmiştir.

Görüşmecilerin verdikleri yanıtlardan açık bir biçimde arabulucu ile yargıç arasındaki farkı özümsemişi anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın çözülmesinde tarafların arasında ideal olan yöntemin “kazan-kazan” şeklinde olmasına yapılan açık vurgu dikkat çekmektedir. Fakat görüşmecilerin toplumsal yapının uzlaş, empati **eğilimine** ve çatışmadan kaçınmaya dair bakış açısının (6.0/10)- (4.7/10) düşük olduğu görülmektedir. Bu detay eğitimlerde üzerinde odaklanılması ve dikkat çekilmesi gereken bir ayrıntıdır. Arabuluculuğa katılan tarafların kendini ifade edebiliyor olması dikkat çekicidir. Çünkü arabuluculuk yapmamış olan görüşmeciler bu durumu koşullara bağlamaktadır.

Arabuluculuk uygulamalarının kolay olmadığı belirtilmekle birlikte, verilen yanıtlardan açık olarak bu zorluğa değecek bir çaba olduğu belirtilmektedir. Ayrıca avukatlık deneyimlerinin kontrol altında tutulmasının önemine de vurgu yapılmaktadır. Son olarak görüşmecilerin tamamına yakını eğitim süresinin yeterli olduğunu belirtmekte ve pratik eğitime ağırlık verilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadırlar.

B. Arabuluculuk Eğitimi Almış Arabuluculuk Yapmamış Avukatlar

Görüşmecilerin arabuluculuk yapmadıkları dikkate alınarak hazırlanan sorular yöneltilmiştir. Açık uçlu sorularda iki soru farklı olarak yöneltilmiştir.

Soru 1: Ne kadar süredir avukatlık yapıyorsunuz?

Örneklem I [Erkek]	Örneklem II [Erkek]	Örneklem III [Erkek]	Örneklem IV [Erkek]	Örneklem V [Kadın]	Örneklem VI [Kadın]	Örneklem VII [Kadın]	Örneklem VIII [Kadın]
12	9	19	9	14	25	24	25

Soru 2: Aldığınız arabuluculuk eğitimi ile alan arasındaki tutarlılığı **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında nerede değerlendirirsiniz? (*Ortalama değer: 5.4*)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII	Örneklem VIII
6	3	2	2	5	10	8	7

Soru 3: Sizce insanlar arabuluculuğu neden tercih ederler?

Örneklem – I	Zaman kazanmak için.
Örneklem – II	Daha hızlı ve daha ucuz olması. Kazan-kazan anlayışı.
Örneklem – III	Gizli, hızlı ve ucuz uyuşmazlık çözümü için.
Örneklem – IV	Mahkemelerle, hâkimlerle, avukatlarla uğraşmak istemiyorlar. Hızlı çözüm.
Örneklem – V	Masrafsız olduğu için.
Örneklem – VI	Tercih etmezler çünkü güven duymuyorlar. Serbest çalışan avukatlar bu işi yapıyor ve insanlarda onlara güvenmekte güçlük çekiyor.
Örneklem – VII	Tasarruf. Aynı zamanda özgür iradelerini kullanma şansları daha yüksek.
Örneklem – VIII	Masraftan kurtulmak. Aynı sosyal ortamda yaşama devam edebilmek için.

Soru 4: Neden arabulucu oldunuz?

Örneklem – I	Çalışma yaptığım alanı zenginleştirmek için.
Örneklem – II	Klasik hukuki çözüm yolları uzun süreli, pahalı ve adalet duygusunu tatmin etmekten uzak.
Örneklem – III	Aldığım hukuk eğitimini ve avukatlık tecrübemi kullanabileceğim yeni bir alan olduğu için.
Örneklem – IV	Gelecekte arabulucu olmak daha zor olacak.
Örneklem – V	Alternatif çözüm üretebilmek için.
Örneklem – VI	Sorunları bu şekilde çözebileceğimi düşünüyorum. Mesleki açıdan katkısı olacağını düşünüyorum.

Örneklem – VII	Vatandaşa daha yararlı olmak için.
Örneklem – VIII	Uzlaşma kültürünü sağlamak ve yaygınlaştırmak

Soru 5: Arabulucu ile Yargıç arasında ne fark vardır?

Örneklem – I	Yargıç: Devlet memuru zihniyeti ile çalışır ve sonuç -uzlaşma, ilişkilerin yıpranması gibi- çok önemli değildir. Arabulucu: bir bağımlılığı yoktur.
Örneklem – II	Yargıç: Yargılar. Arabulucu: Anlamaya ve taraflar arasında iletişim kanallarını açık tutarak uygun çözüm yollarının bulunmasına aracılık eder.
Örneklem – III	Yargıç: Hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözer ve hüküm verir. Arabulucu: tarafların sistemli bir şekilde uyuşmazlıklarını çözmeleri için yapacağı görüşmeleri yönlendiren resmi arabulucu olup çözüm önerisi getiremez. Taraflar kendi çözümlerini kendileri bulur.
Örneklem – IV	Yargıç: Bir tarafı haklı görebilir, kendiliğinden evrak, belge toplayabilir, tarafları sorgulayabilir. Karar mercidir. Arabulucu: Tarafların kabul eşliğini belirler ve bunu tarafların kendiliğinden görmesini sağlar.
Örneklem – V	Yargıç: Karar verme yetkisine sahiptir. Arabulucu: Karar merci değildir.
Örneklem – VI	Yargıç: Delillere göre hareket eder. Arabulucu: Tarafların anlaşması üzerine hareket eder.
Örneklem – VII	Yargıç: Karar odaklı çalışır Arabulucu: Alternatifleri tartışabilecek ortam hazırlar
Örneklem – VIII	Yargıç: Korkutucu. Arabulucu: Kişiye Yakın.

Soru 6: Arabuluculuk yapacağınız olaylarda iki tarafın da kazandığı bir çözüm üretilme durumu yüksek midir? Neden? Nasıl?

Örneklem – I	Türkiye için çok değil, çünkü kimsenin alışık olduğu bir sistem. Yapı ve kültür olarak bize ters. Uzlaşmaya açık değiliz.
Örneklem – II	Elbette, zaten arabuluculuk faaliyetinin temeli kazan-kazan anlayışına dayanmaktadır. Aksi bir durum arabuluculuğun doğasına uygun olmaz.
Örneklem – III	Taraflar kendi çözümlerini kendileri ürettiklerinde daha etkili ve hızlı çözüme ulaşabilirler.
Örneklem – IV	Kesinlikle iki taraf da kazançlı çıkar. Sonuçta arabuluculuk bir anlaşmadır. Anlaşma şartları size uygunsa imzalarsınız, uygun değilse imzalamazsınız.

Örneklem – V	Yüksektir.
Örneklem – VI	Çok...
Örneklem – VII	Yüksektir.
Örneklem – VIII	Elbette olmalı. Arabuluculuğun amacı da budur.

Soru 7: Arabuluculuk yaptığınız olaylarda tarafların uzlaşmaya yatkınlık ve empati kurabilme becerilerine **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında hangi puanı verirdiniz? (Ortalama değer:5.6)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII	Örneklem VIII
8 (Kurumlar arası olaylarda)							
4 (kişiler arası olaylarda)	5	8	10	7	1	7	1

Soru 8: Arabuluculuk yapacağınız olaylarda her iki tarafın da yeterince kendini ifade edebilir niteliklere sahip olduklarını düşünüp düşünmüyorsunuz?

Örneklem – I	Arabuluculuğu tercih ettilerse yeterince kendilerini ifade edebileceklerini kabul edebilirim.
Örneklem – II	Bu biraz kişinin kendi sorunu, genel bir cevap verilemez diye düşünüyorum.
Örneklem – III	Bu husus tarafların bilgi ve görgü düzeyine bağlıdır.
Örneklem – IV	Olaylara ve kişilere göre farklılık gösterebilir.
Örneklem – V	Evet
Örneklem – VI	Hayır düşünemem.
Örneklem – VII	Kendilerini ifade etmelerini sağlamak arabulucunun görevidir zaten.
Örneklem – VIII	Hayır düşünemem.

Soru 9: Arabulucuların tarafsız olmayı başarmaları kolay mıdır?

Örneklem – I	Arabuluculuğu kimin yaptığına göre değişebilir. Maddi beklenti onu etkileyebilir.
Örneklem – II	Kolay olduğunu düşünüyorum. Uzmanlık biraz da bunu gerektiriyor.
Örneklem – III	Bu işin deneyimli hukukçular tarafından yapılması halinde tarafsız kalınması ihtimali yüksektir.

Örneklem – IV	Zordur. Bunun için arabulucu yorum yapmaz, kendiliğinden araştırma yapmaz, sorgulamaz, sadece tarafları dinler taleplerini karşı tarafa bildirir.
Örneklem – V	Hayır. Türk toplum yapısına göre tarafsız olabileceklerinin çok kolay olacağına inanmıyorum.
Örneklem – VI	Çok zor mesleki başarı önemlidir. Sosyoloji ve psikoloji eğitimi özümsemiş olması gerekir.
Örneklem – VII	Çok zor olduğunu düşünmüyorum.
Örneklem – VIII	Kolay değil. Sosyoloji ve psikoloji eğitimi özümsemiş olması gerekir.

Soru 10: Toplumumuzdaki insanların çatışmadan kaçınma eğilimini değerlendirseniz **1** (*çok kötü*) ile **10** (*çok iyi*) arasında hangi puanı verirdiniz? (Ortalama değer: 6.4)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII	Örneklem VIII
2	8	7	6	9	7	9 (Eğitim düzeyi yüksek) 4 (Eğitim düzeyi düşük)	4 (Ekonomik ve Sosyal statü düzeyi yüksek) 8 (Ekonomik ve Sosyal statü düzeyi düşük)

Soru 11: Arabuluculuk eğitiminin süresini yeterli buluyor musunuz?

Örneklem – I	Yeterli buluyorum.
Örneklem – II	Yeterli buluyorum. Davranış bilimleri genişletilebilir.
Örneklem – III	Yeterli buluyorum.
Örneklem – IV	Yeterli buluyorum.
Örneklem – V	Yeterli buluyorum. İletişim konuları ve süresi artabilir.
Örneklem – VI	Yeterli buluyorum
Örneklem – VII	Yeterli buluyorum.
Örneklem – VIII	Eğitim süresi artabilir. Özellikle iletişim konularına ağırlık verilebilir.

1. Bulguların Değerlendirilmesi

Arabuluculuk “yapmamış” görüşmecilerin, aldıkları eğitime dair değerlendirmelerinde, “yapmış” olanlara göre belirgin farklılık (7.6 – 5.4) bulunmakta ve açık olarak düşük bir oran görülmektedir.

Arabuluculuğun tercih nedenlerinde yüksek bir benzerlik “hız ve düşük maliyet” bulunmaktadır. “Neden” arabulucu olduklarına verilen yanıtlar da benzerlik göstermektedir. Aynı şekilde yargıç ve arabulucu arasındaki farkın ne olduğu konusunda verilen yanıtlarda benzerlik olduğu ve bu farkın yerleştiği görülmektedir. “Kazan-kazan” yöntemi-ne olan yaklaşım da olumlu düzeyde benzerlik taşımaktadır.

Arabuluculuk yapmış ve yapmamış olan görüşmecilerin toplumsal yapının uzlaşa ve empati eğilimine dair bakış açısı (6.0 – 5.6) yakın düzeyde olmasına rağmen, çatışmadan kaçınmaya ilişkin oranlarda anlamlı farklılıklarının olduğu görülmektedir. Arabuluculuk yapmış olanlardaki oranın (4.2) yapmamış olanlardan (6.4) daha düşük olduğu anlaşılmaktadır.

Arabuluculuk eğitiminin yeterli olduğu belirtilse de, görüşmeciler ortak bir biçimde iletişim alanına ilişkin konulara ağırlık verilmesi gerektiğine vurgu yapmışlardır.

C. Arabuluculuk Eğitimi Veren Eğitimciler

Türkiye’de farklı illerde ve farklı kurumlarda arabuluculuk eğitimi verilmektedir. Bu eğitimcilerle yapılan mülakatta, avukatlara sorulan soruların benzerleri sorulmuştur. Farklı olarak eğitimcilere alanda sınırla yapılmasının sonuçlarına dair gözlemlerini ortaya koyacak farklı bir soru yöneltilmiştir.

Soru 1: Kaç yıldır eğitim veriyorsunuz?

Örneklem I [Erkek]		Örneklem II [Erkek]		Örneklem III [Erkek]		Örneklem IV [Erkek]		Örneklem V [Erkek]		Örneklem VI [Kadın]		Örneklem VII [Erkek]	
TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)	TEY (Yıl)	AES (Yıl)
20	3	25	3	21	3	15	12	23	3	40	3	21	3

(TEY) Toplam Eğitim Yaşamı (AES) Arabulucu Eğitimi Süresi

Soru 2: Verilen arabuluculuk eğitimi ile alan arasındaki tutarlılığı **1** (çok kötü) ile **10** (çok iyi) arasında nerede değerlendirirsiniz? (Ortalama değer: 9.6)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII
9	10	10	9	10	10	9

Soru 3: İnsanlar neden arabuluculuk sistemini tercih ederler?

Örneklem – I	Gelecek ve kariyer gelişimi kaygısı
Örneklem – II	Ekonomik kaygı - Hız (Zaman kazanmak) – Kazan-Kazan Yöntemini kullanmak
Örneklem – III	Para kazanmak
Örneklem – IV	Dostane bir nitelik taşımaktadır. Hem ferdi hem toplumsal barışa hizmet eder. Çatışma insan psikolojisine uygun değil.
Örneklem – V	Yargı sisteminin yükünden kaçınmak. Zaman kazanmak. Konulara odaklanılmış ortamlarda müzakere fırsatı elde etmek.
Örneklem – VI	Kendileri sorunları çözemedikleri için tercih ediyor.
Örneklem – VII	Zaman kazanmak ve itibarlarını korumak istediklerinden.

Soru 4: Arabulucu ile Yargıç arasında ne fark vardır?

Örneklem – I	Yargıç: Hakkaniyet temelli yaklaşımı benimser. Arabulucu: Uzlaşma temelli yaklaşımı benimser.
Örneklem – II	Yargıç: Yargılar. Arabulucu: Yargılamaz.
Örneklem – III	Yargıç: Katı Davranır Arabulucu: Esnek davranır.
Örneklem – IV	Yargıç: Hüküm verir. Arabulucu: Karar Vermez.
Örneklem – V	Yargıç: Yasal yetki farkı vardır. Arabulucu: Tarafları müzakere ettirir.
Örneklem – VI	Yargıç: Taraflı olarak savunmacı Arabulucu: Tarafsız olarak uzlaştırmacı
Örneklem – VII	Yargıç: Yargılar. Arabulucu: Anlaşmaya zemin hazırlar.

Soru 5: Arabulucu taraflar arasında çözüme kolaylıkla ulaşabilir mi?

Örneklem – I	Kolay değil. Eğitim yapılarak kazanılacak teknik yeterlilik gerekir.
Örneklem – II	Her görüşmede değil.
Örneklem – III	Hayır. Kolay değil. Tarafların algısını değerlendiriyor.
Örneklem – IV	Müzakere tekniklerine hâkim olması gerekir. Yurt dışında yapılanlara benzer şekilde karakter ve kişilik analizleri yapılması gerekir.

Örneklem – V	Teorik altyapı ile oluşan birikimin, yetkinliğe dönüştürülmesi ile mümkündür.
Örneklem – VI	Çok iyi yetişmiş olmalı. Teorik ve pratik arasındaki bağı çok iyi kurmalı.
Örneklem – VII	Teorik eğitim ve pratiği koordine ederek çözüme daha kolay ulaşılır.

Soru 6: Toplumumuzdaki bireylerin *uzlaşmaya* yatkınlık ve *empati* kurabilme becerilerine 1 (**çok kötü**) ve 10 (**çok iyi**) arasında kaç puan verirdiniz? (Ortalama değer: 2.4)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII
3	3	3	6 (Bölgeye ve kültüre göre değişir)	5	1	3

Soru 7: Sizce toplumumuzdaki bireyler kendilerini ifade etmeye yatkınlar mı?

Örneklem – I	Kesinlikle yatkın değil.
Örneklem – II	Çok zorlanıyorlar.
Örneklem – III	Kesinlikle yatkın değil.
Örneklem – IV	Kesinlikle yatkın değil.
Örneklem – V	Yatkın değil. “Sosyal beğenirlik etkisi”, bireylerin kendilerini beğenilen ya da istenilen özelliklere sahip olarak gösterme eğilimleri var. Maskeler kullanılıyor.
Örneklem – VI	Hayır değil. Savunmacı davranıyor, dinlemiyorlar.
Örneklem – VII	Hayır değil. Başkaları karşısında tercihlerini çarpıtıyorlar.

Soru 8: Arabulucuların tarafsızlıklarını korumayı başarmaları kolay mıdır?

Örneklem – I	Mesleki refleks belirleyici oluyor. Savunma ve iddia makamında olmaları sonucu etkileyici olabiliyor.
Örneklem – II	İyi bir arabuluculuğun temel koşuludur.
Örneklem – III	Hayır, kolay değil. Eğitim etkili olacaktır.
Örneklem – IV	İyi bir eğitimle mümkündür.
Örneklem – V	Zorlukları vardır. Kolaycılık, yakın hissetme, özdeşim kurma nedeniyle empati kurma ve kendine dönme zorlaşıyor.
Örneklem – VI	Çok zor olduğunu düşünüyorum.
Örneklem – VII	Zorlukları inanarak aşabilirler.

Soru 9: Toplumumuzdaki insanların çatışmadan kaçınma eğilimini değerlendirseniz 1 (**çok kötü**) ve 10 (**çok iyi**) arasında hangi puanı verirdiniz? (Ortalama değer: 2.7)

Örneklem I	Örneklem II	Örneklem III	Örneklem IV	Örneklem V	Örneklem VI	Örneklem VII
3	2	6	5 (Bölgeye ve kültüre göre değişir)	6	1	3

Soru 10: Arabuluculuk eğitimi verilen kişilerin tek bir alandan (*homojen*) olmasını nasıl değerlendiriyorsunuz?

Örneklem – I	Homojen bir yapı eğitimi kolaylaştırıyor. Topluluğun bakış açısı ve analizleri benzer oluyor.
Örneklem – II	Ülkemizdeki kültürel alt yapı dikkate alındığında doğru buluyorum. Farklı alanlardan gelenlere açılması güçlükler yaratabilir.
Örneklem – III	Farklı görüşlerin ve bakış açılarının varlığı açısından diğer alanlara da açık olmalı.
Örneklem – IV	Değişik meslek guruplarından olabilir. Arabuluculuğa konu olan olaylara göre değişiklik gösterecektir.
Örneklem – V	Farklı alanlardan da olabilir. Zaman içinde farklı alanlara açılım kendiliğinden olacak.
Örneklem – VI	Herkese açılmamalı. Özellikle psikoloji ve sosyal psikoloji lisansüstü eğitimi alanlara hukuk eğitimi verilerek yapılmalı.
Örneklem – VII	Belirgin bir (hukuk) alana özgü kalabilir. Ancak gelecekte yaşanan ihtiyaca göre düzenlemelere açık olunmalı.

Soru 11: Arabuluculuk eğitimi süresini yeterli buluyor musunuz?

Örneklem – I	Süre uzatılabilir. Eğitimcilere de eğitim verilmesi gerekir.
Örneklem – II	Süre yeterli. Yenileme eğitimleri olmalı.
Örneklem – III	Süre uzatılabilir. Yenileme eğitimleri yapılması gerekir.
Örneklem – IV	Süre uzatılabilir. Yenileme eğitimleri olmalı.
Örneklem – V	Süre yeterli. Yenileme eğitimleri olabilir.
Örneklem – VI	Süre uzatılmalı. Özellikle davranış bilimleri eğitimi artırılmalı.
Örneklem – VII	Süre uzatılmalı. Eğitimcilere de eğitim verilmesi gerekir.

1. Bulguların Değerlendirilmesi

Öncelikle verilen arabuluculuk eğitiminin çok net olarak (9.6/10) uygunluğu vurgulanmaktadır. “Neden” arabulucu olunur sorusuna verilen yanıtların diğer görüşmecilerle benzerlik taşıyor olması, empatik bir bütünlük ifade etmektedir. Yargıç ve arabulucu arasındaki farkın, sürecin zorluklarının çok yakın ifadelerle değerlendirildiği görülmektedir.

Bununla birlikte belirgin farklılıklar da bulunmaktadır; örneğin, “uzlaşmaya yatkınlık ve empati kurabilme” bakış açısı diğerlerinden (6.0 – 5.6) çok düşük (2.4) çıkmıştır. Benzer biçimde eğitimciler toplumsal yapıyı oluşturan bireylerin kendilerini ifade edebildikleri konusunda olumsuz yaklaşım taşımaktadırlar. Arabulucuların tarafsızlıklarını korumalarının eğitimle çok daha kolay olacağı vurgulanmaktadır. “Çatışmadan kaçınma” eğilimi konusunda arabuluculuk yapmış ve yapmamış olanların (4.2 – 6.4) oranlarına karşılık, eğitimcilerin yaklaşımı çok daha düşük (2.7) bir değerde çıkmıştır. Diğer görüşmecilerden farklı olarak, bu gruba yöneltilen eğitimi alanların profili sorusuna verilen yanıtlar, genel olarak avukatların doğru bir tercih olduğu şeklinde belirtilse de, zaman içinde kendiliğinden bu alanda farklılaşmanın olacağına değinilmiştir. Belirgin bir farklılık da eğitimcilerin çoğunluğunun eğitim süresinin uzatılabileceği görüşünde ortaya çıkmaktadır.

Sonuç

Ülkemizde yeni bir uygulama alanı olarak tanımlansa da, geçmişten gelen bir dizi formel ve informel uygulamaların yarattığı zeminin, arabuluculuk uygulamalarına etkide bulunduğu anlaşılmaktadır. Ankara ili dikkate alındığında baroda kayıtlı bulunan avukatların yaklaşık (%5) oranında eğitime katılmış olmaları başlangıç olarak çok düşük gibi görünse de, aslında bu oranın dikkate değer bir nitelik taşıdığı, uygulamanın yaygınlaştırılması ile birlikte sayının artacağını belirtmenin mümkün olduğu görülmektedir. Elbette bu tanıtım ve yaygınlaştırma girişimi sadece avukatların değil, diğer yargı mensupları başta olmak üzere, Adalet Bakanlığı ve sivil toplum örgütlerinin ortak çabaları ile mümkün olacaktır. Belirtilen kurumların somut girişimlerinin olduğu 2015 Mart ayı içerisinde Ankara’da gerçekleştirilen Çalıştay’da¹⁷ net olarak ifade edilmiştir.

Araştırma kapsamında elde edilen bulgular göstermektedir ki, verilen arabuluculuk eğitiminin süresi ve içeriğinde yeni düzenlemelere gidilmesi gerekmektedir. Bu ayrıntı ile Çalıştay kapsamında alınan kararlar arasında beklentileri karşılamak açısından benzerlik görülmektedir.

¹⁷ Avrupa Uygulamaları ve Türkiye’deki Arabuluculuk Eğitim Programlarının Gözden Geçirilmesi Çalıştayı, The Workshops on Review of Mediation Practices in Europe and Existing Basic Mediation Training Programs in Turkey, 11-14 Mart/ March 2015, Ankara.

Eğitim dünyasının üyeleri zaten araştırma ve katılım konusuna alışkın olduklarından, avukatların yapılan araştırmaya gösterdiği katkı ve destek, arabuluculuk konusunda bu alanın mensuplarının özellikle tercih edilmesinin haklılığını açık bir biçimde ortaya koyan önemli bir göstergedir.

Yaşanan sorunlar karşısında klasik hukuksal çözüm yollarının, uzun süreli, pahalı, beklenen adalet duygusunu kimi zaman tatmin etmekten uzak olması gibi nedenler dikkate alındığında “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına” yönelimler hem ihtiyaç hem de gereklilikten kaynaklanmaktadır.

Arabulucu ile yargıç arasındaki farkın özümsemiş olduğu görülmele birlikte, uyuşmazlıklara ilişkin çözümler konusunda iki yapı arasındaki farkın benzer bir kavram “kendiliğindenlik” üzerinden açıklanmaya çalışıldığı da anlaşılmaktadır. Yargıç kendiliğinden karar verebilirken, arabulucu tarafların kendiliğinden çözüm üretmesine ortam hazırlamaktadır.

Araştırmaya katılan görüşmecilerin yanıtlarında görülen benzerlik ve farklılıkların anlamlarına ilişkin yapılan değerlendirmelerin de ilerisinde, ortaya çıkan sonuçların taşıdığı en anlamlı mesaj, bu alanda yapılacak çalışmaların artırılması, hızlandırılması ve yaygınlaştırılması gerektiği gerçeğidir. Bu sayede, Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne açılan Yol olarak tanımlanan arabuluculuk kurumunun, hak ettiği nitelik ve niceliğe ulaşmasını destekleyecek adımlar atılmış olacaktır. Uzlaşmanın yarattığı sürdürülebilir çözümlere ve anlaşmaya dayalı kültürün yerleşmesine hem yerel hem de küresel ölçekte her zamankinden çok daha fazla ihtiyaç duyulan bir dünyada yaşıyoruz. Lokal, gündelik, suni çözümler üretmek yerine arabuluculuk sayesinde, kalıcı, doğal ve anlaşmayı önceleyen alternatif çözüm yollarının arayışı zor olsa da bu zorluğa katlanmaya değer bir anlam taşımaktadır.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <http://www.adb.adalet.gov.tr/index.html>. Erişim Tarihi: 24 Eylül 2014.
- Adalet Bakanlığı, www.kgm.adalet.gov.tr, erişim tarihi; 02 Eylül 2015 “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Gerekçesi”, 2008, s.5, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>.

- Altuğ Duygu, Yönetim Anlayışı İçinde Örgütsel İletişim ve Beceriler, Ankara, Haberal Eğitim Vakfı, 2011.
- Bush, R. A. B. ve Folger, J. P., Arabuluculuk ve Getirileri, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Cüceloğlu Doğan, Yeniden İnsan İnsana, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Dökmen Üstün, İletişim Çatışmaları ve Empati, Sistem Yayıncılık, 30. Baskı, İstanbul, 2005.
- Grunig E. James, Halka İlişkiler ve İletişim Yönetiminde Mükemmellik, Rota Yayınları, İstanbul, 2005.
- Işıқтаç Yasemin, "Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemler" Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I. Yayına Hazırlayan Işıқтаç, Y., Sümer Kitabevi. İstanbul 2014
- Korkmaz Keçer, S., "Arabuluculuk Eğitimlerine Dair Bazı Tespitler", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I. Yayına Hazırlayan Işıқтаç, Y., Sümer Kitabevi, İstanbul 2014.
- Oskay Ünsal, İletişimin ABC'si, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- Özmumcu Seda, "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I. Yayına Hazırlayan Işıқтаç Yasemin, Sümer Kitabevi. İstanbul, 2014.
- Özmumcu Seda, Uzak Doğu Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Öztatar Hakan, "Genel Olarak Arabuluculuk", Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Schrumpf, F. ve Crawford, D. K. ve Bodine, R. J., Okulda Çatışma Çözme ve Akran Arabuluculuk, İmge Kitabevi. Ankara, 2007.
- Sıgır Ünsal ve Varoğlu Abdulkadir, Müzakere ve Arabuluculuk İş, Yönetim, Diplomasi ve Hukukta Uyuşmazlık Çözümü, Siyasal Kitabevi. Ankara, 2013, s. 30.
- Tayfun Recep, Etkili İletişim ve Beden Dili, Beşinci Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2010.
- Yağcı Özcan, Basım Nejat ve Tayfun Recep, "İletişim". Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Derleyen: Ali Halıcı, Toprak, M., **Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014.**
- Yıldırım Ali ve Şimşek Hasan, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, Sekizinci Baskı, Seçkin Yayın, Ankara, 2011
- Yıldırım Yılmaz, "Jürgen Habermas'ın İletişimsel Eylem Kuramı", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı8(2), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Afyon, ss:249-268, 2006.
- Zillioğlu Merih, *İletişim Nedir?*, Cem Yayınevi, İstanbul. 2003.

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ CİNSEL
İSTİSMARI KLİNİĞİ ÖĞRENCİLERİ TARAFINDAN
HAZIRLANAN TCK’NIN “CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA
KARŞI SUÇLAR” ve “AİLE DÜZENİNE KARŞI SUÇLAR”
BÖLÜMLERİ HAKKINDA KANUN TASLAĞI**

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
İNSAN HAKLARI HUKUKU KLİNİKLERİ HAKKINDA**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2014-2015 Öğretim Yılı 4. Sınıf Öğrencileri*

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yürütülen İnsan Hakları Hukuk Kliniği dersi üç aşamalı olup, ilk iki aşamayı geçen öğrenciler bu derse alınmaktadır. İlk iki aşamada kliniğe gelmeden önce öğrencilerin belirli seçimli dersleri almaları ve belirli uygulamaya yönelik çalışmalarda bulunmaları gerekmektedir. Bu şekilde öğrencilerin kliniğe, teorik ve uygulama perspektifleriyle katılmaları sağlanmak istenmektedir. Teorik perspektifte de özellikle öğrencilerin insan haklarına dayalı bakış açısından hareket etmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Klinikte öğrenciler uzmanlık alt konularına ayrılarak, konuyla ilgili öğretim elemanlarının da desteğiyle küçük alt gruplar halinde çalışmaktadırlar. Klinik konuları her sene değişmekte ve insan haklarıyla ilgili konulardan seçilmektedir.

Çocukların cinsel istismarı da insan haklarıyla yakından ilgilidir. Kliniğe katılan öğrencilere yönelik konunun önemi kavramaya yönelik çalışmaların ardından, mevcut problemlere ne şekilde çözüm bulacaklarına dair çözüm önerileri hazırlamaları ve bilgilendirme yapmaları istenmiştir. Bunun üzerine öğrenciler Uçan Süpürge Derneği’nde sunumlar yapmışlar ve sonuçta bir kanun taslağı hazırlamaya karar vermişlerdir. Dr. Fahri Gökçen Taner’in koordinatörlüğünde yapılan bu çalışmada, öğrenciler konunun önemini kavradıkları gibi, çalışmadan somut bir sonuç çıkartmayı da başarmışlardır. Öğrencilerin hazırladığı bu taslak, bir çözüm önerisi niteliğini taşımaktadır.

Prof. Dr. Gülriz Uygur

* Şerife AKTAŞ, Gözde ATILGAN, Duygu AYDAR, Onur BÜYÜKDENİZ, Cihat ESEN, Mine KILIÇ, Nalan Ebrar ÖZCAN, Dilay ŞEN, Buse UYGUN, Ayşe UZUN

BİZ KİMİZ?

Bizler Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2014-2015 Öğretim Yılı dördüncü sınıf öğrencileriyiz. 2012 yılında “Hukukta Kadın”, “Hukuk ve Etik” derslerinde, Prof. Dr. Gülriz Uygur yönetiminde, İnsan hakları konusunu özellikle “kadın” ve “çocuk” kavramları çerçevesinde inceledik. 2013 yılında Adalet Bakanlığı’nın işbirliğiyle Aile Mahkemeleri’nde gözlemler yaparak raporlar hazırladık. Yılın sonunda gruplara ayrılarak Ankara Barosu Eğitim Merkezi’nde çeşitli konularda sunumlar yaptık. 2014 yılında ise “Hukuk Klinikleri ve İnsan Hakları” dersi kapsamında oluşturulan 12 klinikten biri olan “Cinsel İstismar” kliniğinde Dr. Fahri Gökçen Taner ile çalışmalarımızı yürüttük. Bu klinik bünyesinde öncelikle cinsel suçlara ilişkin sunumlar yaptık ve konuyu bütünsel olarak tartıştık. Ele aldığımız konular “çocuk istismarı”, “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçları, “ensest”, “zorla evlendirme” konuları ve “2005’ten bu yana çocuğun cinsel istismarı ile ilgili kanun değişiklikleri ve kanun tasarıları” oldu. Amacımız ise sivil toplum kuruluşlarıyla iletişim içinde olmak ve çalışmalar sonunda somut bir sonuç çıkarabilmektir. Uçan Süpürge Derneği’nde yaptığımız sunumlarla konuyu sivil toplumla tartışmayı olanağı bulduk.

İkinci dönem ise tamamen gönüllülük esasına dayanan bir çalışmayla Türk Ceza Kanunu’nun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümünü yeniden düzenleyen bir taslak hazırladık. Aslında bu ilk dönemin sonunda tamamlamamız gereken amaçlardan biriydi. Ancak konu üzerinde hakimiyet sağlamanın ve gerekçeli bir kanun hazırlamanın güçlüğü karşısında, ders bitti, notlarımızı aldık ama çalışmayı sürdürdük.

Belirtmek gerekir ki bu gerçek bir kanun taslağı olmadığından, kanun taslağı konusunda bilinen şekil kuralları zaman zaman ihmal edilmiştir. Son dönemde gerekçesi madde tekrarından ibaret kanun değişikliklerine sıkça rastlanmaktadır. Bu çalışmayı yaparken gerekçeli bir kanun yapmanın ne kadar güç olduğunu ve emek gerektirdiğini de görmüş olduk. Bundan sonra yapılacak kanunların yeterli ve anlaşılabilir gerekçeler içermesini umduğumuzu da bu vesileyle dile getirmek istiyoruz. Anayasa Mahkemesi’nin 25.11.2015 tarihinde 2015/100 sayılı kararıyla TCK’nın 103/2. maddesini iptal etmesi ve kararın yürürlüğünü bir yıl ertelemesi, konuya ilişkin daha iyi bir düzenleme yapmak için bir fırsat olabilir.

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN "CİNSEL
DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLAR" ve "AİLE
DÜZENİNE KARŞI SUÇLAR" BÖLÜMLERİ HAKKINDA
KANUN TASLAĞI
GENEL GEREKÇE**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" kısmı somut olaylar karşısında yetersiz kalmaktadır. Haziran 2014'te yapılan 6545 sayılı Kanun da bu konuda etkin bir çözüm sağlayamamıştır. Son yıllarda, sivil toplum örgütlerinin ve kadın kuruluşlarının mücadeleleri sonucuyla cinsel suçlar daha görünür hale gelmiştir.

Cinsel suçların oluş biçimi, fail ve mağdurun özellikleri, toplumsal kültürel yapı, devletin cinsel suç politikası gibi etkenler cinsel suçların yargılama aşamasını zorlaştırmaktadır. Mağdurun yargılama esnasında yeniden mağdur edilmesi cinsel suçlarda korunan hukuki menfaitle bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 5. maddesi devlete "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama, kişinin temel hak ve hürriyetlerini koruma ve bunun önündeki sosyal engelleri kaldırma" ödevlerini yüklemektedir. Cinsel suçların Türk Ceza Kanunu'nda kapsayıcı bir şekilde yer alması da bu ödevin bir sonucudur.

İlk olarak; bu suçların "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş olması kanaatimizce doğru değildir. Bu düzenleme, korunan hukuki menfaatin; insanın fiziki varlığı, bedeni olduğu algılamasına sebebiyet vermektedir. Cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlüğün negatif yönüne karşılık gelmektedir yani bireylere "yapmama ödevi" yüklemektedir. Oysa "Cinsel özgürlük" hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde, bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilme özgürlüğüdür. Çocuklarda cinsel özgürlük kavramı ise iki açıdan incelenmelidir. On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş olan çocukların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf hakları yokken, diğer çocukların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf haklarının varlığını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte cinsel suçlarda ihlal edilen hukuki menfaatin, çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğu dikkate alındığında çocukların cinsel gelişimini dış müdahalelere maruz kalmaksızın tamamlaması da cinsel doku-

nulmazlığın değil, cinsel özgürlüğün içinde değerlendirilebilir. Bu sebeplerle cinsel suçların “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

6545 sayılı Kanun değişikliğiyle cinsel suçlarda genel olarak cezaların artırılması yoluna gidilmiştir. Bu değişikle “beden ve ruh sağlığının bozulması” ağırlaştırıcı bir neden olmaktan çıkarılmıştır. Bu fiillere maruz kalanların çeşitli muayenelerden geçirilerek beden ve ruh sağlığının bozulduğunun kanıtlanması zorunluluğunun kaldırılması doğru bir uygulamadır; ancak bunun cezaların içine yedirilerek cezaların artırılması yoluna gidilmesi uygun değildir. Cezaların artırılması, uygulamada hakimleri vicdani olarak alt sınıra yakın cezalar vermeye yönlendirmektedir. Oysa asıl önemli olan, cezanın mutlak bir şekilde uygulanacağı kanaatinin toplumda egemen olmasıdır. Böylelikle bireylerin suç işlemekten önce düşünmeleri ve suç işlemekten kaçınmaları sağlanabilir. Yargılamanın suçun işlenmesinden sonra kısa bir süre içinde tamamlanarak gerekiyorsa faile ceza verilmesi ve toplumda cezadan kaçma ihtimalinin olmadığı izleniminin yaratılması, cezanın caydırıcılığı açısından çok önemlidir. Nitekim Beccaria da yaklaşık 250 yıl önce bu hususu “suçu önleyen en önemli frenlerden biri cezaların ağırlığı değil, cezaların kaçınılmaz olmalarıdır” şeklinde ifade etmiştir.

Çalışma grubumuzun asıl konusu çocukların cinsel istismarıdır. Fakat kanun taslağımızda 5237 sayılı TCK’nın 102. ve 105. maddeleri de, asıl çalışma konumuzla bağlantılı olması nedeniyle 103. maddeye paralel olarak düzenlenmiştir. 103. madde için yapılacak açıklamalar 102. ve 105. madde için de geçerli olacaktır. Taslakta öne çıkan noktalar şu şekilde özetlenebilir:

Çalışmamızda 103. maddede yer alan cezalar orantılılık ilkesi ışığında yeniden düzenlenmiş, farklı ve keyfi uygulamalara yol açan ifadeler değiştirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çalışmamız yayına gönderildiği sırada 12.11.2015 tarihinde 2015/100 sayılı kararıyla TCK’nın 103/2. maddesinde bulunan “16 yıldan aşağı olmamak kaydıyla” hapis cezası öngören düzenlemeyi, orantılık ilkesine ve hukuk devletin gereklilerine aykırı bularak, karar bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal etmiştir. Kanımızca bu karar, benimsediğimiz yaklaşımın doğru olduğunun açık bir göstergesidir.

Çalışma grubumuzca 104. maddedeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun taslakta yer almamasına oy birliğiyle karar verilmiştir.

6545 sayılı Kanun'la TCK'nın 104. maddesine eklenen ensest benzeri düzenleme grubumuzca uzun süre tartışılmış ve doktrinde de tartışmalı olan ensest konusunun suç olarak düzenlenmemesi gerektiğine oy çokluğuyla karar verilmiştir. Sosyolojik bir sorun olan, Birleşmiş Milletler tarafından 'modern kölelik biçimi' olarak tanımlanan 'Zorla Evlendirme' konusuna da TCK'nın 'Aile Düzenine Karşı Suçlar' bölümüne 230/A maddesi eklenerek çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca TCK'nın 230. maddesinde de gerekli görülen değişiklikler yapılmıştır.

Taslağımızda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yer verilmemiştir. Bunun ilk nedeni olarak hükmün hukuki konu bakımından sorunlu olması ifade edilebilir. Suçun yürürlüğe girmesinden bu yana doktrinde hukuki konunun ne olduğu hususunda cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük ve çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi görüşleri ileri sürülmüştü. Ancak suçun kişinin üzerinde tasarruf edebildiği cinsel özgürlüğüne ilişkin rızasına rağmen kanunda düzenlenmiş olması hukuki konuya ilişkin doktrindeki görüşleri temelinden sarsmakta ve ceza hukuku tarafından korunmaya değer bir menfaat olmadığını ortaya koymaktaydı. Bir cinsel davranışın toplumca benimsenmemesi ile bunun ceza kanunu tarafından suç olarak düzenlenmesi arasında farklar bulunduğundan bu konunun ceza kanununda düzenlenmesi daha uygun bulunmuştur.

Cinsel ilişkiye giren kişilerin her ikisinin de 15-18 yaş arasında ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde kimin fail, kimin mağdur olacağı kanunun yürürlüğe girişinden bu yana tartışılmakta olan bir sorundu. Doktrinde bu suçun 18 yaşın üzerindeki bir kişi tarafından işlenebileceği ifade edilmekteyse de bunun kanuna dayanan bir gerekçesi bulunmamaktaydı. Kanunun lafzı, fail ve mağdurun belirlenememesi sonucunu doğurduğu için bu yoruma ulaşılabileceğini savunanlar olduğu gibi, kanun koyucunun cezalandırmak istediği hususun cinsel olgunluğa ulaşmamış kişiyle bu olgunluğa ulaşmış kişinin ilişkisi olduğunu savunanlar da vardı. Ayrıca bu durumda her iki tarafın fail ve her iki tarafın mağdur olduğunu ileri süren bir görüş de bulunuyordu. Bu son görüşe göre kişilerin karşılıklı gerçekleştirdiği iki fiil vardı. Bu halde her iki çocuk da gerçekleştirdiği fiil bakımından fail ve kendisine karşı gerçekleştirilen fiil bakımından mağdur durumuna düşüyordu. Ancak fail ve mağdur sorunu aşılmış olsa da şikâyet hakkına kimin sahip olacağı sorunu bu durumda da varlığını devam ettirmekte, şikâyet hakkını her iki kişiye de tanımak bir zorunluluk olmaktaydı.

Kanunilik ilkesi gereğince bir suçta kimin fail kimin mağdur olduğunun açıkça tespiti zorunludur. Aksi halde ceza normu kendinden beklenen amacı gerçekleştiremeyecektir. Fail ve mağdurun kanunilik ilkesi çerçevesinde tespit edilemediği bu suçta, düzeltici yorumlarla sonuca ulaşılması ceza hukuku tekniği ile bağdaşmayacağından suçun düzenlenmemesi gerektiği hususunda bu noktada da görüş birliğine varılmıştır.

Kişinin üzerinde tasarruf edebileceği bir özgürlüğüne ilişkin rızası varsa bu rıza üzerine gerçekleştirilen fiiller ceza hukukumuzla göre suç oluşturmaz. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiile başta rıza gösteren kişiye, şikâyet hakkı tanınarak fiilin suç teşkil etmesi, ne cinsel özgürlüğe karşı suçlar başlığı ile ne de ceza hukuku kuralları ile bağdaşır. Bu çelişki suçun düzenlenmemesini zaruri kılmaktadır.

104. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise suçun; mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde re'sen kovuşturulacağı düzenlenmişti. Bu düzenlemede sayılan kişilere çocuğun rıza göstermesi diğer kişilerden farklı olarak daha kolaydır zira bu kişilerin çocuk üzerindeki hüküm ve nüfuzu bulunmaktadır. Alman ve İtalyan Ceza Kanunlarında çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında bu nitelikli hallerin rıza verme yaşını yükselten nedenler arasında bulunduğu göz önüne alınırsa ilgili düzenlemelerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başlığı altında ve sadece cinsel ilişki ile sınırlı olarak değil çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Ayrıca bu fıkralar yukarıda açıkladığımız suçun bizatihi varlığından kaynaklanan sorunları da ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle böyle bir suçun ve bu fıkraların kanunda yer almaması gerektiği düşünülmüştür.

Ensest, en geniş tanımla bir toplumun yerleşmiş törelerine göre evlenmeleri yasak olan hısımların, aralarında cinsel ilişki kurması; bir aile ünitesi içinde karı koca dışındaki bireylerin ya da yakın kan akrabalığı olanların arasındaki bilinçli cinsel uyarılmayı içeren yakın fiziksel ilişkidir.

Ensest düzenlemesi açısından öncelikle rızaya dayalı ve rızaya dayanmayan olarak ayırım yapılmalıdır. Ceza hukukunun ele aldığı ensest, aralarında evlenme yasağı bulunan yetişkinler arasında yaşa-

nan rızaya dayalı cinsel davranışlardır. Bu anlamda ceza hukuku rızaya dayalı ensesti ele almaktadır. Bu nedenle tartıştığımız konu rızaya dayalı ensesttir. Nitekim rızaya dayanmayan ensest; aile içinde yaşanan cinsel ilişkiler, cinsel istismar veya cinsel saldırı suçuna vücut vermektedir. Rızaya dayanan cinsel davranışlar ise aramızda çokça tartışmalara yol açmış ve muhtelif sebeplerle düzenlenmeye uygun bulunmamıştır. Şöyle ki:

Öncelikle korunan hukuki konu tartışmalıdır. Ensest ile ilgili düzenleme yapılan ülkelere baktığımızda korunan menfaatin farklılığı göze çarpmaktadır. Geçmişten bu yana menfaatler arasında; aile birliği ve düzeni, genel ahlak, ırkın sağlığı, insanlık özsaygısı, cinsel ahlak veya çocukların korunması amacı olduğu ileri sürülmüş ancak korunan menfaatler zaman içinde değişmiştir. Günümüze göre değerlendirildiğinde ensestin ırkın sağlığı ile açıklanması uygun değildir.

Hukuki konunun ailenin düzeni ve birliğinin korunması olduğu savunulup aileye karşı suçlarda düzenlendiğinde her iki tarafın da rızası kapsamında cinsel ilişki yaşandığından burada mağdurun kim olduğu saptanamamaktadır. Aynı zamanda şikâyet hakkının kime ait olacağı da muammadır. Re'sen kovuşturulduğu takdirde özel alanı herkesin müdahalesine açık hale getireceği ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edileceği hususu da göz ardı edilemez. Rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak ele aldığımızda da fiil suç teşkil etmeyecektir.

Korunan menfaat genel ahlak kapsamında ele alındığında ise kişilerin rızasıyla gerçekleştirdiği fiilin toplum tarafından ayıplandığı gerekçesiyle ceza kanununa konulması ahlakçılığa vücut verecektir. Ensestin ceza kanununda olması her ne kadar toplumu bilinçlendirmek adına düşünülebilirse de açıklanan hukuki nedenlerle ensest, ceza kanununda düzenlenmemeli ve bu konunun çözümü kültüre bırakılmalıdır.

YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİ GÖSTEREN MADDE GEREKÇELERİ

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLAR

Cinsel saldırı

MADDE 102.-(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, **dört** yıldan **yedi** yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sar-

kıntılık düzeyinde kalması hâlinde **iki yıldan dört** yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda **anal, oral veya vajinal yoldan** organ veya sair bir cisim sokulması **veya mağduru bu davranışlarda bulunmaya veya maruz kalmaya zorlamak** suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **on yıldan on beş yıla kadar** hapis cezasına hükmolunur. ...

(3) Suçun;

...

e) **İnsanların toplu olarak bulunduğu** ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

...

Madde gerekçesi:

Cinsel saldırı suçu 103. maddede düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçundan, mağdurunun yetişkin olması bakımından ayrılır. Dolayısıyla burada 103. madde ile paralel değişiklikler yapılmış ve cezalarda orantılılık amaçlanmıştır. 103.maddenin gerekçesinde yapılacak açıklamalar cinsel saldırı suçu için de geçerli olacaktır.

Çocuğun cinsel istismarı

MADDE 103.- (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi **altı yıldan on yıla kadar** hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir. **Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.**

Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte **fiilin anlam ve sonuçlarını** kavrama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı **vücut teması ile gerçekleştirilen** her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı, rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda **anal, oral veya vajinal yoldan** organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle **veya mağduru bu davranış-**

larda bulunmaya veya maruz kalmaya zorlamak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, **on iki yıldan aşağı olmamak üzere** hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun,

...

b) İnsanların **toplu olarak bulunduğu** ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

...

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, **bu yükümlülüklerin sürekli olup olmadığı veya ne kadar sürdüğü önemli olmaksızın,**

...

f) Cebir veya tehditle işlenmesi halinde ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, **üçte birinden üçte ikisine kadar artırılarak hükmolunur.**

...

Madde gerekçesi:

Bu maddede çocuğun cinsel istismarı suçu beş fıkra halinde düzenlenmiştir:

Birinci fıkroda vücut temasıyla gerçekleştirilen fakat organ veya sair cisim sokma boyutuna varmayan cinsel davranışlar, suçun basit şekli olarak korunmuş ve cezası 6-10 yıl aralığında düzenlenmiştir. 6545 sayılı Kanun’la düzenlenen, ani ve süresiz temas şeklindeki davranışların oluşturduğu suçun hafif şekli olan sarkıntılık korunmuştur. Bu düzenleme ile uygulamada sarkıntılık fiillerine temel cezadan uzaklaşmayarak ceza verilmesi durumunun önüne geçilmesi ve ceza miktarının suçun temel şeklinden az bırakılması ihtiyacı nedeniyle 6545 sayılı Kanun’la amaçlanan orantılılık korunmuştur. Ani temaslar korunan menfaatin ağırlığı dikkate alınarak kendi içinde derecelendirilecek ve suçun basit şeklinden ayrılacaktır.

Maddenin birinci fıkrasının son halinde yer alan, 6545 sayılı Kanun’la getirilen “ ...sarkıntılık düzeyinde kalmış olan suçun failinin çocuk olması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması, mağdurun velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.” ifadesine yer verilmemiştir. Bu düzenleme ile zorla veya hukuken geçerli olmayan bir rıza ile gerçekleştirilen ve fai-

lin çocuk olduğu sarkıntılık fiilleri mağdurun veli veya vasisinin şikâyetine bağlanmıştı. Oysa asıl sorun çocuklar arasında hukukten geçerli olmasa bile, rızayla gerçekleştirilen tüm cinsel davranışlardır. Dolayısıyla bu düzenleme uygulama alanı oldukça kısıtlı olan ve gerekli görmediğimiz bir düzenlemedir. Ayrıca bu düzenleme ile fail olan çocuğun durumu mağdurun veli veya vasisinin tercihine bırakılmaktadır. Dolayısıyla bu ifadenin çıkarılması yerinde görülmüştür.

Maddenin son halinde birinci fıkranın (a) bendinde “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara” ifadesi yerine, bu çocuklarda hukuki anlam ve sonuç anlama yeteneği bulunması beklenemeyeceğinden, “fiilin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş olan “ ifadesi tercih edilmiştir. Çünkü bu konuda önemli olan mağdur olan çocuğun fiilin sosyal anlam ve sonuçlarını algılayabilmeleridir. Bu çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rıza fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Yani bu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Maddede vücut teması ölçütünün yer alma nedeni ise, çocuklara karşı gerçekleştirilen ve vücut teması içermeyen cinsel davranışların 105. maddede düzenlenen” cinsel taciz” suçunun ağırlaştırıcı nedeni olmasıdır.

Birinci fıkranın (b) bendinde ise son düzenlemede yer alan “cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak “ gerçekleştirilmesi şartına yer verilmemiş, bunun yerine “rızaları hilafına” denilerek lafız amaca uygun hale getirilmiştir. Çünkü bu nitelendirme; cebir, tehdit, hile gibi iradeyi etkileyen nedenlere bağlı düzenlenmeyen cinsel saldırı suçu ve cinsel istismar fiilleri bakımından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırılık oluşturmaktadır. Cebir, tehdit, hile ölçütleri 104.maddede düzenlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun bir yansımasıdır. Dolayısıyla cinsel istismar suçunda yer almaması gereken bir ölçüttür. Ayrıca söz konusu ifade, bu bent kapsamındaki çocuklara söz konusu davranışlar karşısında direnme yükümlülüğü yüklemekte ve uygulamada cebir, tehdit, hile gibi nedenler yoksa rıza vardır anlayışına yol açabilmektedir. Oysa buradaki düzenlemenin amacı bu çocukların söz konusu davranışlara rızalarının olmadığı halleri cezalandırmaktır.

5237 sayılı Kanun’un 102. maddesinin ikinci fıkrasında ve 103. maddesinin ikinci fıkrasında fiilin organ ya da sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşebileceği, kanun gerekçesinde ise sokmanın yalnızca anal, oral ve vajinal yoldan olabileceğini belirtmiştir. Ancak belirtilen fiillerin hangi yollar-

la işlenebileceği hususunun kanunda yer alması gerekirken, bu yolların gerekçe de yer alması kanunilik ilkesiyle çelişmektedir. Bu nedenle, “anal, oral veya vajinal yoldan” ifadesi kanun maddesine eklenmiştir.

Erkeğin, kadın veya erkek tarafından cinsel ilişkinin aktif tarafı olmaya zorlanması durumunda hangi suçun oluşacağı tartışmalıdır. Bu tür olaylarda cinsel davranışlarla kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edildiği kesin olmakla birlikte, bu suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için zorlama yorumlara gidilmektedir. Hâlbuki kadının veya erkeğin cinsel özgürlüğü arasında fark bulunmamaktadır. Bir kadına zorla organ ya da sair cisim sokulması suçun nitelikli haline vücut verirken, erkeğin bu tür davranışlara katlanmaya zorlanması veya bu tür davranışlarda bulunmaya zorlanması suçun basit haline vücut verecektir. Bu yaklaşım eşitlik ilkesine aykırıdır. Aynı şekilde failin iki kişiyi birbirleriyle cinsel ilişkiye zorlaması halinde, mağdurlardan aktif taraf açısından suçun basit hali gerçekleşmiş olurken pasif taraf açısından suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır ki bu da eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle biz kanun maddesine “mağduru bu davranışlarda bulunmaya zorlamak veya maruz kalmak” ifadesi eklenmiştir. Böylece bu tür davranışlarda bulunmaya zorlayan kişiler bakımından suçun nitelikli hali vücut bulacaktır.

Genel gerekçe de bahsettiğimiz üzere cezaların arttırılması hâkimlerin vicdani olarak alt sınırdan ceza vermeye yakın olmasına neden olmaktadır. Bu nedenle 103/2. maddedeki ceza “on iki yıldan aşağı olmamak kaydıyla” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu düzenlemeyi bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere 25.11.2015 tarihinde 2015/100 sayılı kararıyla iptal etmesine yol açan “16 yıldan aşağı olmamak kaydıyla” düzenlemesine göre, daha orantılı bir cezayı içermektedir.

5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinin üçüncü fıkrasında cinsel istismar suçunun ağırlaştırıcı nedenleri düzenlenmiştir. Yapılan son değişiklikle 103. maddenin üçüncü fıkrasının b bendinde “insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylık” ifadesine yer verilmiştir. 5237 sayılı Kanun’da bulunan ifadenin aslında kast edilmek istenilen yerleri karşılamadığı ve kapsamı daralttığını düşünmekteyiz. 6545 sayılı Kanun’un gerekçesinde insanların toplu olarak bir arada yaşamalarının zorunlu olduğu yerler kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane olarak örneklendirilmiş ve bu suçların buralarda işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak toplu taşıma araçlarını, işyerlerini, kursları ve rehabilitasyon merkezleri ile bakım evlerini zorunluluk kapsamında değerlendirirken; uygulayıcılar tarafından şüpheye düşülebileceği

düşüncesiyle taslağımızda "insanların toplu olarak bulunduğu ortamlar" şeklinde düzenlenmiştir. Bu ortamlarla kastedilen zorunluluktan sıyrılarak hayatın olağan akışı içinde bireylerin bir arada bulunduğu, sosyal ve ekonomik hayatın vücut bulduğu yerler olan okullar, kurslar, pazar yerleri, panayırklar, festivaller, toplu taşıma araçları, öğrenci yurtları, işyerleri, mağazalar ve toplumsal gösterilerin yapıldığı yerlerdir.

5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ağırlaştırıcı nedenlerden biri de suçun "vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından" işlenmesidir. Ancak ifade eksik olup somut olayları karşılama noktasında yetersiz kalmaktadır. Bahsedilen kişilerin koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün sürekli olup olmadığı konusunda fıkra bir bilgi içermediğinden uygulamada farklı ve birbiriyle örtüşmeyen kararlar görülmektedir. Bu sebeple taslağımızda üçüncü fıkranın d bendinin sonuna "bu yükümlülüklerin sürekli olup olmadığı veya ne kadar sürdüğü önemli olmaksızın" ifadesi eklenmiştir. Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğünün kimlere yüklendiği ise somut olaya uygun olarak değerlendirilmelidir.

Taslağımızın cinsel istismar suçunda salt rızasızlık halini esas alan yapısına paralel olarak, 103/4. madde kaldırılmış ve üçüncü fıkra da yeni bir bent olarak ele alınmıştır. Kanun mevcut halinde suçun birinci fıkranın (b) bendindeki çocuklara karşı işlenmesi halinde cebir, tehdit, hile suçun unsuru sayılmıştı. Taslağımızda ise suçun cebir veya tehdit ile işlenmesi birinci fıkranın a ve b bentlerinde sözü edilen her iki grup çocuk için ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Dördüncü fıkra da düzenlenen "suçun silah kullanmak suretiyle işlenmesi" hali, cebir ve tehdit içinde düşünülmüş, bu nedenle silah kavramına ayrıca yer verilmesi gerekli görülmemiştir. Suçun silah kullanarak işlenmesi cebir veya tehdidin bir türüdür. Madde fıkrasında düzenlenen ceza aralıklarıyla da uygulanan cebir veya tehdidin ağırlığına göre cezalandırmanın sağlanabileceği düşünülmüştür.

Çocuğu teşhirciliğe yönlendirme

Madde 104.- (1) 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayma yeteneği gelişmemiş çocuğu, çocuğa temasta bulunmaksızın, vücudunu teşhir etmeye herhangi bir şekilde yönlendiren kişi üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun elektronik iletişim araçlarının sağladığı kolaylıktan

faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde ilk fıkradaki suçun cezası yarı oranında artırılır.

(3) Suçun görüntü veya seslerin kayda alınması veya bunların hukuka aykırı olarak yayınlanması biçiminde işlenmesi halinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Madde gerekçesi:

Günümüzde 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını anlamayan çocukların kendilerine bir zorlama olmaksızın teşhircilikte kullanılması söz konusudur. Burada çocuğun vücudunu sergilemeye yönlendirilmesi durumu ortaya çıkmakta ve giderek yaygınlık göstermeye başlamaktadır. Ayrıca bu durum teknolojinin gelişmesi sebebiyle çok daha kolay ortaya çıkabilmekte, söz konusu suç çok daha rahat işlenebilmektedir. Ayrıca çocuğun yapmış olduğu davranışlar kayda alınmakta ve çoğu zaman elde edilen kayıtlar hukuka aykırı bir şekilde sanal ortamda yayılmaktadır. Bunun sonucunda çocukların doğru ve düzgün cinsel gelişimleri olumsuz yönde etkilenmektedir. Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü, suçun ayrıca düzenlenmesinde, çocuğun menfaatinin korunması amacıyla görüş birliğine varılmıştır.

Cinsel taciz

MADDE 105.- ...

(2) Suçun;

...

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, **bu yükümlülüklerin sürekli olup olmadığı veya ne kadar sürdüğü önemli olmaksızın,**

İnsanların toplu olarak bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle

...

Madde gerekçesi:

Taslağımızda 6545 sayılı Kanun ile cinsel taciz suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenen suçun çocuklara karşı işlenmesine ilişkin düzenleme korunmuştur. İkinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde 103. madde ile paralel değişiklikler yapılmıştır. Ceza miktarları ise orantılı bulunduğu için değiştirilmemiştir.

AİLE DÜZENİNE KARŞI SUÇLAR

Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören

MADDE 230.-

(5) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında **altı aydan bir yıla kadar hapis cezası** verilir.

Madde gerekçesi:

Anayasa Mahkemesi tarafından 10.06.2015 tarihinde verilen 29382 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2015/51 sayılı iptal kararı ile TCK’nın 230/5 ve 230/6 fıkraları iptal edilmiştir. Söz konusu karar resmi nikâh olmaksızın evlenmenin dinsel töreninin yapılmasını suç olmaktan çıkarmıştır. Düzenlemenin iptali çok çeşitli toplumsal sorunları ve hak ihlallerini beraberinde getirecektir. Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre ülkemizde çocukların cinsel istismarının, birden çok sayıda yapılan evliliklerin ve çocukların zorla evlendirilmesinin sıklıkla görüldüğü bölgeler ile iptal edilen düzenlemenin en sık ihlal edildiği bölgeler birbirleriyle uyushmaktadır. Bu bölgelerde dinsel tören evliliğın toplumsal kabul edilebilirliğinin temelini oluşturmakta ve insanlar resmi nikâhtan çok dinsel törenin bulunmasına önem vermektedirler. Buradan hareketle iptal kararının çocuk istismarını, zorla evlendirmeyi ve çok eşliliğı artıracakını söylemek gerekir.

Pek çok dinde evlenme ehliyeti biyolojik olarak ergenlik çağına girmekle kazanılmaktadır. Ülkemizde 9-12 yaş aralığındaki çocuklar ergenlik çağına girmektedirler. Dolayısıyla iptal kararına kadar ülkemizde çocukların, evlenmenin dinsel töreni aracılığıyla istismarının önündeki tek hukuki engel resmi nikâhın bulunması şartıydı. Kaldı ki ülkemizde biyolojik olarak ergin olmadan “evlendirilen” çocuklar bulunmaktadır. Tüm bu sosyal gerçeklik karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı çocuğı cinsel istismara karşı koruyan tek hukuki engeli de ortadan kaldırmıştır.

Hukuk düzenimiz ne bu iptal kararından önce ne de şimdi evliliğın dinsel töreninin yapılmasını yasaklamaktadır. Hukukumuzda resmi nikâh evlilikte her iki tarafın ve doğacak çocukların hakları için bir güvence teşkil etmektedir. İptal edilen normların amacı evliliğın dinsel törenini engellemek değil kadın ve çocukların haklarının dinsel tören aracılığıyla ihlal edilmesini engellemektir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı yeni bir yasal düzenlemeye engel değildir. Bu nedenle derhal yeni bir yasal düzenleme yapılarak kadın ve çocuk haklarının dinsel tören aracılığıyla ihlalinin önüne geçilmesi gerekir.

Sonuç olarak yapılması önerilen düzenlemeyle eski düzenlemeye nispeten suçun cezası artırılmıştır ve anlatılan gerekçelerle hükmün zorla evlendirme maddesine paralel olarak düzenlenmesi uygun görülmüştür.

Zorla evlendirme

MADDE 230/A. - (1) Bir kimseyi, özgür iradesi olmaksızın, evlenmeye zorlayan kişi ya da kişiler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Zorla evlenme gerçekleştiği takdirde, evliliğe zorlayan kişi hakkında dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Mağdurun çocuk olması halinde ise; yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Zorla evlendirme için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Madde gerekçesi:

Evlilik, karşı cinsten iki kişinin özgür iradeleriyle bir beraberlik kurmasıdır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. maddesine göre; "Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır. Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve serbest iradeleri ile yapılır."

Zorla evlenme, eşlerden birinin ya da her iki eşin özgür iradesi olmaksızın evlenmesini ifade eder. Birleşmiş Milletler Örgütü, zorla evlenmeyi "MODERN KÖLELİK BİÇİMİ" olarak nitelendirmektedir. Özellikle, kadınların insan hakları ağır bir şekilde ihlal edilmektedir. Toplumun önemli bir kesimi, bu duruma karşı duyarsız kalmaktadır; hatta bazı yörelerde zorla evlendirme korunmak istenen bir uygulama olarak yer almaktadır.

Zorla evlilikler, bireyden başlayarak tüm toplumda olumsuz sonuçlar yaratmakta, kadın-erkek eşitsizliğini derinleştirmektedir. Özellikle çocuklara evlilik ile birlikte hazır olmadıkları birçok sorumluluk yüklenmekte, bu da onları ailelerinden, arkadaşlarından, sosyal açıdan izole etmektedir. Bu durum kız çocuklarının eğitim hakkını kullanabilmesinin, istihdama ve sosyal hayata katılabilmesinin önünde büyük bir engeldir. Erken evlilikler sonucunda meydana gelen erken yaş gebeliği ve doğumu sonucunda anne ve bebek ölümleri artmakta, aile içi şiddet, geçimsizlik ve hatta intihar vakıaları görülmektedir. Tüm bu nedenler, zorla evlendirmenin ayrı bir suç olarak Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, zorla evlenmenin henüz gerçekleşmediği hal düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki amaç; sonucu oldukça ağır olan zorla evliliğin gerçekleşmesinin önüne geçebilmek ve kişiyi, tehdit, cebir ve iradesini etkileyen başka nedenlerle istemediği birisiyle evlenmekten korumaktır. Kişi ya

da kişiler kavramından anlaşılması gereken, sadece aile bağlarıyla gücünü kullanan veya mağdur üzerinde özel nüfuza sahip kişiler değil; baskı ve şiddetle evliliğe zorlayan her kimsedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, evliliğin gerçekleşmesi durumu neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç olarak düzenlenmiştir. Evliliğin gerçekleşmesi mağdur bakımından daha ağır sonuçlara sebebiyet verdiği için birinci fıkraya göre daha ağır bir ceza öngörülmüştür.

Üçüncü fıkra; on sekiz yaşından küçük kimseleri ayrıca koruma altına alan bir düzenlemeye gidilmiştir. Türk Ceza Kanunu'ndaki "On sekiz yaşından küçük herkes çocuktur" ifadesiyle ve Anayasamızda öngörülen çocuklara yönelik pozitif ayrımcılık ilkesiyle paralellik gösteren bir düzenlemedir.

Dördüncü fıkra TCK'nun genel eğilimine uygun olarak kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin ortaya çıkması halinde ayrıca ceza verileceği düzenleme altına alınmıştır.

Evlenme ehliyeti olmayan kimseyi, evlenmenin dinsel törenini yapmaya zorlama

MADDE 230/B.- Evlenme ehliyeti olmayan kimseyi, evlenmenin dinsel törenini yapmaya zorlayan bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde gerekçesi:

Türk Medeni Kanunu'nda evlenme ehliyetine ilişkin kurallar belirlenmiş, Türk Ceza Kanunu'nda ise; Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilene kadar resmi evlilik olmaksızın imam nikâhı yapılması suç olarak kabul edilmişti. Ancak; uygulamada evlenme ehliyeti olmayan kişilerin ve özellikle çocukların evlenmenin dinsel töreni yapılmak suretiyle bir araya getirildikleri ve hukuken geçerli olmayan bir evliliğe zorlandıkları hallere sıkça rastlanmaktadır. Bu nedenle bu tür davranışların toplum önünde çocuk istismarını meşrulaştırdığı düşünüülerek böyle özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

TASARININ KABUL EDİLMESİ HALİNDE DEĞİŞEN HÜKÜMLERİN TAM METNİ

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLAR

Cinsel saldırı

Madde 102.-(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık

düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda anal, oral veya vajinal yoldan organ veya sair bir cisim sokulması veya mağdur bu davranışlarda bulunmaya veya maruz kalmaya zorlamak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

e) İnsanların toplu olarak bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulacak cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına

hükmolunur.

Çocuğun cinsel istismarı

MADDE 103.-(1)Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı vücut teması ile gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı, rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda anal, oral veya vajinal yoldan organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle veya mağduru bu davranışlarda bulunmaya veya maruz kalmaya zorlamak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun,

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana , üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, bu yükümlülüklerin sürekli olup olmadığı veya ne kadar sürdüğü önemli olmaksızın,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

f) Cebir veya tehditle işlenmesi halinde ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, üçte birinden üçte ikisine kadar artırılarak hükmolunur.

(4) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Çocuğu teşhirciliğe yönlendirme

Madde 104.- (1) 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğu, çocuğa temasta bulunmaksızın, vücudunu teşhir etmeye herhangi bir şekilde yönlendiren kişi üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun elektronik iletişim araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde ilk fıkradaki suçun cezası yarı oranında artırılır.

(3) Suçun görüntü veya seslerin kayda alınması veya bunların hukuka aykırı olarak yayınlanması biçiminde işlenmesi halinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Cinsel taciz

MADDE 105.- (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun **şikayeti** üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, bu yükümlülüklerin sürekli olup olmadığı veya ne kadar sürdüğü önemli olmaksızın

c) İnsanların toplu olarak bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

AİLE DÜZENİNE KARŞI SUÇLAR

Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören

MADDE 230.-

(1) Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

(5) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Zorla evlendirme

MADDE 230/A. - (1) Bir kimseyi, özgür iradesi olmaksızın, evlenmeye zorlayan kişi ya da kişiler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Zorla evlenme gerçekleştiği takdirde, evliliğe zorlayan kişi hakkında dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Zorlanan kişi çocuk ise; yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Zorla evlendirme için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

MADDE 230/B.- Evlenme ehliyeti olmayan kimseyi, dinsel tören yapmaya zorlayan bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

MAHKEMELERCE FATURAYA DAYALI OLARAK İHTİYATİ HACİZ KARARI VERİLEBİLİR Mİ? (İİK. m. 257)

Talih UYAR**

Bilindiği gibi; “hangi koşullarda ihtiyati haciz kararı verilebileceği”, İİK’nun 257. maddesinde düzenlenmiştir.

Doktrinde «alacaklının, bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulması»¹ «para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki koruma»² olarak tanımlanan³ ihtiyati haciz, Yargıtay içtihatlarında da «alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için, mahkeme kararı ile, borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulması»⁴ «İİK’nun 257, TTK’nun 713 ve özel kanunlarda gösterilen hallerin varlığı halinde de davadan veya icra takibinden önce veya sonra verilen, dava ve takibin kesinleşmesi üzerine kesin hacze dönüşen geçici bir haciz»⁵ «icra takibine (icrai hacze) takaddüm eden bir emniyet tedbiri»⁶ şeklinde ifade edilmiştir...

* İzmir Barosu Avukatlarından. (9 Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

** Bu yazı, bir dava dosyasına hukuki mütalâa (uzman görüşü) olarak sunulmuştur.

¹ B.Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C:3, s:2495 – B. Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, s:1033

² Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, s:12

³ Diğer tanımlar için bkz: N. Berkin, Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi, s:140 – N. Berkin, İhtiyati Haciz, s:9 – S. Ansay, Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, s:312 – M. Oskay /C. Koçak/A. Deynekli /A. Doğan, İİK. Şerhi, C:4, s:5260 – K. Arar, İcra ve İflâs Hükümleri, C:1, s:366 – S. Özgürol, Haciz ve İhtiyati Haciz Üzerine, *Ad. D.*, 1985/4, s:42 – U. Aksöz, İhtiyati Haczin Özellikleri, *ABD.*, 1978/1, s:12 – A.K. Bacanak, İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak Derecesi, *ABD.*, 1971/4, s:521 – H. Özkan, İhtiyati Tedbir, Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz, 2. Bası, s:1997 – A.Deynekli/M. Saldırım, İhtiyati Haciz, 3. Baskı, 2011, s:3

⁴ Bknz: 15. HD. 18.12.2006 T. 6843/7403; 11. HD. 9.10.2006 T. 8054/9887; 8.5.2006 T. 3919/5278 (www.e-uyar.com)

⁵ Bknz: 12. HD. 3.12.1980 T. 6158/8652 (www.e-uyar.com)

⁶ Bknz: 12. HD. 8.5.1980 T. 2057/4095; 16.10.1979 T. 7087/8030 (www.e-uyar.com)

«İhtiyatı haciz», İcra ve İflâs Kanununun **doktrin** tarafından⁷ en çok işlenen konulardan birisidir. Bütün bu çabalara rağmen yine hukukumuzun hiçbir kurumu -maalesef- ihtiyatı haciz kadar yanlış ve farklı uygulama alanı bulmamıştır.⁸ Bunun başlıca nedeni, mahkemelerin ihtiyatı hacze ilişkin kararlarının, yakın zamana -17.7.2003 tarihinde, 4949 sayılı Kanun ile İİK'nun 258 ve 265. maddelerinde yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesine- kadar Yargıtay'a- temyiz yolu ile gidememiş olmasıdır...

İİK. 'nun 257. maddesinin ihtiyatı haciz kararı verilebilmesi için öngördüğü koşullar şunlardır:

A- Alacaklıya ilişkin koşullar:

a) **İhtiyatı haciz isteminde bulunan kişinin «alacaklı» sıfatını taşıması gerekir.** İlk anda «bu koşulun pek doğal olduğu, üzerinde durmaya gerek olmadığı» düşünülebilir. Ancak, uygulamada aşağıda kısaca değineceğimiz konularda uyumsuzluklar çıkmaktadır:

⁷ U. Aksöz, İhtiyatı Haczin Özellikleri, *Adana Bar. D.*, 1978/1, s:12 vd. – S. Akyazan, İhtiyatı Hacizler ve Hacze İştirak Dereceleri, s:158 vd. – N. Berkin, İhtiyatı Haciz, s:1 vd. – H. Akyıldız, İcra Hukukunda İhtiyatı Haciz, *Ad. D.* 1969/6, s:374 vd. – N.B. Hacıömeroğlu, Kambyo Senetlerine Dayanan İhtiyatı Haciz İstekleri, *Ad. D.*, 1967/7 s:788 vd. – A. Semiz, Çeke Dayanan İhtiyatı Haciz İstemek Hakkı, *İBD.*, 1970/11-12, s:845 vd. – N.K. Atahan, İhtiyatı Haciz Müessesesinin Uygulamadaki Şekli, *ABD.*, 1973/1, s:26 vd. – A. Bacanak, İhtiyatı Haciz ve Hacze İştirak Derecesi, *ABD.*, 1971/14 s:521 vd. – İ. Türker, İcra ve İflâs Yasasının 257/II. Maddesi ve Bugünkü Uygulama Üzerine Bir İnceleme, *ABD.*, 1972/5, s:789 – Y. Akın, İhtiyatı Haciz mi Tedbir mi İstemeli? (Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1953, No:53) – M.N. Akkayan, Vazifesizlik Kararı - İhtiyatı Haciz - İstihkak İddiası, (*Jurisdictio*, 1957 No:7, s:673 vd.) – H. Beldez, Hava Nakil Vasıtalarına İhtiyatı Tedbir Olarak Haciz Konması, *Ad.D.*, 1942, No:5 – M.R. Belgesay, Ne Gibi Sebeplerle İhtiyatı Haciz Kararına İtiraz Olunabilir? (*Hukuk Gazetesi*, 1939 No:35, 36) – A. Deynekli/M. Saldırım, İhtiyatı Haciz 2005 – B. Gürdoğan, İhtiyatı Haciz, (*Jurisdictio*, 1957, No:3, s:288) – B.Gürdoğan, Rehinli Alacaklar İçin İhtiyatı Haciz, *Ad. D.* 1964/7-8, s:743 vd. – K. Onsun, Vadesiz Senetler İçin İhtiyatı Haciz Kararı Verilebilir mi? (*İleri Hukuk*, 1948, No:35) – A. Önder, İhtiyatı Haciz (*Ad. D.* 1948, No:11) – M. Özekes, İhtiyatı Haciz 1999 – N.R. Özüarı, İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz, *Ad. D.* 1956/3, s:361 – A. Yumak, İhtiyaten Haczedilen Emvalin Beyanı, *Ad. D.*, 1939, No:5 –E. Şimşek, Kambyo Senedine Dayanan İhtiyatı Haciz, *Ad. D.*, 1978/3-4, s:207 vd. – A. Cura, Karşılaştırmalı Olarak İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz, *Bursa Bar. D.*, 1983, S:19, s:1 vd. – E. Önen, İhtiyatı Haczin Kaldırılması Davası, *AHFD.*, 1980, S:1-4, s:251 vd.– S. Karaduman, İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz Müesseseleri ve Karşılaştırılması, *Eskişehir Bar. D.*, Haziran/2005, S:7, s:67-102

⁸ İ. Türker, a.g.m. 791 – N. K. Atahan, a.g.m. s:27 – A. Semiz, a.g.m. s:845 – M. Hacıömeroğlu, a.g.m. s:788

b- Kambiyo senedine (*poliçe, bono ve çek'e*) dayanarak «ihtiyati haciz» isteminde bulunan alacaklının ticaret hukuku bakımından «haklı (meşru) hamil» durumunda olması gerekir. Yani bu kişi ya «*kambiyo senedinin son hamili*» olmalı ya da son hamil dışında, «*senet bedelini ödeyen ciranta, avalist, araya girme suretiyle ödemede bulunan senet ilgisi*» sıfatını taşımalıdır.⁹

Eğer kambiyo senedi *ciro edilmemişse*, «yetkili (haklı) hamil» senedin 'lehtarı'dır. Buna karşın, kambiyo senedi *ciro edilmişse*, «yetkili (haklı) hamil» 'müteselsil ve birbirine bağlı ciro zincirine göre lehine ciro yapılan hamil'dir (TTK. mad. 686, 778, 790).¹⁰

Yüksek mahkeme «hamilin, bonoyu tanzim edene keşideciye ve onun lehine *aval verene karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmiş olmasının gerekli ve yeterli olduğunu ayrıca protesto olmasının gerekmediğini*»¹¹ ifade etmiştir.

Kambiyo senedine dayanarak mahkemeden ihtiyati haciz kararı istenebilmesi için, «senet aslı»nın, eğer senet kaybedilmişse, mahkemeden alınmış olan «iptâl kararı»nın, mahkemeye sunulması gerekir.¹²

İhtiyati haciz istemi ile karşılaşan mahkemelerin, istemde bulunan kişilerin hukuken «alacaklı» sıfatını taşıyıp taşımadıklarını araştırarak karar vermeleri gerekir.

b) Alacaklının medeni hakları kullanma ehliyetine sahip bir kişi de olması gereklidir. Sulh mahkemesince «bir meslek ve sanatın icrası için kendisine izin verilen velayet altındaki çocuklarla, vesayet altındaki kimseler», ayrık olarak, bu meslek veya sanatın icrasından doğan alacakları için (MK. mad. 359, 453) ihtiyati haciz isteminde bulunma hakkına sahiptirler.

İhtiyati haczin vekaleten istenmesi de mümkündür. Acele hallerde, özellikle güvence (teminat) gösterilmişse, «vekaletname gösterilme bile» vekilin, «alacaklının vekaletine sahip olduğuna» ilişkin beyanı ile yetinilebilir.¹³

⁹ Kambiyo senetlerinde «alacaklı sıfatı» hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: T. Uyar, İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri; 3. Bası, C:1, s:555 vd. – T. Uyar, İİK. Şerhi, C.8, s:13421 vd.

¹⁰ A. Deynekli /M. Saldırım, age. s:22

¹¹ Bknz: 11. HD. 10.07.2013 T. 15292/14571; 17.01.2011 T. 14930/223 (www.e-uyar.com)

¹² E. Şimşek, Kambiyo Senetlerine Dayanan İhtiyati Haciz, *Ad. D.*, 1978/3-4, s:213 vd.

¹³ N. Berkin, İflâs Hukuku, s:414

Yabancı uyruklu alacaklılar da ihtiyati haciz isteyebilirler. Yabancı alacaklının -İİK. mad. 259'da öngörülen teminat dışında- ihtiyati haczin kesinleşmesi sırasında «icra (iflâs) takibi»nde bulunurken veya «dava» açarken (İİK. mad. 264/II) ayrıca *yabancı teminatı* göstermesi gerekir (MÖHUK. mad. 48).^{14 15}

c) Alacaklının borçlu hakkında cebri icra talebinde bulunma yetkisine de sahip olması gerekir. Çünkü, her ihtiyati haczi, bir icrai haciz takip edeceği için, borçlusu hakkında cebri icra işlemine başvuramayacak alacaklının ihtiyati haciz isteminde de bulunamaması gerekir.

Şarta bağlı alacaklar için de ihtiyati haciz istenemez.^{16 17}

d) Kamu idarelerinin kamu alacaklarına ilişkin ihtiyati haciz istekleri hakkında özel bir yasa olan 6183 sayılı «Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun» hükümleri (mad. 13-16) uygulanır.¹⁸

e) “İhtiyati haciz istemleri”ne ilişkin gemi ve yük alacaklılarının ihtiyati haciz istemleri İİK. mad. 257/IV ve V. fıkra hükümleri 6103 s. Kanunla yapılan değişiklik sonucunda yürürlükten kaldırılmıştır.

Yeni TTK'nun 1464-1400 üncü maddelerinin oluşturduğu “8. KISIM” da, deniz takip hukukunun temel esasları düzenlenmiştir. Bu kısımda; “*gemilerin ihtiyati haczi, gemi rehlinin paraya çevrilmesi*” ve “*gemilerin cebri icra işlemlerine ne şekilde konu olacağı*” (gemilerin haczi, satışı vb.) hakkında özel hükümler sevk edilmiştir. Dolayısıyla deniz hukukunun bir alt dalı olan deniz takip hukuku açısından bu kısım hükümleri “özel hüküm” niteliğinde olacak ve öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu kısımda hüküm bulunmayan hallerde ise genel icra hukuku hükümleri (İİK.) uygulama alanı bulacaktır (TTK. mad. 1351)¹⁹

¹⁴ Bknz: 12. HD. 7.12.1983 T. 10341/9973 (www.e-uyar.com)

¹⁵ M. Özkes, İhtiyati Haciz, s:247

¹⁶ S. Üstündağ, age. s:408 – S. Akyazan, age. s:14 – S. Onsun, Vadesiz Senetler İçin İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi? (İH. 1948/33, s:508)

¹⁷ Karş: M. Özkes, age. s:135

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: M. Tancı -V. Arıken -P. Yalçın, İzahlı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, s: 19. vd. – M. Tekgündüz, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar ve Çözümü (Ad. D. 1984/2, s:365 vd.) – Y. Özbacı, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s:201 vd.

¹⁹ Bknz: V. Seven, “6102 s. TTK. 5. Kitap, Deniz Ticareti” -Konferans Notları-19.06.2012, İzmir, s: 49)

B- Alacağa ilişkin koşullar:

1- Hakkında ihtiyati haciz istenen alacak (borç) para alacağı (borcu) olmalıdır.

4949 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanununun çeşitli maddelerinde değişiklik yapılırken İİK'nun 257. maddesinin birinci fıkrasında «...*bir para borcu için*» ihtiyati haciz kararı istenebileceği²⁰ vurgulanarak uygulamada çok kez görüldüğü gibi, «bir para borcu için 'ihtiyati haciz' yerine 'ihtiyati tedbir' istenmesinin önüne geçilmesi istenmiştir.^{21 22}

Yabancı para alacağı için de ihtiyati haciz kararı verilmesi istenebilir. Bu durumda, talep konusu yabancı para alacağı Türk parasına çevrilererek, yabancı paranın Türk Parası karşılığı için ihtiyati haciz kararının verilmesi istenmelidir.²³

2- Alacağın rehinle temin edilmemiş (güvence altına alınmamış) olması: Alacağı rehinle temin edilmiş olan alacaklı, kural olarak ihtiyati haciz isteminde bulunamaz.²⁴

İİK. mad. 257/I'de geçen «*rehinle temin edilmemiş alacak*» tabirini -İsviçre kaynak kanunun Almanca metnine uygun şekilde- «rehinle karşılanmamış alacak» şeklinde anlamak gerekir.²⁵ Bu suretle, «*alacağın, rehini aşan kısmı için*» ihtiyati haciz kararı almak mümkün olabilmektedir.²⁶

Şu hususu hemen belirtelim ki; *asıl borç rehinle temin edilmiş olsa bile kefiller hakkında* ihtiyati haciz kararı verilebilir.²⁷ Ancak, *kefilin ipotek vermesi* (ipotegın, kefaletin teminatı olarak düzenlenmesi) durumunda kefiller hakkında ihtiyati haciz kararı verilemez.²⁸

²⁰ Bknz: 15. HD. 18.12.2006 T. 6843/7403

²¹ Bknz: «4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi»

²² M. Özkes, İcra ve İflâs Kanunu'nda İhtiyati Hacze İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, *Yeditepe Üniv. Huk. Fak. D.* 2005, C:I, S:2, s:447)

²³ M. Özkes, age. s:106 vd.

²⁴ Bknz: 11. HD. 9.10.2006 T. 8054/9887; 18.9.2006 T. 7569/8883; 19. HD. 23.6.2005 T. 4448/7057; 11. HD. 7.3.2005 T. 1941/2138; 19.HD. 27.5.2004 T. 2881/6282 (www.e-uyar.com)

²⁵ A.Deynekli /M. Saldırım, age. s:26

²⁶ Bknz: 11. HD. 10.7.2007 T. 6001/10525; 19. HD. 30.12.2004 T. 9783/13392; 27.5.2004 T. 8883/6284; 11. HD. 26.4.2004 T. 4232/4129 (www.e-uyar.com)

²⁷ Bknz: 19. HD. 6.7.2006 T. 5852/7372; 11. HD. 19.9.2005 T. 8668/8340; 9.5.2005 T. 4999/4800; 2.5.2005 T. 4629/4513; 25.10.2004 T. 1251/10276 (www.e-uyar.com)

²⁸ Bknz: 19. HD. 26.10.2007 T. 9019/9288; 15.3.2007 T. 65/2566; 27.4.2006 T. 3126/4553; 10.11.2005 T. 9130/10960 vb.

Maddedeki «rehin» sözcüğünü İİK. mad. 23 hükmünün ışığı altında²⁹ yorumlamak gerekir. Bu nedenle, İİK. mad. 257/I'deki rehin terimi, taşınır ve taşınmaz rehinleri ile bu terimin aynı madde gereğince kapsamına giren diğer hakları kapsar. Şu halde, alacaklı, borçlunun malları üzerinde «*hapis hakkı*»na sahipse, bu hak da bir rehin hakkı sayıldığından (İİK. mad. 23/II), ayrıca borçlusu hakkında ihtiyati haciz isteminde bulunamaz. Buna karşın, «*şahsi teminat*» ihtiyati hacze gerek göstermeyecek derecede kuvvetli bir teminat olarak yasa koyucu tarafından kabul edilmemiş olduğundan, borcu için kefil göstermiş olan borçlu hakkında, ihtiyati haciz istenebilir.

Kural olarak «rehinle temin edilmiş alacaklar için» ihtiyati haciz isteminde bulunulamazsa da,³⁰ şu hallerde -rehne rağmen- ihtiyati hacze izin verilmiştir:

Alacağın rehinle güvence altına alınmış olmasına rağmen, «*ilk önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunluluğu olmayan hallerde*» (İİK. mad. 45),³¹ alacaklı, borçlu hakkında ihtiyati haciz yoluna başvurulabilir. Bu durumlara örnek olarak şu alacaklar gösterilebilir:

a) Rehnin alacağı karşılayamayacağı muhakkak olan hallerde, açık kalacak miktar için ihtiyati haciz istenebilir.³² Bu durumda, ihtiyati hacze karar verecek mahkeme, rehnin kıymetini takdir ederek, rehinle temin edilmemiş durumda bulunan açık için ihtiyati haciz kararı verebilir.

b) Rehnin alacağı karşılayamadığı hallerde,³³

c) Kambiyo senedine bağlı alacaklarda,³⁴

d) İpotekle temin edilmiş faiz ve senelik taksit alacaklarında,³⁵

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bknz: Bu eser, C.2, s:2632 – T. Uyar, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, s:26 vd.

³⁰ B. Gürdoğan, Rehnli Alacaklar İçin İhtiyati Haciz, *Ad. D.*, 1964/7-8, s:748 vd.

³¹ T. Uyar, İİK. Şerhi, C:2, s: 3539 vd. – T. Uyar, Rehin, s: 86 vd.

³² N. Berkin, age. s:416 – İ. Postacıoğlu, age. s:712 – B. Kuru, age. C:3, s:2501 – B. Kuru, El Kitabı, s:1037 – S. Üstündağ, age. s:408

³³ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -A- a «s: 3539» - T. Uyar, Rehin, s:86

³⁴ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -A- b «s: 3539 vd.» -T. Uyar, Rehin, s:86

³⁵ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -A- c «s: 3540» - T. Uyar, Rehin, s: 86 vd.

e) Rehnin yabancı bir memlekette bulunduğu hallerde,³⁶

f) Alacaklıya, adi takip yolu ile rehin paraya çevrilmesi yolu arasında seçim hakkı verilmiş olan hallerde,³⁷

g) Alacaklının rehne ikinci derece başvuracağına kararlaştırıldığı hallerde,³⁸

h) Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip sırasında alacaklıya gecici rehin açığı belgesi verilmiş olan hallerde,³⁹

i) Rehin hakkının çekişmeli bulunduğu hallerde⁴⁰ de alacaklı, rehnin mevcut ve geçerli olduğu iddiasında ısrar etmekle beraber, ihtiyati haciz isteminde bulunabilir. Örneğin; borçlu rehin sözleşmesinin iptâlini dava etmiştir. Alacaklının, borçlunun bu iddiasını kabul etmemekle beraber, alacağı için ihtiyati haciz isteyebileceğini kabul ve ihtiyati haczi tamamlama merasimi adi takip yolu ile yapılmasına izin vermek gerekir. Çünkü, alacaklıyı, itirazla karşılaşacağını önceden bildiğini rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe zorlamak hak ve adalete uymayacağı gibi, borçlunun da alacaklının yapacağı adi takibe karşı «alacağın rehinle temin edilmiş bulunduğu yolunda» itirazda bulunması iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz.

j) *Ticari işletme rehni alacaklısı*, rehinle temin edilmiş olacağı için, ticari işletmenin veya onun münferit unsurlarının ihtiyaten haczini isteyebilir (1447 s. Tic. İş. Reh. K. mad. 14/III).⁴¹ Bu durum, İİK. mad. 257/I hükmünün bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, rehin konusu taşınırın borçlunun veya işletme sahibinin elinde bırakıldığını gözönüne alarak, bu malların onun tarafından kaçırılmasını önlemek için, rehinli alacaklıya ayrıca bunları ihtiyaten haciz ettirebilme hakkını tanımıştır.⁴²

³⁶ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -B- a «s: 3541» - T. Uyar, Rehin, s: 88

³⁷ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -B- c «s: 3542» - T. Uyar, Rehin, s: 88 vd.

³⁸ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -B- d «s: 3542» - T. Uyar, Rehin, s: 89

³⁹ Bknz: T. Uyar, İİK. Şerhi, C:3, Madde: 45, Açıklama IV -A- g «s: 3541» - T. Uyar, Rehin, s: 87

⁴⁰ B. Gürdoğan, a.g.m. s:749

⁴¹ Bknz: 19. HD. 30.9.2004 T. 6914/9419; 18.4.2002 T. 2561/2981; 7.2.2002 T. 2561/2981 (www.e-uyar.com)

⁴² A. Erten, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, s:62 - A. Antmen, Ticari

3- Alacağın vadesinin gelmiş olması: A- Kural olarak, ancak vadesi gelmiş olan yani «*muaccel olan*» alacaklar için ihtiyati haciz istenebilir.⁴³ Bu kuralın ayrıkları (istisnaları) az sonra incelenecektir.

a) Borcun muaccellik anı, «*borcun istenebileceği veya ifa edilebileceği*» anı ifade eder. Genellikle, ihtiyati haciz istemine konu edilen senetlerde «*muayyen bir vade*» öngörülmüş olduğundan, ihtiyati haciz istemi ile karşılaşan mahkemenin, ihtiyati haciz kararı verebilmek için «senedin vadesinin gelmiş olup olmadığını» araştırması gerekli ve yeterlidir.

Eğer, borç için bir «vade» öngörülmemişse, o zaman alacaklının ihtarı gerekir.

Uygulamada, bonolara; «...*bu bono (emre muharrer senet) vadesinde ödenmediği takdirde, sonraki bonoların da muaccel olacağı...*» şeklinde konan «muacceliyet kayıtları»nın geçersiz olduğunu^{44 45} hatırlatalım. Bu nedenle, «kambyo hukuku ile bağdaşmadığı için» geçersiz olan bu kayıtlara dayanarak, henüz vadesi gelmemiş olan bu bonolar hakkında ihtiyati haciz kararı verilmemelidir.

Eğer taraflar aralarında yaptıkları ayrı bir sözleşmede, «düzenlenen senetlerden birisinin vadesinde ödenmemesi halinde diğerlerinin de muaccel olacağını» kararlaştırmışlarsa, bu sözleşme gereğince günü (vadesi) gelmemiş olan senetler için de kanımızca ihtiyati haciz kararı istenebilmelidir.⁴⁶

B- Vadesi gelmemiş borçtan dolayı ihtiyati haciz verilmesi, ayırık olarak öngörülmüş bir yoldur. Gerçekten, ancak şu hallerde, henüz muaccel olmayan yani vadesi gelmemiş bulunan bir borç için ihtiyati

İşletme Rehni, s:89 – Ş. Kayıhan, Ticari İşletme Rehni, s:73 – S. Reisoğlu, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s:33 – E. Türker, Ticari İşletme Rehni, s:116 vd.

⁴³ Bknz: 15. HD. 19.11.2007 T. 6565/7260; 11. HD. 9.10.2006 T. 8054/9887; 18.9.2006 T. 7569/8883; 19. HD. 23.6.2005 T. 4448/7057; 11. HD. 7.3.2005 T. 1941/2138; 19. HD. 27.10.2005 T. 9189/10720; 27.10.2005 T. 9471/10721 (www.e-uyar.com)

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: T. Uyar, Kambyo Senetleri, 3. Bası, s:28 vd. – T. Uyar, İİK. Şerhi, C: 8, s: 13042 – M. Oskay /C. Koçak/ A. Deynekli/ A. Doğan, İİK. Şerhi, C:4, s:5261 – B. KURU, age. C:3, s:2499 – B. Kuru, El Kitabı, s:882 – M. Özkes, age. s:137

⁴⁵ Karş: S. Köprülü, Vadesi Gelmemiş Bonolarda İcra Takibi ve İhtiyati Haciz, *Bursa Bar. D.*, 1986/Şubat, s:6 vd. (Bu görüşe göre, ciro edilmemiş bonolardaki muacceliyet koşulu geçerli olmalıdır..)

⁴⁶ T. Uyar, Kambyo Senetleri, s: 29 – T. Uyar, Bu eser, C:8, s:13042 – B. Kuru, age. C:3, s:2499 – B. Kuru, El Kitabı, s:1036 – M. Özkes, age. s:137

haciz istenebilir (İİK. mad. 257/II).⁴⁷

a) Borçlunun belirli yerleşim yeri olmaması; Burada geçen «*yerleşim yeri*» (ikametgah) deyimini, geniş olarak hem «yerleşmek niyetiyle oturulan yer» (MK. mad. 19/II ve hem de «sakin olunan (oturulan) yer» (MK. mad. 20/II) anlamında kabul etmek gerekir.⁴⁸

Borçlunun «belirli bir yerleşim yeri olmaması», «hiç bir yerleşim yeri bulunmaması» anlamında değil, «yerleşim yeri sık sık değiştirmesi ve sabit bir yerleşim yeri edinmemesi» şeklinde anlaşılmalıdır. Yabancı memlekette belirli bir yerleşim yeri bulunan borçlunun Türkiye’de muayyen bir yerleşim yeri olmadığı ileri sürülerek, vadesi gelmemiş borcundan dolayı ihtiyati haciz istenemez.

Alacaklının bu maddeye dayanarak ihtiyati haciz talebinde bulunması halinde, «borçlunun belirli bir yerleşim yeri bulunmadığı» hususunda mahkemeye kanaat getirmesi gerekir. Bunun için de, bu iddiasını, ilgili mahalle muhtarlığından, zabıtan, ticaret odasından vs. alacağı yazılarla belgelendirmesi gerekir.

b) Borçlunun, yükümlülüklerinden kurtulmak maksadı ile;

aa) Mallarını gizlemesi,

bb) Mallarını kaçırmaya hazırlanması,

cc) Kaçmaya hazırlanması,

dd) Kaçması,

ee) Alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması, gerekir.^{49 50}

Borçlu yükümlülüklerinden kurtulmak için, malların değerinden çok düşük bir bedelle başkalarına temlik etmek veya gizlemek suretiyle kaçırabilir. Borçlunun, alacaklının alacağını tahsil edebilmesi için

⁴⁷ Bknz: 12. HD. 21.10.2005 T. 15994/20534; 5.7.2005 T. 11369/14626; 4.10.2005 T. 14698/18832; 19. HD. 14.10.2004 T. 7195/10099; 7.4.2005 T. 1137/3756; 12. HD. 28.5.1987 T. 10396/6948; 3.3.1987 T. 6887/2660 (www.e-uyar.com)

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: M. Özkes, age. s:147 vd.

⁴⁹ Bknz: 11. HD. 14.5.2012 T. 5437/7665; 15. HD. 19.11.2007 T. 6565/7260 (www.e-uyar.com)

⁵⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: M. Özkes, age. s:155 vd.

icabında el koyamayacağı bir şekilde mallarını ortadan kaldıran her işlemi «mal kaçırmak veya gizlemek» sayılabilir. Örneğin; borçlunun haklı bir sebep yokken, kıymetli bir malını rehnetmesi veya ihtiyacı olmadığı halde çok ucuz fiyatla satması; «mal gizlemesi» sayılabilir. Borçlunun, mağazasında devamlı olarak satış yapması ve sattığı malların yerine yeni mal tedarik etmemesi ve bu suretle mağazasını ve depolarını boşaltması «mal kaçırmak» sayılır⁵¹

«Borçlunun kaçması»nın vadesi gelmemiş borçları hakkında ihtiyati haciz sebebi sayılabilmesi için, alacaklının alacağını elde edebilmesini tehlikeye sokması veya güçleştirmesi gerekir. Bu sebeple, borçlunun ticarethanesini fiilen başka bir yere nakletmesi tek başına, borçlunun mutlaka taahhütlerinden kurtulmak maksadı ile kaçtığını göstermez.

Yükümlülüklerinden kurtulmak maksadı ile yabancı memlekete kaçan veya mallarını kaçıran borçlu hakkında ihtiyati haciz istenebilmesi, mahalli kanunun buna imkan vermesine ve varsa anlaşma hükümlerine bağlıdır.⁵²

Borçlunun, bu madde kapsamındaki davranışlarının «yükümlülüklerinden kurtulmak maksadıyla» olduğunu isbat, alacaklıya düşer. Ancak bunun kesin delilleri alacaklıdan istenmemeli, bu hususta mahkemeye kanaat verilmesiyle yani borçlunun kötünietini gösterecek belirtilerin ortaya konmasıyla yetinmelidir.⁵³

İİK. mad. 257/II'de öngörülen bu sebepler sayılarak belirtilmiş (tahdidi) olup genişletilemez.⁵⁴

Yüksek mahkeme, “*f a t u r a y a dayalı olarak ihtiyati haciz kararı verilebilip verilemeyeceği*” konusunda;

- “Mahkemece faturalar, yazarkasa fişleri ve mal teslimi fişlerine dayalı ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için, ibraz edilen bu belgelere göre alacağın varlığı ve muaccel olduğu konusunda mahkemece bir kanaat edinilmesi halinde ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar verileceğini”⁵⁵

- “İbraz edilen irsalıyeli faturaların alacağın varlığı ve muaccel olduğu

⁵¹ N. Berkin, age. s: 422

⁵² N. Berkin, a.g.e. s: 423

⁵³ N. Berkin, age. s:422 – İ. Postacıoğlu, age. s:712 – S. Üstündağ, age. s:408

⁵⁴ S. Üstündağ, age. s:408

⁵⁵ Bknz: 19. HD. 23.01.2014 T. E:2013/18723, K:1804 (www.e-uyar.com)

konusunda mahkemede kanaat uyandırması halinde, ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar verileceğini”⁵⁶

- “İhtiyati haciz isteyen davacı vekilinin alacağının ispatı bakımından sunduğu faturaların alacağın varlığı konusunda mahkemede yeterli kanaat oluşturmadığı, karşı tarafça borca itiraz edildiği gerekçesiyle ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmiş olmasının yerinde olduğunu”⁵⁷

- “İhtiyati hacze konu olan alacak miktarı konusunda uyumsuzluk bulunmadığı, faturalara ilişkin olarak verilen çeklerin henüz keşide tarihinin henüz gelmediği yönündeki itirazın İİK.nun 265.maddesi kapsamında sınırlı olarak sayılan itiraz sebepleri arasında olmadığından itirazın reddine karar verilmesinde usulsüzlük bulunmadığını”⁵⁸

- “İhtiyati haciz talebine dayanak faturanın, muaccel bir alacağın varlığını göstermeye yeterli olmadığını”⁵⁹

- “İhtiyati haczin faturalara istinaden talep edildiği, oysa faturaların alacağın varlığını, gösteren kesin delil olmadığı, ticari defterlerin incelenmesi gerektiğini”⁶⁰

- “Banka dekontunda; muteriz şirketin, ihtiyati haciz talep eden şirkete mal alım bedeli karşılığında para gönderdiği yazılı olup, bu durumda taraflar arasında sözleşme ilişkisinin varlığı konusunda mahkemede bir kanaat oluşması gerekirken, itiraza uğrayan faturaların tek başına taraflar arasındaki akdi ilişkiyi ispatlamaya yeterli olmadığı şeklinde dosya içeriğine de uygun düşmeyen gerekçeye dayanarak ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olacağını”⁶¹

- “Alacağın varlığı konusunda mahkemede kanaat oluşabilmesi için yeterli deliller sunulmamış olduğundan sonucu itibarıyla ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını”⁶²

⁵⁶ Bknz:19. HD. 11.02.2014 T. E:758, K:2683 (www.e-uyar.com)

⁵⁷ Bknz: 19. HD. 09.10.2012 T. E:10039, K:14687 (www.e-uyar.com)

⁵⁸ Bknz:19. HD. 06.11.2012 T E:11614, K:16023 (www.e-uyar.com)

⁵⁹ Bknz:19. HD. 25.09.2012 T. E:9509, K:13520 (www.e-uyar.com)

⁶⁰ Bknz:19. HD. 18.09.2012 T. E:5779, K:13069 (www.e-uyar.com)

⁶¹ Bknz:19. HD. 11.07.2012 T. E:6500, K:11549 (www.e-uyar.com)

⁶² Bknz:19. HD. 04.07.2012 T. E:5454, K:11061 (www.e-uyar.com)

- "İhtiyatı haciz isteyen tarafından dilekçeye eklenen faturaların, alacağın ve ihtiyatı haciz sebeplerinin varlığı hakkında mahkemede kanaat uyandırmaya yeterli olmadığından ihtiyatı haciz isteminin reddi gerekeceğini"⁶³

- "Ödeme belgeleri mal teslimine ilişkin belgeler, sevk irsaliyesi ve fatura örnekleri cari hesap ekstresi, davalının icra takibi sırasında verdiği itiraz dilekçesi tespit raporu ve davacının keşide ettiği ihtarnameye göre alacağın varlığı, miktarı ve muacceliyeti konusunda kanaate ulaşamadığından ihtiyatı haciz isteminin reddine karar verilmesinin gerekeceğini"⁶⁴

- "Muteriz vekili tarafından akdi ilişkinin inkâr edildiğini itiraza uğrayan faturaların tek başına taraflar arasındaki akdi ilişkiyi ispatlamaya yeterli olmadığı gibi delil tespiti sırasında dinlenen tanık beyanlarına da itibar edilmeyeceğinden BK'nun 73 ve HUMK 10. maddelerinin somut olayda uygulanamayacağı belirtilerek yetkisizlik nedeniyle ihtiyatı haczin kaldırılmasına karar verilmesinin yerinde olduğunu"⁶⁵

- "İhtiyatı haciz isteyenin sunduğu çek ve bonolarda aleyhine ihtiyatı haciz istenenlerin borçlu sıfatı bulunmadığı, fatura ve protokol de kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediğinden ihtiyatı haciz isteminin reddine gerekeceğini"⁶⁶

- "Mahkemece, ihtiyatı haciz talebine dayanak olarak sunulan 34 adet faturanın borç ikrarını içeren belgelerden olmadığı, alacaklının yaptığı icra takibine karşı borçlunun itiraz ettiği, ayrıca borçlunun mallarını kaçırdığına dair delil bulunmadığı belirtilerek ihtiyatı haciz isteminin reddine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığını"⁶⁷

- "İhtiyatı haciz isteyen talepte bulunurken borçlu tarafından noter aracılığıyla faturalara ve borca yönelik gönderdiği ihtarnameleri dosyaya sunmadığı, bu belge ve bilgilerin mahkemece bilinmesi halinde alacağın varlığına kanaat getirmeyeceği, alacağın varlığına ilişkin kanaat oluşmasını engelleyen durumun itiraz üzerine anlaşıldığı belirtilerek ihtiyatı haczin kaldırılmasına hükmedilmiş olmasının usul ve yasaya uygun olduğunu"⁶⁸

⁶³ Bknz:21.03.2012 T. E:2011/12557, K:4600 (www.e-uyar.com)

⁶⁴ Bknz:19. HD. 19.10.2011 T. E:10576, K:12853 (www.e-uyar.com)

⁶⁵ Bknz: 19. HD. 01.06.2011 T. E:5228, K:7271 (www.e-uyar.com)

⁶⁶ Bknz:19 HD. 15.12.2010 T. E:9593, K:14398 (www.e-uyar.com)

⁶⁷ Bknz: 19. HD. 15.09.2010 T. E:6468, K:9752 (www.e-uyar.com)

⁶⁸ Bknz:19. HD. 29.09.2010 T. E:6817, K:10455 (www.e-uyar.com)

-“İhtiyati haciz isteyen şirket alacağının, bir mal veya hizmet satısından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilmesi gerektiğini”⁶⁹

- “Sadece bir kısım fatura ve sevk irsaliyelerine ilişkin fotokopilerin sunulmasına rağmen, sözleşme senet ya da karşı taraftaki şirketin temsilcisinin imzasını içeren bir belge ibraz edilmemesi karşısında ihtiyati haciz isteyen alacağının mevcudiyetine ilişkin bir kanaate ulaşamadığını”⁷⁰

-“Cari hesap faturası ve ihtarnameye dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini”⁷¹

-“‘Fatura’ ve ‘irsaliye’lere istinaden mahkemeden ihtiyati haciz kararı istenebileceğini”⁷²

-“Mahkemece ‘sadece faturalara dayanılarak ihtiyati haciz kararı istene-meyeceği, alacağın yargılamayı gerektirdiği ve talebin dayanağı olan belgenin İİK’nun 68/1 maddesindeki belgelerden olmaması nedeni ile’, alacaklının ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilemeyeceğini”⁷³

-“‘Faturaların borçluya tebliğ edilmemiş olduğu, hamile yapılan cironun borçlunun imzasını taşımadığı, yapılan takibe itiraz edilmiş olması nedeniyle takibin durmuş olduğu” belirtilerek, ihtiyati hacze itiraz edilemeyeceğini”⁷⁴

-“Kesinleşmemiş faturalara dayalı alacağın muaccel sayılmaması nedeniyle, mahkemece ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini”⁷⁵

-“‘Aksine adet veya sözleşme yoksa satım aktinde satıcı ve alıcının borçlarını aynı zamanda ifa etmeleri’ (BK. 182/2; şimdi; TBK. mad. 207/2) gerektiğinden, davalıya sattığı malları teslim etmiş olan davacı lehine düzenlenen açık faturaya dayanılarak ihtiyati haciz kararı istenebileceğini”⁷⁶

-“Faturalara dayanılarak verilmiş olan ihtiyati haciz kararına ‘ihtiyati hacze esas faturaların borçluya tebliğ edilmediği, faturada yazılı malların teslim olunmadığı, faturanın borç ilişkisi doğurmayacağı’ nedenleriyle itiraz edilemeyeceğini”⁷⁷

⁶⁹ Bknz: 19. HD. 24.02.2010 T. E:2009/12905, K:1860 (www.e-uyar.com)

⁷⁰ Bknz: 19. HD. 17.02.2010 T. E:2009/11262, K:1629 (www.e-uyar.com)

⁷¹ Bknz: 19. HD. 22.05.2008 T. E:4698, K:5567 (www.e-uyar.com)

⁷² Bknz: 19. HD. 06.11.2008 T. E:10022, K:10686 (www.e-uyar.com)

⁷³ Bknz: 19. HD. 23.10.2008 T. E:7794, K:9927 (www.e-uyar.com)

⁷⁴ Bknz: 19. HD. 03.07.2008 T. E:5750, K:7452 (www.e-uyar.com)

⁷⁵ Bknz: 19. HD. 06.12.2007 T. E:6253, K:10980 (www.e-uyar.com)

⁷⁶ Bknz: 19. HD. 26.10.2007 T. E:5645, K:9262 (www.e-uyar.com)

⁷⁷ Bknz: 19. HD. 26.05.2006 T. E:3742, K:5556 (www.e-uyar.com)

-“Fatura konusu malların alıcıya teslim edildiği kanıtlanarak, fatura bedeli için ihtiyati haciz istenebileceğini”⁷⁸

-“Hakkında ihtiyati haciz kararı verilen borçlunun ‘ihtiyati haciz talep eden şirketten alınan malların bedelinin ödendiğini, alınan malların ayıplı olması nedeniyle başka firmaya satıldığını, faturanın kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren bir belge niteliğinde olmadığını’ ileri sürerek ihtiyati haczin kaldırılmasını isteyemeyeceğini”⁷⁹

- “Taraflar arasındaki sözleşmede, fatura bedellerinin ödeneceği tarihin belirtilmiş olması halinde, muaccel olan fatura bedelleri için ihtiyati haciz kararı istenebileceğini”⁸⁰

- “Taraflar arasındaki sözleşmede, fatura bedellerinin ödeneceği tarihin belirtilmiş olması halinde, muaccel olan fatura bedelleri için ihtiyati haciz kararı istenebileceğini”⁸¹

ifade etmiştir.

⁷⁸ Bknz: 19. HD. 03.03.2005 T. E:2004/13243, K:2170 (www.e-uyar.com)

⁷⁹ Bknz: 19. HD. 03.02.2005 T. E:2004/12187, K:609 (www.e-uyar.com)

⁸⁰ Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. E:7961, K:13380 (www.e-uyar.com)

⁸¹ Bknz:11. HD. 05.07.2004 T. E:2003/13299, K:7455 (www.e-uyar.com)